

**Alma Mater Studiorum – Università di Bologna**

**DOTTORATO DI RICERCA IN**

**STATO, PERSONA E SERVIZI NELL'ORDINAMENTO EUROPEO E INTERNAZIONALE**

**Ciclo xxvii**

**Settore Concorsuale di afferenza: 12/A1 DIRITTO PRIVATO**

**Settore Scientifico disciplinare: IUS/01 - DIRITTO PRIVATO**

**TITOLO TESI**

**PROFILI CIVILISTICI DELLA VENDITA GIUDIZIALE DI BENI IMMOBILI IN  
ITALIA E IN SPAGNA**

**Presentata da: JUAN PABLO MURGA FERNÁNDEZ**

**Coordinatore Dottorato**

**PROF. ANDREA MORRONE**

**Relatore**

**PROF. LUIGI BALESTRA**

**Esame finale anno 2014**



# TESI: «PROFILI CIVILISTICI DELLA VENDITA GIUDIZIALE DI BENI IMMOBILI IN ITALIA E IN SPAGNA»

## ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS .....	13
ABREVIATURAS .....	17
INTRODUZIONE .....	19
INTRODUCCIÓN .....	27
<b>CAPITOLO I - NATURA GIURIDICA DELLA VENDITA GIUDIZIALE .....</b>	<b>35</b>
<b>1. PREMESSE: L'IMPORTANZA DELLA NATURA GIURIDICA COME <i>POSTERIUS</i> E NON <i>PRIUS</i> DI FRONTE ALLA LACUNA NORMATIVA SPAGNOLA .....</b>	<b>35</b>
<b>2. TEORIE DOTTRINALI COSTRUITE RIGUARDO ALLA NATURA GIURIDICA DELLA VENDITA GIUDIZIALE: PRIVATISTI E PUBBLICISTI .....</b>	<b>39</b>
2. 1. TEORIE PRIVATISTICHE O CONTRATTUALISTICHE: ESPOSIZIONE, ARGOMENTAZIONE E CRITICA .....	40
2.1.1. <i>Formulazione</i> .....	40
2. 1. 2. <i>Difficoltà delle tesi privatistiche: la spiegazione dell'assenza di volontà         del debitore esecutato e le tesi «forzate» sostenute per superarla</i> .....	46

2.1.1.1. Prima categoria di teorie che tendono a superare l'assenza di volontà del debitore: il venditore come organo esecutivo (esposizione e critica) .....	49
2.1.1.2. Seconda categoria di teorie che ambiscono a superare l'assenza di volontà del debitore: il venditore è il creditore istante (esposizione e critica).....	62
2.1.3. <i>Altre teorie contrattualistiche di minor peso: esposizione e critica</i> .....	70
2.2. TEORIE PUBBLICISTICHE.....	75
2.2.1. <i>Teorie puramente pubblicistiche o processualistiche</i> .....	77
2.2.2. <i>Teorie pubblicistiche o processualistiche che ammettono l'applicazione per analogia del regime giuridico di figure sostanziali</i> .....	81
2.2.3. <i>Teorie processualistiche che assegnano una certa rilevanza agli aspetti sostanziali: la teoria del «trasferimento coattivo» di Pugliatti e la sua risposta alla principale carenza delle posizioni puramente pubblicistiche (la spiegazione della posizione del terzo offerente e la natura dell'offerta)</i> .....	85
2.3. TEORIE CHE TENTANO DI OMOGENEIZZARE GLI ASPETTI PROCESSUALI E SOSTANZIALI DELLA VENDITA GIUDIZIALE AFFERMANDO LA SUA NATURA COMPLESSA .....	104
<b>3. LA NOSTRA PROSPETTIVA: RILETTURA DELLA POSIZIONE DI DÍEZ-PICAZO; UNA POSIZIONE SINCRETICA, E NON ECLETTICA</b> .....	107
<b>4. TRATTAMENTO DELLA QUESTIONE NELLA GIURISPRUDENZA SPAGNOLA: IL CURIOSO CASO DELLA DOTTRINA DELLA TERZA SALA (CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO) DEL TRIBUNAL SUPREMO (“CORTE DI CASSAZIONE”)</b> .....	113
<b>CAPÍTULO I: NATURALEZA JURÍDICA DE LA VENTA JUDICIAL</b> .....	119
<b>1. PREMISAS: LA IMPORTANCIA DE LA NATURALEZA JURÍDICA COMO <i>POSTERIUS</i> Y NO <i>PRIUS</i> ANTE LA LAGUNA NORMATIVA ESPAÑOLA</b> .....	119
<b>2. TEORÍAS DOCTRINALES ERIGIDAS EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA VENTA JUDICIAL: PRIVATISTAS Y PUBLICISTAS</b> .....	123
2. 1. TEORÍAS PRIVATISTAS O CONTRACTUALISTAS: SU EXPOSICIÓN, ARGUMENTACIÓN Y CRÍTICA .....	124
2.1.1. <i>Formulación</i> .....	124
2. 1. 2. <i>Dificultad de las tesis privatistas: la explicación de la ausencia de voluntad del deudor ejecutado y las «forzadas» tesis sostenidas para superarla</i> .....	130
2.1.2.1. Primera categoría de teorías tendentes a superar la ausencia de voluntad del deudor: el vendedor es el órgano ejecutivo (exposición y crítica).....	133

2.1.2.2. Segunda categoría de teorías tendentes a superar la ausencia de voluntad del deudor: el vendedor es el acreedor ejecutante (exposición y crítica) .....	146
2.1.3. <i>Otras teorías contractualistas de menos peso: su exposición y crítica</i> .....	154
2.2. TEORÍAS PUBLICISTAS .....	159
2.2.1. <i>Teorías puramente publicistas o procesalistas</i> .....	161
2.2.2. <i>Teorías publicistas o procesalistas que admiten la aplicación por analogía del régimen jurídico de figuras sustantivas</i> .....	165
2.2.3. <i>Teorías procesalistas que otorgan cierta relevancia a los aspectos sustantivos: la teoría del «trasferimento coactivo» de Pugliatti y su respuesta a la principal insuficiencia de las posturas puramente publicistas (la explicación de la posición del tercero rematante y la naturaleza de la oferta)</i> .....	169
2.3. TEORÍAS QUE TRATAN DE HOMOGENEIZAR LOS ASPECTOS PROCESALES Y SUSTANTIVOS DE LA VENTA JUDICIAL AFIRMANDO SU COMPLEJA NATURALEZA .....	187
<b>3. NUESTRA POSTURA: RELECTURA DE LA POSICIÓN DE DÍEZ-PICAZO; UNA POSICIÓN SINCRÉTICA, QUE NO ECLÉCTICA</b> .....	<b>190</b>
<b>4. TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA: EL CURIOSO CASO DE LA DOCTRINA DE LA SALA 3ª DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL</b> .....	<b>197</b>
<b>CAPÍTULO II – LOS SUJETOS DE LA VENTA JUDICIAL</b> .....	<b>203</b>
<b>1. CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS SUJETOS DE LA VENTA JUDICIAL: LA PLURALIDAD DE SUJETOS PRECEPTIVAMENTE INTERVINIENTES COMO PRIMERA MUESTRA DE LA COMPLEJIDAD DE LA FIGURA</b> .....	<b>203</b>
<b>2. EL ÓRGANO JUDICIAL EJECUTANTE</b> .....	<b>204</b>
<b>3. LAS PARTES DEL PROCESO DE EJECUCIÓN: ACREEDOR EJECUTANTE Y DEUDOR EJECUTADO</b> .....	<b>209</b>
3. 1. CONCEPTO DE PARTE EN LA EJECUCIÓN Y LA FIGURA DEL DEUDOR EJECUTADO COMO VERDADERO «VENDEDOR» DE LA VENTA JUDICIAL .....	209
3. 2. SUCESIÓN DE PARTES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN .....	212
<b>4. EL ADJUDICATARIO Y EL CARÁCTER VOLUNTARIO DE SU INTERVENCIÓN</b> .....	<b>216</b>
<b>5. LOS TERCEROS EN LA VENTA JUDICIAL: A EFECTOS DE LAS TERCERÍAS (DE DOMINIO Y MEJOR DERECHO), EL TERCERO ACREEDOR INTERVINIENTE Y EL TERCERO <i>SOLVENS</i></b> .....	<b>217</b>
5.1. CONCEPTO DE TERCERO EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN .....	218

5.2. TERCERO A EFECTOS DE LAS TERCERÍAS: DE DOMINIO («OPPOSIZIONE DI TERZO») Y MEJOR DERECHO (GENUINA DE ESPAÑA).....	219
5.3. LA FIGURA DEL «ACREEDOR INTERVINIENTE DEL DERECHO ITALIANO» Y SU JUEGO CON LA <i>PAR CONDICIO CREDITORUM</i> EN EL SENO DE LA EJECUCIÓN SINGULAR .....	223
5. 4. EL TERCERO <i>SOLVENS</i> PAGADOR DEL CRÉDITO DEL DEUDOR EJECUTADO Y EL INSTITUTO DE LA SUBROGACIÓN EN EL CRÉDITO QUE PUEDE TRAER CONSIGO .....	227
5.4.1. <i>Concepto y regulación</i> .....	229
5.4.2. <i>Clases de subrogación: acogimiento de la dicotomía convencional/legal en España y abandono de la misma en Italia</i> .....	231
5.4.3. <i>Los efectos de la subrogación en el crédito</i> .....	245

## **CAPÍTULO III – OBJETO Y TRAMITACIÓN PROCESAL DE LA VENTA JUDICIAL..... 249**

### **1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO OBJETO DE LA EJECUCIÓN Y POSTERIOR VENTA JUDICIAL; Y EL PAPEL DE LA SUBASTA COMO MEDIO DE FIJACIÓN DEL PRECIO DE LA VENTA JUDICIAL..... 249**

1.1. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA: DERECHO SOBRE LA COSA, QUE NO COSA EN SÍ MISMA CONSIDERADA .....	250
1.2. CONSIDERACIONES INICIALES EN TORNO A LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO OBJETO DE TRANSMISIÓN .....	251
1.3. CONSIDERACIONES INICIALES EN TORNO A LA FIJACIÓN DEL PRECIO.....	255

### **2. EL DERECHO TRANSMITIDO: REQUISITOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS..... 255**

2. 1. REQUISITOS OBJETIVOS DE LA EJECUCIÓN DINERARIA (CONSECUENTEMENTE, TAMBIÉN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y DE LA VENTA JUDICIAL).....	255
2.1.1. <i>La patrimonialidad del derecho</i> .....	256
2.1.2. <i>La alienabilidad del derecho</i> .....	259
2.1.2.1. Supuestos de inalienabilidad derivados de una expresa declaración legal.....	260
2.1.2.2. Derechos accesorios inalienables con independencia del principal .....	263
2.1.2.3 Un supuesto particular (exclusivamente español) que impide (a priori) la embargabilidad y posterior venta judicial del bien, distinto de la inalienabilidad en sentido estricto: «las prohibiciones de disponer».....	266
2.1.2.3.a) <i>La facultad o poder de disposición y sus posibles limitaciones: limitaciones parciales y limitaciones totales (verdaderas prohibiciones de disponer)</i> .....	268

2.1.2.3.b) Prohibición de disponer: concepto, regulación, clases, condiciones para su validez y delimitación de su concepto puro (prohibición de disponer y obligación de no disponer).....	270
2.1.2.3.c) El juego de las prohibiciones de disponer frente a la ejecución dineraria: posibles soluciones y doctrina actual de la DGRN.....	284
2.1.2.3.c.1) Primera postura posible: la prohibición de disponer impide la traba de embargo y la venta judicial del derecho objeto de la misma .....	285
2.1.2.3.c.2) Segunda postura posible: la prohibición de disponer permite la traba del embargo, pero no la venta judicial del derecho objeto de la misma .....	288
2.1.2.3.c.3) Tercera solución posible: la prohibición de disponer no puede impedir el embargo ni la venta judicial sobre el derecho sujeto a prohibición de disponer, salvo que así se establezca legalmente.....	295
2.1.3. Bienes patrimoniales y alienables no declarados legalmente como inembargables.....	313
2.2. REQUISITOS OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL EMBARGO: LA DETERMINABILIDAD Y SUFICIENCIA DEL DERECHO O DERECHOS A EMBARGAR.....	317
2.2.1. La determinabilidad o concreción del embargo.....	318
2.2.2. La suficiencia del embargo.....	324
2.3. REQUISITO SUBJETIVO DEL DERECHO TRANSMITIDO: LA PERTENENCIA DEL DERECHO EMBARGADO AL EJECUTADO .....	330
<b>3. LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO EN LA VENTA JUDICIAL.....</b>	<b>339</b>
3.1. GENERALIDADES: LA VENTA JUDICIAL COMO MEDIO DE REALIZACIÓN FORZOSA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN .....	339
3.2. LA ENAJENACIÓN FORZOSA EN ESPAÑA: PARTICULARMENTE, LA SUBASTA JUDICIAL DE BIENES INMUEBLES.....	341
3.2.1. Los actos previos a la celebración de la subasta judicial de bienes inmuebles en España.....	344
3.2.1.1. Certificación de dominio y cargas, títulos de propiedad y situación posesoria del inmueble.....	344
3.2.1.2. Valoración del inmueble o inmuebles subastados.....	349
3.2.1.3. El anuncio o publicidad de la subasta judicial.....	351
3.2.1.4. El depósito previo como condición <i>sine qua non</i> para licitar.....	352
3.2.2. El acto de la subasta y la aprobación del remate.....	354
3.3. LA ENAJENACIÓN FORZOSA EN ITALIA: LA VENTA JUDICIAL SIN SUBASTA Y CON SUBASTA .....	359
3.3.1. Los actos previos a la celebración de la subasta judicial de bienes inmuebles en Italia.....	360
3.3.1.1. La preceptiva solicitud de la venta judicial mediante la denominada « <i>istanza di vendita</i> » .....	361
3.3.1.2. La sucesiva presentación de los documentos acreditativos de la situación jurídica y registral del inmueble .....	362
3.3.1.3. La valoración del inmueble objeto de venta judicial: el sistema preferente de fijación automática del precio y el subsidiario sistema de tasación pericial .....	364

3.3.1.4. La convocatoria de audiencia para la comparecencia de las partes implicadas en la ejecución.....	365
3.3.1.5. La última actuación procesal previa a la celebración de la venta judicial: la «ordinanza di vendita» con la que se autoriza la celebración de la venta judicial .....	366
3.3.2. <i>El acto de celebración de la venta judicial sin subasta en Italia</i> .....	368
3.3.3. <i>El acto de celebración de la venta judicial con subasta en Italia: la «ordinanza di vendita», el desarrollo de la subasta, la curiosa institución de la «offerta dopo l'incanto» y la posible delegación de la operación de la subasta a terceros profesionales</i> .....	372

## **CAPÍTULO IV – CUESTIONES SUSTANTIVAS SUSCITADAS EN TORNO A LA TRANSMISIÓN DEL DERECHO OBJETO DE VENTA JUDICIAL .....**

**381**

### **1. PREMISAS INTRODUCTORIAS DE LOS CAPÍTULOS QUE SIGUEN: LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL RÉGIMEN DE LA COMPRAVENTA CONTRACTUAL EN BASE A LA IDENTIDAD DE RAZÓN EXISTENTE CON LA VENTA JUDICIAL E IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS SUSTANTIVOS AFRONTADOS .....**

**381**

### **2. CARÁCTER ORIGINARIO O DERIVATIVO DE LA TRANSMISIÓN, SISTEMA TRASLATIVO APLICABLE Y MOMENTO DEL EFECTO TRASLATIVO .....**

**383**

#### **2. 1. NATURALEZA ORIGINARIA O DERIVATIVA DE LA TRANSMISIÓN OPERADA MEDIANTE VENTA JUDICIAL .....**

**384**

##### *2.1.1. Concepto de modo traslativo y la clásica clasificación en modos originarios y derivativos: la trascendencia de la distinción.....*

**384**

##### *2.1.2. La naturaleza derivativa de la transmisión operada mediante venta judicial: una cuestión aparentemente resuelta con carácter expreso en Italia, que se deduce del conjunto del Ordenamiento Jurídico español (elementos decisivos para tal deducción).....*

**388**

###### *2.1.2.1. La naturaleza derivativa de la transmisión en Derecho italiano.....*

**388**

###### *2.1.2.2. La naturaleza derivativa de la transmisión en Derecho español .....*

**395**

###### *2.1.2.2.a) Primero de los elementos de los que deducimos la naturaleza derivativa de la transmisión operada mediante venta judicial en España: el efecto purgativo.....*

**398**

###### *2.1.2.2.b) Segundo de los elementos de los que deducimos la naturaleza derivativa de la transmisión operada mediante venta judicial en España: el art. 594 de la LEC española .....*

**415**

###### *2.1.2.2.c) Tercero de los elementos de los que deducimos la naturaleza derivativa de la transmisión operada mediante venta judicial en España: la aplicación del régimen jurídico del saneamiento por evicción a la venta judicial.....*

**418**



2.2. SISTEMA TRASLATIVO APLICABLE Y MOMENTO DEL EFECTO TRASLATIVO.....	421
2.2.1. <i>Sistemática a seguir: cuestiones ampliamente controvertidas en España que pueden resolverse en base a la experiencia italiana. Selección del olvidado sistema traslativo aplicable a partir del discutido momento del efecto traslativo</i> .....	421
2.2.2. <i>Justificación de la importancia de la materia objeto de estudio, particularmente del momento del efecto traslativo</i> .....	423
2.2.2.1. Importancia del momento del efecto traslativo desde la perspectiva de la legitimación activa para el ejercicio de las acciones protectoras del dominio .....	423
2.2.2.2. Importancia del momento traslativo desde la perspectiva de la validez de los actos de disposición llevados a cabo .....	425
2.2.2.3. Importancia del efecto traslativo desde la perspectiva de los bienes integrantes de la masa activa de un eventual concurso de acreedores .....	426
2.2.2.4. Importancia del momento del efecto traslativo desde la perspectiva de la atribución de los frutos eventualmente producidos .....	426
2.2.2.5. Importancia del efecto traslativo desde la perspectiva de la asunción de los riesgos por deterioro o pérdida de la cosa vendida.....	427
2.2.2.6. Importancia del momento del efecto traslativo desde la perspectiva de la preclusión del plazo para la interposición de la «tercería de dominio» o la paralela « <i>opposizione di terzo</i> » .....	433
2.2.2.7. Importancia (proclamada) del momento del efecto traslativo desde la perspectiva del momento de nacimiento de los eventuales derechos de adquisición preferente existentes sobre el inmueble objeto de venta .....	436
2.2.3. <i>Estado de la cuestión en Italia: práctica unanimidad en torno al momento del efecto traslativo y aplicación de un adecuado sistema traslativo a la venta judicial (sin embargo no discutido)</i> .....	441
2.2.3.1. Primera postura doctrinal italiana: el momento del efecto traslativo se cifra en la adjudicación (« <i>ordinanza di aggiudicazione</i> » o « <i>decreto di vendita</i> »). Argumentación y crítica .....	443
2.2.3.2. Segunda postura doctrinal italiana: el momento del efecto traslativo se cifra en el pago del precio. Argumentación y crítica.....	454
2.2.3.3. Tercera postura doctrinal italiana: el momento del efecto traslativo se cifra en la expedición del «decreto di trasferimento». Argumentación de la postura mayoritaria que hoy puede considerarse como prácticamente unánime.....	457
2.2.3.4. Sistema traslativo aplicable a la venta judicial en Italia que puede deducirse de las posturas existentes en torno al momento del efecto traslativo: una cuestión poco debatida que aclararía enormemente la problemática.....	468
2.2.4. <i>Estado de la cuestión en España: crónica de una falta de uniformidad que parte de la aplicación de un sistema traslativo inadecuado a la venta judicial como consecuencia de una falta de entendimiento en torno a su compleja naturaleza jurídica</i> .....	473
2.2.4.1. Primer elemento que dificulta la obtención de una solución uniforme acerca del momento del efecto traslativo: el conjunto de reformas normativas en torno al iter procedimental integrante de la venta judicial (diferencias injustificables entre la ejecución ordinaria y la hipotecaria hasta el año 2009).....	476

2.2.4.2. Segundo elemento que dificulta la obtención de una solución uniforme acerca del momento del efecto traslativo: la reafirmación de la aplicación indiscutida del sistema del título y el modo a la venta judicial. Análisis de las diferentes posturas que se erigen en torno al momento del efecto traslativo que tiene lugar mediante la venta judicial.....	485
2.2.4.2.a) <i>Posturas acerca del momento del efecto traslativo que tiene lugar en la venta judicial en el seno de la doctrina española</i> .....	489
2.2.4.2.b) <i>Posturas acerca del momento del efecto traslativo que tiene lugar en la venta judicial en el seno de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español</i> .....	496
2.2.5. <i>Nuestra postura acerca del momento del efecto traslativo de la venta judicial</i> .....	504
2.2.5.1. La teoría del título y del modo: sus orígenes romanistas, los sistemas traslativos surgidos a partir estos mismos antecedentes y la concreta significación de sus elementos constitutivos .....	504
2.2.5.1.a) <i>Los orígenes romanistas de la teoría del título y el modo</i> .....	505
2.2.5.1.b) <i>Los principales sistemas traslativos de Europa continental que parten de los mismos orígenes romanistas</i> .....	507
2.2.5.1.c) <i>La teoría del título y el modo: análisis de sus elementos</i> .....	511
2.2.5.2. Justificación del rechazo a la operatividad de la teoría del título y modo al ámbito de la venta judicial: determinación del sistema transmisivo acorde a la naturaleza no contractual de la venta judicial y selección del momento del efecto traslativo .....	518

<b>CAPÍTULO V - EL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN Y VICIOS OCULTOS EN LA VENTA JUDICIAL</b> .....	537
<b>1. PREMISAS INTRODUCTORIAS</b> .....	537
<b>2. EL RÉGIMEN JURÍDICO ITALIANO: UNA EVICCIÓN AUTÓNOMA Y PROPIA DE LA VENTA JUDICIAL Y UNA EXCLUSIÓN DEL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS</b> .....	539
2.1. LA EVICCIÓN DEL ART. 2921 DEL CC ITALIANO: UN <i>SUPUESTO AUTÓNOMO</i> QUE PRETENDE APARTARSE DEL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN DE LA COMPRAVENTA CONTRACTUAL.....	539
2.2. EL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS DEL ART. 2922. 1º DEL CC ITALIANO: LA EXCLUSIÓN DE TODA GARANTÍA EN ESTE ÁMBITO .....	547
2.3. VALORACIÓN DE CONJUNTO DEL RÉGIMEN ITALIANO DEL SANEAMIENTO EN LA VENTA JUDICIAL: UNA SOLUCIÓN APRIORÍSTICAMENTE CONDICIONADA POR LA POSTURA ACOGIDA EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA VENTA JUDICIAL.....	548
<b>3. EL RÉGIMEN JURÍDICO ESPAÑOL: UNA EXPRESA REMISIÓN AL RÉGIMEN DEL SANEAMIENTO PROPIO DE LA COMPRAVENTA CONTRACTUAL</b> .....	558

3.1. EL CONTENIDO DEL SANEAMIENTO POR VICIOS O DEFECTOS OCULTOS EN EL ÁMBITO DE LA VENTA JUDICIAL EN ESPAÑA.....	560
3.2. EL CONTENIDO DEL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA VENTA JUDICIAL EN ESPAÑA.....	562
3.3. LA CONTROVERTIDA CUESTIÓN DE LOS SUJETOS RESPONSABLES DEL SANEAMIENTO (POR VICIOS O DEFECTOS OCULTOS Y POR EVICCIÓN).....	569
<b>4. SUPUESTOS EN QUE NO TIENE LUGAR EL SANEAMIENTO A PESAR DE LA EXISTENCIA DE UN DERECHO ANTERIOR POR PARTE DE UN TERCERO: LAS ADQUISICIONES A NON DOMINO EN LA VENTA JUDICIAL Y SU POSIBLE CONSOLIDACIÓN POR VÍA DE LA PROTECCIÓN DE LA APARIENCIA JURÍDICA PROPORCIONADA POR EL SISTEMA REGISTRAL.....</b>	<b>580</b>
4.1. EL SISTEMA ITALIANO DE PROTECCIÓN REGISTRAL PROPIO DE ITALIA Y SU POSIBLE APLICACIÓN A LAS ADQUISICIONES QUE TIENEN LUGAR MEDIANTE LA VENTA JUDICIAL.....	583
4.1.1. <i>Las características del sistema registral italiano: el principio de inoponibilidad de lo transcribible no transcrito y su controvertido engarce con el sistema de transmisión consensualista (la insistencia en la negación de la existencia de adquisiciones a non domino como equívoca consecuencia del carácter derivativo de la transmisión).....</i>	583
4.1.2. <i>Los requisitos necesarios para que el adquirente a non domino sea finalmente mantenido en la titularidad de su derecho en virtud del sistema italiano de protección registral: el verdadero alcance de la mala fe aparentemente no exigida a estos efectos.....</i>	595
4.1.3. <i>La operatividad del sistema de protección registral italiano respecto a las adquisiciones a non domino que tenga lugar mediante la venta judicial.....</i>	601
4.2. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN REGISTRAL ESPAÑOL: LA FE PÚBLICA REGISTRAL Y SU OPERATIVIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS VENTAS JUDICIALES.....	602
4.2.1. <i>Las características del sistema registral español: un sistema peculiar, que sin desdibujar las bases fundamentales del Derecho de cosas, proporciona una eficacia aseguradora similar al sistema germánico.....</i>	602
4.2.2. <i>Los requisitos de la fe pública registral que consolida de manera inatacable la adquisición a non domino que en ella se ampare.....</i>	605
4.2.2.1. <i>La existencia de un tercero.....</i>	605
4.2.2.2. <i>Adquisición de un derecho real sobre inmueble.....</i>	606
4.2.2.3. <i>La buena fe del adquirente.....</i>	608
4.2.2.4. <i>Adquisición onerosa.....</i>	612
4.2.2.5. <i>Titularidad registral y aparente poder de disposición del transmitente.....</i>	613
4.2.2.6. <i>Inscripción del título.....</i>	615

4.2.2.7. Validez del título del tercero protegido.....	619
4.2.3. <i>La operatividad de la fe pública registral en el ámbito de las ventas judiciales: ¿alcanza su protección al adjudicatario?</i> .....	621
<b>CAPÍTULO VI – CUESTIONES PATOLÓGICAS: LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y LA RESCISIÓN POR LESIÓN</b> .....	<b>629</b>
<b>1. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN LA VENTA JUDICIAL</b> .....	<b>629</b>
1.1. LA DEFINICIÓN LEGAL DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN ESPAÑA Y EN ITALIA COMO PUNTO DE PARTIDA QUE YA DA MÚLTIPLES RESPUESTAS SOBRE EL PARTICULAR.....	630
1.2. LOS REQUISITOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN ESPAÑA: SU ESTUDIO A LA LUZ DE LAS ESPECÍFICAS CARACTERÍSTICAS DE LA VENTA JUDICIAL.....	632
1.2.1. <i>Existencia de un vínculo contractual vigente, exigible y de carácter recíproco o sinalagmático</i> .....	634
1.2.2. <i>Incumplimiento por una de las partes, que debe ser imputable (resulta controvertido si específicamente culpable), y además revestir cierta gravedad</i> .....	638
1.2.3. <i>El previo cumplimiento del actor</i> .....	643
1.3. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN LA VENTA JUDICIAL Y RECAPITULACIÓN DE NUESTRO PLANTEAMIENTO.....	644
<b>2. LA RESCISIÓN POR LESIÓN EN LA VENTA JUDICIAL</b> .....	<b>645</b>
2.1. LA RESCISIÓN POR LESIÓN: BREVES NOTAS ACERCA DE LA CATEGORÍA DE LA RESCISIÓN EN EL MARCO DE LA INEFICACIA CONTRACTUAL ASÍ COMO DE LOS ORÍGENES DE LA ESPECÍFICA RESCISIÓN POR LESIÓN.....	646
2.2. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA RESCISIÓN POR LESIÓN EN ESPAÑA E ITALIA.....	648
2.3. LA RESCISIÓN POR LESIÓN COMO POSIBLE MECANISMO PALIATIVO FRENTE A LA OBTENCIÓN DE UN PRECIO NOTABLEMENTE INFERIOR ( <i>ULTRADIMIDIUM</i> ) AL DE MERCADO EN LA VENTA JUDICIAL.....	653
<b>CONCLUSIONI</b> .....	<b>659</b>

<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>689</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>719</b>



# AGRADECIMIENTOS

La tesis que en estas páginas se presenta no hubiera resultado posible sin el generoso apoyo y la incondicional ayuda de una serie de instituciones y personas a las que debo un sincero y profundo agradecimiento.

En primer lugar, al Real Colegio de España en Bolonia, inigualable obra eterna fruto de un gesto de suprema generosidad de su ejemplar fundador, D. Gil Álvarez de Albornoz. El 23 de noviembre de 2011 tuve la suerte de recibir una beca, concedida por el Patronato del Real Colegio, para completar el *Dottorato di ricerca* en la prestigiosa *Alma Mater Studiorum*, lo cual ha supuesto un punto de inflexión a nivel académico y personal en mi vida. Ser colegial supone ser legatario de un bagaje intelectual tejido a lo largo de seis siglos y medio por inmensas figuras del panorama científico nacional e internacional, de ahí el enorme grado de responsabilidad que ello implica; y significa vivir en un entorno y bajo unas condiciones que enriquecen exponencialmente nuestra persona y espíritu. Por todo lo recibido, dando muy poco a cambio, valga mi agradecimiento y un sentimiento de deuda impagable a la Institución.

Esta extraordinaria experiencia no sería posible sin el testimonio de su Magnífico Rector, D. Guillermo García-Valdecasas y Andrada-Vanderwilde, quien siguiendo la estela de D. Gil, nos hace conocedores de la grandeza del Real Colegio y partícipes de una aventura que durante más de treinta años lleva reinventando en aras de la felicidad de todos y cada uno de los colegiales que hemos tenido la suerte de pasar por sus manos. Mucho podría destacar del Sr. Rector, pues muchas han sido las imborrables vivencias compartidas, pero baste subrayar su extrema generosidad y su enorme entrega por el Real Colegio. Por todo ello, mi más sincero agradecimiento a su persona.

La tesis que se presenta es fruto de mi paso por la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia, y mi privilegiada condición de doctorando del *Dottorato di ricerca in «Stato, persona e servizi nell'ordinamento europeo e internazionale, Curriculum di Diritto Civile»*. Tesis realizada bajo la magistral dirección del Prof. Luigi Balestra, a quien debo su generoso acogimiento, su inmensa disponibilidad y exquisita atención. Por facilitarme en todo momento el largo caminar que supone la culminación de la *tesi di ricerca*, mi profundo agradecimiento al *Professore*.

Mi llegada al Real Colegio y la tesis doctoral realizada no hubiera sido en ningún caso posible sin las magistrales enseñanzas y la extraordinaria dedicación de mis maestros, los profesores, Francisco Capilla Roncero y Manuel Espejo Lerdo de Tejada. Ellos me abrieron las puertas de la Universidad, me han transmitido el rigor en el ejercicio de la tarea investigadora y me muestran día a día lo que supone amar el oficio universitario. Por las innumerables horas dedicadas, por su paciencia, por su generosidad y atención desmedida,

estaré eternamente en deuda e inmensamente agradecido. Vaya por delante que las virtudes de esta tesis son atribuibles a mis maestros y los defectos sólo a mí.

La culminación de la presente tesis también debe mucho al Departamento de Derecho Civil y Derecho Internacional Privado de la Universidad de Sevilla, al que pertenezco y que siempre me ha proporcionado unas condiciones inmejorables para desempeñar mi labor investigadora. A todos sus componentes y muy especialmente a dos «bolonios» que siempre me han prestado su generosa ayuda y dado importantes consejos: los profesores D. Ángel López López y Tomás Rubio Garrido; muchas gracias.

Obligado es igualmente el agradecimiento a mis compañeros doctorandos de la Universidad de Bolonia, así como a los profesores integrantes del Programa de Doctorado cursado. Especial mención debo hacer al Prof. Angelo Riccio, a quien agradezco su enorme disponibilidad y sincera amistad.

Mi paso por el Real Colegio no hubiera sido así de fructífero si no fuera por los compañeros colegiales con los que he tenido la suerte de convivir. A mis viejos, por hacerme sentir en casa desde un primer momento; a mis compañeros de colegiatura, por haberme ayudado a iniciar cada día en el Colegio con gran ilusión; y a mis nuevos, por haberme regalado seis de los mejores meses de mi vida. Particularmente a Salvador Tomás, verdadero hermano colegial: por haberme enseñado el significado de una amistad incondicional y por ser el apoyo más grande en mi día a día del año pasado en el Colegio. A Raúl Sebastián, por su generosa entrega y lealtad sinigual. A Gabriel Macanás, por mostrarme que la genialidad puede ir de la mano de la humildad. A Manuel Parada, por hacerme depositario de su confianza y transmitirme el interés por la historia del arte. A mi «ahijado» José Manuel Macarro, por ser capaz de dibujarme siempre una sonrisa. A Gustavo Díaz, por compartir su enorme sensibilidad y cariño diario. A Enrique Gandía, por tantos *salottinos* jurídicos y ser ejemplo de constancia y buen hacer. A Alejandro Montón, por soportar a tanto jurista a su alrededor y aportar el equilibrio y entusiasmo necesario en la colegiatura. Y a Cipriano García, por demostrarme que no hay dificultad que no sea superable. A todos ellos, mi sincero agradecimiento, admiración y cariñosa amistad.

La realización de una tesis doctoral es el reflejo de una larga carrera académica, que se remonta a una temprana edad. Todo lo conseguido a lo largo de estos años no es más que el reflejo de lo muchísimo que han sembrado en mí y se han sacrificado mis padres, hermano y abuela. Ellos son los pilares de mi vida y esta tesis es tan mía como suya. A mi padre, por ser maestro incansable, y enseñarme que el esfuerzo y la autosuperación constante siempre reportan sus frutos. A mi queridísima madre, por ser el corazón del hogar, por apoyarme en toda circunstancia, por dar su vida por nosotros y mostrarme el significado de la ejemplaridad en lo personal y profesional. A mi abuela, por ser una segunda madre para todos. Y a mi hermano, por ser mi mejor amigo y compañero incondicional. A todos ellos, mi eterna deuda y agradecimiento profundo.



Finalmente, a M<sup>a</sup> Ángeles, por recorrer a mi lado y mano a mano este largo caminar que supone la carrera académica, sintiendo mis éxitos como suyos y aportándome la dedicación y equilibrio necesario frente a las dificultades. Por tantos momentos imborrables vividos y por vivir; gracias. Agradecimiento que hago igualmente extensible a sus padres y hermanos, por su cariño y cercanía.

Sevilla, marzo de 2014



## ABREVIATURAS

CC español .....	Código Civil español
CC italiano .....	Codice Civile italiano
LEC española .....	Ley de Enjuiciamiento Civil española
CPC italiano .....	Codice di Procedura Civile italiano
LH española .....	Ley Hipotecaria española
TS español .....	Tribunal Supremo español
STS .....	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS .....	Sentencias del Tribunal Supremo
DGRN .....	Dirección General de los Registros y del Notariado
N. d. A. ....	Nota del autore
Coord. ....	Coordinador
Dir. ....	Director



## INTRODUZIONE

La vendita giudiziale costituisce una **figura dai profili prevalentemente processuali, che racchiude altresì aspetti sostanziali importanti che non sono stati non ostante oggetto di speciale studio da parte della dottrina**, particolarmente quella spagnola. Questa predominanza dei suoi aspetti processuali, senza dubbio, si spiega in quanto la vendita giudiziale si inquadra nel processo di espropriazione forzata per il quale serve come strumento per la conversione in denaro (obiettivo fondamentale della vendita stessa) dell'elemento dell'attivo patrimoniale del debitore che si considera sufficiente al fine di sanare la lesione causata alla persona del creditore come conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione di carattere pecuniario.

Effettivamente, il principio generale della responsabilità patrimoniale universale imperante negli ordinamenti europei, in base al quale il debitore risponde dei propri debiti con tutti i suoi beni presenti e futuri, presuppone che tutti i diritti che compongono il patrimonio del debitore siano potenzialmente sottoposti all'eventuale azione del giudice, il quale, nell'esercizio della sua suprema potestà giurisdizionale, potrà dirigersi verso uno qualsiasi di essi, in caso di inadempimento dell'obbligazione assunta, sottomettendoli al cosiddetto processo di esecuzione. Un processo che, rispetto al contenuto principale o, sussidiariamente, pecuniario dell'obbligazione assunta (sia nel caso in cui l'obbligazione consista nella consegna di denaro o, in caso di impossibilità di soddisfare un'obbligazione specifica, l'equivalente dovuto sia proprio il pagamento di una quantità di denaro), perseguirà la finalità di ottenere la somma addebitata, tramite la conversione in denaro di un elemento dell'attivo patrimoniale del debitore. Tale processo di esecuzione forzata, specificamente pecuniaria, si realizza in due grandi tappe: quella del pignoramento, attraverso la quale si svolge l'identificazione o sequestro del bene sul quale ricade l'esecuzione (una concretizzazione della generica responsabilità patrimoniale universale); e quella del procedimento di ingiunzione, con la quale ha luogo la realizzazione forzata del bene, la sua effettiva conversione in denaro con il quale sarà pagato il creditore istante. La fase di realizzazione forzata o ingiunzione è quella che ci interessa in quanto oggetto di studio del presente lavoro, poiché è precisamente in questa tappa processuale che si inserisce la vendita giudiziale, come strumento (non l'unico, ma il più generalizzato) di conversione definitiva in denaro del bene oggetto di esecuzione forzata.

In definitiva, la vendita giudiziale, in quanto istituzione di carattere eminentemente processuale, per la sua collocazione sistematica (ribadiamo, nell'ambito del processo di esecuzione pecuniaria), presenta, come abbiamo già anticipato, **importantissimi aspetti ed effetti di natura sostanziale**, fondamentalmente e tra gli altri: **il trasferimento di un diritto reale di proprietà dell'esecutato all'aggiudicatario (il cosiddetto «effetto traslativo» della vendita giudiziale); la cancellazione dei gravami conseguenti al pignoramento che ricaderebbero sul bene oggetto di vendita (il cosiddetto «effetto purgativo» della vendita giudiziale), così come, eventualmente, la soddisfazione ed estinzione del credito da cui deriva il processo di esecuzione nel quale si inserisce la vendita giudiziale.** Intorno a tali effetti sostanziali sorgono parallelamente molteplici questioni sia civili che materiali (non puramente procedimentali), ognuna delle quali riceve una risposta specifica da parte del legislatore spagnolo; a tale proposito, tra queste si distinguono in particolare le seguenti: il sistema traslativo applicabile, il momento dell'effetto traslativo, l'evizione, la risoluzione per inadempimento, ecc. Certamente, la componente sostanziale della vendita giudiziale riceve ben poca attenzione da parte del codificatore spagnolo del secolo XIX, e nessuna delle riforme successive alle quali è stato sottoposto il Codice spagnolo ha colmato questa lacuna. Tale realtà normativa non si concilia con l'importanza e la massima vigenza pratica che tali questioni suscitano nell'operato quotidiano dei tribunali. Ebbene, saranno proprio tali questioni di carattere sostanziale che comporta la vendita giudiziale l'oggetto di studio dettagliato nel lavoro che presentiamo in queste pagine.

Agli effetti della risoluzione degli aspetti sostanziali della vendita giudiziale menzionati, saranno due gli **strumenti metodologici** impiegati nel corso del presente lavoro:

- Da un lato, l'analogia con il completo regime giuridico della compravendita che denominiamo come contrattuale, in contrasto con quella giudiziale (per i motivi che si specificheranno). Effettivamente, entrambe sono vendite, poiché sia in un caso che nell'altro esiste lo scambio di una cosa per un prezzo, e ciò adempie pienamente la *eadem ratio* necessaria per la possibile applicazione analogica delle soluzioni che il codificatore spagnolo fornisce con ampi dettagli riguardo alla compravendita contrattuale od ordinaria. Torneremo tra breve alla questione dell'analisi di un'eventuale applicazione analogica del regime della vendita contrattuale alla vendita giudiziale; per il momento basti accennare a questo primo strumento metodologico.
- D'altro lato, lo strumento comparativo che sosterrà il presente lavoro in tutto il suo svolgimento: l'analisi degli aspetti sostanziali della vendita giudiziale prenderà come modello costante di riferimento l'ordinamento italiano, in quanto il Codice Civile vigente in Italia dal 1942, a differenza di quello spagnolo, prende coscienza dell'importanza degli elementi materiali menzionati della cosiddetta «vendita forzata», dedicando sei articoli alla loro regolazione positiva (artt. 2919 a 2924).

A questo punto, prima di addentrarci nell'esposizione del sistema e della struttura seguite nel nostro lavoro, dobbiamo realizzare due **avvertenze introduttive** riguardo alla delimitazione materiale dell'oggetto di studio. In primo luogo, una precisazione di carattere concettuale: quando parliamo di vendita giudiziale, la concepiamo in senso lato, ossia come figura complessa che non solo si identifica con il momento dell'ultima offerta, ma con un insieme concatenato di atti processuali che danno luogo alla nascita di una relazione giuridica di vendita (cosa in cambio di un prezzo). In secondo luogo, ci preme precisare la modalità specifica della vendita giudiziale che stiamo studiando, ossia, la vendita giudiziale di beni immobili, che ha come oggetto diritti reali di natura immobiliare; e ciò sulla base non solamente di una speciale rilevanza economica che questi ultimi presentano (che può essere perfino discutibile), ma soprattutto per la maggiore complessità tecnica suscitata da una prospettiva giuridica.

Abbiamo strutturato la nostra ricerca in **sei capitoli**. Il **primo** ha come oggetto lo studio dell'importante e controversa **natura giuridica della vendita giudiziale**, la cui rilevanza è specialmente visibile nell'ambito dell'ordinamento spagnolo, data l'assenza in quest'ultimo di un regime giuridico che positivamente provveda ad assegnare una specifica soluzione alle questioni sostanziali che tale figura presenta. Effettivamente, l'impegno di chiarire la vera natura giuridica di qualsiasi istituto costituisce in genere un lavoro, in molte occasioni, di carattere superfluo e lontano dall'oggetto principale della scienza giuridica come la ricerca di soluzioni a problemi concreti; tuttavia, tali rischi o carenze sono superati di fronte a una figura carente di una regolazione giuridica positiva. È sicuramente il caso della vendita giudiziale: essendo una figura non ben definita né regolata a effetti sostanziali in Spagna, è un compito obbligato e opportuno determinare a quali schemi concreti di figure delimitate in maniera completa a effetti positivi sembra adattarsi in maggior misura l'istituto in questione, per poter così facilitare il lavoro di identificazione e risoluzione degli aspetti e problemi civili della stessa. Dunque, lo studio della natura giuridica della vendita giudiziale ci permetterà di trovare la necessaria identità di ragione con la figura giuridica il cui regime giuridico sarà preso come riferimento nella soluzione delle questioni sostanziali in essa contenute.

Nella ricerca di questa natura della vendita giudiziale, ripercorreremo le numerose teorie formulate riguardo alla spiegazione del particolare, specialmente dalla dottrina italiana, per poter constatare la complessità della figura oggetto di studio, inserita in un ambito puramente processuale, quello dell'espropriazione forzata, ma con innegabili effetti sostanziali che ricordano fortemente quelli che comporta la compravendita definita «contrattuale»: su questi basiamo l'identità di ragione che ci servirà come pretesto per affermare l'applicazione analogica del suo regime specifico ai confini della vendita giudiziale (seppure con le precisazioni e le cautele imposte dal carattere forzato e dall'origine reiteratamente processuale della figura in questione).

Una volta delimitata la natura dell'istituto in oggetto, questione essenziale in Spagna e superata in Italia, nel **secondo capitolo** ci addentreremo nello studio dei **soggetti della vendita giudiziale**, che contiene alcune delle sue principali caratteristiche, intimamente connessa con la sua origine processuale. In tal senso, a differenza della compravendita contrattuale, nella quale i soggetti coinvolti sono esclusivamente il venditore e il compratore, nel caso della vendita giudiziale i soggetti presenti sono fondamentalmente quattro: il creditore istante, l'organo giudiziale esecutivo, il debitore esecutato e l'aggiudicatario (già in questa sede si può constatare la complessità della figura che ci troviamo ad affrontare). Il creditore istante è colui che mette in moto il processo di esecuzione che dà origine alla vendita giudiziale con il quale richiede il risanamento della lesione creditizia e patrimoniale subita in caso di inadempimento dell'obbligazione del debitore. In tal caso, sarà l'organo giudiziale esecutivo, inteso in senso generico includendo così non solamente il giudice dell'esecuzione, ma anche il *Secretario Judicial* in Spagna o l'ufficiale giudiziario in Italia (organo di carattere amministrativo con enormi competenze nel processo di esecuzione), il quale, nell'esercizio della sua potestà giurisdizionale, si dirigerà contro gli attivi patrimoniali del debitore che ritenga sufficienti a coprire l'importo addebitato, imponendo, in questo caso, l'esecuzione forzata del diritto in questione: generalmente, e per quanto ci interessa, tramite la vendita giudiziale del diritto, ossia, il suo trasferimento forzato in cambio di denaro. Il debitore esecutato sarà il proprietario del diritto oggetto di esecuzione, in altri termini, il trasferente forzato del diritto oggetto di trasferimento, che generalmente coinciderà con la persona del debitore dal cui inadempimento deriva il processo di esecuzione. Infine, l'aggiudicatario sarà il soggetto che acquisisce il diritto in vendita giudizialmente, tramite il pagamento del prezzo di aggiudicazione, destinato a soddisfare il creditore istante.

Quanto esposto finora parte da una prospettiva comparativa spagnolo-italiana, che caratterizza in ogni momento questa ricerca e che ci condurrà ad analizzare figure singolari come quella dei cosiddetti «creditori intervenuti», specifica dell'Italia, di tale importanza da giustificare una fase autonoma del processo di esecuzione, intermedia tra pignoramento e ingiunzione: in questa, tutti i creditori del debitore esecutato potranno unirsi su un piano di uguaglianza al creditore istante, adempiendo così pienamente il principio della *par condicio creditorum* propria dei diritti di credito.

Il **terzo capitolo** è imperniato sull'analisi dell'**oggetto e dell'iter processuale della vendita giudiziale**. Come nella compravendita contrattuale, sono due gli elementi fondamentali esistenti nella vendita giudiziale: il diritto che si trasferisce e il prezzo che si paga in cambio. L'origine differente della prima, il processo di esecuzione, conferisce caratteristiche importanti tanto alla determinazione della cosa che si trasferisce quanto al prezzo che si paga per questa.

Per quanto riguarda il diritto oggetto di trasferimento, sarà necessario determinare i requisiti che questo deve possedere affinché possa essere oggetto di realizzazione forzata;



oppure, ugualmente, le condizioni oggettive e soggettive che risultano necessarie affinché il diritto possa essere suscettibile di responsabilità patrimoniale e, pertanto, di esecuzione forzata. Insieme a questi requisiti di carattere generico, nella misura in cui il diritto venduto infine giudizialmente sarà quello previamente individuato tramite il pignoramento, dovranno essere studiati anche i presupposti specifici relativi a quest'ultimo. Dunque, si può parlare di requisiti generici dell'oggetto dell'espropriazione forzata e di requisiti specifici del pignoramento. I requisiti generici dell'oggetto dell'espropriazione forzata sono tre: patrimonialità, alienabilità e non dichiarazione di impignorabilità del diritto; mentre i requisiti oggettivi specifici del pignoramento sono due, vale a dire la determinazione e la sufficienza del diritto o dei diritti che si pignorano. Infine, sul piano soggettivo, esiste un presupposto generalmente esigibile sia all'espropriazione forzata nel suo insieme, sia al pignoramento tramite il quale si determina il diritto specifico che deve essere realizzato forzatamente: l'appartenenza e la disponibilità del diritto in questione al debitore esecutato. Lo studio dei presupposti oggettivi e soggettivi del diritto venduto giudizialmente ci porterà ad addentrarci in molteplici questioni processuali e anche sostanziali; precisamente su questo ultimo piano, il confronto della figura specificamente spagnola della *prohibición de disponer* («proibizione di disporre») con l'esecuzione forzata e la conseguente vendita giudiziale.

Per quanto concerne la determinazione del prezzo, questo ci porterà ad investigare l'iter processuale che compone la vendita giudiziale tanto in Spagna quanto in Italia, poiché ognuno di questi procedimenti e atti processuali perseguono un unico fine nell'ambito dell'espropriazione forzata: la conversione definitiva del diritto oggetto di esecuzione in denaro. La conoscenza di tale iter processuale risulta necessaria non solamente agli effetti appena descritti, ma anche, e a maggior ragione, per una comprensione precisa delle soluzioni ai problemi sostanziali concreti che saranno trattati nei capitoli successivi: solamente avendo presente la portata precisa e il significato dei principali atti di procedura ordinaria e di carattere formale che danno origine alla vendita giudiziale si potrà giungere a soluzioni adeguate riguardo alle questioni sostanziali che essa presenta.

Nei tre capitoli rimanenti, ci addentreremo nell'oggetto fondamentale della presente ricerca: ossia, nella determinazione dei problemi sostanziali principali che la vendita giudiziale presenta e nella loro soluzione, sostenendoci sull'elemento comparativo dell'ordinamento italiano (sebbene con la cautela dovuta, in quanto tale ordinamento è ben lontano dal risolvere tutti i problemi che sorgono e le soluzioni che offre non sono sempre le più adeguate, e risultano per questo essere ulteriore oggetto di dibattito) e l'applicazione analogica, eventualmente, del regime giuridico della compravendita contrattuale.

A partire dal **quarto capitolo**, in esso affronteremo tutte **le questioni sostanziali che racchiude il trasferimento del diritto oggetto della vendita giudiziale**. Consideriamo dunque che i problemi che sorgono dal trasferimento giudiziale del diritto siano principalmente tre:

- a) Il carattere originario o derivativo del trasferimento operato, vale a dire, la determinazione del fatto se l'acquirente si trovi, rispetto alla cosa, nella stessa situazione giuridica del suo precedente proprietario, oppure se, al contrario, la titolarità acquisita sia indipendente da qualsiasi titolarità precedente e pertanto il diritto sorga *ex novo*. Questo aspetto riveste una grande importanza, nella misura in cui determinerà il grado di responsabilità che l'aggiudicatario debba o no assumere nella vendita giudiziale nel caso esistano gravami o altri diritti reali sull'immobile oggetto di vendita. Tale rilevanza non solamente supera i termini di cui sopra, ma risulta altrettanto essenziale allo scopo di determinare la seconda difficoltà che presentiamo, ossia il sistema o modo traslativo che si deve applicare al trasferimento operato mediante vendita giudiziale.
- b) Il sistema o modo di trasferimento che si deve applicare alla vendita giudiziale tra i molteplici esistenti e contemplati positivamente sia in Spagna che in Italia. Facciamo riferimento parallelamente all'Italia, poiché proprio questa è una delle questioni che neanche il codificatore italiano risolve. Modo o sistema traslativo applicabile alla vendita giudiziale, il cui studio è giustificato dall'enorme importanza che anche questo presenta: fisserà i presupposti legali che devono verificarsi affinché il trasferimento del diritto abbia effettivamente luogo.
- c) In terzo luogo, una volta risolta la natura originaria o derivativa del trasferimento e il modo o sistema legale di trasferimento applicabile, dovremo precisare il momento concreto nel quale avrà luogo l'effetto traslativo. Tale compito non risulta affatto facile, avvolto com'è in un panorama di confusione generalizzata a livello dottrinale e giurisprudenziale, specialmente in Spagna. Tale complessa controversia tenterà di adattare il complesso iter procedurale in cui consiste la vendita giudiziale al sistema o modo di trasferimento previamente scelto. Tale questione assume nuovamente un'enorme importanza, come segnalano le ripercussioni essenziali che ne derivano e che sono, fondamentalmente, le seguenti: la determinazione della legittimazione attiva per l'interposizione delle azioni di protezione del dominio; la definizione della validità degli atti di disposizione realizzati; l'individuazione dei beni che costituiscono la massa attiva di un eventuale concorso di creditori di alcuni dei soggetti coinvolti nel processo di esecuzione (il debitore esecutato o l'aggiudicatario); la delimitazione del patrimonio al quale saranno destinati gli eventuali frutti prodotti dal bene oggetto della vendita giudiziale; la determinazione della persona che dovrà assumersi i rischi per il deterioramento o la perdita della cosa venduta; e inoltre, il momento preclusivo per l'interposizione dell'opportuna *tercería de dominio* («opposizione di terzo»).

Il **quinto capitolo** ha come oggetto di studio dello svolgimento della **garanzia per i vizi o per evizione nell'ambito delle vendite giudiziali**. Vale a dire, quale risposta si può

dare all'esistenza di evizione o di vizi occulti nell'ambito delle vendite giudiziali? Di quali meccanismi dispone l'aggiudicatario che subisce tali circostanze? Si tratta di una questione sulla quale si pronuncia il CC spagnolo e riguardo alla quale apparentemente dice molto di più e con carattere contraddittorio (rispetto alla soluzione spagnola) il CC italiano. Ebbene, avremo occasione di constatare che l'apparenza non si concilia con la realtà delle cose. A tali effetti, saranno quattro le questioni fondamentali che dovranno essere oggetto di risoluzione:

- a) Il regime di garanzia si applica nell'ambito delle vendite giudiziali vista la natura eminentemente processuale e forzata che le caratterizza? Oppure ha più senso dotare tali eventualità di un regime di garanzia autonomo e specifico per tali vendite?
- b) Indipendentemente da quale sia la risposta alle questioni precedenti, si dovrà stabilire in ciascuno dei casi il contenuto specifico della garanzia (analoga alla compravendita contrattuale o autonoma) che si deve offrire.
- c) In terzo luogo, avrà un'enorme importanza stabilire il soggetto che deve rispondere della garanzia in questione riguardo all'esistenza di evizione o di vizi occulti, il quale è di particolare complessità, data la molteplicità dei soggetti intervenenti nella vendita giudiziale.
- d) In quarto luogo, studieremo i casi in cui, nonostante esistano i presupposti dell'evizione (fondamentalmente il fatto che l'esecutato sia un *non dominus*), questa non si verificherà tenendo conto della protezione dispensata all'aggiudicatario dal sistema registrale spagnolo. Ossia, affronteremo l'analisi delle acquisizioni *a non domino* e il gioco dei principi di protezione dell'apparenza registrale nell'ambito delle vendite giudiziali.

Infine, nel **sesto capitolo** ci addenteremo nell'analisi di due questioni che riguardano aspetti o situazioni patologiche in relazione alla vendita giudiziale: da un lato l'operatività dell'istituto della **risoluzione**, quale rimedio caratteristico in caso di inadempimento di obbligazioni reciproche o sinalagmatiche, applicabile con carattere generale e indiscutibile alle vendite contrattuali; e la **rescissione per lesione** come possibile meccanismo paliativo nel caso del tanto frequente ottenimento di un prezzo di aggiudicazione notevolmente inferiore a quello di mercato, la qual cosa va chiaramente a scapito della persona del debitore esecutato.

Nel caso della risoluzione per inadempimento, ciò che intendiamo determinare è se essa risulta operativa nell'ambito delle vendite giudiziali, rispettando le sue particolari caratteristiche e la specifica configurazione dell'istituto risolutorio negli ordinamenti spagnolo e italiano (dovremo determinare se sono equiparabili nei due ordinamenti); ciò ci porterà a constatare se i presupposti necessari all'esercizio del rimedio risolutorio siano

presenti o no nelle vendite giudiziali, fondamentale, tra altri, se sia possibile parlare veramente della nascita di obbligazioni reciproche nella vendita giudiziale.

Per quanto riguarda la rescissione per lesione, la prima cosa da determinare sarà se essa costituisce un rimedio realizzabile sia in Spagna che in Italia, per poi stabilire se i requisiti necessari al suo esercizio siano veramente esistenti nella vendita giudiziale nel caso di ottenimento di un prezzo di aggiudicazione notevolmente inferiore al valore di mercato del bene oggetto di vendita.

## INTRODUCCIÓN

La venta judicial constituye una **figura de perfiles eminentemente procesales, que encierra igualmente importantes aspectos sustantivos que parecen pasar inadvertidos para la generalidad de la doctrina**, singularmente española. Esa preeminencia de sus aspectos procesales sin duda alguna viene explicada por enmarcarse la venta judicial en el proceso de ejecución dineraria al que sirve de instrumento para la conversión en dinero (objetivo fundamental de esta última) del elemento del activo patrimonial del deudor que se estime como suficiente para restablecer la lesión causada a la persona del acreedor como consecuencia del incumplimiento de una obligación de carácter pecuniario.

En efecto, el principio general de la responsabilidad patrimonial universal imperante en la generalidad de los Ordenamientos europeos, conforme al cual el deudor responde de sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros, supone que todos los derechos integrantes del patrimonio del obligado quedan sometidos potencialmente a la eventual actuación del Juez, quien en ejercicio de su suprema potestad jurisdiccional podrá dirigirse frente a cualesquiera de ellos, ante el incumplimiento de la obligación asumida, sujetándolos al denominado proceso de ejecución. Un proceso, que frente el contenido principal, o subsidiariamente, pecuniario o dinerario de la obligación asumida (ya sea porque la prestación asumida sea la de una entrega de dinero, o porque ante la imposibilidad de satisfacer una obligación específica, el equivalente debido sea precisamente el pago de una cantidad dineraria), perseguirá como meta la obtención de la suma adeudada, mediante la conversión en dinero de un elemento del activo patrimonial del deudor. Proceso de ejecución forzosa, específicamente dineraria, que se proyecta en dos grandes etapas: la del embargo, con la que se lleva a cabo una individualización o aprehensión del bien sobre el que va a recaer la ejecución (una concreción de la genérica responsabilidad patrimonial universal); y la del procedimiento de apremio, con la que tiene lugar la realización forzosa del bien, su efectiva conversión en dinero con el que se pagará al acreedor ejecutante. Es la fase de realización forzosa o apremio la que a nosotros interesa como objeto de estudio del presente trabajo, pues es precisamente en dicha etapa procesal, en la que se inserta la venta judicial, como instrumento (no único, pero sí el más generalizado) de conversión definitiva en dinero del bien objeto de ejecución forzosa.

En definitiva, venta judicial, cuan institución de carácter eminente procesal, por razón de su ubicación sistemática (reiteramos, en el seno del proceso de ejecución dineraria), que presenta como anticipamos inicialmente **importantísimos aspectos y efectos de naturaleza sustantiva**, fundamentalmente y entre otros: **la transmisión de un derecho real propiedad del ejecutado al adjudicatario (el denominado efecto traslativo de la venta judicial); la cancelación de las cargas posteriores a la traba del embargo que pasaren sobre el bien objeto de venta (el llamado «efecto purgativo» de la venta judicial), así como, en su caso, la satisfacción y extinción del crédito de cuya lesión trae causa el proceso de ejecución en el que se inserta la venta judicial.** Efectos sustantivos en torno a los cuales surgen paralelamente una multiplicidad de cuestiones igualmente civiles o materiales (no puramente procedimentales), todas las cuales no reciben una específica respuesta por parte del legislador español; destacan de entre otras muchas a este último respecto las siguientes: el sistema traslativo aplicable, el momento del efecto traslativo, la evicción, la resolución por incumplimiento, etc. Ciertamente, el componente sustantivo de la venta judicial merece muy poca atención por parte del codificador español decimonónico, y ninguna de las sucesivas reformas a las que se ha visto sujeto el Código español ha venido a paliar esta laguna. Realidad normativa que no casa con la importancia y máxima vigencia práctica que tales cuestiones suscitan en el día a día de los tribunales de justicia. Pues bien, son precisamente todas estas cuestiones de carácter sustantivo que trae consigo la venta judicial la que serán objeto de detenido estudio en el trabajo que en estas páginas presentamos.

A los efectos de la resolución de los referidos aspectos sustantivos de la venta judicial, dos serán los **instrumentos metodológicos** que se emplearán a lo largo del presente trabajo:

De un lado, la analogía en relación con el completo régimen jurídico de la compraventa que venimos a denominar como contractual, en contraste con la judicial (por los motivos que se especificarán). Efectivamente, ambas son ventas, ya que tanto en una como en la otra existe el cambio de una cosa por un precio, lo cual da cumplida cuenta de la identidad razón necesaria para la posible aplicación analógica de las soluciones que sí da y con gran lujo de detalles el codificador español en relación con la compraventa contractual u ordinaria. Volveremos a la cuestión del estudio de la eventual aplicación analógica del régimen de la venta contractual a la venta judicial en breve; baste ahora dejar apuntado este primer instrumento metodológico.

De otro lado, el instrumento comparativo que presidirá en todo momento el presente trabajo: el análisis de los aspectos sustantivos de la venta judicial tomará como modelo constante de referencia al Ordenamiento italiano, ya que el Código Civil de 1942 vigente en el país transalpino, a diferencia del español, sí toma conciencia de la importancia de los referidos elementos materiales de la por ellos denominada «*vendita forzata*», destinando seis artículos a su regulación positiva (arts. 2919 a 2924).

Dicho lo cual, y antes de adentrarnos en la exposición de la sistemática y estructura seguida en el trabajo, dos son las **advertencias introductorias** que en este punto debemos realizar, en atención a la delimitación material del objeto de estudio. En primer lugar, un matiz de tipo conceptual: cuando hablamos de venta judicial, lo hacemos concibiendo ésta en sentido amplio, esto es, como compleja figura que no sólo se identifica con el momento del remate sino con un conjunto concatenado de actos procesales que dan lugar al nacimiento de una relación jurídica de venta (cosa a cambio de precio). Y en segundo lugar, una precisión acerca de la específica modalidad de venta judicial que pasamos a estudiar: a saber, la venta judicial de bienes inmuebles, aquélla que tiene por objeto derechos reales de naturaleza inmobiliaria; y ello en base, no sólo la especial relevancia económica que estos últimos presentan (lo cual puede incluso llegar a discutirse), sino sobre todo por la mayor complejidad técnica que desde una perspectiva jurídica viene a suscitar.

Hemos estructurado nuestra investigación en **seis capítulos**. El **primero** de ellos tiene por objeto el estudio de la importante y controvertida **naturaleza jurídica de la venta judicial**, cuya relevancia se hace especialmente visible en el seno del Ordenamiento español, dada la ausencia en este último de un régimen jurídico que positivamente se ocupe de otorgar una específica solución a las cuestiones sustantivas que la figura plantea. En efecto, el empeño por aclarar la verdadera naturaleza jurídica de cualquier institución suele constituir una labor en muchas ocasiones de carácter superfluo y alejado del objeto principal de la ciencia jurídica cual es la búsqueda de soluciones a problemas concretos; si bien, dichos riesgos o deficiencias quedan superados ante la existencia de una figura carente de regulación jurídica positiva. Y éste es ciertamente el caso de la venta judicial: siendo una figura no bien definida ni regulada a efectos sustantivos en el caso de España, tarea obligada y precedente es la de determinar en qué concretos moldes de figuras sí delimitadas de manera completa a efectos positivos parece ajustarse en mayor medida la institución en cuestión, para así facilitar la labor de identificación y resolución de los aspectos y problemas civiles de la misma. Esto es, el estudio de la naturaleza jurídica de la venta judicial nos va a permitir encontrar la necesaria identidad de razón con la figura jurídica cuyo régimen jurídico positivo será tomado como referencia en la solución de las cuestiones sustantivas que la primera encierre.

En la búsqueda de esta naturaleza de la venta judicial recorreremos las numerosas teorías que se han acuñado en torno a la explicación del particular, singularmente por parte de la doctrina italiana, para así llegar a la constatación de lo complejo de la figura objeto de estudio, enmarcada en el seno de un ámbito puramente procesal, el de la ejecución dineraria, pero con innegables efectos sustantivos que recuerdan mucho a los que trae consigo la compraventa que venimos a denominar como contractual: en ellos basamos la identidad de razón que nos servirá de pretexto para la afirmación de la aplicación analógica de su específico régimen a los confines de la venta judicial (si bien, con los matices y cautelas que impone el particular carácter forzoso y el origen reiteradamente procesal de la figura).

Delimitada la naturaleza de la institución, cuestión esencial en España y superada en Italia, en el **segundo capítulo** nos adentramos en el estudio de **los sujetos de la venta judicial**, que encierra de unas sus principales particularidades, íntimamente relacionada con el origen procesal de la misma. En este sentido, a diferencia de la compraventa contractual en la que los sujetos implicados son exclusivamente el vendedor y comprador, en el caso de la venta judicial son fundamentalmente cuatro los sujetos en presencia: el acreedor ejecutante, el órgano judicial ejecutivo, el deudor ejecutado, y el adjudicatario (se puede constatar ya en esta sede lo complejo de la figura ante la que nos enfrentamos). El acreedor ejecutante es el que pone en marcha el proceso de ejecución que sirve de origen a la venta judicial, con el que insta el restablecimiento de la lesión creditual y patrimonial sufrida ante el incumplimiento de la obligación del deudor. Ante ello, será el órgano judicial ejecutivo, entendido en sentido genérico englobando así no sólo al Juez de la ejecución, sino igualmente al Secretario Judicial o el «*ufficiale giudiziario*» en el caso de Italia (órgano de carácter administrativo con enormes competencias en el proceso de ejecución), el que en ejercicio de su potestad jurisdiccional se dirigirá contra aquellos activos patrimoniales del deudor que estime como suficientes para cubrir el importe de lo que se adeuda, imponiendo, en su caso, la realización forzosa del derecho en cuestión: generalmente y en lo que a nosotros interesa, mediante la venta judicial del derecho, esto es, su transmisión forzosa a cambio de dinero. El deudor ejecutado será el propietario del derecho objeto de ejecución, en otros términos, el transmitente forzoso del derecho que se transmite, que generalmente coincidirá con la persona del deudor de cuyo incumplimiento trae causa el proceso de ejecución. Finalmente, el adjudicatario será el sujeto que adquiere el derecho que se vende judicialmente, mediante el pago del denominado precio del remate, que será destinado a satisfacer al acreedor ejecutante.

Y todo lo anterior desde la perspectiva comparativa, española-italiana, que caracteriza en todo momento la presente investigación, lo que nos llevará a analizar a singulares figuras tales como la de los denominados «acreedores intervinientes», genuinos de Italia, de tal importancia que vienen a justificar una autónoma fase del proceso de ejecución, intermedia al embargo y el apremio: en ella, todos los acreedores del deudor ejecutado podrán unirse en pie de igualdad al acreedor ejecutante, dando así riguroso cumplimiento al principio de la *par condicio creditorum* propia de los derechos de crédito.

El **tercer capítulo** se centra en el análisis del **objeto y tramitación procesal de la venta judicial**. Al igual que en la compraventa contractual, dos son los elementos objetivos fundamentales existentes en la venta judicial: el derecho que se transmite y el precio que a cambio del mismo se paga. Lo que ocurre es que el diverso origen de la primera, el proceso de ejecución, tiñe de importantes especialidades tanto la determinación de la cosa que se transmite, cuanto el precio que por ella se paga.

Por lo que respecta al del derecho objeto de transmisión, será necesario determinar los requisitos que éste debe reunir para que pueda ser objeto de realización forzosa; o lo que es



lo mismo, las condiciones objetivas y subjetivas que resultan necesarias para que el derecho pueda ser susceptible de responsabilidad patrimonial y, por tanto, de ejecución forzosa. Junto a esos requisitos de carácter genérico, en la medida en que el derecho finalmente vendido judicialmente será aquel que previamente haya sido individualizado a través del embargo, también deberán ser objeto de estudio los específicos presupuestos atinentes a este último. Esto es, puede hablarse de requisitos genéricos del objeto de la ejecución dineraria y de requisitos específicos del embargo. Los requisitos genéricos del objeto de la ejecución dineraria vienen a ser tres: patrimonialidad, alienabilidad y no declaración de inembargabilidad del derecho; mientras que los requisitos objetivos específicos del embargo son dos: a saber, la determinación y la suficiencia del derecho o derechos que se embarguen. Finalmente, en el plano subjetivo, existe un presupuesto generalmente exigible tanto a la ejecución dineraria en su conjunto, cuanto al embargo mediante el que se concreta el específico derecho a realizar forzosamente: la pertenencia y disponibilidad del derecho en cuestión al deudor ejecutado. El estudio de los presupuestos objetivos y subjetivos del derecho vendido judicialmente nos hará adentrarnos en múltiples cuestiones procesales, y también sustantivas; señaladamente en este último plano, la confrontación de la singular y española figura de la «prohibición de disponer» con la ejecución forzosa y consecuente venta judicial.

Por lo que hace a la determinación del precio, ello nos llevará a indagar en la tramitación procesal que conforma la venta judicial tanto en España como en Italia, pues todos y cada uno de dichos trámites y actos procesales persiguen un único fin en el marco de la ejecución dineraria: la conversión definitiva del derecho objeto de ejecución en dinero. Tramitación procesal cuyo conocimiento no sólo resulta necesario a los efectos anteriores, sino igualmente y con mayor razón para alcanzar un preciso entendimiento de las soluciones a los concretos problemas sustantivos que en los sucesivos capítulos serán objeto de tratamiento: sólo teniendo presente el preciso alcance y significación de los principales actos de trámite y de carácter formal que originan la venta judicial podrá llegarse a adecuadas soluciones en torno a las cuestiones sustantivas que ésta plantea.

En los tres restantes capítulos, nos adentramos ya en el objeto fundamental de la presente investigación: a saber, la determinación de los principales problemas sustantivos que presenta la venta judicial y la solución a los mismos tomando como apoyo el dato comparativo del Ordenamiento italiano (si bien, con la cautela de que dicho Ordenamiento no resuelve ni mucho menos todos los problemas que se suscitan, y que las soluciones que sí da no son siempre las más adecuadas, de ahí que también las cuestionemos) y la aplicación analógica, en su caso, del régimen jurídico de la compraventa contractual.

Comenzando por el **capítulo cuarto**, en él abordamos todas **las cuestiones sustantivas que encierra la transmisión del derecho objeto de venta judicial**. Así las cosas, consideramos que son tres los principales problemas que suscita la transmisión judicial del derecho:

- a) El carácter originario o derivativo de la transmisión operada, esto es, la determinación de si el adquirente se encuentra respecto a la cosa en la misma situación jurídica que su anterior dueño, o si por el contrario la titularidad adquirida es independiente de cualquier titularidad anterior surgiendo el derecho *ex novo*. Ello guarda una gran importancia, en la medida que determinará el grado de responsabilidad que deba o no asumir el adjudicatario en la venta judicial ante la existencia de cargas u otros derechos reales sobre el inmueble objeto de venta. Relevancia que no sólo no se agota en los anteriores términos, sino que resulta igualmente esencial en aras de la determinación de la segunda de las dificultades que nos planteamos, a saber, el sistema o modo traslativo que debe resultar de aplicación a la transmisión operada mediante la venta judicial.
  
- b) El sistema o modo de transmisión que debe resultar de aplicación a la venta judicial de entre los múltiples existentes y contemplados positivamente tanto en España cuanto en Italia. Y hacemos referencia paralela a Italia, pues es ésta precisamente una de las cuestiones que tampoco resuelve el codificador italiano. Modo o sistema traslativo aplicable a la venta judicial cuyo estudio queda justificado dada la enorme importancia que igualmente presenta: concretará los presupuestos legales que deben darse para que la transmisión del derecho tenga lugar efectivamente.
  
- c) En tercer lugar, resuelta la naturaleza originaria o derivativa de la transmisión y el modo o sistema legal de transmisión aplicable, tendremos que cifrar el concreto momento en que tendrá lugar el efecto traslativo. Tarea nada fácil envuelta en un panorama de confusión generalizada a nivel doctrinal y jurisprudencial, señaladamente en España. Compleja controversia que tratará de ajustar el complejo *iter* procedimental de que consta la venta judicial al sistema o modo transmisivo que hayamos previamente escogido. Cuestión que de nuevo guarda una enorme importancia, como ponen de manifiesto las esenciales repercusiones que de ella se derivan; fundamentalmente las siguientes: la determinación de la legitimación activa para la interposición de las acciones protectoras del dominio; la fijación de la validez de los actos de disposición llevados a cabo; la concreción de los bienes integrantes de la masa activa de un eventual concurso de acreedores de algunos de los sujetos implicados en el proceso de ejecución (el deudor ejecutado o el adjudicatario); la delimitación del patrimonio al que serán adscritos los frutos que eventualmente produzca el bien objeto de venta judicial; la determinación de la persona que deberá asumir los riesgos por deterioro o pérdida de la cosa vendida; así como el momento preclusivo para la interposición de la oportuna tercería de dominio.

El **quinto capítulo** tiene por objeto el estudio del juego del **saneamiento por vicios ocultos y por evicción en el ámbito de las ventas judiciales**. Esto es, ¿qué respuesta puede darse al hecho de la evicción o de la existencia de vicios ocultos en el marco de las ventas

judiciales? ¿Con qué mecanismos cuenta el adjudicatario que sufra tales eventualidades? Se trata de una cuestión sobre la que algo dice el CC español y respecto de la que en apariencia dice mucho más y con carácter contradictorio (respecto de la solución española) el CC italiano. Si bien, tendremos ocasión de constatar que la apariencia no casa con la realidad de las cosas. A estos efectos, serán cuatro las cuestiones fundamentales que deberán ser objeto de resolución:

- a) ¿Tiene cabida el régimen del saneamiento en el ámbito de las ventas judiciales atendiendo a la naturaleza eminentemente procesal y forzosa que las caracteriza? O, ¿tiene mayor sentido dotar a tales eventualidades de un régimen de garantía autónomo y específico para tales ventas?
- b) Con independencia de cuál sea la respuesta a las anteriores cuestiones, deberá concretarse en cada uno de los casos el específico contenido de la garantía (análoga a la compraventa contractual, o autónoma) que debe prestarse.
- c) En tercer lugar, enorme importancia guardará la fijación del sujeto que debe responder de la garantía en cuestión ante el hecho de la evicción o los vicios ocultos, lo cual asume especial complejidad dada la multiplicidad de sujetos intervinientes en la venta judicial.
- d) En cuarto lugar, estudiaremos aquellos casos en los que a pesar de que concurren los presupuestos de la evicción (fundamentalmente el hecho de que el ejecutado fuera un *non dominus*), ésta no llegará a darse en atención a la protección dispensada al adjudicatario por el sistema registral. Esto es, abordaremos el tratamiento de las adquisiciones *a non domino* y el juego de los principios de protección de la apariencia registral en el marco de las ventas judiciales.

Finalmente, en el **sexto capítulo** nos adentraremos en el análisis de dos cuestiones que responden a aspectos o situaciones patológicas en relación con la venta judicial: de un lado la operatividad del instituto de la **resolución**, cuan remedio característico frente al incumplimiento de obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, aplicable con carácter general e indiscutible a las ventas contractuales; y la **rescisión por lesión** como posible mecanismo paliativo frente a la tan frecuente obtención de un precio de remate notablemente inferior al de mercado, lo cual va en detrimento señaladamente respecto a la persona del deudor ejecutado.

En el caso de la resolución por incumplimiento, lo que pretendemos determinar es si resulta operativa en el ámbito de las ventas judiciales, atendiendo a las particulares características de esta última, y a la específica configuración del instituto resolutorio en los Ordenamientos español e italiano (tendremos que determinar si son equiparables en ambos Ordenamientos); lo cual nos llevará a constatar si los presupuestos necesarios para el

ejercicio del remedio resolutorio concurren o no en las ventas judiciales, fundamentalmente y entre otros, si puede hablarse verdaderamente del nacimiento de obligaciones recíprocas en la venta judicial.

Por lo que respecta a la rescisión por lesión, lo primero que tendremos que determinar es si constituye un remedio viable con carácter general tanto en España como en Italia, para posteriormente concretar si los requisitos necesarios para su ejercicio concurren verdaderamente en la venta judicial ante la obtención de un precio de remate notoriamente inferior al valor de mercado del bien objeto de venta.

## CAPITOLO I - NATURA GIURIDICA DELLA VENDITA GIUDIZIALE

### 1. PREMESSE: L'IMPORTANZA DELLA NATURA GIURIDICA COME *POSTERIUS* E NON *PRIUS* DI FRONTE ALLA LACUNA NORMATIVA SPAGNOLA

Una delle questioni più controverse suscitate dalla vendita giudiziaria nell'ambito della dottrina è quella relativa alla sua natura giuridica<sup>1</sup>. Controversia che nel caso della Spagna è dovuta all'inesistenza di una regolazione sostanziale propria e specifica dell'istituto oggetto di analisi da un punto di vista sostanziale, e che determina la necessità di sopperire a tale assenza con la figura più affine possibile<sup>2</sup>.

Prova di quanto affermato è l'esperienza dell'ordinamento giuridico italiano, nell'ambito della cui dottrina la discussione riguardo alla natura giuridica della cosiddetta «*vendita forzata*» è accesa durante la vigenza del CC italiano del 1865, seppur superata dalla comparsa del Codice del 1942 attualmente in vigore, nel quale esiste già una regolazione specifica degli effetti della «*vendita forzata e della assegnazione*», negli articoli da 2919 a 2924<sup>3</sup>. Effettivamente, come indica giustamente CERINO-CANOVA, la polemica sulla natura giuridica della vendita giudiziale in Italia è superata, dal momento che il CC italiano del 1942 contempla precetti specifici destinati a regolare i suoi effetti sostanziali: a partire da quel momento, non è più necessaria alcuna polemica sulla natura con la finalità di determinare quale corpo normativo risulterà applicabile rispetto a determinate questioni

---

<sup>1</sup> DÍEZ-PICAZO, L., «Los llamados contratos forzosos», in *Anuario de Derecho Civil*, Volume I, 1956, p. 95: «El problema de la naturaleza jurídica de la enajenación de los bienes del deudor ejecutado ha suscitado fuertes»  
<sup>2</sup> Nello stesso senso FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio*, Barcellona, 1987, p. 37: «La doctrina ha intentado siempre penetrar en la esencia de la actividad de conversión de los bienes afectados en dinero. La necesidad de hacerlo está estrechamente vinculada a los intentos de encontrar soluciones adecuadas a los problemas que tal actividad comporta y en especial a la búsqueda de respuestas que cubran las lagunas legales que existen».

<sup>3</sup> Il CC italiano in vigore dal 1942 si occupa dei cosiddetti «*Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione*», nella Sezione 3<sup>a</sup> del Titolo IV («*Della tutela giurisdizionale dei diritti*»), del Libro VI («*Della tutela dei diritti*»).

problematiche, poiché queste trovano già una risposta positiva nello stesso testo del CC italiano del 1942. In altri termini, partendo dalla legislazione italiana vigente, «non è più la speculazione teorica che deve indicare la regolamentazione giuridica dell'istituto, ma inversamente è questa la premessa di ogni teorizzazione»<sup>4</sup>.

Nell'ordinamento giuridico spagnolo, la mancanza di una regolazione esplicita di determinati e importanti effetti sostanziali della vendita giudiziale implica che questo dibattito non sia superato, bensì, ancora aperto.

Prima di addentrarci nella polemica in questione che, come avremo occasione di osservare, riguarda le similitudini e le differenze tra vendita giudiziale e vendita ordinaria, dobbiamo sottolineare l'importanza della sua soluzione per lo sviluppo del presente lavoro, non prima di aver specificato alcune avvertenze già segnalate dalla dottrina spagnola più autorevole riguardo alla natura giuridica in generale. A tale proposito, come segnala giustamente ESPEJO LERDO DE TEJADA, l'impegno di sviscerare la natura giuridica di qualsiasi istituto giuridico «può sembrare vano o superfluo, eccessivamente tecnico o troppo intricato, perfino controproducente nocivo per una corretta applicazione delle conseguenze giuridiche della figura in questione». Tuttavia, questi possibili rischi, a nostro parere, non devono farci disprezzare lo studio di questa materia, anzi ci serviranno come «chiave di interpretazione e di sistematizzazione»<sup>5</sup>. Inoltre, i rischi menzionati possono essere evitati tenendo ben presente l'avvertenza di JORDANO BAREA, ossia che la questione della natura

---

<sup>4</sup> CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo», in *Rivista di Diritto Civile*, fasc. 2, 1980, p. 149, nota n. 47: «Proprio la disciplina sostanziale della vendita forzata, dettata dagli art. 2919 ss., costituisce la ragione decisiva del progressivo affievolirsi del dibattito sulla natura della vendita forzata. Infatti, quale sia la scelta preferita da ciascun interprete, resta fermo che i principali effetti dell'istituto si atteggiano in conformità alla normativa del Codice: ossia, nella legislazione vigente, non è più la speculazione teorica che deve indicare la regolamentazione giuridica dell'istituto, ma inversamente è questa la premessa di ogni teorizzazione». Anche JACCHERI, E., «Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflessioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)»..., *cit.*, pp. 793 y 794: «La problematica (con riferimento alla natura giuridica) era originata da una lacuna nella regolazione della materia, la quale lasciava aperta la questione sulla applicabilità o meno, alla vendita forzata, della stessa disciplina giuridica prevista per quella volontaria». Nello stesso senso, TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata», in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 3, 1995, p. 1131: «Il problema della natura giuridica della vendita forzata era suscitato dalla legislazione del 1865, che non disciplinava gli effetti della vendita forzata, come invece fa il codice attuale». Anche in TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata», in *Digesto IV Edizione, discipline privatistiche, sez. civile, XIX*, 2000, p. 4 [consultato in <http://bddx.leggiditalia.it>: data della consultazione 1 marzo 2013]: «Si è a lungo dibattuto sulla natura giuridica della vendita forzata. I codici del 1865 non regolavano esplicitamente gli effetti di essa, come avviene ora negli artt. 2919 ss. c.c., e larga parte della dottrina, nello sforzo di colmare le lacune legislative, assimilava la vendita forzata a quella volontaria».

Nella dottrina spagnola è da segnalare la superazione della controversa natura giuridica della vendita giudiziale, grazie alla regolazione dei suoi effetti sostanziali, FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, *cit.*, p. 45, nota n. 135: «La vieja disputa sobre la naturaleza jurídica, perniciosa en cuanto intenta convertir a la venta forzada en una cosa misteriosa y separarla, a cualquier precio, de otros tipos de figuras semejantes, ha sido superada, por los menos parcialmente, en Italia, gracias a introducir en el Código Civil una regulación específica que establece los efectos propios de la venta forzada (arts. 2919 y ss. CC italiano)».

<sup>5</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo de bienes inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2005, p. 19.

giuridica di un determinato istituto giuridico non costituisce un *prius* dal quale derivano conseguenze per il suo regime giuridico, ma piuttosto un *posterius* ricavato dallo studio della sua regolazione positiva nel suo insieme<sup>6</sup>.

La natura giuridica della vendita giudiziale che sviluppiamo in queste linee non pretende di essere la formula magica che colmi tutti i vuoti legali che questa figura presenta nell'ambito sostanziale, ma solamente servire da guida interpretativa ed esegetica per la soluzione di problemi concreti che si possano presentare in seguito all'applicazione dell'insieme dei dati normativi che ci troviamo a trattare. Di questo si tratta e, usando ancora le parole di ESPEJO LERDO DE TEJADA, «non si tratta di forzare i dati normativi per farli incastrare all'interno di una tesi concepita precedentemente, ma di integrare tali dati in una spiegazione chiara, semplice e coerente che ne faciliti l'assimilazione e la sistematizzazione»<sup>7</sup>. In altri termini, seguendo JORDANO BAREA, «della natura giuridica di una figura o di un istituto, così intesa, non si può dire che sia vera o falsa, semmai più o meno buona, a seconda della sua virtualità esplicativa o didattica: se spiega tutto o quasi tutto, sarà magnifica; se spiega poco o niente, sarà pessima». Pretendiamo proprio che la nostra analisi della natura giuridica trovi la sua giustificazione in base al suo valore esplicativo rispetto a quei vuoti legali che nell'ordinamento giuridico spagnolo, a differenza di quello italiano, continuano ad esistere per quanto riguarda gli aspetti sostanziali della vendita giudiziaria; si tratta di questo, che sia «utile», più che «vera»<sup>8</sup>.

Una volta precisate le avvertenze dovute e anticipato che i problema principali che la natura giuridica della vendita giudiziale presenta sono dovuti alla mancanza, in Spagna, di un regime giuridico specifico che regoli gli effetti sostanziali che questa comporta, è il momento di addentrarci nello studio e nella sistematizzazione delle principali posizioni dottrinali che sostenute riguardo al tema in questione. Queste posizioni possono essere sintetizzate fondamentalmente nelle seguenti domande: l'alienazione realizzata mediante

---

<sup>6</sup> JORDANO BAREA, J., «Una elección sobre la posesión», in *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 39, N° 4, 1986, p. 1048: «Como es obvio, las figuras o instituciones jurídicas no tienen una *physis* o naturaleza propiamente dicha, como, por el contrario, la tienen un animal o una planta. La “naturaleza jurídica” es una paráfrasis que alude a algo esencialmente distinto. No se trata, como algunos todavía creen, de un *prius* del que luego deriven todos los efectos, determinados por un nexo causal inexorable. Eso creyó, en su día, la jurisprudencia conceptual, con su “método de inversión” característico. De la llamada “naturaleza jurídica” no puede derivarse nada por el intérprete que no haya puesto antes en ella. Consiste, pues no en un *prius*, sino en un *posterius*, algo que sólo se obtiene después de analizar el fenómeno práctico, la normativa aplicable y la eficacia jurídica producida en consecuencia. Es como la gran síntesis de los efectos producidos por una institución o figura jurídica (síntesis estructural y funcional de su eficacia), una fórmula explicativa o pedagógica; de ahí que la usemos tanto los profesores y tan poco los juristas prácticos, pese a la comodidad que supone acudir a una especie de “fórmula de encantamiento” de fácil manejo para apresar de un solo golpe de vista una proteica y compleja realidad social».

<sup>7</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo de bienes inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., p. 20.

<sup>8</sup> In senso analogo l'affermazione di PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II, Barcelona, 1956, p. 66: «no se trata de hallar cuál sea la naturaleza de unos medios, sino de averiguar cuál es la eficacia de éstos en relación con los fines que han de ser alcanzados».

asta pubblica come conseguenza di un procedimento di espropriazione forzata può essere chiamata vendita? Si può parlare dell'esistenza di una vendita giudiziale? In caso affermativo, come tipologia di vendita ordinaria o come categoria indipendente? Come sarà facile osservare, si tratta di domande alle quali è difficile rispondere, dal momento che ci troviamo di fronte a una figura composta da aspetti processuali e sostanziali; regolata principalmente nella normativa processuale, ma con ripercussioni importantissime nell'ambito sostanziale: si trasmette la proprietà del bene oggetto di vendita forzata, si paga un prezzo per tale bene, e con esso si salda interamente o parzialmente un debito inizialmente insoddisfatto<sup>9</sup>. Insomma, si fa sempre riferimento, come punto di partenza, alla vendita ordinaria vera e propria, in quanto ci troviamo di fronte a una figura nella quale esiste lo scambio di una cosa per prezzo: proprio questi sono i pilastri che costituiscono la definizione legale di compravendita esistente nell'art.1445 del CC spagnolo, secondo il quale, «nel contratto di compravendita uno dei contraenti si impegna a consegnare una determinata cosa e l'altro a pagare per questa un prezzo fissato, in denaro o un segno che lo rappresenti»<sup>10</sup>. A questo proposito, FRANCO ARIAS afferma con ragione che la

---

<sup>9</sup> Questa natura peculiare ed eterogenea della vendita giudiziale, che incide sulla disciplina processuale e anche sostanziale, è rimarcata in maniera pertinente da JACCHERI, E., «Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflessioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)»..., *cit.*, p. 795: «La vendita forzata consta di un duplice aspetto: quello "procedimentale" e quello "sostanziale". Come "procedimento" essa è data da una progressione di atti che trova il proprio inizio nell'istanza di vendita e la chiusura nel decreto di trasferimento. L'aspetto "sostanziale" si riferisce agli effetti espressamente disciplinati dagli art. 2919-2929 C.C. che derivano dal rapporto di compravendita intercorrente fra l'ufficio esecutivo e l'aggiudicatario (o assegnatario)».

Sottolinea i principali effetti sostanziali (oltre che processuali) che comporta la vendita giudiziale anche PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 251: «I poli tra i quali il nostro studio è compreso sono costituiti dai due fondamentali effetti che il processo esecutivo produce nel campo dei diritti privati: l'estinzione (totale o parziale) del credito per cui si procede (ed eventualmente di altri crediti) e il trasferimento coattivo dei diritti. Il primo effetto costituisce la finalità ultima (mediata) del processo esecutivo, lo scopo pratico per cui il meccanismo dell'esecuzione forzata si muove; l'altro costituisce il mezzo con cui normalmente si riesce a convertire in denaro i beni del debitore, al fine di provvedere al pagamento dei debiti».

<sup>10</sup> In Italia, il CC del 1942 definisce la vendita nell'art. 1470, secondo il quale: «La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo». A differenza dell'ordinamento spagnolo, in quello italiano si parla espressamente di consegna di una proprietà in cambio di un prezzo (in Spagna, come abbiamo appena visto, si parla di «consegna di cosa» - non di proprietà-, in cambio di un prezzo). L'inclusione dell'obbligo di consegna e non solamente del «possesso» della cosa si spiega con il fatto che in Italia, così come in Francia, vige un sistema di trasferimento della proprietà consensuale, in virtù del quale il mero consenso delle parti dà luogo alla mutazione giuridico-reale. La peculiarità del sistema di trasferimento consensuale ha le sue radici, secondo CUENA CASAS, nel fatto che il contratto è diventato non solamente una fonte di obbligazioni, ma anche una fonte generatrice autonoma di diritti reali, senza necessità di alcun ulteriore elemento. Il consenso contrattuale è sufficiente affinché si intenda prodotta la mutazione giuridico-reale, ridefinendo così il confine tra il diritto di credito e il diritto reale, tra azioni personali e azioni *erga omnes* (CUENA CASAS, M., *La función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, p. 89). L'obbligo o no di consegnare la proprietà della cosa da parte del creditore è una questione polemica, sulla quale un settore classico della dottrina, alla quale aderiamo, concorda con l'affermazione dell'esistenza dell'obbligo esclusivo della consegna pacifica della proprietà (per un'analisi dettagliata della polemica e in consonanza con la posizione sostenuta, *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, M., «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N° I, 1947). In qualsiasi caso e per quanto ci interessa, in conformità con la definizione legale italiana di compravendita esiste anche un'identità con ciò che



compravendita di diritto privato costituisce «un dato essenziale utilizzato dalla maggior parte della dottrina per delimitare l'essenza della vendita nell'ambito del procedimento di ingiunzione»<sup>11</sup>.

In base a quanto commentato finora, addentrarsi nella natura giuridica della vendita giudiziale significa svolgere un esercizio di confronto tra essa e la vendita ordinaria. Esercizio che avremo occasione di dedurre attraverso lo studio delle diverse posizioni dottrinali esistenti intorno alla questione e delle quali ci occuperemo nel capitolo successivo.

## 2. TEORIE DOTTRINALI COSTRUITE RIGUARDO ALLA NATURA GIURIDICA DELLA VENDITA GIUDIZIALE: PRIVATISTI E PUBBLICISTI

Abbiamo già anticipato che la natura giuridica della vendita giudiziale è oggetto di molteplici e ampie controversie nell'ambito della dottrina e della giurisprudenza, sia di quelle spagnole sia di quelle italiane, e che consistono nel confronto dell'istituto oggetto di studio e la vendita ordinaria, a causa delle loro evidenti similitudini. Sono molte le posizioni incontrate, ognuna delle quali con una sfumatura specifica, sebbene, per ragioni di chiarezza espositiva, cercheremo di sistematizzarle raggruppandole in due grandi categorie: vale a dire, le teorie che potremmo denominare privatistiche e le teorie cosiddette pubblicistiche. Ogni lavoro di sistematizzazione corre il rischio di incorrere in un'eccessiva semplificazione, che cercheremo di evitare includendo l'esposizione necessaria ed esaustiva delle diverse posizioni.

Come dicevamo, adotteremo come metodo di ricerca la distinzione pubblica-privata, seguita dalla maggior parte della dottrina italiana e spagnola<sup>12</sup>. Occorre segnalare, a tale

---

avviene nell'alienazione tramite incanto: si consegna una cosa (in base all'ordinamento italiano, la proprietà della stessa) in cambio di un prezzo.

<sup>11</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 37.

<sup>12</sup> Nella dottrina spagnola e a grandi linee, è il metodo seguito da GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa*, Pamplona, 1966, pp. 59-121; autrice alla quale dobbiamo la prima e più brillante sistematizzazione delle teorie esistenti sulla natura giuridica della vendita giudiziale. È il metodo seguito anche da FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., pp. 37-50. Vid. anche SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., pp. 68-89. Inoltre SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio*, Granada, 1998, pp. 79-107. In senso analogo RIVAS TORRALVA, R. A., *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, Madrid, 2001, pp. 387-389. Anche ROBLEDO VILLAR, A., *La subasta judicial: el remate*, Barcelona, 1998, p. 150. In tempi più recenti MONTERO AROCA, J., e FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tomo II, Valencia, 2004, pp. 1724-1727. Anche LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios*, Granada, 1999, pp. 198-216. Della stessa forma MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., pp. 63-90. Analogamente MONDEJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas*, Madrid, 2008, pp. 234-243. Anche nell'ambito della dottrina italiana seguono questo metodo BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione», in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da SCHLENSINGER, P.,

riguardo, che la terminologia è soggetta a variazioni che tutto sommato contribuiscono a sistematizzare le teorie in base a criteri molto simili, come nel caso di autori che preferiscono parlare di posizioni contrattualistiche anziché privatistiche, o di teorie processualistiche anziché pubblicistiche.

## 2. 1. TEORIE PRIVATISTICHE O CONTRATTUALISTICHE: ESPOSIZIONE, ARGOMENTAZIONE E CRITICA

### 2.1.1. Formulazione

Le teorie privatistiche riguardanti la natura giuridica della vendita giudiziale, chiamate anche «contrattualistiche», sono quelle accomunate dall'identificazione della vendita giudiziale con un contratto, concretamente con quello di compravendita<sup>13</sup>. È evidente che questa identità tra espropriazione forzata ottenuta mediante asta nell'ambito del processo di esecuzione e vendita ordinaria esiste dal punto di vista della sua funzione economica, poiché in entrambi i casi si tratta dello scambio di cosa per un prezzo stabilito; tale identica funzione economica giustificerebbe lo stesso trattamento giuridico<sup>14</sup>. Come indica TRAMONTANO in termini analoghi, «i sostenitori della teoria privatistica affermano che all'identità di funzione economica della vendita volontaria e giudiziale (entrambe infatti consistono nello scambio della cosa con un prezzo), debba corrispondere l'identità di funzione giuridica, per cui

Milano, 1988, pp. 2-30; MAZZARELLA, F., «Vendita forzata», in *Enciclopedia del Diritto*, Volume XLVI, Milano, 1993, pp. 552-556; TRAVI, A., «Vendita dei beni pignorati»..., *cit.*, pp. 636-638.

<sup>13</sup> Come indica MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata», in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA, A., e BRANCA, G., Bologna-Roma, 1964, p. 103: «È naturale che tale definizione legislativa abbia portato giurisprudenza e dottrina a costruire il trasferimento, attuato attraverso l'espropriazione forzata, come derivante da una vera e propria vendita, cercando in vario modo di adattare lo schema negoziale della vendita "volontaria", alla vendita forzata (...)».

<sup>14</sup> Il celebre CARNELUTTI fu uno dei primi a sottolineare la somiglianza economica tra alienazione forzata svolta tramite l'asta giudiziale e vendita ordinaria. Considera che lo scambio di beni per denaro si realizza con la vendita e la locazione, essendo questo il mezzo economico adottato per trasformare in denaro i beni pignorati nella vendita (CARNELUTTI, F. *Lezioni di Diritto Processuale Civile. Processo di esecuzione*, Volume II, Padova, 1932, pp. 221 e ss.). L'identità di funzione economica tra vendita giudiziale e vendita ordinaria si presenta comunemente come primo argomento degli autori che sostengono le teorie privatistiche. *Vid.*, in tal senso: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, *cit.*, p. 59; FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, *cit.*, p. 37; DE STEFANO, F., «Gli effetti della vendita forzata dopo la riforma del processo esecutivo», in *Esecuzione Forzata*, N° 4, 2007, pp. 657 e ss.: «Si afferma correntemente che non vi è alcuna differenza, dal punto di vista "economico", tra la vendita forzata e la vendita volontaria, poiché la funzione e lo scopo della prima sono comunque la trasformazione di un bene fungibile, appartenente al patrimonio del debitore, in denaro»; così GUASP, J., ARAGONESSES, P., *Derecho Procesal Civil*, Volume II, Madrid, 2006, p. 651: «La enajenación forzosa puede ser y es, desde luego, una compraventa en el sentido natural o económico de la palabra: trueque de cosa por dinero (...)»; JACCHERI, E., «Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflessioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)»..., *cit.*, p. 794: «Il filone contrattualistico convergeva sulla constatazione di una assoluta identità di funzione economica tra le due figure di vendita e concludeva nel senso che ad analoga funzione dovesse corrispondere anche un'analoga struttura».

l'indiscussa natura contrattuale della stessa vendita volontaria determinerebbe la natura contrattuale della stessa vendita giudiziale»<sup>15</sup>. Pertanto, seguendo GUASP DELGADO, l'effetto principale di entrambi gli istituti menzionati coincide, ossia, il trasferimento di un bene a una persona e l'acquisizione dello stesso da parte di un'altra<sup>16</sup>.

Un'ulteriore argomentazione a favore di questa posizione privatistica è la stessa definizione legale della compravendita del Codice Civile, sia spagnolo che italiano<sup>17</sup>. Effettivamente, l'art. 1445 CC spagnolo definisce il contratto di compravendita ordinario come quello nel quale «*uno dei contraenti si impegna a consegnare una determinata cosa e l'altra a pagare per questa un prezzo, in denaro o segno che lo rappresenti*»; l'art. 1470 del CC italiano, d'altro canto, afferma che «*la vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo*». Attenendosi a un'interpretazione letterale di queste definizioni, è evidente che la vendita giudiziale corrisponde ad esse perfettamente: si tratta della

---

<sup>15</sup> TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata»..., *cit.*, p. 1131: «In primo luogo, da più parti, si è fatto notare come i sostenitori di tali teorie affermino che all'identità di funzione economica della vendita volontaria e giudiziaria (entrambe infatti consistono nello scambio della cosa con un prezzo), debba corrispondere l'identità di funzione giuridica, per cui l'indiscussa natura contrattuale della stessa vendita volontaria determinerebbe la natura contrattuale della stessa vendita giudiziale». In questo senso e seguendo la citazione dell'autore menzionato, *vid.* anche SATTA, S., *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Vol. III, *Processo di esecuzione*, Milano, 1959-1965, p. 177; CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., *cit.*, p. 139; MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata», In *Trattato di Diritto Privato*, diretto da RESCIGNO, P., 1ª Edizione, Torino, 1985, p. 224.

<sup>16</sup> GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1955, p. 480. Questa identità tra la vendita ordinaria e quella giudiziale per quanto riguarda i loro effetti di trasmissione di un bene da parte di una persona e l'acquisizione di esso da parte di un'altra è rimarcata anche da CUBELLS ROIG, E., «La subasta y el retracto *ex lege*», in *Revista General de Derecho*, N° 584, 1993, p. 4378: «La primera (venta en subasta) es igual a la segunda (venta privada) una vez acordada, porque genera también la transmisión de bienes o derechos (...)». Sulla stessa linea anche VELA SÁNCHEZ, A. J., *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias. Estudio jurisprudencial y doctrinal*, Navarra, 2009, p. 66: «(...) El proceso de adjudicación de bienes inmuebles mediante subasta judicial presenta grandes analogías con el negocio jurídico voluntario de compraventa. En ambos supuestos existe un sujeto que se obliga a transmitir el dominio, y otro que adquiere el derecho a recibirlo (...)».

<sup>17</sup> L'argomento dell'identità tra le due istituzioni partendo dalla definizione legale di compravendita è evidenziato da GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, *cit.*, p. 59: «Apoyaría esta postura (se refiere a la postura privatista, de la que nos es partidario), la definición auténtica que de este contrato se da en el artículo 1445 del Código Civil». Anche GUASP, J., ARAGONESSES, P., *Derecho Procesal Civil...*, *cit.*, p. 651, sottolineando questo argomento (non per questo possono essere dichiarati sostenitori di una posizione privatistica, in quanto sottolineano solamente questo argomento della posizione privatistica, per poi controbatterla): «Como la enajenación forzosa cambia el bien embargado por dinero, parece que se ajusta literalmente al modelo de la compraventa civil, tal como se halla dogmáticamente definida». Della stessa forma, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, *cit.*, p. 64: «Consistiendo la enajenación forzosa en la disposición de los bienes y derechos embargados para su transmisión a un tercero a cambio de dinero, para que sirva de medio específico de satisfacción del acreedor, y definiendo nuestro Código Civil en su artículo 1445 la compraventa como "aquel contrato en virtud del cual uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que le represente", resulta lógico y comprensible que tradicionalmente se haya venido considerando la enajenación forzosa como un contrato de compraventa».

consegna di una cosa (di un oggetto venduto all'asta) in cambio di un prezzo (il prezzo battuto, ossia quello definitivo pagato dall'aggiudicatario).

A quanto detto finora sarebbe necessario aggiungere i numerosi precetti del panorama normativo spagnolo che, in riferimento al trasferimento forzato, alludono ad essa con il termine di «vendita»<sup>18</sup>. Nel Codice Civile spagnolo segnaliamo i seguenti articoli:

- L'art. 1459 CC spagnolo, che in ambito di proibizioni legali di vendita utilizza come sinonimi la vendita ordinaria e quella giudiziale, facendo riferimento ad essa con il termine di *subasta judicial* («asta giudiziaria»). Effettivamente, secondo quanto afferma il precetto menzionato, «non potranno acquisire tramite acquisto, pur tramite asta pubblico o giudiziale...»: vale a dire, si dà per scontato che l'espropriazione tramite asta giudiziaria sia una compravendita in piena regola.
- L'art. 1489 CC spagnolo, riguardante la garanzia per i vizi e l'evizione nell'ambito delle vendite giudiziali<sup>19</sup>.
- Art. 1640 CC spagnolo<sup>20</sup>, riguardante l'esercizio del diritto di prelazione e di riscatto da parte dei co-proprietari nella vendita giudiziale<sup>21</sup>.

Per quanto riguarda il Codice di Procedura Civile spagnolo (Ley de Enjuiciamiento Civil, d'ora in avanti LEC), si utilizza generalmente, con più frequenza, il termine «subasta»,

---

<sup>18</sup> Anche GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 651, sottolineando questo uso frequente, da parte della legislazione positiva vigente, del termine «vendita» in riferimento alla vendita forzata che ha luogo tramite incanto nell'ambito del processo di esecuzione, come argomento a favore della tesi privatistica: «La enajenación forzosa puede ser y es, desde luego, una compraventa en el sentido natural o económico de la palabra: trueque de cosa por dinero; y en este sentido cabe explicar y justificar los numerosísimos pasajes en que la doctrina y el derecho positivo hablan de venta en estos casos (...)».

<sup>19</sup> Il testo dell'art. 1489 CC è il seguente: «En las ventas judiciales nunca habrá lugar a la responsabilidad por daños y perjuicios; pero sí a todo lo demás dispuesto en los artículos anteriores». Si tratta di un articolo il cui contenuto non è del tutto chiaro, in quanto si dibatte se il riferimento sia solamente alla garanzia per vizi occulti, oppure all'evizione. Ne tratteremo lo studio nei capitoli successivi, nei quali affronteremo la problematica questione della garanzia per vizi occulti ed evizione nell'ambito della vendita giudiziale.

<sup>20</sup> L'art. 1640 CC afferma quanto segue: «En las ventas judiciales de fincas enfitéuticas, el dueño directo y el útil, en sus casos respectivos, podrán hacer uso del derecho de tanteo dentro del término fijado en los edictos para el remate, pagando el precio que sirva de tipo para la subasta, y del de retracto dentro de los nueve días útiles siguientes al del otorgamiento de la escritura. En este caso no será necesario el aviso previo que exige el artículo 1637».

<sup>21</sup> Questo argomento delle tesi privatistiche riguardo alla vendita giudiziale basato sulla literalità di certi articoli del CC è rimarcato da GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 62: «Esta doctrina (contractualista) (...) es la seguida por nuestro derecho positivo de manera clara. (...) El artículo 1489 se refiere a las “ventas judiciales”, el 1493 a las “ventas” hechas en feria o pública subasta, el 1459ª las prohibiciones de adquirir por “compra” aunque sea en subasta pública o judicial, etc.». Anche ROBLEDO VILLAR, A., *La subasta judicial: el remate...*, cit., p. 387, nota n. 492: «La tesis tradicional la configura (refiriéndose a la enajenación forzosa) como un supuesto de compraventa especial. Calificación que parece reflejarse en distintas normas del CC (por ejemplo, arts. 1459, 1489, 1493...)».

(«asta»)<sup>22</sup>, comprendente la vendita forzata che ha luogo nell'ambito del procedimento di espropriazione forzata; ciononostante, nell'ambito preciso della sua regolazione, possiamo trovare alcune allusioni al termine «vendita», precisamente nei seguenti articoli:

- Art. 558. 1 LEC, che nell'ambito della regolazione della «opposizione alla pluripetizione» afferma che, fatta eccezione del caso in cui l'opposizione si fondi esclusivamente sulla pluripetizione o l'eccesso e l'esecutato metta a disposizione del Tribunale la quantità che considera dovuta, affinché il cancelliere (*Secretario judicial*) la consegni immediatamente all'esecutante, «l'esecuzione continuerà il suo corso, ma il prodotto derivante dalla vendita dei beni pignorati, nella quantità superiore a quella dovuta dall'esecutato, non sarà consegnato all'esecutante fintanto che non si sia risolta l'opposizione». Come si può notare, si parla espressamente di «vendita» dei beni pignorati.
- Art. 643. 1 LEC, nel quale, riguardo all'asta dei beni mobili, si afferma che l'asta consistirà ne «la vendita di uno o vari beni o insieme di beni, a seconda di quanto risulti più conveniente affinché l'esecuzione vada a buon fine».
- Art. 652. 1 LEC, anche questo nell'ambito dell'asta giudiziaria dei beni mobili, che indica che, «una volta conclusosi l'atto dell'asta, il cancelliere restituirà le quantità depositate dagli offerenti tranne quella del miglior offerente, la quale sarà depositata come garanzia dell'adempimento della sua obbligazione ed, eventualmente, come parte del prezzo di vendita». Dunque, l'espropriazione forzata realizzata nell'asta si identifica con il termine di vendita.
- Art. 653. 1 LEC, che, facendo riferimento alla fallimento dell'asta di beni mobili, stabilisce che «se nessuno degli offerenti ai quali fa riferimento l'articolo precedente consegnasse il prezzo nel termine fissato o se per colpa loro la vendita perdesse la sua efficacia, questi perderanno il deposito effettuato e si procederà a una nuova asta, a meno che con i depositi costituiti dagli offerenti in questione si possa soddisfare il capitale e gli interessi del credito dell'esecutante e i costi relativi». Come si può

---

<sup>22</sup> Occorre avvisare che il termine spagnolo *subasta* («asta»), ha, secondo la maggior parte della dottrina, due accezioni legali: ovvero una prima in senso stretto secondo la quale sarebbe «sólo la fase del procedimiento de apremio encaminada a determinar, mediante pública licitación, el precio en que los bienes inmuebles van a ser vendidos, e individualizar la persona que los adquiere» (MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., pp. 62 y 63; pertanto sarebbe l'atto processuale precedente la stessa vendita forzata); e, in senso ampio, include tanto l'atto processuale anteriore quanto la stessa alienazione o il successivo trasferimento del bene. Riferendoci alla *subasta*, ci troviamo in presenza di questa seconda più ampia accezione, nella quale la legge include anche l'espropriazione o vendita forzata, con la quale si realizza il trasferimento del bene all'aggiudicatario, in cambio del pagamento di un prezzo.

notare, si parla di mancanza di effetti de «la vendita» e questo è senza dubbio significativo<sup>23</sup>.

Quanto abbiamo esposto precedentemente riguarda la legislazione spagnola. Passiamo ora ad analizzare il termine «vendita» nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano. Come abbiamo già anticipato, il Codice Civile italiano dispone di un regolamento specifico riguardo agli effetti «sostanziali» (artt. 2919 a 2924) della vendita giudiziaria, che definisce «*vendita forzata*»<sup>24</sup>. Ossia, negli artt. 2919 a 2924 menzionati si parla sempre di «vendita», con l'aggiunta dell'aggettivo «forzata».

Lo stesso accade con il «*Codice di Procedura Civile*» (l'equivalente della LEC spagnola, d'ora in avanti CPC italiano), nel Titolo II («*Dell'espropriazione forzata*»), del Libro III («*Del processo di esecuzione*»), si parla sempre di «vendita» e di «vendita»; concretamente nei Capitoli I («*Dell'espropriazione forzata in generale*»), II («*Dell'espropriazione mobiliare presso il debitore*»), III («*Dell'espropriazione presso terzi*») e IV («*Dell'espropriazione immobiliare*»), che comprendono gli artt. 483 e ss. del CPC italiano.

In definitiva, sia in Italia che in Spagna, le teorie privatistiche riguardanti la natura giuridica della vendita giudiziaria sostengono l'identificazione tra vendita giudiziale e vendita ordinaria in base a tre argomenti fondamentali:

---

<sup>23</sup> Anche MONTERO AROCA, J., e FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil...*, cit., p. 1724, evidenziano questo argomento delle teorie privatistiche, sostenuto dal testo vigente del Codice di Procedura Civile spagnolo (LEC): «Tradicionalmente se ha venido haciendo uso de los conceptos de Derecho privado para explicar la naturaleza jurídica de la enajenación forzosa, la cual se ha considerado como un contrato de compraventa, y en esta concepción descansa la propia LEC, que sigue hablando de “venta” (arts. 558. 1, 643. 1, 652. 1, 653. 1 y 693. 1, II) e incluso de “comprador” (art. 693. 1, II) (...)». Durante la vigenza del precedente Codice di Procedura Civile spagnolo del 1881, anche la dottrina utilizzava lo stesso argomento; *vid.* a tale proposito, ROBLEDO VILLAR, A., *La subasta judicial: el remate...*, cit., pp. 55 y 56: «Tradicionalmente, la subasta ha sido asimilada a una venta privada, siendo constantes las referencias a la compraventa contenidas en la LEC (se refiere a la LEC de 1881). Al efecto, el art. 1489 dispone que “antes de verificarse el remate podrá el deudor librar sus bienes, pagando principal y costas; después de celebrado quedará la venta irrevocable”. También el art. 1513 lo considera así, pues “si el rematante o los postores a que se refiere el apartado 3 del art. 1500 no consignaren el precio en el plazo señalado o por culpa de ellos dejare de tener efecto la venta...”. A lo que se añade en el mismo sentido, el art. 1514 al prescribirse que “consignado el precio, se hará saber al deudor que, dentro de tercero día, otorgue la escritura de venta a favor del comprador. Si no lo verifica... el Juez otorgará de oficio dicha escritura”».

<sup>24</sup> Il CC italiano parla sempre espressamente di «*vendita forzata*» nei menzionati artt. 2919 a 2924. La migliore dottrina italiana allude espressamente nell'argomentazione delle posizioni privatistiche al dato legislativo, nel quale sembra farsi sempre menzione della figura della vendita ordinaria nella regolazione della vendita giudiziale; dunque *vid.* PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 265 y 266: «Vi sono anzitutto argomenti esegetici, che attengono piuttosto ad una interpretazione letterale in superficie di testi legislativi. Così il fatto che nel Codice Civile, sotto il titolo della vendita, si possono rinvenire alcuni sporadici riferimenti che potrebbero riguardare la c. d. vendita forzata, ha fatto ritenere a qualcuno che “tutto nella legge accenna... come... il legislatore abbia voluto assoggettare la vendita all'asta alle regole della vendita comune». Tuttavia, occorre segnalare però che l'autore si sta riferendo al CC italiano del 1865 (l'opera che citiamo e dell'anno 1935), e non a quello vigente del 1942; anche l'argomentazione è la stessa che si utilizza in quest'ultimo, da cui il nostro riferimento ad essa.

- La loro somiglianza dal punto di vista della loro funzione economica, ossia, lo scambio di una cosa per un prezzo.
- L'identità di entrambe gli istituti in riferimento agli effetti che esse producono, in quanto sia nella vendita giudiziale che in quella ordinaria una persona trasmette il bene e corrispondentemente un'altra persona lo acquisisce.
- E, infine, la stessa definizione legale della compravendita ordinaria e i testi legali vigenti che, facendo riferimento all'espropriazione forzata realizzata tramite asta nell'ambito del processo di esecuzione, alludono ad essa con il termine «vendita»<sup>25</sup>.

Se la vendita giudiziale fosse una vera vendita ordinaria, potremmo distinguere in tale contratto alcuni elementi personali, reali e formali.

Gli elementi personali, il venditore e il compratore, sarebbero rappresentati dal debitore (o, in sua assenza, dal *Secretario judicial*<sup>26</sup> responsabile dell'esecuzione, in Spagna; e dal proprio giudice, in Italia) e dall'aggiudicatario, rispettivamente.

---

<sup>25</sup> Tutti questi argomenti, considerati nel loro insieme, sono rimarcati a grandi linee da SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 69: «La semejanza económica de compraventa y subasta, puesta ya de manifiesto por CARNELUTTI, y la similitud de algunos aspectos estructurales ha permitido que se configurase la enajenación forzosa (...), como una modalidad especial de compraventa, y esta calificación ha sido admitida por nuestro legislador, tanto sustantivo (arts. 1459, 1489, 1493, etc., del CC, y 131 de la LH), como procesal (arts. 1482, 1513, 1514, etc. de la LEC –se refiere a la de 1881-)...».

<sup>26</sup> Con la riforma realizzata nella LEC dalla Legge 13/2009, del 3 novembre, di riforma della legislazione processuale per l'introduzione del nuovo Ufficio Giudiziario, il *Secretario judicial* assume il ruolo di protagonista assoluto nell'ambito dell'asta giudiziaria, essendo colui che approva l'offerta e l'aggiudicazione del bene tramite provvedimento. A tale riguardo, vale la pena di sottolineare una serie di passaggi del Preambolo della menzionata Legge 13/2009, che fanno riferimento all'importanza assunta dai segretari giudiziari nell'ambito della riforma del nuovo Ufficio Giudiziario: «Se trata, en síntesis, de que los Jueces y Magistrados dediquen todos sus esfuerzos a las funciones que les vienen encomendadas por la Constitución: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Para ello es preciso descargarles de todas aquellas tareas no vinculadas estrictamente a las funciones constitucionales que se acaban de señalar, y a ello tiende el nuevo modelo de la Oficina judicial. En ella, se atribuirán a otros funcionarios aquellas responsabilidades y funciones que no tienen carácter jurisdiccional y, por otra parte, se establecerán sistemas de organización del trabajo de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia, de forma que su actividad profesional se desempeñe con la máxima eficacia y responsabilidad. En este nuevo diseño, jugarán un papel de primer orden los integrantes del Cuerpo Superior Jurídico de Secretarios judiciales (Punto I del Preámbulo de la Ley 13/2009). (...) En materia de ejecución, el artículo 456.3.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a los Secretarios judiciales la ejecución, salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a Jueces y Magistrados. Como consecuencia de esta atribución ha sido preciso modificar profundamente el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tratando de delimitar claramente las competencias que pueden ser asumidas por los Secretarios judiciales de aquéllas otras a que se refiere la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando reserva a los Jueces y Tribunales determinadas decisiones. Entre las atribuciones destacadas, se encuentra la decisión de las medidas ejecutivas concretas para llevar a cabo lo dispuesto por la orden general de ejecución... (Punto III de la Ley 13/2009)». (...) En materia de ejecución, el artículo 456.3.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a los Secretarios judiciales la ejecución, salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a Jueces y Magistrados. Como consecuencia de esta atribución ha sido preciso modificar profundamente el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tratando de delimitar claramente las competencias que pueden ser asumidas por los Secretarios judiciales de aquéllas otras a que se refiere la Ley

Gli elementi reali sono costituiti dalla cosa oggetto dell'asta giudiziaria, precedentemente pignorata, e il prezzo pagato dall'aggiudicatario per acquisirla.

Per concludere, e per quanto riguarda la forma, questa sarà libera in conformità con il principio «spiritualista» alla base dell'ordinamento giuridico spagnolo in materia di contratti<sup>27</sup>.

## **2. 1. 2. Difficoltà delle tesi privatistiche: la spiegazione dell'assenza di volontà del debitore esecutato e le tesi «forzate» sostenute per superarla**

Come già sappiamo, i sostenitori della tesi privatistica riguardo alla natura giuridica della vendita giudiziale la identificano con la compravendita ordinaria, ossia, con un contratto. Orbene, partendo dalla nozione basilare di contratto, in base alla quale esso è costituito da, almeno, due volontà (nel caso della compravendita, dalla volontà del venditore e del compratore), come si spiega la qualifica come contratto di un istituto, l'espropriazione forzata tramite asta giudiziaria, nella quale la volontà di colui che rappresenta il venditore –il debitore esecutato – non esiste? Non solo, la vendita giudiziale non si decreta solamente in assenza della volontà del debitore al quale facciamo riferimento, ma perfino contro essa stessa. Qui si presenta la grande difficoltà, a nostro avviso, come avremo occasione di dimostrare, insanabile, con la quale si scontrano le tesi privatistiche.

Effettivamente, seguendo DíEZ-PICAZO si può dire che il Codice Civile spagnolo non definisce ciò che si intende per contratto, anche se «ci offre materiale prezioso per assemblare il concetto di contratto degli autori del Codice: l'art. 1089 menziona il contratto elencando le “fonti delle obbligazioni”; l'art. 1091 afferma che “le obbligazioni che sorgono dai contratti hanno forza di legge tra le parti contraenti e devono compiersi secondo i termini degli stessi”; e l'art. 1254 dice che “il contratto esiste dal momento in cui una o più persone consentono a impegnarsi, l'una nei confronti dell'altra, a dare una cosa o a prestare un servizio”». Partendo dai tre principi enunciati, l'autore citato deduce due note caratteristiche specifiche di ogni contratto:

- Nel contratto c'è sempre un «consenso comune di due o più persone»<sup>28</sup>.

---

Orgánica del Poder Judicial cuando reserva a los Jueces y Tribunales determinadas decisiones. Entre las atribuciones destacadas, se encuentra la decisión de las medidas ejecutivas concretas para llevar a cabo lo dispuesto por la orden general de ejecución... (Punto III de la Ley 13/2009)».

<sup>27</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 59-61, segue questa logica nella delimitazione degli elementi propri della vendita giudiziale in base alla classica esposizione che di questi fa, abitualmente, la dottrina civilistica.

<sup>28</sup> La volontà necessaria di almeno due persone per la nascita di ogni contratto è una costante ribadita dalla dottrina in generale. Per tutti *vid.*, VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, Tomo III, 4ª Edición, Valladolid, 1937, p. 251: «En todo contrato, sea de la clase que quiera, el consentimiento representa la sustancia del acto, por lo cual se requiere: 1º, que exista, y 2º, que reúna ciertas cualidades de libertad e inteligencia quien le preste. Si el consentimiento falta, no existe el contrato, y si el consentimiento tiene vicio,



- Il contratto ha sempre, come conseguenza, «la creazione di un'obbligazione che ha forza legale tra le parti contraenti»<sup>29</sup>.

In Italia, la bilateralità necessaria nella volontà delle parti del contratto è ancora più chiara ed evidente, poiché il CC italiano si riferisce esplicitamente a tale volontà, definendo, a differenza del CC spagnolo, ciò che si intende per contratto, e determinando i requisiti necessari per la sua costituzione. L'art. 1321 del CC italiano definisce il contratto come «l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale»; mentre l'art. 1325 del CC italiano prevede quattro requisiti del contratto: «l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto e la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità». Come indica giustamente GALGANO, «il contratto è perfezionato solo se, e solo quando, si riaggiunga piena e totale coincidenza fra le dichiarazioni di volontà provenienti dalle diverse parti contraenti»<sup>30</sup>.

Dunque, nella vendita giudiziale, risulta evidente la mancanza questa necessaria coesistenza di volontà delle parti contraenti: in essa, l'unica volontà esistente è quella dell'aggiudicatario, che consiste nel pagamento di un determinato prezzo (il prezzo di che acconsente a pagare un determinato prezzo (il prezzo finale d'aggiudicazione) per acquistare la cosa oggetto della vendita<sup>31</sup>.

el contrato existe, pero puede ser anulado». CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid, 1959, pp. 100 y 101: «El contrato, como acto jurídico, es expresión de la voluntad; ésta es el alma del acto; pero como acto bilateral, no es la expresión de la voluntad de uno solo, sino de dos que coinciden en un punto. Por eso, si la voluntad es requisito de todo acto jurídico, en los contratos lo es también la voluntad concordada de dos partes que quieren recíprocamente la misma cosa. Esta voluntad concorde de dos sobre un punto, es lo que se llama consentimiento (de *sentire cum*, sentir juntos, querer la misma cosa), por lo que se ha dicho que es la conformidad de voluntad de un contratante con la del otro otros sobre el mismo objeto y términos del contrato, o el concurso de voluntades de dos o más personas sobre la misma cosa o prestación, de tal modo, que una de ellas se proponga conferir el derecho de exigir aquello que ofrece, y la otra entienda adquirir este mismo derecho».

<sup>29</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, 6ª Edizione, Navarra, 2007, p. 133.

<sup>30</sup> GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. 2, 2ª Edizione Padova, 2010, p. 183: «Il Codice Civile scompone il concetto di contratto in quattro distinti «requisiti del contratto» (art. 1325): l'accordo delle parti, la causa l'oggetto, la forma. L'accordo delle parti è l'incontro delle manifestazioni o dichiarazioni di volontà di ciascuna di esse: il contratto è concluso o, come anche si dice, è perfezionato solo se, e solo quando, si riaggiunga piena e totale coincidenza fra le dichiarazioni di volontà provenienti dalle diverse parti contraenti».

<sup>31</sup> Sono numerosi gli autori che rimarcano questa difficoltà praticamente insormontabile che i sostenitori della natura contrattuale della vendita giudiziale si trovano ad affrontare. Così, dalla parte della dottrina più classica in materia, SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 69: «La crítica a esta tesis se puede resumir así: no puede hablarse de compraventa si falta o puede faltar el consentimiento del vendedor (...)». Dal canto suo, ARANDA RODRÍGUEZ, R., «Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales. Analogías y diferencias entre compraventa y subasta judicial. Estudio a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995», in *Anuario de Derecho Civil*, Volume XLIX, 1996, p. 902: «La subasta judicial no es un contrato entre vendedor (ejecutado) y comprador (...). El deudor no emite ningún consentimiento, ni acuerda con el adjudicatario la entrega de un bien a cambio de un precio». Allo stesso modo, SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, cit., p. 91: «Se entiende por contrato aquel negocio jurídico de

Per superare questa evidente carenza delle tesi privatistiche o contrattualistiche riguardo alla vendita giudiziale, gli autori che le sostengono hanno formulato diverse teorie che a nostro parere risultano artificiose, come avremo occasione di dimostrare. Le teorie accennate, seguendo la sistematizzazione scelta da TRAMONTANO su questo punto<sup>32</sup>, possono essere raggruppate in due grandi categorie: quelle che collocano la figura del venditore all'interno nel proprio organo giudiziario esecutivo e quelle che lo situano nella figura del creditore istante.

---

carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, según se encuentra implícito en la regulación contenida en los arts. 1254-1314 del CC. (...) Para que exista consentimiento deben coincidir las voluntades de los contratantes respecto del objeto y de la causa del contrato (art. 1262 del CC). (...) Pues bien, quienes sostienen que la enajenación forzosa en el procedimiento de apremio se verifica por alguna especie de contrato encuentran la primera gran objeción a sus postulados en la evidente falta de consentimiento para dicha enajenación: el propio procedimiento de apremio sólo tiene sentido cuando la voluntad de quien posee la facultad de disposición sobre los bienes embargados se niega a su enajenación para la satisfacción de determinada responsabilidad. Y ello, a tenor de lo dispuesto en los arts. 1254, 1257, 1258, 1259 y 1261, bastaría para determinar la inexistencia de contrato alguno en la enajenación forzosa». In senso affine, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 67, afferma: «(...) El problema jurídico que plantea el instituto de la venta, insertado en la ejecución forzosa, es que el cambio de bienes por dinero se debe obtener mediante contrato pero sin la voluntad del deudor, lo que resulta inconciliable». Ugualmente, ROBLEDO VILLAR, A., *La subasta judicial: el remate...*, cit., p. 150: «A esta tesis (refiriéndose a la tesis contractualista o privatista) se le objeta la falta del requisito esencial del consentimiento en uno de los posibles contratantes, el dueño de los bienes (...)». Dalla parte della dottrina processualistica, vid., FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 37: «Planteado el problema de si la venta es un contrato, ¿cómo puede producirse sin la voluntad del vendedor? (...)». Anche GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 651: «(...) Ya específicamente dentro de las ventas judiciales, no se pueden encontrar en ellas los rasgos esenciales de un negocio o contrato de compraventa, pues aquí falta esencialmente el elemento indispensable de la aptitud o de la voluntad del vendedor». Allo stesso modo, MONTERO AROCA, J., e FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil...*, cit., p. 1725: «Para rechazar la teoría de la compraventa basta advertir que no sabemos quién es el vendedor; en efecto, la venta se realizaría sin el consentimiento del propietario del bien, más aún, en contra de su voluntad». In tempi più recenti, anche MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., p. 234, nota n. 419, il quale sottolinea come la dottrina ponga l'accento sugli ostacoli dell'equiparazione tra la vendita ordinaria e l'asta giudiziale, «sobre todo reiterando una y otra vez el insalvable obstáculo de la falta de voluntariedad del ejecutado (...)». La dottrina italiana concorda con questa critica, vid. TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata»..., cit., p. 1131: «La concezione per prima affermatasi propende, come abbiamo notato, per una assimilazione della vendita forzata allo schema tipico della vendita volontaria, in un quadro rigorosamente contrattualistico. La difficoltà che incontra tale concezione consiste nel fatto che la vendita forzata avviene senza, o contro, la volontà del debitore esecutato, proprietario del bene oggetto dell'espropriazione». Anche PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 270: «Nella specie (riferendosi alla "vendita forzata") manca il venditore e manca la volontà del venditore (...)». Ugualmente, BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»... cit., p. 5: «(...) Le più significative opinioni contrattualistiche (...) si dibattono nell'inane tentativo di superare l'intima contraddizione, insita nel postulare un contratto senza o addirittura contro la volontà del venditore».

<sup>32</sup> TRAMONTANO formula una sistematizzazione inedita delle teorie privatistiche esistenti, ponendo l'accento sul soggetto che occupa la posizione di «presunto» venditore. A tali effetti, vid., TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata»..., cit., p. 1131: «Gli espedienti volti a superare tale incongruenza (l'incongruenza si riferisce all'inesistenza di volontà da parte del debitore esecutato, proprietario del bene oggetto di esecuzione) possono raggrupparsi in due categorie, secondo che propendano per individuare la figura del venditore nel creditore istante, oppure nello stesso organo esecutivo».

### 2.1.1.1. Prima categoria di teorie che tendono a superare l'assenza di volontà del debitore: il venditore come organo esecutivo (esposizione e critica)

In questa categoria, troviamo in prima posizione, secondo un ordine rigorosamente cronologico, la cosiddetta «teoria della rappresentanza generica», sostenuta da CARNELUTTI, il quale ritiene che la legge concede all'organo giurisdizionale responsabile dell'esecuzione il potere di rappresentare l'esecutato nel contratto di vendita; vale a dire, l'organo competente (attualmente in Spagna il *Secretario judicial* e in Italia il giudice), procede alla vendita dei beni in rappresentanza del debitore esecutato. In tal caso, la vendita giudiziale sarebbe un vero e proprio contratto di compravendita nel quale il compratore è l'aggiudicatario e il venditore il debitore esecutato, il quale agisce in sua rappresentanza e in virtù del potere di rappresentanza conferitogli dalla legge<sup>33</sup>.

La teoria di CARNELUTTI della rappresentazione generica presenta un grosso inconveniente, criticato da gran parte della dottrina più autorevole, vale il dire il fatto che essa si oppone a uno dei pilastri caratteristici, propri dell'istituto della rappresentazione: ossia, come si può concepire il presunto caso di rappresentazione nel quale il rappresentante agisce non solo senza tenere in considerazione l'interesse del rappresentato, ma perfino andando contro tale interesse? L'organo giurisdizionale incaricato dell'esecuzione agisce nell'interesse del creditore istante, in quanto la vendita giudiziale deriva da un procedimento di espropriazione forzata in caso di inadempimento volontario di un debito non soddisfatto da parte del debitore esecutato. Come si può dunque affermare che agisca in rappresentanza del debitore esecutato? Come indica GALGANO, «il rappresentante deve contrattare “nell'interesse” dei rappresentato: non può utilizzare il potere di rappresentanza che gli è stato conferito per realizzare, anziché quello del rappresentato (art. 1388), il proprio interesse (o l'interesse di un terzo)» –come accade nel caso della vendita giudiziale<sup>34</sup>.

Tramite la sua costruzione dogmatica, CARNELUTTI crea un nuovo concetto di rappresentazione, e concretamente, citando le sue stesse parole, egli considera che esista rappresentazione «quando l'ordinamento giuridico permette che un diritto sia esercitato o che l'obbligazione sia compiuta da un'altra persona che non ne sia il titolare oppure, più concretamente, il titolare dell'interesse che, sostanzialmente, costituisce l'essenza del diritto o dell'obbligazione in questione»<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> CARNELUTTI, F., *Lezioni di diritto processuale civile. Vol. II, Processo di esecuzione*, Padova, 1931, pp. 221 e ss.

<sup>34</sup> GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. 2..., *cit.*, pp. 430 e 431: «Il rappresentante deve contrattare “nell'interesse” dei rappresentato (art. 1388): non può utilizzare il potere di rappresentanza che gli è stato conferito per realizzare, anziché quello del rappresentato, il proprio interesse (o l'interesse di un terzo)».

<sup>35</sup> CARNELUTTI, F., «Postilla», in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1932; citato da MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, *cit.*, p. 67, nota n. 33.

Ma quanto appena riportato resta comunque una *fictio iuris*, una creazione insostenibile e concepita esclusivamente per modellare l'istituto della rappresentazione alla tesi difesa riguardo alla natura giuridica. Ribadiamo che non può esistere «rappresentazione» senza che tramite la stessa il rappresentante agisca nell'interesse del rappresentato<sup>36</sup>.

Nello stesso senso, vale la pena sottolineare quanto afferma PUGLIATTI, aperto oppositore della tesi della rappresentazione di CARNELUTTI, il quale segnala che «la finalità primordiale della rappresentazione è quella di essere al servizio degli interessi del rappresentato e, tuttavia, non possiamo affermare che l'attività dell'organo giurisdizionale nell'esecuzione, sebbene ricada sull'interesse del rappresentato, tenda alla tutela di tale interesse»<sup>37</sup>. La funzione della rappresentazione e dell'esecuzione sono chiaramente diverse: nella rappresentazione si agisce nell'interesse del rappresentato, mentre l'esecuzione tenta di risolvere un conflitto di interessi (e nel risolvere un conflitto di interessi, l'organo giurisdizionale deve agire al di fuori dei soggetti i cui interessi sono protagonisti del confronto)<sup>38</sup>.

In definitiva, per superare un ostacolo come la spiegazione della assenza del venditore in un «presunto» contratto come avverrebbe nella vendita giudiziale, ricorriamo a un altro impedimento insalvabile come l'affermazione di un caso di rappresentazione nel quale è lo stesso rappresentante ad andare contro gli interessi del suo rappresentato. In altri termini, e

---

<sup>36</sup> In senso affine, TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata»... *cit.*, p. 4: «(...) Ciò comportava una inaccettabile *fictio* che lasciava inspiegato il compimento di un atto in danno del rappresentato; si giungeva ad ampliare in modo atecnico il concetto stesso di rappresentanza, rinvenendola in tutte le ipotesi nelle quali vi sia disposizione di un diritto per volontà di un soggetto che non ne è titolare».

<sup>37</sup> PUGLIATTI, S., «Vendita forzata e rappresentanza legale», in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1932, I, pp. 294 e ss. Nello stesso senso anche PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, *cit.*, p. 275: «(...) A bene esaminare ogni concetto generico di rappresentanza, o qualsiasi concetto di rappresentanza lato sensu, non si può che giungere a un risultato negativo: che non si tratta di rappresentanza vera e propria, nel senso tecnico giuridico». Su questa critica converge una gran quantità di autori; tra questi, *vid.* TRAVI, A., «Vendita dei beni pignorati»..., *cit.*, p. 637: «Non è facile inquadrare nel concetto di rappresentanza l'operato di una persona (o di un ufficio) che agisce a esclusiva tutela di un interesse di terzi e in danno al supposto rappresentato; né è agevole stabilire su quale titolo –in mancanza di un atto di volontà del debitore- tale rappresentanza si fonderebbe». Anche MAZZARELLA, F., «Vendita forzata»..., *cit.*, p. 553: «Fosse il creditore o l'ufficio esecutivo il rappresentante del debitore, non si poteva dire che essi perseguissero, e dovessero perseguire, l'interesse del rappresentato». Ugualmente, BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»..., *cit.*, pp. 5 e 6: «Si mise in luce in proposito che il creditore non potrebbe configurarsi come un rappresentante volontario o legale del debitore, per la impossibilità logica di configurare la rappresentanza di una persona in pregiudizio della quale si agisce». Nella dottrina spagnola, *vid.*, SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, *cit.*, p. 69: «(...) Se rechazan por insuficientes otras doctrinas privatistas como la de la representación, puesto que difícilmente se puede apreciar cuándo el que actúa por otro puede hacerlo contra su voluntad, y aun perjudicando su interés». In tempi più recenti, LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, *cit.*, p. 204, nota n. 51: «Son muchos los problemas que esta teoría (refiriéndose a la teoría de la representación de CARNELUTTI) trae consigo, sobre todo si atendemos a la naturaleza jurídica de la representación. ¿Cómo puede actuarse en perjuicio del representado?».

<sup>38</sup> PUGLIATTI, S., «Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata», in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1933, I, pp. 425 e ss.; citato da MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, *cit.*, p. 68, nota n. 34).

come precisa giustamente GUTIÉRREZ DE CABIEDES in tal senso, la rappresentazione è un istituto di Diritto privato, che pertanto deve raccogliere le note caratteristiche della «relazione privata di uguaglianza tra i soggetti, nascita volontaria e risultato previsto e voluto dalle parti»<sup>39</sup>.

Nonostante si tratti di una teoria superata, come avremmo occasione di vedere, persino dallo stesso CARNELUTTI, esistono autori nella dottrina spagnola che aderiscono a tale posizione, come ad esempio LÓPEZ ORTIZ, che considera l'asta giudiziaria come un contratto privato nel quale l'organo giudiziale interviene in rappresentazione forzata<sup>40</sup>.

Come abbiamo appena affermato, lo stesso CARNELUTTI considera superata la propria teoria della rappresentazione, e forse la scarta in risposta alle molteplici e insanabili critiche della quale essa fu oggetto, passando a una nuova teoria che definisce di «**sostituzione materiale del giudice o dell'organo esecutivo, o di rappresentanza legale dell'organo esecutivo**»<sup>41</sup>. Questa seconda teoria costituisce chiaramente una variante della precedente, poiché, in conformità con la prima, si intende che, tramite il pignoramento, il debitore esecutato resta incapacitato e sostituito nell'esercizio delle sue funzioni dall'organo esecutivo. In virtù di tale impostazione, la vendita giudiziale resterebbe un contratto di compravendita, celebrato non dall'aggiudicatario e dal debitore (rappresentato dall'organo esecutivo), bensì dall'aggiudicatario e il proprio organo esecutivo, che dal momento del pignoramento occupa il posto del debitore esecutato. Trattandosi di un contratto nel quale una delle parti è l'organo giurisdizionale esecutivo, l'autore lo inserisce nella categoria di contratti di «Diritto pubblico».

Anche se CARNELUTTI, tramite questa teoria, riesce a sfuggire alla «rappresentazione volontaria» da lui propugnata, cade nuovamente in terreni pantanosi, insistendo sull'insistenza di un contratto. Effettivamente, anche questa seconda posizione «carneluttiana» è oggetto di profonde critiche:

- In primo luogo, poiché con il provvedimento di pignoramento, il debitore esecutato non si trova in una sorta di «situazione di incapacità rispetto all'oggetto pignorato». Sia nell'ordinamento spagnolo che in quello italiano, il pignoramento costituisce il primo passo del processo esecutivo, tramite il quale si identifica il bene concreto sul quale ricadrà il successivo procedimento di ingiunzione («*procedimento de apremio*») con il quale il bene in oggetto si trasformerà in denaro. Ma, una volta

---

<sup>39</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 70.

<sup>40</sup> LÓPEZ ORTIZ, L., «Los contratos procesales», in *Revistas General de Legislación y Jurisprudencia*, N° 197, 1954, p. 84, nega perfino «el carácter de contrato procesal a la subasta judicial, aun en el caso de otorgarse forzosamente por el juez la venta del inmueble, no hay en el fondo sino un contrato civil con intervención del órgano judicial en forzosa representación».

<sup>41</sup> CARNELUTTI, F., *Instituciones del Proceso Civil*, Vol. III, traduzione di SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1960, pp. 35 e 36.

ordinato dal cancelliere, il soggetto proprietario del bene in questione continua a disporre di tutte le facoltà costitutive di tale diritto, vale a dire, e in base all'art. 348. 1° del CC spagnolo, quelle di godere (costituite da uso e godimento) e di disporre (alienare, gravare e ipotecare) della cosa. In questo modo si distingue dall'insieme di precetti che regolano il pignoramento nel Codice di Procedura Civile spagnolo (Capitolo III del Titolo IV –“De la ejecución dineraria” [Della vendita forzata]-, artt. 584 a 629).

In Italia, quanto appena detto non risulta altrettanto chiaro, nella misura in cui il debitore pignorato, una volta dichiarato il pignoramento, secondo quanto stabilito dall'art. 492. 1° del CPC italiano, deve astenersi dal compiere atti diretti al bene oggetto di pignoramento, che tendano a sottrarsi dalla garanzia che el bene stesso costituisce per il creditore istante<sup>42</sup>. Di conseguenza, ogni atto di disposizione nei confronti del bene oggetto di pignoramento è considerato inefficace rispetto al creditore istante; si tratta però di un'inefficacia relativa, poiché l'atto è di per sé valido rispetto al resto di terzi<sup>43</sup>. Allo stesso modo e per quanto riguarda i beni immobili, in base all'art. 559. 1° del CPC italiano<sup>44</sup>, una volta dichiarato il pignoramento, il debitore esecutato è (per norma generale) costituito «custode» del bene pignorato; ossia, questi è obbligato a rendere conto all'organo esecutivo dell'amministrazione e gestione dell'immobile oggetto del pignoramento, nel tempo stabilito da quest'ultimo e comunque e in ogni caso alla fine di ciascun trimestre (*ex art. 560. 1° e 593 del CPC italiano*<sup>45</sup>); con l'obbligo di ottenere autorizzazione dall'organo esecutivo nel caso in cui decidano di darlo in locazione (*ex art. 560. 2°*<sup>46</sup>). In definitiva, in Italia il pignoramento comporta dei veri limiti per il debitore esecutato, nonostante non si possano qualificare come costitutivi di uno stato di incapacità *stricto sensu* del soggetto in questione; se così fosse, non potrebbero

---

<sup>42</sup> L'art. 492. 1° del CPC italiano afferma quanto segue: «Salve le forme particolari previste nei capi seguenti, il pignoramento consiste in una ingiunzione che l'ufficiale giudiziario fa al debitore di astenersi da qualunque atto diretto a sottrarre alla garanzia del credito esattamente indicato i beni che si assoggettano alla espropriazione e i frutti di essi».

<sup>43</sup> È quanto afferma espressamente DI PIRRO, M., *Codice di Procedura Civile illustrato. Dottrina, giurisprudenza, schemi, mappe e tabelle*, Piacenza, 2012, pp. 598 e ss.

<sup>44</sup> L'art. 559. 1° del CPC italiano stabilisce: «Col pignoramento il debitore è costituito custode dei beni pignorati e di tutti gli accessori, comprese le pertinenze, e i frutti senza diritto a compenso».

<sup>45</sup> L'art. 560. 1° del CPC italiano afferma: «Il debitore e il terzo nominato custode debbono rendere il conto a norma dell'articolo 593». Mentre, d'altro lato, l'art. 593. 1° del testo legale menzionato stabilisce: «L'amministratore, nel termine fissato dal giudice dell'esecuzione, e in ogni caso alla fine di ciascun trimestre, deve presentare in cancelleria il conto della sua gestione e depositare le rendite disponibili nei modi stabiliti dal giudice».

<sup>46</sup> L'art. 560. 2° del CPC italiano dispone: «Ad essi è fatto divieto di dare in locazione l'immobile pignorato se non sono autorizzati dal giudice dell'esecuzione».

esercitare alcuna facoltà e gli atti dispositivi sarebbero totalmente efficaci, non solamente nei confronti del creditore istante, ma anche rispetto a terzi<sup>47</sup>.

- In secondo luogo perché, nel caso in cui si voglia spiegare il ruolo svolto dall'organo giudiziale nella vendita giudiziale, non è necessario ricorrere, come indica giustamente BONSIGNORI, al concetto di sostituzione o di rappresentazione legale per incapacità dell'esecutato, bensì è sufficiente ricorrere alla sua potestà giurisdizionale in virtù della quale può alienare il bene coattivamente e unilateralmente<sup>48</sup>.
- E infine, perfino se accettiamo la «presunta» incapacità alla quale è sottoposto il debitore esecutato a partire dal momento del pignoramento, non ci troviamo di fronte a un suo vero sostituto o rappresentante legale, poiché questi non agisce nel suo interesse, bensì in quello del creditore istante. Riprendendo le parole di MICHELI, possiamo dire che «il debitore, quindi, non trova nell'organo esecutivo un soggetto che lo tuteli, ma un organo imparziale il quale attua la legge alienando le cose del debitore e distribuendo il prezzo ai creditori od assegnando loro in pagamento i beni stessi»<sup>49</sup>.

Nel panorama spagnolo esiste una chiara variante di questa seconda teoria di «sostituzione materiale dell'organo esecutivo» formulata da CARRERAS LLANSANA, che difende un'azione sostitutiva dell'organo esecutivo in base non più a una rappresentazione legale che porterebbe l'incapacità dell'esecutato, ma in virtù della legittimazione che, per l'esercizio di tali atti sul bene oggetto di vendita, ottiene dalla potestà giurisdizionale della

---

<sup>47</sup> È quanto afferma MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata»..., *cit.*, p. 105, il quale considera che non è vero che il debitore diventi incapace come conseguenza del pignoramento, né che debba essere assistito da un amministratore legale: «Non è vero che il debitore in seguito al pignoramento divenga incapace e debba, quindi, essere assistito da un amministratore legale». Altrettanto, MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata», in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da RESCIGNO, P., 2ª Edizione, Torino, 1998, p. 266: «Il pignoramento, inoltre, non priva il debitore della capacità d'agire o del potere di disposizione ma si limita a rendere inefficaci nei confronti dei creditori procedenti le eventuali alienazioni effettuate in pendenza del vincolo processuale e comporta al più un potere dei creditori medesimi di far vendere i beni pignorati tramite l'intervento dell'autorità giudiziaria». E ugualmente, SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, *cit.*, pp. 92 e 93: «(...) En nuestro Ordenamiento Jurídico ha quedado establecido que el embargo nunca priva al deudor ejecutado de facultad de disposición alguna sobre los bienes trabados».

<sup>48</sup> BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»..., *cit.*, p. 7: «(...) Per la tesi della sostituzione vale il rilievo per cui il giudice dell'esecuzione non ha affatto bisogno di sostituirsi nel diritto del titolare, per, poi, poterle vendere, ma è sufficiente che lo venda coattivamente, in forza della sua potestà giurisdizionale (...)».

<sup>49</sup> MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata»..., *cit.*, p. 105.: «Tale rappresentante legale del debitore non agisce, come tutti i soggetti di quella categoria, nell'interesse del debitore, ma nell'interesse dei creditori i quali si rivolgono a lui allo scopo di ottenere il ristabilimento di una situazione preprocessuale che il debitore ha rotto con l'inadempimento; il debitore, quindi, non trova nell'organo esecutivo un soggetto che lo tuteli, ma un organo imparziale il quale attua la legge alienando le cose del debitore e distribuendo il prezzo ai creditori od assegnando loro in pagamento i beni stessi».

quale è titolare. Vale a dire, l'organo esecutivo è legittimato ad alienare, tramite la celebrazione di un contratto di compravendita con l'aggiudicatario, in virtù della sua potestà giurisdizionale; potestà pubblica che gli permette di agire in qualità di sostituto del responsabile nei contratti che compongono la realizzazione forzata<sup>50</sup>. Avviando l'esecuzione, l'organo esecutivo (il «Secretario judicial» in Spagna e il giudice in Italia) è investito di una potestà pubblica che lo autorizza alla realizzazione di atti validi nel patrimonio del debitore esecutato. Vende in beni di quest'ultimo, celebrando un contratto di compravendita, che potremmo definire pubblico o processuale<sup>51</sup>. Questo legame tra la potestà giurisdizionale del giudice e i contratti che realizza in sostituzione del debitore è ciò che, secondo CARRERAS, costituisce la «legittimazione»<sup>52</sup>.

È dunque rilevante la differenza tra la teoria della sostituzione di CARNELUTTI e quella di CARRERAS LLANSANA: mentre il primo parla di sostituzione come conseguenza della situazione di rappresentazione legale, che comporterebbe la «presunta incapacità» dell'esecutato dal momento del pignoramento, il secondo propende per la sostituzione come conseguenza dell'esercizio sul patrimonio del debitore di facoltà dispositive valide in virtù della potestà pubblica giurisdizionale della quale è titolare.

Neppure la posizione di CARRERAS LLANSANA è immune da critiche da parte della dottrina spagnola. In tal senso, partendo da GUTIÉRREZ DE CABIEDES, il quale considera che «neanche (questa teoria) è pienamente soddisfacente»: in primo luogo, poiché non si definisce che cosa si intende per sostituzione materiale; e in secondo luogo perché nella sua costruzione «si colgono concetti e opinioni che sono stati elaborati per la legittimazione processuale, e non per quella civile». Rispetto a quest'ultima obiezione, anche nel caso ipotetico che esistano due legittimazioni, una civile e un'altra processuale, la legittimazione del giudice alla vendita sarebbe comunque processuale, poiché si concede all'interno di un

---

<sup>50</sup> CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, Barcellona, 1957, pp. 76 e ss. Nell'ambito della dottrina italiana troviamo una teoria simile formulata da DE MARTINI, A., «Profilo contrattuale della vendita forzata nella esecuzione singolare e fallimentare», in *Giurisprudenza Completa della Cassazione Civile*, N° III, 1948, pp. 189 e ss. (citato da TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata»..., *cit.*, p. 1132, nota n. 11), secondo il quale «la vendita forzata sarebbe un contratto di diritto privato, posto in essere tra l'offerente e l'ufficio esecutivo, investito della legittimazione a disporre di interessi altrui per la tutela di interessi (collettivi o individuali) a quello sovraordinati». La differenza di impostazione da parte di DE MARTINI troverebbe la sua radice nella compravendita celebrata come «contratto di diritto privato», a differenza di CARRERAS LLANSANA, il quale lo configura come contratto processuale o di diritto pubblico.

<sup>51</sup> MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, *cit.*, p. 72. Da notare che le teorie della sostituzione materiale dell'organo esecutivo portano a configurare la vendita giudiziale come un contratto processuale o di diritto pubblico, e per questo potrebbero essere incluse nel paragrafo corrispondente alle teorie pubblicistiche. Tuttavia, per ragioni di ordine logico nell'evoluzione del pensiero degli autori, consideriamo conveniente includerle nel paragrafo delle teorie privatistiche, anche denominate contrattualistiche, come abbiamo già avuto occasione di indicare al principio dell'esposizione del presente capitolo.

<sup>52</sup> La legittimazione, afferma CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes...*, *cit.*, p. 90, «entraña poder que deriva de una posición relativa con respecto al objeto; entraña inicialmente justificación de la potestad de realizar determinados actos, pero por extensión pasa a significar esa potestad en sí misma». Citato anche da MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, *cit.*, p. 73.



processo e produce in esso, direttamente e immediatamente, degli effetti giuridici. Infine, l'autore menzionato obietta che il concetto di legittimazione, sia esso processuale o materiale, «è una qualità propria e specifica delle parti per poter operare efficacemente, però mai dell'organo»<sup>53</sup>. In altri termini e seguendo su questo ultimo punto la posizione di SOLCHAGA LOITEGUI, «non è necessario ricorrere a facoltà o poteri propri di altri soggetti (le parti) per giustificare qualcosa di cui il giudice ha facoltà di per sé<sup>54</sup>; neppure si potrebbe affermare che il giudice costituisce allo stesso tempo una parte agli effetti della vendita»<sup>55</sup>.

Le carenze individuate nelle teorie della rappresentazione generica e della sostituzione materiale del giudice, formulate da CARNELUTTI, danno luogo alla comparsa di nuove teorie «privatistiche o contrattualistiche» che, in linea di massima, riaffermano l'identità della vendita giudiziale con il contratto di compravendita. Tuttavia, incontrano ancora lo stesso ostacolo delle teorie precedenti, ovvero: come si spiega l'assenza di volontà o di consenso da parte del debitore esecutato, e presunto venditore, di seguire gli schemi contrattualistici? A tale proposito troviamo successivamente la cosiddetta «teoria de la espropriazione del potere di disposizione» del debitore esecutato, proposta da CHIOVENDA<sup>56</sup>.

L'idea della referita teoria di CHIOVENDA parte dalla distinzione realizzata dal filosofo tedesco THON tra la facoltà dispositiva di un diritto e il diritto stesso del quale si dispone. Tale facoltà dispositiva è indipendente dal diritto del quale si dispone, non ne forma parte. THON realizza il seguente parallelismo per illustrare il suo pensiero<sup>57</sup>: la forza di colui che

---

<sup>53</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 73. SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, cit., p. 93, concorda con la critica di GUTIÉRREZ DE CABIEDES, in questo senso: «Así, se critica la indefinición de la que adolece el propio concepto de sustitución formulado por CARRERAS LLANSANA; además, resulta difícil aplicar al órgano jurisdiccional un concepto (el de la legitimación) cuya virtualidad sólo puede desplegarse en relación con las partes en el proceso». Con un simile ragionamento, LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., p. 205, nota n. 51: «Esta teoría (la teoría de la sustitución material del Juez), incurre en el mismo fallo que el resto de las privatistas, al aplicar conceptos puramente privados al proceso. ¿Cómo puede hablarse de legitimación del Juez para actuar en sustitución del deudor, cuando está actuando en ejercicio de su potestad jurisdiccional?, ¿cómo puede aplicarse el concepto de legitimación a quien no es parte?».

<sup>54</sup> In tempi più recenti e in senso analogo, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 73, nota n. 56, aggiunge che «el concepto de legitimación es un concepto predicable de las partes para poder obrar eficazmente en el proceso, y nunca del órgano jurisdiccional, que no necesita la legitimación para llevar a cabo su actividad jurisdiccional».

<sup>55</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 71.

<sup>56</sup> Quella che abbiamo denominato «teoria chiovendiana» si trova esposta nello studio: CHIOVENDA, G., «Sulla natura dell'espropriazione forzata», in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1926, pp.85-104.

<sup>57</sup> Vid. THON, A., *Reschtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, pp. 325 a 330, citato da CHIOVENDA in *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1954, p. 342.

lancia una pietra è una manifestazione del potere fisico che non ha nulla a che vedere con la pietra lanciata<sup>58</sup>.

In tal caso, attraverso l'esecuzione forzata, concretamente dal momento del pignoramento, l'organo esecutivo svolge un'espropriazione della facoltà di disposizione autonoma, e ciò lo autorizza ad alienare il diritto di proprietà del bene pignorato al terzo aggiudicatario; tuttavia, ciò che si espropria è la facoltà dispositiva, non il diritto soggettivo di proprietà che continua ad appartenere al titolare (debitore esecutato). Ebbene, questa facoltà di disposizione è quella che autorizza l'organo espropriante a trasmettere il diritto di proprietà in sé e per sé.

In questo processo di espropriazione sul quale si incentra la vendita giudiziale, si distinguono due momenti: il primo, nel quale si realizza l'espropriazione della facoltà di disposizione del debitore esecutato titolare del diritto oggetto di vendita giudiziale o forzata, e l'attribuzione di tale facoltà a una persona (l'organo esecutivo) diversa dal titolare; e il secondo, che consiste nell'atto mediante il quale la persona investita della facoltà di disposizione (l'organo esecutivo) esercita tale facoltà, disponendo del diritto in favore di una terza persona (l'aggiudicatario)<sup>59</sup>.

In conformità con quanto appena descritto, la vendita giudiziale sarebbe un contratto di compravendita celebrato tra un organo esecutivo e il terzo aggiudicatario, nel quale il primo agisce come disponente del diritto di proprietà sul bene oggetto di vendita in virtù della espropriazione previa della facoltà di disposizione autonoma realizzata tramite il pignoramento. È un contratto celebrato dallo Stato, ma con caratteristiche speciali, soprattutto per quanto riguarda l'oggetto, in quanto aliena un bene appartenente a un soggetto privato, la cui facoltà di disposizione è stata acquistata dallo Stato<sup>60</sup>. Ossia, ancora una volta una teoria contrattualistica, che spiega l'assenza di consenso del proprietario della cosa venduta tramite l'espropriazione della facoltà di disposizione «autonoma» svolta dall'organo esecutivo in virtù del potere conferitogli dalla stessa legge con l'avvio del

---

<sup>58</sup> CHIOVENDA, G., «Sulla natura dell'espropriazione forzata»..., *cit.*, p. 85: «La facoltà di disporre di un diritto sta fuori del diritto che è oggetto della disposizione come, secondo l'efficace paragone del Thon, la forza di chi lancia una pietra è una manifestazione di potere fisico che non ha nulla che vedere colla pietra lanciata».

<sup>59</sup> CHIOVENDA, G., «Sulla natura dell'espropriazione forzata»..., *cit.*, p. 90: «In ogni procedimento d'espropriazione si distinguono due momenti, per vicini e confusi che possano essere: a) l'espropriazione della facoltà di disposizione spettante al titolare del diritto e l'attribuzione di detta facoltà ad una persona (prefetto, organo giurisdizionale) diversa dal titolare; b) l'atto con cui la persona investita della facoltà di disposizione esercita questa facoltà, e dispone del diritto a favore di un terzo (ente espropriante, aggiudicatario)».

<sup>60</sup> CHIOVENDA, G., «Sulla natura dell'espropriazione forzata»..., *cit.*, p. 100: «Si tratta qui d'un contratto dello Stato, ma con caratteristiche e norme affatto speciali. Caratteristico è l'oggetto: perchè non si aliena un bene dello Stato, ma un bene appartenente a un privato e sul quale lo Stato ha acquistato soltanto la facoltà di disposizione. Caratteristico è l'organo che agisce per lo Stato: cioè un organo giurisdizionale».

processo esecutivo, e non in virtù della rappresentazione generica di tale organo sostenuta da CARNELUTTI<sup>61</sup>.

E come si spiega questa espropriazione della facoltà di disposizione «autonoma» da parte dello Stato? Secondo il parere di CHIOVENDA, ciò non deve essere motivo di sorpresa, in quanto nello stesso modo in cui la capacità generica di agire può essere modificata da un organo giurisdizionale in caso di alcun tipo di malattia mentale o incapacità di autogestione della persona, a maggior ragione una concreta facoltà giuridica appartenente a un soggetto può essere ridotta o espropriata, con la giustificazione che ciò costituisce un'azione necessaria affinché vada a buon fine il processo esecutivo, peraltro colonna portante della potestà giurisdizionale (non solo giudicare dunque, ma anche fare eseguire quanto giudicato in precedenza)<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Sono numerosi gli autori che espongono la teoria di Chiovenda in un senso analogo e ciò dimostra l'importanza del pensiero in questione; tra gli altri, i seguenti: TRAVI, A., «Vendita dei beni pignorati»..., *cit.*, p. 637: «Si è proposto da altri (Chiovenda) di prescindere da quel concetto e di configurare la vendita forzata come un contratto di vendita fra lo Stato e l'offerente: lo Stato, col pignoramento, esproprierebbe il potere di disporre spettante al debitore, e in forza di questo potere, e per le esigenze della sua funzione giurisdizionale (e non come rappresentante del debitore e neppure del creditore), concluderebbe poi il contratto con l'offerente. Anche MAZZARELLA, F., «Vendita forzata»..., *cit.*, p. 555: «Facendo leva sulla distinzione tra facoltà di disporre del diritto e diritto stesso, pose la prima (e non il secondo) come oggetto di espropriazione. Lo Stato, in altri termini, esproprierebbe con la vendita forzata non la cosa, né, tanto meno, il diritto di proprietà sulla medesima, bensì la facoltà di disporre (...). Sotto questo profilo, lo Stato venderebbe cioè stipulerebbe un vero e proprio contratto, non in rappresentanza del debitore, ma in virtù di un potere (divenuto) proprio, e esercitando quella facoltà di disposizione che avrebbe, immediatamente prima, espropriato al debitore». Ugualmente JACCHERI, E., «Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflessioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)»..., *cit.*, p. 794: «Altri ancora, respingendo del tutto l'avvicinamento alla rappresentanza, comunque intesa, avevano individuato nella vendita forzata un meccanismo per il quale lo Stato espropria il potere di disposizione del debitore e, in forza di questo potere, stipula un normale contratto di vendita con il terzo». Nella dottrina spagnola GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa*..., *cit.*, p. 74: «Sin dejar la explicación contractualista del fenómeno de la subasta, un jurista ya clásico (refiriéndose a Chiovenda), propugnó una teoría todavía seguida, que justificaba el poder del juez en la venta como el ejercicio de la facultad de disposición del deudor expropiada a éste por el órgano jurisdiccional». Inoltre, SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio*..., *cit.*, pp. 81 e 82: «La teoría formulada por Chiovenda se asienta sobre la distinción existente entre el derecho subjetivo de que se dispone y la facultad de disposición sobre ese derecho. En determinados supuestos, la Ley prevé que los órganos competentes del Estado expropian dicha facultad de disposición. Mediante esta expropiación el Estado adquiere el derecho a vender dichos bienes en el transcurso de la ejecución forzosa, con el fin de pagar los créditos por los que se ejecuten». E in tempi più recenti, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles*..., *cit.*, p. 69: «Estima a la subasta como un contrato de compraventa, aunque discrepa en que la facultad del órgano jurisdiccional para llevar a cabo esta venta sin el consentimiento del deudor esté en la representación, sino que, para este autor, esta facultad se encuentra en la expropiación del poder de disposición que produce el embargo».

<sup>62</sup> CHIOVENDA, G., «Sulla natura dell'espropriazione forzata»..., *cit.*, p. 95: «Come la stessa capacità generica d'agire può essere revocata, modificata e quasi direi plasmata dall'ordine giuridico per mezzo degli organi competenti, quando l'infermità di mente, o la tendenza del soggetto ad abusare di quella capacità dissipando i suoi beni, lo consigliano; così singole facoltà giuridiche possono essere tolte al soggetto quando il permettergli d'usarne sarebbe d'ostacolo al raggiungimento di un fine d'utilità generale (espropriazione per p. u.), o all'esercizio della funzione giurisdizionale (dichiarazione di fallimento, espropriazione dei beni del debitore) (...))».

Nell'ambito della dottrina spagnola, segue la linea della teoria di CHIOVENDA, LOIS ESTÉVEZ, il quale giustifica ogni attività di esecuzione in virtù di un sistema di espropriazione di diritti delle parti processuali<sup>63</sup>. Così anche DE LA PLAZA, che seguendo CHIOVENDA afferma che la legislazione spagnola non dà luogo a dubbi per quanto riguarda la natura della vendita giudiziale, considerando che si tratta di una vendita nella quale il venditore non è né il debitore (visto che essa si realizza senza la sua volontà), né il creditore, bensì lo Stato rappresentato dall'organo giurisdizionale incaricato dell'esecuzione; e che questa facoltà non consiste nella rappresentanza dell'esecutato, ma nell'espropriazione della facoltà di disporre del diritto, impedendo che il soggetto utilizzi tale facoltà di disposizione in modo anormale, contro l'interesse generale<sup>64</sup>. Anche HERCE QUEMADA considera, come CHIOVENDA, che con il pignoramento si espropria il debitore della facoltà di disporre dei beni oggetto di pignoramento, in modo tale che l'organo esecutivo sostituisce la volontà del debitore; dunque non c'è rappresentanza, ma sostituzione, poiché la vendita all'asta costituisce un vero contratto di compravendita caratterizzato dall'intervento dell'organo giurisdizionale<sup>65</sup>.

Nell'ambito della dottrina italiana si contraddistingue l'accoglienza della teoria espropriativa di CHIOVENDA da parte dei celebri CICU e MESSINEO, che si dichiarano sostenitori di CHIOVENDA. Effettivamente, gli autori menzionati considerano che nel processo di esecuzione nel quale si svolge la vendita giudiziale o forzata si distinguono due momenti: il primo, nel quale l'autorità giudiziale espropria al debitore il potere di disposizione del diritto (di proprietà) che venderà in seguito; e il secondo, successivo, nel quale si procede alla vendita, che può essere qualificata come compravendita vera e propria, volontaria e contrattuale: le parti di questo contratto, che vi intervengono ciascuna con la propria volontà, sono, da un lato il terzo acquirente, e dall'altro lato la pubblica autorità, che vende non in nome né per conto del debitore espropriato, ma in nome proprio, in virtù del potere di disposizione che ormai le spetta dopo averlo tolto al debitore, e nell'interesse, soprattutto, del creditore espropriante<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> LOIS ESTÉVEZ, J., «Teoría de la expropiación procesal», in *Revista de Derecho Privado*, 1948, pp. 1102-1116, citato da SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, cit., p. 82.

<sup>64</sup> DE LA PLAZA, M., *Derecho Procesal Civil Español*, II, 2ª parte, 3ª Edizione, Madrid, 1955, p. 558; citato da MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 70; e anche da FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 45, nota n. 110.

<sup>65</sup> HERCE QUEMADA, V., e GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, Madrid, 1979, pp. 274-278.

<sup>66</sup> CICU, A., MESSINEO, F., *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Vol. XXIII, Milano, 1971, pp. 27 y 28: «A noi, invece, sembra ancora preferibile la vecchia, ben nota teoria chiovendana (...). In un primo momento, infatti, l'autorità giudiziaria espropria al debitore il potere di disposizione del diritto (di proprietà) che poi dovrà essere venduto. (...) Dopo di ciò, invece, si procede alla vendita, con incanto o senza. Ma questa è una compravendita vera e propria, volontaria, per contratto: le parti di questo contratto, che vi intervengono ciascuna colla propria volontà, sono da un lato il terzo acquirente, e dall'altro lato la pubblica autorità, che vende non in nome né per conto del debitore espropriato, ma in nome proprio, in virtù del potere di

Ora che abbiamo esposto la teoria di CHIOVENDA e la dottrina che la sostiene, passiamo a esaminare le critiche della stessa, le quali, a nostro avviso, corroborano la sua insostenibilità.

In primo luogo, la premessa dalla quale muove la posizione di CHIOVENDA, vale a dire la separazione tra il potere di disposizione in virtù del quale si possiede il diritto di proprietà sul bene oggetto di pignoramento e posteriore vendita giudiziale e il diritto stesso, è difficilmente sostenibile. Ogni facoltà giuridica è parte integrante di un diritto soggettivo, e non può essere concepita senza lo stesso diritto in maniera autonoma; è pur vero che la facoltà può scindersi da un diritto soggettivo pieno perché si costituisca intorno ad essa un diritto soggettivo più limitato, anche se in quel caso il diritto inizialmente pieno avrà perso tale facoltà. Stabilendo come referente il diritto di proprietà, è noto che questo costituisce il diritto reale più pieno, composto in base alla definizione legale data dall'art. 348 CC spagnolo dalle facoltà di disposizione e godimento. Tuttavia, queste facoltà possono scindersi, per costituire un diritto reale limitato, con la conseguente distinzione tra la «nuda proprietà» e il diritto reale limitato in questione: per esempio, il diritto reale limitato di usufrutto consiste nella costituzione di un diritto reale intorno alla facoltà di godimento. Orbene, a questo diritto soggettivo di proprietà (nuda proprietà) dal quale si dissocia la facoltà di godimento con la quale si costituisce il diritto reale di usufrutto, manca la facoltà giuridica menzionata; non possono più esercitarsi l'uso e godimento rispetto al bene oggetto del diritto di proprietà (nuda proprietà) in questione. In definitiva, le facoltà nascono con il diritto soggettivo delle quali sono parte integrante, nonostante ciò non impedisca che ne diventino indipendenti per costituire un diritto soggettivo distinto; tuttavia, ogni esercizio di tale facoltà giuridica scissa si riferirà non al diritto soggettivo dal quale deriva, ma al nuovo diritto soggettivo costituito.

Su questa prima critica concorda gran parte della dottrina spagnola e italiana più autorevole. Partendo da quella spagnola, GUTIÉRREZ DE CABIEDES ritiene che «la separazione tra diritto soggettivo in generale e potere di disposizione dello stesso è artificiale e contraria allo stesso concetto di diritto soggettivo»<sup>67</sup>. In senso analogo, SOLCHAGA LOITEGUI rifiuta la teoria dell'espropriazione del potere di disposizione perché la ritiene insufficiente, «soprattutto perché parte da una separazione, arbitraria e contraria allo stesso concetto di diritto soggettivo, tra questo in generale e il suo potere di disposizione»<sup>68</sup>. E nell'ambito della dottrina italiana, possiamo citare tra tutti principalmente PUGLIATTI, il quale sostiene che la facoltà di disposizione non è distinta dal diritto di cui costituisce parte del contenuto, essendo il diritto soggettivo null'altro che una *facultas* risultante dalla sintesi

---

disposizione che ormai le spetta dopo averlo tolto al debitore, e nell'interesse, soprattutto, del creditore espropriante».

<sup>67</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 77.

<sup>68</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 69.

di ogni singola facoltà, tra le quali è da comprendere quella dispositiva: secondo l'autore, un diritto soggettivo non può esistere senza le sue facoltà costitutive, se non come forma vuota, mera astrazione<sup>69</sup>.

In secondo luogo, alla tesi di CHIOVENDA si può obiettare quanto sostenuto giustamente da GUTIÉRREZ DE CABIEDES, vale a dire, che anche nel caso in cui si considerasse la facoltà di disposizione come una facoltà generica appartenente alla personalità di ogni soggetto, in virtù della quale questi dispone di tutti i diritti soggettivi dei quali è titolare (ciascuno dei quali costituito da un'altra facoltà dispositiva che lo caratterizza), non risulterebbe sostenibile parlare dell'espropriazione di tale facoltà generica, poiché «come afferma lo stesso autore di questa teoria, è un diritto della personalità e come tale per sua natura inalienabile»<sup>70</sup>.

Come terza critica alla tesi dell'espropriazione del potere di disposizione sulla quale concordano gli autori possiamo indicare che la teoria menzionata presuppone una situazione ipotetica di limitazione della capacità generica di operare tramite pignoramento. Certamente, secondo l'opinione dell'autore, la facoltà di disposizione è parte integrante del diritto generale della personalità, e dal momento del pignoramento si produce la restrizione di tale diritto, con l'espropriazione di una facoltà integrante dello stesso che diventa parte dello Stato, rappresentato dall'organo esecutivo. Ossia, al pignoramento associa come effetto la privazione del potere di disposizione. E questo è totalmente insostenibile in base al diritto positivo spagnolo e italiano vigenti, in quanto, come già abbiamo avuto occasione di dimostrare nelle pagine precedenti<sup>71</sup>, il titolare del bene oggetto di pignoramento mantiene intatte, nonostante il pignoramento, le facoltà integranti del diritto di proprietà sul bene in questione<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 286: «Perchè per noi -come abbiamo tentato di dimostrare- la facoltà di disposizione non è distinta dal diritto, di cui costituisce parte del contenuto, essendo il diritto subbiiettivo null'altro che una *facultas* risultante dalla sintesi di tutte le singole facoltà, tra le quali è da comprendere quella dispositiva: un diritto subbiiettivo, al difuori delle singole facoltà, non può esistere, se non come forma vuota, mera astrazione».

<sup>70</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 79.

<sup>71</sup> *Vid.* la nostra prima critica alla «teoria della sostituzione materiale del giudice o organo esecutivo o di rappresentazione legale dell'organo esecutivo» di CARNELUTTI, riguardo alla quale avvertiamo che il fatto che il pignoramento non supponga una situazione di incapacitazione per il soggetto titolare del bene pignorato può non risultare del tutto chiaro nell'ordinamento italiano, nella misura in cui in base a questo risultano inefficaci, nei confronti del creditore istante e i creditori intervenenti nel processo esecutivo, gli atti di disposizione realizzati sul bene in questione; ma perfino partendo da quanto detto, neanche in Italia si può affermare che il pignoramento suppone una situazione di incapacitazione del titolare del bene pignorato.

<sup>72</sup> Concordano nel sottolineare la critica menzionata gli autori seguenti: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 76: «Si nos situamos en el punto de partida «chiovendiano» de atribuir la facultad de disposición al derecho general de la personalidad, cabe objetar que en la tesis propuesta al privar al deudor de la facultad de disposición, aun sin decirlo, se le desconoce su normal capacidad de obrar. Desde el punto de vista de la disposición se convierte al deudor en un incapaz, lo cual si es sumamente discutible respecto al ejecutado universal (...), es inadmisibile ampliarlo al ejecutado singular. Supondría semejante alteración una restricción de los derechos de la personalidad que la Ley no señala (...)». Anche SANTOS

In quarto luogo, ci si domanda: che senso ha parlare di un'espropriazione della facoltà di disposizione da parte dello Stato, con il fine ultimo di trasmettere lo stesso diritto di proprietà al terzo aggiudicatario, quando potrebbe espropriare direttamente il diritto di proprietà stesso? Come indica giustamente PUGLIATTI su questo punto, se si riconosce la possibilità di un intervento statale autonomo nell'espropriazione della facoltà dispositiva, non vi è alcuna ragione per negare l'espropriazione del diritto soggettivo *in toto*<sup>73</sup>. In altri termini, se si può ammettere l'espropriazione della facoltà di disposizione e l'attribuzione all'organo pubblico (organo esecutivo) per virtù di legge, affinché possa trasmettere a un terzo lo stesso diritto di proprietà dal quale proviene tale facoltà dispositiva, si può anche affermare, e in modo molto più semplice (eliminando un'inutile finzione), la stessa espropriazione dello stesso diritto di proprietà<sup>74</sup>. In definitiva, non risulta necessario argomentare l'espropriazione della facoltà concreta di disposizione di un diritto soggettivo, in questo caso quello di proprietà, quando ciò che si pretende è trasmettere il diritto stesso, e non solamente la facoltà in questione. Quando si potrà evitare questo forzato artificio argomentando l'espropriazione del diritto soggettivo in sé stesso (che, ripetiamo, è ciò che infine si intende trasmettere)<sup>75</sup>.

---

REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, cit., pp. 92 e 93: «(...) Una eventual expropiación de la facultad de disposición sobre los bienes embargados incapacitaría al titular de los mismos para disponer de ellos, mientras que en nuestro Ordenamiento Jurídico ha quedado establecido que el embargo nunca priva al deudor ejecutado de facultad de disposición alguna sobre los bienes trabados». Così anche MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata»..., cit., p. 106: «Tale teoria, però, urta contro il fatto che il pignoramento non ha quelle conseguenze che essa postula, cioè non produce una espropriazione del potere di disporre (...), che è, invece, conservato, come s'è visto a suo luogo, dal debitore». Ugualmente, MAZZARELLA, F., «Vendita forzata»..., cit., p. 555: «Il fatto è che neppure per un solo momento lo Stato diviene proprietario dei beni pignorati da portare a vendita, né il debitore incapace di disporre».

<sup>73</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 286: «Perché se si riconosce la possibilità di un intervento statale autonomo nella espropriazione della facoltà dispositiva, non vi è ragione di negarla per la espropriazione del diritto subbietivo in toto». Aderisce alla critica anche TRAVI, A., «Vendita dei beni pignorati»..., cit., p. 637.

<sup>74</sup> PUGLIATTI sostiene gli stessi termini, ma per giustificare infine che lo Stato ha la facoltà di trasmettere coattivamente il bene a una terza persona, senza necessità che questa sia precedentemente proprietaria di questo bene o titolare della facoltà di disporre. Questo fa parte della cosiddetta «teoria del trasferimento coattivo» formulata dall'autore menzionato, della quale ci occuperemo in seguito nell'analisi delle cosiddette «posizioni o teorie pubblicistiche». Così, *vid.* PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 286: «Se dunque può ammettersi l'espropriazione della facoltà di disposizione, e l'attribuzione per virtù di legge, all'organo pubblico, perchè possa, per mezzo di essa, trasferire ad altri il diritto, può anche, più semplicemente, ed eliminando una inutile finzione, ritenersi senz'altro che l'ordine giuridico conferisca immediatamente all'organo pubblico il potere di attuare un trasferimento coattivo, prescindendo del tutto da un atto di disposizione del titolare del diritto».

<sup>75</sup> In termini affini, concorda su questa critica MAZZARELLA, F., «Vendita forzata»..., cit., p. 555: «Vano è infatti obiettare la macchinosità della teoria, facendo mostra di non vedere il perché se lo Stato ha il potere di espropriare la facoltà del debitore di disporre dei propri beni, questi non espropri lui direttamente (anziché ricorrere a quello che viene considerato un inutile artificio). Anche BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»... cit., p. 10, giustifica la possibilità di espropriare direttamente il diritto soggettivo stesso, esercitando la potestà giurisdizionale sulla quale conta lo Stato: «(...) L'ufficio esecutivo procede all'alienazione coattiva nell'esercizio della funzione giurisdizionale, quindi in posizione di sopraordinazione e

Infine, e in stretto legame con la critica precedente, alla tesi di CHIOVENDA si può obiettare che se ciò che l'organo esecutivo espropria tramite il pignoramento è esclusivamente la facoltà di disposizione del diritto di proprietà, in virtù del principio basilico di «*nemo dat quod non habet*», ciò che alla fine si trasmetterà al terzo aggiudicatario sarà solo ed esclusivamente la facoltà di disposizione della quale è titolare l'organo esecutivo trasmittente. Effettivamente, nessuno può dare più di ciò che ha, e in questo caso l'unica cosa alla portata dell'organo esecutivo è la facoltà dispositiva, dunque: che resta dell'altra grande facoltà integrante del diritto di proprietà, vale a dire, la facoltà di godimento? In base all'intelligente posizione di CHIOVENDA, il diritto continua a essere titolarità del debitore esecutato, pertanto la facoltà di uso e godimento resterà nelle sue mani. Come si può affermare la trasmissione definitiva di un diritto di proprietà *in toto*, quando ciò che ostenta il trasmittente è una sola facoltà costitutiva di tale diritto e non il diritto stesso? Facendo una similitudine con il diritto reale limitato di usufrutto, con la sua costituzione, la facoltà di godimento non appartiene più al nudo proprietario, sebbene ciò che l'usufruttuario potrà trasmettere da quel momento sarà esclusivamente la facoltà di godimento che costituisce il suo diritto di usufrutto, né più né meno: non potrà, di conseguenza, trasmettere il diritto di proprietà del bene sul quale ricade la facoltà di godimento della quale è titolare, poiché non è titolare del diritto soggettivo nella sua completezza<sup>76</sup>. Una nuova carenza, dunque, della teoria dell'espropriazione del potere di disposizione di CHIOVENDA che risulta sicuramente insostenibile, come già avevamo anticipato all'inizio dell'esposizione delle critiche nei suoi confronti.

### **2.1.1.2. Seconda categoria di teorie che ambiscono a superare l'assenza di volontà del debitore: il venditore è il creditore istante (esposizione e critica)**

Come già abbiamo avvisato introducendo l'esposizione delle posizioni definite «contrattualistiche», la difficoltà essenziale che queste presentano non è altro che la giustificazione dell'assenza di volontà del debitore esecutato. Dicevamo, seguendo su questo punto il ragionamento sistematico di TRAMONTANO, che gli autori pensano di salvare questo ostacolo tentando di identificare la figura del venditore nell'organo esecutivo (posizioni analizzate nel paragrafo precedente) o nello stesso creditore istante<sup>77</sup>. Ebbene, questo

---

di imparzialità, e, dunque senza che abbia senso ipotizzare l'esproprio del potere di alienare, che viceversa nel caso di specie non serve, né si combina con l'accettazione dell'offerente».

<sup>76</sup> In senso analogo, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 78 afferma: «Si la facultad de disposición forma parte del derecho es artificial hablar de enajenación de la misma y no de la enajenación del derecho como un todo. Por otra parte si se habla de enajenación del derecho como tal, habrá que justificar de nuevo en virtud de qué poder se hace y la teoría «*chiovendiana*» quedaría sin fundamento».

<sup>77</sup> TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata...», cit., p. 1131: «La difficoltà che incontra tale concezione consiste nel fatto che la vendita forzata avviene senza, o contro, la volontà del debitore esecutato, proprietario del bene oggetto dell'espropriazione. Gli espedienti volti a superare tale incongruenza



secondo gruppo di teorie dottrinali, ovvero quelle che intendono salvare l'assenza di volontà del debitore esecutante identificando la figura del venditore nel creditore istante, è quello di cui ci occuperemo nel presente paragrafo.

In base a quanto abbiamo appena esposto, dobbiamo partire dalla cosiddetta «**teoria del mandato volontario**» sostenuta da MIRABELLI<sup>78</sup> e successivamente da TENDI<sup>79</sup>, in base alla quale si considera che il debitore, obbligandosi, affida implicitamente la sua volontà per la costituzione di un contratto di mandato speciale di vendita a favore del creditore sul suo intero patrimonio e quest'ultimo è autorizzato a esercitare su di esso il *ius vendendi* (sul patrimonio nel suo insieme) e al compimento di tale obbligazione. Ossia, con l'obbligazione, implicitamente, ogni debitore assume l'eventualità che in caso di inadempimento dell'obbligazione assunta e in base al principio di responsabilità patrimoniale universale, il creditore sarà autorizzato alla vendita di qualsiasi elemento attivo del suo patrimonio; e l'azione del creditore è legittimata in base a un contratto di mandato speciale volontariamente celebrato dallo stesso debitore a suo favore, sebbene tale volontà non sia esplicita o *ad hoc* nella celebrazione del contratto, ma si deduca implicitamente dalla volontà prestata inizialmente con l'assunzione dell'obbligazione<sup>80</sup>.

Tale teoria ci risulta veramente insostenibile da molti punti di vista. In primo luogo, perché nella spiegazione dell'assenza di volontà del venditore, che ha le sue radici nell'azione in qualità di mandatario da parte del creditore, si trascura l'intervento e il ruolo dell'organo esecutivo. Come si spiega la spinta processuale a carico dell'organo esecutivo senza il quale non si realizza la trasmissione del bene oggetto della vendita giudiziale?

In secondo luogo, la teoria dottrinale si oppone a una serie di principi fondamentali che costituiscono l'essenza del contratto di mandato. Effettivamente, come giustamente indica DíEZ-PICAZO in sintonia con il resto della dottrina, la relazione giuridica che nasce dal contratto di mandato «trova la sua base e il suo fondamento nel vincolo di fiducia e di fedeltà tra mandante e mandatario»<sup>81</sup>. Allo stesso modo, il contratto di mandato può essere

(l'incongruenza si riferisce all'inesistenza di volontà da parte del debitore esecutato, proprietario del bene oggetto di esecuzione, N.d.A.) possono raggrupparsi in due categorie, secondo che propendano per individuare la figura del venditore nel creditore istante, oppure nello stesso organo esecutivo».

<sup>78</sup> MIRABELLI, G., *Del diritto dei terzi*, Torino, 1889, p. 308.

<sup>79</sup> TENDI, G. B., *Trattato teorico pratico della compravendita*, II, Firenze, 1906, p. 73.

<sup>80</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 272, descrive la «teoria del mandato volontario», che rifiuterà in seguito, nei seguenti termini: «Altri (...) semplificano la costruzione, affermando che, data la volontarietà dell'assunzione dell'obbligazione il diritto di vendere i beni del debitore, nel fine di rendere fruttuosa la garanzia, acquistata per legge dal creditore, deve riputarsi concessogli dallo stesso debitore. Il creditore dunque, che vende la cosa del suo debitore all'asta... vende *jure creditoris, procuratio nomine*. Si avrebbe qui, anziché un *negotiorum gestio*, un vero e proprio mandato implicito».

<sup>81</sup> DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV, 1ª Edizione, Navarra, 2010, p. 475. Nello stesso senso, nella dottrina italiana vid. per tutti GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. 2..., cit., p. 699: «Il mandato è un contratto *intuitu personae*, basato sulla fiducia del mandante nella persona del mandatario, ed è al tempo stesso un contratto personale (...)».

celebrato, d'accordo con l'art. 1710 del CC spagnolo (non esiste un articolo corrispondente nel CC italiano) in modo esplicito o tacito; è tacito ogni mandato «che deriva da *facta concludentia*, vale a dire, da azioni del mandante e del mandatario che presuppongano necessariamente la volontà di celebrare il contratto»<sup>82</sup>. In tal caso, come può essere dedotta una tacita volontà di obbligazione da parte di ogni debitore allo scopo di costituire un contratto che comporta una relazione giuridica basata sulla fiducia e la fedeltà? Non sembra fattibile da nessun punto di vista. Non solo, questo vincolo di fiducia e fedeltà che è alla base del contratto di mandato assume una tale importanza che si ripercuote potentemente su tutto il regime giuridico dell'istituto in questione; tra altri aspetti, influenza ciò che si riferisce alla cause della fine della relazione: in generale, ogni perdita di fiducia deve provocare una possibile fine della relazione, e ne risulta la possibilità, come particolarità di questa figura contrattuale, che il mandante possa revocare il mandato unilateralmente in qualsiasi momento<sup>83</sup> (*ex artt.* 1732. 1° e 1733 del CC spagnolo<sup>84</sup>; e 1722. 2° e 1723. 1° del CC italiano<sup>85</sup>). In base a ciò e riprendendo la critica alla «teoria del mandato volontario», come

---

<sup>82</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., *cit.*, p. 473.

<sup>83</sup> Sono concordi nel sottolineare il peso che riveste la fiducia alla base del contratto di mandato come fondamento della sua possibile revoca unilaterale in qualsiasi momento da parte del mandante: Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., *cit.*, p. 475: «La relación de mandato encuentra su base y su fundamento en un vínculo de confianza y de fidelidad entre mandante y mandatario. Se sigue de ello, ante todo, que la relación descrita posee un carácter marcadamente personal, que, a su vez, va a influir poderosamente en el régimen jurídico de la institución. (...) La modificación sobrevenida o la desaparición de las circunstancias o cualidades personales sobre las cuales se basó la confianza de las partes tiene que tener un cauce para repercutir en la suerte de la relación. La Ley contempla algunos de estos cambios como causas especiales de terminación de la relación (...), pero, en general, toda pérdida de la confianza debe generar una posible terminación de la relación: esencial revocabilidad y renunciabilidad (...)». Ugualmente, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II, Barcellona, 1956, p. 375: «Nuestra doctrina subraya especialmente que la regla del art. 1733 –la de la revocabilidad– se explica por estar fundado el mandato en la confianza que el mandante deposita en el mandatario, por lo que al desaparecer esta base del contrato debe desaparecer igualmente la relación jurídica».

<sup>84</sup> L'art. 1732. 1° del CC spagnolo afferma: «El mandato se acaba: 1°. Por su revocación».

D'altro canto, l'art. 1733 del CC spagnolo afferma: «El mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato».

<sup>85</sup> L'art. 1722. 2° del CC italiano dispone: «Il mandato si estingue: 2°. Per revoca da parte del mandante». Mentre l'art. 1723. 1° del CC italiano stabilisce: «Il mandante può revocare il mandato; ma, se era stata pattuita l'irrevocabilità, risponde dei danni, salvo che ricorra una giusta causa». Da notare che il CC italiano contiene un'importante variante in sede positiva rispetto al CC spagnolo, ossia, contempla espressamente la possibilità che il mandato sia irrevocabile, unicamente quando sia quanto stabilito tra mandante e mandatario. Vale a dire, è permessa la possibilità di rinunciare alla revocabilità di cui, per sua essenza e regola generale, dispone il mandante. In tal caso, come si può vedere dal testo del precetto in questione, il mandato non sarà revocabile, a meno che vi sia una causa che lo giustifichi. Con ciò si dimostra che il mandato è naturalmente ed essenzialmente revocabile, sebbene possa essere accordata la sua irrevocabilità, anche se è frutto del suo carattere naturale la possibilità, anche in questo caso, che si revochi in caso di giusta causa.

Nell'ordinamento giuridico spagnolo, il patto di irrevocabilità del mandato non è contemplato positivamente nel CC, anche se la maggior parte della dottrina e della giurisprudenza (è stato un tema oggetto di una relativa polemica, la cui esposizione fuoriesce dai contorni della nostra critica alla «teoria del mandato volontario» riguardo alla natura giuridica della vendita giudiziale) considera che «es posible pactar expresamente su irrevocabilidad, pues se alega que la revocación es un derecho del mandante que puede ser renunciado conforme al art. 4 del CC español» (ESPÍN CÁNOVAS, D., *Derecho Civil Español*, Vol. III, *Obligaciones y*

si può concepire l'esistenza di un contratto di mandato che non risulti revocabile da parte del mandante –nel caso di vendita giudiziale, del debitore esecutato–, quando il mandato deve essere revocabile per sua natura? È vero che si può patteggiare l'irrevocabilità del mandato (possibilità ammessa in Spagna dalla dottrina e dalla giurisprudenza, e in Italia in sede di diritto positivo–*ex art. 1723. 1° del CC italiano*–), sebbene nel caso di vendita giudiziale sia evidente che tale patto è inesistente, in modo tale che si giungerebbe a una sorta di mandato irrevocabile imposto forzatamente, e ciò si oppone radicalmente all'essenza propria della figura contrattuale in questione.

Proseguendo con le questioni essenziali del mandato che si ridelineano completamente se lo si incastra in modo «artificioso e forzato» negli schemi della vendita giudiziale, può essere segnalata anche una evidente carenza per quanto riguarda gli obblighi assunti dal mandatario. Sicuramente, la nostra dottrina concorda all'unanimità sul fatto che esiste un dovere di fedeltà del mandatario nell'adempimento della sua azione, il quale dovere, pur non essendo espressamente contemplato né dal CC spagnolo né da quello italiano, come indica giustamente Díez-Picazo «non vi è dubbio che si tratti in ogni caso di qualcosa di imposto dal gioco del principio generale di buona fede»<sup>86</sup>. Questo dovere generico di fedeltà si concretizza in una serie di doveri, tra i quali risulta fondamentale che «la cura dell'interesse gestito acquisisce la precedenza perfino sugli interessi stessi del gestore»<sup>87</sup>. Vale a dire, il mandatario deve, nella sua gestione, tutelare in ogni momento l'interesse del mandante, fino al punto di anteporlo sempre al proprio interesse. In tal caso, come si può sostenere l'esistenza di un mandato nella vendita giudiziale, nella quale l'azione del mandatario istante persegue, prima e sopra ogni cosa, il proprio interesse e vede soddisfatto il suo credito inadempito? Il «presunto» mandatario nella vendita giudiziale non solo è che non anteponga l'interesse del debitore esecutato al proprio, ma che va perfino contro esso, non tiene in considerazione la sua volontà<sup>88</sup>.

Infine, seguendo la «teoria del mandato volontario», andrebbero in conflitto la regolazione processuale e sostanziale della vendita giudiziale (sia in Spagna che in Italia, come avremmo occasione di vedere), per quanto riguarda la possibilità che l'aggiudicatario, «presunto» compratore in conformità con lo schema contrattualistico che abbiamo confutato,

*Contratos*, 3ª Edizione, Madrid, 1969, p. 572; che a sua volta cita, per sostenere la posizione in questione, CASTÁN, segnalando come oppositore della posizione maggioritaria –vale a dire, contraria alla possibilità di accordare l'irrevocabilità del mandato–, SÁNCHEZ ROMÁN y MANRESA).

<sup>86</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., cit., p. 476.

<sup>87</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., cit., p. 476.

<sup>88</sup> Il conflitto di interessi evidente tra creditore mandatario e debitore mandante che deriva dalla «teoria del mandato volontario» è segnalato da PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 272, il quale, come già abbiamo anticipato, si oppone pienamente a questa costruzione artificiosa: «Le difficoltà però permangono: il conflitto d'interessi fra il creditore istante, come creditore, e l'espropriando debitore, è ineliminabile, tanto più se la procura al creditore venga necessariamente attribuita, per la tutela di un suo interesse (...)».

sia lo stesso creditore istante (ricordiamo che questi occuperebbe la posizione di «mandatario»). Su un piano processuale, sia in Spagna che in Italia, può agire come offerente ed eventuale aggiudicatario del bene oggetto della vendita giudiziale il corrispondente creditore istante<sup>89</sup>. Invece, sul piano sostanziale e ricorrendo alla regolazione del contratto di mandato esiste sia in Spagna che in Italia una proibizione generica imposta al mandatario di ottenere con l'acquisto i beni di proprietà del mandante<sup>90</sup>. Se il creditore istante deve essere il mandatario in base alla «teoria del mandato volontario» del debitore esecutante (proprietario e mandante), come si concilia il caso ammesso processualmente con la proibizione sostanziale menzionata? Si tratta di una contraddizione definitivamente insuperabile, soprattutto per quanto riguarda le vendite giudiziali, come vedremo tra poco. Effettivamente, nonostante l'aspetto polémico dell'interpretazione della proibizione di vendere alla quale ci stiamo riferendo<sup>91</sup>, non esiste alcun dubbio sul fatto che la proibizione

---

<sup>89</sup> Nell'ordinamento giuridico spagnolo, la possibilità che il creditore istante agisca come offerente nell'asta giudiziale e possa divenire aggiudicatario si deduce dagli artt. 647. 2º; 650. 2º, 3º e 4º; 65; 670. 2º, 3º e 4º; e 671 del Codice di Procedura Civile. Nell'ordinamento giuridico italiano tale possibilità è stabilita in maniera ancora più chiara dall'art. 579. 1º del CPC, che citiamo proprio per il suo carattere illuminante al riguardo: «Salvo quanto è disposto nell'articolo seguente, ognuno, eccetto il debitore, è ammesso a fare offerte all'incanto».

<sup>90</sup> Il divieto di comprare beni di proprietà del mandante che è a carico del mandatario è stabilito, in Spagna, nell'art. 1459. 2º CC spagnolo: «No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia: 2º. Los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados». In Italia, la proibizione di cui sopra è contenuta nell'art. 1471. 4º CC italiano, che afferma: «Non possono essere compratori nemmeno all'asta pubblica, né direttamente né per interposta persona: 4º. I mandatari, rispetto ai beni che sono stati incaricati di vendere, salvo il disposto dell'articolo 1395».

<sup>91</sup> L'art. 1459 CC spagnolo è stato oggetto di un'accesa polemica nella dottrina e nella giurisprudenza, sulla quale si sono incentrate interpretazioni opposte ed estreme che DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., cit., p. 484, ha esposto in una maniera molto chiarificatrice e nei termini che seguono: «En los más antiguos y clásicos comentaristas de nuestro Código Civil se dibujaban, pues, dos corrientes o líneas de pensamiento que con perfecta nitidez divergen fundamentalmente en orden a la interpretación del alcance y del sentido del art. 1459. 1º CC. De acuerdo con la primera de ellas, el Código contiene una incapacidad; se funda en una "razón de moralidad"; alcanza tanto al mandatario encargado de la enajenación de la cosa como al mandatario encargado simplemente de su administración; entre en juego cuando el vendedor es personalmente el propio mandante dueño de los bienes; la sanción que la infracción del precepto acarrea es la nulidad radical y absoluta del negocio. Con arreglo a la segunda de las mencionadas direcciones doctrinales, en cambio, el precepto contiene una prohibición que puede calificarse como "prohibición de autocontratar"; alcanza sólo al mandatario que tiene facultad para enajenar los bienes; no entra en juego cuando vende el propio mandante o cuando el mandante autoriza expresamente la autocontratación; la sanción que el precepto conlleva, cuando es infringido, no es una nulidad radical y absoluta, porque el mandante puede ratificar a posteriori, expresa o tácitamente, lo hecho por el mandatario; se trata por ende de una nulidad relativa o de una impugnabilidad». Nonostante si tratti di una questione ancora aperta, DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., cit., p. 487, considera che entrambe le tesi classiche «resultan insatisfactorias»; dunque, «para poner un poco de orden en la cuestión» el referido autor propone como necesario «deslindar los posibles conflictos de intereses a que cabe hacer aplicación de la norma» (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., cit., pp. 487 e ss.). DíEZ-PICAZO conclude sintetizzando i risultati dell'analisi del polemico precetto, fissando le seguenti premesse: «1ª. La venta realizada directa y personalmente por el dueño de los bienes a un mandatario suyo no está comprendida en la prohibición. 2ª. La compra que el mandatario realice por autocontratación sólo es válida si el mandante la ha autorizado o la ratifica posteriormente. 3ª. El administrador de los bienes subastados y el mandatario encargado de su venta no pueden concurrir a la subasta de los bienes. 4ª. El mandatario no puede comprar los bienes que

domina con tutta la sua forza (così come la intende la dottrina in maniera uniforme e pacifica) nell'ambito delle vendite giudiziali o vendite all'asta; ne è il frutto lo stesso testo dell'art. 1459. 2° del CC spagnolo e del corrispondente art. 1471. 4° del CC italiano, nei quali si menziona esplicitamente la proibizione del mandatario di acquisire beni del mandante, specialmente in sede di vendita all'asta pubblica o giudiziale. Ugualmente, una breve occhiata al diritto comparato conferma quanto accennato, in particolar modo per quanto riguarda i Codici francese e olandese, nei quali si proibisce esplicitamente al mandatario di «risultare aggiudicatario», sotto pena di nullità. In definitiva, in Spagna e in Italia esiste una chiara e radicale proibizione nei confronti del mandatario di risultare aggiudicatario nella vendita giudiziale di beni di proprietà del mandante e questo risulta in netto contrasto con la parallela possibilità, sulla quale può contare il creditore istante («presunto» mandatario), di rilanciare e diventare aggiudicatario in tali vendite.

Descritta e rifiutata la teoria contrattualistica del «mandato volontario», passiamo ora ad analizzare la seconda delle celebri tesi contrattualistiche che tentano di salvare l'assenza di volontà del debitore esecutato, individuando la figura del venditore nel creditore istante, la cosiddetta «**teoria del pegno del creditore» sul patrimonio del debitore** di ROCCO<sup>92</sup>. In base a questa teoria, l'azione giudiziale, tramite la quale si realizza la vendita forzata del bene oggetto di pignoramento, si spiega «come la realizzazione del diritto di pegno generale del creditore, acquisito sui beni del debitore»<sup>93</sup>. L'idea che sostiene questa posizione sarebbe la seguente: il debitore, inadempiendo l'obbligazione volontariamente assunta, concede al creditore un'azione esecutiva e con essa un *ius vendendi* su tutti i beni del debitore; e come si configura tecnicamente questo diritto di vendita sui beni del debitore? Come un sorta di diritto di pegno del creditore su tali beni. Diritto di pegno che, come diritto reale di garanzia, concede un diritto alla realizzazione la cui esecuzione è nelle mani dell'organo esecutivo in virtù della sua potestà giurisdizionale. In tal modo si giustifica l'azione dell'organo esecutivo, che esercita il diritto alla realizzazione sul patrimonio del debitore del quale è titolare il creditore in virtù di un diritto di pegno generale su di esso. Come indica GUTIÉRREZ DE CABIEDES esponendo il pensiero del quale ci stiamo occupando, «la vendita del giudice si basa su questo diritto di vendita del creditore che costituisce un autentico pegno generale»<sup>94</sup>. Ricorrendo alla spiegazione di PUGLIATTI, ««la vendita dei beni del

---

pertenezcan a su mandante a través de otro mandatario de éste sin conocimiento de aquél. 5ª. Para comprar los bienes de su mandante un mandatario no puede servirse nunca de una persona interpuesta» (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., cit., p. 493).

<sup>92</sup> ROCCO, A., *Il fallimento*, (ristampa dell'edizione del 1917), Milano, 1962, pp. 31 e ss.; dello stesso autore: «Studi sulla teoria generale del fallimento», in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1910, pp. 674 e ss. La teoria di pegno del creditore è seguita anche da una parte della dottrina tedesca, concretamente da KOHLER, J., *Prozessrechtliche Forschungen*, 1882; citato da GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 79, nota n. 172.

<sup>93</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 79.

<sup>94</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 80.

debitore [...] presuppone dunque di necessità un preesistente diritto del creditore alla vendita... Il creditore ha diritto di vendere i beni del debitore e di soddisfarsi sul prezzo [...]. Di più il creditore ha diritto di ottenere l'intervento dello Stato per effettuare la vendita [...], intervento reso necessario da ciò che il creditore non può [...] esercitare da sé il suo diritto di vendita (per esigenze di ordine pubblico, N.d.A.): questo diritto all'intervento dello Stato è invece proprio un diritto pubblico e precisamente l'azione esecutiva. Parallelamente a tale diritto pubblico, a questa azione esecutiva con la quale si ottiene l'intervento dello Stato, il creditore è titolare di un diritto privato che consiste nella facoltà di vendere i beni del debitore e di pagare con il loro prezzo, e quindi non può che essere un diritto di pegno»<sup>95</sup>.

In definitiva, la responsabilità patrimoniale universale che ricade sul debitore come garanzia corrispondente al creditore, si manifesta come diritto a favore di quest'ultimo a vendere i beni costitutivi del patrimonio del debitore; diritto configurato, secondo Rocco, come una sorta di pegno generale su tali beni. Come diritto di realizzazione di valore, la vendita in questione deve essere realizzata dallo Stato tramite l'organo giurisdizionale competente; tale intervento dell'organo esecutivo si ottiene in virtù dell'esercizio dell'azione esecutiva della quale è titolare lo stesso creditore, affinché sia resa efficace la garanzia del suo credito. Con ciò concludiamo il ragionamento dell'autore italiano citato, a nostro avviso confutabile da svariati punti di vista, fondamentalmente perché con esso si snaturalizzerebbero i tratti che definiscono il diritto di pegno, ossia, si creerebbe un pegno *ad hoc* con caratteristiche che non hanno nulla a che vedere con le quelle del pegno nella sua configurazione legale. Vediamo ora a cosa ci riferiamo.

In primo luogo, il pegno, come diritto reale di garanzia, si costituisce in virtù di un contratto di natura reale<sup>96</sup>. Esiste questo contratto in caso di vendita giudiziale? Si può forse

---

<sup>95</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 292: «La vendita dei beni del debitore, in cui sta l'essenza dell'espropriazione forzata, presuppone dunque di necessità un preesistente diritto del creditore alla vendita... Il creditore ha diritto di vendere i beni del debitore e di soddisfarsi sul prezzo: questo è il rapporto di Diritto privato, a cui lo Stato rimane naturalmente, estraneo. Di più il creditore ha diritto di ottenere l'intervento dello Stato per effettuare la vendita e per pagarsi sul prezzo, intervento reso necessario da ciò che il creditore non può, e per ragioni di interesse pubblico non deve, esercitare da sé il suo diritto di vendita: questo diritto all'intervento dello Stato è invece proprio un diritto pubblico e precisamente l'azione esecutiva. Il diritto privato del creditore consiste nella facoltà di vendere i beni e di pagarsi sul prezzo, e quindi non può che essere un diritto di pegno». CERINO-CANOVA, A., *Offerte dopo l'incanto*, Padova, 1975, p. 79, nota n. 10, espone la teoria di ROCCO nei seguenti termini: «ROCCO ritiene che con il pignoramento si costituisce un diritto di pegno del creditore e che tale diritto si trasforma in diritto di far vendere con la sentenza autorizzativa e si combina in un contratto con l'offerta del deliberatario». Da parte sua, anche TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata»..., cit., p. 1132, nota n. 10, spiega in modo sintetico la teoria di ROCCO nel modo seguente: «(...) Secondo cui (riferendosi a ROCCO) si ipotizzò che lo *ius vendendi* fosse derivante dalla trasformazione del pegno generale sul patrimonio del debitore, e che si combinerebbe con l'offerta dell'aggiudicatario».

<sup>96</sup> Il trasferimento possessorio come requisito di perfezionamento del contratto costitutivo del diritto di pegno è determinato dall'art. 1863 CC spagnolo, secondo il quale: «Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo». Si dispone ugualmente nel CC italiano, concretamente nel suo art. 2786. 1°: «Il pegno si costituisce con la consegna al creditore della cosa o del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa». La consegna della cosa come elemento costitutivo del pegno al quale la dottrina fa

dire che il debitore, assumendo volontariamente la sua obbligazione, presta allo stesso tempo il suo consenso a costituire un eventuale e futuro diritto di pegno «generale» sul suo patrimonio in caso di inadempimento? Assolutamente no. Inoltre, si tratta di un contratto necessariamente reale, vale a dire, che il trasferimento della proprietà è «*conditio sine qua non*» per la costituzione del diritto di pegno; trasferimento che non si verifica nella vendita giudiziale. Il debitore esecutato non perde il possesso del bene finché non diventi effettiva la trasmissione del bene pignorato e venduto successivamente per via giudiziale; il trasferimento possessorio non è affatto un effetto diretto dell'esecuzione forzata, piuttosto il bene pignorato resta nelle mani del debitore, il quale non perde alcuna facoltà sul diritto di proprietà sul bene, come abbiamo già potuto ribadire nelle pagine precedenti. Pertanto, il diritto di pegno in senso tecnico non si applicherebbe in nessun caso nell'ambito della vendita giudiziale.

Inoltre, un altro dei tratti che definiscono il diritto di pegno è che questo costituisce un diritto reale di garanzia che ha come oggetto unicamente beni di natura mobiliaria<sup>97</sup>; come si spiegherebbe l'esistenza di questo «presunto diritto di pegno generale» sui beni immobili che costituiscono il patrimonio del debitore; si dovrebbe parlare dunque di un'ipoteca (diritto reale limitato di garanzia indicato per i beni immobili, per la cui costituzione ne è richiesta l'iscrizione nel Registro della Proprietà). Un'altra carenza irrisolvibile della teoria di ROCCO.

D'altro lato, il pegno, come diritto reale di garanzia, può ricadere necessariamente e unicamente su un bene specifico, non su un insieme indeterminato di beni; e concede un *ius prelationis* per quanto riguarda la vendita del bene in questione nei confronti degli altri creditori. Il significato della garanzia reale non è altro che quello di gravare un bene specifico per l'adempimento di un credito, in modo tale che in caso di inadempimento possiamo rivolgerci contro esso in maniera diretta e privilegiata. Nessuno di questi elementi è presente nella vendita giudiziale, la quale afferisce un insieme di beni (il patrimonio attivo

---

riferimento in modo unanime; tra tutti e per tutti, *vid.*, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La prenda», in *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, coordinato da CLEMENTE MEORO, M., 2ª Edizione, Valencia, 2001, p. 442: «La prenda normalmente se constituye mediante contrato. El contrato de constitución de prenda no requiere forma especial, pero es un contrato real, pues no se perfecciona por el solo acuerdo de voluntades entre el acreedor y el pignorante, sino que exige también la entrega de la cosa al acreedor pignoraticio o a un tercero de común acuerdo». E anche per la dottrina italiana, GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. 3, 2ª Edizione, Padova, 2010, pp. 335 e 336: «Il pegno si costituisce (...) per un contratto reale, che si perfeziona solo con la consegna della cosa dal proprietario (debitore o terzo) al creditore o ad un terzo designato dalle parti».

<sup>97</sup> Il pegno è un diritto reale di garanzia esclusivamente mobiliario, come disposto espressamente nel CC spagnolo, dall'art. 1864: «Pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión». È quanto disposto anche dall'art. 2784. 2° del CC italiano: «Possono essere dati in pegno, i beni mobili, le universalità di mobili, i crediti e altri diritti aventi per oggetto beni mobili». Natura mobiliaria rimarcata all'unanimità dalla dottrina spagnola e italiana, *vid.* per tutti: LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La prenda»..., cit., p. 441: «La prenda es un derecho real de garantía que recae sobre bienes muebles (...)». Anche GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. 3..., cit., p. 333: «Il pegno si costituisce su cose mobili, o universalità di mobili, oppure su diritti di credito».

nel suo insieme) senza vantare un privilegio speciale su nessuno di essi per quanto rispetto all'esercizio del «presunto» *ius vendendi* del creditore istante<sup>98</sup>. Queste linee dovrebbero bastare per valutare l'insostenibilità della teoria di ROCCO.

### 2.1.3. Altre teorie contrattualistiche di minor peso: esposizione e critica

Per concludere quelle che abbiamo definito «tesi contrattualistiche» sulla natura della vendita giudiziale, faremo riferimento a una serie di autori che senza un'eccessiva innovazione nelle loro posizioni, continuano a ridurre questo istituto a categorie contrattuali.

In tal senso, cominciamo con SOLCHAGA LOITEGUI, il quale, per inquadrare il problema della natura giuridica, parte dall'idea che «in virtù della alienazione giudiziale forzata, si produce il trasferimento di un diritto reale»<sup>99</sup>, regolato nell'ordinamento spagnolo dalla cosiddetta *teoría del título y del modo*, contenuta negli artt. 609 e 1095 del CC spagnolo. In base a tale teoria, il trasferimento a titolo derivativo dei diritti reali richiede due elementi, vale a dire, il titolo, o un valido contratto traslativo, e il modo o *traditio*; secondo l'opinione dell'autore, risulta erroneo considerare che la *traditio* debba avere sempre come giusta causa un negozio giuridico privato, poiché essa può essere costituita da un negozio amministrativo o processuale. Questa è la risposta dell'autore riguardo alla natura della vendita giudiziale: essa non è altro che un negozio giuridico di carattere processuale, concretamente un contratto processuale, che si adatta pienamente alla teoria del titolo e del modo. Inoltre, secondo SOLCHAGA LOITEGUI, la vendita forzata è il contratto processuale per

---

<sup>98</sup> Su questa critica è concorde GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 81 e 82: «Es una circunstancia esencial de una prenda, por su naturaleza real afectar a un bien concreto y determinado que es el que garantiza de una forma individual y preferente la obligación. (...) El acreedor, pues, aunque tuviera un derecho de prenda, no sería el único con facultades para vender con lo que faltaría la especialidad y la exclusividad, propias de un derecho de garantía, a la propuesta en la teoría criticada (refiriéndose a la teoría de ROCCO)». Allo stesso modo, SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., pp. 69 e 70: «(...) Se rechazan por insuficientes otras doctrinas privatistas como la de (...) la teoría de la prenda del acreedor, que justifica el acto de disposición judicial, como una realización del derecho de prenda general del acreedor, adquirido sobre los bienes del deudor -ya que es de esencia de la prenda, por su naturaleza real, el efectuar un bien concreto y determinado, que es el que garantiza de una forma especial y preferente la obligación; y porque en la enajenación forzosa, además de la especialidad faltaría la exclusividad, que es propia de todo derecho real de garantía». Ugualmente, LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., p. 205, nota n. 51: «Esta tesis (refiriéndose a la tesis de ROCCO) entra en contradicción con la naturaleza de la prenda, como un derecho real que recae sobre un bien concreto y determinado y no sobre la totalidad del patrimonio del deudor». In senso analogo, nella dottrina italiana, PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 295 e 296: «(...) Non sembra affatto concepibile un diritto di pegno generale, sul patrimonio del debitore (...). Nemmeno l'esistenza di questo diritto di pegno spiegherebbe il meccanismo della vendita forzata. Il pegno infatti non attribuisce al creditore un particolare diritto di vendere, potendo anche il creditore senza prelazione far vendere la cosa dal debitore data un pegno o ipotecata. L'*ius vendendi* si realizza per mezzo della normale esplicazione dell'azione esecutiva: il contenuto del diritto di pegno o d'ipoteca, cioè del c. d. diritto reale di garanzia, si sostanzia nel diritto di prelazione, e riguarda non già il rapporto diretto tra il titolare di tale diritto e la cosa, sibbene i rapporti tra il creditore ipotecario o pignoratizio e gli altri creditori».

<sup>99</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 74.



autonomasia, che «deriva dalla coesistenza di una dichiarazione di volontà privata e (...) di una decisione dell'organo giurisdizionale»<sup>100</sup>. Vale a dire, si tratterebbe di un contratto processuale celebrato dall'aggiudicatario e dal giudice, il quale «agisce esercitando una potestà della quale risulta autorizzato dalla legge, nello svolgimento della sua attività giurisdizionale e in sostituzione del debitore esecutato, al cui patrimonio si riferiscono le conseguenze dell'alienazione»<sup>101</sup>. Proprio la sua funzione di tramite dell'attività processuale esecutiva lo qualifica come «contratto processuale», dunque di natura pubblica<sup>102</sup>.

Lo stesso SOLCHAGA LOITEGUI ammette che la sua teoria è suscettibile di due grandi obiezioni, che egli stesso discute. In effetti, da un lato, si obietta il carattere eterogeneo delle volontà concorrenti e, dall'altro, alla mancanza di autonomia della volontà sulla quale conta l'esecutato (vedendosi sottomesso alla potestà coattiva dell'organo giurisdizionale). Il carattere eterogeneo non esclude, secondo l'autore, l'idea di contratto, poiché il «principio di uguaglianza formale delle parti di un contratto» è superato attualmente dal «principio di equilibrio delle reciproche prestazioni»; in tal caso, può essere considerata una valida dichiarazione di volontà non solamente quella di un soggetto particolare, ma anche quella di un organo giudiziale, nell'esercizio della sua potestà giurisdizionale.

Per quanto riguarda la mancanza di autonomia della volontà, non è contraria a un'idea di contratto l'ingerenza dello Stato, la quale può verificarsi in un doppio senso: «o nella formazione della volontà, quando si contrae un vincolo obbligatorio senza che le parti lo abbiano voluto; oppure negli effetti del contratto, quando il contenuto di questo vincolo, indipendentemente dal modo in cui sia stato contratto, è segnalato precettivamente nella Legge». La vendita giudiziale si collocherebbe nella prima modalità di intervento statale. Ebbene, in questi casi, afferma l'autore, «si presenta il dilemma di rettificare il concetto di contratto, considerando che non sono più atti di autonomia privata regolatori di relazioni giuridiche, oppure costruire, accanto agli atti di ordinamento privato di relazioni giuridiche, una nuova figura che raccolga e introduca una nuova realtà di atti di ordinamento e creazione giuridica di queste nuove relazioni». SOLCHAGA LOITEGUI si mostra favorevole alla prima soluzione, che consiste nell'adattare l'idea di contratto, che può perfettamente includere casi nei quali l'interesse pubblico sia implicato nell'efficacia dell'accordo tra le volontà. Tale interesse pubblico si riflette nella possibilità che un soggetto privato partecipi alla gestione di un interesse pubblico (come avviene nei casi in cui l'Amministrazione applica la tecnica della concessione come forma di assegnazione di diritti privati), oppure se il concorso di volontà proviene da un soggetto privato e da un altro pubblico, e quest'ultimo agisca per conto di una persona privata. Si tratta di casi in cui l'interesse pubblico limita il principio di

---

<sup>100</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 84.

<sup>101</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 84.

<sup>102</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., pp. 88 e 89.

libertà di conclusione dei contratti, ma non esclude che ciò abbia origine in un vero contratto<sup>103</sup>.

In definitiva, la teoria di SOLCHAGA LOITEGUI si basa sull'affermazione della categoria stessa del contratto processuale, la quale è giustificata, a suo parere, dalle stesse ragioni per le quali è ammessa la categoria di contratto amministrativo<sup>104</sup>; contratto processuale come modalità propriamente contrattuale, della quale la vendita forzata o giudiziale è il suo esponente più prototipico<sup>105</sup>.

A nostro avviso, alla tesi di SOLCHAGA LOITEGUI manca sicuramente originalità, poiché essa costituisce un succedaneo della «teoria della sostituzione materiale del giudice» formulata da CARNELUTTI, che già abbiamo confutato. Effettivamente, l'autore sembra ricondurre la natura giuridica della vendita giudiziale alla polemica categoria del contratto processuale, del quale dovrebbe necessariamente far parte l'organo giurisdizionale esecutivo, anche se, per spiegare le ripercussioni dell'azione di tale organo sul patrimonio del debitore esecutato, egli afferma espressamente «che agisce per conto dell'esecutato responsabile; è legittimato ad agire in sostituzione dell'esecutato, e da ciò risulta un vero contratto i cui effetti si producono sul patrimonio del debitore responsabile». Pertanto, non sarebbe neppure il caso di dibattere né sollevare il problema della categoria di contratto processuale, bensì si tratterebbe di un semplice contratto privato ordinario nel quale il debitore esecutato agisce rappresentato o sostituito dall'organo esecutivo. E come si giustifica questa sostituzione o rappresentanza forzata? Forse il debitore è incapacitato con il pignoramento? Forse agisce il rappresentante o il sostituto nell'interesse del rappresentato? Tutt'altro. Ci rimettiamo qui interamente alle critiche che abbiamo riportato nelle pagine precedenti riguardo alla teoria della sostituzione di CARNELUTTI.

Tuttavia, avendo già affermato, secondo i riferimenti corrispondenti, l'insostenibilità della teoria, vale la pena soffermarsi su alcune considerazioni riguardo alla categoria di contratto processuale nei termini impiegati dall'autore. Effettivamente, come abbiamo visto, SOLCHAGA LOITEGUI parte dall'ammissione della categoria di contratto amministrativo per giustificare la conseguente accettazione di quella di contratto processuale. Eppure, il

---

<sup>103</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., pp. 84-87.

<sup>104</sup> SOLCHAGA LOITEGUI giustifica l'ammissione della categoria di contratto processuale partendo da un parallelismo con la figura del contratto amministrativo e l'evoluzione dottrinale riguardo alla sua accettazione. Per giustificare questo ragionamento, afferma curiosamente quanto segue: «la crítica de GUTIÉRREZ DE CABIEDES a la tesis que califica la enajenación forzosa como una modalidad especial de compraventa (...), recuerda exactamente las objeciones que ya en el siglo pasado puso la doctrina a la admisión de la figura de los contratos públicos, tanto en el ámbito del Derecho Administrativo, como en la órbita del Derecho procesal» (SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 75).

<sup>105</sup> LORCA GARCÍA, J., *Derecho Procesal Civil*, II, Madrid, 1973, p. 332, si mostra sostenitore della posizione di SOLCHAGA LOITEGUI, considerando la vendita forzata come un autentico negozio giuridico-processuale, giacché non deriva i suoi effetti giuridici dalla dichiarazione di volontà delle parti, ma dalla dichiarazione di volontà del giudice; citato da MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 74.

parallelismo non è accettabile in nessun modo, e fundamentalmente per la ragione seguente: il contratto amministrativo esiste e può verificarsi perché l'Amministrazione che celebra il contratto vanta personalità giuridica con la quale emette la propria dichiarazione di volontà contrattuale<sup>106</sup>; personalità giuridica che non possiede l'Amministrazione di giustizia, come previsto dalla Legge spagnola 6/1985, del 1 luglio, *del Poder Judicial (LOPJ)*, che non gliela concede in alcun caso. Dunque, come si può affermare che l'organo giurisdizionale esprime una dichiarazione valida di volontà contrattuale? Non può emetterla, non avendo personalità giuridica<sup>107</sup>.

D'altro lato merita una menzione speciale anche la posizione contrattualistica di USÓN DUCH<sup>108</sup>, che definisce la vendita forzata come un contratto di adesione<sup>109</sup>, nella misura in cui si offre la vendita di un bene, a favore di persona incerta, con norme conosciute pubbliche e intaccabili, che si redigono unilateralmente senza possibilità di discussione. Attraverso un bando, si convocano gli offerenti per selezionare il migliore, e ciò si adatta sicuramente alle caratteristiche del contratto di adesione, con l'unica differenza che, tra tutte le persone che accettano il contratto, esso si perfeziona solamente con quella che offre il prezzo maggiore.

La posizione di cui sopra ci risulta altrettanto insoddisfacente, poiché l'idea di contratto normativo o di adesione non si rientra nella configurazione della vendita giudiziale. Effettivamente, seguendo DíEZ-PICAZO, si può considerare un topico giuridico l'affermazione della crisi del principio dell'autonomia privata, come conseguenza dell'enorme intervento dello Stato nell'ordinamento e nella regolazione delle relazioni giuridico-private. Tale ingerenza del potere statale sull'autonomia privata si produce in un

---

<sup>106</sup> La Legge spagnola 6/1997, del 14 aprile, di Organizzazione e Funzionamento dell'Amministrazione Generale dello Stato, afferma, nel suo art. 2. 2: «La Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa con personalidad jurídica única». Non esiste un precetto parallelo nella Legge spagnola 6/1985, del 1 luglio, *del Poder Judicial*. A questa possiamo aggiungere la critica di LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., p. 209: «(...) No puede equipararse el papel del órgano judicial en la venta forzosa al transmitir el bien, con el del órgano administrativo que estipula el contrato. Efectivamente en estos contratos públicos existe una voluntad de estipularlos, con un fin particular e inmediato, pero en las ventas forzosa este fin no existe, puesto que el órgano judicial no actúa en beneficio de sus propios intereses, sino en cumplimiento de la Ley».

<sup>107</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 317, in senso analogo rifiuta l'inquadramento della vendita giudiziale nella categoria di contratto di diritto pubblico, in quanto, mentre nel contratto di diritto pubblico la manifestazione di volontà pubblica conserva il suo carattere di negozio, nella vendita forzata esiste un procedimento giudiziale, in modo tale che tale manifestazione non è altro che un atto unilaterale: «Mentre nel contratto di diritto pubblico la manifestazione di volontà pubblica conserva tuttavia carattere negoziale, nella vendita forzata si ha invece un provvedimento, che è un atto unilaterale».

<sup>108</sup> USÓN DUCH, L., *La subasta judicial*, Barcellona, 1993, pp. 64 e 65.

<sup>109</sup> USÓN DUCH offre una descrizione del contratto di adesione esposta nella Sentenza della *Audiencia Territorial* di Siviglia del 3 giugno 1983, che lo definisce come «aquellos supuestos en los que una de las partes establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo, siendo característica de este contrato el que la conclusión del mismo no va precedida de una discusión de los contratantes que determine sus cláusulas sino que éstas viene unilateralmente redactadas». Citato anche da MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 75.

doppio senso: può verificarsi o nella formazione della volontà quando si contrae un vincolo obbligatorio senza che le parti lo abbiano voluto; oppure negli effetti del contratto, quando il contenuto di tale vincolo, indipendentemente dal modo in cui sia stato contratto, sia stato segnalato da precetti legali precettivamente (o in entrambi i punti menzionati). In questo secondo caso rientrano i contratti denominati regolamentati, contratti normativi o imposti<sup>110</sup>. Ebbene, partendo da quanto detto, risulta evidente che nei contratti normativi o per adesione, esiste un vincolo obbligatorio stabilito volontariamente da entrambe le parti del contratto, anche se il contenuto della relazione obbligatoria che ne deriva resta predeterminato dalla Legge. Ossia, esiste volontà di entrambe le parti a celebrare il contratto, il cui contenuto sarà determinato legalmente. Tale volontà di entrambe le parti è inesistente nella vendita giudiziale, come abbiamo già avuto occasione di ribadire in queste pagine: nella vendita giudiziale non vi è volontà del debitore proprietario («presunto venditore») a vendere il bene oggetto del contratto; in modo tale che in nessun caso possiamo parlare di un caso di contratto per adesione o regolamentato.

Sulla stessa linea di autori sostenitori della posizione «contrattualistica» possiamo citare anche TÉLLEZ LAPEIRA<sup>111</sup>, il quale propende per un «concetto aleatorio dell'alienazione», in base al quale la vendita giudiziale consisterebbe in un contratto speciale di scambio di bene e denaro regolato da norme processuali e di carattere aleatorio. Per contratti aleatorii, l'autore intende quelli nei quali «esiste una impossibilità di determinare, al momento della loro celebrazione, i vantaggi o svantaggi che risultano per ognuna delle parti, oppure che assumono alla loro base il concetto di rischio, partendo dalla distinzione tra rischio comune e rischio proprio dei contratti aleatorii»<sup>112</sup>. Quanto detto, secondo TÉLLEZ LAPEIRA, è pienamente afferabile per la vendita giudiziale<sup>113</sup>.

Neanche questa posizione ci risulta convincente, poiché ancora una volta si presuppone l'esistenza di un contratto, vale a dire, la coesistenza di volontà allo scopo di costituire una o

---

<sup>110</sup> DÍEZ-PICAZO, L., «Los llamados contratos forzosos»..., *cit.*, pp. 88 e 89.

<sup>111</sup> TÉLLEZ LAPEIRA, A., «Ensayo sobre la naturaleza jurídica de la venta judicial inmobiliaria», in *Revista La Ley*, 1996, T. I, pp. 1746 e ss.

<sup>112</sup> TÉLLEZ LAPEIRA, A., «Ensayo sobre la naturaleza jurídica de la venta judicial inmobiliaria»..., *cit.*, p. 1766.

<sup>113</sup> TÉLLEZ LAPEIRA, A., «Ensayo sobre la naturaleza jurídica de la venta judicial inmobiliaria»..., *cit.*, p. 1767. Alcuni autori, in tempi recenti, includono la vendita giudiziale o vendita all'incanto nella categoria di contratto aleatorio, in particolare ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «Crítica de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 5 de marzo de 2007», in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 721, 2010, p. 2055, pur accogliendo un concetto erroneo di ciò che si intende per contratto aleatorio: secondo l'autore, «el remate es aleatorio por la falta de correspondencia entre el precio y el valor, razón por la cual se justifica la rebaja drástica de los precios de adjudicación»; e contrappone la categoria di aleatorietà a quella di onerosità. La posizione precedente, come abbiamo avuto occasione di spiegare nel nostro studio: «La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007», in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 732, 2012, pp. 2019-2021, è totalmente erronea, in quanto «los contratos aleatorios no se oponen a los onerosos, sino que son una subcategoría de los mismos. Lo opuesto a la categoría de contrato aleatorio es la de contrato conmutativo, ambos de los cuales se subsumen en la categoría general de contrato oneroso».

più obbligazioni, indipendentemente dal fatto se le prestazioni a carico delle parti siano predeterminate o no al momento del perfezionamento del contratto. Non dimentichiamo che il contratto aleatorio costituisce una sottocategoria del contratto oneroso, il quale può essere definito dogmaticamente, come secondo GUILARTE ZAPATERO, come «quello in cui ciascuna delle parti si assume l'impossibilità di determinare, al momento della celebrazione, i vantaggi o gli svantaggi che si possano produrre per le stesse (finché il contratto non abbia consumato tutti i suoi effetti, non se ne conosce il risultato economico)». Si può dire che tale contratto, sempre secondo GUILARTE ZAPATERO, è costituito da tre elementi fondamentali: l'indeterminazione iniziale del risultato, la dipendenza definitiva dello stesso da circostanze aleatorie che lo rendono incerto, e la volontarietà degli interessati ad assumersi tale rischio<sup>114</sup>. Tale volontarietà delle parti ad assumersi il rischio non esiste nella vendita giudiziale, nella quale il debitore esecutato non esprime alcun consenso al riguardo. Per questo respingiamo, come abbiamo anticipato, la posizione di TÉLLEZ LAPEIRA.

Abbiamo esposto finora le posizioni che tentano di ricondurre la vendita giudiziale a schemi contrattualistici<sup>115</sup>, e che consideriamo insostenibili, in quanto alla mancanza di consenso di una delle «presunte» parti contrattuali (essenziale affinché esista l'idea di contratto), il debitore esecutato venditore, non si può sopperire in alcun modo.

## 2.2. TEORIE PUBBLICISTICHE

Una volta analizzate quelle che abbiamo definito «teorie privatistiche o contrattualistiche», che incentrano la natura della vendita giudiziale sulla nozione di contratto e, specialmente, di contratto di compravendita; e una volta studiate le sue insalvabili carenze, tra le quali soprattutto l'ingiustificabile assenza di volontà del «presunto» venditore esecutato, passiamo ora a sviluppare il secondo grande blocco di teorie riguardanti la natura giuridica della vendita giudiziale, ossia quelle denominate «teorie pubblicistiche o processualistiche».

In effetti, di fronte alle carenze insuperabili, come si è dimostrato, che derivano dalla pretesa di includere la vendita giudiziale negli schemi del contratto di compravendita,

---

<sup>114</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 1790 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, M., DÍAZ ALABART, S. (Directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXII, Vol. 1º, Madrid, 1967, p. 320.

<sup>115</sup> Accanto agli autori menzionati nel corso di questo paragrafo, possono essere inclusi nel paragrafo dei «contrattualisti» anche i seguenti: RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Cáceres, 1997, pp. 176 e 177; NADAL GÓMEZ, I., *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Madrid, 2001, p. 304; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español*, T. III, Vol. 1, Barcelona, 1966, pp. 616 e 617; DE DIEGO, C., *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. II, Madrid, 1959, p. 190; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982, pp. 201 e 202; GIMENO PÉREZ LEÓN, F. J., «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la subasta (procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria. Adjudicación en primera subasta de la finca y aprobación del remate. Posterior comparecencia del deudor hipotecario aportando documentos privados justificativos del pago de la deuda y ulterior otorgamiento de carta de pago por entidad acreedora», in *La Ley*, N° 552, 1990, pp. 6399-6401.

cominciano ad affermarsi in maniera predominanti posizioni dottrinali che tentano di comprendere e di definire l'essenza della vendita giudiziale in base esclusivamente al proprio processo<sup>116</sup>; da ciò deriva la loro definizione.

Se le posizioni contrattualistiche incentrano la vendita giudiziale sulla nozione di contratto, quelle pubblicistiche o processualistiche la spiegano dal punto di vista del processo, mettendo in rilievo l'elemento d'imperio che contraddistingue l'esplicazione dell'attività dell'organo esecutivo<sup>117</sup>. Ciò che caratterizza, dunque, la vendita giudiziale, secondo questa posizione, è il suo carattere processuale, pertanto pubblico, essendo primordiale l'azione svolta dall'organo esecutivo in virtù della potestà giurisdizionale di cui è titolare. Come indica giustamente MAZZAMUTO, l'accento ricade ora sull'imparzialità dell'organo esecutivo, sul procedimento come tipica manifestazione di attività giurisdizionale, e sull'interesse pubblico che caratterizza l'azione esecutiva e che, già di per sé, vale a distinguere chiaramente la vendita giudiziale da quella ordinaria<sup>118</sup>.

Queste sono le premesse che sono alla base delle nuove posizioni dottrinali, e sebbene non tutte possano essere raggruppate tra loro in maniera unitaria, molte di esse tendono, a nostro avviso e come avremo modo di dimostrare, giustamente, ad assegnare una certa rilevanza agli aspetti sostanziali innegabili che delineano la vendita giudiziale, non limitandosi dunque esclusivamente al processo. In questo senso e nel rischio inevitabile di eccessive semplificazioni, possiamo sistematizzare le teorie dottrinali di questi autori in quattro grandi categorie:

- Le teorie che possiamo definire «puramente pubblicistiche o processualistiche», in quanto partono solamente dal processo e assegnano rilevanza solamente all'azione dell'organo esecutivo.
- Teorie pubblicistiche o processualistiche che ammettono l'applicazione per analogia del regime di figure sostanziali.
- Le teorie che, partendo dal processo, iniziano ad assegnare una certa rilevanza agli aspetti o agli effetti sostanziali che comporta la vendita giudiziale.

---

<sup>116</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., pp. 40 e 41.

<sup>117</sup> TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata»..., cit., pp. 1131 e 1132: «(...) Ci si è così orientati verso una concezione pubblicistica che inserisce la vendita forzata tra i provvedimenti giurisdizionali, mettendo in rilievo l'elemento d'imperio che contraddistingue l'esplicazione dell'attività dell'organo esecutivo (...)».

<sup>118</sup> MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata» (2ª Edizione)... cit., pp. 266 e 267: «L'accento ora cade, infatti, sulla terzietà ed imparzialità del giudice, sul provvedimento quale tipica manifestazione di attività giurisdizionale, sulla compresenza di un interesse pubblico che già da solo vale a distinguere la vendita giudiziale da quella ordinaria».

- E infine, le teorie che affermano chiaramente la natura giuridica complessa (processuale-sostanziale) della vendita giudiziale, intentando omogeneizzare gli aspetti processuali e sostanziali della stessa.

Questa è la sistematizzazione che formuliamo e che ora passiamo a sviluppare esponendo le diverse e numerose posizioni dottrinali.

### 2.2.1. Teorie puramente pubblicistiche o processualistiche

In questo primo blocco includiamo tutti gli autori che intendono la vendita giudiziale solo come una sorta di atto processuale svolto in forma unilaterale dall'organo esecutivo, tramite il quale si produce la consegna della cosa al terzo aggiudicatario; in modo tale che l'azione delle altre persone intervenienti consiste solamente nella loro integrazione alla formazione dell'atto «direttamente o indirettamente, contribuendo affinché l'atto compia la sua finalità, ma senza aggiungergli né sottrargli valore, il quale dipende esclusivamente dall'organo giurisdizionale»<sup>119</sup>. In base a questa concezione, l'unico testo legale di riferimento riguardo alla vendita giudiziale è il Codice di Procedura Civile spagnolo (*LEC*), coerentemente con la natura puramente processuale dell'istituto in questione.

Per quanto riguarda la dottrina spagnola, il primo degli autori che possiamo citare all'interno di questo primo gruppo è **GUTIÉRREZ DE CABIEDES** il quale, come abbiamo già ribadito nelle pagine precedenti, è uno dei primi a sviluppare un'esposizione sistematica esaustiva delle posizioni principali riguardo alla natura giuridica della vendita giudiziale. L'autore menzionato, come indica giustamente FRANCO ARIAS<sup>120</sup>, riduce la vendita giudiziale alla risoluzione giudiziale attraverso la quale l'organo esecutivo realizza la vendita forzata del bene. Questa risoluzione è quella che realizza la consegna della cosa, non istantaneamente, ma condizionatamente alla coesistenza di una serie di fatti futuri stabiliti legalmente (pagamento del prezzo e consegna del bene al terzo offerente e ultimo aggiudicatario). È dunque unicamente l'organo esecutivo, in maniera unilaterale, e senza considerare in nessun modo la volontà dell'aggiudicatario, a realizzare l'alienazione. Di tal forma, la vendita giudiziale si presenta come un vero e proprio atto processuale, unilaterale e giurisdizionale che dipende esclusivamente dall'organo giurisdizionale esecutivo<sup>121</sup>.

Si comprende così la definizione che della vendita forzata da GUTIÉRREZ DE CABIEDES, secondo il quale essa si realizza tramite la vendita giudiziale, come «un atto processuale di carattere dispositivo, che la Legge vincola all'approvazione dell'aggiudicazione, in cui, stabiliti i soggetti, l'oggetto e il prezzo tramite l'incanto

---

<sup>119</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 97.

<sup>120</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 43.

<sup>121</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 96 e ss.

precedente, il giudice, in virtù della sua giurisdizione e competenza e applicando la legge, trasferisce il dominio al miglior offerente previamente conosciuto nell'incanto, una volta che questi abbia consegnato il prezzo che si è impegnato a soddisfare e una volta che si compiano le altre condizioni segnalate dalla legge»<sup>122</sup>.

In tal modo, si nega la necessità di ricorrere a figure o istituti estranei per giustificare l'azione dell'organo esecutivo, il quale agisce esclusivamente adempiendo la sua funzione giurisdizionale nella fase decisiva o esecutiva. Così, si qualifica l'azione degli altri soggetti intervenienti (creditore istante, debitore esecutato e aggiudicatario) in base alla nozione di «condizione sospensiva», in quanto l'acquisizione dei diritti che si trasmettono forzatamente dipenderà dall'evento che costituisce la condizione: nel nostro caso, afferma l'autore, l'assegnazione del prezzo e la consegna della cosa<sup>123</sup>.

**BADENES GASSET**, d'altro lato, rifiuta in maniera altrettanto decisa l'inserimento della vendita giudiziale negli schemi del contratto di compravendita<sup>124</sup>, considerando «ovvio che il giudice non sia un venditore, che la relazione che si stabilisce non è quella di un contratto di compravendita e che l'acquirente non è un autentico compratore»<sup>125</sup>. Partendo da questo rifiuto iniziale delle tesi contrattualistiche sulla vendita giudiziale, l'autore accoglie fedelmente la posizione sostenuta da GUTIÉRREZ DE CABIEDES, in quanto, a suo parere, «la struttura dell'atto di espropriazione e gli effetti causati dall'approvazione dell'aggiudicazione per quanto concerne la fissazione del prezzo e la consegna della cosa

---

<sup>122</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 120

<sup>123</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 108: «No creemos que, ante ello, pueda negarse que estamos ante una verdadera y propia condición, en el sentido propio de este término. Cabe discutir, no obstante, si tal condición es propiamente suspensiva de los efectos, o si es resolutoria de los mismos; es decir, si los efectos se producen de inmediato, al aprobarse el remate, pero cabe que desaparezcan de no entregarse el precio y el bien, o si, por el contrario, no llegan siquiera a producirse hasta que la condición se cumpla. (...) Se trata de una condición procesal análoga a la civil suspensiva; a ella resultan aplicables, *mutatis mutandis*, los preceptos propios de tales condiciones». SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 73, si oppone alla spiegazione di GUTIÉRREZ DE CABIEDES sulla posizione degli altri soggetti, il cui intervento è necessario affinché vada a buon fine la vendita giudiziale, e ciò in base al fatto che, secondo tale impostazione, a suo avviso erronea, sarebbe logico affermare che ci troviamo di fronte a un'acquisizione originaria e non derivativa come afferma GUTIÉRREZ DE CABIEDES; a tale riguardo, SOLCHAGA LOITEGUI afferma espressamente quanto segue: «(...) Se incurre en contradicción al afirmar que la transmisión se produce coactivamente, en virtud exclusiva de la resolución judicial que aprueba el remate, con ausencia total de la voluntad del ejecutado, calificando la adquisición del rematante de derivativa. Si no se da el fenómeno de la sustitución material y se puede afirmar la ausencia absoluta de la voluntad del deudor, lo lógico sería consagrar la adquisición originaria del rematante, que no trae su causa del titular anterior».

<sup>124</sup> Si può rilevare il rifiuto radicale nei confronti delle teorie contrattualistiche della vendita giudiziale nella seguente affermazione: BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, Tomo I, 3ª Edición, Barcelona, 1995, p. 258: «(...) No puede en buenos principios considerarse la enajenación forzosa como un contrato de compraventa. Precisamente el procedimiento de ejecución tiene como finalidad, al menos mediata, la satisfacción coactiva del crédito del acreedor. Ello supone una postura abstencionista y negativa del deudor».

<sup>125</sup> BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa...*, cit., p. 259.



pignorata escludono che nella regolazione della vendita forzata si possa affermare l'esistenza di una compravendita assegnata dal giudice e dall'aggiudicatario della vendita all'asta»<sup>126</sup>.

**GUASP e ARAGONESES**, seguendo questo stesso orientamento, che spiega la vendita giudiziale solamente nei termini del processo e, pertanto, in base esclusivamente alla normativa processuale, ritengono che la vendita giudiziale possa essere qualificata come un vero «atto processuale e, più concretamente, un atto di istruzione del processo di esecuzione, considerando che si tratta di un atto di esecuzione forzata, secondo quanto si deduce dal suo concetto»<sup>127</sup>.

Risulta interessante osservare i motivi per i quali gli autori menzionati rifiutano, con assoluta chiarezza, l'assimilazione della vendita giudiziale a una compravendita volontaria, ossia, a un negozio giuridico privato. Effettivamente, non si limitano a evidenziare l'argomentazione ampiamente nota e basilare dell'assenza ingiustificabile di volontà del debitore esecutato «presunto venditore», ma vanno oltre, negando la stessa possibilità di esistenza della categoria generica di «negozio giuridico» nell'ambito processuale. A tale riguardo, gli autori affermano che «nel diritto processuale non esistono dei veri e propri negozi giuridici», poiché le parti del presunto negozio hanno come costante intermediario la volontà dell'organo giudiziale competente, e ciò impedisce che alle loro dichiarazioni di volontà si applichino gli effetti giuridici immediati che sono propri dei negozi giuridici. Tale affermazione risulta ancora più evidente in riferimento al contratto, il quale presuppone per sua essenza un'uguaglianza tra i contraenti, «e ciò respinge il principio di gerarchia soggettiva, caratteristica dell'istituzione processuale». Non esistono, dunque, veri e propri negozi giuridici né contratti processuali<sup>128</sup>.

L'argomento esposto tratta una questione controversa, oggi in parte superata, alla quale sono stati dedicati veri fiumi di inchiostro da parte della dottrina classica, vale a dire la possibile ammissibilità della figura di «negozio giuridico processuale». Secondo **DENTI**, si può affermare che si tratta di una figura elaborata per la prima volta dalla dottrina tedesca, sotto l'influsso della pandettistica. Tale figura fu accolta da maggior parte della dottrina processualistica italiana più influente, sebbene attualmente si possa dire che è stata relegata a un «mero espediente definitorio di un determinato tipo di atti (processuali, N.d.A.) (le cosiddette “dichiarazioni di volontà”, senza alcuna diretta influenza sul loro trattamento»<sup>129</sup>. In definitiva, attualmente la maggior parte della dottrina processualistica, sia

---

<sup>126</sup> **BADENES GASSET, R.**, *El contrato de compraventa...*, cit., p. 259.

<sup>127</sup> **GUASP, J., ARAGONESES, P.**, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 650.

<sup>128</sup> **GUASP, J., ARAGONESES, P.**, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 651.

<sup>129</sup> **DENTI, V.**, Voz «Negozio processuale», in *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXVIII, 1978, p...: «(...) La dottrina tedesca elaborò per la prima volta, sotto l'influenza della pandettistica, il concetto di negozio processuale (...). La nozione del negozio processuale ha finito col subire una progressiva svalutazione, e a divenire (...) un mero espediente definitorio di un determinato tipo di atti (le dichiarazioni con efficacia

spagnola che italiana, parla solamente dell'esistenza di fatti e atti giuridici processuali, intendendo con questi ultimi, d'accordo con DE LA OLIVA SANTOS, DíEZ PICAZO GIMÉNEZ e VEGAS TORRES, le condotte umane volontarie, suscettibili di esteriorizzazione e provviste di una certa efficacia giuridica all'interno dell'ambito processuale<sup>130</sup>. Pertanto, ci risulta pertinente l'osservazione di GUASP e ARAGONESES su questo punto, senza per questo dichiararci sostenitori delle posizioni puramente pubblicistiche o processualistiche. Inoltre, si tratta di una questione sulla quale ritorneremo tra breve, discutendo alcuni aspetti della posizione di Pugliatti che esamineremo in seguito.

Su questa stessa linea e pasando alla dottrina italiana, si può citare SATTA, il quale concepisce la vendita giudiziale solamente in termini esclusivi e di esclusione del processo, al punto che, come avremo occasione di ribadire più approfonditamente in seguito, definisce perfino il terzo aggiudicatario offerente come «ausiliare dell'organo giudiziale», al quale quest'ultimo si rivolgerebbe per ottenere il denaro necessario per il raggiungimento del fine essenziale del procedimento esecutivo, vale a dire la soddisfazione del creditore istante<sup>131</sup>. Effettivamente, il famoso processualista italiano considera che la natura giuridica della vendita giudiziale deve essere trovata nelle sue caratteristiche proprie, in ciò che essa ha di specifico. E in questo caso, la specificità proviene dal fatto che l'organo esecutivo realizza di per sé la trasmissione dei beni esercitando il suo potere giurisdizionale, senza necessità di alcuna forma ausiliaria, né privata né pubblica<sup>132</sup>.

**BONSIGNORI**, d'altro lato, configura la vendita giudiziale come un puro processo giudiziale esecutivo, al quale, di conseguenza, non sarà applicabile in nessun modo il regime dei contratti (neppure in riferimento all'offerta realizzata dell'ultimo offerente<sup>133</sup>, per quanto questo supponga una dichiarazione di volontà)<sup>134</sup>.

---

dispositiva delle modalità della tutela), senza alcuna diretta influenza sul loro trattamento sotto il profilo della volontà».

<sup>130</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A.; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J. *Derecho Procesal. Introducción*, 3ª Edizione, Madrid, 2008, p. 319.

<sup>131</sup> SATTA, S., *La rivendita forzata*, Milano, 1933, pp. 78 e ss.

<sup>132</sup> SATTA, S., *L'esecuzione forzata*, 1954, pp. 124 e ss.; citato da GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, *cit.*, p. 88. Da notare che il caso di SATTA è sicuramente curioso, in quanto, come avremo modo di verificare e d'accordo con CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., *cit.*, p. 143, intorno al 1937 l'autore comincia a prendere chiaramente le distanze dalla posizione inizialmente pubblicistica esposta nei suoi lavori, uscendo così dagli schemi strettamente processuali e assegnando una certa rilevanza agli aspetti sostanziali innegabili della vendita giudiziale.

<sup>133</sup> In seguito verificheremo che la possibile applicazione del regime dei contratti, soprattutto per quanto si riferisce alla possibilità di impugnazione per il regime generale di vizi del contratto, all'offerta realizzata dall'offerente in quanto manifestazione libera della sua volontà, alimenta una nutrita polemica che si confronta pienamente con figure corrispondenti alla più elementare teoria generale del diritto.

<sup>134</sup> BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»... *cit.*, pp. 22-24: «La vendita e l'assegnazione forzata, dunque, (...) non possono rivestire che la natura giuridica di provvedimenti giurisdizionali esecutivi. (...) In altre parole, la natura giuridica del trasferimento forzato del bene pignorato, e cioè tanto della vendita, quanto della assegnazione, come, d'altronde, del riparto, non può essere che quella di

Analogamente, **MANDRIOLI** ribadisce da molto tempo e ancora attualmente che l'effetto traslativo della vendita giudiziale si produce in base a un insieme di atti, tutti appartenenti al procedimento esecutivo, nonostante l'azione fondamentale non sia altro che quella svolta dall'organo giudiziale che, realmente, in rappresentanza dello Stato, trasferisce il bene in questione. Per giungere a questa conclusione, l'autore parte affermando le incrollabili differenze che esistono tra la vendita giudiziale e il contratto ordinario di compravendita, principalmente per l'assenza di volontà da parte del venditore. Ci troviamo, dunque, secondo l'autore, di fronte a una vendita effettuata dall'organo giurisdizionale, che si inserisce esclusivamente nella disciplina processuale<sup>135</sup>.

### **2.2.2. Teorie pubblicistiche o processualistiche che ammettono l'applicazione per analogia del regime giuridico di figure sostanziali**

Insieme al primo gruppo di teorie che abbiamo raccolto sotto la denominazione di «puramente pubblicistiche o processualistiche», esiste una seconda categoria, che sebbene possa essere definita pubblicistica, ammette una possibilità, a nostro avviso fondamentale per quanto riguarda l'effetto finale che se ne deriva, vale a dire l'applicazione analogica del regime di determinate figure sostanziali in base all'identità di funzione economica esistente tra queste. Effettivamente, si tratta di autori che, seppur concepiscano la vendita giudiziale in termini esclusivamente processuali, aprono una via alla possibile applicazione per analogia della normativa sostanziale, nei casi in cui esiste la regolazione processuale presenti una lacuna. Così, sebbene alcuni autori lo neghino, si sta affermando l'esistenza di un piano sostanziale nell'ambito della vendita giudiziale: altrimenti, non si potrebbe mai ammettere l'applicazione di una normativa di carattere sostanziale.

Il primo a rappresentare questa tendenza ad ammettere l'applicabilità per analogia del regime di figure sostanziale, specialmente di compravendita volontaria o contrattuale sulla

---

provvedimenti giurisdizionali (...). Il corollario di questa rigorosa impostazione processuale del problema è che si possono pienamente condividere quegli orientamenti giurisprudenziali, secondo i quali l'interpretazione della vendita forzata e dell'assegnazione non può essere condotta secondo le norme dell'interpretazione del contratto (...)).».

<sup>135</sup> MANDRIOLI, C., *Corso di Diritto Processuale Civile*, III, Torino, 2011, pp. 67 e 68: «Inanzitutto, la vendita forzata differisce nettamente dal comune contratto di compravendita, per il dato fondamentale che essa avviene prescindendo totalmente dalla volontà di colui che sarebbe il venditore. D'altra parte, l'acquirente non acquista di certo a titolo originario, ma a titolo derivativo; egli è veramente un acquirente; solo che colui che vende non è il proprietario, ma è lo Stato e, per esso, l'organo giurisdizionale (...). Il che fa sì che l'effetto traslativo non si riconduce allo scambio dei consensi, ma ad una serie di atti (incluso il pagamento del prezzo) che appartengono appunto al procedimento. C'è comunque, un acquisto a titolo derivativo per effetto di una vendita effettuata dall'organo giurisdizionale, con modalità che, oltre ad essere determinate dalla legge (come avviene nell'espropriazione per pubblica utilità) appartengono strettamente alla disciplina processuale».

Insieme agli autori menzionati, nell'ambito della dottrina italiana, si possono citare come puramente processualisti o pubblicisti i seguenti autori: MORTARA, L., *Manuale della procedura civile*, II, Torino, 1929, p. 364; ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto Processuale Civile*, III, Milano, 1964, pp. 82 e 83; citazione da CERINO-CANOVA, A., *Offerte dopo l'incanto...*, cit., p. 88, nota n. 49.

base della sua identità di funzione economica nella vendita giudiziale, è **FRANCO ARIAS**. L'autore, nella sua significativa opera su «il procedimento di ingiunzione», parte da una realtà innegabile, vale a dire che sia la vendita giudiziale che la compravendita volontaria o vendita contrattuale ambiscono a regolare un'attività umana fondamentalmente identica: lo scambio di beni. In tal caso, le differenze tra le due figure consistono nella diversità di circostanze che in ogni caso specifico riguardano questa attività comune. Come indica giustamente l'autore, sono molte le modalità di scambio a cui l'ordinamento giuridico spagnolo fa riferimento, sebbene il legislatore assegni una struttura normativa alle più rilevanti. Tuttavia sono, in ogni caso, modalità di scambio, che proprio per questo hanno necessariamente dei punti in comune: l'oggetto fondamentale, come si è detto, è lo stesso. Tali complessi normativi sono, tuttavia, indipendenti e autonomi tra loro, in base alle particolari circostanze che caratterizzano ciascuna delle modalità di scambio che essi regolano; ma il fatto che si tratti di distinti complessi normativi non significa che siano complessi «disgiunti», in modo tale che «possono esistere norme applicabili a tipi di ambiti differenti».

In altri termini, esistono distinte modalità di scambio, ognuna delle quali fa riferimento alla sua normativa specifica, ma il loro oggetto comune induce, secondo Franco Arias, a «ricorrere, in caso di lacuna legale in una di queste normative, all'analisi delle altre per trovare criteri che possano apportare soluzioni a casi tra loro analoghi».

Ciononostante, è innegabile che non tutte queste modalità di scambio siano oggetto di una regolazione normativa altrettanto ricca; piuttosto esistono determinate modalità che, per antichità e per un loro uso frequente nel traffico giuridico-economico, ricevono una maggiore attenzione da parte del legislatore. È proprio il caso della compravendita volontaria o contrattuale, alla quale è dedicata la regolazione più ampia dall'ordinamento giuridico, ossia un totale di più di ottanta articoli del Codice Civile spagnolo. Partendo da questo, sarà chiaramente questo il regime contrattuale al quale ricorremo in maggior misura in caso di lacune nella regolazione della vendita giudiziale (sarà sicuramente necessario, nella misura in cui la normativa processuale lascia irrisolte molte lacune).

FRANCO ARIAS ribadisce più volte che la vendita giudiziale o vendita forzata è costituita da una rigida congiunzione di atti processuali che si inseriscono, per la loro stessa natura, in tutto il processo. Ma a nostro avviso sottolinea, con ragione, due elementi di estrema importanza: da un lato, la possibilità raccomandabile di ricorrere per analogia alla regolazione della compravendita volontaria per colmare le lacune legali della regolazione propria della vendita giudiziale, poiché si tratta di una modalità di scambio che persegue lo stesso obiettivo (scambio di bene per denaro) e che inoltre dispone di una regolazione più completa; e d'altro lato, la necessità di assegnare la stessa rilevanza a tutti gli atti processuali che costituiscono il procedimento di ingiunzione: l'attenzione non deve centrarsi solamente

sull'attività dell'organo esecutivo, poiché in tal modo si otterrebbe una visione solamente parziale della figura in questione<sup>136</sup>.

In senso análogo, **ALONSO SÁNCHEZ** definisce la vendita giudiziale come «un atto processuale di esecuzione o realizzazione coattiva svolta dall'organo esecutore nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale», ma che tuttavia produce gli stessi effetti di una compravendita privata: la trasferimento della proprietà di un bene; ma l'autrice ribadisce che è l'atto processuale corrispondente di aggiudicazione definitiva quello che realizza l'alienazione dei beni esecutati. Per questo effetto traslativo di dominio comune, «per gli aspetti sostanziali della stessa non previsti nella legislazione processuale» si potrà ricorrere a quanto previsto dalla legislazione civile riguardo alla compravendita volontaria<sup>137</sup>.

Di troviamo dunque, ancora una volta, di fronte a un'opinione che si dichiara processualistica (qualificando la vendita giudiziale inizialmente come atto esclusivo processuale svolto dall'organo esecutivo), che ciononostante ammette l'applicazione per analogia della normativa propria della compravendita contrattuale o volontaria. E infatti, come abbiamo appena visto, la stessa autrice fa riferimento all'esistenza di «aspetti sostanziali» della vendita giudiziale, che saranno quelli ai quali si dovrà applicare il regime sostanziale della compravendita volontaria. Applicazione analogica che si basa, come fa **FRANCO ARIAS**, sull'oggetto comune che perseguono le figure in questione: lo scambio di un bene per un prezzo.

**MONTERO AROCA** e **FLOR MATÍES**, d'altro lato, rifiutano allo stesso modo la teoria contrattualistica e apportano a tale proposito i classici argomenti già noti secondo i quali la vendita giudiziale «si realizzerebbe senza il consenso del proprietario del bene, anzi, perfino contro la sua volontà»; certamente risulta difficile, se non impossibile, concludere che il giudice sia il venditore, tra altre ragioni perché egli non è il proprietario, bensì lo è lo Stato. Escludendo spiegazioni di diritto privato, questi autori accolgono una posizione pubblicistica o processualistica, ma facendo un passo avanti. Effettivamente, come affermano, la spiegazione processualistica, nel suo senso più stretto, si limita a dire che «è un'operazione pura di Diritto pubblico emanata da un organo dello Stato che agisce in quanto tale»; ma con questo ragionamento, secondo gli autori, non si chiarisce ancora l'essenza di questa figura, e ne deriva che il passo successivo sia quello di specificare che si tratta di un «trasferimento coattivo», vale a dire, «di un trasferimento di diritti *inter vivos* onerosa che si realizza senza considerare (o contro) il titolare del diritto, che è unilaterale del giudice, sebbene condizionata dall'esistenza di un altro atto unilaterale, come la dichiarazione di volontà dell'acquirente». Specificando quanto riportato, **MONTERO AROCA** e **FLOR MATÍES**

---

<sup>136</sup> **FRANCO ARIAS**, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., pp. 46-49.

<sup>137</sup> **ALONSO SÁNCHEZ**, B., *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procesos de ejecución*, Madrid, 1999, pp. 190 e 191.

aderiscono alla celebre teoria del «*trasferimento coattivo*» formulata da Pugliatti, della quale ci occuperemo avanti con maggior profondità; sebbene essi non la accolgano pienamente, definiscono subito dopo la vendita giudiziale o vendita forzata riprendendo quanto affermato da GUTIÉRREZ DE CABIEDES, secondo la quale essa può essere definita come «l'atto processuale con il quale l'organo giurisdizionale trasmette a un terzo il bene esecutato in virtù della sua potestà giurisdizionale, come mezzo per ottenere il denaro con il quale soddisfare la pretesa del creditore istante». E possiamo dunque affermare che non accolgono pienamente la teoria di PUGLIATTI, poiché la definizione anteriore non coincide pienamente con l'idea dell'autore italiano intesa nel suo insieme: PUGLIATTI, come vedremo in seguito, intende la vendita giudiziale come una sorta di congiunzione tra un atto processuale da parte di un organo esecutivo e un negozio giuridico unilaterale da parte dell'aggiudicatario (in base al ragionamento della «teoria dell'atto-procedimento»). MONTERO AROCA e FLOR MATÍES, come appena visto, non si pronunciano sull'esistenza di un negozio giuridico unilaterale da parte dell'aggiudicatario; anzi, d'accordo con GUTIÉRREZ DE CABIEDES, sembrano qualificare la posizione di questo terzo offerente come una «condizione» alla quale è sottoposta l'azione dell'organo giudiziale.

Tuttavia, MONTERO AROCA e FLOR MATÍES, non solo ribadiscono la natura meramente processuale della vendita giudiziale, e affermano la sua possibile inclusione «sfumata» (per le ragioni già indicate) nella categoria del «*trasferimento coattivo*», ma vanno oltre, a nostro avviso giustamente, ammettendo la possibile applicazione per analogia del regime giuridico di tutte quelle figure giuridiche che abbiano per oggetto lo scambio di un bene per un prezzo, laddove esistano lacune legali nel regime proprio della vendita giudiziale. In tal senso, essi affermano che nella vendita giudiziale «esiste l'uso di un bene per il suo valore di scambio, pertanto devono esistere delle somiglianze con gli altri casi nei quali si verifica lo stesso fenomeno economico (compravendita civile e mercantile, espropriazione forzata, contratto di compravendita amministrativa). Talvolta si può, dunque, ricorrere alle norme regolatrici di questi fenomeni per applicarle per analogia, soprattutto quando si considera che alcune di queste norme, così come la dottrina giuridica formata rispetto ad esse, siano ben sviluppate, sebbene, insistiamo, si tratti di un'attività processuale spiegabile solo in riferimento alla potestà giurisdizionale»<sup>138</sup>.

Infine si può citare anche **MORAL MORO**, che nuovamente definisce la vendita giudiziale come «un atto processuale all'interno del processo di esecuzione, di trasferimento

---

<sup>138</sup> MONTERO AROCA, J., e FLOR MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil...*, cit., pp. 1725-1727. In tempi più recenti e secondo una parte della migliore dottrina civilistica, alcune voci aderiscono al ragionamento di MONTERO AROCA e FLOR MATÍES, in quanto considerano che non si possa spiegare la vendita giudiziale sulla base di concetti del diritto civile, che al massimo potranno essere impiegati a titolo di semplice affinità o analogia: *vid.* in tal senso DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: el problema de la adquisición en los procesos de ejecución», in *Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil*. Principios Europeos y Draft, GÓMEZ LAPLAZA, M. C. (coord.), Madrid, 2012, pp. 13-44.

coattivo dei diritti a un terzo, che non è parte nel processo». Come atto processuale, si deve cercare la sua regolazione innanzitutto nelle norme processuali e, solamente in caso di lacuna esistente in tali norme, si ricorrerà all'applicazione per analogia di altre norme simili di altri ambiti (non solamente processuali)<sup>139</sup>. Dunque, parte da una spiegazione della vendita giudiziale nei termini esclusivi del processo, ma ammette l'applicazione della normativa sostanziale in caso di lacune presenti nella regolazione legale processuale.

Questa apertura verso l'applicazione per analogia del regime giuridico sostanziale di figure affini, tra le quali risalta sicuramente la compravendita, è il denominatore comune che soggiace alla posizione di tutti gli autori citati. E vedremo, esponendo la nostra posizione, che il risultato finale raggiunto è praticamente lo stesso: dobbiamo ricorrere necessariamente al regime sostanziale della compravendita, ma non per il semplice fatto che esista una lacuna da colmare, bensì perché esistono aspetti materiali incontrovertibili riguardanti la vendita giudiziale che, proprio per questo, sfuggono alla normativa puramente processuale, come avremo occasione di dimostrare nelle pagine seguenti.

### **2.2.3. Teorie processualistiche che assegnano una certa rilevanza agli aspetti sostanziali: la teoria del «trasferimento coattivo» di Pugliatti e la sua risposta alla principale carenza delle posizioni puramente pubblicistiche (la spiegazione della posizione del terzo offerente e la natura dell'offerta)**

In questa terza categoria di posizioni pubblicistiche o processualistiche sulla natura giuridica della vendita giudiziale troviamo a PUGLIATTI e la sua innovativa e famosa teoria del «trasferimento coattivo». Prova dell'accoglienza della teoria in questione è che oggiogiorno essa continua a costituire un riferimento per molti autori per quanto concerne la categorizzazione della vendita giudiziale. Ci addentriamo ora nella spiegazione della teoria in questione, analizzando le sue virtù e le sue insanabili difficoltà.

Intorno agli anni Trenta, alla discussione in Italia riguardo alla natura giuridica della vendita giudiziale sono dedicati fiumi di inchiostro, come abbiamo già avuto occasione di verificare riguardo alle teorie «privatistiche o contrattualistiche». Effettivamente, la maggior parte dei più rinomati maestri processualisti (CARNELUTTI, CHIOVENDA) si sforzano nel giustificare l'assenza di volontà del «presunto venditore» nella vendita giudiziale, mossi dall'impegno di adattare l'istituzione agli schemi del contratto, concretamente del contratto di compravendita volontario. Ebbene, è proprio PUGLIATTI uno dei primi a rifiutare tale idea, abbandonando decisamente ogni concezione privatistica della vendita giudiziale e

---

<sup>139</sup> MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 88. All'interno della dottrina processualistica, si può includere come sostenitore della posizione pubblicistica, nonostante l'ammissione dell'applicazione del regime di compravendita volontaria per analogia, MORENO CATENA, V., e altri, *Derecho Procesal*, Tomo I (vol. II) *Proceso Civil* (2), Valencia, 1992, p. 26; secondo la citazione della stessa MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 78.

accogliendo, così, una posizione pubblicistica che comincia a spiegare la figura sotto la prospettiva del processo di esecuzione e, in definitiva, sotto il dominio della pubblica potestà giurisdizionale che giustifica l'azione dell'organo esecutivo<sup>140</sup>. L'aspetto originale dell'autore non è solamente che egli si decide per l'esclusione di ogni posizione privatistica o contrattualistica (come anche SATTÀ nel suo pensiero iniziale, abbiamo visto), ma che lo fa senza negare (o solo in parte, come vedremo) la sua complessa natura prevalentemente processuale, ma anche sostanziale. Ciò lo porta a costruire una categoria generale *ad hoc*, ossia quella del cosiddetto «trasferimento coattivo»<sup>141</sup>, nella quale è accolta non solamente la vendita giudiziale, ma tutti sino quei casi in cui si produce il trasferimento di un diritto senza tener conto della volontà del suo titolare, in virtù dell'azione di un organo che dispone della potestà pubblica di realizzarla. Vediamo quali sono gli elementi o i **fondamenti sui quali PUGLIATTI costruisce la sua teoria**.

In primo luogo, il punto di partenza è l'**assenza di volontà da parte del «proprietario espropriato»** nella vendita giudiziale. A tale proposito, l'autore afferma che il debitore non manifesta la sua volontà nel trasferimento del suo diritto a un terzo, e ogni volontà implicita da parte sua è completamente inesistente. Inoltre, non manca solamente la sua volontà, ma il debitore si trova obbligato a sottomettersi al processo esecutivo con tutte le sue conseguenze, tra le quali la perdita del suo diritto di proprietà sulla cosa, che gli viene espropriato e attribuito a un terzo<sup>142</sup>.

Il secondo elemento è costituito dalla spiegazione o **giustificazione dell'azione dell'organo esecutivo** nel trasferimento del diritto che non gli appartiene. In effetti, normalmente i diritti si trasmettono da parte dei loro rispettivi titolari in virtù di una manifestazione idonea di volontà, anche se, quando ciò è richiesto da un fine pubblico, tale trasmissione può essere realizzata senza tener conto di tale volontà o andando contro ad essa,

---

<sup>140</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 298: «Da quanto precede risulta chiaramente (PUGLIATTI fa riferimento a quanto detto anteriormente, poiché nelle pagine precedenti analizza e confuta dettagliatamente tutte le costruzioni privatistiche elaborate a proposito della natura giuridica della vendita giudiziale, N.d.A.) che ogni concezione privatistica della vendita forzata deve essere messa da parte. (...) Nel processo di esecuzione forzata immobiliare tutto si svolge sotto l'impulso e il predominio della pubblica potestà, muovendosi entro le ferree barriere e secondo i precetti delle più gelose e minuziose norme legali».

<sup>141</sup> Da notare che la «teoria del trasferimento coattivo» si sviluppa e costruisce solidamente nella sua opera *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, ma è stata coniata anteriormente seguendo la critica della tesi carneltuttiana della rappresentazione e in altri lavori: «Vendita forzata e rappresentanza legale»..., cit.; «Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata»... cit.; *Teoria dei trasferimenti coattivi*, Messina, 1931.

<sup>142</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 301 e 302: «Un primo elemento (...) è questo: il proprietario espropriato, cioè il debitore, non manifesta la sua volontà nel senso di trasferire il diritto sulla cosa ad altri, come avviene nella vendita volontaria; ed ogni volontà implicita di lui manca completamente (...). Il debitore è costretto a subire il processo esecutivo, con tutte le sue conseguenze, tra le quali è da comprendere la perdita del diritto di proprietà sulla cosa, che gli viene tolto e attribuito ad altri».



in virtù della manifestazione di volontà di un organo del potere pubblico<sup>143</sup>. Ossia, la manifestazione di volontà del titolare del diritto trasferito è sostituita da un procedimento complesso, che risulta da una serie di atti coordinati; procedimento che nel suo insieme dà luogo al trasferimento di un diritto realizzato forzatamente.

Da questo secondo elemento deriva il fatto che l'aggiudicazione che si realizza tramite la vendita giudiziale non è un negozio giuridico *iusprivatista*, ma piuttosto un atto di natura *iuspublicista*, nella misura in cui proviene da un organo pubblico che, in rappresentanza dello Stato e nell'esercizio dei poteri che gli sono proprii, realizza un trasferimento forzato di diritti appartenenti al debitore<sup>144</sup>.

Il terzo e ultimo elemento è il **carattere derivativo del trasferimento forzato** che si realizza attraverso la vendita giudiziale. Esso è derivativo, poiché il diritto in questione si trasferisce integralmente, con tutti i limiti e gravami che gravano su esso: al terzo si trasmette esattamente ciò che è del debitore espropriato<sup>145</sup>.

Questi sono gli elementi fondamentali sui quali si costruisce la teoria del «*trasferimento coattivo*», che in sintesi e in consonanza con GUTIÉRREZ DE CABIEDES, può essere definito «come un trasferimento di diritti tra vivi, normalmente a titolo oneroso, realizzato senza il concorso di volontà del diritto e forse contro essa». Tale figura non comprende solamente la vendita forzata che si realizza tramite la vendita giudiziale, ma anche i trasferimenti a favore dell'amministrazione in virtù dell'espropriazione forzata<sup>146</sup>.

A questo punto, passiamo a esaminare le autorevoli voci della dottrina che sostengono questa teoria; ci addentreremo nelle principali critiche che vi si oppongono; e infine svilupperemo la costruzione teorica addizionale (la cosiddetta «teoria dell'atto-procedimento») con la quale PUGLIATTI affronta la principale difficoltà delle tesi pubblicistiche, ossia, la spiegazione della posizione giuridica dell'offerente aggiudicatario (e da questa risposta ricaviamo la maggior rilevanza attribuita da Pugliatti agli aspetti sostanziali della vendita giudiziale).

Cominciando con la **dottrina autorevole che aderisce alla teoria del «trasferimento coattivo»**, si può citare in primo luogo MICHELI, uno dei commentatori più riconosciuti dei

---

<sup>143</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 302: «(...) Normalmente i diritti vengono trasferiti dal soggetto titolare, mercè una idonea manifestazione di volontà; ma quando un fine pubblico richiede, come mezzo per la propria attuazione questo traspasso, esso può aver luogo senza o contro la volontà di un organo del potere pubblico a ciò destinato».

<sup>144</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 303 e 304.

<sup>145</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 312: «Si può senz'altro parlare di acquisto derivativo: il diritto trapassa nella sua integrità, *cum omni causa*, e con tutte le limitazioni che lo riguardano; al terzo offerente viene trasmesso quanto spetta al debitore espropriato (...)». Segnaliamo che ci occuperemo con maggior dettaglio del carattere derivativo o costitutivo del trasferimento in capitoli posteriori del presente lavoro.

<sup>146</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 90.

precetti del Codice Civile italiano del 1942 che hanno come oggetto la regolazione sostanziale della vendita forzata. L'autore considera che tramite la vendita giudiziale si produce un trasferimento realizzato dall'organo esecutivo di un diritto appartenente al debitore, in virtù di un potere autonomo e proprio che deriva dalla sua funzione giurisdizionale. Il trasferimento forzato si produce, a suo avviso, non mediante una dichiarazione di volontà, ma attraverso un provvedimento nel quale prevale il potere supremo che spetta all'organo esecutivo. Orbene, la difficoltà, secondo MICHELI, consiste nel classificare il tipo di trasferimento in questione, per cui ricorre alla teoria del «*trasferimento coattivo*» di PUGLIATTI; a suo parere, le critiche ricevute da quest'ultimo (tutte esposte da MICHELI) non diminuiscono il valore della categoria in questione, che egli considera di enorme utilità costruttiva<sup>147</sup>.

In questo stesso senso, TRAVI afferma che tutte le teorie contrattualistiche tendono a sottovalutare ingiustamente la funzione e l'azione dell'organo giurisdizionale esecutivo, il quale gode in tutto il procedimento contenzioso di una posizione di supremazia rispetto agli altri soggetti che vi intervengono (parti e terzi intervenienti). In base a ciò, risulta opportuno rinunciare all'uso dello schema del contratto, e concepire la vendita giudiziale come un atto unilaterale dell'organo esecutivo, attraverso il quale si produce il «*trasferimento coattivo*» di un diritto del debitore. Trasferimento coattivo che l'organo giudiziale non svolge in virtù dell'esercizio di un diritto o potere di altri (del debitore o del creditore), bensì mediante l'esercizio di un potere proprio, per conto proprio o nel proprio nome<sup>148</sup>.

Nell'ambito della dottrina spagnola più recente, è rimarchevole la posizione già analizzata di MONTERO AROCA e FLOR MATÍES, i quali considerano che la vendita giudiziale non è solamente un'azione «pura di diritto pubblico emanata da un organo dello

---

<sup>147</sup> MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata»..., *cit.*, pp. 107-109: «Che se è vero che l'organo esecutivo vende in luogo del debitore (la cui volontà di alienare o meno è del tutto indifferente in questo stadio) esso vende non già perché eserciti un potere (sostanziale) spettante originariamente al debitore stesso od al creditore, ma in virtù di un potere autonomo, proprio da ravvisare nella stessa essenza della funzione giurisdizionale. (...) Con il trasferimento del bene, quindi, l'organo esecutivo esercita solo ed esclusivamente il suo potere (pubblico) che nulla ha a che fare con gli eventuali poteri sostanziali che i soggetti privati del processo hanno sul bene medesimo. Il trasferimento, infatti, si attua non già attraverso una manifestazione di volontà, ma mediante un provvedimento che attua la sanzione esecutiva nel quale prevale l'elemento d'imperio, quale manifestazione del potere di supremazia spettante all'organo giurisdizionale. (...) Più difficile, però, è classificare di qual tipo di trasferimento si tratti (...), che è stato qualificato come un tipo di "trasferimento coattivo", di trasferimento che avviene senza la volontà del titolare. (...) Le critiche stesse (alla teoria menzionata) non giovano, però, a mio avviso, a scalzare il concetto di trasferimento coattivo e ad escludere l'utilità costruttiva del concetto medesimo (...).».

<sup>148</sup> TRAVI, A., «Vendita dei beni pignorati»..., *cit.*, p. 637: «Ogni teoria contrattualistica tende –comunque– a svalutare ingiustificatamente la funzione e l'opera dell'ufficio giurisdizionale: ufficio che in ogni processo (contenzioso) ha –necessariamente– una posizione di supremazia non solo rispetto alle parti, ma anche rispetto ai terzi che entrano in rapporto con esso. Tenuto conto di ciò sembra opportuno rinunciare ad avvalersi dello schema del contratto, e concepire la vendita forzata come un atto unilaterale dell'ufficio esecutivo, un suo provvedimento, con cui avviene un trasferimento coattivo; dando vita a questo trasferimento l'ufficio non agisce in esercizio di diritti o poteri altrui (del debitore o dei creditori), ma in esercizio di un suo proprio potere; non agisce in nome o per conto di altri ma in suo proprio nome e per suo proprio conto».

Stato che agisce in quanto tale»; ma che sia necessario andare oltre per spiegare la vera essenza della figura, precisando che si tratta di un «trasferimento coattivo», cioè «di un trasferimento di diritti *inter vivos* onerosa che si realizza senza tener conto (o perfino contro) il titolare del diritto, e che è unilaterale del giudice, sebbene sia condizionata dall'esistenza di un altro atto unilaterale, come la dichiarazione di volontà dell'acquirente»<sup>149</sup>. Questa posizione sembra concordare pienamente con l'idea di PUGLIATTI, eppure non ciò è del tutto vero, come già abbiamo precisato e come avremo occasione di verificare, poiché essa non coincide nella spiegazione della teoria di PUGLIATTI sulla posizione del terzo offerente e della sua offerta di acquisto.

Analizzati i sostenitori della teoria del «trasferimento coattivo», passiamo a enunciare le **critiche** di cui questa posizione è oggetto.

La prima cosa che occorre affermare a questo proposito è che tutte le critiche che attaccano la posizione di PUGLIATTI sono incentrate su un solo e unico elemento, vale a dire quello della inclusione nella categoria del «trasferimento coattivo» dell'espropriazione per pubblica utilità insieme alla stessa vendita giudiziale. Effettivamente, PUGLIATTI cerca di spiegare la natura giuridica della vendita giudiziale tramite la creazione di una categoria *ad hoc*, quella del «trasferimento coattivo», nella quale rientrerebbero tutti i casi nei quali esiste il trasferimento coattivo di un diritto, in virtù di una potestà pubblica e senza tener conto della volontà del titolare di tale diritto (o perfino andando contro ad essa). In tal caso, partendo dal modello della nuova categoria si assimilano figure sicuramente eterogenee, come la vendita giudiziale e l'espropriazione per pubblica utilità. Ebbene, è proprio questo accorpamento di figure eterogenee il punto di partenza della teoria di PUGLIATTI e ciò che diversi autori rifiutano fortemente. Svilupperemo maggiormente tali critiche, tramite le quali si dà rilievo alla grande distanza insanabile che esiste tra una figura giuridica e l'altra (vendita giudiziale e espropriazione per pubblica utilità).

In primo luogo, come sostengono SATTA<sup>150</sup>, ZANZUCCHI, e VOCINO<sup>151</sup>, la teoria del «trasferimento coattivo» deve essere scartata nella misura in cui non si possono raccogliere nella stessa categoria due figure sicuramente distinte, la vendita giudiziale e l'espropriazione per pubblica utilità; nella prima esiste un vero e proprio esercizio della tutela giurisdizionale dei diritti, realizzata mediante l'intervento degli organi giurisdizionali, mentre la seconda ipotesi consiste in un'attività esclusivamente amministrativa. In altri termini, la prima grande differenza esistente tra vendita giudiziale ed espropriazione per pubblica utilità è data dall'ambito nel quale esse hanno luogo: nel caso di vendita giudiziale, quello strettamente

---

<sup>149</sup> MONTERO AROCA, J., e FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil...*, cit., pp. 1725-1727.

<sup>150</sup> SATTA, S., *La rivendita forzata...*, cit., pp. 76 e ss.

<sup>151</sup> ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto Processuale Civile...*, cit., pp. 83 e ss.

processuale; e per quanto riguarda l'espropriazione per pubblica utilità, quello amministrativo.

In secondo luogo, come sostiene CERINO-CANOVA, neppure la vendita giudiziale e l'espropriazione per pubblica utilità possono essere incluse nella stessa categoria, poiché perseguono funzioni totalmente distinte. La vendita giudiziale è diretta a conseguire una determinata somma di denaro con il fine di soddisfare il creditore istante, mentre lo scopo dell'espropriazione per pubblica utilità è di procurare un determinato bene»<sup>152</sup>.

A nostro avviso, la presente critica dovrebbe precisarsi in questo senso: la distinzione tra vendita giudiziale ed espropriazione per pubblica utilità consiste piuttosto nella diversa finalità a cui ambisce in un istituto o nell'altro, vale a dire, nella vendita giudiziale la soddisfazione dell'interesse del creditore che vede il proprio credito inadempito; nell'espropriazione per pubblica utilità, invece, il conseguimento di un'utilità pubblica o interesse sociale, in consonanza con l'art. 33. 3 della Costituzione spagnola.

In terzo luogo, riportando la posizione di CERINO-CANOVA, i procedimenti attraverso i quali si realizzano la vendita giudiziale e l'espropriazione per pubblica utilità sono totalmente distinti. Tra gli altri aspetti si può segnalare in particolare la completa differenza esistente tra la determinazione del prezzo (vendita giudiziale) e il giustiprezzo (espropriazione per pubblica utilità)<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., *cit.*, p. 151, nota n. 54: «La categoria servirebbe a riunire la vendita forzata ed altri numerosi istituti, i quali hanno come prototipo l'espropriazione per pubblica utilità. Ebbene, vendita forzata ed espropriazione svolgono una funzione diametralmente opposta: scopo della prima è di conseguire una somma di denaro; scopo della seconda è di procurare un bene». La critica all'inclusione nella stessa figura di due figure che tra loro non hanno nulla a che vedere, basando tale discrepanza sulla diversa funzione che perseguono, è sottolineata anche da MAZZARELLA, F., «Vendita forzata»..., *cit.*, p. 556: «(...) Volendo estremamente sintetizzare, nella espropriazione per pubblica utilità lo Stato è interessato ai beni dei privati, e interviene togliendoglieli, per quella utilità specifica che questi sono per loro natura capaci di dare (eventualmente anche mediante trasformazione). Se si vuole, si può dire che nell'espropriazione per pubblica utilità lo Stato è interessato al valore d'uso dei beni; anche quando espropria a vantaggio di altro privato, è sempre l'uso del bene che viene in rilievo, nel senso che, anche nelle mani di un privato, esso è avvertito come di rilevanza pubblica. Nulla di tutto ciò nella espropriazione dei beni del debitore. Non il loro valore d'uso interessa, bensì il valore di scambio, la loro capacità di essere rapportati al danaro ed essere scambiati con esso; l'utilità concreta che l'acquirente realizza col bene acquistato è fuori dell'orizzonte della espropriazione forzata per crediti e delle finalità che vi si perseguono». Nello stesso senso MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata» (2ª Edizione)... *cit.*, p. 268: «Ciò che suscita perplessità è la decisa sussunzione della vendita forzata nella categoria dei trasferimenti coattivi accanto a fattispecie eterogenee, quale l'espropriazione per pubblica utilità. (...) Vendita forzata ed espropriazione per pubblica utilità svolgono una funzione diametralmente opposta: scopo della prima è di conseguire una somma di denaro; scopo della seconda di procurare un bene» (ribadisce le parole pronunciate da CERINO-CANOVA che abbiamo riportato poc'anzi).

<sup>153</sup> CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., *cit.*, p. 151, nota n. 54: «Evidentemente diversa è la struttura dei due procedimenti: e basta considerare la vincolabilità dell'offerta nella vendita contrapposta ai molteplici giudizi attraverso cui la determinazione dell'indennità può passare. In definitiva, la categoria dei "trasferimenti coattivi" suggerisce il fondato dubbio che l'accostamento di fenomeni eterogenei non offra un valido sostegno all'indagine di ciascuno di essi». Questa diversità di struttura tra la vendita giudiziale e l'espropriazione forzata è sottolineata anche da MAZZARELLA, F., «Vendita forzata»..., *cit.*, p. 556:

Infine, ricorrendo ancora una volta a CERINO-CANOVA, si può affermare che il tipo di trasferimento operato nella vendita giudiziale e nell'espropriazione per pubblica utilità presenta una natura totalmente opposta: derivativa nella vendita giudiziale e originale nell'espropriazione per pubblica utilità<sup>154</sup>. Effettivamente, al fine di constatare questa evidente differenza tra una figura e l'altra, sarà sufficiente ricorrere alla diversa forma in cui opera il cosiddetto «effetto purgativo» (la cancellazione di carichi che gravano sul bene una volta prodotto il trasferimento) in un caso e nell'altro. Nella vendita giudiziale esiste un'acquisizione derivativa del diritto oggetto di vendita, nella misura in cui l'effetto purgativo ad essa attribuibile si riferisce solamente ai diritti e ai pignoramenti che si sono svolti posteriormente alla costituzione del credito il cui inadempimento iniziale dà luogo all'esecuzione (nel caso di Spagna); nell'espropriazione per pubblica utilità, invece, l'acquisizione del diritto è originaria, poiché l'effetto purgativo è assoluto (il bene si acquisisce da parte dell'amministrazione senza alcun carico), come è previsto dall'art. 8 della *Ley de Expropiación Forzosa* ("Legge di espropriazione forzata")<sup>155</sup> e dall'art. 25 (L), Titolo I del «*Testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità (D.P.R. 327/2001)*»<sup>156</sup>. Ciò dimostra chiaramente che la natura del trasferimento nella vendita giudiziale segue la massima *nemo plus iuris transferre potest*, (l'offerente non può acquisire altri diritti nel processo di esecuzione di quelli di cui disponeva lo stesso esecutato); mentre nell'espropriazione per pubblica utilità si produce una sorta di acquisizione originaria, in cui il diritto entra intonso nelle mani dell'Amministrazione pubblica.

Infine, occorre sottolineare BONSIGNORI, il quale, esponendo con dovizia di particolari ognuna delle critiche anteriormente esposte, si mostra tuttavia sostenitore della teoria del «*trasferimento coattivo*» di Pugliatti, pur circoscrivendo la categoria alle vendite giudiziali e assegnazione forzata<sup>157</sup>; certamente, escludendo dalla stessa le altre figure, in particolar

---

«(...) Non pare però che due fenomeni –l'espropriazione per crediti di denaro e quella per pubblica utilità– abbiano qualcosa in comune, avendo anzi struttura antitetica».

<sup>154</sup> CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., *cit.*, p. 151, nota n. 55: «Pugliatti sosteneva che la vendita forzata avesse, già nel vigore di codici 1865, carattere derivativo. Pertanto, la conseguenza enunciata nel testo non è nell'a. della teoria dei "trasferimenti coattivi", ma è tuttavia un'implicazione di questa soprattutto dell'assimilazione della vendita forzata con l'espropriazione per pubblica utilità. Secondo un'autorevole dottrina, il portato dell'espropriazione per p. u. consiste nell'estinzione di un diritto e nella costituzione di un altro diritto».

<sup>155</sup> L'art. 8 della "Legge di Espropriazione Forzata" spagnola del 16 dicembre 1954 ("Ley de Expropiación Forzosa"), dispone: «La cosa expropiada se adquirirá libre de cargas. Sin embargo, podrá conservarse algún derecho real sobre el objeto expropiado, si resultase compatible con el nuevo destino que haya de darse al mismo y existiera acuerdo entre el expropiante y el titular del derecho».

<sup>156</sup> L'art. 25 (L), comma primo del *Testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità (D.P.R. 327/2001)*, stabilisce: «L'espropriazione del diritto di proprietà comporta l'estinzione automatica di tutti gli altri diritti, reali o personali, gravanti sul bene espropriato, salvo quelli compatibili con i fini cui l'espropriazione è preordinata».

<sup>157</sup> BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»... *cit.*, pp. 26 y 27: «Dunque, mi pare senz'altro più corretto e metodologicamente fruttuoso il restringere la categoria dei trasferimenti coattivi alle sole ipotesi di vendita e di assegnazione forzata, che si realizzano mediante e in un proceso di espropriazione

modo l'espropriazione forzata (proprio per la diversità analizzata esistente tra essa e la vendita giudiziale).

Questo tallone di Achille nel pensiero di PUGLIATTI (l'accorpamento nella categoria di figure eterogenee), criticato come abbiamo verificato già dai suoi inizi da rinomati autori (tra i quali segnaliamo Satta), non passa inosservato neppure al medesimo padre della creatura. Effettivamente, lo stesso PUGLIATTI ne prende nota nella sua celebre opera *«Esecuzione forzata e diritto sostanziale»*, nella quale tenta di affrontare la critica ribattendovi nel senso che ora andiamo a esporre.

L'autore ammette le differenze esistenti tra le varie figure che andrebbero incluse nella categoria da lui creata, ma ciò non giustifica la sua negazione, nella misura in cui è vero che esiste una serie di elementi essenziali comuni alle figure in questione ed è quanto rende fattibile e utile la categoria generale. Vediamo ora quali sono questi elementi essenziali comuni: entrambe le istituzioni sono idonee alla realizzazione del trasferimento coattivo (senza il consenso del titolare) di un diritto; in entrambe, il trasferimento del diritto si realizza mediante l'attività di un organo pubblico, giurisdizionale o amministrativo; e il potere in virtù del quale si realizza il trasferimento coattivo è sicuramente identico, sia se esso spetta all'organo giurisdizionale o all'organo amministrativo, originario e permanente, il cui esercizio è condizionato all'esistenza di presupposti predeterminati legalmente<sup>158</sup>. In altri termini e citando FRANCO ARIAS, «esistono differenze tra le diverse figure che compongono il "trasferimento coattivo", ma ciò non esclude l'esistenza di elementi

---

giurisdizionale. (...) Più corretto mi pare, dunque, il delineare la categoria dei trasferimenti coattivi con esclusivo riferimento a quelli riconducibili a un provvedimento autorizzativo del giudice dell'esecuzione forzata, o del giudice delegato al fallimento».

Su questo punto vale la pena rimarcare la critica generalista di GUASP, J. e ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil...*, cit., pp. 652 y 653, alla tesi di PUGLIATTI: «Podría intentarse buscar la figura más general en que esta clase de actos públicos deberían estar encuadrados y así hablar, v. gr., como hace parte de la doctrina, de transferencias coactivas para designar estas transmisiones de dominio que no se producen en virtud de la voluntad privada sino en manifestación de un poder público o imperio. Pero el nombre apenas sí añade algo más a la cosa, y pensando en la estricta transferencia procesal, su inclusión dentro de la categoría de los actos del proceso que le corresponde resuelve suficientemente los problemas generales que, con relación a ella, se plantean, dando una pauta segura para determinar los importantes efectos que lleva consigo una actuación de esta clase».

<sup>158</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 305 e 306: «Un semplice raffronto tra la vendita forzata e un'altra figura di trasferimento coattivo (...) può fare tutt'al più rilevare differenze particolari tra le due figure, ma non conduce di necessità alla esclusione dell'una o dell'altra di esse dallo schema generale nel quale s'è tentato di sistamarle; non esclude cioè la esistenza di quegli elementi essenziali comuni, in base ai quali il concetto generale è stato costruito. Né noi abbiamo mai voluto negare che tra le svariate figure di trasferimento coattivo vi siano differenze notevoli; solo abbiamo sostenuto che tutte queste figure, come mezzi idonei di traspasso di diritti dall'uno all'altro soggetto, e solo sotto questo aspetto, rientrano in un medesimo schema concettuale. (...) È fuori dubbio che, in entrambi i casi, il traspasso del diritto si effettua mediante l'attività di un organo pubblico, giurisdizionale o amministrativo rispettivamente. (...) Il potere di trasferire coattivamente un diritto non può che essere identico, sia che competa all'organo giurisdizionale, sia che competa ad un organo amministrativo: sarà, nell'uno e nell'altro caso, un potere originario e permanente, il cui esercizio soltanto è condizionato all'esistenza di determinati presupposti».

essenziali comuni, e su questa il concetto generale è stato costituito su un tentativo di sintetizzarli in uno schema generale»<sup>159</sup>.

Senza dubbio la categoria creata da PUGLIATTI ha una vocazione generale, in maniera tale che il fatto di accorpare casi eterogenei è, fino a un certo punto, inevitabile; la cosa principale è che esistano note essenziali comuni dalle quali poter dedurre tale categoria generale. È sufficiente ricorrere a categorie generali come quella del «negozio giuridico», nella quale trovano spazio figure molto distinte (contratto o testamento), ma alla base delle quali l'elemento comune è che si tratta di casi nei quali esiste una manifestazione di volontà che comporta una serie di effetti giuridici che possono essere predeterminati dallo stesso soggetto in questione. Ciononostante, come afferma DE CASTRO, «le costruzioni teoriche non hanno valore *a priori* e si giustificano per la loro utilità»<sup>160</sup>. È possibile dire che la nozione di «*trasferimento coattivo*» sia veramente utile per la spiegazione della natura giuridica della vendita giudiziale? Riteniamo di no. Ricorrendo ancora una volta alla similitudine con la categoria generale del negozio giuridico, la sua principale utilità consiste nella determinazione di regole fondamentali e generali che sono alla base dell'autonomia della volontà, con le quali colmare le lacune del testo codificato, liberando così il limbo giuridico nel quale si trovano molte figure di enorme importanza<sup>161</sup>. Attraverso la nozione di «*trasferimento coattivo*» possiamo risolvere le lacune giuridiche che accolgono molte questioni –principalmente sostanziali – della vendita giudiziale? Assolutamente no, poiché a nulla ci servirà, per esempio, ricorrere al regime dell'espropriazione forzata per colmare lacune di enorme importanza riguardanti la vendita giudiziale (principale proposito del presente lavoro) come la garanzia per evizione o per i vizi, il momento traslativo, il trasferimento di rischio, etc. Infatti, i termini in cui si presenta la teoria del «*trasferimento coattivo*» non solo non aiutano a colmare tali lacune, ma rendono perfino difficile la loro risoluzione, poiché in nessun caso è possibile ricorrere alla regolazione generale del contratto di compravendita volontario, figura molto più affine alla vendita giudiziale rispetto all'espropriazione forzata. Pertanto e da questo punto di vista, ci sembra una costruzione veramente sterile (che non apporta alcuna soluzione)<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 42.

<sup>160</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 2002 (ristampa), p. 23.

<sup>161</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, cit., p. 23.

<sup>162</sup> Anche GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 90 e 91, nota n. 206, critica questo punto controverso e insuperabile del pensiero di PUGLIATTI di identificazione nelle stesse vesti figure profondamente eterogenee, come la vendita giudiziale e l'espropriazione forzata: «Se comete un error queriendo buscar un término tan general que abarque no sólo a las transmisiones judiciales en un proceso sino también a la que efectúe cualquier órgano público. Este modo de proceder conduce a negar la diferencia sustancial que existe entre un acto procesal y un acto administrativo y el funcionamiento y disciplina de unos y otros órganos. Los dos derechos tiene principios diferentes y éstos se tienen que traducir en la distinta naturaleza del acto. El punto común puede ser la trasferencia coactiva pero las últimas distinciones necesarias para obtener el concepto y naturaleza exactos han de manifestarse. Sin intención exhaustiva y sólo a título de ensayo señalaremos algunas de las distinciones de naturaleza entre la subasta y la expropiación. 1) La subasta

Inoltre, la teoria di PUGLIATTI si scontra con uno scoglio che non riesce a superare, comune a tutte le costruzioni pubblicistiche o processualistiche riguardanti la natura giuridica della vendita giudiziale, nonostante il lodevole sforzo per oltrepassarlo. E diciamo lodevole, perché, come avremo occasione di vedere, costruisce una nuova teoria aggiuntiva nella quale, per la prima volta, la sfera sostanziale della vendita giudiziale sembra avere una certa rilevanza (la cosiddetta teoria dell'«atto-procedimento»).

Effettivamente, tutte le teorie processualistiche o pubblicistiche fanno acqua di fronte alla **spiegazione della posizione del terzo offerente e alla qualificazione della sua offerta**. Se le teorie contrattualistiche non possono spiegare l'assenza di volontà del venditore, neanche quelle pubblicistiche possono giustificare la posizione dell'offerente. L'offerente agisce liberamente e volontariamente, offrendo un determinato prezzo, in modo tale che dal punto di vista dell'analisi isolata della sua figura, questo non si differenzia in nessun aspetto dal compratore della compravendita volontaria.

Si tratta di una questione sulla quale si è scritto molto, sebbene si possa affermare che esistono fundamentalmente tre teorie formulate riguardo al tema, inclusa la stessa di PUGLIATTI (la cosiddetta teoria dell'atto-procedimento). Le prime due concordano con il pensiero puramente processualistico o pubblicistico della vendita giudiziale, mentre la spiegazione della teoria di PUGLIATTI sembra compiere un ulteriore passo, conferendo una certa importanza, come abbiamo detto, a determinati aspetti sostanziali.

La prima delle teorie riguardo alla problematica questione della definizione giuridica del terzo offerente e dell'offerta da lui realizzata è quella formulata da ZANZUCCHI, il quale assimila l'offerta realizzata dal terzo offerente alla presentazione di una sorta di **domanda giudiziale**. L'idea di questa posizione è la seguente: se la vendita giudiziale sorge dalla domanda esecutiva inizialmente presentata dal creditore istante, sembra logico che, parallelamente, l'offerta per acquistare il bene da parte dell'offerente sia altrettanto una domanda<sup>163</sup>.

Tale ragionamento ci risulta inaccettabile, poiché, come sostiene MICHELI, il terzo offerente, realizzando la sua offerta, non intende ottenere una prestazione determinata da parte dell'organo giurisdizionale. Piuttosto, ciò che esercita l'aggiudicatario è la sua capacità

---

la realiza un órgano independiente del Estado. La expropiación el mismo Estado a través de su Administración. 2) El órgano judicial que enajena es imparcial ya que no satisface ningún interés propio, con la transmisión. La Administración al adquirir por expropiación, no es teóricamente imparcial ya que expropia para sí. 3) La subasta entraña una discriminación en las funciones de los sujetos: juez, parte, terceros. La expropiación una indiscriminación al mismo nivel: Administración, expropiado y aquella haciendo función decisiva y adquisitiva. 4) La subasta es acto jurisdiccional de satisfacción de una acción procesal. La expropiación un acto administrativo de cobertura de un interés público o utilidad social (...).

<sup>163</sup> ZANZUCCHI, M. T., *Manuale di Diritto Processuale Civile*, III, Milano, 1945, p. 97: «(...) Se la vendita da parte del creditore è promossa con una istanza, pare logico che, in corrispondenza l'offerta per acquistare non sia altro che una istanza».



generica di operare, manifestando la sua libera volontà di acquisire il bene oggetto della vendita giudiziale<sup>164</sup>. Effettivamente, come indica TRAVI, chi presenta una domanda giudiziale esercita una pretesa o un'esigenza a suo favore, con la quale denuncia un danno provocato da una lesione o violazione e pretende che si realizzino le misure necessarie per reintegrare tale situazione lesiva. Ciò non si può affermare a proposito dell'offerente della vendita giudiziale, il quale non assume la qualità di parte (da lì deriva il fatto che non ha la possibilità di presentare una domanda giudiziale), in modo tale che la sua azione non è altro che un atto processuale<sup>165</sup>, cioè la manifestazione di volontà di un soggetto che produce una serie di effetti giuridici nel processo, preterdeterminati legalmente.

Nell'ambito delle posizioni puramente processualistiche o pubblicistiche, troviamo una seconda spiegazione della posizione del terzo offerente, formulata in questo caso da SATTÀ, il quale considera che esso possa essere equiparato alla figura di un «ausiliare dell'organo esecutivo», al quale quest'ultimo si rivolge per ottenere il denaro necessario a soddisfare la pretesa del creditore istante, che è la finalità perseguita dal procedimento esecutivo nel suo insieme<sup>166</sup>.

Questa posizione risulta rifiutabile, poiché, come precisa MICHELI, l'ultimo offerente non riceve dall'organo esecutivo nessun incarico da svolgere; agisce non in virtù di un obbligo (come farebbe se fosse un ausiliare dell'organo giurisdizionale), ma l'esercizio di una libera volontà di acquisto<sup>167</sup>. Dunque, citando in questo caso TRAVI, l'offerente pretende acquistare il bene nel proprio interesse, e non nell'interesse dell'organo giudiziale e ai fini del procedimento esecutivo. Certamente, questi svolge una funzione di enorme importanza nell'ambito del procedimento di esecuzione (si può persino definire «strumento del

---

<sup>164</sup> MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata»..., *cit.*, p. 109: «(...) Non è possibile costruire la relativa offerta del terzo quale una mera domanda giudiziale. Facendo l'offerta, chi vuole acquistare il bene non esercita un potere (processuale), volto ad ottenere una certa prestazione da parte dell'organo giurisdizionale. Chiunque (...) può offrire per acquistare il bene messo in vendita, (...) esercita in concreto la sua generica capacità d'agire, nella specie d'obbligarsi, mettendo in essere una manifestazione di volontà (...)».

<sup>165</sup> TRAVI, A., «Vendita dei beni pignorati»..., *cit.*, pp. 637 y 638: «(...) Ma di una vera domanda giudiziale non ci sembra sia il caso di parlare: chi propone una domanda giudiziale esprime un'esigenza di reintegrazione a proprio favore, e cioè denuncia un (ritenuto) stato di violazione o lesione a proprio danno e chiede un provvedimento che lo rimuova. Ciò non può dirsi per nulla dell'offerente in sede di vendita forzata. (...) Si può enunciare questa critica con altri termini, dicendo che il terzo offerente rimane terzo, non assume la qualità di parte (solo una parte può, evidentemente, proporre domande giudiziali). Gli atti dell'offerente sono d'altronde, senza dubbio, atti processuali, in quanto pienamente inseriti in un processo (e regolati dalla disciplina del processo)».

<sup>166</sup> SATTÀ, S., *La rivendita forzata*..., *cit.*, pp. 78 e ss. Da notare che SATTÀ abbandona in seguito il suo pensiero inizialmente puramente processualistico, in modo tale da rifiutare, di conseguenza, la presente teoria dell'«ausiliare dell'organo esecutivo» come spiegazione della figura del terzo offerente.

<sup>167</sup> MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata»..., *cit.*, pp. 111 y 112: «In ogni caso, dunque, è da escludere che l'aggiudicatario eserciti una funzione pubblica, quantomeno sia da configurare come un provato che eserciti pubblici poteri, quale un ausiliare del giudice; egli infatti, non ha dall'organo esecutivo alcun incarico da compiere, se si fa avanti lo fa perché ritiene che ciò risponda al suo privato tornaconto; lo fa, cioè, non già per l'adempimento di un obbligo (come invece sarebbe se fosse un vero e proprio ausiliare), ma in seguito ad una libera determinazione del volere, cioè come estrinsecazione della propria autonomia negoziale».

procedimento»), poiché senza l'esistenza dell'offerta, la vendita giudiziale non può concludersi, ma ciò è indubbiamente insufficiente per trasformarlo in un ausiliare dell'organo esecutivo. È un vero e proprio terzo processuale, in modo tale che resta totalmente esterno all'azione dell'organo giurisdizionale<sup>168</sup>.

Giungiamo così e in terzo luogo a quella che anteriormente abbiamo definito la «lodevole» costruzione di PUGLIATTI riguardo alla valutazione giuridica della posizione dell'aggiudicatario e della sua offerta. Vediamo in cosa consiste questa costruzione, per giustificare l'attributo di «lodevole».

Uno degli elementi che compongono la vendita giudiziale, secondo PUGLIATTI, è la manifestazione di volontà che realizza l'aggiudicatario offrendo un determinato prezzo al fine di aggiudicarsi la cosa oggetto di vendita giudiziale; manifestazione di volontà che, a quanto pare, è di natura indubbiamente privata. In tal modo, esiste una congiunzione di due manifestazioni profondamente distinte, ossia, quella riferita dell'aggiudicatario, privata e frutto del libero esercizio di una facoltà generica da parte del soggetto; e quella dell'organo esecutivo che, al contrario, è di natura chiaramente pubblica, frutto dell'esercizio di un potere proprio dell'organo pubblico in questione. Si tratta, dunque, di una realtà complessa, composta da un atto processuale prevalente (l'azione dell'organo giudiziale esecutivo) e da un negozio giuridico unilaterale (offerta realizzata dal terzo offerente), difficilmente qualificabile da un punto di vista giuridico. E diciamo atto processuale prevalente, poiché, secondo PUGLIATTI, l'azione dell'organo esecutivo ha di per sé efficacia per svolgere il trasferimento del diritto oggetto di vendita, mentre la manifestazione di volontà dell'offerente ha solo l'efficacia potenziale che l'aggiudicazione in questione si realizzi a suo favore.

Si potrebbe pensare che ci troviamo di fronte a un contratto pubblico, celebrato tra un soggetto privato e un'amministrazione pubblica. Ma questo, secondo PUGLIATTI, non è sostenibile per una serie di ragioni fondamentali:

- In primo luogo, poiché la vendita giudiziale non è frutto di un atto bilaterale, ma di uno unilaterale prevalente, condizionato giuridicamente, affinché sia pienamente efficace, da un altro atto unilaterale di minore importanza. Effettivamente, come abbiamo appena precisato (opinione che non condividiamo), ciò che produce veramente l'effetto traslativo è l'azione dell'organo esecutivo; il terzo offerente non

---

<sup>168</sup> TRAVI, A., «Vendita dei beni pignorati»..., *cit.*, p. 637: «Secondo un'altra visione (oggi abbandonata da chi la propone) l'offerente sarebbe addirittura un ausiliare dell'ufficio esecutivo, a cui tale ufficio si rivolge per ottenere il denaro occorrente ai suoi fini. Anche questa, però, sembra una visione eccessivamente radicale, (...): l'offerente si occupa di acquistare nel suo interesse, e non nell'interesse dell'ufficio e per il buon fine del processo; è sì, in certo modo, uno strumento del processo, e la sua attività è stimolata dall'ufficio per i fini del processo; ma ciò è senza dubbio insufficiente a trasformarlo in vero ausiliare dell'ufficio. È terzo, tale rimane, anche nel senso che resta nettamente distinto e contrapposto rispetto all'ufficio (della cui complessiva organizzazione fanno invece parte, almeno in senso largo, i veri ausiliari)».

contribuisce alla formazione dell'atto nel quale si sostanzia la vendita giudiziale, poiché la manifestazione della sua volontà a realizzare l'offerta corrispondente costituisce solamente un presupposto dell'aggiudicazione realizzata dall'organo esecutivo<sup>169</sup>.

- Se si trattasse di un contratto, entrambe le parti agirebbero esercitando un determinato diritto soggettivo o facoltà; nella vendita giudiziale, invece, l'organo esecutivo agisce in virtù di un potere pubblico, la sua funzione giurisdizionale, con la quale crea una relazione giuridica ai cui effetti resta estraneo.
- Nel contratto di Diritto pubblico, la manifestazione di volontà da parte dell'Amministrazione conserva il suo carattere negoziale, mentre nella vendita giudiziale ci troviamo di fronte a un'azione di carattere puramente processuale (atto processuale in senso tecnico).

Scartata la possibilità che si tratti di un contratto di Diritto pubblico<sup>170</sup> per i motivi indicati, come si può spiegare questa complessa realtà che include un atto processuale prevalente e un negozio giuridico unilaterale? Attraverso la teoria creata dalla dottrina amministrativista dell'«*atto-procedimento*», che contiene proprio quelle azioni complesse costituite da un procedimento di carattere pubblico e da un'azione privata di natura negoziale<sup>171</sup>. Come indica MICHELI a proposito di questo punto (sostenendo la posizione di PUGLIATTI), «la vendita giudiziale sarebbe costituita da una congiunzione o coordinamento di atti; da un lato l'offerta di carattere negoziale, e dall'altro il procedimento giudiziale». Da ciò deriva, secondo MICHELI, un'importantissima conseguenza: se l'offerta mantiene la sua autonomia negoziale, sarà soggetta a tutte le cause di impugnazione dei negozi giuridici: l'incapacità e i vizi del consenso<sup>172</sup>.

---

<sup>169</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 42, propone una critica simile riguardo alla possibilità di concepire la vendita giudiziale come un contratto di diritto pubblico: «(...) La oferta del adquirente tiene carácter negocial y no así la resolución judicial, considerando que su diversidad las hace improcedentes para engendrar un contrato».

<sup>170</sup> Abbiamo già rimarcato la nostra opposizione alla considerazione della vendita giudiziale come contratto di diritto pubblico nella nostra critica a SOLCHAGA LOITEGUI (*vid.* nota n. 109 del presente lavoro); e aggiungiamo un ulteriore argomento: l'Amministrazione di Giustizia non dispone della personalità giuridica per emettere un valido consenso contrattuale, a differenza dell'Amministrazione Generale dello Stato (come si deduce dall'art. 2. 2 della LOPJ, "Legge Organica del Potere Giudiziario" spagnola).

<sup>171</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 313 e ss.

<sup>172</sup> MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata»..., cit., p. 110: «Per spiegare tale complessa situazione si è ricorsi al concetto, elaborato specialmente dalla dottrina amministrativistica, dell'atto-procedimento: l'offerta, di natura negoziale, ed il provvedimento giurisdizionale danno luogo ad un seguito di atti coordinati nello scopo, pur se posti in essere da soggetti differenti; l'offerta, pertanto, mantiene la sua autonomia negoziale e quindi, come tale, è soggetta a tutte quelle impugnative che sono possibili di regola contro un negozio giuridico. L'aggiudicatario potrà far valere la propria incapacità (...) i vizi del consenso (...). L'autore menzionato esclude, tuttavia, il dolo per gli stessi motivi e nei seguenti termini: «escluderei, invece, un'impugnativa per il dolo, dato che esso dovrebbe essere esercitato dal giudice o, se usato dal terzo, dovrebbe essere noto al giudice medesimo, nella quale ipotesi ritengo che all'aggiudicatario non resterebbe, semmai, se non un'azione civile di

Una volta esposta la teoria dell'«atto-procedimento», possiamo ora a rimarcare le virtù (per le quali l'abbiamo definita «lodevole»), per poi addentrarci nella critica e soffermarci necessariamente sulla qualifica giuridica delle azioni che compongono la vendita giudiziale.

L'aspetto più rilevante della costruzione di PUGLIATTI riguardo alla spiegazione della posizione giuridica dell'offerente aggiudicatario è che costituisce il superamento delle posizioni radicalmente processualistiche, in quanto parte dal riconoscimento di un aspetto puramente privato o sostanziale della vendita giudiziale, quale è la dichiarazione di volontà manifestata liberamente all'ultimo offerente con l'offerta di un prezzo al fine di aggiudicarsi il bene oggetto della vendita giudiziale. La teoria della «domanda giudiziale» sostenuta da ZANZUCCHI, o dell'«ausiliare dell'organo esecutivo» formulata da SATTA (nel suo pensiero iniziale), che la dottrina raggruppa come puramente processualistiche, pretendono offrire un'insufficiente spiegazione unilaterale di un istituto, la vendita giudiziale, che racchiude una realtà complessa: processuale e sostanziale.

Come ammette per primo PUGLIATTI, in seguito a un pensiero imperante puramente processualistico o pubblicistico, non è possibile spiegare la vendita giudiziale in termini esclusivamente processuali, poiché in tal modo negheremmo un aspetto essenziale nella vendita giudiziale, vale a dire quello sostanziale o materiale. Così lo sottolineano anche pareri autorevoli nell'ambito della dottrina italiana.

Cerino-Canova ritiene che la teoria dell'«atto-procedimento» sia la prima a evidenziare la necessaria sensibilità nei confronti di una prospettiva sostanziale della vendita giudiziale che supera quella meramente processuale. L'offerta realizzata dall'ultimo offerente non può essere ridotta al procedimento, in quanto il procedimento non spiega ogni cosa. Se ne deduce che la teoria dell'«atto-procedimento» è la prima ad avvertire le lacune di una spiegazione unilaterale del fenomeno, offrendo risposte e mettendo in rilievo la complessa realtà da cui è composta la vendita giudiziale: l'offerta quale atto di diritto sostanziale si combina con l'entità formale del procedimento esecutivo<sup>173</sup>.

Allo stesso modo, MAZZAMUTO indica che la teoria dell'«atto-procedimento» costituisce la risposta più pertinente alla realtà complessa in cui consiste la vendita giudiziale, in quanto è capace di coordinare in modo rigoroso gli aspetti pubblici e quelli

---

risarcimento contro l'ufficio esecutivo (salve eventuali sanzioni penali contro il titolare dell'ufficio, in quanto ne sussistano gli estremi)» (MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata»..., *cit.*, p. 111).

<sup>173</sup> CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., *cit.*, pp. 149 e 150: «(...) La sensibilità verso un'ulteriore prospettiva, quella del diritto sostanziale, ispira la concezione dell'atto-procedimento. (...) La teoria dell'atto procedimento avverte appunto le lacune di una spiegazione unilaterale del fenomeno e sembra dare corpo alla complessa realtà di cui questo si compone: l'offerta quale atto di diritto sostanziale si combina con l'entità formale del procedimento». In termini simili e dalla stessa prospettiva elogia la teoria dell'«atto-procedimento» TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata»..., *cit.*, p. 1135.

privati, processuali e sostanziali della figura in questione, superando così gli eccessi ai quali conducono le teorie di ispirazione puramente pubblicistica<sup>174</sup>.

Nonostante questa innovativa teoria sia lodevole, essa incontra ostacoli insuperabili che la rendono oggetto di critica di una parte della dottrina. Ci addentreremo in questa critica per poi esporre la nostra opinione a tale riguardo.

In tal senso, dobbiamo cominciare da CERINO-CANOVA, il quale, dopo aver approvato la teoria dell'«atto-procedimento» come la prima a tenere in considerazione gli aspetti processuali e sostanziali della vendita giudiziale, considera che essa si riduce solamente a «un buon programma di studio» dell'istituto in questione, nella misura in cui deriva dalla teoria più generica del «trasferimento coattivo», la quale risulta all'autore insostenibile per i motivi già analizzati anteriormente: si tratta, dunque, di una categoria generale che raccoglie figure che poco hanno a che vedere le une con le altre (l'espropriazione forzata e la vendita giudiziale). In altri termini, CERINO-CANOVA ritiene valida la teoria dell'«atto-procedimento» per quanto concerne l'approccio dal quale parte (pubblico-privato, poiché mostra la natura complessa dell'istituzione), ma contestabile poiché proviene dalla teoria più generica del «trasferimento coattivo» alla quale si oppone per i motivi già studiati. In definitiva, le carenze della teoria del «trasferimento coattivo» si trasmettono alla teoria che ne deriva dell'«atto-procedimento».

Tramontano, dal suo canto, è più originale nella sua critica alla teoria dell'«atto-procedimento», in quanto formula argomentazioni *ad hoc*, indipendenti da quelle già ribaditi riguardo alla teoria più generica del «trasferimento coattivo». Già nell'impostazione della critica ci pare più adeguato, nella misura in cui una cosa è la spiegazione della natura giuridica della vendita giudiziale nel suo insieme che si realizza tramite la teoria del «trasferimento coattivo», e un'altra la qualifica della posizione dell'ultimo offerente. Se è distinta la *ratio* delle teorie, devono esserlo anche le relative critiche.

L'autore menzionato si oppone alla teoria dell'«atto-procedimento», in quanto non è possibile spiegare in maniera convincente l'inserimento di una categoria contrattuale in seno a un procedimento giurisdizionale, e questo in base a due motivi fondamentali: in primo luogo, perché i requisiti psicologici dell'atto negoziale (coscienza e volontà non viziata da errore, violenza o dolo) differiscono dai requisiti di validità degli atti processuali, per i quali né la causa né i motivi hanno alcuna rilevanza; e in secondo luogo, perché il sistema di opposizione agli atti processuali esecutivi si articola con una forma totalmente diversa rispetto al regime di nullità e annullabilità dei contratti, in modo tale che non sarebbe né possibile né coerente configurare una duplicità di mezzi di impugnazione, a seconda della

---

<sup>174</sup> MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata» (2ª Edizione)... *cit.*, pp. 266 e 267: «La teoria del atto-procedimento rappresenta l'espressione più matura di questa stagione di studi (...). Essa riesce a comporre in modo finalmente rigoroso pubblico e privato, forma processuale e sostanza di diritto materiale, evitando taluni eccessi delle dottrine di ispirazione pubblicistica (...)».

rilevanza sostanziale o processuale dell'atto in questione, considerando che ognuno di essi è parte dello stesso procedimento esecutivo<sup>175</sup>.

A questo punto, intendiamo esporre il nostro parere riguardo alla teoria dell'«*atto-procedimento*», ovvero, in definitiva, illustrare nel dettaglio la nostra spiegazione riguardo alla posizione del terzo offerente aggiudicatario.

A nostro avviso, la teoria dell'«*atto-procedimento*» risulta insostenibile per i seguenti motivi:

1°. Poiché la vendita giudiziale non solamente è frutto della congiunzione isolata di due elementi, l'aggiudicazione e il prezzo offerto dall'aggiudicatario, ma è conseguenza del procedimento esecutivo nel suo insieme.

2°. Perché si parte da una prospettiva che tiene presente gli aspetti sostanziali, pur considerando come prioritari gli aspetti processuali, fino al punto che PUGLIATTI afferma che il trasferimento è il risultato dell'esclusiva azione processuale di aggiudicazione del bene. Così non è, poiché ha tanta importanza l'aspetto processuale all'origine, quanta, di conseguenza, quello sostanziale. La stessa importanza hanno l'aggiudicazione e l'offerta dell'aggiudicatario: entrambi gli elementi sono essenziali affinché la vendita giudiziale vada a buon fine. Servirebbe poco un'aggiudicazione a carico dell'organo esecutivo in mancanza di un terzo che voglia acquisire il bene offrendo un determinato prezzo.

3°. Dobbiamo analizzare isolatamente la natura di ciascuno degli elementi costitutivi della teoria dell'«*atto-procedimento*», in quanto consideriamo errata la qualifica realizzata da entrambi.

Cominciamo con l'aggiudicazione da parte dell'organo esecutivo. Si tratta, senza dubbio, di un vero e proprio atto processuale, ossia della manifestazione di una volontà da parte dell'organo giurisdizionale alla quale il diritto associa una serie di effetti giuridici predeterminati legalmente che hanno luogo in seno al procedimento.

Da questo punto di vista, concordiamo con la teoria dell'«*atto-procedimento*», che qualifica anche l'azione del giudice come un atto processuale.

---

<sup>175</sup> TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata»..., *cit.*, pp. 1135 e 1136: «(...) Non è possibile spiegare in modo convincente l'inserimento di una fattispecie contrattuale all'interno di un procedimento giurisdizionale per due motivi di fondo: in primo luogo i requisiti psicologici dell'atto negoziale (coscienza e volontà non inficiata da errore, violenza e dolo) differiscono da quelli necessari per la validità degli atti processuali, per la validità di quali non hanno alcuna rilevanza né la causa, né i motivi; in secondo luogo il sistema delle opposizioni agli atti processuali esecutivi (...) si articola in una prospettiva completamente diversa rispetto al regime di nullità e annullabilità dei contratti, e non sarebbe possibile, né coerente ipotizzare una duplicità di mezzi di impugnazione, a seconda della rilevanza sostanziale o processuale dell'atto, all'interno del medesimo procedimento esecutivo».

Per quanto concerne l'offerta realizzata dall'ultimo offerente, consideriamo che non si possa qualificare come negozio giuridico unilaterale<sup>176</sup> in nessun caso e per le seguenti ragioni:

- a) Perché all'ambito giuridico-processuale, come abbiamo già avuto occasione di specificare, non risulta applicabile lo schema negoziale. Abbiamo già precisato, analizzando la posizione puramente pubblicistica di GUASP e ARAGONESES che avevamo condiviso su questo punto, che «non esistono nel diritto processuale dei veri negozi giuridici», perché le parti del presunto negozio subiscono la costante intermediazione della volontà dell'organo giudiziale corrispondente, e ciò impedisce di attribuire alle loro dichiarazioni di volontà gli effetti giuridici immediati propri dei negozi giuridici. Tale affermazione risulta ancora più evidente in relazione al contratto, che presuppone per sua essenza un'uguaglianza tra i contraenti, «il quale rifiuta il principio di gerarchia soggettiva, caratteristica dell'istituzione processuale». Non esistono, dunque, né veri negozi giuridici né contratti processuali<sup>177</sup>.
  
- b) Perché, pur ammettendo la figura del negozio giuridico processuale, non ci troveremmo in presenza di tale figura, poiché l'offerta in sé stessa non merita tale qualifica, nella misura in cui non costituisce una manifestazione di volontà tramite la

---

<sup>176</sup> Occorre notare che stiamo trattando una nozione generale di «negozio giuridico» come categoria creata nel XIX secolo dalla dottrina tedesca. Tale istituzione concettuale non è contemplata legalmente nel testo del Codice Civile spagnolo (e neppure in quello italiano) e parte da una categoria generale che, secondo DíEZ-PICAZO, L., e GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, I, 12ª Edizione, Madrid, 2012, p. 460, distingue gli «atti giuridici» dai «fatti giuridici». I primi sarebbero le azioni umane realizzate con coscienza e volontà, dalle quali deriva una serie di effetti giuridici: principalmente la creazione, modifica o estinzione di relazioni giuridiche. I secondi costituirebbero azioni con ripercussioni rilevanti giuridicamente, senza però tener conto di coscienza e volontà. Ebbene, tra gli «atti giuridici» in senso generico, si può fare distinzione tra, da un lato gli «atti giuridici in senso stretto» e i cosiddetti «negozi giuridici». Nel negozio, l'autore o gli autori autoregolano i propri interessi, stabilendo una norma di condotta vincolante per la loro soddisfazione. Nell'atto giuridico in senso stretto, invece, non esiste alcun contenuto normativo, poiché l'agente non ha il potere di configurare le conseguenze, essendo queste predeterminate dalla Legge. Esistono altri autori, tuttavia, tra i quali segnaliamo per tutti GALGANO, *Trattato di Diritto Civile*, Vol. I, Padova, 2010, pp. 33-37, il quale, attenendosi letteralmente al testo codificato, formulano una diversa classificazione, nella quale non si riconosce il concetto di negozio giuridico (fatto che motiva il nostro avvertimento). Concretamente, secondo il celebre autore italiano, occorre partire dall'esistenza dei cosiddetti «fatti giuridici», che sono tutti quegli avvenimenti naturali o umani ai quali l'ordinamento giuridico attribuisce un effetto giuridico, costitutivo, modificativo o estintivo di relazioni giuridiche. Questi «fatti giuridici» possono essere o naturali o umani: quelli naturali sono quegli avvenimenti che si verificano al di fuori dell'azione dell'essere umano (il fiume che in ogni caso trasporta terra dalla montagna alla valle; modificando l'estensione del letto, il suo proprietario acquisisce una nuova estensione di forma naturale); i fatti giuridici propriamente umani sono quelli in cui la costituzione, modifica o estinzione di una relazione giuridica si verifica esclusivamente come conseguenza di un comportamento umano desiderato e volontario. All'interno dei fatti giuridici umani, l'autore distingue una sottocategoria nella quale rientrano i cosiddetti «atti giuridici», che sono quei fatti giuridici umani destinati proprio a produrre effetti giuridici. Tali atti giuridici sono soggetti a una tripla classificazione, precisamente tra gli atti o dichiarazioni di volontà, gli atti o dichiarazioni di scienza e, infine, le partecipazioni e comunicazioni.

Per quanto ci interessa, gli atti o dichiarazioni di volontà possono essere identificati come «negozio giuridico» generico al quale abbiamo fatto riferimento inizialmente.

<sup>177</sup> GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 651.

quale il suo autore pretende autoregolare i propri interessi, stabilendo una norma di condotta vincolante per la loro soddisfazione<sup>178</sup>, bensì una mera manifestazione di volontà i cui effetti restano predeterminati e ordinati legalmente in seno al procedimento. A tale riguardo, CARIOTA FERRARA afferma che «non sono negozi giuridici unilaterali le manifestazioni di volontà (offerta, accettazione, negativa) destinate a conciliarsi o combinarsi con le manifestazioni di volontà di altre parti»<sup>179</sup> (nel nostro caso la manifestazione di volontà alla quale si rivolge l'azione dell'organo esecutivo). Si tratterà sempre di un atto giuridico, il quale, in questo caso e in quanto svoltosi in seno al procedimento, può essere considerato come un atto giuridico processuale.

In base a quanto detto, consideriamo che l'offerta realizzata dall'ultimo offerente non è altro che un nuovo «atto processuale», tra i diversi che compongono il processo esecutivo nel suo insieme. Concretamente, e seguendo la classificazione degli atti processuali realizzata da OLIVA SANTOS, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ e VEGAS TORRES, costituisce una vera «dichiarazione di volontà», vale a dire, un atto giuridico che, tramite il linguaggio, esprime un volere al quale il diritto lega effetti giuridici determinati nell'ambito del procedimento<sup>180</sup>.

Anteriormente abbiamo visto, seguendo l'opinione di MICHELI<sup>181</sup>, che una delle conseguenze più importanti che derivano dalla considerazione dell'offerta dell'aggiudicatario come negozio unilaterale è l'applicazione ad essa delle cause generali di impugnazione dei negozi giuridici. Se ora qualificiamo tale offerta come atto giuridico processuale, esso significa che le cause generali di impugnazione dei negozi giuridici non sarebbero dunque applicabili ad essa? Affatto, poiché trattandosi di atto giuridico, innanzitutto e soprattutto, della manifestazione di una volontà, proprio a causa di quella precisa componente della quale gode anche il negozio giuridico, le saranno applicate le cause di impugnazione a esso relative: la mancanza di capacità e vizi di consenso (errore, violenza, dolo e intimidazione).

Così lo intende la più autorevole dottrina classica, principalmente DE CASTRO, ENNECCERUS, KIPP e WOLF. Effettivamente DE CASTRO sostiene l'opzione menzionata nell'articolo 1090 del CC spagnolo, che stabilisce l'applicazione del regime dei contratti alle obbligazioni derivate dalla legge, negli aspetti da essa non regolati. In base a ciò, DE CASTRO afferma che «se il Codice Civile considera che le obbligazioni non hanno come base la volontà individuale, e tuttavia esse sono sottoposte alle regole previste dal Codice, e pertanto anche a quelle previste per i contratti, a maggior ragione occorrerà ammettere che

---

<sup>178</sup> DíEZ-PICAZO, L., e GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, I...*, cit., p. 460.

<sup>179</sup> CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, Traduzione di ALBALADEJO GARCÍA, M., Madrid, 1956, p. 110.

<sup>180</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A.; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J. *Derecho Procesal. Introducción...*, cit., p. 321.

<sup>181</sup> MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata»..., cit., p. 110. *Vid.* nota n. 175.



queste ultime si applicheranno alle altre obbligazioni sorte da dichiarazioni di volontà, ma non da un contratto. Nulla impedisce, pertanto, di ricorrere all'applicazione analogica delle disposizioni legali previste per contratti e testamenti e ai principi che li ispirano, per quanto riguarda tutti gli altri casi nei quali è in gioco l'autonomia della volontà»<sup>182</sup>. Dunque, si ammette l'applicazione per analogia (sulla base dell'elemento volontarista comune agli atti giuridici e ai contratti) del regime dei contratti, negozi giuridici per antonomasia, agli atti giuridici.

ENNECCERUS, KIPP e WOLF, d'altro canto, sostengono che quelli che noi abbiamo considerato come «atti giuridici», sono legati da una grande somiglianza con i negozi giuridici, in quanto contengono l'esteriorizzazione di un'espressione dello spirito, vale a dire, di una volontà (sebbene nel caso dell'atto, l'effetto giuridico si produca *ex lege* e non *ex voluntate*). Di conseguenza, come affermano gli autori tedeschi, «fintanto che sia preponderante questa natura ed essa coincida con le dichiarazioni di volontà, occorrerà trattarli in analogia con esse, ossia si dovrà applicare, in generale, ciò che si riferisce alla capacità di celebrare negozi giuridici, alla rappresentazione, all'errore, al dolo, alla violenza, al consenso e alla ratifica, all'invalidità o all'impugnazione, così come al perfezionamento»<sup>183</sup>.

In definitiva, l'offerta realizzata dall'aggiudicatario potrà essere impugnata per assenza dei requisiti essenziali della volontà del negozio giuridico, ossia la mancanza di capacità, l'errore, la violenza, l'intimidazione e il dolo.

A questo punto preciso, dobbiamo riprendere il rifiuto espresso da TRAMONTANO riguardo alla possibile applicazione del regime di impugnazione dei negozi giuridici all'offerta dell'ultimo offerente in base all'elemento volontarista, giacché ciò supporrebbe ammettere la duplicità di mezzi di impugnazione, in funzione della rilevanza sostanziale o processuale dell'atto in questione, essendo ognuno di essi parte dello stesso procedimento esecutivo. Dissentiamo su questa posizione, poiché questa possibile dualità di mezzi di impugnazione è un riflesso inevitabile della complessa ambivalenza processuale e sostanziale, costitutiva della vendita giudiziale; e altresì esistono difetti puramente sostanziali la cui impugnazione da un ambito processuale (precisamente la mancanza di capacità, l'errore, la violenza, l'intimidazione e il dolo), non potendovi applicare il regime ugualmente sostanziale, resterebbero privi di una risposta legale.

---

<sup>182</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, cit., p. 22. In un senso analogo, DíEZ-PICAZO, L., e GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, I...*, cit., p. 461, i quali considerano che che agli «actos jurídicos, parece necesario aplicarles a la voluntad en la que se asientan las normas de la declaración de voluntad contractual en lo que aquéllos consientan, es decir, en cuanto admitan la analogía, salvo disposición en contrario del legislador».

<sup>183</sup> ENNECCERUS, L., KIPP, T., e WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I-2° (Parte Generale), Traduzione della 39ª Edizione tedesca di PÉREZ GONZÁLEZ, B., e ALGUER, J., Barcellona, 1950, p.12.

### 2.3. TEORIE CHE TENTANO DI OMOGENEIZZARE GLI ASPETTI PROCESSUALI E SOSTANZIALI DELLA VENDITA GIUDIZIALE AFFERMANDO LA SUA NATURA COMPLESSA

Una volta constatate le carenze delle teorie contrattualistiche e processualistiche, così come la mancanza di una spiegazione soddisfacente riguardo alla posizione del terzo offerente, perfino da parte di coloro che cominciano ad assegnare una certa rilevanza agli aspetti sostanziali della vendita giudiziale, esiste un gruppo di autori che, finalmente, vogliono superare questi estremi affermando l'indubbia natura complessa, processuale e sostanziale, dell'istituzione oggetto di studio.

Il primo a intraprendere questo percorso è SATTÀ, che curiosamente ritrae il proprio pensiero inizialmente pubblicistico tramite una sincera autocritica, svincolandosi sia dai processualisti che dai contrattualisti. Nel 1937 riformula e ristrutturata il suo pensiero, attenuando la sua visione precedente esclusivamente processuale della vendita giudiziale e sottolineando adeguatamente la sua innegabile rilevanza materiale<sup>184</sup>. Rappresentative della nuova e più appropriata posizione dell'autore sono le parole pronunciate dallo stesso SATTÀ: «esiste una serie di effetti sostanziali della vendita giudiziale che risultano innegabili, e cioè il trasferimento della proprietà e l'obbligo di pagare il prezzo; ne deriva una relazione giuridica che si instaura tra debitore e aggiudicatario»<sup>185</sup>.

Com'è possibile valutare, l'autore sottolinea uno degli effetti sostanziali più importanti contenuti nella vendita giudiziale: l'effetto traslativo (con la precisazione che in Spagna, dove vige il sistema del titolo e del modo, l'effetto traslativo della vendita giudiziale consiste nel valere come titolo traslativo del dominio, senza provocare di per sé la mutazione giuridico-reale), che risiede nella consegna della cosa e nel pagamento del prezzo; e, altresì, uno degli effetti sostanziali della vendita giudiziale, poiché l'autore dimentica l'importantissimo «effetto purgativo» che essa comporta, cioè, la virtualità di cancellare tutti i diritti e le esecuzioni successivi al pignoramento che la vendita giudiziale comporta. Tuttavia, l'aspetto veramente rilevante è la presa di coscienza di Satta del sostrato non solamente processuale, ma anche sostanziale, della vendita giudiziale.

---

<sup>184</sup> Così lo rimarca CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., *cit.*, pp. 141-143: «(...) È lo stesso Satta che, nei successivi ritorni sul tema, ripudierà questo suo primo tentativo di sistemazione con una sincera autocritica. (...) La migliore conferma delle riflessioni appena svolte è offerta da Satta, che nel 1937 rimedita tutti i temi in precedenza affrontati e li ricompone in una trattazione sistematica dell'intera esecuzione forzata. (...) La trattazione sistematica adesso richiamata permette altresì all'insigne autore di temperare una visione esclusivamente processuale della vendita forzata e di sottolinearne adeguatamente la rilevanza materiale».

<sup>185</sup> SATTÀ, S., *L'esecuzione forzata*, Milano, Edizione 1937, p. 191: «Dal lato degli effetti sostanziali – e cioè degli effetti di diritto privato della vendita forzata – non c'è dubbio che la vendita operi il trasferimento della proprietà da un lato, dall'altro il sorgere dell'obbligo di pagare il prezzo. È questo un rapporto che si instaura fra debitore e aggiudicatario».

Inoltre, un altro aspetto rilevante del nuovo pensiero di SATTÀ si incentra sull'ultima frase pronunciata, vale a dire, sul fatto che l'effetto traslativo che deriva dalla vendita giudiziale si instaura tra il debitore e l'aggiudicatario. Effettivamente, ciò afferma la nascita di una relazione giuridica che implica solamente il debitore e l'aggiudicatario, non l'organo esecutivo e neppure il creditore istante. Aderiamo pienamente a questo aspetto fondamentale precisato da SATTÀ, in quanto è evidente che, se se stiamo parlando di effetto traslativo, esso riguarda il proprietario della cosa trasferita (debitore) e il soggetto che paga il prezzo per questa (offerente aggiudicatario). Quanto appena detto assume una rilevanza che supera il mero ambito civile, poiché comporta conseguenze importantissime dal punto di vista fiscale, come vedremo più avanti e riguardo alle quali si è tanto discusso nella giurisprudenza spagnola: *grosso modo*, possiamo dire che se consideriamo il debitore come trasferente agli effetti del trasferimento realizzato tramite la vendita giudiziale, e questi è un imprenditore, tale trasferimento sarà soggetto all'*Impuesto sobre el Valor Añadido* (o IVA, "Imposta sul valore aggiunto") e non all'*Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas* (TPO, "Imposta di trasmissione Patrimoniali Onerose").

L'autore che successivamente afferma con maggior chiarezza e senza sotterfugi la natura complessa, non solamente processuale ma anche sostanziale, della vendita giudiziale, è CERINO-CANOVA. L'autore sottolinea gli eccessi nei quali incorrono le tradizionali posizioni contrattualistiche e processualistiche: le prime esaltano il fenomeno dello scambio di una cosa per un prezzo, mentre le seconde concentrano l'attenzione esclusivamente sul potere pubblico. Entrambe sono insufficienti: quelle contrattualistiche perché non si può spiegare la vendita giudiziale partendo dal contratto, nella misura in cui non è giustificabile la mancanza di volontà del venditore, né lo si può relegare a un ruolo di mero strumento dell'azione dell'organo esecutivo; e quelle pubblicistiche perché il procedimento non può assorbire assolutamente tutto, in particolar modo la posizione rilevante del terzo offerente che pretende di essere l'aggiudicatario del bene<sup>186</sup>.

Secondo CERINO-CANOVA, le osservazioni precedenti ci devono indurre a propendere per un'armonizzazione reciproca degli aspetti processuali e sostanziali della vendita giudiziale<sup>187</sup>. Le due sfere devono necessariamente conciliarsi: rispettivamente, il procedimento e l'azione del potere pubblico da un lato, e lo scambio di un diritto per un prezzo dall'altro. La negazione di questa realtà complessa contenuta nella vendita giudiziale

---

<sup>186</sup> CERINO-CANOVA, A., *Offerte dopo l'incanto...*, cit., pp. 86-92: «Il fenomeno materiale è in prima linea, assolutamente assorbente, nella teoria del contratto e relega ad un ruolo strumentale e preparatorio il potere autoritativo, pure riconosciuto. (...) La più radicale tendenza pubblicistica, che risolve lo studio della vendita sul piano del procedimento, trascura e nega ogni rilevanza al fenomeno dello scambio. (...) Questa tendenza (la pubblicistica) non è, però, completa in quanto vi è sempre una posizione rilevante che non si lascia riassorbire nella funzione pubblica: quella dell'offerente».

<sup>187</sup> CERINO-CANOVA, A., *Offerte dopo l'incanto...*, cit., p. 91: «Le due prospettive della vendita forzata (...) devono essere reciprocamente armonizzate».

comporta una visione parziale e limitata del fenomeno, composto da aspetti processuali e sostanziali. Effettivamente, la vendita giudiziale si svolge nel processo e tramite il processo, ma presenta un'efficacia materiale ampiamente descritta dal CC italiano del 1942, in quanto riflette il doppio aspetto, sostanziale e di forma che lo ispira (tale natura complessa o duplice deriva anche dall'esistenza di due testi legali, il *Codice di Procedura Civile* e il CC italiano, processuale e civile, rispettivamente, che si occupano di regolare la figura in questione)<sup>188</sup>.

CERINO-CANOVA è indubbiamente uno dei primi autori che riaffermano in modo incisivo la complessa natura giuridica della vendita giudiziale, criticando gli eccessi delle tradizionali teorie contrattualistiche e pubblicistiche. Ciononostante, la sua lodevole posizione non resta altro che questo: un'adeguata prospettiva. Però, a che porta tutto ciò? L'aspetto fondamentale della qualifica della natura giuridica non è altra cosa che la determinazione del regime giuridico applicabile ad alcuni aspetti carenti di una regolazione legale concreta; e a ciò il pensiero di CERINO-CANOVA non fornisce una risposta.

Infine, nella dottrina spagnola, è da rilevare la posizione di LUQUE TORRES, il quale considera che la vendita giudiziale sia una figura eminentemente processuale, accompagnata da alcuni aspetti sostanziali e questo ci conduce alla sua natura mista. Il carattere pubblico e processuale è quello che prevale sugli altri, secondo l'autrice, sebbene ciò non debba condurci a negare l'applicazione, in alcuni casi, della normativa della compravendita contrattuale, negli aspetti che risultano coincidenti<sup>189</sup>.

Si tratta di una posizione tendenzialmente processualistica, in quanto afferma l'esistenza di aspetti sostanziali, relegandoli però a una posizione secondaria rispetto a quelli processuali. Non è fondamentale solamente questa ultima affermazione, ma anche l'ammissibilità dell'applicazione analogica (non impiega letteralmente questo termine, anche se lo lascia intendere) del regime giuridico della compravendita agli aspetti per i quali vi sia coincidenza. Forse sarebbe stato più preciso affermare l'applicazione per analogia del regime di compravendita contrattuale nei casi non regolati espressamente dalla normativa processuale e ciò in base all'identità di ragione che esiste in entrambe le figure.

---

<sup>188</sup> CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., *cit.*, p. 144: «È così chiaro, perché confermato dal testo legislativo, che la vendita forzata si svolge nel processo e per il processo, ma insieme sorregge un'efficacia materiale ampiamente descritta dal codice civile; ovvero che coesistono nell'istituto due differenti matrici ispirative, rispettivamente di sostanza e di forma, che nei due diversi codici trovano la loro regolamentazione».

<sup>189</sup> LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios*..., *cit.*, p. 215.

### 3. LA NOSTRA PROSPETTIVA: RILETTURA DELLA POSIZIONE DI DÍEZ-PICAZO; UNA POSIZIONE SINCRETICA, E NON ECLETTICA

L'estesa esposizione e sistematizzazione delle numerose posizioni sostenute riguardo alla natura giuridica della vendita giudiziale mostrano la sua importanza, sebbene non avrebbe nessuna utilità la sua analisi se da essa non si potessero estrarre alcune indicazioni generali (o quadri giuridici ai quali ricorrere) per la risoluzione di problemi carenti di una regolazione specifica<sup>190</sup>.

In tal caso, è il momento di prendere coscienza della nostra posizione, giustificando precisamente l'importanza anteriormente annunciata.

A tale riguardo, come si può dedurre dal titolo del presente capitolo, adottiamo la posizione sostenuta da DÍEZ-PICAZO, risalendo al suo studio sulla cosiddetta categoria dei «contratti forzati». Posizione del celebre autore che facciamo nostra in quanto alla sua brevità, e che ampliamo e precisiamo, svolgendo appunto una «rilettura» di tale pensiero. Proseguendo dunque con la spiegazione degli elementi che compongono l'intestazione del presente paragrafo, affermiamo che si tratta di una posizione sincretica e non eclettica, nella misura in cui, come afferma correttamente GUTIÉRREZ DE CABIEDES, non pretendiamo limitarci semplicemente a un termine medio conciliatorio ma inesatto, bensì, al contrario, tentiamo di superare gli estremi erronei delle distinte posizioni esposte nelle pagine precedenti, per giungere a quella che riteniamo un'utile soluzione<sup>191</sup>. Addentriamoci dunque in dettaglio nella posizione di DÍEZ-PICAZO.

DÍEZ-PICAZO affronta la questione della natura giuridica della vendita giudiziale, come abbiamo detto, nell'ambito del suo studio sui «cosiddetti contratti forzati», categoria che respinge e che attribuisce al progressivo intervento dello Stato nel diritto patrimoniale nell'epoca contemporanea. Tale intervento genera a suo avviso la comparsa di figure «stravaganti» per il diritto classico dei Codici civili, che smantellano i classici schemi concettuali elaborati dalla scienza giuridica. Una di esse è il cosiddetto «contratto forzato», con il quale si intendono tutti i casi in cui il contratto si impone ai contraenti. Se ciò che si impone è il contenuto di tale contratto, ci troviamo propriamente di fronte ai cosiddetti «contratti normativi», che sono effettivamente contratti. Quando non si impone il contenuto, ma l'origine stessa della relazione giuridica contrattuale che non sorge da un atto delle parti, bensì dalla sua imposizione forzata, ci troviamo di fronte al vero contratto forzato, del quale

---

<sup>190</sup> Su questa stessa linea, afferma VERDERA SERVER, R., «Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial», in *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 25, 2010, p. 101: «Ésta es una cuestión en la que la intensidad de la discusión doctrinal y jurisprudencial amenaza con hacernos perder de vista el problema fundamental, que no es otro que el de precisar el régimen jurídico de la adquisición derivada de subasta judicial».

<sup>191</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 78, nota n. 169.

gli autori affrontano la qualifica giuridica e la situazione sistematica<sup>192</sup>. Ebbene, è in questa categoria generica che la dottrina include, generalmente, la cosiddetta vendita forzata o vendita giudiziale che a noi interessa.

Diciamo che DíEZ-PICAZO rifiuta la figura del «contratto forzato», in quanto vi vede una confusione tra l'atto originario e la relazione giuridica che ne sorge: si chiama contratto più la relazione giuridica che crea il negozio bilaterale che il negozio creatore in sé<sup>193</sup>.

Da quanto affermato possiamo estrarre la prima premessa fondamentale per costruire il nostro pensiero riguardo alla natura giuridica della vendita giudiziale: come giustamente indica DíEZ-PICAZO, una costruzione rigorosa del tema deve essere fondata su una distinzione chiave tra l'atto di costituzione e la relazione giuridica che da esso deriva<sup>194</sup>. La ragione della confusione tra questi due elementi chiaramente identificabili è che l'atto di costituzione assume, nel sistema dei concetti giuridici, un valore di spicco, assorbendo la relazione che è, in realtà, il suo effetto, per costituire con essa un'unità omogenea. Ma atto e relazione sono concetti distinti. È evidente che esiste tra loro un nesso evidente, ma ciò non può avere come conseguenza la formazione di un'unità. Non è dunque possibile confonderli, neppure nei casi in cui convivano temporalmente<sup>195</sup>.

Una volta chiarita questa distinzione essenziale tra l'atto costitutivo e la relazione giuridica che ne deriva, è il momento di applicarla al contratto di compravendita sul cui confronto è incentrata fin dall'inizio la polemica sulla natura della vendita giudiziale. Nella compravendita ordinaria, l'atto originario è un negozio giuridico bilaterale, un contratto che dà luogo alla creazione autonoma e volontaria di una determinata relazione giuridica, che possiamo definire di vendita, dal momento in cui si tratta di un *vinculum iuris* che dà luogo alla consegna di un diritto in cambio di un prezzo in denaro. Questo è il caso più prototipico e classico del traffico giuridico, vale a dire la relazione giuridico-privata che nasce da un atto di autonomia delle parti. Tuttavia, tale relazione giuridica può sorgere eccezionalmente senza che la volontà dei suoi titolari sia stata presa in considerazione, senza che essi lo abbiano voluto. In questi casi c'è una volontà superiore che impone la relazione, senza che alle parti non resti altro che rispettarla. È l'azione dello Stato che crea e impone la relazione di carattere privato tra due soggetti<sup>196</sup>. Pertanto, la stessa relazione giuridico-privata può sorgere sia da un contratto sia da un'azione pubblica statale; e ribadiamo che in entrambi i casi la relazione giuridica sorta sarà esattamente la stessa.

---

<sup>192</sup> DíEZ-PICAZO, L., «Los llamados contratos forzosos»..., *cit.*, pp. 85-90.

<sup>193</sup> DíEZ-PICAZO, L., «Los llamados contratos forzosos»..., *cit.*, p. 99.

<sup>194</sup> DíEZ-PICAZO, L., «Los llamados contratos forzosos»..., *cit.*, pp. 101 e 102.

<sup>195</sup> DíEZ-PICAZO, L., «Los llamados contratos forzosos»..., *cit.*, p. 103.

<sup>196</sup> DíEZ-PICAZO, L., «Los llamados contratos forzosos»..., *cit.*, pp. 104-106.

Partendo da quanto detto, qual è l'atto costitutivo e la relazione giuridica sorta nella vendita giudiziale? Nel caso della vendita giudiziale, l'atto costitutivo è il procedimento di esecuzione e la relazione giuridica sorta è quella propria della vendita: uno scambio di un bene con un prezzo in denaro. Dunque, il procedimento esecutivo nel suo insieme dà luogo alla nascita di una relazione giuridica privata, che possiamo definire di vendita, nella misura in cui la relazione di vendita fa riferimento, come già abbiamo detto, al *vinculum iuris* che dà luogo alla consegna di un diritto in cambio di un prezzo in denaro.

Effettivamente, come indica giustamente DíEZ-PICAZO su questo punto, l'assenza di negozio giuridico non può servire a dedurre l'assenza di vendita; ossia, si può negare l'esistenza di vendita contrattuale, ma non quella di vendita giudiziale, dal momento che una vendita è qualsiasi vincolo giuridico che comporta il trasferimento di un diritto in cambio di un determinato prezzo in denaro<sup>197</sup>.

Pertanto, la questione veramente problematica della vendita giudiziale non è qualificare la relazione giuridica, che è indubbiamente di vendita, ma il suo atto originario. Tale atto originario non è un contratto, in quanto non esiste la coesistenza di due volontà liberamente espresse, ma il proprio procedimento di esecuzione nel suo insieme, costituito da una serie di atti giuridici processuali. Per questo motivo, secondo DíEZ-PICAZO, la vendita giudiziale può anche definirsi «processuale», poiché nasce dallo stesso processo esecutivo. Per questo, se non si considera che la compravendita dei beni del debitore esecutato nasce da questo insieme di atti giuridici processuali che si definisce procedimento di esecuzione, non sarà possibile trovare una soluzione soddisfacente al problema in questione.

In base a quanto affermato, non risulta dissonante parlare di vendita giudiziale per distinguerla dalla vendita contrattuale, e da ciò risulta la nostra continua allusione alla terminologia in questione nel corso di queste pagine. Come indica giustamente DíEZ-PICAZO, si dirà semplicemente che, così come la compravendita nasce da un atto tra le parti (contratto), non esiste alcuna difficoltà teorica insormontabile che ci impedisca di ammettere che anche la compravendita possa sorgere da un procedimento (in questo caso, di esecuzione)<sup>198</sup>.

---

<sup>197</sup> CUBELLS ROIG, E., «La subasta y el retracto *ex lege*», in *Revista General del Derecho*, N° 584, 1993, p. 4378, concorda nel rimarcare che ciò che distingue la vendita giudiziale da quella contrattuale è proprio l'atto costitutivo, l'origine della relazione giuridica di vendita: «La primera es igual a la segunda una vez acordada (refiriéndose a la venta contractual y judicial), porque genera también la transmisión de bienes o derechos, pero es diferente *in fieri* (...). Decir que son iguales ambas ventas es una generalización a martillazos o excesiva».

<sup>198</sup> DíEZ-PICAZO, L., «Los llamados contratos forzosos»..., *cit.*, p. 95, nota n. 38, unico riferimento specifico alla controversa natura giuridica della vendita giudiziale. MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, *cit.*, pp.239-242, si mostra assolutamente sostenitrice della posizione di DíEZ-PICAZO; *vid.* come dimostra la seguente frase, pronunciata dall'autrice: «Con inmejorable criterio, en esta línea clarificadora declara Díez-Picazo que efectivamente, la ausencia de negocio jurídico no puede servir para deducir la ausencia de venta». Aderisce alla posizione di DíEZ-PICAZO in tal senso anche ARANDA RODRÍGUEZ, R., «Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales. Analogías y diferencias entre

In definitiva, dobbiamo distinguere l'atto costitutivo dalla relazione giuridica dalla quale sorge; e partendo da questa distinzione, si può altresì distinguere tra «compravendite contrattuali» e «compravendite giudiziali»: le prime sono le relazioni giuridiche di vendita (scambio tra cosa e prezzo) che sorgono da un contratto; mentre le seconde consistono in relazioni giuridiche, anch'esse di vendita (anche in questo caso si tratta di uno scambio tra cosa e prezzo), sorte in questo caso dal procedimento di esecuzione (composto da una serie di atti giuridici processuali).

Entriamo ora nel dettaglio della qualifica giuridica di ognuna delle azioni che nel loro insieme compongono la vendita giudiziale, per poi specificare il regime giuridico applicabile alle questioni non risolte nel diritto positivo spagnolo vigente.

Cominceremo con la **qualifica giuridica degli atti costitutivi della vendita giudiziale**. Come abbiamo appena visto, consideriamo che la vendita giudiziale sorge dal procedimento di esecuzione. Per questo, tutto ciò che non sia la relazione giuridica di vendita, cioè, lo scambio di una cosa per un prezzo, è parte del procedimento. Effettivamente, il procedimento di esecuzione comincia con un atto giuridico processuale che consiste nell'esercizio dell'azione esecutiva tramite l'interposizione della relativa domanda, prosegue con le azioni svolte dall'organo giudiziale competente dell'esecuzione e si conclude con l'offerta realizzata dall'offerente che vuole essere l'aggiudicatario del bene, con l'aggiudicazione definitiva di questo da parte dell'organo esecutivo. Ognuna di queste azioni costituiscono atti giuridici processuali, come abbiamo già avuto occasione di verificare nelle pagine precedenti: manifestazioni di volontà che combinano effetti giuridici predeterminati legalmente e che si svolgono nell'ambito del procedimento. Tutti questi atti giuridici processuali che costituiscono il procedimento esecutivo rivestono la stessa importanza, in quanto la mancanza di uno di essi impedisce che la vendita giudiziale vada a buon fine. Ne deriva che non dobbiamo centrare l'analisi della natura della vendita su nessuno di questi atti se li consideriamo isolatamente: né sull'aggiudicazione, né solamente sull'offerta o sul pagamento del prezzo. Ribadiamo che ciascuno di essi riveste la stessa importanza come atti giuridici costitutivi dell'atto originario della relazione giuridica di vendita.

Orbene, per quanto concerne la relazione giuridica che sorge da tale procedimento di esecuzione, essa è una relazione giuridica privata, non processuale, e di vendita, poiché consiste nello scambio di una cosa per un prezzo in denaro<sup>199</sup>.

---

compraventa y subasta judicial. Estudio a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995», p. 902, nota n. 30.

<sup>199</sup> Questo carattere complesso della vendita giudiziale, nata dal procedimento e che dà luogo a una relazione giuridica propria della vendita che comporta tre fondamentali effetti giuridico-privati (quello traslativo, quello purgativo e l'estinzione dell'azione per inadempimento o lesione del credito) era già stato rimarcato dallo stesso PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 176, e 177, e nei seguenti termini: «Di



Dopo aver esposto la qualifica giuridica della vendita giudiziale nel suo insieme, resta da determinare la questione più importante, senza la quale lo studio della natura giuridica non avrebbe senso: ossia, la **determinazione del corpo legale che applicheremo laddove esistano determinate lacune nella regolazione positiva esistente della vendita giudiziale**. Lacune legali che si osservano, principalmente, in relazione con questioni sostanziali dell'istituto oggetto di studio e, in particolar modo, in Spagna, dove non esiste una regolazione corrispondente a quella esistente negli artt. 2919 a 2929 del CC italiano sugli effetti sostanziali della vendita giudiziale e aggiudicazione forzata.

Quale regime traslativo risulta applicabile al trasferimento che ha luogo nella vendita giudiziale? Si tratta di un trasferimento originario o derivativo? Che accade con l'evizione e i vizi occulti? E con il trasferimento del rischio? Come è possibile valutare, si tratta di questioni puramente sostanziali, e proprio per questo affrontano la logica questione se a tali casi sarà applicabile il regime giuridico della compravendita contrattuale o volontaria. In altri termini, possiamo applicare agli aspetti non regolati della vendita giudiziale di natura sostanziale o materiale il regime giuridico completo della compravendita contrattuale offerto rispettivamente dai Codici civili spagnolo e italiano? La risposta deve essere affermativa e l'applicazione, in tal caso, si svolgerà per analogia. Vediamo ora perché.

Come è noto, l'applicazione analogica della regolazione normativa di una determinata istituzione esige che siano presenti alcuni elementi: in primo luogo, l'assenza di un regime giuridico proprio dell'istituzione, alla quale sarà applicata la regolazione per analogia; e, in secondo luogo, l'esistenza di una «identità di ragione» di entrambe le figure. È quanto si deduce dall'art. 4. 1 del CC spagnolo, secondo il quale «varrà l'applicazione analogica delle norme quando queste non contemplano un caso specifico, ma ne regolino uno simile e tra loro sia possibile rilevare una identità di ragione». Le lacune legali per quanto concerne la vendita giudiziale sono evidenti, dunque resta da determinare se siamo in presenza della identità di ragione appena menzionata tra la compravendita contrattuale e quella giudiziale. Per questo, dobbiamo constatare l'esistenza di elementi essenziali che coincidono tra le

---

fatti, non vi è dubbio che il provvedimento dell'organo pubblico debba essere regolato da norme di Diritto pubblico: precisamente dalle norme del Diritto processuale civile; e viceversa, la manifestazione di volontà del privato, in quanto negozio giuridico, dev'essere regolata dalle norme del Diritto privato. D'altra parte se gli effetti e i riflessi processualistici devono essere regolati dal Diritto processuale, gli effetti attinenti al trasferimento della proprietà, alla estinzione del rapporto obbligatorio principale nonché nascita ed estinzione di (eventuali) rapporti obbligatori secondari, dovranno essere valutati in base alle norme ed ai principi del Diritto privato. Né ciò deve stupire, se si pensa che alla base della fondamentale distinzione tra Diritto pubblico e privato sta il principio primo della concreta unità reale del Diritto, e che le norme positive coesistono e rifluiscono tra loro, pur se possono essere raccolte nei due grandi gruppi delle norme di Diritto pubblico e di Diritto privato». Nello stesso senso anche CAPPONI, B., *Manuale di Diritto dell'esecuzione civile*, 2ª Edición, Torino, 2012, p. 316: «Ne risulta che la vendita forzata è un atto -o se si preferisce, un procedimento quale serie coordinata di atti e provvedimenti- non inquadrabile né nelle categorie civilistiche, né in quelle pubblicistiche; essa presenta elementi tanto dell'uno quanto dell'altro regime (...)».

figure in questione; coincidenza che esiste tra la compravendita contrattuale e giudiziale in relazione ai seguenti elementi:

- a) Sia nella vendita contrattuale come in quella giudiziale, la relazione giuridica che sorge è la stessa: una relazione giuridica che consiste nello scambio di un bene per un prezzo in denaro.
- b) La posizione dell'acquirente, compratore o offerente aggiudicatario, a seconda se si tratta di vendita contrattuale o giudiziale rispettivamente, è essenzialmente la stessa in entrambe le figure: sia in un caso che nell'altro si tratta di una persona che volontariamente vuole acquistare la cosa e offre per essa un determinato prezzo<sup>200</sup>.

Una volta stabilita l'identità di ragione tra la vendita contrattuale e giudiziale, possiamo affermare senza indugio l'applicazione per analogia del regime giuridico della compravendita alla vendita giudiziale per i problemi e le situazioni non risolte dalla regolazione positiva della stessa<sup>201</sup>. Sebbene, come segnala giustamente MONDÉJAR PEÑA, tale applicazione analogica obblighi a «discriminare le conseguenze proprie del contratto di compravendita alle quali non sono applicabili, per propria natura, tali acquisizioni; cioè risulta necessario soprattutto quando si tenta di applicare regole che si basano sulla volontà e la condotta dell'esecutato, ovvero l'incidenza di queste sul procedimento di esecuzione, considerando il suo carattere forzato, si riduce al minimo»<sup>202</sup>.

È proprio questa l'operazione alla quale ci dedicheremo nelle pagine successive del presente lavoro: la ricerca di una soluzione ai problemi sostanziali concreti che la vendita giudiziale presenta, appoggiandoci sull'applicazione analogica del regime giuridico della

---

<sup>200</sup> Anche ARANDA RODRÍGUEZ, R., «Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales. Analogías y diferencias entre compraventa y subasta judicial. Estudio a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995», p. 903, sottolinea la grande somiglianza esistente tra vendita contrattuale e vendita giudiziale dalla prospettiva del compratore-aggiudicatario: «Desde el punto de vista del adjudicatario, no hay duda de que es una compra voluntaria».

<sup>201</sup> Questa identità di ragione giustificativa dell'applicazione alla vendita giudiziale del regime giuridico della compravendita contrattuale, in base al primo degli elementi comuni menzionati (trasferimento della cosa per un prezzo) è sottolineata da VERDERA SERVER, R., «Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial»..., *cit.*, p. 101, nel senso seguente: « En el fondo, a pesar de la feroz contraposición entre las tesis más extremas, las divergencias sustanciales son menores de lo que parecen. Por un lado, quienes sostienen que nos hallamos ante un acto de soberanía, deben reconocer que en determinados aspectos resulta necesaria la aplicación de ciertos criterios emanados del contrato de compraventa. Y, a la inversa, quienes consideran que se trata de un contrato de compraventa se ven obligados a justificar diversos elementos que se apartan del prototipo de ese contrato, como la falta de voluntad del vendedor o la relevancia del pago del precio, en el marco de un procedimiento caracterizado por su imperatividad. El efecto sustancial último de una y otra tesis es, como no podía ser menos, idéntico: la adquisición de la propiedad por quien abona determinado precio por la misma». Nello stesso senso si veda anche PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e Diritto sostanziale*..., *cit.*, p. 317: «Anzitutto va posto in luce un effetto comune: il trasferimento del diritto da un soggetto all'altro. Si può dire, sotto questo profilo, che l'effetto reale è comune alla vendita forzata e alla vendita volontaria: tanto più che anche la prima è un trasferimento a titolo oneroso».

<sup>202</sup> MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas*..., *cit.*, p. 242.

compravendita volontaria, che terrà sempre presente l'assenza di volontà del trasferente, peraltro la differenza più rilevante che esista tra la vendita contrattuale e quella giudiziale.

Occorre notare che molte delle questioni che stiamo per affrontare dispongono di una regolazione specifica nel CC italiano e da ciò risulta l'interesse comparativo tra l'ordinamento spagnolo e quello italiano su questo punto. Tuttavia, ciò non significa che la plausibile regolazione sostanziale della vendita giudiziale del CC italiano risolva ogni problema: anzi, anche in Italia persistono problemi non risolti e altri sui quali vale la pena interrogarsi.

#### **4. TRATTAMENTO DELLA QUESTIONE NELLA GIURISPRUDENZA SPAGNOLA: IL CURIOSO CASO DELLA DOTTRINA DELLA TERZA SALA (CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO) DEL *TRIBUNAL SUPREMO* (“CORTE DI CASSAZIONE”)**

Tutti i lavori dottrinali che affrontano la questione della natura giuridica della vendita giudiziale includono normalmente un paragrafo dedicato alla posizione della giurisprudenza sul tema in questione.

Effettivamente, è unanimamente condiviso che la Prima Sala (Civile) del *Tribunal Supremo* segue per tradizione una posizione di tipo «contrattualistica» riguardo alla vendita giudiziale, nella misura in cui la identifica con la compravendita contrattuale. A tale proposito, si possono citare numerose sentenze che, sin dall'anno 1899 fino a epoche recenti<sup>203</sup>, sembrano trattare la vendita giudiziale come una compravendita contrattuale od ordinaria. Tuttavia, consideriamo che questa analisi della posizione della Prima Sala non ha molto senso riguardo a questo aspetto del nostro lavoro, poiché sarà possibile avere una visione di insieme di essa solo apportando soluzioni ai problemi specifici riguardanti la vendita giudiziale; principalmente, quello corrispondente al momento in cui si verifica il momento traslativo, così come in relazione al trattamento della doppia vendita giudiziale e della vendita giudiziale della cosa altrui. Dato che questi casi costituiscono problemi che saranno oggetto di studio specifico, rimandiamo a quel momento l'analisi della posizione della Prima Sala della Corte di Cassazione spagnola riguardo alla natura giuridica della vendita giudiziale.

Quanto appena descritto riguarda la posizione della Prima Sala, ma occorre precisare che la posizione accolta a proposito della natura giuridica della vendita giudiziale ha avuto, e ha tuttora, enormi ripercussioni anche in ambito fiscale. Al punto che possiamo affermare

---

<sup>203</sup> *Vid.* anche altre sentenze della Prima Sala, quella Civile, del *Tribunal Supremo* spagnola, che sostengono la natura contrattuale della vendita giudiziale, ossia: SSTS del 5 gennaio 1899, 22 novembre 1941, 22 marzo 1946, 2 marzo 1955, 9 marzo 1985, 24 febbraio 1994 e 25 ottobre 1999.

che la Terza Sala è stata più sensibile alla spiegazione ragionata della natura giuridica della vendita giudiziale e perciò risulta adeguato in questo momento analizzare il trattamento dedicato al tema in questione da parte della Sala menzionata.

In tal senso, è importante rimarcare che sin dagli anni Novanta, è accesa una polemica riguardante il regime tributario al quale devono sottomettersi i trasferimenti che si svolgono tramite le vendite giudiziali (abbiamo già affermato che uno degli effetti sostanziali che la vendita giudiziale comporta è effettivamente l'effetto traslativo che risiede nella nascita della relazione giuridica di vendita: lo scambio di una cosa per un prezzo in denaro), nel caso in cui l'esecutato sia un imprenditore; se il dibattito si incentra sull'alternativa tra l'Imposta sul Valore Aggiunto (IVA), o l'Imposta sulle Trasmissioni Patrimoniali Onerose (ITP)<sup>204</sup>. Tali opzioni dipendono proprio dalla decisione presa rispetto a chi si reputa il trasmittente nella vendita giudiziale. Effettivamente, se diciamo che il trasmittente nella vendita giudiziale è l'imprenditore esecutato, l'alienazione sarà soggetta all'IVA (secondo gli artt. 4. 1 e 8 della Legge spagnola 37/1992, del 28 dicembre, dell'IVA); se invece affermiamo che è l'organo esecutivo a trasmettere l'operazione, l'alienazione sarà invece soggetta all'ITP (in conformità con l'art. 7. 1 del Decreto Regio Legislativo 1/1993, del 24 settembre, tramite il quale si approva il Testo Consolidato della Legge spagnola sull'ITP).

La polemica è alimentata, come abbiamo detto, sin dagli anni Novanta, e sono individuabili posizioni contrarie nell'ambito della giurisprudenza; tuttavia, a partire dal 2007 esista una dottrina uniforme formulata dalla Corte di Cassazione spagnola, confermata da diverse sentenze successive (fino allo stesso 2012), delle quali ci occuperemo tra breve.

La problematica è fiscale, ciononostante ci interessa moltissimo il punto di vista sostanziale, nella misura in cui la controversia è incentrata sulla risoluzione di una questione prettamente materiale, ossia quale sia la determinazione della posizione di trasferente nella vendita giudiziale. Tale posizione di trasferente deriva dalla soluzione che scegliamo riguardo alla natura giuridica della vendita giudiziale. Vediamo l'evoluzione che a tale proposito esiste nella Terza Sala della Corte di Cassazione spagnola.

Occorre citare per prima la Sentenza del *Tribunal Supremo* – Terza Sala, del 10 marzo 1994 (RJ 1994, 1925), nella quale si afferma letteralmente quanto segue: «La prima questione che potrebbe presentarsi si riferisce al fatto che, nell'IVA, è gravata la consegna dei beni svolta da un imprenditore e, nella vendita giudiziale, è il Tribunale a svolgere la consegna dei beni venduti all'asta». Ossia, il *Tribunal Supremo* accoglie la posizione «pubblicistica» della vendita giudiziale, in virtù della quale è l'organo esecutivo che svolge il trasferimento del bene attraverso un atto processuale (tutto il peso ricade sull'azione

---

<sup>204</sup> CANCIO FERNÁNDEZ, R. C., «Régimen tributario de las transmisiones forzosas de bienes mediante subasta judicial: Valor Añadido vs. Transmisiones Patrimoniales», in *Quincena Fiscal Aranzadi*, N° 10, 2010, p. 1 [consultato su [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), il 17-05-2013].

dell'organo esecutivo secondo le teorie puramente pubblicistiche, come abbiamo già avuto occasione di studiare). Tale dottrina è ribadita in numerose sentenze di diversi Tribunali di Giustizia, fino al 2006; concretamente nelle sentenze seguenti: Sentenze del Tribunale Superiore di Giustizia (SSTSJ) di Castiglia La Mancia, 4 luglio 1995 (JT 1995, 915); dell'Estremadura, 30 luglio 2001 (JUR 2001, 271541); di Castiglia La Mancia, 15 gennaio 2002 (JUR 2002, 105786); di Murcia, 30 marzo 2002 (JUR 2002, 90964); di Murcia, 30 marzo 2002 (JUR 2002, 142605); di Estremadura, 16 luglio 2002 (JUR 2002, 245637); di Castiglia La Mancia, 5 ottobre 2002 (JUR 2003, 17534); dei Paesi Baschi, 11 ottobre 2002 (JT 2002, 1789); di Castiglia La Mancia, 14 ottobre 2002 (JUR 2003, 17679); di Estremadura, 28 novembre 2002 (JT 2002, 1805); di Murcia, 30 novembre 2002 (JT 2002, 1854); di Murcia, 24 aprile 2003 (JUR 2003, 143422); di Murcia, 28 gennaio 2004 (JUR 2004, 16522); di Andalusia, 27 febbraio 2004 (JT 2004, 740); di Andalusia, 29 marzo 2005 (JUR 2005, 144123); di Andalusia, 14 febbraio 2006 (JT 2006, 1566); di Andalusia, 27 febbraio 2006 (JT 2006, 1585); e di Andalusia, 22 dicembre 2006 (JT 2007, 694).

Tuttavia, già nell'anno 2000, la Terza Sala della Corte di Cassazione dettò un'importante sentenza, che non giunse a costituire una dottrina uniforme reiterata e che ricevette un voto contrario meritevole di considerazione, posteriormente seguito da diverse Sentenze di Tribunali Superiori di Giustizia citate. Come abbiamo detto, il 20 novembre 2000 fu dettata un'importante sentenza (RJ 2001, 957) che, nei suoi punti b) e c) del suo Secondo Fondamento Giuridico, stabilì per la prima volta che il trasferente era lo stesso debitore esecutato e non l'organo esecutivo; e ciò in base al ragionamento che riportiamo di seguito: «La Comunità Autonoma ricorrente considera che, nell'aggiudicazione immobiliare conseguente a una vendita giudiziale, è l'organo giudiziale a realizzare il trasferimento (come atto costituito da titolo – l'approvazione dell'ultima offerta– e modo – l'aggiudicazione all'ultimo offerente dell'immobile oggetto di incanto–), e non l'esecutato, per cui non esiste la “consegna di vendita effettuata dall'imprenditore”, premessa fondamentale per l'applicazione dell'IVA. Tuttavia, nonostante la correzione del criterio menzionato sulla natura giuridica del procedimento di esecuzione, si deve discordare dalla conclusione, in quanto in un trasferimento di diritti reali, come la proprietà, la condizione di trasferente e acquirente non subisce conseguenze dal modo in cui si realizza il trasferimento, poiché, sia in caso di trasferimento volontario o forzato (come nel caso di vendita giudiziale), il trasferente è titolare del diritto reale che si cede, indipendentemente da quale sia l'organo che formalizza o documenta tale trasferimento. In realtà, il giudice si limita a condurre la vendita, imposta forzatamente al proprietario-debitore, ma senza sostituirlo se non sul piano esclusivamente strumentale, visto che, sul piano dei diritti reali, la proprietà si trasmetta direttamente dal proprietario-deudor all'acquirente-aggiudicatario, senza che tale proprietà sia passata da questi al giudice e da questi all'aggiudicatario; e il giudice, nella sua sostituzione del debitore, si limita a dettare il provvedimento di aggiudicazione (...)».

«Si deve reputare, pertanto, che l'attività impresariale di un promotore immobiliare è costituita tanto dalla tipica vendita volontaria di alloggi al fine di ottenere una propria redditività dal negozio in questione, quanto dalla tipica vendita forzata conseguente dalla necessità di compensare i debiti generati in tale attività (poiché essa implica non solamente l'ottenimento di introiti, ma anche l'obbligazione di pagare i debiti, subendo, quando sia il caso e quando non sia possibile compensarli volontariamente, la vendita forzata del patrimonio –in modo tale che vendita volontaria e vendita forzata non sono altro che le due facce della stessa attività imprenditoriale –)».

A nostro avviso, il pronunciamento giurisprudenziale appena citato è di enorme importanza, poiché rimarca un aspetto trascurato dai processualisti o pubblicisti riguardo alla vendita all'asta o vendita giudiziale, vale a dire gli effetti sostanziali che da essa derivano: effettivamente, i processualisti incentrano tutta la spiegazione della vendita giudiziale sull'organo esecutivo, sorvolando erroneamente sull'esistenza di una serie di effetti, come il trasferimento della proprietà, la soddisfazione e corrispondente estinzione del credito inizialmente inadempito, senza i quali la vendita giudiziale è difficilmente concepibile. Riprenderemo questa idea in seguito, quando enunceremo la dottrina definitivamente uniforme emessa dal *Tribunal Supremo*.

Come abbiamo detto in precedenza, nonostante il valore della dottrina affermata nel 2000, la presenza di un importante voto contrario nel pronunciamento di quella sentenza fece in modo che le mancasse la necessaria reiterazione ulteriore che l'avrebbe resa uniforme. Effettivamente, nella sentenza del 20 novembre si include un voto singolo emesso dal Magistrato Rouanet Moscardó con il quale è rifiutata frontalmente la posizione a nostro avviso plausibile, che si riflette nella tesi della maggioranza. Tale voto è giustificato da una serie di ragionamenti, tra i quali vale la pena sottolineare il punto B, dal quale si deduce un attacco sicuramente motivato e pertinente (in parte, come vedremo) alle insostenibili «teorie privatistiche o contrattualistiche». Riportiamo letteralmente il punto menzionato: «[...] Quando si è di fronte all'inadempimento di una concreta obbligazione giuridica, la condotta richiesta all'obbligato, come oggetto della “prestazione obbligatoria”, va in secondo piano, e occupa il primo piano il “patrimonio” del debitore, come oggetto della responsabilità che ne deriva; in tale situazione solamente gli organi giudiziale dello Stato possono esercitare la coazione giuridica e invadere la sfera dei diritti soggettivi dei singoli, senza però essere né i rappresentanti o i mandatari del creditore istante né i sostituti del debitore esecutato. Il Codice di Procedura Civile (LEC) e la Legge Ipotecaria (LH) spagnoli prevedono tre grandi forme di realizzazione dei beni pignorati o sequestrati, che sono la vendita giudiziale, l'assegnazione forzata e l'amministrazione giudiziale. Anche quando la prima di queste, la vendita giudiziale, risulta configurata nella LEC spagnola in conformità agli schemi tipici della compravendita privata, si tratta di qualcosa in più, in quanto nelle vendite forzate giudiziali il momento dell'acquisto è quello dell'approvazione dell'ultima offerta, con conseguente aggiudicazione del bene venduto, indipendentemente da quando si rilasci il

certificato registrabile che attesti il provvedimento che emette il cancelliere (...). La tesi processualista o “*iuspublicista*” trasforma l’atto giudiziale dell’approvazione dell’ultima offerta nell’asse centrale di tutto il meccanismo procedimentale che porta all’espropriazione, essendo impossibile concepire la vendita giudiziale come un contratto di compravendita nella quale vi sia un consenso libero e spontaneo del soggetto trasferente e proprietario del bene espropriato, in quanto tale mancanza di consenso, che risulta evidente al momento dell’approvazione dell’ultima offerta, si ribadisce nel momento del presunto trasferimento, strumentale o fittizio, che la LEC spagnola richiede affinché si realizzi la vendita. La vendita forzata, dunque, e con essa la simultanea aggiudicazione del dominio dal momento dell’approvazione dell’ultima offerta, è essenzialmente un “atto processuale, nel quale il giudice è il vero protagonista”, poiché riunisce da solo le condizioni necessarie, per la sua natura formale, per le persone intervenienti e per il suo contenuto materiale, affinché in questo atto giurisdizionale si plasmino *plasmación* i due elementi che sul piano *iusprivatista* costituiscono il titolo e il modo dell’acquisizione del dominio».

Anticipiamo che questa posizione ci risulta «artificiosa», ma solamente in parte: effettivamente, il ragionamento del magistrato è artificiosa in quanto si sofferma su quanto sia insostenibile l’idea di identificare la vendita giudiziale con la compravendita ordinaria, per la mancanza di un elemento essenziale in ogni contratto: il consenso di entrambe le parti. Tuttavia, affermiamo che si tratta di un ragionamento forzato, poiché centra la sua attenzione esclusivamente sull’azione dell’organo esecutivo, senza spiegare né la necessaria azione del terzo offerente, né gli effetti sostanziali già enunciati che derivano da ogni vendita giudiziale: fondamentalmente, l’effetto traslativo.

Ugualmente, l’impostazione del voto contrario contiene un ragionamento sicuramente incoerente: da un lato si afferma che l’azione dell’organo giurisdizionale esecutivo è costitutiva di un atto processuale e, successivamente, si considera che esso combina su un piano sostanziale i due elementi necessari al trasferimento derivativo dei diritti reali: il titolo e il modo. È dunque possibile considerare che un atto processuale possa essere equiparabile al contratto traslativo valido nel quale deve esistere il titolo, come in base agli artt. 609 e 1095 del CC? Al contrario, la coerenza condurrebbe ad affermare che in tal caso ci troveremo di fronte a un prototipico trasferimento *ex lege* o in virtù della legge, come contempla lo stesso art. 609 CC<sup>205</sup>.

Nel 2000, come abbiamo detto, la dottrina giurisprudenziale, a nostro avviso appropriata, non riuscì a confermarsi come avrebbe dovuto, anche se il 3 luglio dell’anno 2007 la Terza Sala del *Tribunal Supremo* dettò definitivamente una sentenza (RJ 2007, 4956) che, a causa di un ricorso in cassazione per l’unificazione della dottrina, ribadi

---

<sup>205</sup> L’analisi di quale sia il sistema traslativo applicabile ai trasferimenti che hanno luogo tramite la vendita giudiziale sarà oggetto di studio dettagliato nei successivi capitoli del presente lavoro.

integralmente la posizione giurisprudenziale della sentenza precedente del 20 novembre 2000 (RJ 2000, 957). Essa riproduce, dunque, la ben accolta dottrina, concretamente nei suoi Fondamenti Terzo e Quarto, scartando pienamente l'idea della menzionata sentenza del 10 marzo 1994 (RJ 1994, 1925), nella quale, secondo una posizione puramente processualistica, si considerava come trasferente l'organo esecutivo.

Questa dottrina giurisprudenziale è stata ribadita in modo unanime e uniforme in tutte le sentenze successive che hanno avuto come oggetto questo problema (regime dei trasferimenti derivanti da vendite giudiziali forzate: sentenze del *Tribunal Superior de Justicia* ("Corti Superiori di Giustizia") (STSJ) di Murcia del 25 maggio 2009 (JUR 2009, 280935), del 23 luglio 2009 (JUR 2009, 361601), del 31 marzo 2011 (JUR 2011, 176960) e del 26 marzo 2012 (JT 2012, 960); nonché le sentenze del *Tribunal Supremo* (STS) della Terza Sala del 18 novembre 2009 (RJ 2009, 8069); della Terza Sala del 5 maggio 2010 (RJ 2010, 4804); della Terza Sala del 23 giugno 2010 (RJ 2010, 8077).

Ribadiamo la nostra adesione alla dottrina giurisprudenziale affermata, nella quale, attenuando le posizioni puramente pubblicistiche, si considera il debitore esecutato come il vero trasferente a effetti sostanziali. In tal modo si accoglie la posizione che difendiamo, ossia, l'affermazione che la vendita giudiziale non è un contratto, senza che per questo si debba considerare esclusivamente in sede processuale, ma si tratta di un'istituto complesso: puramente processuale in quanto alla sua nascita, ma con effetti pienamente sostanziali, come la nascita di una relazione giuridica, che può essere qualificata come vendita, nella misura in cui esiste lo scambio di un bene per denaro.

Essendo la consegna del bene un elemento sostanziale della vendita giudiziale, il trasferente deve essere necessariamente il «proprietario venditore» della relazione giuridica che ne deriva, che altri non è se non il debitore esecutato. Il ruolo dell'organo esecutivo si esaurisce nell'atto processuale integrante del procedimento di esecuzione che origina la posteriore relazione giuridica di vendita; in nessun caso acquisisce una proprietà sul bene e ancora meno può esserne considerato il trasferente.



## CAPÍTULO I: NATURALEZA JURÍDICA DE LA VENTA JUDICIAL

### 1. PREMISAS: LA IMPORTANCIA DE LA NATURALEZA JURÍDICA COMO *POSTERIUS* Y NO *PRIUS* ANTE LA LAGUNA NORMATIVA ESPAÑOLA

Una de las cuestiones que más controversia ha suscitado la venta judicial en el seno de la doctrina es la concerniente a su naturaleza jurídica<sup>206</sup>. Controversia que en el caso de España debe su razón de ser a la inexistencia de una regulación sustantiva propia y específica del

---

<sup>206</sup> DÍEZ-PICAZO, L., «Los llamados contratos forzosos», en *Anuario de Derecho Civil*, N° 1, 1956, p. 95: «El problema de la naturaleza jurídica de la enajenación de los bienes del deudor ejecutado ha suscitado fuertes dudas dentro de la doctrina procesal (...)». En sentido análogo, también SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 68: «El principal problema que plantea el procedimiento de apremio (...) es el de determinar la naturaleza jurídica de la enajenación forzosa de los bienes embargados, cuestión que ha originado una viva polémica doctrinal, especialmente fecunda (...)». En tiempos más recientes, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles*, Barcelona, 2000, p. 64: «Ha sido muy discutida, por la doctrina, la naturaleza jurídica de esta transmisión o enajenación llevada a cabo por el órgano jurisdiccional en la subasta pública (...)». También, RIVAS TORRALVA, R. A., *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, Madrid, 2012, p. 387: «La naturaleza jurídica de la enajenación forzosa que culmina el proceso de ejecución ha sido objeto de discusiones doctrinales». En sentido parecido, MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas*, Madrid, 2008, p. 234: «La naturaleza de este acto (refiriéndose a las adquisiciones que tienen lugar a través de las subastas judiciales forzosas) constituye un punto extremadamente delicado de la teoría jurídica (...)». Por parte de la doctrina italiana, MAZZARELLA, F., voz «Vendita forzarta», en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XLVI, Milano, 1993, p. 552: «L'istituto della vendita forzata-mediante la quale l'organo proposto all'esecuzione converte in denaro i beni pignorati del debitore allo scopo di distribuirlo ai creditori- è stato in passato oggetto di numerose ed autorevoli indagini». También TRAVI, A., «Vendita dei beni pignorati», en AZARA, A., y EULA, E. (Directores), *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. 20° (UN-Z), Torino, 1975, p. 636: «(...) soprattutto in passato la questione (refiriéndose a la naturaleza jurídica de la *vendita forzata*) è stata largamente dibattuta». Asimismo, JACCHERI, E., «Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflessioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)», en *Rivista di Diritto Processuale*, fasc. 3, 1993, p. 793: «La natura giuridica della vendita forzata è stata oggetto di accese dispute, essendo controversa la configurabilità di una sua collocazione autonoma o, viceversa, del suo assorbimento in schemi di istituti giuridici –sostanziali o processuali- già noti». Finalmente y en tiempos más recientes, F. P. LUISO, *Diritto Processuale Civile*, Vol. III, *Il Processo Esecutivo*, 6ª Edición, Milano, 2011, p. 155: «La natura della vendita forzata è stata molto discussa in dottrina: c'era chi ne affermava la natura privatistica, chi la natura pubblicistica, chi univa profili processuali a profili di diritto sostanziale (...)». También CRIVELLI, A., TENERIFFA, N., «Vendita e assegnazione», en *Diritto Processuale Civile. Esecuzione forzata e processo esecutivo*, Torino, 2012, pp. 451 y ss.: «Si è variamente opinato, tanto a livello dottrinale quanto in ambito giurizprudenziale, circa la natura giuridica della vendita forzata (...)».

referido instituto desde un punto de vista sustantivo, lo que determina la necesidad de integrar tal ausencia con la figura que le sea más afín posible<sup>207</sup>.

Prueba de lo anterior, es la experiencia del Ordenamiento Jurídico italiano, en el seno de cuya doctrina la discusión en torno a la naturaleza jurídica de la denominada «*vendita forzata*», es una viva constante bajo la vigencia del CC italiano de 1865, si bien queda superada con la aparición del Código de 1942 actualmente en vigor, en el que ya sí existe una regulación específica de los efectos de la «*vendita forzata e della assegnazione*», en los artículos 2919 a 2924<sup>208</sup>. En efecto, como bien indica CERINO-CANOVA, la polémica sobre la naturaleza jurídica de la venta judicial en Italia está superada desde que el CC italiano de 1942 contempla preceptos específicos destinados a regular los efectos sustantivos de la misma: desde ese momento ya no es necesario polemizar sobre la naturaleza con objeto de determinar qué cuerpo normativo resultará aplicable en atención a determinadas cuestiones problemáticas, porque las mismas ya encuentran una respuesta positiva en el propio texto del CC italiano de 1942. En otros términos, partiendo de la legislación italiana vigente, «no es la especulación teórica la que debe explicar la reglamentación jurídica del instituto, sino que inversamente, debe ser ésta la premisa de toda teorización»<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> En este mismo sentido, FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987, p. 37: «La doctrina ha intentado siempre penetrar en la esencia de la actividad de conversión de los bienes afectados en dinero. La necesidad de hacerlo está estrechamente vinculada a los intentos de encontrar soluciones adecuadas a los problemas que tal actividad comporta y en especial a la búsqueda de respuestas que cubran las lagunas legales que existen».

<sup>208</sup> El CC italiano vigente de 1942 se ocupa de los denominados «*Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione*», en la Sección 3ª del Título IV («*Della tutela giurisdizionali dei diritti*»), del Libro VI («*Della tutela dei diritti*»).

<sup>209</sup> Traducción realizada por el autor del presente trabajo. CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo», en *Rivista di Diritto Civile*, fasc. 2, 1980, p. 149, nota n. 47: «Proprio la disciplina sostanziale della vendita forzata, dettata dagli art. 2919 ss., costituisce la ragione decisiva del progressivo affievolirsi del dibattito sulla natura della vendita forzata. Infatti, quale sia la scelta preferita da ciascun interprete, resta fermo che i principali effetti dell'istituto si atteggiano in conformità alla normativa del Codice: ossia, nella legislazione vigente, non è più la speculazione teorica che deve indicare la regolamentazione giuridica dell'istituto, ma inversamente è questa la premessa di ogni teorizzazione». También JACCHERI, E., «Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflessioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)»,... *cit.*, pp. 793 y 794: «La problematica (refiriéndose a la naturaleza jurídica) era originata da una lacuna nella regolamentazione della materia, la quale lasciava aperta la questione sulla applicabilità o meno, alla vendita forzata, della stessa disciplina giuridica prevista per quella volontaria». En el mismo sentido, TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 3, 1995, p. 1131: «Il problema della natura giuridica della vendita forzata era suscitato dalla legislazione del 1865, che non disciplinava gli effetti della vendita forzata, como invece fa il codice attuale». Asimismo, TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata», en *Digesto IV Edición, discipline privatistiche, sez. civile, XIX*, 2000, p. 4 [consultado en <http://bddx.leggiditalia.it>: fecha de consulta 1 marzo 2013]: «Si è a lungo dibattuto sulla natura giuridica della vendita forzata. I codici del 1865 non regolavano esplicitamente gli effetti di essa, come avviene ora negli artt. 2919 ss. c.c., e larga parte della dottrina, nello sforzo di colmare le lacune legislative, assimilava la vendita forzata a quella volontaria». Por parte de la doctrina española, también destaca la superación de la controvertida naturaleza jurídica de la venta judicial, gracias a la regulación de sus específicos efectos sustantivos, FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio*..., *cit.*, p. 45, nota n. 135: «La vieja disputa sobre la naturaleza jurídica, perniciosa en cuanto intenta convertir a la venta forzada en una cosa misteriosa y separarla, a cualquier precio, de otros tipos de figuras

En el Ordenamiento Jurídico español, la falta de una regulación expresa de determinados e importantes efectos sustantivos de la venta judicial trae consigo que este debate no esté superado, sino antes bien, que siga aún abierto.

Antes de adentrarnos en la referida polémica que, como tendremos ocasión de ver, gira en torno a las similitudes y diferencias entre venta judicial y la venta ordinaria, debemos destacar la importancia que guarda su solución en el desarrollo del presente trabajo, no sin antes hacer una serie de advertencias ya apuntadas en lo que a la naturaleza jurídica en general se refiere por nuestra más autorizada doctrina. A este respecto, como bien señala ESPEJO LERDO DE TEJADA, el empeño por desentrañar la naturaleza jurídica de cualquier institución jurídica «puede parecer vano o superfluo, excesivamente técnico o demasiado intrincado, incluso contraproducente y perjudicial para la correcta aplicación de las consecuencias jurídicas de la figura». No obstante, estos posibles riesgos, a nuestro parecer, no deben hacernos desdeñar el estudio de tal materia, lo cual nos servirá como «clave de interpretación y sistematización»<sup>210</sup>. Además, los riesgos mencionados pueden evitarse teniendo muy presente la advertencia de JORDANO BAREA, a saber, que la cuestión de la naturaleza jurídica de una determinada institución jurídica no constituye un *prius* del que obtengan consecuencias para su régimen jurídico, sino más bien un *posterius* extraído del estudio del conjunto de su regulación positiva<sup>211</sup>.

La naturaleza jurídica de la venta judicial que en estas líneas desarrollamos no pretende ser la fórmula mágica que llene los vacíos legales que esta figura presenta en el ámbito sustantivo, sino tan solo servir de guía interpretativa para la resolución de los concretos problemas que se presentan mediante la aplicación del conjunto de datos normativos con los que sí contamos. Esto es, y empleando de nuevo las palabras de ESPEJO LERDO DE TEJADA, «no se trata de forzar los datos normativos para tratar de que encajen en una tesis preconcebida, sino de integrar dichos datos en una explicación clara, sencilla y

---

semejantes, ha sido superada, por los menos parcialmente, en Italia, gracias a introducir en el Código Civil una regulación específica que establece los efectos propios de la venta forzada (arts. 2919 y ss. CC italiano)».

<sup>210</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo de bienes inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2005, p. 19.

<sup>211</sup> JORDANO BAREA, J., «Una selección sobre la posesión», en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 39, Nº 4, 1986, p. 1048: «Como es obvio, las figuras o instituciones jurídicas no tienen una *phisis* o naturaleza propiamente dicha, como, por el contrario, la tienen un animal o una planta. La “naturaleza jurídica” es una paráfrasis que alude a algo esencialmente distinto. No se trata, como algunos todavía creen, de un *prius* del que luego deriven todos los efectos, determinados por un nexo causal inexorable. Eso creyó, en su día, la jurisprudencia conceptual, con su “método de inversión” característico. De la llamada “naturaleza jurídica” no puede derivarse nada por el intérprete que no haya puesto antes en ella. Consiste, pues no en un *prius*, sino en un *posterius*, algo que sólo se obtiene después de analizar el fenómeno práctico, la normativa aplicable y la eficacia jurídica producida en consecuencia. Es como la gran síntesis de los efectos producidos por una institución o figura jurídica (síntesis estructural y funcional de su eficacia), una fórmula explicativa o pedagógica; de ahí que la usemos tanto los profesores y tan poco los juristas prácticos, pese a la comodidad que supone acudir a una especie de “fórmula de encantamiento” de fácil manejo para apresar de un solo golpe de vista una proteica y compleja realidad social».

coherente que facilite su asimilación y sistematización»<sup>212</sup>. En otros términos, siguiendo a JORDANO BAREA, «de la naturaleza jurídica de una figura o institución, así entendida, no se puede decir que sea verdadera o falsa, sino más o menos buena, según su virtualidad explicativa o didáctica: si explica todo o casi todo, será magnífica; si explica poco o nada, será pésima». Pretendemos, precisamente, que nuestro análisis de la naturaleza jurídica se justifique en base a su valor explicativo respecto de aquellos vacíos legales que en el caso del Ordenamiento Jurídico español, a diferencia del italiano, siguen existiendo en lo que respecta a los aspectos sustantivos de la venta judicial; esto es, que sea «útil», más allá de «verdadera»<sup>213</sup>.

Hechas estas advertencias y habiendo ya adelantado que los principales problemas que la naturaleza jurídica de la venta judicial plantean deben su razón de ser en España a la inexistencia de un régimen jurídico específico regulador de los efectos sustantivos que ésta comporta, procede ahora adentrarnos en el estudio y sistematización de las principales posturas doctrinales que sobre la cuestión han venido sosteniéndose. Posturas que básicamente pueden sintetizarse bajo las siguientes preguntas: ¿puede la enajenación realizada mediante pública subasta como consecuencia de un proceso de ejecución dineraria llamarse venta? ¿Puede hablarse de la existencia de una venta judicial? De ser así, ¿como tipología de la venta ordinaria o como categoría independiente? Como puede apreciarse, se trata de preguntas de difícil respuesta, en la medida en que nos enfrentamos a una figura compuesta por aspectos procesales y sustantivos; regulada principalmente en la normativa procesal, pero con importantísimas repercusiones en el ámbito sustantivo: se transmite la propiedad del bien objeto de enajenación forzosa, se paga un precio por tal bien, y con ello se salda todo o parte de una deuda inicialmente insatisfecha<sup>214</sup>. En definitiva, siempre se tiene como referencia, como punto de partida, a la propia venta ordinaria, ya que nos

---

<sup>212</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo de bienes inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., p. 20.

<sup>213</sup> En similar sentido afirma PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II, Barcelona, 1956, p. 66: «no se trata de hallar cuál sea la naturaleza de unos medios, sino de averiguar cuál es la eficacia de éstos en relación con los fines que han de ser alcanzados».

<sup>214</sup> Esta naturaleza peculiar y heterogénea de la venta judicial, la cual incide en la disciplina procesal y también sustantiva, es destacada acertadamente por JACCHERI, E., «Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflessioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)»..., cit., p. 795: «La vendita forzata consta di un duplice aspetto: quello "procedimentale" e quello "sostanziale". Come "procedimento" essa è data da una progressione di atti che trova il proprio inizio nell'istanza di vendita e la chiusura nel decreto di trasferimento. L'aspetto "sostanziale" si riferisce agli effetti espressamente disciplinati dagli art. 2919-2929 C.C. che derivano dal rapporto di compravendita intercorrente fra l'ufficio esecutivo e l'aggiudicatario (o assegnatario)». Destaca igualmente los principales efectos sustantivos (además de los procesales) que trae consigo la venta judicial PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 251: «I poli tra i quali il nostro studio è compreso sono costituiti dai due fondamentali effetti che il processo esecutivo produce nel campo dei diritti privati: l'estinzione (totale o parziale) del credito per cui si procede (ed eventualmente di altri crediti) e il trasferimento coattivo dei diritti. Il primo effetto costituisce la finalità ultima (mediata) del processo esecutivo, lo scopo pratico per cui il meccanismo dell'esecuzione forzata si muove; l'altro costituisce il mezzo con cui normalmente si riesce a convertire in denaro i beni del debitore, al fine di provvedere al pagamento dei debiti».

encontramos ante una figura en la que existe un cambio de cosa por precio: estos son precisamente los pilares que componen la definición legal de compraventa existente en el art. 1445 del CC, a cuyo tenor, «*por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente*»<sup>215</sup>. De ahí que acertadamente FRANCO ARIAS afirme que la compraventa de Derecho privado constituya «un dato esencial que la doctrina mayoritaria utiliza para delimitar la esencia de la venta en el marco del procedimiento de apremio»<sup>216</sup>.

Por todo lo expuesto, adentrarse en la naturaleza jurídica de la venta judicial supone hacer un ejercicio de comparación entre ésta y la venta ordinaria. Ejercicio, que tendremos ocasión de ir vislumbrando a través del estudio de las distintas posturas doctrinales que existen en torno al particular, de lo cual nos ocupamos en el siguiente epígrafe.

## 2. TEORÍAS DOCTRINALES ERIGIDAS EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA VENTA JUDICIAL: PRIVATISTAS Y PUBLICISTAS

Ya hemos anticipado que la naturaleza jurídica de la venta judicial es objeto de múltiples y dilatadas controversias en el seno de la doctrina y jurisprudencia, tanto española como italiana, las cuales giran en torno a la comparación del instituto objeto de estudio y la venta ordinaria, debido a sus evidentes similitudes. Muchas son las posturas que pueden encontrarse, cada cual con un matiz específico, si bien por razones de claridad expositiva, trataremos de sistematizarlas agrupándolas en dos grandes categorías: a saber, las teorías que

---

<sup>215</sup> En Italia, el CC de 1942 define la venta en el art. 1470, a cuyo tenor: «La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo». A diferencia de lo que ocurre en el Ordenamiento español, en Italia sí se habla expresamente de entrega de propiedad a cambio de precio (en España, como acabamos de ver, se habla de «entrega de cosa» -no de propiedad-, a cambio de precio). La inclusión de la obligación de entrega de la propiedad y no sólo de la «posesión» de la cosa, se explica por regir en Italia, al igual que en Francia, un sistema de transmisión de la propiedad consensual, en virtud del cual, el mero consentimiento de las partes da lugar a la mutación jurídico-real. La peculiaridad del sistema de transmisión consensual radica, siguiendo a CUENA CASAS, en que ha hecho del contrato, no sólo fuente de obligaciones sino fuente generadora autónoma de derechos reales, sin necesidad de ningún elemento ulterior. El consentimiento contractual es suficiente para que se entienda producida la mutación jurídico-real, desdibujándose así la frontera entre el derecho de crédito y el derecho real, entre las acciones personales y las acciones *erga omnes* (CUENA CASAS, M., *La función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, p. 89). La obligación o no de entregar la propiedad de la cosa por parte del comprador es una cuestión polémica, en la que un sector clásico de la doctrina, a la que nos adherimos, coincide en afirmar la existencia de la obligación exclusiva de entrega de la posesión pacífica (para un análisis detallado de la polémica y en consonancia con la postura sostenida, *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, M., «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Nº 1, 1947). En cualquier caso y en lo que ahora nosotros interesa, también conforme a la definición legal italiana de compraventa existe una identidad con lo que sucede en la enajenación mediante subasta: se entrega una cosa (conforme al ordenamiento italiano, la propiedad de la misma), a cambio de un precio.

<sup>216</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, *cit.*, p. 37.

podríamos denominar privatistas, y las teorías publicistas. Toda labor de sistematización corre el riesgo de incurrir en una excesiva simplificación, de lo que trataremos de huir incluyendo la necesaria y detallada exposición de las diversas posturas.

Como decimos, acogemos como método de investigación la distinción pública-privada, seguida por la gran mayoría de la doctrina italiana y española<sup>217</sup>. Debemos advertir respecto a este punto, que la terminología referida encuentra variaciones que a la postre vienen a sistematizar las teorías en base a criterios muy parecidos, tales como aquellos autores que prefieren hablar de posturas contractualistas antes que privatistas, así como de teorías procesalistas en lugar de publicistas.

## 2. 1. TEORÍAS PRIVATISTAS O CONTRACTUALISTAS: SU EXPOSICIÓN, ARGUMENTACIÓN Y CRÍTICA

### 2.1.1. Formulación

Las teorías privatistas en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial, también denominadas «contractualistas», son aquellas que tienen en común el identificar la venta judicial con un contrato, concretamente con el de compraventa<sup>218</sup>. Es evidente, que esa identidad entre la enajenación forzosa llevada a cabo mediante subasta en el seno del proceso de ejecución y la venta ordinaria existe desde el punto de vista de su función económica, pues en ambas tiene lugar un cambio de cosa por precio cierto; idéntica función económica que justificaría su mismo tratamiento jurídico<sup>219</sup>. Como indica TRAMONTANO en similares

---

<sup>217</sup> Por parte de la doctrina española, y a grandes rasgos éste es el método seguido por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa*, Pamplona, 1966, pp. 59-121; autor a quien debemos la primera y más brillante sistematización de las teorías existentes en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial. Es también el método seguido por FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., pp. 37-50. Asimismo, vid., SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., pp. 68-89. Igualmente, SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio*, Granada, 1998, pp. 79-107. En el mismo sentido, RIVAS TORRALVA, R. A., *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, Madrid, 2001, pp. 387-389. También ROBLEDO VILLAR, A., *La subasta judicial: el remate*, Barcelona, 1998, p. 150. En tiempos más recientes, MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tomo II, Valencia, 2004, pp. 1724-1727. Igualmente, LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios*, Granada, 1999, pp. 198-216. De la misma forma, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., pp. 63-90. Asimismo, MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas*, Madrid, 2008, pp. 234-243. En el seno de la doctrina italiana, también se sigue este método por parte de: BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione», en *Il Codice Civile Commentario*, dirigido por SCHLENSINGER, P., Milano, 1988, pp. 2-30; MAZZARELLA, F., «Vendita forzata», en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XLVI, Milano, 1993, pp. 552-556; TRAVI, A., «Vendita dei beni pignorati»..., cit., pp. 636-638.

<sup>218</sup> Como indica MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata», en SCIALOJA, A., BRANCA, G. (Coordinadores), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1964, p. 103: «É naturale che tale definizione legislativa abbia portato giurisprudenza e dottrina a costruire il trasferimento, attuato attraverso l'espropriazione forzata, come derivante da una vera e propria vendita, cercando in vario modo di adattare lo schema negoziale della vendita "volontaria", alla vendita forzata (...)».

<sup>219</sup> CARNELUTTI fue de los primeros en hacer hincapié en la semejanza económica entre la enajenación forzosa llevada a cabo mediante la subasta judicial y la venta ordinaria. Entiende que el cambio de bienes por dinero se

términos, «los partidarios de la postura privatista afirman que a la identidad de función económica de la venta voluntaria y judicial (ambas consisten en un cambio de cosa por precio), debe corresponder la identidad de función jurídica, por lo cual la indiscutible naturaleza contractual de la venta voluntaria determinaría la naturaleza también contractual de la misma venta judicial»<sup>220</sup>. Por tanto, siguiendo a GUASP DELGADO, existe en ambas instituciones una coincidencia en su efecto principal, a saber, la transmisión de un bien a una persona y la adquisición del mismo por otra distinta<sup>221</sup>.

Como argumento adicional a favor de esta postura privatista también se erige la propia definición legal que el Código civil, tanto español como italiano, dan de la compraventa<sup>222</sup>.

consigue por la venta y por el arriendo, siendo el medio económico adoptado por el proceso para convertir en dinero los bienes embargados la venta (CARNELUTTI, F. *Lezioni di Diritto Processuale Civile. Processo di esecuzione*, Tomo II, Padova, 1932, pp. 221 y ss.). La identidad de función económica entre la venta judicial y la venta ordinaria se presenta comúnmente como primer argumento de las teorías privatistas por parte de los autores. Vid., en este sentido: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 59; FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 37; DE STEFANO, F., «Gli effetti della vendita forzata dopo la riforma del processo esecutivo», en *Esecuzione Forzata*, N° 4, 2007, pp. 657 y ss.: «Si afferma correntemente che non vi è alcuna differenza, dal punto di vista “economico”, tra la vendita forzata e la vendita volontaria, poiché la funzione e lo scopo della prima sono comunque la trasformazione di un bene fungibile, appartenente al patrimonio del debitore, in denaro»; también GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Madrid, 2006, p. 651: «La enajenación forzosa puede ser y es, desde luego, una compraventa en el sentido natural o económico de la palabra: trueque de cosa por dinero (...)»; JACCHERI, E., «Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflessioni alla luce della modifica dell’art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)»..., cit., p. 794: «Il filone contrattualistico convergeva sulla constatazione di una assoluta identità di funzione economica tra le due figure di vendita e concludeva nel senso che ad analoga funzione dovesse corrispondere anche un’analoga struttura».

<sup>220</sup> Traducción llevada a cabo por el autor del presente trabajo. TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata»..., cit., p. 1131: «In primo luogo, da più parti, si è fatto notare come i sostenitori di tali teorie affermino che all’identità di funzione economica della vendita volontaria e giudiziaria (entrambe infatti consistono nello scambio della cosa con un prezzo), debba corrispondere l’identità di funzione giuridica, per cui l’indiscussa natura contrattuale della stessa vendita volontaria determinerebbe la natura contrattuale della stessa vendita giudiziale». También en este sentido y siguiendo la cita del referido autor vid., SATTI, S., *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Vol. III, *Processo di esecuzione*, Milano, 1959-1965, p. 177; CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., cit., p. 139; MAZZAMUTO, S., «L’esecuzione forzata», RESCIGNO, P. (Dir.), en *Trattato di Diritto Privato*, 1ª Edición, Torino, 1985, p. 224.

<sup>221</sup> GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1955, p. 480. Esta identidad entre la venta ordinaria y judicial en cuanto a sus efectos de transmisión de un bien por una persona y adquisición del mismo por otra, también es destacada por CUBELLS ROIG, E., «La subasta y el retracto *ex lege*», en *Revista General de Derecho*, N° 584, 1993, p. 4378: «La primera (venta en subasta) es igual a la segunda (venta privada) una vez acordada, porque genera también la transmisión de bienes o derechos (...)». En esta misma línea también VELA SÁNCHEZ, A. J., *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias. Estudio jurisprudencial y doctrinal*, Navarra, 2009, p. 66: «(...) El proceso de adjudicación de bienes inmuebles mediante subasta judicial presenta grandes analogías con el negocio jurídico voluntario de compraventa. En ambos supuestos existe un sujeto que se obliga a transmitir el dominio, y otro que adquiere el derecho a recibirlo (...)».

<sup>222</sup> El argumento de la identidad de ambas instituciones partiendo de la definición legal de compraventa es destacado por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 59: «Apoyaría esta postura (se refiere a la postura privatista, de la que nos es partidario), la definición auténtica que de este contrato se da en el artículo 1445 del Código Civil». También GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 651, también destacan este argumento (no por ello pueden calificarse como partidarios de la postura privatista, ya que únicamente destacan este argumento de la postura privatista para después rebatirla): «Como la enajenación forzosa cambia el bien embargado por dinero, parece que se ajusta literalmente al modelo de la

En efecto, el art. 1445 CC define al contrato de compraventa ordinario como aquel en el que «uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que le represente»; el art. 1470 del CC italiano, por su parte, afirma que «la compraventa es el contrato que tiene por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa o la transmisión de algún otro derecho a cambio de un precio correspondiente»<sup>223</sup>. Siguiendo una interpretación literal de tales definiciones, es evidente que la venta judicial o enajenación forzosa tiene perfecta cabida en las mismas: en ella existe una entrega de una cosa (bien subastado), a cambio de un precio (el precio de remate que definitivamente pague el adjudicatario).

A lo anterior, también cabría sumar los numerosos preceptos de nuestro panorama normativo que al hacer referencia a la enajenación forzosa aluden a ella expresamente con el término «venta»<sup>224</sup>. En el ámbito español, por lo que concierne al CC, pueden destacarse los artículos siguientes:

- El art. 1459 CC, que en sede de prohibiciones legales de vender, emplea como sinónimos la venta ordinaria y la judicial, haciendo referencia a ella bajo el término de «subasta judicial». En efecto, siguiendo el tenor del referido precepto, se afirma que «no podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial...»; es decir, se da por hecho que la enajenación por subasta judicial es una compraventa en toda regla.
- El art. 1489 CC, concerniente al saneamiento por vicios ocultos y evicción en el ámbito de las ventas judiciales<sup>225</sup>.

compraventa civil, tal como se halla dogmáticamente definida». De la misma forma, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 64: «Consistiendo la enajenación forzosa en la disposición de los bienes y derechos embargados para su transmisión a un tercero a cambio de dinero, para que sirva de medio específico de satisfacción del acreedor, y definiendo nuestro Código Civil en su artículo 1445 la compraventa como “aquel contrato en virtud del cual uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que le represente”, resulta lógico y comprensible que tradicionalmente se haya venido considerando la enajenación forzosa como un contrato de compraventa».

<sup>223</sup> Traducción realizada por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 1470 del CC italiano, al que ya hemos hecho referencia en notas anteriores, es el que sigue: «La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo».

<sup>224</sup> GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 651, también destacan este frecuente empleo por parte de la legislación positiva vigente del término «venta» para referirse a la enajenación forzosa que tiene lugar mediante subasta en el seno del proceso de ejecución, como argumento a favor de la tesis privatista: «La enajenación forzosa puede ser y es, desde luego, una compraventa en el sentido natural o económico de la palabra: trueque de cosa por dinero; y en este sentido cabe explicar y justificar los numerosísimos pasajes en que la doctrina y el derecho positivo hablan de venta en estos casos (...)».

<sup>225</sup> El tenor del art. 1489 CC es el siguiente: «En las ventas judiciales nunca habrá lugar a la responsabilidad por daños y perjuicios; pero sí a todo lo demás dispuesto en los artículos anteriores». Se trata de un artículo cuyo contenido no es del todo claro, pues se discute si sólo hace referencia al saneamiento por vicios ocultos, o también a la evicción. Abordaremos su estudio en posteriores capítulos en los que nos plantearemos la problemática cuestión del saneamiento por vicios ocultos y evicción en el ámbito de la venta judicial.



- Art. 1640 CC<sup>226</sup>, referente al ejercicio del derecho de tanteo y retracto por parte de los condueños en la venta judicial<sup>227</sup>.

Por lo que respecta a la LEC española, se suele emplear con mayor frecuencia el término «subasta»<sup>228</sup>, como comprensivo de la enajenación forzosa que tiene lugar en el seno del procedimiento de ejecución dineraria; si bien, en el ámbito preciso de su regulación, pueden encontrarse alusiones al vocablo «venta» en los siguientes preceptos:

- Art. 558. 1 LEC, que en el seno de la regulación de la «oposición a la pluspetición», afirma que fuera del caso de que la oposición esté exclusivamente fundada en pluspetición o exceso y el ejecutado ponga a disposición del Tribunal, para su inmediata entrega por el Secretario judicial al ejecutante, la cantidad que considera debida, *«la ejecución continuará su curso, pero el producto de la venta de bienes embargados, en lo que exceda de la cantidad reconocida como debida por el ejecutado, no se entregará al ejecutante mientras la oposición no haya sido resuelta»*. Como puede apreciarse, se habla expresamente de «venta» de los bienes embargados.
- Art. 643. 1 LEC, donde en relación a la subasta de bienes muebles, se afirma que la subasta consistirá en *«la venta de uno o varios bienes o lotes de bienes, según lo que resulte más conveniente para el buen fin de la ejecución»*.

---

<sup>226</sup> El tenor literal del art. 1640 CC es el que sigue: «En las ventas judiciales de fincas enfitéuticas, el dueño directo y el útil, en sus casos respectivos, podrán hacer uso del derecho de tanteo dentro del término fijado en los edictos para el remate, pagando el precio que sirva de tipo para la subasta, y del de retracto dentro de los nueve días útiles siguientes al del otorgamiento de la escritura.

En este caso no será necesario el aviso previo que exige el artículo 1637».

<sup>227</sup> Este argumento de las tesis privatistas en torno a la venta judicial basado en la literalidad de ciertos preceptos del CC es destacado por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 62: «Esta doctrina (contractualista) (...) es la seguida por nuestro derecho positivo de manera clara. (...) El artículo 1489 se refiere a las “ventas judiciales”, el 1493 a las “ventas” hechas en feria o pública subasta, el 1459 las prohibiciones de adquirir por “compra” aunque sea en subasta pública o judicial, etc.». También ROBLEDÓ VILLAR, A., *La subasta judicial: el remate...*, cit., p. 387, nota n. 492: «La tesis tradicional la configura (refiriéndose a la enajenación forzosa) como un supuesto de compraventa especial. Calificación que parece reflejarse en distintas normas del CC (por ejemplo, arts. 1459, 1489, 1493...)».

<sup>228</sup> Ha de advertirse, que el término subasta, según la generalidad de la doctrina, suele tener dos acepciones legales: a saber, una primera en sentido estricto, conforme a la cual, sería «sólo la fase del procedimiento de apremio encaminada a determinar, mediante pública licitación, el precio en que los bienes inmuebles van a ser vendidos, e individualizar la persona que los adquiere» (MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., pp. 62 y 63; por tanto sería el acto procesal anterior a la propia enajenación forzosa); y en sentido amplio, incluiría tanto el acto procesal anterior, como la propia enajenación o transmisión posterior del bien. Al referirnos a la subasta, estamos manejando esta segunda acepción amplia en la que se incluye por parte de la Ley la enajenación o venta forzosa con la que se lleva a cabo la transmisión del bien al adjudicatario, a cambio del pago del precio del mismo por su parte.

- Art. 652. 1 LEC, de nuevo en el ámbito de la subasta judicial de bienes muebles, en el que se indica que «*finalizado el acto de la subasta, el Secretario judicial devolverá las cantidades depositadas por los postores excepto la que corresponda al mejor postor, la cual se reservará en depósito como garantía del cumplimiento de su obligación y, en su caso, como parte del precio de la venta*». Se identifica, pues, la enajenación forzosa llevada a cabo en el seno de la subasta con el término venta.
- Art. 653. 1 LEC, que al referirse a la quiebra de la subasta de bienes muebles establece que «*si ninguno de los rematantes a que se refiere el artículo anterior consignare el precio en el plazo señalado o si por culpa de ellos dejare de tener efecto la venta, perderán el depósito que hubieran efectuado y se procederá a nueva subasta, salvo que con los depósitos constituidos por aquellos rematantes se pueda satisfacer el capital e intereses del crédito del ejecutante y las costas*». Se habla, como puede apreciarse, de carencia de efectos de «la venta», lo cual es ciertamente significativo<sup>229</sup>.

Lo expuesto anteriormente, por lo que respecta a la legislación española. Pasemos ahora a analizar el empleo del término «venta» en el seno del Ordenamiento Jurídico italiano. El CC italiano, como ya se ha anticipado, cuenta con una regulación específica en relación con los efectos «sustantivos» (arts. 2919 a 2929) de la venta judicial, a la que denomina «venta forzosa o forzada»<sup>230</sup>. Es decir, en los referidos arts. 2919 a 2924 se habla en todo momento de «venta», añadiendo el adjetivo «forzada o forzosa».

---

<sup>229</sup> MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 1724, destaca también este argumento de las teorías privatistas, apoyado en el vigente texto de la LEC: «Tradicionalmente se ha venido haciendo uso de los conceptos de Derecho privado para explicar la naturaleza jurídica de la enajenación forzosa, la cual se ha considerado como un contrato de compraventa, y en esta concepción descansa la propia LEC, que sigue hablando de “venta” (arts. 558. 1, 643. 1, 652. 1, 653. 1 y 693. 1, II) e incluso de “comprador” (art. 693. 1, II) (...)». Bajo la vigencia de la LEC anterior de 1881, también se empleaba por parte de la doctrina este mismo argumento; vid. al respecto, ROBLEDO VILLAR, A., *La subasta judicial: el remate...*, *cit.*, pp. 55 y 56: «Tradicionalmente, la subasta ha sido asimilada a una venta privada, siendo constantes las referencias a la compraventa contenidas en la LEC (se refiere a la LEC de 1881). Al efecto, el art. 1489 dispone que “antes de verificarse el remate podrá el deudor librar sus bienes, pagando principal y costas; después de celebrado quedará la venta irrevocable”. También el art. 1513 lo considera así, pues “si el rematante o los postores a que se refiere el apartado 3 del art. 1500 no consignaren el precio en el plazo señalado o por culpa de ellos dejare de tener efecto la venta...”. A lo que se añade en el mismo sentido, el art. 1514 al prescribirse que “consignado el precio, se hará saber al deudor que, dentro de tercero día, otorgue la escritura de venta a favor del comprador. Si no lo verifica... el Juez otorgará de oficio dicha escritura”».

<sup>230</sup> El CC italiano habla expresamente de «*vendita forzata*» en todo momento en los referidos arts. 2919 a 2929. La mejor doctrina italiana alude expresamente en la argumentación de las posturas privatistas al hecho del dato legislativo, en el que parece aludirse siempre a la figura de la venta ordinaria en la regulación de la venta judicial; así vid. PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, *cit.*, pp. 265 y 266: «Vi sono anzitutto argomenti esegetici, che attengono piuttosto ad una interpretazione letterale in superficie di testi legislativi. Così il fatto che nel Codice Civile, sotto il titolo della vendita, si possono rinvenire alcuni sporadici riferimenti che potrebbero riguardare la c. d. vendita forzata, ha fatto ritenere a qualcuno che “tutto nella legge accenna... come... il legislatore abbia voluto assoggettare la vendita all’incanto alle regole della vendita comune». Cabe advertir, no obstante, que el autor está refiriéndose al CC italiano de 1865 (la obra que citamos

Y lo mismo sucede en el «*Codice di Procedura Civile*» (el equivalente a la LEC en Italia; en adelante CPC italiano), en el Título II («*Dell'espropriazione forzata*»), del Libro III («*Del processo di esecuzione*»), se habla en todo momento de «venta» a secas y de «venta forzada o forzosa»; concretamente en los Capítulos I («*Dell'espropriazione forzata in generale*»), II («*Dell'espropriazione mobiliare presso il debitore*»), III («*Dell'espropriazione presso terzi*») y IV («*Dell'espropriazione immobiliare*»); que abarcan los arts. 483 y ss. del CPC italiano.

En definitiva, tanto en Italia como en España, las teorías privatistas en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial apoyan la identificación entre la venta judicial y la venta ordinaria en tres argumentos fundamentales:

- Su similitud desde el punto de vista de su función económica, a saber, cambio de cosa por precio.
- La identidad de ambas instituciones en cuanto a los efectos que producen, ya que tanto en la venta judicial, como en la ordinaria, se transmite el bien por parte de una persona y correlativamente el mismo es adquirido por otra.
- Y, finalmente, la propia definición legal de la compraventa ordinaria y los propios textos legales vigentes que al referirse a la enajenación forzosa llevada a cabo mediante subasta en el seno del proceso de ejecución, aluden a ella con el término «venta»<sup>231</sup>.

Si se tratase la venta judicial de una verdadera venta ordinaria, podríamos distinguir como contrato que es, unos elementos personales, reales y formales.

Los elementos personales, vendedor y comprador, quedarían encarnados por el deudor (o en su defecto por el Secretario judicial<sup>232</sup> responsable de la ejecución, en el caso de España; y el propio Juez, en el caso de Italia) y por el rematante, respectivamente.

es del año 1935), no al vigente de 1942; si bien, la argumentación viene a ser la misma que se emplea con este último, de ahí que aludamos a ella.

<sup>231</sup> Todos estos argumentos considerados en su conjunto coincide en destacarlos a grandes rasgos SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 69: «La semejanza económica de compraventa y subasta, puesta ya de manifiesto por CARNELUTTI, y la similitud de algunos aspectos estructurales ha permitido que se configurase la enajenación forzosa (...), como una modalidad especial de compraventa, y esta calificación ha sido admitida por nuestro legislador, tanto sustantivo (arts. 1459, 1489, 1493, etc., del CC, y 131 de la LH), como procesal (arts. 1482, 1513, 1514, etc. de la LEC –se refiere a la de 1881-)...».

<sup>232</sup> Con la reforma operada en la LEC por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, el Secretario Judicial asume el protagonismo absoluto en el seno de la subasta judicial, ya que es él quien aprueba el remate y la adjudicación del bien subastado mediante decreto. A este respecto, merece la pena destacar una serie de pasajes del Preámbulo de la referida Ley 13/2009, en los que se hace referencia a la importancia que pasan a asumir los Secretarios judiciales en el seno de la reforma de la nueva Oficina Judicial: «Se trata, en síntesis, de que los Jueces y

Los elementos reales vienen constituidos por la cosa objeto de subasta judicial, previamente embargada, y el precio finalmente pagado por el rematante para adquirirla.

Finalmente, en lo que respecta a la forma, ésta será libre en consonancia con el principio «espiritualista» que rige en nuestro Ordenamiento Jurídico en materia contractual<sup>233</sup>.

## **2. 1. 2. Dificultad de las tesis privatistas: la explicación de la ausencia de voluntad del deudor ejecutado y las «forzadas» tesis sostenidas para superarla**

Como ya sabemos, los partidarios de la tesis privatista en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial, la identifican con la compraventa ordinaria, esto es, con un contrato. Ahora bien, partiendo de la noción básica de contrato, conforme a la cual éste viene constituido por la concurrencia de, al menos, dos voluntades (en el caso de la compraventa, la voluntad del vendedor y la del comprador), ¿cómo se explica la calificación como contrato de una institución, la enajenación forzosa mediante subasta judicial, en la que la voluntad del que se tiene por vendedor –el deudor ejecutado– no existe? Es más, la venta judicial, no sólo se decreta con ausencia de la referida voluntad del deudor, sino incluso en contra de la misma. He aquí la gran dificultad, a nuestro juicio, como ahora tendremos ocasión de demostrar, insalvable con la que tropiezan las tesis privatistas.

En efecto, siguiendo a DÍEZ-PICAZO puede decirse que nuestro CC no define lo que se entiende por contrato, si bien «nos suministra valiosos materiales para poder ensamblar el concepto que del contrato tuvieron los autores del Código: el art. 1089 menciona al contrato al enumerar las “fuentes de las obligaciones”; el art. 1091 afirma que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a

---

Magistrados dediquen todos sus esfuerzos a las funciones que les vienen encomendadas por la Constitución: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Para ello es preciso descargarles de todas aquellas tareas no vinculadas estrictamente a las funciones constitucionales que se acaban de señalar, y a ello tiende el nuevo modelo de la Oficina judicial. En ella, se atribuirán a otros funcionarios aquellas responsabilidades y funciones que no tienen carácter jurisdiccional y, por otra parte, se establecerán sistemas de organización del trabajo de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia, de forma que su actividad profesional se desempeñe con la máxima eficacia y responsabilidad. En este nuevo diseño, jugarán un papel de primer orden los integrantes del Cuerpo Superior Jurídico de Secretarios judiciales (Punto I del Preámbulo de la Ley 13/2009)». (...) En materia de ejecución, el artículo 456.3.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a los Secretarios judiciales la ejecución, salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a Jueces y Magistrados. Como consecuencia de esta atribución ha sido preciso modificar profundamente el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tratando de delimitar claramente las competencias que pueden ser asumidas por los Secretarios judiciales de aquéllas otras a que se refiere la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando reserva a los Jueces y Tribunales determinadas decisiones. Entre las atribuciones destacadas, se encuentra la decisión de las medidas ejecutivas concretas para llevar a cabo lo dispuesto por la orden general de ejecución... (Punto III de la Ley 13/2009)».

<sup>233</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 59-61, sigue esta lógica en la delimitación de los elementos propios de la venta judicial en base a la clásica exposición de los mismos que suele hacerse por parte de la doctrina civilista.

tenor de los mismos”; y el art. 1254 dice que “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”. Partiendo de los tres preceptos enunciados, el referido autor deduce dos notas características predicables de todo contrato:

- En el contrato siempre hay un «consentimiento común de dos o más personas»<sup>234</sup>.
- El contrato siempre trae como consecuencia «la creación de una obligación que tiene fuerza de ley entre las partes contratantes»<sup>235</sup>.

En el caso de Italia, la necesaria bilateralidad en la voluntad de las partes contratantes es aún más clara y evidente, ya que el CC italiano sí hace expresa referencia a tal voluntad al definir, a diferencia del CC español, lo que se entiende por contrato, así como al determinar los requisitos que deben concurrir para que nazca. El art. 1321 del CC italiano define el contrato como «*el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial*»<sup>236</sup>; mientras que el art. 1325 indica que los requisitos del contrato son cuatro: el acuerdo de las partes, la causa, el objeto y la forma cuando ésta venga prescrita por la Ley bajo pena de nulidad»<sup>237</sup>. Como bien indica GALGANO, «el contrato se perfecciona sólo si, y sólo cuando, se reúna una plena y total coincidencia entre las declaraciones de voluntad provenientes de las diversas partes contratantes»<sup>238</sup>.

---

<sup>234</sup> La necesaria voluntad de al menos dos personas para el nacimiento de todo contrato es una constante reiterada por la generalidad de la doctrina. Por todos, *vid.*, VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, Tomo III, 4ª Edición, Valladolid, 1937, p. 251: «En todo contrato, sea de la clase que quiera, el consentimiento representa la sustancia del acto, por lo cual se requiere: 1º., que exista, y 2º., que reúna ciertas cualidades de libertad e inteligencia quien le preste. Si el consentimiento falta, no existe el contrato, y si el consentimiento tiene vicio, el contrato existe, pero puede ser anulado». CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid, 1959, pp. 100 y 101: «El contrato, como acto jurídico, es expresión de la voluntad; ésta es el alma del acto; pero como acto bilateral, no es la expresión de la voluntad de uno solo, sino de dos que coinciden en un punto. Por eso, si la voluntad es requisito de todo acto jurídico, en los contratos lo es también la voluntad concordada de dos partes que quieren recíprocamente la misma cosa. Esta voluntad concorde de dos sobre un punto, es lo que se llama consentimiento (de *sentire cum*, sentir juntos, querer la misma cosa), por lo que se ha dicho que es la conformidad de voluntad de un contratante con la del otro otros sobre el mismo objeto y términos del contrato, o el concurso de voluntades de dos o más personas sobre la misma cosa o prestación, de tal modo, que una de ellas se proponga conferir el derecho de exigir aquello que ofrece, y la otra entienda adquirir este mismo derecho».

<sup>235</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, 6ª Edición, Navarra, 2007, p. 133.

<sup>236</sup> Traducción llevada a cabo por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 1321 del CC italiano es el que sigue: «Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale».

<sup>237</sup> El art. 1325 del CC italiano afirma: «I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità».

<sup>238</sup> GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II, 2ª Edición, Padova, 2010, p. 183: «Il Codice Civile scompone il concetto di contratto in quattro distinti «requisiti del contratto» (art. 1325): l'accordo delle parti, la causa l'oggetto, la forma. L'accordo delle parti è l'incontro delle manifestazioni o dichiarazioni di volontà di ciascuna di esse: il contratto è concluso o, come anche si dice, è perfezionato solo se, e solo quando, si riaggiunga piena e totale coincidenza fra le dichiarazioni di volontà provenienti dalle diverse parti contraenti».

Pues bien, resulta evidente, que en la venta judicial esta necesaria concurrencia de voluntades por las partes contratantes brilla por su ausencia: en ella, la única voluntad existente es la del adjudicatario que consiente en pagar un determinado precio (el precio del remate) para adquirir la cosa objeto de subasta<sup>239</sup>.

Para superar esta clara insuficiencia que arrojan las tesis privatistas o contractualistas en torno a la venta judicial, los autores partidarios de la misma han ido creando diversas

---

<sup>239</sup> Son numerosos los autores que destacan esta dificultad prácticamente insalvable a la que se enfrentan los partidarios de la naturaleza contractual de la venta judicial. Así, por parte de la doctrina más clásica en la materia, SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 69: «La crítica a esta tesis se puede resumir así: no puede hablarse de compraventa si falta o puede faltar el consentimiento del vendedor (...)». Por su parte, ARANDA RODRÍGUEZ, R., «Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales. Analogías y diferencias entre compraventa y subasta judicial. Estudio a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIX, 1996, p. 902: «La subasta judicial no es un contrato entre vendedor (ejecutado) y comprador (...). El deudor no emite ningún consentimiento, ni acuerda con el adjudicatario la entrega de un bien a cambio de un precio». Igualmente, SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, cit., p. 91: «Se entiende por contrato aquel negocio jurídico de carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, según se encuentra implícito en la regulación contenida en los arts. 1254-1314 del CC. (...) Para que exista consentimiento deben coincidir las voluntades de los contratantes respecto del objeto y de la causa del contrato (art. 1262 del CC). (...) Pues bien, quienes sostienen que la enajenación forzosa en el procedimiento de apremio se verifica por alguna especie de contrato encuentran la primera gran objeción a sus postulados en la evidente falta de consentimiento para dicha enajenación: el propio procedimiento de apremio sólo tiene sentido cuando la voluntad de quien posee la facultad de disposición sobre los bienes embargados se niega a su enajenación para la satisfacción de determinada responsabilidad. Y ello, a tenor de lo dispuesto en los arts. 1254, 1257, 1258, 1259 y 1261, bastaría para determinar la inexistencia de contrato alguno en la enajenación forzosa». En sentido similar, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 67, afirma: «(...) El problema jurídico que plantea el instituto de la venta, insertado en la ejecución forzosa, es que el cambio de bienes por dinero se debe obtener mediante contrato pero sin la voluntad del deudor, lo que resulta inconciliable». Igualmente, ROBLEDO VILLAR, A., *La subasta judicial: el remate...*, cit., p. 150: «A esta tesis (refiriéndose a la tesis contractualista o privatista) se le objeta la falta del requisito esencial del consentimiento en uno de los posibles contratantes, el dueño de los bienes (...)». Por parte de la doctrina procesalista, vid., FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 37: «Planteado el problema de si la venta es un contrato, ¿cómo puede producirse sin la voluntad del vendedor? (...)». También GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 651: «(...) Ya específicamente dentro de las ventas judiciales, no se pueden encontrar en ellas los rasgos esenciales de un negocio o contrato de compraventa, pues aquí falta esencialmente el elemento indispensable de la aptitud o de la voluntad del vendedor». Del mismo modo, MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tomo II..., cit., p. 1725: «Para rechazar la teoría de la compraventa basta advertir que no sabemos quién es el vendedor; en efecto, la venta se realizaría sin el consentimiento del propietario del bien, más aún, en contra de su voluntad». En tiempos más reciente, también MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., p. 234, nota n. 419, quien destaca que la doctrina pone constantemente de manifiesto los obstáculos para equiparar la venta ordinaria y la subasta judicial, «sobre todo reiterando una y otra vez el insalvable obstáculo de la falta de voluntariedad del ejecutado (...)». Coincidente resulta también en esta crítica la doctrina italiana, vid. TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata»..., cit., p. 1131: «La concezione per prima affermatasi propende, come abbiamo notato, per una assimilazione della vendita forzata allo schema tipico della vendita volontaria, in un quadro rigorosamente contrattualistico. La difficoltà che incontra tale concezione consiste nel fatto che la vendita forzata avviene senza, o contro, la volontà del debitore esecutato, proprietario del bene oggetto dell'espropriazione». También PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 270: «Nella specie (refiriéndose a la "vendita forzata") manca il venditore e manca la volontà del venditore (...)». Igualmente, BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»... cit., p. 5: «(...) Le più significative opinioni contrattualistiche (...) si dibattono nell'inane tentativo di superare l'intima contraddizione, insita nel postulare un contratto senza o addirittura contro la volontà del venditore».

teorías que nuestro parecer se antojan ciertamente artificiosas como tendremos ocasión de demostrar. Las referidas teorías, siguiendo la sistematización acogida por TRAMONTANO en este punto<sup>240</sup>, pueden agruparse en dos grandes categorías: aquellas que sitúan la figura del vendedor en el propio órgano judicial ejecutivo, y las que lo circunscriben en el acreedor ejecutante.

#### 2.1.2.1. Primera categoría de teorías tendentes a superar la ausencia de voluntad del deudor: el vendedor es el órgano ejecutivo (exposición y crítica)

En esta categoría encontramos en primera posición, siguiendo un orden rigurosamente cronológico, a la denominada «**teoría de la representación genérica**» sostenida por CARNELUTTI, quien entiende que la Ley concede al órgano jurisdiccional encargado de la ejecución el poder de representar al ejecutado en el contrato de venta; esto es, el órgano competente (actualmente en España el Secretario judicial y en Italia el Juez), procede a la venta de los bienes en representación del ejecutado. Así pues, la venta judicial sería un verdadero contrato de compraventa en el que el comprador es el rematante adjudicatario y el vendedor el deudor ejecutado, el cual actúa por representación de éste en virtud del poder de representación que le viene conferido por la Ley<sup>241</sup>.

La teoría de la representación genérica, presenta un gran inconveniente criticado por una gran parte de la doctrina más autorizada, cual es el hecho de que se opone a uno de los pilares característicos propios del instituto de la representación: a saber, ¿cómo puede concebirse un supuesto de representación en el que el representante actúa no sólo sin tener presente el interés del representado, sino incluso pudiendo ir en contra del mismo? El órgano jurisdiccional encargado de la ejecución actúa en interés del acreedor ejecutante, pues la venta judicial trae causa de un proceso de ejecución dineraria ante el incumplimiento voluntario de una deuda no satisfecha por el deudor ejecutado. ¿Cómo puede decirse, pues, que actúa en representación del deudor ejecutado? Como indica GALGANO, «el representante debe contratar “en interés del representado”: no puede utilizar el poder de representación que le ha sido conferido para realizar, en lugar del interés del representado, su propio interés (o el interés de un tercero –como sucede en el caso de la venta judicial-)»<sup>242</sup>.

---

<sup>240</sup> TRAMONTANO acuña una inédita sistematización de las teorías privatistas existentes, poniendo el acento en el sujeto que ocupe la posición del «supuesto» vendedor. A estos efectos, *vid.*, TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata»..., *cit.*, p. 1131: «Gli espedienti volti a superare tale incongruenza (la incongruenza viene referida a la inexistencia de voluntad por parte del deudor ejecutado, propietario del bien objeto de ejecución) possono raggrupparsi in due categorie, secondo che propendano per individuare la figura del venditore nel creditore istante, oppure nello stesso organo esecutivo».

<sup>241</sup> CARNELUTTI, F., *Lezioni di diritto processuale civile. Vol. II, Processo di esecuzione*, Padova, 1931, pp. 221 y ss.

<sup>242</sup> Traducción realizada por el autor del presente trabajo. GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II..., *cit.*, pp. 430 y 431: ««Il rappresentante deve contrattare “nell’interesse” dei rappresentato (art. 1388): non può

CARNELUTTI, mediante su construcción dogmática viene a crear un nuevo concepto de representación, concretamente y siguiendo sus palabras, entiende el autor que existe representación «cuando el Ordenamiento Jurídico permite que un derecho sea ejercitado o que una obligación sea cumplida por otro que no sea su titular o, más concretamente, el titular del interés que sustancialmente constituye la esencia del derecho o de la obligación»<sup>243</sup>.

Pero lo anterior no deja de ser una *fictio iuris*, una creación insostenible y exclusivamente concebida para amoldar el instituto de la representación a la tesis que defiende en torno a la naturaleza jurídica. Reiteramos, que no puede existir «representación» sin que a través de la misma el representante actúa en interés del representado<sup>244</sup>.

En este mismo sentido, merece la pena destacar lo dicho por PUGLIATTI, abierto opositor a la tesis de la representación de CARNELUTTI, quien advierte que «la finalidad primordial de la representación está en servir a los intereses del representado y, sin embargo la actividad del órgano jurisdiccional en la ejecución, aunque recae sobre el interés del representado, nunca puede afirmarse que tienda a tutelar dicho interés»<sup>245</sup>. La función de la representación y de la ejecución son claramente diversas: en la representación se actúa en interés del representado, mientras que en la ejecución se trata de resolver un conflicto de

utilizzare il potere di rappresentanza che gli è stato conferito per realizzare, anziché quello del rappresentato, il proprio interesse (o l'interesse di un terzo)».

<sup>243</sup> CARNELUTTI, F., «Postilla», en *Rivista Trimestrale di Diritto en Procedura Civile*, 1932; traducción obtenida de MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 67, nota n. 33.

<sup>244</sup> En similar sentido, TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata»... cit., p. 4: «(...) Ciò comportava una inaccettabile fictio che lasciava inspiegato il compimento di un atto in danno del rappresentato; si giungeva ad ampliare in modo atecnico il concetto stesso di rappresentanza, rinvenendola in tutte le ipotesi nelle quali vi sia disposizione di un diritto per volontà di un soggetto che non ne è titolare».

<sup>245</sup> PUGLIATTI, S., «Vendita forzata e rappresentanza legale», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1932, I, pp. 294 y ss. En este mismo sentido también el propio PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 275: «(...) A bene esaminare ogni concetto generico di rappresentanza, o qualseasi concetto di rappresentanza lato sensu, non si può che giungere a un risultato negativo: che non si tratta di rappresentanza vera e propria, nel senso tecnico giuridico». En esta crítica coinciden una gran cantidad de autores; entre otros, vid. TRAVI, A., «Vendita dei beni pignorati»..., cit., p. 637: «Non è facile inquadrare nel concetto di rappresentanza l'operato di una persona (o di un ufficio) che agisce a esclusiva tutela di un interesse di terzi e in danno al supposto rappresentato; ne è agevole stabilire su quale titolo –in mancanza di un atto di volontà del debitore- tale rappresentanza si fonderebbe». También MAZZARELLA, F., «Vendita forzata»..., cit., p. 553: «Fosse il creditore o l'ufficio esecutivo il rappresentante del debitore, non si poteva dire che essi perquisero, e dovessero perseguire, l'interesse del rappresentato». Igualmente, BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»..., cit., pp. 5 y 6: «Si mise in luce in proposito che il creditore non potrebbe configurarsi come un rappresentante volontario o legale del debitore, per la impossibilità logica di configurare la rappresentanza di una persona in pregiudizio della quale si agisce». En la doctrina española, vid., SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 69: «(...) Se rechazan por insuficientes otras doctrinas privatistas como la de la representación, puesto que difícilmente se puede apreciar cuándo el que actúa por otro puede hacerlo contra su voluntad, y aun perjudicando su interés». En tiempos más recientes, LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., p. 204, nota n. 51: «Son muchos los problemas que esta teoría (refiriéndose a la teoría de la representación de CARNELUTTI) trae consigo, sobre todo si atendemos a la naturaleza jurídica de la representación. ¿Cómo puede actuarse en perjuicio del representado?».



intereses (al resolver un conflicto de intereses, el órgano jurisdiccional debe actuar al margen de los sujetos cuyos intereses se enfrentan)<sup>246</sup>.

En definitiva, para superar un obstáculo como es la explicación de la ausencia de voluntad del vendedor en un «supuesto» contrato como sería la venta judicial, acudimos a otro impedimento insalvable como es la afirmación de un caso de representación en el que el propio representante va en contra de los intereses de su representado. En otros términos y como bien indica GUTIÉRREZ DE CABIEDES en este sentido, la representación es un instituto de Derecho privado, que por ello debe reunir las notas características de «la relación privada de igualdad entre los sujetos, nacimiento voluntario (salvando los supuestos de representación legal, claro está, y resultado previsto y querido por las partes)<sup>247</sup>.

A pesar de tratarse de una teoría superada, como ahora tendremos ocasión de ver, hasta por el mismo CARNELUTTI, existen autores en la doctrina española que se adhieren a tal postura, señaladamente LÓPEZ ORTIZ, quien considera la subasta judicial como un contrato privado en el que el órgano judicial interviene en forzosa representación<sup>248</sup>.

Acabamos de afirmar, que el propio CARNELUTTI da por superada su teoría de la representación, y ciertamente así lo hace, pues la descarta, quizá como respuesta a las múltiples e insalvables críticas de la que la misma fue objeto, pasando a una nueva teoría que califica como de **«sustitución material del juez u órgano ejecutivo, o de representación legal del órgano ejecutivo»**<sup>249</sup>. Esta segunda teoría viene a constituir una clara variante de la anterior, pues conforme a la misma se entiende que a través del embargo, el deudor ejecutado queda incapacitado, sustituyéndole en el ejercicio de sus facultades el órgano ejecutivo. En virtud de este planteamiento, la venta judicial seguiría siendo un contrato de compraventa, celebrado no por el adjudicatario y el deudor (representado por el órgano ejecutivo), sino por el adjudicatario y el propio órgano ejecutivo, que desde el embargo ocupa el lugar del deudor ejecutado. Tratándose de un contrato en el que una de las partes es el órgano jurisdiccional ejecutivo, el autor lo inserta en la categoría de contrato de «Derecho público».

A pesar de que mediante esta teoría el célebre CARNELUTTI logra huir de su preconizada «representación voluntaria», vuelve a caer en lagunas pantanosas, ya que reitera

---

<sup>246</sup> Traducción llevada a cabo por el autor del presente trabajo. PUGLIATTI, S., «Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1933, I, pp. 425 y ss.

<sup>247</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 70.

<sup>248</sup> LÓPEZ ORTIZ, L., «Los contratos procesales», en *RGLJ*, N° 197, 1954, p. 84, niega incluso «el carácter de contrato procesal a la subasta judicial, aun en el caso de otorgarse forzosamente por el juez la venta del inmueble, no hay en el fondo sino un contrato civil con intervención del órgano judicial en forzosa representación».

<sup>249</sup> CARNELUTTI, F., *Instituciones del Proceso Civil*, Vol. III, traducción SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1960, pp. 35 y 36.

la existencia en cualquier caso de un contrato. En efecto, esta segunda postura de CARNELUTTI, es también objeto de sólidas críticas:

- En primer lugar, porque al decretarse el embargo, el deudor ejecutado no pasa a encontrarse en una suerte de «situación de incapacidad (o mejor dicho, de falta de legitimación) respecto al objeto embargado». Tanto en el Ordenamiento español como en el italiano, el embargo constituye el primero de los pasos del proceso ejecutivo, a través del cual se individualiza el concreto bien sobre el que recaerá el posterior procedimiento de apremio con el que dicho bien se convertirá en dinero. Pero una vez decretado por parte del Secretario judicial, el sujeto propietario del bien en cuestión sigue ostentando todas las facultades integrantes de tal derecho, a saber y en virtud del art. 348. 1º CC, las de goce (integradas por el uso y disfrute) y disposición (enajenar, gravar e hipotecar). Así se desprende del conjunto de la regulación del embargo por parte de la LEC (el Capítulo III, del Título IV –De la ejecución dineraria-, arts. 584 a 629).

En Italia, lo anterior quizá no resulte con tanta claridad, en la medida en que el deudor embargado, una vez decretado el embargo, en virtud del art. 492. 1º del CPC italiano debe abstenerse de realizar actos directos sobre el bien objeto de embargo, tendentes a sustraerse de la garantía que el mismo supone para el acreedor ejecutante<sup>250</sup>. Siendo así, se califican de ineficaces frente al acreedor ejecutante, todos los actos de disposición respecto al bien objeto de embargo; pero se trata de una ineficacia relativa, pues el acto en sí mismo sí es válido respecto del resto de terceros<sup>251</sup>. Asimismo y en lo que respecta a los bienes inmuebles, conforme al art. 559. 1º del CPC italiano<sup>252</sup>, decretado el embargo, el deudor ejecutado (por regla general) es constituido como «custodio» del bien embargado; esto es, quedan obligados a rendir cuentas al órgano ejecutivo de la administración y gestión del inmueble objeto de la traba, en el tiempo fijado por este último y en todo caso cada trimestre (*ex art. 560. 1º y 593 del CPC italiano*<sup>253</sup>); debiendo obtener previa autorización del órgano ejecutivo en el caso en que decidan arrendarlo (*ex art. 560. 2º*

---

<sup>250</sup> El tenor literal del art. 492. 1º del CPC italiano es el que sigue: «Salve le forme particolari previste nei capi seguenti, il pignoramento consiste in una ingiunzione che l'ufficiale giudiziario fa al debitore di astenersi da qualunque atto diretto a sottrarre alla garanzia del credito esattamente indicato i beni che si assoggettano alla espropriazione e i frutti di essi».

<sup>251</sup> Así lo afirma expresamente DI PIRRO, M., *Codice di Procedura Civile illustrato. Dottrina, giurisprudenza, schemi, mappe e tabelle*, Piacenza, 2012, pp. 598 y ss.

<sup>252</sup> El art. 559. 1º del CPC italiano establece: «Col pignoramento il debitore è costituito custode dei beni pignorati e di tutti gli accessori, comprese le pertinenze, e i frutti senza diritto a compenso».

<sup>253</sup> El art. 560. 1º del CPC italiano afirma: «Il debitore e il terzo nominato custode debbono rendere il conto a norma dell'articolo 593». Mientras que, por su parte, el art. 593. 1º del referido texto legal establece: «L'amministratore, nel termine fissato dal giudice dell'esecuzione, e in ogni caso alla fine di ciascun trimestre, deve presentare in cancelleria il conto della sua gestione e depositare le rendite disponibili nei modi stabiliti dal giudice».

<sup>254</sup>). En definitiva, en Italia, el embargo sí comporta verdaderas limitaciones para el deudor ejecutado, si bien tampoco pueden llegar a calificarse como constitutivas de un estado de falta de legitimación respecto del objeto *stricto sensu* por parte del sujeto en cuestión; de ser así, no podrían ejercitar facultad alguna y los actos dispositivos serían plenamente eficaces, no sólo frente al acreedor ejecutante, sino también respecto a todo tercero<sup>255</sup>.

- En segundo lugar porque si lo que se pretende es explicar de alguna forma el papel que ocupa el órgano jurisdiccional en la venta judicial, no resulta necesario acudir, tal y como apunta acertadamente BONSIGNORI, al concepto de sustitución o de representación legal por incapacidad del ejecutado, sino que basta acudir a su propia potestad jurisdiccional en virtud de la cual puede coactiva y unilateralmente enajenar el bien<sup>256</sup>.
- Y finalmente, incluso en el caso de que aceptemos la «supuesta» incapacidad a la que queda sometido el deudor ejecutado a partir del embargo, tampoco estaríamos en presencia de un verdadero sustituto o representante legal de este último, ya que no actúa en su interés, sino en el del acreedor ejecutante. Siguiendo a MICHELI, puede decirse que «el deudor no encuentra, por tanto, en el órgano ejecutivo un sujeto que lo tutele, sino un órgano imparcial el cual actúa la Ley enajenando las cosas del deudor y distribuyendo el precio a los acreedores en pago de los bienes»<sup>257</sup>.

---

<sup>254</sup> El art. 560. 2º del CPC italiano dispone: «Ad essi è fatto divieto di dare in locazione l'immobile pignorato se non sono autorizzati dal giudice dell'esecuzione».

<sup>255</sup> Así lo afirma MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata»..., *cit.*, p. 105, quien considera que no es verdad que el deudor se convierta en incapaz como consecuencia del embargo ni deba ser asistido de un administrador legal: «Non è vero che il debitore in seguito al pignoramento divenga incapace e debba, quindi, essere assistito da un amministratore legale». Asimismo, MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata», en RESCIGNO, P. (Dir.), *Trattato di Diritto Privato*, 2ª Edición, Torino, 1998, p. 266: «Il pignoramento, inoltre, non priva il debitore della capacità d'agire o del potere di disposizione ma si limita a rendere inefficaci nei confronti dei creditori procedenti le eventuali alienazioni effettuate in pendenza del vincolo processuale e comporta al più un potere dei creditori medesimi di far vendere i beni pignorati tramite l'intervento dell'autorità giudiziaria». E igualmente, SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, *cit.*, pp. 92 y 93: «(...) En nuestro Ordenamiento Jurídico ha quedado establecido que el embargo nunca priva al deudor ejecutado de facultad de disposición alguna sobre los bienes trabados».

<sup>256</sup> BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»..., *cit.*, p. 7: «(...) Per la tesi della sostituzione vale il rilievo per cui il giudice dell'esecuzione non ha affatto bisogno di sostituirsi nel diritto del titolare, per, poi, poterle vendere, ma è sufficiente che lo venda coattivamente, in forza della sua potestà giurisdizionale (...)».

<sup>257</sup> Traducción realizada por el autor del presente trabajo. MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata»..., *cit.*, p. 105: «Tale rappresentante legale del debitore non agisce, come tutti i soggetti di quella categoria, nell'interesse del debitore, ma nell'interesse dei creditori i quali si rivolgono a lui allo scopo di ottenere il ristabilimento di una situazione preprocesuale che il debitore ha rotto con l'inadempimento; il debitore, quindi, non trova nell'organo esecutivo un soggetto che lo tuteli, ma un organo imparziale il quale attua la legge alienando le cose del debitore e distribuyendo il prezzo ai creditori od assegnando loro in pagamento i beni stessi».

En el escenario español, existe una clara variante de esta segunda teoría de «sustitución material del órgano ejecutivo», acuñada por CARRERAS LLANSANA, que propugna una actuación sustitutiva del órgano ejecutivo en base no a la incapacidad o falta de legitimación del ejecutado respecto del objeto, lo que traería consigo una actuación sustitutiva del órgano ejecutivo, sino en virtud de la legitimación que para el ejercicio de tales actos sobre el bien objeto de subasta obtiene de la potestad jurisdiccional de la que es titular. Es decir, el órgano ejecutivo se encuentra legitimado para enajenar, celebrando un contrato de compraventa con el rematante, en virtud de su potestad jurisdiccional; potestad pública que le permite actuar como sustituto del responsable en los contratos que integran la realización forzosa<sup>258</sup>. Al despacharse la ejecución, el órgano ejecutivo (Secretario judicial en España y Juez en Italia) queda investido de una potestad pública que le faculta para realizar válidos actos en el patrimonio del deudor ejecutado. Vende los bienes de este último, celebrando un contrato de compraventa, que podríamos calificar como público o procesal<sup>259</sup>. Esta conexión entre la potestad jurisdiccional del Juez y los contratos que realiza en sustitución del deudor es lo que a juicio de CARRERAS constituye la «legitimación»<sup>260</sup>.

Se aprecia, pues, la diferencia entre la teoría de la sustitución de CARNELUTTI y la de CARRERAS LLANSANA: mientras el primero habla de sustitución como consecuencia de la situación de representación legal que traería consigo la «supuesta incapacidad» del ejecutado a partir del embargo; el segundo aboga por la sustitución como consecuencia del ejercicio sobre el patrimonio del deudor de válidas facultades dispositivas en virtud de la potestad pública jurisdiccional de la que es titular.

La postura de CARRERAS LLANSANA tampoco está exenta de críticas por parte de la doctrina española. En ese sentido, comenzando por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, considera que esta teoría «tampoco satisface plenamente»: en primer lugar, porque no se define lo que se entiende por sustitución material; y en segundo lugar porque en su construcción «se toman

---

<sup>258</sup> CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, pp. 76 y ss. En el seno de la doctrina italiana, encontramos una teoría similar acuñada por DE MARTINI, A., «Profili contrattuale della vendita forzata nella esecuzione singolare e fallimentare», en *Giurisprudenza Completa della Cassazione Civile*, N° 3, 1948, pp. 189 y ss. (citado por TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata»..., *cit.*, p. 1132, nota n. 11), para quien «la vendita forzata sarebbe un contratto di diritto privato, posto in essere tra l'offerente e l'ufficio esecutivo, investito della legittimazione a disporre di interessi altrui per la tutela di interessi (collettivi o individuali) a quello sovraordinati». La diferencia de planteamiento por parte de DE MARTINI radicaría en calificar a la compraventa celebrada de «contrato de Derecho privado», a diferencia de CARRERAS LLANSANA, quien lo configura como contrato procesal o de Derecho público.

<sup>259</sup> MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, *cit.*, p. 72. Nótese que las teorías de sustitución material del órgano ejecutivo dan lugar a la configuración de la venta judicial como un contrato procesal o de Derecho público, que por ello pudieran ser incluidas bajo el epígrafe correspondiente a las teorías publicistas. No obstante, por razón del orden lógico en la evolución del pensamiento de los autores, creemos conveniente incluirlas en el apartado de las teorías privatistas, también denominadas contractualistas como ya hemos tenido ocasión de advertir al iniciar la exposición del presente capítulo.

<sup>260</sup> La legitimación, afirma CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes...*, *cit.*, p. 90, «entraña poder que deriva de una posición relativa con respecto al objeto; entraña inicialmente justificación de la potestad de realizar determinados actos, pero por extensión pasa a significar esa potestad en sí misma».

conceptos y pareceres que han sido dados para la legitimación procesal, no para la civil». Respecto a esta última objeción, incluso en el caso hipotético de que existiesen dos legitimaciones, una civil y otra procesal, la legitimación del Juez para vender sería en todo caso procesal, pues se da dentro de un proceso y produce en él directa e inmediatamente sus efectos jurídicos. Por último, objeta el referido autor que el concepto de legitimación, ya procesal o material, «es una cualidad propia y específica de las partes para poder obrar eficazmente, pero nunca del órgano»<sup>261</sup>. En otros términos y siguiendo en este último punto a SOLCHAGA LOITEGUI, «no hace falta acudir a facultades o poderes propios de otros sujetos (las partes), para fundamentar algo que el juez puede por sí; ni se podría afirmar que el Juez es al mismo tiempo parte a los efectos de la venta»<sup>262</sup>.

Las insuficiencias apuntadas que traen consigo las teorías de la representación genérica y de sustitución material del Juez, acuñadas por CARNELUTTI, dan lugar a la aparición de nuevas teorías «privatistas o contractualistas», que en línea de principios, siguen afirmando la identidad de la venta judicial con el contrato de compraventa. No obstante, siguen enfrentándose al mismo obstáculo que las teorías anteriores, a saber, ¿cómo se explica la ausencia de voluntad o consentimiento por parte del deudor ejecutado, supuesto vendedor de seguir los esquemas contractualistas? A este respecto encontramos en siguiente lugar la denominada «**teoría de la expropiación del poder de disposición**» del deudor ejecutado, propuesta por CHIOVENDA<sup>263</sup>.

La inteligencia de la que podemos denominar como «teoría» parte de la distinción realizada por AUGUST THON, entre la facultad dispositiva de un derecho y el derecho mismo del que se dispone. Dicha facultad dispositiva es independiente al derecho del que se dispone, no forma parte del mismo. THON realiza el siguiente paralelismo ilustrativo acerca

---

<sup>261</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 73. SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, cit., p. 93, coincide en la misma crítica que GUTIÉRREZ DE CABIEDES, en el sentido que sigue: «Así, se critica la indefinición de la que adolece el propio concepto de sustitución formulado por CARRERAS LLANSANA; además, resulta difícil aplicar al órgano jurisdiccional un concepto (el de la legitimación) cuya virtualidad sólo puede desplegarse en relación con las partes en el proceso». En empleo de un razonamiento similar, LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., p. 205, nota n. 51: «Esta teoría (la teoría de la sustitución material del Juez), incurre en el mismo fallo que el resto de las privatistas, al aplicar conceptos puramente privados al proceso. ¿Cómo puede hablarse de legitimación del Juez para actuar en sustitución del deudor, cuando está actuando en ejercicio de su potestad jurisdiccional?, ¿cómo puede aplicarse el concepto de legitimación a quien no es parte?».

<sup>262</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 71. En tiempos más recientes y en sentido similar, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 73, nota n. 56, añade que «el concepto de legitimación es un concepto predicable de las partes para poder obrar eficazmente en el proceso, y nunca del órgano jurisdiccional, que no necesita la legitimación para llevar a cabo su actividad jurisdiccional».

<sup>263</sup> La teoría de CHIOVENDA que analizadmos viene reflejada en el estudio: CHIOVENDA, G., «Sulla natura dell'espropriazione forzata», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1926, pp.85-104.

de su pensamiento<sup>264</sup>: la fuerza del que lanza una piedra es una manifestación del poder físico que no tiene nada que ver con la piedra lanzada<sup>265</sup>.

Siendo así, a través de la ejecución forzosa, concretamente a partir del embargo, el órgano ejecutivo lleva a cabo una expropiación de la facultad de disposición autónoma, lo cual le faculta para enajenar el derecho de propiedad del bien embargado al tercero adjudicatario; no obstante, lo que se expropia es la facultad dispositiva, no el derecho subjetivo de propiedad que sigue perteneciendo al titular (deudor ejecutado). Pues bien, esta facultad de disposición es la que faculta al órgano expropiante para transmitir el derecho de propiedad en sí mismo.

En este proceso de expropiación en que se cifra la venta judicial, se distinguen dos momentos: uno primero, donde se lleva a cabo la expropiación de la facultad de disposición del deudor ejecutado titular del derecho objeto de venta judicial o forzosa y la atribución de dicha facultad a una persona (el órgano ejecutivo) diversa del titular; y uno segundo, consistente en el acto a través del cual la persona investida de la facultad de disposición (el órgano ejecutivo) ejercita dicha facultad, disponiendo del derecho a favor de una tercera persona (el rematante adjudicatario)<sup>266</sup>.

Conforme a lo anterior, la venta judicial sería un contrato de compraventa celebrado entre el órgano ejecutivo y el tercero adjudicatario, actuando el primero como disponente del derecho de propiedad sobre el bien objeto de venta en virtud de la previa expropiación de la facultad de disposición autónoma llevada a cabo a través del embargo. Es un contrato celebrado por el Estado, pero con características especiales, sobre todo en lo que hace al objeto, ya que enajena un bien perteneciente a un sujeto privado, cuya facultad de disposición ha sido adquirida por el Estado<sup>267</sup>. Es decir, de nuevo una teoría contractualista, que explica la ausencia de consentimiento del propietario de la cosa vendida a través de la expropiación de la facultad de disposición «autónoma» que lleva a cabo el órgano ejecutivo

---

<sup>264</sup> Vid. THON, A., *Reschtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, pp. 325 a 330, citado por CHIOVENDA en *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1954, p. 342.

<sup>265</sup> CHIOVENDA, G., «Sulla natura dell'espropriazione forzata»..., *cit.*, p. 85: «La facoltà di disporre di un diritto sta fuori del diritto che è oggetto della disposizione come, secondo l'efficace paragone del Thon, la forza di chi lancia una pietra è una manifestazione di potere fisico che non ha nulla che vedere colla pietra lanciata».

<sup>266</sup> CHIOVENDA, G., «Sulla natura dell'espropriazione forzata»..., *cit.*, p. 90: «In ogni procedimento d'espropriazione si distinguono due momenti, per vicini e confusi che possano essere: a) l'espropriazione della facoltà di disposizione spettante al titolare del diritto e l'attribuzione di detta facoltà ad una persona (prefetto, organo giurisdizionale) diversa dal titolare; b) l'atto con cui la persona investita della facoltà di disposizione esercita questa facoltà, e dispone del diritto a favore di un terzo (ente espropriante, aggiudicatario)».

<sup>267</sup> CHIOVENDA, G., «Sulla natura dell'espropriazione forzata»..., *cit.*, p. 100: «Si tratta qui d'un contratto dello Stato, ma con caratteristiche e norme affatto speciali. Caratteristico è l'oggetto: perchè non si aliena un bene dello Stato, ma un bene appartenente a un privato e sul quale lo Stato ha acquistato soltanto la facoltà di disposizione. Caratteristico è l'organo che agisce per lo Stato: cioè un organo giurisdizionale».

en virtud del poder que le confiere la propia Ley al iniciarse el proceso ejecutivo; y no en virtud de la representación genérica de tal órgano que preconiza CARNELUTTI<sup>268</sup>.

¿Y cómo se explica esta expropiación de esa «autónoma» facultad de disposición por parte del Estado? A juicio de CHIOVENDA, ello no debe sorprender, ya que de la misma manera que la capacidad genérica de obrar puede ser modificada por un órgano jurisdiccional concurriendo algún tipo de enfermedad mental o incapacidad de autogobierno de la persona; con más razón puede también recortarse o expropiarse una concreta facultad jurídica perteneciente a un sujeto quedando ello justificado por el hecho de constituir una actuación necesaria en aras al buen fin del proceso ejecutivo, a la sazón pilar fundamental de la potestad jurisdiccional (no sólo juzgar, sino también hacer ejecutar lo previamente juzgado)<sup>269</sup>.

---

<sup>268</sup> En sentido análogo son numerosos autores los que exponen la teoría de CHIOVENDA y con ello damos prueba de la importancia del pensamiento en cuestión; entre otros los siguientes: TRAVI, A., «Vendita dei beni pignorati»..., *cit.*, p. 637: «Si è proposto da altri (Chiovenda) di prescindere da quel concetto e di configurare la vendita forzata come un contratto di vendita fra lo Stato e l'offerente: lo Stato, col pignoramento, esproprierebbe il potere di disporre spettante al debitore, e in forza di questo potere, e per le esigenze della sua funzione giurisdizionale (e non come rappresentante del debitore e neppure del creditore), concluderebbe poi il contratto con l'offerente. También MAZZARELLA, F., «Vendita forzata»..., *cit.*, p. 555: «Facendo leva sulla distinzione tra facoltà di disporre del diritto e diritto stesso, pose la prima (e non il secondo) come oggetto di espropriazione. Lo Stato, in altri termini, esproprierebbe con la vendita forzata non la cosa, né, tanto meno, il diritto di proprietà sulla medesima, bensì la facoltà di disporre (...). Sotto questo profilo, lo Stato venderebbe cioè stipulerebbe un vero e proprio contratto, non in rappresentanza del debitore, ma in virtù di un potere (divenuto) proprio, e esercitando quella facoltà di disposizione che avrebbe, immediatamente prima, espropriato al debitore». Igualmente JACCHERI, E., «Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflessioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)»..., *cit.*, p. 794: «Altri ancora, respingendo del tutto l'avvicinamento alla rappresentanza, comunque intesa, avevano individuato nella vendita forzata un meccanismo per il quale lo Stato espropria il potere di disposizione del debitore e, in forza di questo potere, stipula un normale contratto di vendita con il terzo». Por parte de la doctrina española, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa*..., *cit.*, p. 74: «Sin dejar la explicación contractualista del fenómeno de la subasta, un jurista ya clásico (refiriéndose a Chiovenda), propugnó una teoría todavía seguida, que justificaba el poder del juez en la venta como el ejercicio de la facultad de disposición del deudor expropiada a éste por el órgano jurisdiccional». Asimismo, SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio*..., *cit.*, pp. 81 y 82: «La teoría formulada por Chiovenda se asienta sobre la distinción existente entre el derecho subjetivo de que se dispone y la facultad de disposición sobre ese derecho. En determinados supuestos, la Ley prevé que los órganos competentes del Estado expropian dicha facultad de disposición. Mediante esta expropiación el Estado adquiere el derecho a vender dichos bienes en el transcurso de la ejecución forzosa, con el fin de pagar los créditos por los que se ejecute». Y en tiempos más recientes, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles*..., *cit.*, p. 69: «Estima a la subasta como un contrato de compraventa, aunque discrepa en que la facultad del órgano jurisdiccional para llevar a cabo esta venta sin el consentimiento del deudor esté en la representación, sino que, para este autor, esta facultad se encuentra en la expropiación del poder de disposición que produce el embargo».

<sup>269</sup> CHIOVENDA, G., «Sulla natura dell'espropriazione forzata»..., *cit.*, p. 95: «Come la stessa capacità generica d'agire può essere revocata, modificata e quasi direi plasmata dall'ordine giuridico per mezzo degli organi competenti, quando l'infermità di mente, o la tendenza del soggetto ad abusare di quella capacità dissipando i suoi beni, lo consigliano; così singole facoltà giuridiche possono essere tolte al soggetto quando il permettergli d'usarne sarebbe d'ostacolo al raggiungimento di un fine d'utilità generale (espropriazione per p. u.), o all'esercizio della funzione giurisdizionale (dichiarazione di fallimento, espropriazione dei beni del debitore (...))».

En el seno de la doctrina española, sigue el planteamiento de la teoría de CHIOVENDA, LOIS ESTÉVEZ, quien justifica toda la actividad de ejecución por un sistema de expropiación de derechos de los justiciables<sup>270</sup>. También DE LA PLAZA, quien siguiendo a CHIOVENDA afirma que la legislación española no ofrece dudas en lo que respecta a la naturaleza de la venta judicial, considerando que se trata de una venta en la que el vendedor no es el deudor (porque se realiza sin su voluntad), ni tampoco el acreedor, sino que es el Estado representado por el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución; y que esta facultad no está en la representación del ejecutado sino en la expropiación de la facultad de disponer del derecho, impidiendo que el sujeto use de esta facultad de disposición de manera anormal, en contra del interés general<sup>271</sup>. Asimismo, HERCE QUEMADA estima, al igual que CHIOVENDA, que con el embargo se expropia la facultad de disponer de los bienes objeto de embargo al deudor, sustituyendo el órgano ejecutivo la voluntad del deudor; esto es, no hay representación, sino sustitución, constituyendo la subasta un verdadero contrato de compraventa caracterizado por la intervención del órgano jurisdiccional<sup>272</sup>.

En el seno de la doctrina italiana, a destacar el acogimiento de la teoría expropiatoria de CHIOVENDA por parte de CICU y MESSINEO, quienes se declaran expresos seguidores de CHIOVENDA. En efecto, los referidos autores consideran que en el proceso de ejecución en el que tiene lugar la venta judicial o forzosa se distinguen dos momentos: uno primero, en el que la autoridad judicial expropia al deudor el poder de disposición del derecho (de propiedad) que después venderá; y uno segundo posterior en el que se procede a la venta, que puede calificarse como compraventa verdadera y propia, voluntaria y contractual: las partes de este contrato, que intervienen cada una de ellas con su propia voluntad son, de un lado el tercero adquirente, y del otro lado la pública autoridad, que vende no en nombre y por cuenta del deudor expropiado, sino en nombre propio, en virtud del poder de disposición que le pertenece después de habérselo quitado al deudor (actuando en interés del acreedor expropiante)<sup>273</sup>.

---

<sup>270</sup> LOIS ESTÉVEZ, J., «Teoría de la expropiación procesal», en *Revista de Derecho Privado*, 1948, pp. 1102-116, citado por SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, cit., p. 82.

<sup>271</sup> DE LA PLAZA, M., *Derecho Procesal Civil Español*, II, 2ª parte, 3ª Edición, Madrid, 1955, p. 558; citado por MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 70; y también por FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 45, nota n. 110.

<sup>272</sup> HERCE QUEMADA, V., y GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, Madrid, 1979, pp. 274-278.

<sup>273</sup> CICU, A., MESSINEO, F., *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Vol. XXIII, Milano, 1971, pp. 27 y 28: «A noi, invece, sembra ancora preferibile la vecchia, ben nota teoria chiovendana (...). In un primo momento, infatti, l'autorità giudiziaria espropria al debitore il potere di disposizione del diritto (di proprietà) che poi dovrà essere venduto. (...) Dopo di ciò, invece, si procede alla vendita, con incanto o senza. Ma questa è una compravendita vera e propria, volontaria, per contratto: le parti di questo contratto, che vi intervengono ciascuna colla propria volontà, sono da un lato il terzo acquirente, e dall'altro lato la pubblica autorità, che vende non in nome nè per conto del debitore espropriato, ma in nome proprio, in virtù del potere di disposizione che ormai le spetta dopo averlo tolto al debitore, e nell'interesse, soprattutto, del creditore espropriante».



Esto en lo que hace a la exposición de la teoría de CHIOVENDA y la doctrina que se acoge a la misma, veamos ahora las críticas a la misma, las cuales, a nuestro parecer, ponen de manifiesto lo insostenible de la misma.

En primer lugar, la premisa de la que parte el planteamiento de CHIOVENDA, a saber, la separación entre el poder de disposición en virtud del cual se posee el derecho de propiedad sobre el bien objeto de embargo y posterior venta judicial y el derecho mismo, es difícilmente sustentable. Toda facultad jurídica es parte integrante de un derecho subjetivo, y no puede concebirse sin el mismo de manera autónoma; cierto es que la facultad puede desgajarse de un derecho subjetivo pleno pasando a constituirse en torno a la misma un derecho subjetivo más limitado, si bien en ese caso el derecho inicialmente pleno habrá perdido tal facultad. Poniendo como referente el derecho de propiedad, de todos es sabido que constituye el derecho real más pleno, integrado conforme a la definición legal dada por el art. 348 CC español y el paralelo art. 832 del CC italiano, por las facultades de disposición y goce. No obstante, estas facultades pueden desgajarse, pasando a constituir un derecho real limitado, distinguiéndose entonces la «nuda propiedad» y el derecho real limitado en cuestión: por ejemplo, el derecho real limitado de usufructo consiste en la constitución de un derecho real en torno a la facultad de goce. Ahora bien, ese derecho subjetivo de propiedad (nuda propiedad) del que se desgaja la facultad de goce con la que se constituye el derecho real de usufructo, carece ya de dicha facultad jurídica; no puede ya ejercitarse el uso y disfrute respecto del bien objeto del derecho de propiedad (nuda propiedad) en cuestión. En definitiva, las facultades nacen con el derecho subjetivo de las que son integrantes, lo cual no impide que se independicen pasando a constituir un derecho subjetivo distinto; pero todo ejercicio de tal facultad jurídica desgajada irá referido, no al derecho subjetivo del que trae causa, sino al nuevo derecho subjetivo constituido.

Coinciden en apuntar esta primera crítica gran parte de la más autorizada doctrina española e italiana. Comenzando por la española, GUTIÉRREZ DE CABIEDES considera que «la separación entre derecho subjetivo en general y poder de disposición del mismo es artificial y contraria al propio concepto del derecho subjetivo»<sup>274</sup>. En sentido análogo, SOLCHAGA LOITEGUI rechaza la teoría de la expropiación del poder de disposición por insuficiente, «sobre todo, porque parte de una separación arbitraria y contraria al propio concepto del derecho subjetivo, entre éste en general y el poder de disposición del mismo»<sup>275</sup>. Y en el seno de la doctrina italiana, por todos puede citarse principalmente a PUGLIATTI, quien sostiene que la facultad de disposición no es cosa distinta que el derecho de cuyo contenido forma parte, en la medida en que el derecho subjetivo no es otra cosa que una *facultas* resultante de la síntesis de toda una serie de singulares facultades, entre las que se comprende la facultad dispositiva; un derecho subjetivo, conforme al pensamiento del

---

<sup>274</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 77.

<sup>275</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 69.

autor, sin las facultades integrantes del mismo no puede existir, sino como mera forma vacía, como mera abstracción<sup>276</sup>.

En segundo lugar, también puede objetarse a la tesis de CHIOVENDA lo apuntado acertadamente por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, a saber, que incluso en el caso de que se considere la facultad de disposición como una facultad genérica perteneciente a la personalidad de todo sujeto, en virtud de la cual dispone de todos los derechos subjetivos de los que es titular (cada uno de ellos integrados por otra paralela facultad dispositiva integrante del mismo), tampoco resulta sostenible hablar de la expropiación de tal facultad genérica, ya que, «como el mismo autor de esta teoría afirma, es un derecho de la personalidad y éstos por naturaleza son inalienables»<sup>277</sup>.

Como tercera crítica a la tesis de la expropiación del poder de disposición en la que también coinciden los autores puede indicarse que la referida teoría presupone una hipotética situación de limitación de la capacidad genérica de obrar a través del embargo. Ciertamente, conforme al planteamiento del autor, la facultad de disposición forma parte integrante del general derecho de la personalidad, y a partir del embargo, se produce la restricción de ese derecho, expropiándose una facultad integrante del mismo que pasa a formar parte del Estado, representado por el órgano ejecutivo. Esto es, apareja al embargo como efecto, la privación del poder de disposición. Y ello es plenamente insostenible en base al Derecho positivo español e italiano vigente, pues como ya hemos tenido ocasión de demostrar en páginas anteriores<sup>278</sup>, el titular del bien objeto de embargo sigue manteniendo intactas a pesar de su traba las facultades integrantes del derecho de propiedad sobre el que tiene por objeto a tal bien<sup>279</sup>.

---

<sup>276</sup> Traducción realizada por el autor del presente trabajo. PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 286: «Perché per noi -come abbiamo tentato di dimostrare- la facoltà di disposizione non è distinta dal diritto, di cui costituisce parte del contenuto, essendo il diritto subbiettivo null'altro che una *facultas* risultante dalla sintesi di tutte le singole facoltà, tra le quali è da comprendere quella dispositiva: un diritto subbiettivo, al di fuori delle singole facoltà, non può esistere, se non come forma vuota, mera astrazione».

<sup>277</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 79.

<sup>278</sup> Vid. nuestra primera crítica a la «teoría de la sustitución material del juez u órgano ejecutivo, o de representación legal del órgano ejecutivo» de CARNELUTTI, en la que también advertimos que el no suponer el embargo una situación de incapacitación o falta de legitimación para el sujeto titular del bien embargado puede no resultar tan clara en el Ordenamiento italiano, en la medida en que conforme al mismo resultan ineficaces frente al acreedor ejecutante y los acreedores intervinientes en el proceso ejecutivo los actos de disposición realizados con el bien en cuestión; pero incluso partiendo de lo anterior, tampoco en Italia puede decirse que el embargo suponga una situación de incapacitación del titular del bien embargado.

<sup>279</sup> Coinciden en destacar la referida crítica los siguientes autores: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 76: «Si nos situamos en el punto de partida “*chiovendiano*” de atribuir la facultad de disposición al derecho general de la personalidad, cabe objetar que en la tesis propuesta al privar al deudor de la facultad de disposición, aun sin decirlo, se le desconoce su normal capacidad de obrar. Desde el punto de vista de la disposición se convierte al deudor en un incapaz, lo cual si es sumamente discutible respecto al ejecutado universal (...), es inadmisibles ampliarlo al ejecutado singular. Supondría semejante alteración una restricción de los derechos de la personalidad que la Ley no señala (...).» También SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, cit., pp. 92 y 93: «(...) Una

En cuarto lugar, cabe preguntarse ¿qué sentido tiene hablar de una expropiación de la facultad de disposición por parte del Estado, con el fin último de transmitir el derecho de propiedad mismo al tercero adjudicatario, cuando podría directamente expropiar el derecho de propiedad en sí mismo? Como bien indica PUGLIATTI en este punto, si se reconoce la posibilidad de una intervención estatal autónoma en la expropiación de la facultad dispositiva, no concurre razón alguna para negar la expropiación del derecho subjetivo *in toto*<sup>280</sup>. En otros términos, si se puede admitir la expropiación de la facultad de disposición y la atribución al órgano público (órgano ejecutivo) en virtud de la Ley, para que pueda transmitir a un tercero el derecho de propiedad mismo del que proviene dicha facultad dispositiva, puede también y de manera mucho más simple (eliminando una inútil ficción) afirmarse la propia expropiación del derecho de propiedad mismo<sup>281</sup>. En definitiva, resulta innecesario argumentar la expropiación de la concreta facultad de disposición de un derecho subjetivo, en este caso el de propiedad, cuando lo que se pretende es transmitir el derecho mismo, no sólo la facultad en cuestión; cuando podría evitarse dicho artificio forzado argumentando la expropiación del derecho subjetivo en sí mismo (que reiteramos que es lo que finalmente se pretende transmitir)<sup>282</sup>. Una nueva insuficiencia, pues, de la teoría de la

---

eventual expropiación de la facultad de disposición sobre los bienes embargados incapacitaría al titular de los mismos para disponer de ellos, mientras que en nuestro Ordenamiento Jurídico ha quedado establecido que el embargo nunca priva al deudor ejecutado de facultad de disposición alguna sobre los bienes trabados». Así mismo, MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata»..., *cit.*, p. 106: «Tale teoria, però, urta contro il fatto che il pignoramento non ha quelle conseguenze che essa postula, cioè non produce una espropriazione del potere di disporre (...), che è, invece, conservato, come s'è visto a suo luogo, dal debitore». Igualmente, MAZZARELLA, F., «Vendita forzata»..., *cit.*, p. 555: «Il fatto è che neppure per un solo momento lo Stato diviene proprietario dei beni pignorati da portare a vendita, né il debitore incapace di disporre».

<sup>280</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, *cit.*, p. 286: «Perché se si riconosce la possibilità di un intervento statale autonomo nella espropriazione della facoltà dispositiva, non vi è ragione di negarla per la espropriazione del diritto subiettivo in toto». Se suma a la crítica también TRAVI, A., «Vendita dei beni pignorati»..., *cit.*, p. 637.

<sup>281</sup> PUGLIATTI viene a sostener los mismos términos, pero para justificar finalmente que el Estado está facultado para transmitir coactivamente el bien a una tercera persona, sin necesidad de hacerse previamente propietario de ese bien o titular de la facultad de disposición sobre el mismo. Ello forma parte de la denominada «teoría del trasferimento coactivo» acuñada por el referido autor, de la que nos ocuparemos posteriormente al analizar las denominadas «posturas o teorías publicistas». Así, vid. PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, *cit.*, p. 286: «Se dunque può ammettersi l'espropriazione della facoltà di disposizione, e l'attribuzione per virtù di legge, all'organo pubblico, perché possa, per mezzo di essa, trasferire ad altri il diritto, può anche, più semplicemente, ed eliminando una inutile finzione, ritenersi senz'altro che l'ordine giuridico conferisca immediatamente all'organo pubblico il potere di attuare un trasferimento coattivo, prescindendo del tutto da un atto di disposizione del titolare del diritto».

<sup>282</sup> En términos similares, coincide en apuntar esta crítica MAZZARELLA, F., «Vendita forzata»..., *cit.*, p. 555: «Vano è infatti obiettare la macchinosità della teoria, facendo mostra di non vedere il perché se lo Stato ha il potere di espropriare la facoltà del debitore di disporre dei propri beni, questi no espropri lui direttamente (anziché ricorrere a quello che viene considerato un inutile artificio). Igualmente, BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»... *cit.*, p. 10, justifica la posibilidad de expropiar directamente el derecho subjetivo mismo, en ejercicio a la potestad jurisdiccional con la que cuenta el Estado: «(...) L'ufficio esecutivo procede all'alienazione coattiva nell'esercizio della funzione giurisdizionale, quindi in posizione di sopra ordinazione e di imparzialità, e, dunque senza che abbia senso ipotizzare l'esproprio del potere di alienare, che viceversa nel caso di specie non serve, né si combina con l'accettazione dell'offerente».

expropiación del poder de disposición de CHIOVENDA, que resulta, como ya anticipamos al iniciar la exposición de las críticas a la misma, ciertamente insostenible.

2.1.2.2. Segunda categoría de teorías tendentes a superar la ausencia de voluntad del deudor: el vendedor es el acreedor ejecutante (exposición y crítica)

Como ya advertimos al iniciar la exposición de las posturas que venimos a denominar como «contractualistas», la dificultad esencial que las mismas presentan no es otra que la justificación de la ausencia de voluntad del deudor ejecutado. Decíamos, igualmente y siguiendo en este punto el razonamiento sistemático de TRAMONTANO, que este obstáculo se pretende salvar por parte de los autores, intentando individuar la figura del vendedor en el órgano ejecutivo (planteamientos analizados en el epígrafe precedente), o en el mismo acreedor ejecutante<sup>283</sup>. Pues bien, es este segundo grupo de teorías doctrinales, a saber, aquellas que pretenden salvar la ausencia de voluntad del deudor ejecutante individualizando la figura del vendedor en el acreedor ejecutante, de la que pasamos a ocuparnos en el presente apartado.

En base a lo anterior, debemos partir de la denominada «**teoría del mandato voluntario**» sostenida por MIRABELLI<sup>284</sup> y posteriormente por TENDI<sup>285</sup>, en virtud de la cual se entiende que el deudor, al obligarse, implícitamente otorga su voluntad para la constitución de un contrato de mandato especial para vender en favor del acreedor respecto de todo su patrimonio, quedando este último facultado para ejercitar ese *ius vendendi* sobre el mismo (el patrimonio en su conjunto) para el cumplimiento de tal obligación. Es decir, implícitamente al obligarse, todo deudor asume la eventualidad de que ante el incumplimiento de la obligación asumida y en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal, el acreedor quedará facultado para vender cualquiera de los elementos activos de su patrimonio; y la actuación del acreedor queda legitimada en virtud de un contrato de mandato especial voluntariamente celebrado por el propio deudor a su favor, si bien tal voluntad en la celebración del contrato no es expresa o *ad hoc*, sino que se deduce implícitamente de la voluntad inicialmente prestada al asumir la obligación<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata»..., *cit.*, p. 1131: «La difficoltà che incontra tale concezione consiste nel fatto che la vendita forzata avviene senza, o contro, la volontà del debitore esecutato, proprietario del bene oggetto dell'espropriazione. Gli espedienti volti a superare tale incongruenza (la incongruenza viene referida a la inexistencia de voluntad por parte del deudor ejecutado, propietario del bien objeto de ejecución) possono raggrupparsi in due categorie, secondo che propendano per individuare la figura del venditore nel creditore istante, oppure nello stesso organo esecutivo».

<sup>284</sup> MIRABELLI, G., *Del diritto dei terzi*, Torino, 1889, p. 308.

<sup>285</sup> TENDI, G. B., *Trattato teorico pratico della compravendita*, II, Firenze, 1906, p. 73.

<sup>286</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, *cit.*, p. 272, describe la «teoría del mandato voluntario» que posteriormente rechaza, en los siguientes términos: «Altri (...) semplifica la costruzione, affermando che, data la volontarietà dell'assunzione dell'obbligazione il diritto di vendere i beni del debitore,

Teoría que nos parece ciertamente insostenible desde muchos puntos de vista. En primer lugar, porque en el empeño por explicar la ausencia de voluntad del vendedor, haciendo radicar la misma en la actuación en concepto de mandatario por el acreedor, se deja al margen la intervención y el papel del órgano ejecutivo. ¿Cómo se explica el impulso procesal a cargo del órgano ejecutivo sin el cual la transmisión del bien objeto de venta judicial no se produce?

En segundo lugar, la teoría doctrinal del mandato voluntario se opone a una serie de principios básicos integrantes de la esencia del contrato de mandato. En efecto, como bien indica DÍEZ-PICAZO en consonancia con el resto de la doctrina, la relación jurídica que nace del contrato de mandato «encuentra su base y su fundamento en un vínculo de confianza y de fidelidad entre mandante y mandatario»<sup>287</sup>. Asimismo, el contrato de mandato puede celebrarse, de acuerdo con el art. 1710 del CC español (no existe artículo paralelo en el CC italiano) de manera expresa o de manera tácita; siendo tácito aquel mandato «que resulte de *facta concludentia*, es decir, de hechos del mandante y del mandatario que presupongan necesariamente la voluntad de celebrar el contrato»<sup>288</sup>. Siendo así, ¿cómo puede deducirse una voluntad tácita por parte de todo deudor al obligarse en aras a la constitución de un contrato que trae consigo una relación jurídica basada en la confianza y fidelidad? No parece que ello sea factible bajo ningún punto de vista. Es más, ese vínculo de confianza y fidelidad que subyace bajo el contrato de mandato alcanza una importancia tal que viene a repercutir poderosamente en todo el régimen jurídico de la institución; entre otros aspectos, influye en lo que a las causas de terminación de la relación se refieren: en general, toda pérdida de confianza debe generar una posible finalización de la relación, de ahí que exista como singularidad de esta figura contractual la posibilidad de que el mandante pueda revocar el mandato unilateralmente en cualquier momento<sup>289</sup> (*ex arts. 1732. 1º y 1733 del CC*

---

nel fine di rendere fruttuosa la garanzia, acquistata per legge dal creditore, deve riputarsi concessogli dallo stesso debitore. Il creditore dunque, che vende la cosa del suo debitore all'asta... vende *jure creditoris, procuratio nomine*. Si avrebbe qui, anziché *un negotiorum gestio*, un vero e proprio mandato implicito».

<sup>287</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV, 1ª Edición, Navarra, 2010, p. 475. En el mismo sentido, en la doctrina italiana vid. por todos GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II..., *cit.*, p. 699: «Il mandato è un contratto *intuitu personae*, basato sulla fiducia del mandante nella persona del mandatario, ed è al tempo stesso un contratto personale (...)».

<sup>288</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., *cit.*, p. 473.

<sup>289</sup> Coinciden en destacar el peso que tiene la confianza subyacente en el contrato de mandato como fundamento de su posible revocación unilateral en cualquier momento por parte del mandante: DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., *cit.*, p. 475: «La relación de mandato encuentra su base y su fundamento en un vínculo de confianza y de fidelidad entre mandante y mandatario. Se sigue de ello, ante todo, que la relación descrita posee un carácter marcadamente personal, que, a su vez, va a influir poderosamente en el régimen jurídico de la institución. (...) La modificación sobrevenida o la desaparición de las circunstancias o cualidades personales sobre las cuales se basó la confianza de las partes tiene que tener un cauce para repercutir en la suerte de la relación. La Ley contempla algunos de estos cambios como causas especiales de terminación de la relación (...), pero, en general, toda pérdida de la confianza debe generar una posible terminación de la relación: esencial revocabilidad y renunciabilidad (...)». Igualmente, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II, Barcelona, 1956, p. 375: «Nuestra doctrina subraya especialmente que la regla del art. 1733 –la de la revocabilidad– se explica por estar fundado el mandato en la

español<sup>290</sup>; y 1722. 2º y 1723. 1º del CC italiano<sup>291</sup>). En base a ello y retomando la crítica a la «teoría del mandato voluntario», ¿cómo puede concebirse la existencia de un contrato de mandato que no resultará revocable por parte del mandante –en el caso de la venta judicial, el deudor ejecutado-, cuando el mandato debe ser revocable por naturaleza? Ciertamente es que puede pactarse la irrevocabilidad del mandato (posibilidad admitida doctrinal y jurisprudencialmente en España, y en sede de Derecho positivo en Italia –*ex art. 1723. 1º del CC italiano*-), si bien en el caso de la venta judicial es evidente que ese pacto es inexistente, de forma que llegaríamos a una suerte de mandato irrevocable impuesto forzosamente lo cual se opone frontalmente a la esencia misma de la figura contractual en cuestión.

Siguiendo con las cuestiones esenciales del mandato que se ven completamente desdibujadas desde el planteamiento de su «artificial y forzado» encaje en los esquemas de la venta judicial, puede señalarse también una deficiencia evidente en sede de las obligaciones que asume el mandatario. Ciertamente, se entiende unánimemente por parte de nuestra mejor doctrina que existe un deber de fidelidad del mandatario en el cumplimiento de su actuación, que a pesar de no estar contemplado de manera expresa ni en el CC español ni en el italiano, como bien indica DÍEZ-PICAZO «no cabe duda de que se trata en todo caso

---

confianza que el mandante deposita en el mandatario, por lo que al desaparecer esta base del contrato debe desaparecer igualmente la relación jurídica».

<sup>290</sup> El tenor literal del art. 1732. 1º del CC español es el que sigue: «El mandato se acaba: 1º. Por su revocación».

Por su parte, el art. 1733 del CC español afirma: «El mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato».

<sup>291</sup> El art. 1722. 2º del CC italiano dispone: «Il mandato si estingue: 2º. Per revoca da parte del mandante». Mientras que el art. 1723. 1º del CC italiano establece: «Il mandante può revocare il mandato; ma, se era stata pattuita l'irrevocabilità, risponde dei danni, salvo che ricorra una giusta causa». Nótese que el CC italiano contiene una importante variante en sede positiva respecto del CC español, a saber, contempla expresamente la posibilidad de que el mandato sea irrevocable, únicamente cuando así se haya pactado expresamente por mandante y mandatario. Es decir, se permite la posibilidad de renuncia a la revocabilidad con la que por esencia y regla general cuenta a su favor el mandante. En ese caso, como puede apreciarse por el tenor del precepto descrito, el mandato no podrá revocarse, salvo que concurra causa que lo justifique. Con ello se da muestra de que el mandato es natural y esencialmente revocable, aunque puede excepcionalmente pactarse su irrevocabilidad, si bien fruto de su carácter natural es la posibilidad incluso en ese caso de revocarse cuando concurra justa causa. En el Ordenamiento Jurídico español el pacto de irrevocabilidad del mandato no se contempla positivamente en el CC, si bien la generalidad de la doctrina y jurisprudencia (ha sido un tema objeto de la correspondiente polémica, cuya exposición excede de los contornos de nuestra crítica a la «teoría del mandato voluntario» en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial) entiende que «es posible pactar expresamente su irrevocabilidad, pues se alega que la revocación es un derecho del mandante que puede ser renunciado conforme al art. 4 del CC español» (ESPÍN CÁNOVAS, D., *Derecho Civil Español, Vol. III, Obligaciones y Contratos*, 3ª Edición, Madrid, 1969, p. 572; quien cita a su vez en apoyo de la postura en cuestión a CASTÁN, destacando como opositor al planteamiento mayoritario –es decir, en contra de la posibilidad de pactar la irrevocabilidad del mandato-, a SÁNCHEZ ROMÁN y MANRESA). En sentido análogo y en tiempos más recientes afirma DE PABLO CONTRERAS, P., «El mandato», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coord.), *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2011, p. 723: «Habiéndose pactado la irrevocabilidad del mandato, se dará realmente ésta cuando el contrato existe, no sólo en interés del mandante y al mandatario, así como cuando constituye cláusula de un contrato sinalagmático o está involucrado en otra convención cualquiera, siendo requisito necesario para su cumplimiento».

de algo que viene impuesto por el juego del principio general de buena fe»<sup>292</sup>. Y este deber genérico de fidelidad se concreta en una serie de deberes, entre los cuales destaca como fundamental que «el cuidado del interés gestionado adquiere preferencia incluso sobre los propios intereses del gestor»<sup>293</sup>. Es decir, el mandatario en su actuación debe velar en todo momento por el interés del mandante, hasta el punto de que siempre debe anteponerlo a su propio interés. Siendo así, ¿cómo puede sostenerse que existe un mandato en la venta judicial, en la cual la actuación del ejecutante mandatario claramente persigue, ante todo y sobre todo, su propio interés en ver satisfecho su crédito incumplido? El «supuesto» mandatario en la venta judicial, no sólo es que no anteponga el interés del deudor ejecutado sobre el suyo propio, sino que incluso va en contra del mismo, pues no cuenta con su voluntad<sup>294</sup>.

Finalmente, de seguir la «teoría del mandato voluntario», entrarían en conflicto la regulación procesal y sustantiva de la venta judicial (tanto en España como en Italia, como ahora tendremos ocasión de ver), en lo que respecta a la posibilidad de que el adjudicatario, «supuesto» comprador conforme al esquema contractualista que rebatimos, sea el propio acreedor ejecutante (recordamos que es el que ocuparía la posición de «mandatario»). Desde el plano procesal, tanto en España como en Italia, pueden actuar como postor y eventual adjudicatario del bien objeto de venta judicial, el respectivo acreedor ejecutante<sup>295</sup>. Mientras que en el plano sustantivo y acudiendo a la regulación del contrato de mandato, existe tanto en España como en Italia igualmente una prohibición genérica impuesta al mandatario de adquirir por compra los bienes propiedad del mandante<sup>296</sup>. Si el acreedor ejecutante debe ser el mandatario conforme a la «teoría del mandato voluntario» del deudor ejecutante (propietario y mandante), ¿cómo casa el supuesto admitido procesalmente con la prohibición

---

<sup>292</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., cit., p. 476.

<sup>293</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., cit., p. 476.

<sup>294</sup> El conflicto de intereses evidente entre acreedor mandatario y deudor mandante que deriva de la «teoría del mandato voluntario» es apuntado por PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 272, quien como ya anticipamos, se opone plenamente a dicha construcción artificiosa: «Le difficoltà però permangono: il conflitto d'interessi fra il creditore istante, come creditore, e l'espropriando debitore, è ineliminabile, tanto più se la procura al creditore venga necessariamente attribuita, per la tutela di un suo interesse (...)».

<sup>295</sup> En el Ordenamiento Jurídico español, la posibilidad de que el acreedor ejecutante actúe como postor en la subasta judicial y pueda llegar a ser adjudicatario se deduce de los arts. 647. 2º; 650. 2º, 3º y 4º; 65; 670. 2º, 3º y 4º; y 671 de la LEC. En el Ordenamiento Jurídico italiano dicha posibilidad se establece de manera aún más expresa en el art. 579. 1º del CPC, cuyo tenor pasamos a reproducir precisamente por su clarividencia al respecto: «Salvo quanto è disposto nell'articolo seguente, ognuno, eccetto il debitore, è ammesso a fare offerte all'incanto».

<sup>296</sup> La prohibición de comprar bienes propiedad del mandante que corre a cargo del mandatario se establece, en el caso de España, en el art. 1459. 2º CC español, a cuyo tenor: «No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia: 2º. Los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados». En el caso de Italia, la anterior prohibición se contiene en el art. 1471. 4º CC italiano, en el que se afirma: «Non possono essere compratori nemmeno all'asta pubblica, né direttamente né per interposta persona: 4º. I mandatari, rispetto ai beni che sono stati incaricati di vendere, salvo il disposto dell'articolo 1395».

sustantiva expuesta? Se trata de una contradicción definitivamente insuperable, sobre todo en lo que concierne a las ventas judiciales como ahora veremos. En efecto, a pesar de lo polémico de la interpretación de la prohibición de vender a la que estamos haciendo referencia<sup>297</sup>, de lo que no existe duda alguna es que la prohibición impera con toda fuerza (así lo entiende la doctrina de forma uniforme y pacífica) en el ámbito de las ventas judiciales o subastas; fruto de ello es el propio tenor literal del art. 1459. 2º del CC español y del respectivo art. 1471. 4º del CC italiano, en los que se hace expresa mención a la prohibición del mandatario de adquirir bienes del mandante particularmente en subasta pública o judicial. Asimismo, una breve ojeada al Derecho comparado refuerza lo anterior, particularmente en lo que hace a los Códigos Civiles francés y holandés en los cuales lo que se prohíbe expresamente al mandatario es «resultar adjudicatario» y ello bajo pena expresa de nulidad. En definitiva, existe en España e Italia una clara y frontal prohibición al mandatario de resultar adjudicatario en venta judicial de bienes propiedad del mandante, lo cual choca frontalmente con la paralela posibilidad con la que cuenta el acreedor ejecutante («supuesto» mandatario) de pujar y ser adjudicatario en tales ventas.

Expuesta y rechazada la teoría contractualista del «mandato voluntario», pasamos a analizar la segunda de las tesis contractualistas que tratan de salvar la ausencia de voluntad del deudor ejecutado individualizando la figura del vendedor en el acreedor ejecutante, cual es la denominada **«teoría de la prenda del acreedor» sobre el patrimonio del deudor de**

---

<sup>297</sup> El art. 1459 CC español ha sido objeto de una viva polémica doctrina y jurisprudencial, que ha girado entre dos ejes interpretativos opuestos y extremos que vienen relatados de manera muy clarificadora por Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., cit., p. 484, en los siguientes términos: «En los más antiguos y clásicos comentaristas de nuestro Código Civil se dibujaban, pues, dos corrientes o líneas de pensamiento que con perfecta nitidez divergen fundamentalmente en orden a la interpretación del alcance y del sentido del art. 1459. 1º CC. De acuerdo con la primera de ellas, el Código contiene una incapacidad; se funda en una “razón de moralidad”; alcanza tanto al mandatario encargado de la enajenación de la cosa como al mandatario encargado simplemente de su administración; entre en juego cuando el vendedor es personalmente el propio mandante dueño de los bienes; la sanción que la infracción del precepto acarrea es la nulidad radical y absoluta del negocio. Con arreglo a la segunda de las mencionadas direcciones doctrinales, en cambio, el precepto contiene una prohibición que puede calificarse como “prohibición de autocontratar”; alcanza sólo al mandatario que tiene facultad para enajenar los bienes; no entra en juego cuando vende el propio mandante o cuando el mandante autoriza expresamente la autocontratación; la sanción que el precepto conlleva, cuando es infringido, no es una nulidad radical y absoluta, porque el mandante puede ratificar a posteriori, expresa o tácitamente, lo hecho por el mandatario; se trata por ende de una nulidad relativa o de una impugnabilidad». A pesar de tratarse de una cuestión no zanjada, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., cit., p. 487, considera que ambas tesis clásicas «resultan insatisfactorias»; siendo así, «para poner un poco de orden en la cuestión» el referido autor propone como necesario «deslindar los posibles conflictos de intereses a que cabe hacer aplicación de la norma» (Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., cit., pp. 487 y ss.). Concluye Díez-PICAZO sintetizando los resultados del análisis del polémico precepto, sentando las siguientes premisas: «1ª. La venta realizada directa y personalmente por el dueño de los bienes a un mandatario suyo no está comprendida en la prohibición. 2ª. La compra que el mandatario realice por autocontratación sólo es válida si el mandante la ha autorizado o la ratifica posteriormente. 3ª. El administrador de los bienes subastados y el mandatario encargado de su venta no pueden concurrir a la subasta de los bienes. 4ª. El mandatario no puede comprar los bienes que pertenezcan a su mandante a través de otro mandatario de éste sin conocimiento de aquél. 5ª. Para comprar los bienes de su mandante un mandatario no puede servirse nunca de una persona interpuesta» (Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., cit., p. 493).



ROCCO<sup>298</sup>. De acuerdo con esta teoría, la actuación judicial a través de la cual se lleva a cabo la venta forzosa del bien objeto de embargo se explica «como la realización del derecho de prenda general del acreedor, adquirido sobre los bienes del deudor»<sup>299</sup>. La inteligencia del planteamiento sería la siguiente: el deudor al incumplir la obligación voluntariamente asumida, concede correlativamente al acreedor una acción ejecutiva y con ella un *ius vendendi* sobre todos los bienes del deudor; y ¿cómo se configura técnicamente ese derecho a vender sobre los bienes del deudor? como una suerte de derecho de prenda del acreedor sobre dichos bienes. Derecho de prenda, que como derecho real de garantía, concede un derecho a la realización cuya ejecución corre a manos del órgano ejecutivo en virtud de su potestad jurisdiccional. Se justifica así la actuación del órgano ejecutivo, quien ejercita el derecho a la realización sobre el patrimonio del deudor del que es titular el acreedor en virtud de un derecho de prenda general sobre el mismo. Como indica GUTIÉRREZ DE CABIEDES al exponer el pensamiento que nos ocupa, «la venta del Juez se funda en ese derecho a vender del acreedor que constituye una auténtica prenda general»<sup>300</sup>. Acudiendo a la explicación de PUGLIATTI, «la venta forzosa de los bienes del deudor presupone necesariamente un preexistente derecho del acreedor a vender (...). El acreedor tiene derecho de vender los bienes del deudor y de satisfacerse con el precio obtenido de la misma. E igualmente, el acreedor tiene derecho a obtener la intervención del Estado para efectuar la venta; intervención indispensable pues el acreedor por sí mismo no puede llevar a cabo la venta (por exigencias del orden público). Derecho a la intervención del Estado que se cifra en un verdadero derecho público, cual es la propia acción ejecutiva. Paralelamente a ese derecho público, a esa acción ejecutiva con la que se obtiene la intervención del Estado, el acreedor es titular de un derecho privado consistente en la facultad de vender los bienes del deudor y pagarse con su precio, derecho que no puede ser más que un derecho de prenda»<sup>301</sup>.

---

<sup>298</sup> ROCCO, A., *Il fallimento*, (ristampa dell'edizione del 1917), Milano, 1962, pp. 31 y ss.; también por parte del mismo autor: «Studi sulla teoria generale del fallimento», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1910, pp. 674 y ss. Teoría de la prenda del acreedor seguido igualmente por cierta doctrina alemana, concretamente por KOHLER, J., *Prozessrechtlich forschungen*, 1882; citado por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 79, nota n. 172.

<sup>299</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 79.

<sup>300</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 80.

<sup>301</sup> Traducción llevada a cabo por el autor del presente trabajo. PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 292: «La vendita dei beni del debitore, in cui sta l'essenza dell'espropriazione forzata, presuppone dunque di necessità un preesistente diritto del creditore alla vendita... Il creditore ha diritto di vendere i beni del debitore e di soddisfarsi sul prezzo: questo è il rapporto di Diritto privato, a cui lo Stato rimane naturalmente, estraneo. Di più il creditore ha diritto di ottenere l'intervento dello Stato per effettuare la vendita e per pagarsi sul prezzo, intervento reso necessario da ciò che il creditore non può, e per ragioni di interesse pubblico non deve, esercitare da sé il suo diritto di vendita: questo diritto all'intervento dello Stato è invece proprio un diritto pubblico e precisamente l'azione esecutiva. Il diritto privato del creditore consiste nella facoltà di vendere i beni e di pagarsi sul prezzo, e quindi non può che essere un diritto di pegno». CERINO-CANOVA, A., *Offerte dopo l'incanto*, Padova, 1975, p. 79, nota n. 10, expone la teoría de ROCCO en los términos siguientes: «ROCCO ritiene che con il pignoramento si costituisce un diritto di pegno del creditore e che tale diritto si trasforma in diritto di far vendere con la sentenza autorizzativa e si combina in un contratto con l'offerta del deliberatario». Por su parte, TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata»...

En definitiva, la responsabilidad patrimonial universal que recae sobre el deudor como garantía respectiva para el acreedor, se cifra en un derecho a favor de este último a vender los bienes integrantes del patrimonio del deudor, derecho configurado, a juicio de ROCCO, como una suerte de prenda general sobre tales bienes. Como derecho de realización de valor, la venta en cuestión debe llevarse a cabo por el Estado a través del órgano jurisdiccional correspondiente; intervención del órgano ejecutivo que se obtiene en virtud del ejercicio de la acción ejecutiva de la que también es titular el acreedor para hacer efectiva la garantía de su crédito. Con ello cerramos el razonamiento del referido autor italiano, a nuestro juicio refutable desde muchos puntos de vista, fundamentalmente porque con él se desnaturalizarían los rasgos definitorios del derecho de prenda, esto es, se crearía una prenda *ad hoc* con características que nada tienen que ver con las propias de la prenda configurada legalmente. Veamos a qué nos referimos.

En primer lugar, la prenda, como derecho real de garantía, se constituye en virtud de un contrato de naturaleza real<sup>302</sup>. ¿Existe ese contrato en el caso de la venta judicial? ¿Acaso puede decirse que el deudor al asumir voluntariamente su obligación presta paralelamente su consentimiento a la constitución de un eventual y futuro derecho de prenda «general» sobre su patrimonio para el caso en que incumpla? En absoluto. Además, se trata de un contrato necesariamente real, es decir, que el traspaso posesorio es condición «*sine qua non*» para la constitución del derecho de prenda; traspaso que no se da en la venta judicial. El deudor ejecutado no pierde la posesión del bien hasta que no se hace efectiva la transmisión del derecho embargado y posteriormente vendido judicialmente; la transmisión posesoria no es ni mucho menos efecto directo de la traba del embargo, antes bien, el bien embargado sigue en manos del deudor, quien no pierde facultad alguna sobre el derecho de propiedad que

---

*cit.*, p. 1132, nota n. 10, explica igualmente de manera sucinta la teoría de ROCCO del siguiente modo: «(...) Secondo cui (refiriéndose a ROCCO) si ipotizzò che lo *ius vendendi* fosse derivante dalla trasformazione del pegno generale sul patrimonio del debitore, e che si combinerebbe con l'offerta dell'aggiudicatario».

<sup>302</sup> El traspaso posesorio como requisito de perfección del contrato constitutivo del derecho de prenda viene determinado en el art. 1863 CC español, a cuyo tenor: «Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo». Así se dispone igualmente en el CC italiano, concretamente en su art. 2786. 1º: «Il pegno si costituisce con la consegna al creditore della cosa o del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa». Entrega de la cosa como elemento constitutivo de la prenda a la que también hace referencia la doctrina de forma unánime; entre otros, vid., PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Tomo II, 4ª Edición, Madrid, 2001, p. 59: «Además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo (art. 1863 CC). La prenda es, pues, un contrato real». En el mismo sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La prenda», en CLEMENTE MEORO, M. (Coord.), *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, 2ª Edición, Valencia, 2001, p. 442: «La prenda normalmente se constituye mediante contrato. El contrato de constitución de prenda no requiere forma especial, pero es un contrato real, pues no se perfecciona por el solo acuerdo de voluntades entre el acreedor y el pignorante, sino que exige también la entrega de la cosa al acreedor pignoraticio o a un tercero de común acuerdo». E igualmente por parte de la doctrina italiana, GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. III, 2ª Ed, Padova, 2010, pp. 335 y 336: «Il pegno si costituisce (...) per un contratto reale, che si perfeziona solo con la consegna della cosa dal proprietario (debitore o terzo) al creditore o ad un terzo designato dalle parti».

recae sobre el mismo, como ya hemos tenido ocasión de reiterar en páginas anteriores. Por tanto, el derecho de prenda en sentido técnico no vería la luz en ningún caso en el seno de la venta judicial.

Asimismo, otro de los rasgos definidores del derecho de prenda, es que constituye un derecho real de garantía que tiene por objeto únicamente bienes de naturaleza mobiliaria<sup>303</sup>; ¿cómo se explicaría la existencia de ese «supuesto derecho de prenda general» sobre aquellos bienes integrantes del patrimonio del deudor que sean inmuebles; debería hablarse entonces de una hipoteca (derecho real limitado de garantía indicado para los bienes inmuebles, para cuya constitución exige de su inscripción en el Registro de la Propiedad)? Nueva insuficiencia insalvable de la teoría de ROCCO.

Por otra parte, la prenda, como derecho real de garantía, necesaria y únicamente puede recaer sobre un específico bien, no sobre un conjunto indeterminado de bienes; y concede un *ius prelationis* en lo que respecta a la venta del bien en cuestión respecto a los restantes acreedores. El sentido que tiene la garantía real no es otro que afectar un específico bien al cumplimiento de un crédito, de modo que ante su incumplimiento, podamos dirigirnos directa y privilegiadamente contra el mismo. Ninguno de estos rasgos concurre en la venta judicial, en la que se estaría afectando a una generalidad de bienes (el patrimonio activo en su conjunto), sin ostentar privilegio especial sobre ninguno de ellos de cara al ejercicio del «supuesto» *ius vendendi* del acreedor ejecutante<sup>304</sup>. Basten estas líneas para apreciar lo insostenible del planteamiento de ROCCO.

---

<sup>303</sup> La prenda es un derecho real de garantía exclusivamente mobiliario, así se dispone de manera expresa en el CC español, en su art. 1864: «Pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión». Así lo dispone igualmente el art. 2784. 2º del CC italiano: «Possono essere dati in pegno, i beni mobili, le universalità di mobili, i crediti e altri diritti aventi per oggetto beni mobili». Naturaleza mobiliaria destacada unánimemente por la doctrina española e italiana, vid. por todos: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario...*, cit., p. 51: «La diferencia más característica de la prenda es el desplazamiento de la posesión: la cosa sobre que se constituye la garantía ha de ponerse en posesión del acreedor o de un tercero (cfr. artículo 1863). Conforme al Código civil sólo puede recaer sobre bienes muebles». De la misma forma, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La prenda»..., cit., p. 441: «La prenda es un derecho real de garantía que recae sobre bienes muebles (...)». También GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. III..., cit., p. 333: «Il pegno si costituisce su cose mobili, o universalità di mobili, oppure su diritti di credito».

<sup>304</sup> Coincide en destacar esta crítica GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 81 y 82: «Es una circunstancia esencial de una prenda, por su naturaleza real afectar a un bien concreto y determinado que es el que garantiza de una forma individual y preferente la obligación. (...) El acreedor, pues, aunque tuviera un derecho de prenda, no sería el único con facultades para vender con lo que faltaría la especialidad y la exclusividad, propias de un derecho de garantía, a la propuesta en la teoría criticada (refiriéndose a la teoría de ROCCO)». Del mismo modo, SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., pp. 69 y 70: «(...) Se rechazan por insuficientes otras doctrinas privatistas como la de (...) la teoría de la prenda del acreedor, que justifica el acto de disposición judicial, como una realización del derecho de prenda general del acreedor, adquirido sobre los bienes del deudor -ya que es de esencia de la prenda, por su naturaleza real, el efectuar un bien concreto y determinado, que es el que garantiza de una forma especial y preferente la obligación; y porque en la enajenación forzosa, además de la especialidad faltaría la exclusividad, que es propia de todo derecho real de garantía-. Igualmente, LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., p. 205, nota n. 51: «Esta tesis (refiriéndose a la tesis de

### 2.1.3. Otras teorías contractualistas de menos peso: su exposición y crítica

Para finalizar con la que venimos denominando como «tesis contractualistas» en torno a la naturaleza de la venta judicial, haremos referencia a una serie de autores que sin innovar excesivamente en sus planteamientos, siguen reduciendo la institución a categorías contractuales.

En este sentido, comenzamos con la «**teoría del contrato procesal de SOLCHAGA LOITEGUI**», quien para centrar el problema de la naturaleza jurídica parte de la idea de que «en virtud de la enajenación judicial forzosa se produce la transmisión de un derecho real»<sup>305</sup>, la cual se rige en nuestro ordenamiento por la denominada «teoría del título y el modo» contenida en los arts. 609 y 1095 del CC español. En virtud de dicha teoría, la transmisión derivativa de los derechos reales requiere de dos elementos, a saber, el título o válido contrato traslativo y el modo o tradición; y a juicio del autor, resulta erróneo considerar que la tradición haya de tener siempre como justa causa un negocio jurídico privado, pues ésta puede venir constituida por un negocio administrativo o procesal. He aquí la respuesta que da el autor a la naturaleza de la venta judicial: ésta no es sino un negocio jurídico de carácter procesal, concretamente un contrato procesal, que se ajusta plenamente a la teoría del título y el modo. Es más, a juicio de SOLCHAGA LOITEGUI, la enajenación forzosa es el contrato procesal por antonomasia, que «deriva de la concurrencia de una declaración de voluntad privada con (...) una decisión del órgano jurisdiccional»<sup>306</sup>. Es decir, se trataría de un contrato procesal celebrado por el rematante y el Juez, quien «actúa en el ejercicio de una potestad para la que resulta habilitado por Ley, en el desarrollo de su actividad jurisdiccional y por sustitución del deudor ejecutado, a cuyo patrimonio se refieren las consecuencias de la enajenación»<sup>307</sup>. Y es precisamente su consideración de trámite de la actividad procesal ejecutiva lo conduce a calificarlo como «contrato procesal», consecuentemente de naturaleza pública<sup>308</sup>.

---

ROCCO) entra en contradicción con la naturaleza de la prenda, como un derecho real que recae sobre un bien concreto y determinado y no sobre la totalidad del patrimonio del deudor». En sentido similar, por parte de la doctrina italiana, PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 295 y 296: «(...) Non sembra affatto concepibile un diritto di pegno generale, sul patrimonio del debitore (...). Nemmeno la esistenza di questo diritto di pegno spiegherebbe il meccanismo della vendita forzata. Il pegno infatti non attribuisce al creditore un particolare diritto di vendere, potendo anche il creditore senza prelazione far vendere la cosa dal debitore data un pegno o ipotecata. *L'ius vendendi* si realizza per mezzo della normale esplicazione dell'azione esecutiva: il contenuto del diritto di pegno o d'ipoteca, cioè del c. d. diritto reale di garanzia, si sostanzia nel diritto di prelazione, e riguarda non già il rapporto diretto tra il titolare di tale diritto e la cosa, sebbene i rapporti tra il creditore ipotecario o pignoratizio e gli altri creditori».

<sup>305</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 74.

<sup>306</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 84.

<sup>307</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 84.

<sup>308</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., pp. 88 y 89.

El propio SOLCHAGA LOITEGUI admite dos grandes objeciones predicables de su teoría, a las cuales contesta rebatiéndolas. En efecto, de un lado, se objeta el carácter heterogéneo de las voluntades concurrentes y, de otro, la falta de autonomía de la voluntad con la que cuenta el ejecutado (se ve sometido a la potestad coactiva del órgano jurisdiccional). El carácter heterogéneo no excluye a juicio del autor la idea de contrato, ya que el «principio de la igualdad formal de las partes de un contrato» queda superado en la actualidad por el «principio de equilibrio de las recíprocas prestaciones»; siendo así, puede considerarse como válida declaración de voluntad no sólo la de un sujeto particular, sino también la de un órgano judicial, en ejercicio de su potestad jurisdiccional.

Y por lo que respecta a la ausencia de autonomía de la voluntad, no es contrario a la idea de contrato la injerencia del Estado, la cual puede producirse en un doble sentido: «bien en la formación de la voluntad, cuando se contrae un vínculo obligatorio sin que las partes lo hayan querido; o bien en los efectos del contrato, cuando el contenido de este vínculo, cualquiera que sea la manera como haya sido contraído, está preceptivamente señalado en la Ley». La venta judicial se situaría en la primera modalidad de intervención estatal. Pues bien en estos supuestos, afirma el autor, «se plantea el dilema de rectificar el concepto de contrato, puesto que han dejado de ser actos de autonomía privada reguladores de relaciones jurídicas, o bien construir, al lado de los actos de ordenación privada de relaciones jurídicas, una nueva figura que recoja y dé paso a toda una nueva realidad de los actos de ordenación y creación jurídica de estas nuevas relaciones». SOLCHAGA LOITEGUI se muestra partidario de la primera solución, a saber, matizar la idea de contrato, la cual puede perfectamente incluir supuestos en los que el interés público se vea implicado en la eficacia del acuerdo de voluntades. Dicho interés público se refleja en la posibilidad de que un sujeto privado participe en la gestión de un interés público (como ocurre en los supuestos en los que la Administración emplea la técnica de la concesión como forma de atribución de derechos privados), o bien que el concurso de voluntades venga de la mano de un sujeto privado y otro público, actuando este último por cuenta de una persona privada. Se trata de supuestos en los que el interés público limita el principio de libertad de conclusión de los contratos, pero que no excluyen que tenga su origen en un verdadero contrato<sup>309</sup>.

En definitiva, la teoría de SOLCHAGA LOITEGUI se basa en afirmar la categoría misma de contrato procesal, la cual queda justificada a juicio del mismo, por las mismas razones por las cuales resulta admitida la categoría de contrato administrativo<sup>310</sup>; contrato procesal, como

---

<sup>309</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., pp. 84-87.

<sup>310</sup> SOLCHAGA LOITEGUI justifica la admisión de la categoría de contrato procesal partiendo de un paralelismo con la figura del contrato administrativo y la evolución doctrinal en torno a su aceptación. Para justificar este razonamiento, afirma curiosamente lo siguiente: «la crítica de GUTIÉRREZ DE CABIEDES a la tesis que califica la enajenación forzosa como una modalidad especial de compraventa (...), recuerda exactamente las objeciones que ya en el siglo pasado puso la doctrina a la admisión de la figura de los contratos públicos, tanto en el ámbito del Derecho Administrativo, como en la órbita del Derecho procesal» (SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 75).

modalidad propiamente contractual, de la que la enajenación forzosa o venta judicial es su exponente más prototípico<sup>311</sup>.

A nuestro juicio, la tesis de SOLCHAGA LOITEGUI carece ciertamente de originalidad, pues viene a constituir un sucedáneo de la «teoría de la sustitución material del Juez» preconizada por CARNELUTTI, que ya nos hemos ocupado de rebatir. En efecto, el autor, parece reconducir la naturaleza jurídica de la venta judicial a la polémica categoría de contrato procesal, en la que necesariamente debería ser parte el órgano jurisdiccional ejecutivo, si bien para explicar el hecho de que la actuación de dicho órgano tenga repercusiones en el patrimonio del deudor ejecutado, afirma expresamente «que actúa por cuenta del ejecutado responsable; está legitimado para actuar en sustitución del ejecutado, de ahí que se produzca un verdadero contrato cuyos efectos se despliegan en el patrimonio del deudor responsable». Con lo cual, ya no cabría hablar ni plantearse la categoría de contrato procesal, sino que se trataría de un simple y llano contrato privado ordinario en que el deudor ejecutado actúa representado por el órgano ejecutivo, o sustituido por el mismo. ¿Y cómo se justifica esta sustitución o representación forzosa: acaso queda falto de legitimación dispositiva el deudor ejecutado con la traba del embargo; acaso actúa el representante o sustituto en interés del representado? Nada más lejos de la realidad. De ahí que nos remitamos por entero a las críticas que en torno a la teoría de sustitución de CARNELUTTI hemos ya vertido en páginas precedentes.

No obstante, estando ya fundamentado por remisión lo insostenible de la teoría, merece también hacer algunas consideraciones acerca de la categoría de contrato procesal en los términos planteados por el autor. En efecto, como ya hemos visto, SOLCHAGA LOITEGUI parte de la admisión de la categoría de contrato administrativo para justificar la consecuente aceptación de la de contrato procesal. Si bien, el paralelismo no puede admitirse bajo ningún concepto, fundamentalmente por lo siguiente: el contrato administrativo existe, puede darse, porque la Administración celebrante del contrato ostenta personalidad jurídica con la que emitir su propia declaración de voluntad contractual<sup>312</sup>; personalidad jurídica que no tiene la Administración de justicia, tal y como se deriva de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder

---

<sup>311</sup> LORCA GARCÍA, J., *Derecho Procesal Civil*, II, Madrid, 1973, p. 332, se muestra partidario de la postura de SOLCHAGA LOITEGUI, considerando la enajenación forzosa como un auténtico negocio jurídico-procesal, al derivarse sus efectos jurídicos de la declaración de voluntad de las partes, sino de la declaración de voluntad del Juez; citado por MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 74.

<sup>312</sup> La Ley española 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, afirma en su art. 2. 2: «La Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa con personalidad jurídica única». No existe un precepto paralelo en la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial española. A ello puede añadirse la crítica de LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., p. 209: «(...) No puede equipararse el papel del órgano judicial en la venta forzosa al transmitir el bien, con el del órgano administrativo que estipula el contrato. Efectivamente en estos contratos públicos existe una voluntad de estipularlos, con un fin particular e inmediato, pero en las ventas forzosa este fin no existe, puesto que el órgano judicial no actúa en beneficio de sus propios intereses, sino en cumplimiento de la Ley».

Judicial española, en la que en ningún caso se le concede. Siendo así, ¿cómo puede decirse que el órgano jurisdiccional emite una válida declaración de voluntad contractual? No puede emitirla, porque no tiene personalidad jurídica<sup>313</sup>.

Por su parte, mención especial como contractualista merece igualmente la «**teoría del contrato de adhesión de USÓN DUCH**»<sup>314</sup>, quien califica a la enajenación forzosa como un contrato de adhesión<sup>315</sup>, en la medida en que se oferta la venta de un bien, a favor de persona incierta, con normas conocidas públicas e inatacables, y que se redactan unilateralmente sin posibilidad de discusión. A través del edicto, se lleva a cabo una llamada a los licitadores para seleccionar al mejor postor, lo cual encaja ciertamente con las características del contrato de adhesión, con la única diferencia de que entre todas las personas que aceptan el contrato sólo se perfecciona con aquella que ofrece mayor precio.

La anterior postura nos resulta igualmente insatisfactoria, ya que la idea de contrato normado o de adhesión no encaja con la configuración de la venta judicial. En efecto, siguiendo a DÍEZ-PICAZO puede decirse que es ya un tópico jurídico la afirmación de la crisis del principio de la autonomía privada, como consecuencia de la enorme intervención del Estado en la ordenación y regulación de las relaciones jurídico-privadas. Injerencia del poder estatal sobre la autonomía privada que se produce en un doble sentido: puede producirse, bien en la formación de la voluntad, cuando se contrae un vínculo obligatorio sin que las partes lo hayan querido; bien en los efectos del contrato, cuando el contenido de este vínculo, cualquiera que sea la manera como haya sido contraído, está preceptivamente señalado en la Ley (o bien en ambos puntos conjuntamente). En este segundo supuesto, caben los llamados contratos reglamentados, contratos normados o contratos dictados<sup>316</sup>. Pues bien, partiendo de lo anterior, resulta evidente, que en los contratos normados o de adhesión, existe un vínculo obligatorio establecido voluntariamente por ambas partes del contrato, si bien, el contenido de dicha relación obligatoria nacida queda predeterminado por la Ley. Esto es, existe voluntad de ambas partes en celebrar el contrato, cuyo contenido vendrá determinado legalmente; voluntad de ambas partes que es inexistente en la venta

---

<sup>313</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 317, en similar sentido rechaza el encuadramiento de la venta judicial en la categoría de contrato de Derecho público, ya que mientras que en el contrato de Derecho público la manifestación de voluntad pública conserva su carácter negocial, en la venta forzosa lo que existe es un procedimiento judicial, de modo que tal manifestación no es sino un acto unilateral: «Mentre nel contratto di diritto pubblico la manifestazione di volontà pubblica conserva tuttavia carattere negoziale, nella vendita forzata si ha invece un provvedimento, che è un atto unilaterale».

<sup>314</sup> USÓN DUCH, L., *La subasta judicial*, Barcelona, 1993, pp. 64 y 65.

<sup>315</sup> USÓN DUCH ofrece una descripción del contrato de adhesión que viene recogida en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 3 de junio de 1983, en la que se define como «aquellos supuestos en los que una de las partes establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo, siendo característica de este contrato el que la conclusión del mismo no va precedida de una discusión de los contratantes que determine sus cláusulas sino que éstas viene unilateralmente redactadas». Citado igualmente por MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 75.

<sup>316</sup> DÍEZ-PICAZO, L., «Los llamados contratos forzosos»..., cit., pp. 88 y 89.

judicial, como ya hemos tenido ocasión de reiterar en estas páginas: en la venta judicial, no hay voluntad del deudor propietario («supuesto vendedor») en vender el bien objeto del contrato; de modo que en ningún caso podremos hablar de un supuesto de contrato de adhesión o reglamentado.

En esta misma línea de autores partidarios de la postura «contractualista» puede también citarse a TÉLLEZ LAPEIRA<sup>317</sup>, quien aboga por una «**concepción aleatoria de la enajenación**», conforme a la cual la venta judicial consistiría en un especial contrato de cambio de bienes y dinero regulado por normas procesales y de carácter aleatorio. Por contratos aleatorios, el autor entiende aquellos en los que «existe una imposibilidad de determinar, al tiempo de su celebración, las ventajas o desventajas que de ellos han de seguirse para cada una de las partes, o bien toman como base el concepto de riesgo, partiendo de la distinción entre el riesgo común a todos los contratos y el riesgo propio de los contratos aleatorios»<sup>318</sup>. Lo anterior, a juicio de TÉLLEZ LAPEIRA, es plenamente predicable de la venta judicial<sup>319</sup>.

Tampoco nos resulta convincente esta postura, ya que se vuelve a presuponer la existencia de un contrato, esto es, concurrencia de voluntades en aras a la constitución de una obligación u obligaciones, con independencia de que las prestaciones a cargo de las partes queden predeterminadas o no en el momento de perfección del contrato. No olvidemos que el contrato aleatorio constituye una subcategoría del contrato oneroso, el cual puede definirse dogmáticamente, siguiendo a GUILARTE ZAPATERO, como «aquel en el que las partes asumen, cada una la imposibilidad de determinar en el momento de su celebración las ventajas o desventajas que pueda producir para los mismos (hasta que el contrato no haya consumado la totalidad de sus efectos se desconoce el resultado económico)». Contrato que, siguiendo igualmente a GUILARTE ZAPATERO, puede decirse que viene conformado por tres elementos fundamentales: la indeterminación inicial del resultado, la dependencia definitiva del mismo de circunstancias aleatorias que lo hacen incierto, y la voluntariedad de los

---

<sup>317</sup> TÉLLEZ LAPEIRA, A., «Ensayo sobre la naturaleza jurídica de la venta judicial inmobiliaria», en *Revista La Ley*, 1996, T. I, pp. 1746 y ss.

<sup>318</sup> TÉLLEZ LAPEIRA, A., «Ensayo sobre la naturaleza jurídica de la venta judicial inmobiliaria»..., *cit.*, p. 1766.

<sup>319</sup> TÉLLEZ LAPEIRA, A., «Ensayo sobre la naturaleza jurídica de la venta judicial inmobiliaria»..., *cit.*, p. 1767. Hay autores que en tiempos recientes también incluyen a la venta judicial o subasta en la categoría de contrato aleatorio, señaladamente ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «Crítica de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 5 de marzo de 2007», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º. 721, 2010, p. 2055, si bien acogiendo una desacertada concepción de lo que se entiende por contrato aleatorio: a juicio del autor, «el remate es aleatorio por la falta de correspondencia entre el precio y el valor, razón por la cual se justifica la rebaja drástica de los precios de adjudicación»; y contrapone la categoría de aleatoriedad con la de onerosidad. El planteamiento anterior, tal y como hemos tenido ocasión de aclarar en nuestro estudio: «La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 732, 2012, pp. 2019-2021, es totalmente desacertado, ya que «los contratos aleatorios no se oponen a los onerosos, sino que son una subcategoría de los mismos. Lo opuesto a la categoría de contrato aleatorio es la de contrato conmutativo, ambos de los cuales se subsumen en la categoría general de contrato oneroso».



interesados al asumir ese riesgo<sup>320</sup>. Voluntariedad de las partes en asumir el riesgo, que no existe en la venta judicial, en la que el deudor ejecutado no expresa consentimiento alguno al respecto. De ahí que rechazemos, como ya hemos anticipado, la postura de TÉLLEZ LAPEIRA.

Hasta aquí la exposición de las posturas que tratan de reconducir la venta judicial a esquemas contractualistas<sup>321</sup>, las cuales entendemos insostenibles, pues la falta de consentimiento de una de las «supuestas» partes contractuales (esencial para que exista la idea de contrato), el deudor ejecutado vendedor, no puede ser salvada bajo ningún concepto.

## 2.2. TEORÍAS PUBLICISTAS

Analizadas las que hemos venido a denominar como «teorías privatistas o contractualistas», que hacen girar la naturaleza de la venta judicial en torno a la noción de contrato y, particularmente, el contrato de compraventa; y estudiadas sus insalvables insuficiencias, entre las que destaca la injustificable ausencia de la voluntad del «supuesto» vendedor ejecutado, pasamos ahora a desarrollar el segundo gran bloque de teorías en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial, a saber, las llamadas «teorías publicistas o procesalistas».

En efecto, ante las deficiencias demostradamente insuperables que se derivan de la pretendida inclusión de la venta judicial en los esquemas del contrato de compraventa, comienzan a erigirse mayoritariamente posturas doctrinales que intentan comprender y definir la esencia de la venta judicial en base exclusivamente al propio proceso<sup>322</sup>; de ahí su denominación.

Si las posturas contractualistas hacen girar la venta judicial en torno a la noción de contrato, las publicistas o procesalistas la explican desde el proceso, haciendo hincapié en el elemento de imperio que distingue la actuación del órgano ejecutivo<sup>323</sup>. Lo que caracteriza,

---

<sup>320</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 1790 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, M., DÍAZ ALABART, S. (Directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXII, Vol. 1º, Madrid, 1967, p. 320.

<sup>321</sup> Junto a los autores expuestos a lo largo de este apartado, también pueden incluirse en el apartado de «los contractualistas», a los siguientes: RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Cáceres, 1997, pp. 176 y 177; NADAL GÓMEZ, I., *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Madrid, 2001, p. 304; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español*, T. III, Vol. 1, Barcelona, 1966, pp. 616 y 617; DE DIEGO, C., *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. II, Madrid, 1959, p. 190; FERNÁNDEZ, M. A., *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982, pp. 201 y 202; GIMENO PÉREZ LEÓN, F. J., «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la subasta (procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria. Adjudicación en primera subasta de la finca y aprobación del remate. Posterior comparecencia del deudor hipotecario aportando documentos privados justificativos del pago de la deuda y ulterior otorgamiento de carta de pago por entidad acreedora», en *La Ley*, N° 552, 1990, pp. 6399-6401.

<sup>322</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., pp. 40 y 41.

<sup>323</sup> TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata»..., cit., pp. 1131 y 1132: «(...) Ci si è così orientati verso una concezione pubblicistica che inserisce la vendita forzata tra i provvedimenti giurisdizionali,

pues, a la venta judicial, conforme a este planteamiento, es su carácter procesal, por tanto público, siendo primordial la actuación que el órgano ejecutivo lleva a cabo en virtud de la potestad jurisdiccional del que es titular. Como bien indica MAZZAMUTO, el acento recae ahora sobre la imparcialidad del órgano ejecutivo, sobre el procedimiento como típica manifestación de la actividad jurisdiccional, y sobre el interés público que preside la actuación ejecutiva y que ya de por sí sirve para distinguir claramente la venta judicial de la venta ordinaria<sup>324</sup>.

Estas son las premisas que presiden la inteligencia de las nuevas posturas doctrinales, si bien no todas ellas pueden ser agrupadas unitariamente bajo las mismas, pues muchas tienden, a nuestro juicio y como tendremos ocasión de demostrar, acertadamente, a otorgar cierta relevancia a los innegables aspectos sustantivos que encierra la venta judicial, no circunscribiéndose, pues, exclusivamente al proceso. En este sentido y con el inevitable riesgo de caer en simplificaciones excesivas, podemos sistematizar las teorías doctrinales de los autores en cuatro grandes categorías:

- Aquellas teorías que podemos calificar como «puramente publicistas o procesalistas», en la medida en que sólo parten del proceso y sólo otorgan relevancia a la actuación del órgano ejecutivo.
- Teorías publicistas o procesalistas que admiten la aplicación por analogía del régimen de figuras sustantivas.
- Las teorías que partiendo del proceso, comienzan a otorgar cierta relevancia a los aspectos o efectos sustantivos que la venta judicial trae consigo.
- Y finalmente, las teorías que afirman claramente la naturaleza jurídica compleja (procesal-sustantiva) de la venta judicial, intentando homogenizar los aspectos procesales y sustantivos de la misma.

Esta es la sistematización que acuñamos y que pasamos ahora a desarrollar mediante la exposición de los distintos y numerosos planteamientos doctrinales.

---

mettendo in rilievo l'elemento d'imperio che contraddistingue l'esplicazione dell'attività dell'organo esecutivo (...)).

<sup>324</sup> MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata» (2ª Edición)... *cit.*, pp. 266 y 267: «L'accento ora cade, infatti, sulla terzietà ed imparzialità del giudice, sul provvedimento quale tipica manifestazione di attività giurisdizionale, sulla compresenza di un interesse pubblico che già da solo vale a distinguere la vendita giudiziale da quella ordinaria».

### 2.2.1. Teorías puramente publicistas o procesalistas

En este primer bloque incluimos a todos aquellos autores que sólo ven en la venta judicial una suerte de acto procesal llevado a cabo de forma unilateral por el órgano ejecutivo, a través del cual se produce la entrega de la cosa al tercero adjudicatario; de modo que la actuación de las restantes personas intervinientes lo único que hacen es integrarse en la formación del acto «directa o indirectamente, ayudando a que el acto cumpla su finalidad, pero sin añadir o restarle su valor, que depende en exclusiva del órgano jurisdiccional»<sup>325</sup>. En base a esta inteligencia, el único texto legal que debe servir como referencia en relación a la venta judicial es la Ley de Enjuiciamiento Civil (o el equivalente *Codice di Procedura Civile* italiano), en consonancia con la naturaleza puramente procesal predicable de la institución en cuestión.

Por parte de la doctrina española, el primero de los autores que puede citarse en el seno de este primer grupo es a GUTIÉRREZ DE CABIEDES, que como ya hemos reiterado en páginas precedentes, es de los primeros que lleva a cabo una exhaustiva exposición sistemática de las posturas principales existentes acerca de la naturaleza jurídica de la venta judicial. El referido autor, como bien indica FRANCO ARIAS<sup>326</sup>, reduce la venta judicial a la resolución judicial mediante la que el órgano ejecutivo lleva a cabo la enajenación forzosa del bien. Esta resolución es la que opera la entrega de la cosa, no instantáneamente, sino condicionada a la concurrencia de una serie de hechos futuros establecidos legalmente (pago del precio y entrega del bien al tercero rematante). Es exclusivamente el órgano ejecutivo el que solo y unilateralmente, sin contar para nada con la voluntad del rematante, lleva a cabo la enajenación. De esta forma, la venta judicial se presenta como un verdadero acto procesal, unilateral y jurisdiccional que depende exclusivamente del órgano jurisdiccional ejecutivo<sup>327</sup>.

Se entiende, así, la definición que GUTIÉRREZ DE CABIEDES da de la enajenación forzosa que tiene lugar a través de la venta judicial, como «un acto procesal de carácter dispositivo, que la Ley liga a la aprobación del remate, en que fijados los sujetos, el objeto y el precio a través de la subasta anterior, el Juez, en virtud de su jurisdicción y competencia y en cumplimiento de las Leyes transfiere el dominio al mejor postor previamente conocido en la subasta, una vez que éste entregue el precio que se comprometió a satisfacer y se cumplan las otras condiciones señaladas por la Ley<sup>328</sup>».

Se niega, de este modo, la necesidad de acudir a figuras o institutos extraños para justificar la actuación del órgano ejecutivo, el cual actúa exclusivamente en cumplimiento de

---

<sup>325</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 97.

<sup>326</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 43.

<sup>327</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 96 y ss.

<sup>328</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 120

su función jurisdiccional en su fase decisoria o ejecutiva. Asimismo, se califica la actuación de los restantes sujetos intervinientes (acreedor ejecutante, deudor ejecutado y rematante) en base a la noción de «condición suspensiva», en la medida en que la adquisición de los derechos que forzosamente se transmiten dependerá del acontecimiento que constituya la condición: en nuestro caso, afirma el autor, la consignación del precio y la entrega de la cosa<sup>329</sup>.

**BADENES GASSET**, por su parte, rechaza igualmente de forma tajante el encaje de la venta judicial en los esquemas del contrato de compraventa<sup>330</sup>, pues es «obvio que el Juez no es un vendedor, que la relación que tiene lugar no es la propia de un contrato de compraventa y que el adquirente no es un auténtico comprador»<sup>331</sup>. Partiendo de ese rechazo inicial a las tesis contractualistas de la venta judicial, acoge fielmente a la postura sostenida por **GUTIÉRREZ DE CABIEDES**, en la medida en que a su parecer, «la estructura del acto alienativo y los efectos producidos por la aprobación del remate en cuanto a la consignación del precio y la entrega de la cosa enajenada, excluyen que en la regulación de la enajenación forzosa pueda afirmarse la existencia de una compraventa otorgada por el Juez y el rematante de la subasta»<sup>332</sup>.

**GUASP y ARAGONESES** siguiendo esta misma orientación que sólo explica la venta judicial en los términos del proceso y, por tanto, en base exclusiva a la normativa procesal, entienden que la venta judicial puede ser calificada como un verdadero «acto procesal y, más

---

<sup>329</sup> **GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.**, *La enajenación forzosa...*, cit., p. 108: «No creemos que, ante ello, pueda negarse que estamos ante una verdadera y propia condición, en el sentido propio de este término. Cabe discutir, no obstante, si tal condición es propiamente suspensiva de los efectos, o si es resolutoria de los mismos; es decir, si los efectos se producen de inmediato, al aprobarse el remate, pero cabe que desaparezcan de no entregarse el precio y el bien, o si, por el contrario, no llegan siquiera a producirse hasta que la condición se cumpla. (...) Se trata de una condición procesal análoga a la civil suspensiva; a ella resultan aplicables, *mutatis mutandis*, los preceptos propios de tales condiciones». **SOLCHAGA LOITEGUI, J.**, *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 73, se opone a la explicación que **GUTIÉRREZ DE CABIEDES** da de la posición de los restantes sujetos cuya intervención es necesaria para el buen fin de la venta judicial, y ello en base a que en coherencia con tal planteamiento, a su juicio, erróneo, lo lógico sería afirmar que nos encontraríamos ante una adquisición originaria y no derivativa como proclama **GUTIÉRREZ DE CABIEDES**; afirma al respecto **SOLCHAGA LOITEGUI** expresamente lo siguiente: «(...) Se incurre en contradicción al afirmar que la transmisión se produce coactivamente, en virtud exclusiva de la resolución judicial que aprueba el remate, con ausencia total de la voluntad del ejecutado, calificando la adquisición del rematante de derivativa. Si no se da el fenómeno de la sustitución material y se puede afirmar la ausencia absoluta de la voluntad del deudor, lo lógico sería consagrar la adquisición originaria del rematante, que no trae su causa del titular anterior».

<sup>330</sup> Puede apreciarse este frontal rechazo a las teorías contractualistas de la venta judicial en la siguiente afirmación: **BADENES GASSET, R.**, *El contrato de compraventa*, Tomo I, 3ª Edición, Barcelona, 1995, p. 258: «(...) No puede en buenos principios considerarse la enajenación forzosa como un contrato de compraventa. Precisamente el procedimiento de ejecución tiene como finalidad, al menos mediata, la satisfacción coactiva del crédito del acreedor. Ello supone una postura abstencionista y negativa del deudor»

<sup>331</sup> **BADENES GASSET, R.**, *El contrato de compraventa*, Tomo I..., cit., p. 259.

<sup>332</sup> **BADENES GASSET, R.**, *El contrato de compraventa*, Tomo I..., cit., p. 259.

concretamente, un acto de instrucción del proceso de ejecución, puesto que es un acto de realización forzosa según se deduce de su concepto»<sup>333</sup>.

Resulta interesante observar los motivos por los cuales los referidos autores rechazan con toda claridad la asimilación de la venta judicial a una compraventa voluntaria, esto es, a un negocio jurídico privado. En efecto, no se limitan a resaltar el archiconocido y básico argumento de la injustificable ausencia de voluntad del deudor ejecutado «supuesto vendedor», sino que van más allá, negando la posibilidad misma de la existencia de la categoría genérica de «negocio jurídico» en el ámbito procesal. A este respecto, afirman los autores que «no hay en el Derecho procesal verdaderos negocios jurídicos», ya que las partes del supuesto negocio se ven intermediadas constantemente por la voluntad del órgano judicial correspondiente, lo que impide atribuir a sus declaraciones de voluntad los efectos jurídicos inmediatos que son propios de los negocios jurídicos. Afirmación que resulta aún más evidente en relación al contrato, que supone por esencia una igualdad entre los contratantes, «al cual repugna el principio de la jerarquía subjetiva, característica de la institución procesal». No hay, pues, verdaderos negocios jurídicos ni contratos procesales<sup>334</sup>.

El enunciado argumento toca una controvertida cuestión hoy en parte superada, que ha sido objeto de verdaderos ríos de tinta por parte de la doctrina clásica, cual es la posible admisibilidad de la figura del «negocio jurídico procesal». Siguiendo a VITTORIO, puede decirse que se trata de una figura elaborada por primera vez por la doctrina alemana, bajo la influencia de la pandectística. Figura que fue acogida por gran parte de la doctrina procesalista italiana más influyente, si bien en la actualidad puede decirse que ha sido relegada a un «mero expediente definitorio de un tipo de acto procesal (las denominadas “declaraciones de voluntad”), sin ningún tipo de influencia directa sobre su tratamiento»<sup>335</sup>. En definitiva, en la actualidad, la generalidad de la doctrina procesalista, tanto española como italiana, sólo habla de la existencia de hechos y actos jurídicos procesales, entendiendo por estos últimos en consonancia con DE LA OLIVA SANTOS, DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ y VEGAS TORRES, las conductas humanas voluntarias, susceptibles de exteriorización y provistas de una determinada eficacia jurídica dentro de la órbita procesal<sup>336</sup>. Por todo ello, nos parece acertada la observación de GUASP y ARAGONESES sobre este extremo, sin que por ellos nos declaremos partidarios de las posturas puramente publicistas o procesalistas. Además, se

---

<sup>333</sup> GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I..., *cit.*, p. 650.

<sup>334</sup> GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I..., *cit.*, p. 651.

<sup>335</sup> VITTORIO, D., voz «Negozio processuale», en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXVIII, 1978, p...: «(...) La dottrina tedesca elaborò per la prima volta, sotto l'influenza della pandettistica, il concetto di negozio processuale (...). La nozione del negozio processuale ha finito col subire una progressiva svalutazione, e a divenire (...) un mero espediente definitorio di un determinato tipo di atti (le dichiarazioni con efficacia dispositiva delle modalità della tutela), senza alcuna diretta influenza sul loro trattamento sotto il profilo della volontà».

<sup>336</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J. *Derecho Procesal. Introducción*, 3ª Edición, Madrid, 2008, p. 319.

trata de una cuestión sobre la que volveremos en breve al rebatir ciertos aspectos del planteamiento de PUGLIATTI que seguidamente veremos.

En esta misma línea y pasando a la escena doctrinal italiana, puede citarse a SATTÀ, quien sólo concibe la venta judicial en los términos exclusivos y excluyentes del proceso, hasta el punto de que, como posteriormente tendremos ocasión de reiterar con más desarrollo, llega a calificar al tercero rematante oferente como «auxiliar del órgano judicial», al que este último se dirigiría para obtener el dinero necesario para la consecución del fin esencial del proceso ejecutivo, a saber, la satisfacción del acreedor ejecutante<sup>337</sup>. En efecto, el referido autor italiano considera que la naturaleza jurídica de la venta judicial debe buscarse en sus caracteres propios, en lo que tiene de específico. Y en este caso, la especificidad proviene de que el órgano ejecutivo realiza por sí mismo la transferencia de los bienes en ejercicio de su poder jurisdiccional, sin necesidad de ninguna forma auxiliar, ni privada, ni pública<sup>338</sup>.

BONSIGNORI, por su parte, configura la venta judicial como un puro proceso judicial ejecutivo, al que consecuentemente no resultará aplicable bajo ningún concepto el régimen de los contratos (ni siquiera en relación con la oferta que realiza el rematante<sup>339</sup>, por mucho que suponga una declaración de voluntad)<sup>340</sup>.

Asimismo, MANDRIOLI lleva reiterando desde antiguo y hasta tiempos actuales que el efecto traslativo de la venta judicial se produce en virtud de un conjunto de actos pertenecientes todos ellos al procedimiento ejecutivo. Si bien la actuación fundamental no es otra que la llevada a cabo por el órgano judicial que es quien verdaderamente, en representación del Estado, transmite el bien en cuestión. Para llegar a estas conclusiones, parte de la afirmación de las indefectibles diferencias que existen entre la venta judicial y el contrato de compraventa ordinario, principalmente por la ausencia de voluntad por parte del

---

<sup>337</sup> SATTÀ, S., *La rivendita forzata*, Milano, 1933, pp. 78 y ss.

<sup>338</sup> SATTÀ, S., *L'esecuzione forzata*, 1954, pp. 124 y ss.; citado por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, *cit.*, p. 88. Nótese que el caso de SATTÀ es ciertamente curioso, pues como tendremos ocasión de comprobar y de acuerdo con CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., *cit.*, p. 143, en torno a 1937 comienza a alejarse claramente de su postura inicialmente publicista en sus trabajos, saliendo así de los moldes estrictamente procesales y otorgando relevancia a los innegables aspectos sustantivos de la venta judicial.

<sup>339</sup> Seguidamente comprobaremos que la posible aplicación del régimen de los contratos, sobre todo en la que a su posibilidad de impugnación por el régimen general de vicios del contrato se refiere, a la oferta realizada por el rematante en cuanto manifestación libre de la voluntad, constituye una nutrida polémica que toca de lleno con figuras correspondientes a la más elemental teoría general del Derecho.

<sup>340</sup> BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»... *cit.*, pp. 22-24: «La vendita e l'assegnazione forzata, dunque, (...) non possono rivestire che la natura giuridica di provvedimenti giurisdizionali esecutivi. (...) In altre parole, la natura giuridica del trasferimento forzato del bene pignorato, e cioè tanto della vendita, quanto della assegnazione, come, d'altronde, del riparto, non può essere che quella di provvedimenti giurisdizionali (...). Il corollario di questa rigorosa impostazione processuale del problema è che si possono pienamente condividere quegli orientamenti giurisprudenziali, secondo i quali l'interpretazione della vendita forzata e dell'assegnazione non può essere condotta secondo le norme dell'interpretazione del contratto (...).».

vendedor. Nos encontramos, pues, a juicio del autor, con una venta efectuada por el órgano jurisdiccional que se inserta exclusivamente en la disciplina procesal<sup>341</sup>.

### **2.2.2. Teorías publicistas o procesalistas que admiten la aplicación por analogía del régimen jurídico de figuras sustantivas**

Junto al primer grupo de teorías que hemos venido a agrupar bajo la denominación de «puramente publicistas o procesalistas», existe una segunda categoría, que si bien puede también calificarse como publicista, admite una posibilidad, a nuestro juicio, fundamental en lo que se refiere al efecto final que se deriva de la misma, cual es la aplicación analógica del régimen de determinadas figuras sustantivas en base a la identidad de función económica existente entre las mismas. En efecto, se trata de autores que aunque conciben la venta judicial en términos exclusivamente procesales, dejan una puerta abierta a la posible aplicación por analogía de la normativa sustantiva, en aquellos supuestos en los que exista una laguna en la regulación procesal. Con ello, implícitamente, por mucho que algunos de los autores lo nieguen, se está afirmando la existencia de un plano sustantivo en el seno de la venta judicial: de lo contrario, jamás podría admitirse la aplicación de una normativa de carácter sustantivo.

Encabeza esta tendencia a la admisibilidad de la aplicación por analogía del régimen de figuras sustantivas, particularmente el de la compraventa voluntaria o contractual por razón de su identidad de función económica con la venta judicial, **FRANCO ARIAS**. El referido autor, en su significativa obra sobre «el procedimiento de apremio», parte de una realidad innegable, a saber, que tanto la venta judicial cuanto la compraventa voluntaria o venta contractual pretenden regular una actividad humana básicamente idéntica: la del intercambio de bienes. Siendo así, las diferencias entre ambas figuras residen en la diversidad de circunstancias que en cada uno de los casos envuelven a esta actividad común. Como bien indica el autor, son muchas las modalidades de cambio que se recogen en el conjunto de nuestro Ordenamiento Jurídico, si bien el legislador va dotando de una estructura normativa más exhaustiva a las más relevantes. Pero no deja de tratarse, en todos

---

<sup>341</sup> MANDRIOLI, C., *Corso di Diritto Processuale Civile*, III, Torino, 2011, pp. 67 y 68: «Innanzitutto, la vendita forzata differisce nettamente dal comune contratto di compravendita, per il dato fondamentale che essa avviene prescindendo totalmente dalla volontà di colui che sarebbe il venditore. D'altra parte, l'acquirente non acquista di certo a titolo originario, ma a titolo derivativo; egli è veramente un acquirente; solo che colui che vende non è il proprietario, ma è lo Stato e, per esso, l'organo giurisdizionale (...). Il che fa sì che l'effetto traslativo non si riconduce allo scambio dei consensi, ma ad una serie di atti (incluso il pagamento del prezzo) che appartengono appunto al procedimento. C'è comunque, un acquisto a titolo derivativo per effetto di una vendita effettuata dall'organo giurisdizionale, con modalità che, oltre ad essere determinate dalla legge (come avviene nell'espropriazione per pubblica utilità) appartengono strettamente alla disciplina processuale». Junto a los referidos autores, en el seno de la doctrina italiana también pueden destacarse como puramente procesalistas o publicistas a los siguientes: MORTARA, L., *Manuale della procedura civile*, II, Torino, 1929, p. 364; ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto Processuale Civile*, III, Milano, 1964, pp. 82 y 83; según cita de CERINO-CANOVA, A., *Offerte dopo l'incanto...*, cit., p. 88, nota n. 49.

los casos, de modalidades de intercambio, que precisamente por ello necesariamente tienen evidentes puntos en común: el objeto básico, como decimos, es el mismo. Conjuntos normativos que, no obstante, son independientes y autónomos entre sí, en base a las particulares circunstancias que caracterizan a cada una de las modalidades de intercambio que regulan; pero el hecho de tratarse de distintos conjuntos normativos no quiere decir que sean conjuntos «disjuntos», de modo que «pueden existir normas aplicables a modalidades de ámbitos diferentes».

En otros términos, existen distintas modalidades de cambio, cada una de las cuales cuenta con su propia normativa específica, pero su objeto común hace aconsejable, a juicio de FRANCO ARIAS, «acudir, en caso de laguna legal en alguna de estas normativas, al análisis de las restantes en busca de criterios que solucionen casos análogos».

No obstante, resulta innegable, que no todas estas modalidades de cambio son objeto de una regulación normativa con el mismo grado de profusión; antes bien, existen determinadas modalidades que por razón de su mayor antigüedad y por su frecuente uso en el tráfico jurídico-económico reciben una mayor atención por parte del legislador. Este es precisamente el caso de la compraventa voluntaria o contractual, que cuenta con la más amplia regulación del conjunto del Ordenamiento Jurídico, un total de más de ochenta artículos del Código Civil español. Partiendo de ello, será claramente dicho régimen contractual al que tendremos que acudir en mayor medida ante lagunas existentes en la regulación de la venta judicial (será ciertamente necesario, en la medida en que la normativa procesal deja abierta muchas lagunas no resueltas).

FRANCO ARIAS reafirma una y otra vez que la venta judicial o enajenación forzosa viene constituida por una estricta conjunción de actos procesales insertados, por razón de su misma naturaleza, todos en el proceso. Pero acierta, a nuestro juicio, en destacar dos elementos de suma importancia: de un lado, la posibilidad aconsejable de acudir por analogía a la regulación de la compraventa voluntaria para colmar las lagunas legales de la propia regulación de la venta judicial, pues se trata de una modalidad de cambio que persigue el mismo objetivo (intercambio de bien por dinero), y que además es la que cuenta con una regulación más completa; y de otro lado, la necesidad de otorgar la misma relevancia a todos los actos procesales que integran el procedimiento de apremio: no sólo debe centrarse la atención en la actividad del órgano ejecutivo, pues de lo contrario se obtendría una visión meramente parcial de la figura en cuestión<sup>342</sup>.

En sentido parecido, ALONSO SÁNCHEZ, califica a la venta judicial como «un acto procesal de ejecución o realización coactiva llevada a cabo por el órgano ejecutor en el ejercicio de su función jurisdiccional», pero que no obstante, produce los mismos efectos que una compraventa privada: la transmisión de la propiedad de un bien; pero reitera la

---

<sup>342</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., pp. 46-49.



autora, que es el correspondiente acto procesal de adjudicación definitiva el que opera la enajenación de los bienes ejecutados. Por razón de este efecto traslativo del dominio común, «en aquellos aspectos sustantivos de la misma no previstos en la legislación procesal», podrá acudir a las previsiones de la legislación civil correspondientes a la compraventa voluntaria<sup>343</sup>.

De nuevo, pues, nos encontramos ante una voz proclamada como procesalista (califica a la venta judicial inicialmente como exclusivo acto procesal llevado a cabo por el órgano ejecutivo), que a pesar de lo cual admite la aplicación de la normativa propia de la compraventa contractual o voluntaria por analogía. Tanto es así, que como acabamos de ver, la propia autora hace referencia a la existencia de «aspectos sustantivos» de la venta judicial, que serán a los que se le deberán aplicar el régimen sustantivo de la compraventa voluntaria. Aplicación analógica que basa, al igual que hace FRANCO ARIAS, en el común objeto que las figuras en presencia persiguen: intercambio de bien por precio.

**MONTERO AROCA** y **FLOR MATÍES**, por su parte, rechazan de la misma forma la teoría contractualista aportando al respecto los clásicos argumentos ya conocidos de que la venta judicial «se realizaría sin el consentimiento del propietario del bien, más aún, en contra de su voluntad», siendo difícil, por no decir imposible, desde luego, concluir que el Juez sea el vendedor, entre otras cosas porque él no es el propietario, ni lo es el Estado. Excluidas las explicaciones de Derecho privado, acogen una postura publicista o procesalista, si bien yendo un paso más allá. En efecto, afirman los referidos autores, que la explicación procesalista, en su sentido más estricto, se reduce a decir que «es una operación pura de Derecho público emanada de un órgano del Estado que actúa en cuanto tal»; pero con este razonamiento, a juicio de los autores, se sigue dejando sin aclarar la esencia de la figura, de ahí que el paso siguiente sea matizar que se trata de una «transferencia coactiva», esto es, «de una transferencia de derechos *inter vivos*, onerosa que se realiza sin atender (o en contra) del titular del derecho, y que es unilateral del Juez, aunque esté condicionada por la existencia de otro acto unilateral, como es la declaración de voluntad del adquirente». Con este matiz, **MONTERO AROCA** y **FLOR MATÍES** se adhieren a la célebre teoría del «*trasferimento coattivo*» acuñada por **PUGLIATTI**, de la que nos ocuparemos con profundidad más adelante; si bien no la acogen plenamente, pues acto seguido pasan a definir a la venta judicial o enajenación forzosa, reproduciendo lo dicho por **GUTIÉRREZ DE CABIEDES**, conforme a la cual ésta puede definirse como «el acto procesal por el que el órgano jurisdiccional transmite a un tercero el bien realizado en virtud de su potestad jurisdiccional, como medio para obtener dinero con el que satisfacer la pretensión del acreedor ejecutante». Y decimos que no acogen plenamente la teoría de **PUGLIATTI**, porque la anterior definición no casa plenamente con la inteligencia del autor italiano entendida en su conjunto:

---

<sup>343</sup> ALONSO SÁNCHEZ, B., *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procesos de ejecución*, Madrid, 1999, pp. 190 y 191.

PUGLIATTI, como veremos seguidamente, reputa la venta judicial como una suerte de conjunción de un acto procesal por parte del órgano ejecutivo y un negocio jurídico unilateral por parte del rematante (conforme al razonamiento de la «teoría del acto-procedimiento»). MONTERO AROCA y FLOR MATÍES, como acabamos de ver, nada dicen acerca de la existencia de un negocio jurídico unilateral por parte del rematante; antes bien, de acuerdo con GUTIÉRREZ DE CABIEDES, parecen calificar la postura de ese tercero rematante como una «condición» a la que se ve sometida la actuación del órgano judicial.

MONTERO AROCA y FLOR MATÍES, no obstante, no sólo se quedan en reiterar la naturaleza meramente procesal de la venta judicial, y afirmar su posible inclusión «matizada» (por los motivos ya expuestos) en la categoría del «*trasferimento coattivo*», sino que siguen avanzando, a nuestro juicio de manera acertada, admitiendo la posible aplicación por analogía del régimen jurídico de todas aquellas figuras jurídicas que tengan por objeto el intercambio de un bien por un precio, ante la existencia de lagunas legales en el régimen propio de la venta judicial. En este sentido, afirman que en la venta judicial «existe la utilización de un bien por su valor en cambio, por lo que tienen que existir semejanzas con los otros supuestos en los que se produce el mismo fenómeno económico (compraventa civil y mercantil, expropiación forzosa, contrato de compraventa administrativa), y de ahí que, en ocasiones, pueda acudir a las normas reguladoras de esos fenómenos para aplicarlas por analogía, sobre todo cuando se tiene en cuenta que algunas de esas normas, y la doctrina jurídica formada respecto de ellas, están muy desarrolladas, pero insistimos en que se trata de una actividad procesal que sólo se explica con relación a la potestad jurisdiccional»<sup>344</sup>.

Finalmente, puede citarse igualmente a MORAL MORO, quien de nuevo vuelve a calificar la venta judicial como «un acto procesal dentro del proceso de ejecución, de transmisión coactiva de los derechos a un tercero, que no es parte en el proceso». Como acto procesal, su regulación debe buscarse ante todo en las normas consecuentemente procesales y, sólo en caso de laguna existente en tales normas acudir a la aplicación por analogía de otras normas similares de otros ámbitos (no sólo procesales)<sup>345</sup>. Esto es, parte de una

---

<sup>344</sup> MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tomo II..., *cit.*, pp. 1725-1727. En tiempos más recientes y por parte de la mejor doctrina civilista se alzan voces que se suman al razonamiento de MONTERO AROCA y FLOR MATÍES, esto es, que consideran que la explicación de la venta judicial no puede hacerse desde la base de conceptos del Derecho Civil, que a lo sumo podrán emplearse a título de simple afinidad o analogía: vid. en este sentido a DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: el problema de la adquisición en los procesos de ejecución», en *Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios Europeos y Draft*, GÓMEZ LAPLAZA, M. C. (coord.), Madrid, 2012, pp. 13-44.

<sup>345</sup> MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, *cit.*, p. 88. Dentro de la doctrina procesalista también puede incluirse como partidario de la postura publicista aunque con admisión de la aplicación del régimen de la compraventa voluntaria por analogía a MORENO CATENA, V., y otros, *Derecho Procesal*, Tomo I (vol. II) Proceso Civil (2), Valencia, 1992, p. 26; según cita de la propia MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, *cit.*, p. 78.

explicación de la venta judicial en los exclusivos términos del proceso, pero admite la aplicación de normativa sustantiva ante lagunas en la regulación legal procesal.

Esta apertura a la aplicación por analogía del régimen jurídico sustantivo de figuras afines, entre las que destaca, como no, la compraventa, es el denominador común que yace bajo el planteamiento de todos los autores expuestos. Y veremos al exponer nuestra propia postura, que el resultado final al que se llega es prácticamente el mismo: debemos necesariamente acudir al régimen sustantivo de la compraventa, pero no por el simple hecho de que exista una laguna que colmar, sino porque hay aspectos sustantivos innegables en torno a la venta judicial, que precisamente por ello, escapan del alcance de la normativa puramente procesal, tal y como tendremos ocasión de demostrar en las páginas sucesivas.

### **2.2.3. Teorías procesalistas que otorgan cierta relevancia a los aspectos sustantivos: la teoría del «trasferimento coattivo» de Pugliatti y su respuesta a la principal insuficiencia de las posturas puramente publicistas (la explicación de la posición del tercero rematante y la naturaleza de la oferta)**

En esta tercera categoría de posturas publicistas o procesalistas de la naturaleza jurídica de la venta judicial se sitúa PUGLIATTI y su novedosa y exitosa teoría del «*trasferimento coattivo*». Y prueba de la acogida de la teoría en cuestión es que a día de hoy sigue siendo un referente para muchos autores en la categorización de la venta judicial. Adentrémonos en la explicación de la teoría en cuestión y analicemos sus virtudes y también sus insalvables dificultades.

En torno a los años treinta, en Italia la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la venta judicial es objeto de verdaderos ríos de tinta, como ya hemos tenido ocasión de comprobar en sede de las teorías «privatistas o contractualistas». En efecto, la mayor parte de los más reconocidos maestros procesalistas (CARNELUTTI, CHIOVENDA) se esfuerzan por justificar la ausencia de voluntad del «supuesto vendedor» en la venta judicial movidos por el empeño en ajustar la institución a los esquemas del contrato, concretamente del contrato de compraventa voluntario. Pues bien, es precisamente PUGLIATTI, de los primeros en rechazar esta inteligencia, apostando decididamente por abandonar toda concepción privatista de la venta judicial y acogiendo, así, una postura publicista que comienza a explicar la figura bajo el marco del proceso de ejecución y, en definitiva, bajo el imperio de la pública potestad jurisdiccional que justifica la actuación del órgano ejecutivo<sup>346</sup>. Y lo

---

<sup>346</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 298: «Da quanto precede risulta chiaramente (hace referencia a lo que precede, porque en las páginas anteriores analiza y rebate detenidamente todas y cada un de las construcciones privatistas elaboradas en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial) che ogni concezione privatistica della vendita forzata deve essere messa da parte. (...) Nel processo di esecuzione forzata immobiliare tutto si svolge sotto l'impulso e il predominio della pubblica potestà, muoventesi entro le ferree barriere e secondo i precetti delle più gelose e minuziose norme legali».

original del autor no es sólo que apuesta por excluir todo planteamiento privatista o contractualista (lo cual también hace SATTÀ en su pensamiento inicial, como ya hemos visto), sino que lo hace sin negar (sólo en parte, como ahora se verá) su compleja naturaleza predominantemente procesal, pero también sustantiva, que le lleva a construir una categoría general *ad hoc*, a saber, la del denominado «*trasferimento coattivo*»<sup>347</sup>, en la que no sólo tiene cabida la venta judicial, sino todos aquellos casos en los que se produce una transmisión de un derecho sin contar con la voluntad de su titular, en virtud de la actuación de un órgano con potestad pública para llevarlo a cabo. Veamos cuáles son los elementos o **pilares en torno a los cuales construye PUGLIATTI su teoría.**

En primer lugar, se parte de la **ausencia de voluntad por parte del «propietario expropiado»** en la venta judicial. A este respecto, afirma el autor que el deudor no manifiesta su voluntad en la transmisión de su derecho a un tercero, y toda voluntad implícita por su parte es completamente inexistente. Es más, no sólo falta su voluntad, sino que el deudor se ve obligado a someterse al proceso ejecutivo con todas sus consecuencias, entre las que se encuentra la pérdida de su derecho de propiedad sobre la cosa, que le viene expropiado y atribuido a un tercero<sup>348</sup>.

El segundo elemento viene constituido por la explicación o **justificación de la actuación del órgano ejecutivo** en la transmisión del derecho que no le pertenece. En efecto, normalmente, los derechos se transmiten por parte de sus respectivos titulares en virtud de una idónea manifestación de voluntad, aunque cuando un fin público así lo requiere, dicha transmisión puede llevarse a cabo sin contar con tal voluntad o yendo en contra de la misma, en virtud de la manifestación de voluntad de un órgano del poder público<sup>349</sup>. Esto es, la manifestación de voluntad del titular del derecho transmitido se ve sustituida por un procedimiento complejo, resultante de una serie coordinada de actos; procedimiento que en su conjunto da lugar a la transmisión del derecho realizado forzosamente.

De este segundo elemento se deriva el hecho de que la adjudicación que tiene lugar a través de la venta judicial no es un negocio jurídico *iusprivatista*, sino antes bien, un acto de

---

<sup>347</sup> Nótese que la «*teoria del trasferimento coattivo*» se desarrolla y construye con gran solidez en su obra *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, pero se acuña con anterioridad al hilo de la crítica de la tesis de CARNELUTTI de la representación, así como en otros trabajos: «*Vendita forzata e rappresentanza legale*»..., *cit.*; «*Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata*»... *cit.*; *Teoria dei trasferimenti coattivi*, Messina, 1931.

<sup>348</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*..., *cit.*, pp. 301 y 302: «Un primo elemento (...) è questo: il proprietario espropriato, cioè il debitore, non manifesta la sua volontà nel senso di trasferire il diritto sulla cosa ad altri, come avviene nella vendita volontaria; ed ogni volontà implicita di lui manca completamente (...). Il debitore è costretto a subire il processo esecutivo, con tutte le sue conseguenze, tra le quali è da comprendere la perdita del diritto di proprietà sulla cosa, che gli viene tolto e attribuito ad altri».

<sup>349</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*..., *cit.*, p. 302: «(...) Normalmente i diritti vengono trasferiti dal soggetto titolare, mercé una idonea manifestazione di volontà; ma quando un fine pubblico richiede, come mezzo per la propria attuazione questo trapasso, esso può aver luogo senza o contro la volontà di un organo del potere pubblico a ciò destinato».

naturaleza *iuspublicista*, en la medida en que proviene de un órgano público que, en representación del Estado y en el ejercicio de los poderes que le son propios, lleva a cabo una transmisión forzosa de derechos pertenecientes al deudor<sup>350</sup>.

El tercer y último elemento es el **carácter derivativo de la transmisión forzosa** que se lleva a cabo a través de la venta judicial. Es derivativa, porque el derecho en cuestión se transmite íntegramente, con todas las limitaciones y cargas que lo gravan: al tercero se le transmite exactamente lo que tiene el deudor expropiado<sup>351</sup>.

Estos son los elementos básicos en torno a los cuales se construye la teoría del «*trasferimento coattivo*», que en síntesis y en consonancia con GUTIÉRREZ DE CABIEDES, puede definirse «como una transferencia de derechos entre vivos, normalmente a título oneroso, efectuada sin el concurso de la voluntad del derecho y quizá también en contra de ésta». Figura que no sólo comprende a la enajenación forzosa que se produce a través de la venta judicial, sino también a las transmisiones en favor de la Administración en virtud de la expropiación forzosa<sup>352</sup>.

Llegados a este punto, veamos las autorizadas voces doctrinales que se muestran partidarias de esta teoría; adentrémonos en las principales críticas que se oponen a la misma; y finalmente, desarrollemos la construcción teórica adicional (la denominada «teoría del acto-procedimiento») con la que PUGLIATTI se enfrenta a la principal dificultad de las tesis publicistas, a saber, la explicación de la posición jurídica del rematante oferente (de esta respuesta extraemos la mayor relevancia que PUGLIATTI concede a los aspectos sustantivos de la venta judicial).

Comenzando por **la autorizada doctrina que se suma a la teoría del «trasferimento coattivo»**, puede citarse en primer lugar a MICHELI, uno de los más reconocidos comentaristas de los preceptos del Código Civil italiano de 1942 que tienen por objeto la regulación sustantiva de ejecución forzosa. El referido autor, considera que a través de la venta judicial se produce una transmisión realizada por el órgano ejecutivo de un derecho perteneciente al deudor, en virtud de un poder autónomo y propio proveniente de su función jurisdiccional. La transmisión forzosa se produce, a su juicio, no mediante una declaración de voluntad, sino a través de un procedimiento en el que prevalece el poder supremo correspondiente al órgano ejecutivo. Ahora bien, lo difícil, según MICHELI, es clasificar el tipo de transmisión en cuestión, para lo cual acude a la teoría del «*trasferimento coattivo*» de

---

<sup>350</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 303 y 304.

<sup>351</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 312: «Si può senz'altro parlare di acquisto derivativo: il diritto trapassa nella sua integrità, *cum omni causa*, e con tutte le limitazione che lo riguardano; al terzo offerente viene trasmesso quanto spetta al debitore espropriato (...)». Nótese que nos ocuparemos con mayor desarrollo del carácter derivativo o constitutivo de la transmisión en posteriores capítulos del presente trabajo.

<sup>352</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 90.

PUGLIATTI, cuyas críticas recibidas (expuestas todas por MICHELI), no deben hacer obviar la valía de la categoría en cuestión, a su parecer, de enorme utilidad constructiva<sup>353</sup>.

En este mismo sentido, TRAVI afirma que todas las teorías contractualistas tienden a infravalorar injustificadamente la función y actuación del órgano jurisdiccional ejecutivo, el cual goza en todo proceso contencioso de una posición de supremacía respecto a los restantes sujetos que intervienen en el mismo (partes y terceros intervinientes). En base a lo anterior, resulta oportuno renunciar al empleo del esquema del contrato, y concebir a la venta judicial como un acto unilateral del órgano ejecutivo, a través del cual se produce una transmisión coactiva (un «*trasferimento coattivo*») de un derecho del deudor. Transmisión coactiva que el órgano judicial no lleva a cabo en virtud del ejercicio de un derecho o poder de otro (del deudor o del acreedor), sino mediante el ejercicio de un poder propio, por cuenta propia y en su propio nombre<sup>354</sup>.

Por parte de la doctrina española más reciente, resulta destacable la postura ya analizada de MONTERO AROCA y FLOR MATÍES, quienes estiman que la venta judicial no es sólo una actuación «pura de Derecho público emanada de un órgano del Estado que actúa en cuanto tal»; sino que hay que ir más allá para explicar la verdadera esencia de la figura, matizando que se trata de una «transferencia coactiva», esto es, «de una transferencia de derechos *inter vivos*, onerosa que se realiza sin atender (o en contra) al titular del derecho, y que es unilateral del Juez, aunque esté condicionada por la existencia de otro acto unilateral, como es la declaración de voluntad del adquirente»<sup>355</sup>. Postura que parece casar plenamente con la inteligencia de PUGLIATTI, si bien no es del todo así, como ya advertimos y ahora

---

<sup>353</sup> MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata»..., *cit.*, pp. 107-109: «Che se è vero che l'organo esecutivo vende in luogo del debitore (la cui volontà di alienare o meno è del tutto indifferente in questo stadio) esso vende non già perché eserciti un potere (sostanziale) spettante originariamente al debitore stesso od al creditore, ma in virtù di un potere autonomo, proprio da ravvisare nella stessa essenza della funzione giurisdizionale. (...) Con il trasferimento del bene, quindi, l'organo esecutivo esercita solo ed esclusivamente il suo potere (pubblico) che nulla ha a che fare con gli eventuali poteri sostanziali che i soggetti privati del processo hanno sul bene medesimo. Il trasferimento, infatti, si attua non già attraverso una manifestazione di volontà, ma mediante un provvedimento che attua la sanzione esecutiva nel quale prevale l'elemento d'imperio, quale manifestazione del potere di supremazia spettante all'organo giurisdizionale. (...) Più difficile, però, è classificare di qual tipo di trasferimento si tratti (...), che è stato qualificato come un tipo di "trasferimento coattivo", di trasferimento che avviene senza la volontà del titolare. (...) Le critiche stesse (a la referida teoría) non giovano, però, a mio avviso, a scalzare il concetto di trasferimento coattivo e ad escludere l'utilità costruttiva del concetto medesimo (...).»

<sup>354</sup> TRAVI, A., «Vendita dei beni pignorati»..., *cit.*, p. 637: «Ogni teoria contrattualistica tende –comunque– a svalutare ingiustificatamente la funzione e l'opera dell'ufficio giurisdizionale: ufficio che in ogni processo (contenzioso) ha –necessariamente– una posizione di supremazia non solo rispetto alle parti, ma anche rispetto ai terzi che entrano in rapporto con esso. Tenuto conto di ciò sembra opportuno rinunciare ad avvalersi dello schema del contratto, e concepire la vendita forzata come un atto unilaterale dell'ufficio esecutivo, un suo provvedimento, con cui avviene un trasferimento coattivo; dando vita a questo trasferimento l'ufficio non agisce in esercizio di diritti o poteri altrui (del debitore o dei creditori), ma in esercizio di un suo proprio potere; no agisce in nome o per conto di altri ma in suo proprio nome e per suo proprio conto».

<sup>355</sup> MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tomo II..., *cit.*, pp. 1725-1727.

tendremos ocasión de comprobar, ya que no coincide en la explicación de PUGLIATI sobre la posición del tercero rematante y su oferta de adquisición.

Analizados los adeptos a la teoría del «*trasferimento coattivo*», pasemos a enunciar las **críticas** de las que este planteamiento es objeto.

Lo primero que debe decirse en este punto es que todas las críticas que se arrojan contra la postura de PUGLIATTI giran en torno a un mismo y solo elemento, a saber, el de la inclusión dentro de la categoría del «*trasferimento coattivo*» de la expropiación forzosa junto a la propia venta judicial. En efecto, como acabamos de ver, PUGLIATTI intenta explicar la naturaleza jurídica de la venta judicial mediante la creación de una categoría *ad hoc*, la del «*trasferimento coattivo*», en la que tendrían cabida todos y cada uno de aquellos supuestos en los cuales existe una transmisión coactiva de un derecho, en virtud de una potestad pública y sin contar (y aún yendo en contra) de la voluntad del titular de dicho derecho. Siendo así, pasan a asimilarse desde los moldes de la novedosa categoría figuras ciertamente heterogéneas, tales como la venta judicial y la expropiación. Pues bien, es precisamente esta asimilación de figuras heterogéneas de la que parte la teoría de PUGLIATTI lo que se rechaza frontalmente por diversos autores. Desarrollemos en mayor medida dichas críticas, a través de las cuales se pone de relieve la gran distancia insalvable existente entre una y otra figura jurídica (venta judicial y expropiación forzosa).

En primer lugar, siguiendo a SATTÀ<sup>356</sup>, a ZANZUCCHI, así como a VOCINO<sup>357</sup>, la teoría del «*trasferimento coattivo*» debe descartarse en la medida en que no pueden agruparse bajo una misma categoría a dos figuras ciertamente dispares, la venta judicial y la expropiación forzosa, en la medida en que en la primera de ellas existe un verdadero y propio ejercicio de la tutela jurisdiccional de los derechos, llevado a cabo mediante el concurso de los órganos jurisdiccionales; mientras que la segunda hipótesis se cifra en una exclusiva actividad administrativa. En otros términos, la primera gran diferencia existente entre la venta judicial y la expropiación forzosa viene dada por el distinto ámbito en el que se desenvuelven: en el caso de la venta judicial, el estrictamente procesal; y la expropiación forzosa, el administrativo.

En segundo lugar, de acuerdo con CERINO-CANOVA, la venta judicial y la expropiación forzosa tampoco pueden incluirse bajo una misma categoría, ya que persiguen funciones totalmente distintas. La venta judicial persigue la obtención de una determinada suma de dinero para satisfacer al acreedor ejecutante, mientras que la expropiación forzosa trata de procurar un determinado bien<sup>358</sup>.

---

<sup>356</sup> SATTÀ, S., *La rivendita forzata...*, cit., pp. 76 y ss.

<sup>357</sup> ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto Processuale Civile...*, cit., pp. 83 y ss.

<sup>358</sup> CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., cit., p. 151, nota n. 54: «La categoria servirebbe a riunire la vendita forzata ed altri numerosi istituti, i quali hanno come prototipo l'espropriazione».

A nuestro juicio, la presente crítica debería matizarse en el sentido siguiente: la distinción entre la venta judicial y la expropiación forzosa se cifra más bien en la diversa finalidad que se persigue en uno y otro instituto, a saber, en la venta judicial, la satisfacción del interés del acreedor que ve incumplido su crédito; mientras que en la expropiación forzosa, la consecución de una utilidad pública o interés social, de acuerdo con el art. 33. 3 de la Constitución Española.

En tercer lugar, atendiendo igualmente a CERINO-CANOVA, los procedimientos a través de los cuales se llevan a cabo la venta judicial y la expropiación forzosa son totalmente distintos, entre otros aspectos y destacadamente puede señalarse la completa disparidad existente entre la determinación del precio (venta judicial) y el justiprecio (expropiación forzosa)<sup>359</sup>.

Finalmente, acudiendo de nuevo a CERINO-CANOVA, puede decirse que el tipo de transmisión que se opera en la venta judicial y en la expropiación forzosa ostenta una naturaleza totalmente opuesta: derivativa en la venta judicial y originaria en la expropiación forzosa<sup>360</sup>. En efecto, para constatar esta evidente diferencia entre una y otra figura, baste

per pubblica utilità. Ebbene, vendita forzata ed espropriazione svolgono una funzione diametralmente opposta: scopo della prima è di conseguire una somma di denaro; scopo della seconda è di procurare un bene». La crítica de la inclusión bajo una misma figura de dos figuras que nada tienen que ver la una con la otra, basando tal disparidad en la diversa función que persiguen, es destacada igualmente por MAZZARELLA, F., «Vendita forzata»..., *cit.*, p. 556: «(...) Volendo estremamente sintetizzare, nella espropriazione per pubblica utilità lo Stato è interessato ai beni dei privati, e interviene togliendoglieli, per quella utilità specifica che questi sono per loro natura capaci di dare (eventualmente anche mediante trasformazione). Se si vuole, si può dire che nell'espropriazione per pubblica utilità lo Stato è interessato al valore d'uso dei beni; anche quando espropria a vantaggio di altro privato, è sempre l'uso del bene che viene in rilievo, nel senso che, anche nelle mani di un privato, esso è avvertito come di rilevanza pubblica. Nulla di tutto ciò nella espropriazione dei beni del debitore. Non il loro valore d'uso interessa, bensì il valore di scambio, la loro capacità di essere rapportati al danaro ed essere scambiati con esso; l'utilità concreta che l'acquirente realizza col bene acquistato è fuori dell'orizzonte della espropriazione forzata per crediti e delle finalità che vi si perseguono». En el mismo sentido, MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata» (2ª Edición)... *cit.*, p. 268: «Ciò che suscita perplessità è la decisa sussunzione della vendita forzata nella categoria dei trasferimenti coattivi accanto a fattispecie eterogenee, quale l'espropriazione per pubblica utilità. (...) Vendita forzata ed espropriazione per pubblica utilità svolgono una funzione diametralmente opposta: scopo della prima è di conseguire una somma di denaro; scopo della seconda di procurare un bene» (reitera las palabras pronunciadas por CERINO-CANOVA que acabamos de ver).

<sup>359</sup> CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., *cit.*, p. 151, nota n. 54: «Evidentemente diversa è la struttura dei due procedimenti: e basta considerare la vincolavilità dell'offerta nella vendita contrapposta ai molteplici giudizi attraverso cui la determinazione dell'indennità può passare. In definitiva, la categoria dei "trasferimenti coattivi" suggerisce il fondato dubbio che l'accostamento di fenomeni eterogenei non offra un valido sostegno all'indagine di ciascuno di essi». Esta diversidad de estructura entre la venta judicial y la expropiación forzosa es igualmente destacada por MAZZARELLA, F., «Vendita forzata»..., *cit.*, p. 556: «(...) Non pare però che due fenomeni –l'espropriazione per crediti di denaro e quella per pubblica utilità– abbiano qualcosa in comune, avendo anzi struttura antitetica».

<sup>360</sup> CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., *cit.*, p. 151, nota n. 55: «Pugliatti sosteneva che la vendita forzata avesse, già nel vigore di codici 1865, carattere derivativo. Pertanto, la conseguenza enunciata nel testo non è nell'a. della teoria dei "trasferimenti coattivi", ma è tuttavia un'implicazione di questa soprattutto dell'assimilazione della vendita forzata con l'espropriazione per pubblica utilità. Secondo un'autorevole dottrina, il portato dell'espropriazione per p. u. consiste nell'estinzione di un diritto e nella costituzione di un altro diritto».



acudir a la diversa forma en que opera el denominado «efecto purgativo» (la cancelación de cargas que pesen sobre el bien una vez producida la transmisión) en uno y otro caso. En la venta judicial hay una adquisición derivativa del derecho objeto de venta, en la medida en que el efecto purgativo predicable de la misma sólo se refiere a los derechos y trabas que se hayan constituido con posterioridad a la constitución del crédito cuyo incumplimiento inicial da lugar al nacimiento de la ejecución; mientras que en la expropiación forzosa, la adquisición del derecho es originaria, pues el efecto purgativo es absoluto (el bien se adquiere por la Administración ningún tipo de cargas), tal y como se desprende del art. 8 de la Ley de Expropiación Forzosa española<sup>361</sup> y el art. 25 (L), apartado primer de la Ley de Expropiación Forzosa italiana («*Testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità (D.P.R. 327/2001)*»)<sup>362</sup>. Ello da clara muestra que la naturaleza de la transmisión en la venta judicial sigue la máxima *nemo plus iuris transferre potest*, (el rematante no puede adquirir mas derechos en el proceso de ejecución que los que el propio ejecutado tuviera); mientras que en la expropiación forzosa se produce una suerte de adquisición originaria, donde el derecho entra inmaculado en manos de la Administración pública.

Finalmente, cabe destacar a BONSIGNORI, que detallando todas y cada una las críticas anteriormente expuestas, se muestra no obstante partidario de la teoría del «*trasferimento coattivo*» de PUGLIATTI, si bien circunscribiendo la categoría a las ventas judiciales y adjudicaciones forzosas<sup>363</sup>; esto es, excluyendo de la misma a las restantes figuras, particularmente la expropiación forzosa (precisamente por la disparidad ya analizada que existe entre la misma y la venta judicial).

---

<sup>361</sup> El art. 8 de Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, dispone: «La cosa expropiada se adquirirá libre de cargas. Sin embargo, podrá conservarse algún derecho real sobre el objeto expropiado, si resultase compatible con el nuevo destino que haya de darse al mismo y existiera acuerdo entre el expropiante y el titular del derecho».

<sup>362</sup> El art. 25 (L), apartado primero del *Testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità (D.P.R. 327/2001)*, establece: «L'espropriazione del diritto di proprietà comporta l'estinzione automatica di tutti gli altri diritti, reali o personali, gravanti sul bene espropriato, salvo quelli compatibili con i fini cui l'espropriazione è preordinata».

<sup>363</sup> BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»... *cit.*, pp. 26 y 27: «Dunque, mi pare senz'altro più corretto e metodologicamente fruttuoso il restringere la categoria dei trasferimenti coattivi alle sole ipotesi di vendita e di assegnazione forzata, che si realizzano mediante e in un processo di espropriazione giurisdizionale. (...) Più corretto mi pare, dunque, il delinearne la categoria dei trasferimenti coattivi con esclusivo riferimento a quelli riconducibili a un provvedimento autorizzativo del giudice dell'esecuzione forzata, o del giudice delegato al fallimento».

En este punto también merece destacarse la crítica generalista que GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil...*, *cit.*, pp. 652 y 653, realizan a la tesis de PUGLIATTI: «Podría intentarse buscar la figura más general en que esta clase de actos públicos deberían estar encuadrados y así hablar, v. gr., como hace parte de la doctrina, de transferencias coactivas para designar estas transmisiones de dominio que no se producen en virtud de la voluntad privada sino en manifestación de un poder público o imperio. Pero el nombre apenas sí añade algo más a la cosa, y pensando en la estricta transferencia procesal, su inclusión dentro de la categoría de los actos del proceso que le corresponde resuelve suficientemente los problemas generales que, con relación a ella, se plantean, dando una pauta segura para determinar los importantes efectos que lleva consigo una actuación de esta clase».

Este talón de Aquiles del pensamiento de PUGLIATTI (la inclusión en la categoría de figuras heterogéneas), que ya desde tempranos inicios es criticado, como hemos tenido ocasión de comprobar, por reputados autores (señaladamente, SATTA), no pasa desapercibido al padre de la criatura. En efecto PUGLIATTI toma buena nota de ello, y en su célebre obra «*Esecuzione forzata e diritto sostanziale*», trata de hacerle frente rebatiéndola en el sentido que ahora exponemos.

El referido autor admite las diferencias existentes entre las distintas figuras que tendrían cabida bajo la categoría por él creada, pero ello no justifica su negación, en la medida en que sí existen una serie de elementos esenciales que son comunes a las figuras en cuestión, y es eso lo que hace precisamente factible y útil la categoría general. Veamos cuáles son esos esenciales elementos comunes: ambas instituciones son idóneas para llevar a cabo la transmisión coactiva (sin el consentimiento de su titular) de un derecho; en ambas, el traspaso del derecho se efectúa mediante la actividad de un órgano público, jurisdiccional o administrativo; y el poder en virtud del cual se lleva a cabo la transmisión coactiva es ciertamente idéntico, ya compete al órgano jurisdiccional o al órgano administrativo, originario y permanente, cuyo ejercicio está condicionado a la existencia de una serie de presupuestos predeterminados legalmente<sup>364</sup>. En otros términos y siguiendo a FRANCO ARIAS, «existen diferencias entre las diferentes figuras que componen el “*trasferimento coattivo*”, pero eso no excluye la existencia de elementos esenciales comunes, en base al cual el concepto general ha sido constituido en un intento de sintetizarlos en un esquema general»<sup>365</sup>.

De lo que no cabe duda es que la categoría creada por PUGLIATTI tiene vocación de generalidad, de modo que el hecho de abarcar supuestos heterogéneos es, hasta cierto punto, inevitable; lo principal es que existan notas esenciales comunes de las que pueda deducirse dicha categoría general. Baste acudir a categorías generales tales como la del «negocio jurídico», en la que tienen cabida figuras muy distintas (contrato o testamento), pero bajo las cuales subyace la nota común de tratarse de supuestos en los que existe una manifestación de voluntad que trae consigo una serie de efectos jurídicos que pueden predeterminarse por el

---

<sup>364</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 305 y 306: «Un semplice raffronto tra la vendita forzata e un'altra figura di trasferimento coattivo (...) può fare tutt'al più rilevare differenze particolari tra le due figure, ma non conduce di necessità alla esclusione dell'una o dell'altra di esse dallo schema generale nel quale s'è tentato di sistamarle; non esclude cioè la esistenza di quegli elementi essenziali comuni, in base ai quali il concetto generale è stato costruito. Né noi abbiamo mai voluto negare che tra le svariate figure di trasferimento coattivi vi siano differenze notevoli; solo abbiamo sostenuto che tutte queste figure, come mezzi idonei di trapasso di diritti dall'uno all'altro soggetto, e solo sotto questo aspetto, rientrano in un medesimo schema concettuale. (...) È fuori dubbio che, in entrambi i casi, il trapasso del diritto si effettua mediante l'attività di un organo pubblico, giurisdizionale o amministrativo rispettivamente. (...) Il potere di trasferire coattivamente un diritto non può che essere identico, sia che compete all'organo giurisdizionale, sia che compete ad un organo amministrativo: sarà, nell'uno e nell'altro caso, un potere originario e permanente, il cui esercizio soltanto è condizionato all'esistenza di determinati presupposti».

<sup>365</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 42.

propio sujeto en cuestión. No obstante, tal y como afirma DE CASTRO, «las construcciones teóricas no tienen valor *a priori* y se justifican por su utilidad»<sup>366</sup>. ¿Puede decirse que la noción de «*trasferimento coattivo*» sea verdaderamente útil en la explicación de la naturaleza jurídica de la venta judicial? Entendemos que no. Acudiendo de nuevo al símil de la categoría general del negocio jurídico, la utilidad principal de la misma reside en determinar las reglas básicas y generales que rigen la autonomía de la voluntad, con las que colmar las lagunas del texto codificado, librando así el limbo jurídico en el que se encuentran muchas figuras de enorme importancia<sup>367</sup>. ¿A través de la noción de «*trasferimento coattivo*» podemos solventar las lagunas jurídicas que envuelven muchas de las cuestiones – principalmente sustantivas- que encierra la venta judicial? En absoluto, porque de nada nos servirá acudir, por ejemplo, al régimen de la expropiación forzosa para cubrir lagunas de enorme importancia en torno a la venta judicial (principal propósito del presente trabajo) tales como el saneamiento por evicción y vicios ocultos, el momento traslativo, el traspaso del riesgo, etc. De hecho, los términos en los que se plantea la teoría del «*trasferimento coattivo*» no sólo es que no faciliten la superación de tales lagunas, sino que incluso dificultan su resolución, pues en ningún caso posibilitan acudir a la regulación general del contrato de compraventa voluntario, figura mucho más afín con la venta judicial que la expropiación forzosa. Por todo ello y desde este punto de vista, nos parece una construcción ciertamente estéril (nada soluciona)<sup>368</sup>.

Pero es que además, la teoría de PUGLIATTI se enfrenta a un escollo que no logra superar, común a todas las construcciones publicistas o procesalistas en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial, a pesar de que su esfuerzo por solventarlo sea ciertamente loable. Y decimos loable, porque, como tendremos ocasión de ver, construye una nueva teoría adicional en la que por primera vez parece otorgarse cierta relevancia a la esfera sustantiva de la venta judicial (la denominada teoría del «*atto-procedimento*»).

---

<sup>366</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 2002 (reimpresión), p. 23.

<sup>367</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, cit., p. 23.

<sup>368</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 90 y 91, nota n. 206, también critica este punto controvertido e insuperable del pensamiento de PUGLIATTI de identificación bajo el mismo ropaje de figuras sumamente heterogéneas, tales como la venta judicial y la expropiación forzosa: «Se comete un error queriendo buscar un término tan general que abarque no sólo a las transmisiones judiciales en un proceso sino también a la que efectúe cualquier órgano público. Este modo de proceder conduce a negar la diferencia sustancial que existe entre un acto procesal y un acto administrativo y el funcionamiento y disciplina de unos y otros órganos. Los dos derechos tiene principios diferentes y éstos se tienen que traducir en la distinta naturaleza del acto. El punto común puede ser la transferencia coactiva pero las últimas distinciones necesarias para obtener el concepto y naturaleza exactos han de manifestarse. Sin intención exhaustiva y sólo a título de ensayo señalaremos algunas de las distinciones de naturaleza entre la subasta y la expropiación. 1) La subasta la realiza un órgano independiente del Estado. La expropiación el mismo Estado a través de su Administración. 2) El órgano judicial que enajena es imparcial ya que no satisface ningún interés propio, con la transmisión. La Administración al adquirir por expropiación, no es teóricamente imparcial ya que expropia para sí. 3) La subasta entraña una discriminación en las funciones de los sujetos: juez, parte, terceros. La expropiación una indiscriminación al mismo nivel: Administración, expropiado y aquélla haciendo función decisiva y adquisitiva. 4) La subasta es acto jurisdiccional de satisfacción de una acción procesal. La expropiación un acto administrativo de cobertura de un interés público o utilidad social (...).».

En efecto, todas y cada una de las teorías procesalistas o publicistas hacen agua al enfrentarse a la **explicación de la posición del tercero rematante y a la calificación de su oferta**. Si las teorías contractualistas no pueden explicar la ausencia de voluntad del vendedor, las publicistas tampoco pueden justificar la posición del rematante. Y es que el rematante actúa libre y voluntariamente, ofreciendo un determinado precio, de modo que desde el análisis aislado de su figura en nada se diferencia del comprador de la compraventa voluntaria.

Se trata de una cuestión sobre la que mucho se ha escrito, si bien puede afirmarse que existen tres teorías fundamentales erigidas en torno al particular, incluyendo la propia de PUGLIATTI (la denominada teoría del *atto-procedimento*). Las dos primeras están en consonancia con el pensamiento puramente procesalista o publicista de la venta judicial, mientras que la explicación de teoría de PUGLIATTI parece dar un paso más otorgando cierta relevancia, como decimos, a determinados aspectos sustantivos.

La primera de las teorías sostenidas acerca de la problemática cuestión de la calificación jurídica del tercero rematante y de la oferta por él realizada es la acuñada por ZANZUCCHI, quien asimila la oferta realizada por el tercero rematante con la interposición de una suerte de **demanda judicial**. La inteligencia del planteamiento sería la siguiente: si la venta judicial trae causa de la demanda ejecutiva inicialmente interpuesta por el acreedor ejecutante, parece lógico que, en correspondencia, la oferta para adquirir el bien por parte del rematante sea igualmente una demanda<sup>369</sup>.

El razonamiento nos resulta inaceptable, ya que, siguiendo a MICHELI, el tercero rematante, al realizar su oferta, no pretende obtener una prestación determinada por parte del órgano jurisdiccional. Antes bien, lo que ejercita el rematante es su genérica capacidad de obrar, manifestando su libre voluntad de adquirir el bien objeto de subasta judicial<sup>370</sup>. En efecto, como indica TRAVI, el que interpone una demanda judicial ejercita una pretensión o exigencia a su favor, con la que denuncia un daño provocado por una lesión o violación y pretende que se lleven a cabo las medidas necesarias para reintegrar dicha situación lesiva. Ello no es predicable del oferente en la venta judicial, el cual no asume la cualidad de parte (de ahí que no tenga la posibilidad de interponer una demanda judicial), de modo que su

---

<sup>369</sup> ZANZUCCHI, M. T., *Manuale di Diritto Processuale Civile*, III, Milano, 1945, p. 97: «(...) Se la vendita da parte del creditore è promossa con una istanza, pare logico che, in corrispondenza l'offerta per acquistare non sia altro che una istanza».

<sup>370</sup> MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata»..., *cit.*, p. 109: «(...) Non è possibile costruire la relativa offerta del terzo quale una mera domanda giudiziale. Facendo l'offerta, chi vuole acquistare il bene non esercita un potere (processuale), volto ad ottenere una certa prestazione da parte dell'organo giurisdizionale. Chiunque (...) può offrire per acquistare il bene messo in vendita, (...) esercita in concreto la sua generica capacità d'agire, nella specie d'obbligarsi, mettendo in essere una manifestazione di volontà (...)».

actuación no es sino un acto procesal<sup>371</sup>, esto es, una manifestación de voluntad de un sujeto que produce una serie de efectos jurídicos en el proceso, predeterminados legalmente.

En el ámbito de las posturas puramente procesalistas o publicistas, encontramos una segunda explicación de la posición del tercero rematante, acuñada en este caso por SATTÀ, quien considera que el mismo puede equipararse a la figura de un «**auxiliar del órgano ejecutivo**», al que este último se dirige para obtener el dinero necesario para satisfacer la pretensión del acreedor ejecutante, cual es el fin que persigue el proceso ejecutivo en su conjunto<sup>372</sup>.

Esta postura también resulta rechazable, pues como bien apunta MICHELI, el rematante no recibe por parte del órgano ejecutivo ningún encargo que deba cumplir; actúa no en virtud de una obligación (como lo haría si fuese un auxiliar del órgano jurisdiccional), sino en ejercicio de una libre voluntad de adquirir<sup>373</sup>. Esto es, y siguiendo en este caso a TRAVI, el rematante pretende adquirir el bien en su propio interés, y no por interés del órgano judicial y por el buen fin del proceso ejecutivo. Ciertamente ejerce una función de enorme importancia en el seno del proceso de ejecución (puede incluso calificársele de «instrumento del proceso»), ya que sin la existencia de oferta, la venta judicial no puede llegar a culminarse, pero ello es, sin duda, insuficiente para transformarlo en un auxiliar del órgano ejecutivo. Es un verdadero tercero procesal, de forma que permanece totalmente al margen de la actuación del órgano jurisdiccional<sup>374</sup>.

---

<sup>371</sup> TRAVI, A., «Vendita dei beni pignorati»..., *cit.*, pp. 637 y 638: «(...) Ma di una vera domanda giudiziale non ci sembra sia il caso di parlare: chi propone una domanda giudiziale esprime un'esigenza di reintegrazione a proprio favore, e cioè denuncia un (ritenuto) stato di violazione o lesione a proprio danno e chiede un provvedimento che lo rimuova. Ciò non può dirsi per nulla dell'offerente in sede di vendita forzata. (...) Si può enunciare questa critica con altri termini, dicendo che il terzo offerente rimane terzo, non assume la qualità di parte (solo una parte può, evidentemente, proporre domande giudiziale). Gli atti dell'offerente sono d'altronde, senza dubbio, atti processuali, in quanto pienamente inseriti in un processo (e regolati dalla disciplina del processo)».

<sup>372</sup> SATTÀ, S., *La rivendita forzata...*, *cit.*, pp. 78 y ss. Nótese que SATTÀ abandona posteriormente su pensamiento inicialmente procesalista puro, de modo que rechaza consecuentemente la presente teoría del «auxiliar del órgano ejecutivo» como explicación de la figura del tercero rematante.

<sup>373</sup> MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata»..., *cit.*, pp. 111 y 112: «In ogni caso, dunque, è da escludere che l'aggiudicatario eserciti una funzione pubblica, quantomeno sia da configurare come un provato che esserciti pubblici poteri, quale un ausiliare del giudice; egli infatti, non ha dall'organo esecutivo alcun incarico da compiere, se si fa avanti lo fa perché ritiene che ciò risponda al suo privato tornaconto; lo fa, cioè, non già per l'adempimento di un obbligo (come invece sarebbe se fosse un vero e proprio ausiliare), ma in seguito ad una libera determinazione del volere, cioè come estrinsecazione della propria autonomia negoziale».

<sup>374</sup> TRAVI, A., «Vendita dei beni pignorati»..., *cit.*, p. 637: «Secondo un'altra visione (oggi abbandonata da chi la propone) l'offerente sarebbe addirittura un ausiliare dell'ufficio esecutivo, a cui tale ufficio si rivolge per ottenere il denaro occorrente ai suoi fini. Anche questa, però, sembra una visione eccessivamente radicale, (...): l'offerente si occupa di acquistare nel suo interesse, e non nell'interesse dell'ufficio e per il buon fine del processo; è sì, in certo modo, uno strumento del processo, e la sua attività è stimolata dall'ufficio per i fini del processo; ma ciò è senza dubbio insufficiente a trasformarlo in vero ausiliare dell'ufficio. È terzo, tale rimane, anche nel senso che resta nettamente distinto e contrapposto rispetto all'ufficio (della cui complessiva organizzazione fanno invece parte, almeno in senso largo, i veri ausiliari)».

Llegamos así y en tercer lugar a la que hemos anteriormente calificado como «loable» construcción del PUGLIATTI en torno a la calificación jurídica de la posición del rematante y su oferta. Veamos en qué consiste esta construcción y justifiquemos porqué la calificamos de «loable».

Uno de los elementos concurrentes en la venta judicial, según PUGLIATTI, es la manifestación de voluntad que realiza el rematante al ofrecer un determinado precio para la adjudicación de la cosa subastada; manifestación de voluntad, que a su parecer, tiene una indudable naturaleza privada. De este modo, existe una conjunción de dos manifestaciones plenamente distintas, a saber, la referida del rematante, privada y fruto del libre ejercicio de una genérica facultad por parte del sujeto; y la del órgano ejecutivo, que por el contrario tiene una naturaleza jurídica claramente pública, fruto del ejercicio de un poder propio del órgano público en cuestión. Se trata, pues, de una realidad compleja, compuesta por un acto procesal prevalente (la actuación del órgano judicial ejecutivo) y un negocio jurídico unilateral (oferta realizada por el tercero rematante) difícilmente calificable desde un punto de vista jurídico. Y decimos acto procesal prevalente, porque de acuerdo con PUGLIATTI, la actuación del órgano ejecutivo tiene eficacia por sí misma para llevar a cabo la transmisión del derecho objeto de venta, mientras que la manifestación de voluntad del oferente sólo tiene la potencial eficacia de que la adjudicación en cuestión se realice a su favor.

Podría pensarse que nos encontramos ante un contrato público, celebrado entre un sujeto privado y la Administración pública. Pero ello, según PUGLIATTI, no es sostenible por una serie de razones fundamentales:

- En primer lugar, porque la venta judicial no es fruto de un acto bilateral, sino de uno unilateral prevalente condicionado jurídicamente en cuanto al despliegue de su plena eficacia por otro acto unilateral de menos importancia. En efecto, tal y como acabamos de apuntar (opinión que no compartimos), lo que produce verdaderamente el efecto transmisivo es la actuación del órgano ejecutivo; el tercero rematante no concurre a la formación del acto en el que se sustancia la venta judicial, porque su manifestación de la voluntad en la realización de la correspondiente oferta constituye sólo un presupuesto de la adjudicación llevada a cabo por el órgano ejecutivo<sup>375</sup>.
- Si se tratase de un contrato, ambas partes actuarían en ejercicio de un determinado derecho subjetivo o facultad; mientras que en la venta judicial, el órgano ejecutivo actúa en virtud de un poder público, su función jurisdiccional, con la que crea una relación jurídica a cuyos efectos permanece ajeno.

---

<sup>375</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 42, arroja una crítica similar en torno a la posibilidad de conceptuar la venta judicial como un contrato de Derecho público: «(...) La oferta del adquirente tiene carácter negocial y no así la resolución judicial, considerando que su diversidad las hace improcedentes para engendrar un contrato».

- En el contrato de Derecho público, la manifestación de voluntad por parte de la Administración conserva su carácter negocial, mientras que en la venta judicial nos encontramos ante una actuación de carácter puramente procesal (acto procesal en sentido técnico).

Descartada la posibilidad de tratarse de un contrato de Derecho público<sup>376</sup> por los motivos expuestos, ¿cómo puede explicarse esta realidad compleja que engloba un acto procesal prevalente y un negocio jurídico unilateral? A través de la teoría creada por la doctrina administrativista del «*atto-procedimento*» (acto-procedimiento), que precisamente acoge aquellas actuaciones complejas constituidas por un procedimiento de carácter público y una actuación privada de naturaleza negocial<sup>377</sup>. Como indica MICHELI en este punto (partidario de la postura de PUGLIATTI), «la venta judicial vendría constituida por una conjunción o coordinación de actos; de un lado la oferta de carácter negocial, y de otro el procedimiento judicial». De aquí se deriva, según MICHELI, una importantísima consecuencia: al mantener la oferta su autonomía negocial, quedará sujeta a todas las causas de impugnación de los negocios jurídicos: la incapacidad y vicios del consentimiento<sup>378</sup>.

Hasta aquí la exposición de la teoría del «*atto-procedimento*», pasemos ahora a destacar sus virtudes (de ahí que la vengamos calificando como «loable») para posteriormente adentrarnos en su crítica, para lo cual debemos detenernos, necesariamente, en la calificación jurídica de las actuaciones que componen la venta judicial.

Lo más destacable de la construcción de PUGLIATTI en torno a la explicación de la posición jurídica del rematante oferente es que constituye la superación de las posturas extremadamente procesalistas, en la medida en que parte del reconocimiento de un aspecto puramente privado o sustantivo de la venta judicial, cual es la declaración de voluntad que libremente manifiesta el rematante al ofrecer un precio por la adjudicación del bien subastado. Las teorías de la «demanda judicial» sostenida por ZANZUCCHI, o del «auxiliar

---

<sup>376</sup> Nosotros ya hemos destacado nuestra oposición a la consideración de la venta judicial como contrato de Derecho público, en nuestra crítica a SOLCHAGA LOITEGUI; y añadimos un argumento adicional: la Administración de Justicia carece de personalidad jurídica para emitir un válido consentimiento contractual, a diferencia de la Administración General del Estado (así se desprende del art. 2. 2 de la LOPJ).

<sup>377</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 313 y ss.

<sup>378</sup> MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata»..., cit., p. 110: «Per spiegare tale complessa situazione si è ricorsi al concetto, elaborato specialmente dalla dottrina amministrativistica, dell'atto-procedimento: l'offerta, di natura negoziale, ed il provvedimento giurisdizionale danno luogo ad un seguito di atti coordinati nello scopo, pur se posti in essere da soggetti differenti; l'offerta, pertanto, mantiene la sua autonomia negoziale e quindi, come tale, è soggetta a tutte quelle impugnative che sono possibili di regola contro un negozio giuridico. L'aggiudicatario potrà far valere la propria incapacità (...) i vizi del consenso (...).» Excluye el referido autor, no obstante, el dolo, por los motivos y en los términos siguientes: «escluderei, invece, un'impugnativa per il dolo, dato che esso dovrebbe essere esercitato dal giudice o, se usato dal terzo, dovrebbe essere noto al giudice medesimo, nella quale ipotesi ritengo che all'aggiudicatario non resterebbe, semmai, se non un'azione civile di risarcimento contro l'ufficio esecutivo (salve eventuali sanzioni penali contro il titolare dell'ufficio, in quanto ne sussistano gli estremi)» (MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata»..., cit., p. 111).

del órgano ejecutivo» acuñada por SATTÀ (en su pensamiento inicial), que la doctrina agrupa como puramente procesalistas, pretenden dar una insuficiente explicación unilateral de una institución, la venta judicial, que reúne una realidad compleja: procesal y sustantiva.

Esto es, PUGLIATTI es el primero en admitir, después de un imperante pensamiento puramente procesalista o publicista, que la venta judicial no puede explicarse en términos exclusivamente procesales, ya que de lo contrario, estaríamos negando un aspecto esencial en la venta judicial, a saber, el sustantivo o material. Así lo destacan igualmente autorizadas voces de la doctrina italiana.

CERINO-CANOVA considera que la teoría del «*atto-procedimento*» es la primera en mostrar la necesaria sensibilidad hacia una perspectiva sustantiva de la venta judicial que va más allá de la meramente procesal. No puede reducirse la oferta realizada por el tercero rematante al proceso, porque el proceso no lo explica todo. De ahí que la teoría del «*atto-procedimento*» sea la primera en advertir las lagunas de una explicación unilateral del fenómeno, dando respuesta y poniendo de relieve la compleja realidad de la que la venta judicial se compone: una combinación de la oferta como acto propio de Derecho sustantivo y el procedimiento ejecutivo<sup>379</sup>.

De la misma forma, MAZZAMUTO indica que la teoría del «*atto-procedimento*» constituye la respuesta más acertada a la compleja realidad en que consiste la venta judicial, pues es capaz de coordinar de manera rigurosa los aspectos públicos y privados, procesales y sustantivos, de la figura en cuestión, superando así los excesos a los que llevan las teorías de inspiración puramente publicista<sup>380</sup>.

A pesar de lo elogioso de la novedosa teoría, encuentra insuperables obstáculos que la hacen objeto de crítica por parte de cierta doctrina. Adentrémonos en dicha crítica y demos posteriormente nuestro parecer al respecto.

En este sentido, debemos comenzar por CERINO-CANOVA, quien después de aplaudir el hecho de que la teoría del «*atto-procedimento*» sea la que tenga por primera vez presentes los aspectos procesales y sustantivos de la venta judicial, considera que sólo se reduce a un «un buen programa de estudio» de la institución, en la medida en que trae causa de la más genérica teoría del «*trasferimento coattivo*», la cual resulta para el autor insostenible por los

---

<sup>379</sup> CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., *cit.*, pp. 149 y 150: «(...) La sensibilità verso un'ulteriore prospettiva, quella del diritto sostanziale, ispira la concezione dell'atto-procedimento. (...) La teoria dell'atto procedimento avverte appunto le lacune di una spiegazione unilaterale del fenomeno e sembra dare corpo alla complessa realtà di cui questo si compone: l'offerta quale atto di diritto sostanziale si combina con l'entità formale del procedimento». En términos similares y desde esta misma perspectiva elogia la teoría del «*atto-procedimento*» TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata»..., *cit.*, p. 1135.

<sup>380</sup> MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata» (2ª Edición)... *cit.*, pp. 266 y 267: «La teoria del atto-procedimento rappresenta l'espressione più matura di questa stagione di studi (...). Essa riesce a comporre in modo finalmente rigoroso pubblico e privato, forma processuale e sostanza di diritto materiale, evitando taluni eccessi delle dottrine di ispirazione pubblicistica (...)».



motivos ya analizados anteriormente: esto es, por tratarse de una categoría general que acoge figuras que poco tienen que ver la una con la otra (la expropiación forzosa y la venta judicial). En otros términos, CERINO-CANOVA reputa la teoría del «*atto-procedimento*» como válida en cuanto al enfoque del que parte (público-privado, haciendo ver la naturaleza compleja de la institución), pero rechazable al derivar de la más genérica teoría del «*trasferimento coattivo*» a la que se opone por los motivos ya estudiados. En definitiva, las insuficiencias de la teoría del «*trasferimento coattivo*» se transmiten a su derivada teoría del «*atto-procedimento*».

TRAMONTANO, por su parte, es más original en su crítica a la teoría del «*atto-procedimento*», acuñando argumentos *ad hoc*, independientes respecto de los ya reiterados respecto a la más genérica teoría del «*trasferimento coattivo*». Ya el propio planteamiento de la crítica nos parece más acertado, en la medida en que una cosa es la explicación de la naturaleza jurídica de la venta judicial en su conjunto que se realiza mediante la teoría del «*trasferimento coattivo*», y otra distinta la calificación de la posición del rematante oferente. Si distinta es la *ratio* de las teorías, también sus respectivas críticas deben serlo.

El referido autor se opone a la teoría del «*atto-procedimento*», pues no es posible explicar de modo convincente la inserción de una categoría contractual en el seno de un procedimiento jurisdiccional, y ello en base a dos motivos fundamentales: en primer lugar, porque los requisitos psicológicos del acto negocial (conciencia y voluntad no viciada de error, violencia o dolo) difieren de los requisitos de validez de los actos procesales, para los que no tienen ninguna relevancia ni la causa ni los motivos; y en segundo lugar, porque el sistema de oposición a los actos procesales ejecutivos se articula de una forma totalmente diversa respecto al régimen de nulidad y anulabilidad de los contratos, de modo que no sería posible, ni coherente configurar una duplicidad de medios de impugnación, en función de la relevancia sustantiva o procesal del acto en cuestión, todos ellos parte del mismo procedimiento ejecutivo<sup>381</sup>.

Llegados a este punto, expongamos nuestro parecer acerca de la teoría del «*atto-procedimento*», esto es y en definitiva, detallemos nuestra explicación acerca de la posición del tercero rematante oferente.

---

<sup>381</sup> TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata»..., *cit.*, pp. 1135 y 1136: «(...) Non è possibile spiegare in modo convincente l'inserimento di una fattispecie contrattuale all'interno di un procedimento giurisdizionale per due motivi di fondo: in primo luogo i requisiti psicologici dell'atto negoziale (coscienza e volontà non inficiata da errore, violenza e dolo) differiscono da quelli necessari per la validità degli atti processuali, per la validità di quali non hanno alcuna rilevanza né la causa, né i motivi; in secondo luogo il sistema delle opposizioni agli atti processuali esecutivi (...) si articola in una prospettiva completamente diversa rispetto al regime di nullità e annullabilità dei contratti, e non sarebbe possibile, né coerente ipotizzare una duplicità di mezzi di impugnazione, a seconda della rilevanza sostanziale o processuale dell'atto, all'interno del medesimo procedimento esecutivo».

A nuestro entender, la teoría del «*atto-procedimento*» resulta insostenible por los motivos que se indican a continuación:

1º. Porque la venta judicial no sólo es fruto de la conjunción aislada de dos elementos, la adjudicación y el precio ofrecido por el rematante, sino que es consecuencia del proceso ejecutivo en su conjunto.

2º. Porque se parte de una perspectiva que tiene presente los aspectos sustantivos, pero considerando como preferentes los aspectos procesales, hasta el punto de que PUGLIATTI afirma que la transmisión es resultado de la exclusiva actuación procesal de adjudicación del bien. Ello no es así, pues tanta importancia tiene el aspecto procesal en el origen, como el sustantivo en la consecuencia. La misma importancia guarda la adjudicación que la oferta por el rematante: ambos elementos son esenciales para el buen fin de la venta judicial. De poco serviría una adjudicación a cargo del órgano ejecutivo si no hay tercero que pretenda adquirir el bien ofreciendo el pago de un determinado precio.

3º. Debemos analizar la naturaleza aislada de cada uno de los elementos constitutivos de la teoría del «*atto-procedimento*», pues creemos errada la calificación que de los mismos lleva a cabo.

Comencemos con la adjudicación por parte del órgano ejecutivo. Se trata, sin lugar a dudas, de un acto procesal en sentido estricto, esto es, de una manifestación de voluntad por parte del órgano jurisdiccional a la que el Derecho anuda una serie de efectos jurídicos predeterminados legalmente y que tienen lugar en el seno del proceso.

Desde esta perspectiva, coincidimos con la teoría del «*atto-procedimento*», que también califica la actuación del Juez como de acto procesal.

En lo que hace a la oferta realizada por el rematante, entendemos que no puede calificarse como negocio jurídico unilateral<sup>382</sup> bajo ningún concepto; y ello, por las razones siguientes:

---

<sup>382</sup> Nótese que estamos manejando una noción general de «negocio jurídico» como categoría creada en el siglo XIX por la doctrina alemana. Dicha institución conceptual no está recogida legalmente en el texto de nuestro Código Civil (tampoco en el del Código Civil italiano) y parte de una categoría general, que siguiendo a DíEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, I, 12ª Edición, Madrid, 2012, p. 460, que distingue los «actos jurídicos» de los «hechos jurídicos». Los primeros serían aquellas actuaciones humanas realizadas con conciencia y voluntad, de las cuales se derivan una serie de efectos jurídicos: principalmente la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas. Los segundos constituirían actuaciones con repercusiones relevantes jurídicamente, pero sin contar con conciencia y voluntad. Pues bien, dentro de los «actos jurídicos» en sentido genérico, puede distinguirse, de un lado los «actos jurídicos en sentido estricto» y los denominados «negocios jurídicos». En el negocio, el autor o autores autorregulan sus propios intereses, estableciendo una norma de conducta vinculante para su satisfacción. Mientras que en el acto jurídico en sentido estricto, no existe contenido normativo ninguno, ya que el agente no tiene el poder de configurar las consecuencias por quedar éstas predeterminadas por la Ley. Existe otros autores, no obstante, señaladamente y por todos indicamos a GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. I, Padova, 2010, pp. 33-37, que ciñéndose a la letra del texto codificado, acuñan una clasificación diversa, en la que no se reconoce el concepto de negocio jurídico (de ahí la presente advertencia). Concretamente, siguiendo al célebre autor italiano, debe

a) Porque en el ámbito jurídico-procesal, como ya hemos tenido ocasión de aclarar, no resulta aplicable el esquema negocial. Ya comentamos al analizar la postura puramente publicista de GUASP y ARAGONESES de la que nos mostramos partidarios en este punto, que «no hay en el Derecho procesal verdaderos negocios jurídicos», porque las partes del supuesto negocio se ven intermediadas constantemente por la voluntad del órgano judicial correspondiente, lo que impide atribuir a sus declaraciones de voluntad los efectos jurídicos inmediatos que son propios de los negocios jurídicos. Afirmación que resulta aún más evidente en relación al contrato, que supone por esencia una igualdad entre los contratantes, «al cual repugna el principio de la jerarquía subjetiva, característica de la institución procesal». No hay, pues, verdaderos negocios jurídicos ni contratos procesales<sup>383</sup>.

b) Porque aún admitiendo la figura del negocio jurídico procesal, tampoco nos encontraríamos ante tal figura, ya que la oferta en sí misma no reúne tal calificación, en la medida en que no constituye una manifestación de voluntad a través de la que su autor pretenda autorregular sus propios intereses, estableciendo una norma de conducta vinculante para su satisfacción<sup>384</sup>, sino una mera manifestación de voluntad cuyos efectos quedan predeterminados y ordenados legalmente en el seno del proceso. A este respecto afirma CARIOTA FERRARA, que «no son negocios jurídicos unilaterales las manifestaciones de voluntad (oferta, aceptación, negativa) destinadas a encontrarse o combinarse con las manifestaciones de voluntad de otras partes»<sup>385</sup> (en nuestro caso la manifestación de voluntad en que se cifra la actuación del órgano ejecutivo). Siempre se tratará de un acto jurídico, que en este caso y por llevarse a cabo en el seno del proceso, puede reputarse como acto jurídico procesal.

En base a lo anterior, consideramos que la oferta realizada por el rematante no es sino un nuevo «acto procesal», de los distintos que componen el proceso ejecutivo en su conjunto. Concretamente, y siguiendo la clasificación que de los actos procesales llevan a

---

partirse de la existencia de los denominados «hechos jurídicos», que son todos aquellos sucesos naturales o humanos que al producirse el Ordenamiento Jurídico les atribuye un efecto jurídico, constitutivo, modificativo o extintivo de relaciones jurídicas. Estos «hechos jurídicos» pueden ser o naturales o humanos: los naturales, son aquellos sucesos que se producen al margen de la actuación del ser humano (río que de modo natural transporta tierra del monte al valle, modificando la extensión del fundo, el propietario del mismo adquiere dicha nueva extensión añadida de forma natural); los hechos jurídicos propiamente humanos son aquellos en los que la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica se produce exclusivamente como consecuencia de un comportamiento humano querido y voluntario. Dentro de los hechos jurídicos humanos, el autor distingue una subcategoría que son los denominados «actos jurídicos», que son aquellos hechos jurídicos humanos destinados expresamente a producir efectos jurídicos. Actos jurídicos que son susceptibles de una triple clasificación, la cual distingue entre: los actos o declaraciones de voluntad, los actos o declaraciones de ciencia y, finalmente, las participaciones y comunicaciones.

En lo que a nosotros interesa, los actos o declaraciones de voluntad son los que pueden identificarse con el genérico «negocio jurídico» al que hemos hecho referencia en un principio.

<sup>383</sup> GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 651.

<sup>384</sup> Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, I...*, cit., p. 460.

<sup>385</sup> CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, Traducción de ALBALADEJO GARCÍA, M., Madrid, 1956, p. 110.

cabo OLIVA SANTOS, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ y VEGAS TORRES, constituye una verdadera «declaración de voluntad», a saber, un acto jurídico que, por medio del lenguaje expresa un querer al que el Derecho enlaza efectos jurídicos determinados en la órbita del proceso<sup>386</sup>.

Antes vimos, siguiendo a MICHELI<sup>387</sup>, que una de las importantes consecuencias que se derivan de la calificación de la oferta del rematante como negocio unilateral es la aplicación a la misma de las causas generales de impugnación de los negocios jurídicos. Habiendo calificado ahora dicha oferta como acto jurídico procesal, ¿quiere ello decir que las causas generales de impugnación de los negocios jurídicos no le serían aplicables? En absoluto, ya que al tratarse el acto jurídico, ante todo y sobre todo, de una manifestación de voluntad, por razón de ese preciso componente voluntarista del que también goza el negocio jurídico, le serán de aplicación las causas de impugnación de éste: falta de capacidad y vicios del consentimiento (error, violencia, dolo e intimidación).

Así lo entiende la más autorizada doctrina clásica, principalmente DE CASTRO, ENNECCERUS, KIPP y WOLF. En efecto, DE CASTRO, apoya la opción referida en el artículo 1090 del CC español, que establece la aplicación del régimen de los contratos a las obligaciones derivadas de la Ley, en los aspectos no regulados por ella misma. En base a lo anterior, afirma DE CASTRO que «si el Código Civil entiende que obligaciones que no tienen por base la voluntad individual, ello no obstante, se someterán a las reglas de dicho Libro, y por tanto también a la de los contratos, con mucha más razón habrá de admitirse que estas últimas se aplicarán a las otras obligaciones nacidas de declaraciones de voluntad, pero no de un contrato. Nada impide, por tanto, que se acuda a la aplicación analógica de las disposiciones legales sobre contratos y testamentos y de los principios que las inspiran, respecto a los demás supuestos en que juega la autonomía de la voluntad»<sup>388</sup>. Esto es, se admite la aplicación, por analogía (basada en el elemento voluntarista común a los actos jurídicos y contratos) del régimen de los contratos, negocio jurídico bilateral por antonomasia, a los actos jurídicos.

ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, por su parte, consideran que lo que nosotros hemos reputado como «actos jurídicos», guardan una gran similitud con los negocios jurídicos, pues contienen la exteriorización de un acontecimiento del espíritu, a saber, de una voluntad (aunque en el caso del acto, el efecto jurídico se produce *ex lege* y no *ex voluntate*). Por consiguiente, afirman los autores alemanes, «en tanto prepondere esta naturaleza coincidente

---

<sup>386</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A.; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J. *Derecho Procesal. Introducción...*, cit., p. 321.

<sup>387</sup> MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata»..., cit., p. 110. Vid. nota n. 175.

<sup>388</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, cit., p. 22. En sentido análogo, DíEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, I...*, cit., p. 461, quienes consideran que a «los actos jurídicos, parece necesario aplicarles a la voluntad en la que se asientan las normas de la declaración de voluntad contractual en lo que aquéllos consientan, es decir, en cuanto admitan la analogía, salvo disposición en contrario del legislador».

con las declaraciones de voluntad, habrá que tratarlos por analogía de éstas, o sea que habrá que aplicar, por lo regular, lo que se refiere a la capacidad de celebrar negocios jurídicos, a la representación, al error, al dolo, a la violencia, al consentimiento y a la ratificación, a la invalidez y a la impugnación, como asimismo a la perfección»<sup>389</sup>.

En definitiva, la oferta realizada por el rematante podrá impugnarse por la ausencia de los requisitos esenciales de la voluntad del negocio jurídico, a saber, la falta de capacidad, el error, la violencia, la intimidación y el dolo.

Llegados a este preciso punto, debemos retomar el rechazo que expresa TRAMONTANO a la posible aplicación régimen de impugnación de los negocios jurídicos a la oferta del rematante en base al elemento voluntarista, pues ello supondría admitir la duplicidad de medios de impugnación, en función de la relevancia sustantiva o procesal del acto en cuestión, todos ellos parte del mismo procedimiento ejecutivo. Discrepamos de esta posición, porque esta posible dualidad de medios de impugnación es un indefectible reflejo de la compleja ambivalencia procesal y sustantiva, constitutiva de la venta judicial; y asimismo, existen defectos puramente sustantivos cuya impugnación desde una órbita procesal (precisamente la falta de capacidad, el error, la violencia, intimidación y el dolo), de no serles de aplicación el régimen igualmente sustantivo, quedarían sin respuesta legal.

### **2.3. TEORÍAS QUE TRATAN DE HOMOGENEIZAR LOS ASPECTOS PROCESALES Y SUSTANTIVOS DE LA VENTA JUDICIAL AFIRMANDO SU COMPLEJA NATURALEZA**

Constatadas las insuficiencias a la que llevan los excesos de las teorías contractualistas y procesalistas, así como la falta de explicación satisfactoria de la postura del tercero rematante, incluso por aquellos que comienzan a dar cierta relevancia a los aspectos sustantivos de la venta judicial, existe un grupo de autores, que, por fin, pretenden superar tales extremos afirmando la indudable naturaleza compleja, procesal y sustantiva, de la institución objeto de estudio.

El primero en dirigir esta dirección es SATTÀ, quien curiosamente se retracta de su pensamiento inicialmente publicista mediante una sincera autocrítica, pasando a desligarse tanto de los procesalistas, como de los contractualistas. Es concretamente en 1937 cuando replantea y recompone su pensamiento, atenuando su anterior visión exclusivamente procesal de la venta judicial y subrayando adecuadamente su innegable relevancia material<sup>390</sup>. Significativas de la nueva y más acertada inteligencia del autor son las siguientes

---

<sup>389</sup> ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I-2º (Parte General), Traducción de la 39ª Edición alemana de PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Barcelona, 1950, p.12.

<sup>390</sup> Así lo destaca CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., *cit.*, pp. 141-143: «(...) È lo stesso Satta che, nei successivi ritorni sul tema, ripudierà questo suo primo tentativo di sistemazione con una

palabras pronunciadas por SATTÀ: «existen una serie de efectos sustantivos de la venta judicial que resultan innegables, a saber, la transmisión de la propiedad y la obligación de pagar el precio; surgiendo así una relación jurídica que se instaura entre el deudor y el adjudicatario»<sup>391</sup>.

Como puede apreciarse, el autor resalta uno de los más importantes efectos sustantivos que encierra la venta judicial: el efecto traslativo (con el matiz de que en España, donde rige el sistema del título y modo, el efecto transmisivo de la venta judicial consiste en servir de título traslativo del dominio, no operando por sí mismo la mutación jurídico-real), que se cifra en la entrega de la cosa y el pago del precio; y decimos uno de los importantes efectos sustantivos de la venta judicial, porque olvida el autor el importantísimo «efecto purgativo» que ésta también trae consigo, esto es, la virtualidad de cancelar todos aquellos derechos y trabas posteriores a la traba del embargo del que trae causa la venta judicial. No obstante, lo verdaderamente relevante es la toma de conciencia por parte de SATTÀ del sustrato no sólo procesal, sino también sustantivo, que compone la venta judicial.

Asimismo, otro aspecto destacable del nuevo pensamiento de SATTÀ gira en torno a la última frase pronunciada, a saber, que el efecto traslativo que deriva de la venta judicial se entabla entre el deudor y el adjudicatario. En efecto, afirma el nacimiento de una relación jurídica sustantiva que sólo implica al deudor y al rematante, no al órgano judicial ejecutivo ni al acreedor ejecutante. Nos adherimos plenamente a este fundamental extremo destacado por SATTÀ, ya que es evidente que si de efecto traslativo estamos hablando, los afectados son el propietario de la cosa transmitida (deudor) y el sujeto que paga el precio por la misma (rematante adjudicatario). Lo anterior guarda una relevancia que va más allá del mero ámbito civil, pues tiene unas importantísimas consecuencias en el orden fiscal de las que nos ocuparemos más adelante y sobre las que mucho se ha discutido en la jurisprudencia española: *grosso modo*, puede decirse que si consideramos transmitente a los efectos de la transmisión realizada mediante la venta judicial al deudor, y éste tiene la condición de empresario, la referida transmisión quedará sujeta al Impuesto del Valor Añadido y no al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

El siguiente de los autores que con mayor claridad afirma sin tapujos la naturaleza compleja, no sólo procesal sino también sustantiva, de la venta judicial, es CERINOCANOVA. El referido autor, resalta los excesos en los que caen las tradicionales posturas

---

sincera autocritica. (...) La migliori conferma delle riflessioni appena svolte è offerta da Satta, che nel 1937 rimedita tutti i temi in precedenza affrontati e li ricomponne in una trattazione sistematica dell'intera esecuzione forzata. (...) La trattazione sistematica adesso richiamata permette altresì all'insigne autore di temperare una visione esclusivamente processuale della vendita forzata e di sottolinearne adeguatamente la rilevanza materiale».

<sup>391</sup> SATTÀ, S., *L'esecuzione forzata*, Milano, 1937, p. 191: «Dal lato degli effetti sostanziali –e cioè degli effetti di diritto privato della vendita forzata- non c'è dubbio che la vendita operi il trasferimento della proprietà da un lato, dall'altro il sorgere dell'obbligo di pagare il prezzo. È questo un rapporto che si instaura fra debitore e aggiudicatario».

contractualistas y procesalistas: las primeras exaltan el fenómeno de cambio de cosa por precio, mientras que las segundas centran la exclusiva atención en el poder público. Ambas son insuficientes, las contractualistas, porque la venta judicial no puede explicarse desde el contrato, en la medida en que no puede justificarse la falta de voluntad del vendedor, ni puede relegarse a un papel meramente instrumental a la actuación del órgano ejecutivo; y las publicistas porque el proceso no puede absorber absolutamente todo, particularmente la relevante posición del tercero oferente que pretende ser adjudicatario del bien<sup>392</sup>.

A juicio de CERINO-CANOVA las anteriores observaciones hacen que debamos apostar por una armonización recíproca de los aspectos procesales y sustantivos de la venta judicial<sup>393</sup>; ambas esferas deben conciliarse necesariamente: respectivamente, el proceso y la actuación del poder público, de un lado, y el cambio de un derecho por un precio, por otro. La negación de esta compleja realidad que encierra la venta judicial trae consigo una visión parcial y limitada del fenómeno: compuesto por aspectos procesales y sustantivos. En efecto, la venta judicial se desarrolla en el proceso y por el proceso, pero ostenta una eficacia material ampliamente descrita por el CC italiano de 1942, lo que refleja la doble matriz, sustantiva y de forma que la inspira (también se deriva dicha naturaleza compleja o dual de la existencia de dos textos legales, el *Codice di Procedura Civile* y el CC italiano, procesal y civil, respectivamente, que se encargan de regular la figura en cuestión)<sup>394</sup>.

Sin duda alguna, CERINO-CANOVA es de los primeros autores en reafirmar de manera más incisiva la compleja naturaleza jurídica de la venta judicial, en base a la crítica de los excesos de las tradicionales teorías contractualistas y publicistas. No obstante, su elogiable postura se queda simplemente en eso: en un acertado enfoque. ¿Pero ello a qué conduce? Lo fundamental en la calificación de la naturaleza jurídica no es otra cosa que la determinación del régimen jurídico aplicable a aquellos aspectos que carezcan de una concreta regulación legal; y ello no parece obtener una respuesta en el pensamiento de CERINO-CANOVA.

Finalmente, dentro de la doctrina española, debe destacarse la posición de LUQUE TORRES, quien considera que la subasta o venta judicial es una figura jurídica eminentemente procesal, a la que acompañan ciertos aspectos sustantivos, lo cual nos conduce a su

---

<sup>392</sup> CERINO-CANOVA, A., *Offerte dopo l'incanto...*, cit., pp. 86-92: «Il fenomeno materiale è in prima linea, assolutamente assorbente, nella teoria del contratto e relega ad un ruolo strumentale e preparatorio il potere autoritativo, pure riconosciuto. (...) La più radicale tendenza pubblicistica, che risolve lo studio della vendita sul piano del procedimento, trascura e nega ogni rilevanza al fenomeno dello scambio. (...) Questa tendenza (la pubblicistica) no è, però, completa in quanto vi è sempre una posizione rilevante che non si lascia riassorbire nella funzione pubblica: quella dell'offerente».

<sup>393</sup> CERINO-CANOVA, A., *Offerte dopo l'incanto...*, cit., p. 91: «Le due prospettive della vendita forzata (...) devono essere reciprocamente armonizzate».

<sup>394</sup> CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., cit., p. 144: «È così chiaro, perché confermato dal testo legislativo, che la vendita forzata si svolge nel processo e per il processo, ma insieme sorregge un'efficacia materiale ampliamente descritta dal codice civile; ovvero che coesistono nell'istituto due differenti matrici ispirativi, rispettivamente di sostanza e di forma, che nei due diversi codici trovano la loro regolamentazione».

naturaleza mixta. El carácter público y procesal es el que prevalece sobre todos los demás, a juicio de la autora, si bien ello no nos debe llegar a negar la aplicación en ciertos casos de la normativa de la compraventa contractual, en aquellos aspectos en los lleguen a coincidir<sup>395</sup>.

Se trata de una postura tendencialmente procesalista, pues afirma la existencia de aspectos sustantivos, pero los relega a una posición secundaria respecto de los aspectos procesales. Lo fundamental no es sólo esta última afirmación, sino la admisibilidad de la aplicación analógica (no utiliza literalmente este término, aunque se sobreentiende) del régimen jurídico de la compraventa para aquellos aspectos en los que coincidan. Quizá hubiera sido más preciso afirmar la aplicación por analogía del régimen de la compraventa contractual para aquellos casos no regulados expresamente por la normativa procesal y ello en base a la identidad de razón que existe en ambas figuras.

### **3. NUESTRA POSTURA: RELECTURA DE LA POSICIÓN DE DíEZ-PICAZO; UNA POSICIÓN SINCRÉTICA, QUE NO ECLÉCTICA**

La extensa exposición y sistematización de las numerosas posturas sostenidas acerca de la naturaleza jurídica de la venta judicial dan muestra de su importancia, si bien, de nada nos servirá su tratamiento, si de la misma no pueden extraerse pautas generales (marcos jurídicos a los que acudir) para la resolución de problemas carentes de regulación específica<sup>396</sup>.

Siendo así, es hora de que demos cuenta de nuestra postura y que justifiquemos precisamente la importancia anteriormente anunciada.

A este respecto, tal y como se desprende de la rúbrica del presente epígrafe, acogemos la posición sostenida por DíEZ-PICAZO al hilo de su estudio de la denominada categoría de los «contratos forzosos». Posición del célebre autor que hacemos nuestra en cuanto a su breve esencia, y que ampliamos y matizamos, de ahí que hagamos referencia a una «relectura» de dicho pensamiento. Y siguiendo con la explicación de los elementos que componen el encabezamiento del presente apartado, afirmamos que se trata de una posición sincrética y no ecléctica, en la medida en que, como bien apunta GUTIÉRREZ DE CABIEDES, no pretendemos quedarnos simplemente en un término medio conciliador pero inexacto, sino por el contrario, tratamos de superar los extremos equivocados de las distintas posturas

---

<sup>395</sup> LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., p. 215.

<sup>396</sup> En esta misma línea, afirma VERDERA SERVER, R., «Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial», en *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº 25, 2010, p. 101: «Ésta es una cuestión en la que la intensidad de la discusión doctrinal y jurisprudencial amenaza con hacernos perder de vista el problema fundamental, que no es otro que el de precisar el régimen jurídico de la adquisición derivada de subasta judicial».



relatadas en las páginas anteriores, llegando a lo que nosotros reputamos como solución útil<sup>397</sup>. Adentrémonos con detalle en la postura de DÍEZ-PICAZO, pues.

DÍEZ-PICAZO se enfrenta a la cuestión de la naturaleza jurídica de la venta judicial, como decimos, al hilo del estudio de los «llamados contratos forzosos», categoría que rechaza y que trae causa de la progresiva intervención del Estado en el Derecho patrimonial en la época contemporánea. Intervención que genera la aparición de figuras «extravagantes» para el Derecho clásico de los Códigos civiles, porque desbordan los moldes conceptuales clásicos elaborados por la ciencia jurídica. Una de ellas es precisamente el denominado «contrato forzoso», entendiéndolo por tal a todos aquellos casos en el contrato se impone a los contratantes. Si lo que se impone es el contenido de dicho contrato, nos encontraremos propiamente ante los calificados «contratos normados», que son efectivamente contratos. Cuando se impone no el contenido, sino el origen mismo de la relación jurídica contractual que no nace de un acto de las partes, sino de su imposición forzosa, nos encontramos ante el verdadero contrato forzoso sobre el que los autores se plantean su calificación jurídica y situación sistemática<sup>398</sup>. Pues bien, dentro de esta genérica categoría es donde la doctrina suele incluir igualmente a la denominada venta forzosa o venta judicial, que es lo que a nosotros interesa.

Decimos que DÍEZ-PICAZO rechaza la figura del «contrato forzoso», pues ve en ella una confusión entre el acto originador y la relación jurídica nacida del mismo: se llama contrato más a la relación jurídica que el negocio bilateral crea que al negocio creador en sí<sup>399</sup>.

De aquí ya podemos extraer la primera premisa fundamental para construir nuestro pensamiento en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial: como bien indica DÍEZ-PICAZO, una construcción rigurosa del tema debe fundarse en una distinción clave entre el acto de constitución y la relación jurídica que de él surge<sup>400</sup>. La razón de la confusión de estos dos elementos claramente identificables es que el acto de constitución alcanza en el sistema de los conceptos jurídicos un valor preeminente, de modo que absorbe la relación, que es, en realidad, su efecto, pasando a formar con ella una unidad conglomerada. Pero acto y relación son conceptos distintos. Es evidente que existe entre ambos un nexo evidente, pero ello no puede traer como consecuencia que pasen a formar una sola unidad. De modo, que no es posible confundirlos, ni siquiera en aquellos casos en que convivan en temporalmente<sup>401</sup>.

---

<sup>397</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 78, nota n. 169.

<sup>398</sup> DÍEZ-PICAZO, L., «Los llamados contratos forzosos»..., cit., pp. 85-90.

<sup>399</sup> DÍEZ-PICAZO, L., «Los llamados contratos forzosos»..., cit., p. 99.

<sup>400</sup> DÍEZ-PICAZO, L., «Los llamados contratos forzosos»..., cit., pp. 101 y 102.

<sup>401</sup> DÍEZ-PICAZO, L., «Los llamados contratos forzosos»..., cit., p. 103.

Aclarada esta distinción esencial entre el acto constitutivo y la relación jurídica nacida del mismo, es hora de aplicarla al contrato de compraventa en torno a cuya comparativa gira desde el origen la polémica acerca de la naturaleza de la venta judicial. En la compraventa ordinaria, el acto originador es un negocio jurídico bilateral, un contrato, que da lugar a la creación autónoma y voluntaria de una determinada relación jurídica, que podemos denominar de venta, en la medida en que se trata de un «*vinculum iuris*» que da lugar a la entrega de un derecho a cambio de un precio en dinero. Este es el caso más prototípico y clásico del tráfico jurídico, a saber, la relación jurídico-privada que nace de un acto de la autonomía de las partes. No obstante dicha relación jurídica también puede nacer excepcionalmente sin que la voluntad de sus titulares haya sido tenida en cuenta, sin que lo hayan querido. En estos casos hay una voluntad superior que impone la relación, sin que a las partes les quede más remedio que acatarla. Es la actuación del Estado la que crea e impone la relación de carácter privado entre dos sujetos<sup>402</sup>. Por tanto, la misma relación jurídico-privada puede nacer, tanto de un contrato, como de una actuación pública estatal; y reiteramos que en ambos casos la relación jurídica nacida será exactamente la misma.

Partiendo de lo anterior, ¿cuál es el acto constitutivo y la relación jurídica nacida en la venta judicial? En el caso de la venta judicial, el acto constitutivo es el proceso de ejecución y la relación jurídica nacida es la propia de venta: un cambio de un bien por un precio en dinero. Esto es, el proceso ejecutivo en su conjunto da lugar al nacimiento de una relación jurídica privada, que podemos calificar de venta, en la medida en que la relación de venta hace referencia, como decimos al «*vinculum iuris*» que da lugar a la entrega de un derecho a cambio de un precio en dinero.

En efecto, como bien indica DÍEZ-PICAZO en este punto la ausencia de negocio jurídico no puede servir para deducir la ausencia de venta; es decir, puede negarse la existencia de venta contractual, pero no la de venta judicial, desde el momento en que venta es todo vínculo jurídico que trae consigo la transmisión de un derecho a cambio de un determinado precio en dinero<sup>403</sup>.

Por tanto, lo verdaderamente problemático de la venta judicial no es calificar la relación jurídica, que indudablemente es de venta, sino el acto originador de la misma. Dicho acto originador no es un contrato, pues no hay concurrencia de dos voluntades libremente expresadas, sino el propio proceso de ejecución en su conjunto, compuesto por una serie de actos jurídicos procesales. Por este motivo, según DÍEZ-PICAZO la venta judicial, puede además llamarse «procesal», pues nace del mismo proceso ejecutivo. De no ser así, de no

---

<sup>402</sup> DÍEZ-PICAZO, L., «Los llamados contratos forzosos»..., *cit.*, pp. 104-106.

<sup>403</sup> CUBELLS ROIG, E., «La subasta y el retracto *ex lege*», en *Revista General del Derecho*, N° 584, 1993, p. 4378, coincide en destacar que lo que distingue a la venta judicial de la contractual es precisamente el acto constitutivo, el origen de la relación jurídica de venta: «La primera es igual a la segunda una vez acordada (refiriéndose a la venta contractual y judicial), porque genera también la transmisión de bienes o derechos, pero es diferente *in fieri* (...). Decir que son iguales ambas ventas es una generalización a martillazos o excesiva».

considerarse que la compraventa de los bienes del deudor ejecutado nace de este complejo de actos jurídicos procesales que se denomina proceso de ejecución, no podrá encontrarse solución satisfactoria al problema.

En base a lo anterior, no debe parecer disonante hablar de venta judicial para distinguirla de la venta contractual, y de ahí nuestra continua alusión a la terminología en cuestión a lo largo de estas páginas. Como bien indica DÍEZ-PICAZO, quiere decirse simplemente que, de la misma manera que la compraventa nace de un acto de las partes (contrato), no hay dificultad teórica insuperable para admitir que la compraventa puede también nacer de un proceso (en este caso, de ejecución)<sup>404</sup>.

En definitiva, debemos distinguir el acto constitutivo de la relación jurídica que de él nace; y partiendo de dicha distinción, pueden distinguirse igualmente las «compraventas contractuales» de las «compraventas judiciales»: las primeras serían las relaciones jurídicas de venta (cambio de cosa por precio) que nacen de un contrato; mientras que las segundas consistirían en relaciones jurídicas, igualmente de venta (también hay cambio de cosa por precio), nacidas en este caso del proceso de ejecución (compuesta por una serie de actos jurídicos procesales).

Detallemos en mayor medida la calificación jurídica de cada una de esas actuaciones que en su conjunto componen la venta judicial, para posteriormente especificar el régimen jurídico aplicable a las cuestiones no resueltas en nuestro Derecho positivo vigente.

Comencemos por la **calificación jurídica de las actuaciones integrantes de la venta judicial**. Como acabamos de ver, entendemos que la venta judicial nace del proceso de ejecución. Siendo ello así, todo aquello que no sea la relación jurídica de venta, esto es, el cambio de la cosa por el precio, forma parte del proceso. En efecto, el proceso de ejecución comienza con un acto jurídico procesal que consiste en el ejercicio de la acción ejecutiva a través de la interposición de la correspondiente demanda, prosigue con las actuaciones llevadas a cabo por el órgano judicial encargado de la ejecución y finaliza con la oferta realizada por el rematante que pretende ser adjudicatario del bien y la definitiva adjudicación del mismo por parte del órgano ejecutivo. Todas y cada una de estas actuaciones constituyen actos jurídicos procesales, como ya hemos tenido ocasión de comprobar en páginas anteriores: manifestaciones de voluntad que llevan aparejadas efectos jurídicos

---

<sup>404</sup> DÍEZ-PICAZO, L., «Los llamados contratos forzosos»..., *cit.*, p. 95, nota n. 38, única referencia específica a la controvertida naturaleza jurídica de la venta judicial. MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, *cit.*, pp.239-242, se muestra absolutamente partidaria de la postura de DÍEZ-PICAZO; vid. como ejemplo la siguiente frase pronunciada por la autora: «Con inmejorable criterio, en esta línea clarificadora declara Díez-Picazo que efectivamente, la ausencia de negocio jurídico no puede servir para deducir la ausencia de venta». Siguiendo igualmente la postura de DÍEZ-PICAZO en este sentido, ARANDA RODRÍGUEZ, R., «Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales. Analogías y diferencias entre compraventa y subasta judicial. Estudio a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995»..., *cit.*, p. 902, nota n. 30.

predeterminados legalmente y que se desenvuelven en la órbita del proceso. Todos estos actos jurídicos procesales que conforman el proceso ejecutivo tienen la misma importancia, pues la falta de uno de ellos impide el buen fin de la venta judicial. De ahí que no debemos centrar el análisis de la naturaleza de la venta en ninguno de tales actos considerados aisladamente: ni en la adjudicación, ni sólo en la oferta o pago del precio. Reiteramos, todos y cada uno de ellos guardan la misma importancia como actos jurídicos integrantes del acto originador de la relación jurídica de venta.

Ahora bien, en lo que respecta a la relación jurídica que nace de dicho proceso de ejecución, la misma es una relación jurídica privada, no procesal, y de venta, al cifrarse en el cambio de una cosa por un precio en dinero<sup>405</sup>.

Expuesta la calificación jurídica de la venta judicial en su conjunto, queda por determinar la cuestión más importante, sin la cual el estudio de la naturaleza jurídica carecería de sentido: a saber, la **determinación del cuerpo legal que aplicaremos ante la existencia de determinadas lagunas en la regulación positiva existente de la venta judicial**. Lagunas legales que se observan principalmente en relación a cuestiones sustantivas de la institución objeto de estudio, y particularmente en España, en la que no existe una paralela regulación a la existente en los arts. 2919 a 2924 del CC italiano concerniente a los efectos sustantivos de la venta judicial y adjudicación forzosa.

¿Qué régimen traslativo resulta aplicable a la transmisión que tiene lugar a través de la venta judicial? ¿Se trata de una transmisión originaria o derivativa? ¿Qué ocurre con la evicción y los vicios ocultos? ¿Y con el instituto de la resolución por incumplimiento? Como puede apreciarse, se trata de cuestiones puramente sustantivas, que por ello mismo plantean el lógico interrogante de si resultará aplicable a tales casos el régimen jurídico de la compraventa contractual o voluntaria. En otros términos, ¿podemos aplicar a los aspectos no regulados de la venta judicial de naturaleza sustantiva o material el completo régimen

---

<sup>405</sup> Este carácter complejo de la venta judicial, nacida del proceso y que da lugar a una relación jurídica propia de venta que trae consigo tres fundamentales efectos jurídico-privados (el traslativo, el purgativo y la extinción de la acción por incumplimiento o lesión del crédito) se apuntaba ya por el propio PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 176 y 177, en los términos siguientes: «Di fatti, non vi è dubbio che il provvedimento dell'organo pubblico debba essere regolato da norme di Diritto pubblico: precisamente dalle norme del Diritto processuale civile; e viceversa, la manifestazione di volontà del privato, in quanto negozio giuridico, dev'essere regolata dalle norme del Diritto privato. D'altra parte se gli effetti e i riflessi processualistici devono essere regolati dal Diritto processuale, gli effetti attinenti al trasferimento della proprietà, alla estinzione del rapporto obbligatorio principale nonché nascita ed estinzione di (eventuali) rapporti obbligatori secondari, dovranno essere valutati in base alle norme ed ai principi del Diritto privato. Né ciò deve stupire, se si pensi che alla base della fondamentale distinzione tra Diritto pubblico e privato sta il principio primo della concreta unità reale del Diritto, e che le norme positive coesistono e rifluiscono tra loro, pur se possono essere raccolte nei due grandi gruppi delle norme di Diritto pubblico e di Diritto privato». En este mismo sentido, también, CAPPONI, B., *Manuale di Diritto dell'esecuzione civile*, 2ª Edición, Torino, 2012, p. 316: «Ne risulta che la vendita forzata è un atto -o se si preferisce, un procedimento quale serie coordinata di atti e provvedimenti- non inquadrabile né nelle categorie civilistiche, né in quelle pubblicistiche; essa presenta elementi tanto dell'uno quanto dell'altro regime (...)».

jurídico que de la compraventa contractual dan los respectivos Códigos Civiles español e italiano? La respuesta debe ser afirmativa y la aplicación que se lleve a cabo en tal caso, se hará por analogía. Veamos por qué.

Como es sabido, la aplicación analógica de la regulación normativa de una determinada institución exige la concurrencia de una serie de elementos: en primer lugar, la ausencia de un régimen jurídico propio de la institución a la que se aplicará la regulación por analogía; y en segundo lugar, la existencia de una «identidad de razón» entre ambas figuras<sup>406</sup>. Así se desprende del art. 4. 1 del CC español, a cuyo tenor: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Las lagunas legales en el caso de la venta judicial son evidentes, queda, pues, por determinar si se da dicha identidad de razón entre la compraventa contractual y la judicial. Para ello, debemos constatar la existencia de elementos esenciales coincidentes entre las figuras en presencia; coincidencia que sí concurre entre la compraventa contractual y judicial en relación a los siguientes extremos:

---

<sup>406</sup> VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, Tomo I, 4ª Edición, Valladolid, 1935, pp.113 y 114; 212 y 213: «Las deficiencias de la Ley se traducen en lagunas que es preciso llenar, pues el Derecho, como la naturaleza, se ha dicho que tiene horror al vacío. Zittelmann admite dos especies de lagunas, que denomina impropias y propias. Las primeras se refieren a los casos en que se presenta una nueva hipótesis que no estaba prevista por el legislador, y las segundas hacen relación a casos previstos, pero no regulados completamente por el legislador (...). Puede no ser completa la Ley y aun el Derecho positivo, pero no el Ordenamiento Jurídico, que es un complejo armónico de disposiciones coordinadas a un único fin, que lleva implícito en sí principios más generales que las simples normas y que pueden servir para disciplinar los casos nuevos que no hayan sido previstos. Y por la fuerza de expansión lógica del Derecho se constituye el fundamento del proceso analógico (analogía juris), que permite colmar las lagunas del Derecho positivo. (...) Cuando las fuentes jurídicas son insuficientes para resolver una cuestión de Derecho, se debe llenar esta laguna, porque, como afirma el ilustre Savigny, la universalidad del Derecho es tan esencial como su unidad. (...) Puede presentarse en el dominio de las instituciones una cuestión nueva que se resolverá conforme a los principios y naturaleza de la institución, acudiendo en este caso a los motivos de la Ley y al capital pensamiento que la informa, analogía legal. La analogía constituye un verdadero proceso de lógica jurídica, que lo mismo se puede aplicar al Derecho escrito que al consuetudinario, pues consiste en extraer, como dice Kohler, de una norma jurídica un principio, para de ese principio sacar nuevas consecuencias y formar principios nuevos; es decir, que si el precepto legal falta, el que ha de aplicar la regla debida al caso nuevo mediante la analogía, procura descubrir el pensamiento jurídico teniendo en cuenta la semejanza del caso, al que, como es natural, debe corresponder análoga disposición. (...) Lo que importa es que los casos presenten similitud y tengan una identidad esencial para aplicarles la misma regla, siquiera tengan distintos elementos externos y diferente configuración jurídica». CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español común y foral*, Tomo I, 7ª Edición, Madrid, 1949, pp. 370 y 371, define por su parte la analogía del siguiente modo: «Gramaticalmente, analogía significa tanto como relación de semejanza entre cosas distintas. En sentido jurídico, la analogía es el instrumento técnico que sirve para llenar las lagunas de la Ley, utilizando la expansión o fuerza orgánica del Derecho positivo. La podemos definir como la aplicación extensiva de la norma, o, más propiamente, de los principios extraídos de la norma, a un caso no previsto por ella, pero que presenta afinidad o, en términos más exactos, igualdad jurídica esencial con otro u otros que la norma regula. Así concebida la analogía como un instrumento de expansión lógica del Derecho positiva a base de la generalización del contenido de las normas, desempeña, ciertamente, una función limitada, pero función útil y necesaria en la aplicación del Derecho».

a) Tanto en la venta contractual como en la judicial, la relación jurídica que nace es la misma: una relación jurídica de venta consistente en el intercambio de un bien por un precio en dinero.

b) La posición del adquirente, comprador o rematante adjudicatario, según se trate de la venta contractual o judicial, respectivamente, en esencia viene a ser la misma en ambas figuras: tanto en uno como en otro caso se trata de una persona que voluntariamente quiere adquirir la cosa, ofreciendo un determinado precio por ella<sup>407</sup>.

Constatada la identidad de razón entre la venta contractual y judicial, podemos afirmar sin ambages la aplicación por analogía del régimen jurídico de la compraventa a la venta judicial para aquellos problemas o situaciones no resueltas por la regulación positiva de la misma<sup>408</sup>. Si bien, como acertadamente apunta MONDÉJAR PEÑA, tal aplicación analógica obliga a «discriminar aquellas consecuencias propias del contrato de compraventa que no son susceptibles de aplicación por la propia naturaleza de estas adquisiciones, lo cual resulta preciso sobre todo cuando se trata de aplicar reglas que tienen su fundamento en la voluntad y conducta del ejecutado, pues la incidencia de éstas en el proceso de ejecución, habida cuenta su carácter forzoso queda reducida a la mínima expresión»<sup>409</sup>.

Es ésta precisamente la labor a la que dedicaremos las siguientes páginas del presente trabajo: la búsqueda de la solución a los problemas sustantivos concretos que la venta judicial plantea, apoyándonos en la aplicación analógica del régimen jurídico de la compraventa voluntaria, que tendrá siempre presente la ausencia de la voluntad del transmitente, a la sazón, la diferencia más notable existente entre la venta contractual y la judicial.

---

<sup>407</sup> ARANDA RODRÍGUEZ, R., «Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales. Analogías y diferencias entre compraventa y subasta judicial. Estudio a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995», p. 903, destaca igualmente la gran semejanza existente entre la venta contractual y la venta judicial desde la perspectiva del comprador-adjudicatario: «Desde el punto de vista del adjudicatario, no hay duda de que es una compra voluntaria».

<sup>408</sup> Esta identidad de razón justificativa de la aplicación a la venta judicial del régimen jurídico de la compraventa contractual, en base al primero de los elementos comunes aludidos (transmisión de la cosa por precio), viene destacado por VERDERA SERVER, R., «Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial»..., *cit.*, p. 101, en el sentido siguiente: « En el fondo, a pesar de la feroz contraposición entre las tesis más extremas, las divergencias sustanciales son menores de lo que parecen. Por un lado, quienes sostienen que nos hallamos ante un acto de soberanía, deben reconocer que en determinados aspectos resulta necesaria la aplicación de ciertos criterios emanados del contrato de compraventa. Y, a la inversa, quienes consideran que se trata de un contrato de compraventa se ven obligados a justificar diversos elementos que se apartan del prototipo de ese contrato, como la falta de voluntad del vendedor o la relevancia del pago del precio, en el marco de un procedimiento caracterizado por su imperatividad. El efecto sustancial último de una y otra tesis es, como no podía ser menos, idéntico: la adquisición de la propiedad por quien abona determinado precio por la misma». En el mismo sentido puede también verse a PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e Diritto sostanziale...*, *cit.*, p. 317: «Anzitutto va posto in luce un effetto comune: il trasferimento del diritto da un soggetto all'altro. Si può dire, sotto questo profilo, che l'effetto reale è comune alla vendita forzata e alla vendita volontaria: tanto più che anche la prima è un trasferimento a titolo oneroso».

<sup>409</sup> MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, *cit.*, p. 242.

Nótese que muchas de las cuestiones a las que nos enfrentaremos cuentan con su regulación específica en el CC italiano, de ahí el interés de la comparación entre el Ordenamiento español y el italiano en este punto. No obstante, ello no quiere decir que esa plausible regulación sustantiva de la venta judicial con la que cuenta el CC italiano deje resuelto todos y cada uno de los problemas: antes, bien, siguen existiendo problemas aún no resueltos también en Italia y aquellos que sí lo están también merecen cuestionarse.

#### **4. TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA: EL CURIOSO CASO DE LA DOCTRINA DE LA SALA 3ª DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL**

Todos los trabajos doctrinales que abordan la cuestión de la naturaleza jurídica de la venta judicial suelen incluir un epígrafe destinado a analizar la postura de la jurisprudencia sobre el particular.

En efecto, se dice de modo unánime que la Sala Primera del Tribunal Supremo español acoge tradicionalmente una postura «contractualista» de la venta judicial, en la medida en que la identifica con la compraventa contractual. Al respecto, pueden citarse numerosas sentencias que ya desde el año 1899 hasta fechas recientes<sup>410</sup>, parecen tratar la venta judicial como una verdadera compraventa contractual u ordinaria. No obstante, entendemos que este análisis de la postura de la Sala Primera carece de sentido en este punto de nuestro trabajo, ya que la visión de conjunto de la misma sólo podrá obtenerse a raíz de la resolución de problemas específicos en torno a la venta judicial; principalmente, el correspondiente al momento en el que se entiende producido el momento traslativo, así como en relación al tratamiento de la doble venta judicial y la venta judicial de cosa ajena. Como constituyen todos ellos problemas que van a ser objeto de estudio específico, será en ese momento en el que podremos deducir la posición de la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación a la naturaleza jurídica de la venta judicial.

Esto en lo que hace a la postura de la Sala Primera, pero cabe destacar que la postura que se acoja acerca de la naturaleza jurídica de la venta judicial ha tenido y tiene enormes repercusiones también en el ámbito fiscal. Tanto es así, que puede afirmarse que Sala Tercera ha sido más sensible a la explicación razonada de la naturaleza jurídica de la venta judicial, de ahí que sí resulte adecuado en este momento analizar el tratamiento que dicha Sala viene dando acerca de la misma.

---

<sup>410</sup> Vid. entre otras Sentencias de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo español, que sostienen la naturaleza contractual de la venta judicial, las siguientes: SSTS de 5 de enero de 1899, de 22 de noviembre de 1941, de 22 de marzo de 1946, de 2 de marzo de 1955, de 9 de marzo de 1985, de 24 de febrero de 1994 y de 25 de octubre de 1999.

En este sentido, cabe destacar que desde los años noventa, viene suscitándose una viva polémica acerca del régimen tributario al que deben someterse transmisiones que tiene lugar a través de las ventas judiciales (ya hemos afirmado que uno de los efectos sustantivos esenciales que trae consigo la venta judicial es efectivamente el efecto traslativo que se cifra en el nacimiento de la relación jurídica de venta: cambio de cosa por precio en dinero), cuando el ejecutado sea un empresario; centrándose el debate litigioso en la alternativa del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante IVA), o el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas (en adelante ITP)<sup>411</sup>. Opciones, que dependen precisamente de la decisión que se tome en torno a quién se reputa como transmitente en la subasta judicial. En efecto, si decimos que el transmitente en la subasta es el empresario ejecutado, la enajenación quedará gravada por IVA (de acuerdo con los arts. 4. 1 y 8 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA); mientras que si afirmamos que el órgano ejecutivo el que transmite la operación quedará gravada, por el contrario, por ITP (conforme al art. 7. 1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del ITP).

La polémica viene suscitándose, como decimos, desde los años noventa, apreciándose posturas encontradas en el seno de la Jurisprudencia; si bien a partir del año 2007 existe una clara doctrina uniforme por parte del Tribunal Supremo español, confirmada por múltiples Sentencias posteriores (hasta el mismo año 2012) de la cual nos ocupamos a continuación.

Se trata de una problemática fiscal, que sin embargo nos interesa muchísimo desde un punto de vista sustantivo, en la medida en que la controversia gira en torno a la resolución de una cuestión netamente material, cual es la determinación de la posición de transmitente en la subasta judicial. Posición de transmitente cuya determinación trae causa de la solución que aportemos acerca de la naturaleza jurídica de la venta judicial. Veamos la evolución que existe en la Sala Tercera del Tribunal Supremo al respecto.

Debemos comenzar citando la STS de la Sala Tercera, de 10 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1925), en la que expresamente se afirma lo siguiente: «La primera cuestión que podría plantearse se refiere a que, en el IVA, lo gravado es la entrega de bienes hecha por un empresario y, en la subasta judicial, la entrega de los bienes subastados la hace el Juzgado». Esto es, el Alto Tribunal acoge la postura «publicista» de la venta judicial, en virtud de la cual es el órgano ejecutivo el que lleva cabo la transmisión del bien a través de un acto procesal (todo el peso recae sobre la actuación del órgano ejecutivo según las teorías puramente publicistas, como ya hemos tenido ocasión de estudiar). Doctrina jurisprudencial reiterada en múltiples sentencias de diversos Tribunales de Justicia, hasta el año 2006; concretamente en las siguientes: SSTSJ de Castilla-La Mancha, de 4 de julio de 1995 (JT

---

<sup>411</sup> CANCIO FERNÁNDEZ, R. C., «Régimen tributario de las transmisiones forzosas de bienes mediante subasta judicial: Valor Añadido vs. Transmisiones Patrimoniales», en *Quincena Fiscal Aranzadi*, Nº 10, 2010, p. 1 [consultado en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), el 17-05-2013].



1995, 915); de Extremadura, de 30 de julio de 2001 (JUR 2001, 271541); de Castilla-La Mancha, de 15 de enero de 2002 (JUR 2002, 105786); de Murcia, de 30 de marzo de 2002 (JUR 2002, 90964); de Murcia, de 30 de marzo de 2002 (JUR 2002, 142605); de Extremadura, de 16 de julio de 2002 (JUR 2002, 245637); de Castilla-La Mancha, de 5 de octubre de 2002 (JUR 2003, 17534); del País Vasco, de 11 de octubre de 2002 (JT 2002, 1789); de Castilla-La Mancha, de 14 de octubre de 2002 (JUR 2003, 17679); de Extremadura, de 28 de noviembre de 2002 (JT 2002, 1805); de Murcia, de 30 de noviembre de 2002 (JT 2002, 1854); de Murcia, de 24 de abril de 2003 (JUR 2003, 143422); de Murcia, de 28 de enero de 2004 (JUR 2004, 16522); de Andalucía, de 27 de febrero de 2004 (JT 2004, 740); de Andalucía, de 29 de marzo de 2005 (JUR 2005, 144123); de Andalucía, de 14 de febrero de 2006 (JT 2006, 1566); de Andalucía, de 27 de febrero de 2006 (JT 2006, 1585); y de Andalucía, de 22 de diciembre de 2006 (JT 2007, 694).

No obstante, ya en el año 2000, se dictó una importante Sentencia por parte de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que no llegó a constituir doctrina uniforme reiterada y que contó con un voto particular de peso en la misma que posteriormente ha sido seguido por diversas Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia citadas. Como decimos, el 20 de noviembre de 2000, se dicta una importante sentencia (RJ 2001, 957), en cuyos apartados b) y c) de su Fundamento Jurídico Segundo, vino a sentar por primera vez que el transmitente era el propio deudor ejecutado y no el órgano ejecutivo; y ello en base al siguiente razonamiento que pasamos a reproducir literalmente: «La Comunidad Autónoma recurrente entiende que, en la adjudicación inmobiliaria derivada de una subasta judicial, es el órgano judicial quien realiza la transmisión (como acto integrado de título –la aprobación del remate- y modo –la adjudicación al rematante del inmueble subastado-), y no el ejecutado, por lo que no existe la “entrega de venta efectuada por empresario”, premisa básica de la aplicación del IVA. Pero, a pesar de la corrección del criterio apuntado sobre la naturaleza jurídica del proceso de ejecución, debe discreparse de la conclusión, pues, en una transmisión de derechos reales, como la propiedad, la condición de transmitente y adquirente no resulta afectada por el modo en que se efectúe la transmisión, ya que, sea la misma voluntaria o forzosa (caso de la subasta judicial), el transmitente es el titular del derecho real que se cede, abstracción hecha de quien sea el órgano que formalice o documente dicha transmisión. En realidad, el Juez se limita a encauzar la venta, impuesta forzosamente al propietario-deudor, pero no lo suplanta si no es, exclusivamente, en el plano instrumental, ya que, en el plano de los derechos reales, la propiedad se transmite directamente del propietario-deudor al adquirente-adjudicatario, sin que tal propiedad haya pasado de aquél al Juez y de éste al adjudicatario; y es que el Juez, en la suplantación que hace del deudor, se limita a dictar el auto de adjudicación (...)».

«Debe reputarse, por tanto, que la actividad empresarial de un promotor inmobiliario está integrada tanto por la típica venta voluntaria de pisos para obtener la rentabilidad propia de tal negocio, como por la venta forzosa derivada de la necesidad de atender las deudas

generadas en dicha actividad (pues la misma implica no sólo la obtención de ingresos, sino también la obligación de pagar las deudas, soportando, en su caso, cuando no se pueda atenderlas voluntariamente, la ejecución forzosa del patrimonio –de modo que venta voluntaria y venta forzosa no son sino las dos caras de la misma actividad empresarial-)).

A nuestro juicio, el pronunciamiento jurisprudencial apenas enunciado guarda una importancia trascendental, ya que pone de relieve un aspecto desechado por los procesalistas o publicistas en relación con la subasta o venta judicial, cuales son los efectos sustantivos que de la misma se derivan: en efecto, los procesalistas que hacen girar en torno al órgano ejecutivo toda la explicación de la venta judicial, obvian erradamente la existencia de una serie de efectos, tales como la transmisión de la propiedad, la satisfacción y correspondiente extinción del crédito inicialmente incumplido, sin los cuales la subasta o venta judicial difícilmente puede concebirse. Retomaremos esta idea seguidamente al enunciar la doctrina definitivamente uniforme por parte del Tribunal Supremo.

Como dijimos previamente, a pesar de lo valioso de la doctrina sentada en el 2000, la presencia de un importante voto particular en la misma hizo que careciese de la necesaria reiteración posterior que la habría convertido en uniforme. En efecto, se incluye en la Sentencia de 20 de noviembre un voto particular emitido por el Magistrado ROUANET MOSCARDÓ con el que se rechaza frontalmente la postura, a nuestro juicio, plausible, reflejada en la tesis de la mayoría. Fundamenta dicho voto en una serie de razonamientos, de los que merece destacarse el punto B, en el que puede deducirse un ataque ciertamente motivado y ajustado (en parte, por lo que ahora veremos) de las insostenibles «teorías privatistas o contractualistas». Reproduzcamos el tenor literal del punto enunciado: «[...] Cuando se está ante el incumplimiento de una concreta obligación jurídica, la conducta debida del obligado, como objeto de la “prestación obligatoria”, abandona el primer plano, que pasa a integrarse por el “patrimonio” del deudor, como objeto de la responsabilidad derivada, y en tal situación sólo los órganos judiciales del Estado pueden ejercer la coacción jurídica e invadir la esfera de los derechos subjetivos de los particulares, pero sin ser los representantes o mandatarios del acreedor ejecutante ni tampoco los sustitutos del deudor ejecutado; la LEC y la LH prevén tres grandes formas de realización de los bienes embargados o trabados, que son la subasta judicial, la adjudicación forzosa y la administración judicial, y la primera de ellas, la subasta judicial, aun cuando parece estar configurada en la LEC conforme a los esquemas típicos de la compraventa privada, es algo más, pues en las enajenaciones judiciales el momento de la venta es el de la aprobación del remate y subsiguiente adjudicación del bien rematado, con independencia de cuándo se expida el testimonio inscribible del auto que libre el Secretario (...). La tesis procesalista o “iuspublicista” convierte el acto judicial de la aprobación del remate en el eje central de todo el mecanismo procedimental conducente a la enajenación, ya que es imposible conceptuar la enajenación forzosa como un contrato de compraventa en que concurra un consentimiento libre y espontáneo del sujeto transmitente y propietario del bien enajenado, pues tal falta de

consentimiento, que aparece evidente en el momento de la aprobación del remate, se reitera en el instante de la supuesta tradición, instrumental o ficta, que la LEC exige para que se consume la venta; y es que la enajenación forzosa, y con ella la simultánea adjudicación del dominio desde la aprobación del remate, es esencialmente un “acto procesal, en el que el Juez es el verdadero protagonista”, ya que reúne por sí solo, los condicionantes necesarios, por su naturaleza formal, por las personas intervinientes y por su contenido material, para la plasmación en ese acto jurisdiccional de los dos elementos que en el plano *iusprivatista* integran el título y el modo de la adquisición del dominio».

Anticipamos que nos resulta una postura «ajustada», pero sólo en parte; y en efecto, es ajustado el razonamiento del Magistrado, ya que hace hincapié en lo insostenible de identificar la subasta con la compraventa ordinaria, por faltar un elemento esencial en todo contrato: el consentimiento de ambas partes. Si bien, afirmamos que se trata de un razonamiento sólo en parte ajustado, porque centra su exclusiva atención en la actuación del órgano ejecutivo, sin explicar la necesaria actuación del tercero rematante, ni los efectos sustantivos ya enunciados que se derivan de toda venta judicial: fundamentalmente, el efecto traslativo.

Asimismo, el planteamiento del voto particular contiene un razonamiento ciertamente incoherente: se afirma, de un lado, que la actuación del órgano jurisdiccional ejecutivo es constitutiva de un acto procesal, y seguidamente considera que el mismo integra en el plano sustantivo los dos elementos necesarios para la transmisión derivativa de los derechos reales: el título y el modo; ¿acaso puede considerarse que un acto procesal pueda ser equiparable al válido contrato traslativo en que debe consistir el título, de acuerdo con los arts. 609 y 1095 CC? Lejos de ser así, la coherencia traería consigo afirmar que en este caso nos encontraríamos ante una prototípica transmisión *ex lege* o en virtud de la Ley, también contemplada en el propio art. 609 CC<sup>412</sup>.

En el año 2000, como decimos, la doctrina jurisprudencial, a nuestro juicio acertada, no consiguió reiterarse como debiera, si bien en el año 2007 se dictó definitivamente una Sentencia por parte de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 3 de julio (RJ 2007, 4956), que por razón de un recurso de casación para la unificación de doctrina, vino a reiterar íntegramente el planteamiento jurisprudencial de la anterior Sentencia de 20 de noviembre 2000 (RJ 2000, 957). Reproduce, pues, la aplaudida doctrina, concretamente en sus Fundamentos Jurídicos Tercero y Cuarto, descartando así plenamente la inteligencia de la reiterada Sentencia de 10 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1925), en la que se consideraba, desde una postura puramente procesalista, al órgano ejecutivo como transmitente.

---

<sup>412</sup> El análisis de cuál sea el sistema traslativo aplicable a las transmisiones que tienen lugar a través de la venta judicial será objeto de pormenorizado estudio en posteriores capítulos del presente trabajo.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido reiterada de manera unánime y uniforme en todas las Sentencias posteriores que han tenido por objeto este problema (régimen de las transmisiones derivadas de subastas judiciales forzosas: STSJ de Murcia, de 25 de mayo de 2009 (JUR 2009, 280935); STSJ de Murcia, de 23 de julio de 2009 (JUR 2009, 361601); STS de la Sala Tercera, de 18 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 8069); STS de la Sala Tercera, de 5 de mayo de 2010 (RJ 2010, 4804); STS de la Sala Tercera, de 23 de junio de 2010 (RJ 2010, 8077); STSJ de Murcia, de 31 de marzo de 2011 (JUR 2011, 176960); STSJ de Murcia, de 26 de marzo de 2012 (JUR 2012, 960).

Reiteramos nuestro alineamiento a la doctrina jurisprudencial sentada, en la que matizando las posturas puramente publicistas, se viene a considerar como verdadero transmitente a efectos sustantivos, al deudor ejecutado. Con ello se acoge la postura que venimos defendiendo, a saber, la afirmación de que la venta judicial no es un contrato, sin que por ello deba entenderse exclusivamente en sede procesal, pues se trata de una institución compleja: puramente procesal en cuanto a su nacimiento, pero con efectos plenamente sustantivos, tales como el nacimiento de una relación jurídica, que puede calificarse de venta, en la medida en que existe un cambio de bien por dinero.

Siendo la entrega del bien un elemento sustantivo de la venta judicial, el transmitente debe necesariamente ser el «propietario vendedor» de la relación jurídica nacida, que no es otro que el deudor ejecutado. El órgano ejecutivo agota su papel en el acto procesal integrante del proceso de ejecución originador de la posterior relación jurídica de venta; en ningún caso adquiere propiedad alguna sobre el bien y menos aún puede llegar a considerársele como transmitente.

## **CAPÍTULO II – LOS SUJETOS DE LA VENTA JUDICIAL**

### **1. CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS SUJETOS DE LA VENTA JUDICIAL: LA PLURALIDAD DE SUJETOS PRECEPTIVAMENTE INTERVINIENTES COMO PRIMERA MUESTRA DE LA COMPLEJIDAD DE LA FIGURA**

En el capítulo anterior acerca de la controvertida naturaleza jurídica de la venta judicial apostamos por una postura sincrética en torno a la misma, haciendo relectura del planteamiento de DíEZ-PICAZO, y llegamos a la conclusión de que la venta judicial constituye una figura compleja, de carácter procesal-sustantivo, en la medida en que existe una relación jurídica, que puede calificarse como de «venta» (cambio de cosa por precio) que se entabla de manera forzosa en virtud del proceso de ejecución. Es el proceso de ejecución dineraria en toda su complejidad el que da lugar al nacimiento a una relación propia de venta, de ahí que abogemos por la aplicación analógica (dejando al margen el elemento voluntaristas en la cabeza del vendedor, el cual es inexistente en al venta judicial) del régimen jurídico de la compraventa, ante la ausencia de una regulación de los aspectos sustantivos de la institución en el seno del CC español (a diferencia del CC italiano, donde sí se encuentran regulados, en los arts. 2919 a 2924, ambos inclusive).

Pues bien, el primero de los aspectos en los que se visualiza claramente la aludida complejidad característica de la venta judicial es precisamente el de los sujetos que deben concurrir para que llegue a producirse la relación jurídica de venta en que ésta se cifra. Ciertamente, la venta judicial exige de la intervención de cuatro sujetos, cuales son: el acreedor ejecutante, el deudor ejecutado, el órgano judicial ejecutante y el adjudicatario; en claro contraste con la compraventa contractual, en la que sólo es preceptiva la presencia del vendedor y el comprador, como partes necesarias para la perfección del contrato. El acreedor que ve lesionado su crédito acude a la vía ejecutiva para lograr el restablecimiento del desequilibrio patrimonial causado por el incumplimiento de la obligación de contenido principal o secundariamente pecuniario por parte del deudor; ante lo que interviene el órgano judicial ejecutante, quien en virtud de la potestad jurisdiccional de la que es titular, se dirige

frente a un activo patrimonial del deudor que estime como suficiente en atención a la cuantía por la que se despache la ejecución, individualizándolo (embargándolo) y realizándolo forzosamente en virtud de un mecanismo de conversión en dinero de dicho activo, que con carácter general suele ser la denominada «subasta judicial»; dinero que aporta el sujeto que mejor postura presente en los términos predeterminados legalmente, deviniendo adjudicatario al recibir a cambio el derecho objeto de venta; y que va a parar al acreedor inicialmente insatisfecho. He aquí, pues, la finalidad esencial perseguida por la venta judicial y, a la sazón, por la ejecución dineraria: la obtención de una cantidad dineraria con la que satisfacer al acreedor que ve lesionado su crédito frente al incumplimiento del deudor.

Con estas premisas, en el presente capítulo pretendemos definir y perfilar a cada uno de los referidos sujetos conformadores de la venta judicial, comenzando por el órgano judicial ejecutante; prosiguiendo con las partes propiamente dichas del proceso de ejecución, a saber, acreedor ejecutante y deudor ejecutado (ni más, ni menos que los sujetos que constan en el título de ejecución); así como el adjudicatario que hace las veces del comprador en la venta judicial. Y ello con una continua comparación respecto a los esquemas de la compraventa contractual, habida cuenta de que su completo régimen jurídico constituye nuestro instrumento de referencia a efectos del ejercicio de analogía que continuamente debemos ir llevando a cabo.

Trataremos de poner de manifiesto, pues, que la venta judicial, en atención a su carácter forzoso, en sede de sujetos en ocasiones se aleja enormemente y en otras se acerca con una práctica identificación, respecto a los elementos subjetivos de la compraventa contractual: el deudor ejecutado no se parece en nada al vendedor al uso, al carecer de voluntad; mientras que el adjudicatario puede llegar a confundirse con el comprador contractual, ya que actúa en el ejercicio de la plena autonomía de su voluntad.

Finalmente, serán objeto de análisis otra serie de sujetos, que pueden eventualmente participar en el proceso de ejecución, con gran repercusión en el devenir del mismo, tales como los terceros propios de las diferentes tercerías (de dominio y mejor derecho -esta última, genuina de España-); los supuestos de pago de la deuda por tercero *solvens* distinto de la persona del deudor (dando lugar a la correspondiente subrogación en la posición del acreedor); y la singular figura, inexistente por otra parte en el Ordenamiento español, del denominado «acreedor interviniente» italiano, que trae consigo el juego del esencial principio de la *par condicio creditorum* en el seno del proceso de ejecución singular.

## **2. EL ÓRGANO JUDICIAL EJECUTANTE**

Como venimos reiterando en páginas anteriores, la venta judicial constituye una institución compleja, que trae causa del proceso de ejecución dineraria ante el incumplimiento de una obligación de pago. La ejecución es una actividad encomendada constitucionalmente (tanto en la Constitución española -*ex art. 117. 3-*, cuanto en la italiana -*ex art. 102-*) a los órganos

jurisdiccionales, la cual deriva de la más genérica función jurisdiccional consistente no sólo en juzgar, sino también en hacer ejecutar lo previamente juzgado<sup>413</sup>. Órgano jurisdiccional como único miembro detentador de la potestad jurisdiccional que deberá ser además el competente, desde un punto de vista objetivo y funcional.

Más allá de la cuestión genérica de la titularidad de la función jurisdiccional y, por tanto, ejecutiva, merece la pena que nos detengamos en la determinación específica del órgano que llevará a cabo las tareas ejecutivas integrantes del proceso de ejecución. A este respecto, siguiendo a SOLCHAGA LOITEGUI, puede decirse el Derecho comparado ofrece dos sistemas: el procedente del Derecho francés, vigente además de en Francia, en Alemania e Italia, que consiste en encomendar las tareas ejecutivas a un órgano autónomo (el «*huissier*», «*Gerichtsooll-zicher*», o «*ufficiale giudiziario*», respectivamente), que centrándonos en el caso italiano, CALAMANDREI define como verdadero órgano judicial autónomo, que actúa bajo la inspección del Tribunal; y el procedente del Derecho medieval, que rige en España, y por influencia de nuestro Derecho, en Hispanoamérica, donde se encomienda la actividad ejecutiva al Juez que haya conocido del litigio en primer instancia<sup>414</sup>.

Sentadas estas distinciones generales en torno a los concretos sujetos que se responsabilizan de las tareas ejecutivas, debemos introducir una matización en el caso de **España**, a raíz de la reforma de la Oficina Judicial operada en el año 2009 a través de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal (civil y penal) para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial. Reforma que tiene como protagonista principal a la figura del Secretario Judicial, cuyo aumento de funciones hace que existan determinadas

---

<sup>413</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Madrid, 1976, p.246, afirman que «la ejecución forzosa, lo mismo que el proceso declarativo, forman parte de la jurisdicción». Así lo subraya igualmente bajo la vigencia de la Constitución española de 1978, PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 9ª Edición, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 916 y 917: «La función jurisdiccional (consistente en juzgar y hacer ejecutar lo previamente juzgado, -nota del autor-) tiene que estar confiada únicamente al poder judicial y tal atribución no admite excepción bajo ningún tipo de circunstancia por muy extraordinarias que sean. (...) Desde el inicio del constitucionalismo, pues, tal principio se ha afirmado de manera inequívoca, sin que haya sido puesto en cuestión jamás desde entonces. Nuestra Constitución lo recoge expresamente tanto en su vertiente positiva como negativa. “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”, dice el artículo 117.3 CE. Y el apartado 4 añade: “Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente le sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”. (...) Asimismo en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha resaltado que son los jueces los que únicamente administran justicia (...) Así, por ejemplo, en la STC 23/1985 (...)».

<sup>414</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 93. En este mismo sentido, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., pp. 115 y 116 quien define a este funcionario autónomo propio del Derecho italiano como «un órgano independiente que actúa por encargo del acreedor con amplia libertad de movimientos aunque dependiente del Juez del proceso y de la ejecución».

voces en el seno de la doctrina procesalista que indican que el «el Secretario Judicial español camina cada vez más hacia el modelo alemán (consecuentemente, también italiano)»<sup>415</sup>.

En efecto, si bien comenzamos afirmando que la potestad jurisdiccional corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, no es menos cierto que dicho término debe entenderse en sentido genérico, en el que tienen cabida no sólo los Jueces y Magistrados, sino también los Secretarios Judiciales. Así parece interpretarse por la mayoría de la doctrina procesalista actual y así parece haberla interpretado el legislador con la reforma de la oficina Judicial de 2009 de la que nos estamos ocupando. Y digo que así se entiende por el legislador, porque el art. 456 de dicha Ley amplía notablemente las funciones del Secretario Judicial en las actividades de ordenación ejecución, conciliación y jurisdicción voluntaria. Particularmente en lo que a nosotros interesa, puede decirse que tras la reforma de 2009, en materia de ejecución, el artículo 456.3.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a los Secretarios judiciales la ejecución, salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a Jueces y Magistrados. Como consecuencia de esta atribución, ha sido preciso modificar profundamente el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tratando de delimitar claramente las competencias que pueden ser asumidas por los Secretarios judiciales de aquéllas otras a que se refiere la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando reserva a los Jueces y Tribunales determinadas decisiones. Entre las atribuciones destacadas, se encuentra «la decisión de las medidas ejecutivas concretas para llevar a cabo lo dispuesto por la orden general de ejecución (...)» (Punto III de la Ley 13/2009). Es decir, el Secretario Judicial se ha convertido en el protagonista absoluto en sede del proceso de ejecución forzosa, limitándose la función del Juez a la apertura o despacho del proceso ejecutivo a través de auto<sup>416</sup>.

¿Quiere ello decir que el sistema español comienza a asemejarse al italiano en que el protagonismo en las tareas del proceso de ejecución las asume un funcionario independiente -el denominado *ufficiale giudiziario*-? Entendemos que la respuesta no puede ser afirmativa en dicho sentido, ya que el *ufficiale giudiziario* no es la figura asimilable a nuestro Secretario Judicial; antes bien, el equivalente al Secretario Judicial en Italia viene a ser el denominado «*cancelliere*». El Secretario Judicial forma parte del órgano jurisdiccional entendido en sentido genérico, de modo que asume parte del contenido de la propia potestad jurisdiccional. En efecto, siguiendo a SEOANE CACHARÓN en este punto, puede afirmarse que

---

<sup>415</sup> Así lo entiende SEOANE CACHARÓN, J., «El Secretario Judicial ante la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal (civil y penal) para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial», en *Diario La Ley*, N°7561, año XXXII, 2011, consultado en la base de datos <http://laleydigital.es> (fecha de consulta: 1/06/2013), p. 1.

<sup>416</sup> Es tal el protagonismo del Secretario Judicial, que incluso es el responsable de dictar mediante decreto la terminación del proceso de ejecución, una vez satisfecho íntegramente al acreedor ejecutante. Así lo dispone el art. 570 de la LEC 1/2000, de 7 de enero, a cuyo tenor, «La ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante, lo que se acordará por decreto del Secretario judicial, contra el cual podrá interponerse recurso directo de revisión».



la potestad jurisdiccional no es exclusiva de los Jueces y Magistrados, ni sólo abarca la clásica función decisoria, ya que la jurisdicción se descompone en potestad de decisión de controversias, de ejecución, de documentación y de ordenación. Pues bien, de ellas, sólo la primera se residencia necesariamente en los Jueces y Magistrados, porque esencialmente es la función de administrar Justicia que la Constitución española les atribuye en el art. 117.1 con exclusividad absoluta, pues la potestad jurisdiccional, en sentido amplio, reiteramos, es otorgada con acertado criterio por el legislador constitucional a los Juzgados y Tribunales y no a Jueces y Magistrados<sup>417</sup>.

En definitiva, con la reforma de la oficina Judicial de 2009, nuestro Ordenamiento sigue siendo fiel al sistema de atribución de la función ejecutiva al órgano jurisdiccional, si bien, entendido en sentido amplio (no sólo Juez o Magistrado, sino también el Secretario Judicial).

Asimismo, por si cupiese alguna duda debe añadirse que los Jueces siguen presidiendo la ejecución, ya que son ellos los que la despachan, los que mandan la apertura del proceso ejecutivo, de modo que todas las restantes actuaciones del Secretario Judicial se supeditan al impulso del curso del proceso con la finalidad de que dicho mandato se cumpla. En palabras de LACUEVA BERTOLACCI, puede decirse que el auto que ordena el despacho de la ejecución viene a ser una especie de «delegación», si se quiere, al Secretario Judicial, de un modo similar al mandato que establecen las partes en un proceso civil cuando quieren comparecer en el litigio por medio de procurador de los tribunales<sup>418</sup>.

En el caso de Italia, como ya venimos anticipando, el órgano ejecutante es el denominado «*ufficiale giudiziario*», que como indican MANDRIOLI y CARRATA, en el proceso ejecutivo vienen a ser simples auxiliares del Juez, formando parte de la oficina judicial a la cual el legislador suele referirse como «Juez» en sentido genérico, y operando bajo la dirección del Juez de la ejecución. Esta oficina judicial queda integrada en Italia, no sólo por el Juez de la ejecución, sino también, como decimos, por el «*ufficiale giudiziario*», por el Secretario Judicial (el denominado «*cancelliere*»), así como el presidente del tribunal (viene a ser el jefe de toda la oficina judicial)<sup>419</sup>.

---

<sup>417</sup> SEOANE CACHARÓN, J., «El Secretario Judicial ante la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal (civil y penal) para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial»..., *cit.*, p. 1.

<sup>418</sup> LACUEVA BERTOLACCI, R., «Los Secretarios Judiciales y la ejecución civil: la reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial», en *Diario La Ley*, Nº 7191, año XXX, 2009, consultado en la base de datos <http://laleydigital.es> (fecha de consulta: 1/06/2013), pp. 4 y 5, donde añade: «El Secretario Judicial no ostenta la dirección procesal, con carácter de exclusividad, de la ejecución civil; actúa por mandato o delegación del Juez, adoptando todas aquellas decisiones necesarias para que la tutela jurisdiccional demandada sea efectiva. Planteada cualquier controversia entre las partes, así como recurrida cualquier resolución del Secretario Judicial, entrará en escena el Juez para adoptar la decisión que sea menester».

<sup>419</sup> MANDRIOLI, C., CARRATA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol. III, Torino, 2012, p.19: «Con riguardo agli organi (...) al centro dell'attività esecutiva sta l'organo esecutivo) l'ufficiale giudiziario, che nel

Las funciones de este «*ufficiale giudiziario*» en el proceso de ejecución son muy amplias y decisivas, pues entre otras cosas, les compete: dar comienzo al proceso de ejecución dineraria, que se inicia con el embargo, conforme al art. 491 del CPC italiano, de modo que también se encargan de individualizar el bien que quedará sometido a la ejecución dineraria mediante el decreto del embargo (en el caso de bienes inmuebles, la selección del bien la hace el ejecutante, limitándose el *ufficiale giudiziario* a decretar el embargo, a notificarlo al deudor y a transcribirlo en el Registro); y a tales efectos pueden llevar a cabo las investigaciones necesarias en el patrimonio del deudor ejecutado<sup>420</sup>.

Finalmente, en cuanto a la competencia del órgano ejecutivo, en el caso de España, de acuerdo con el art. 545 de la LEC española, la regla general en el caso de que el título ejecutivo consista en una sentencia, o bien en otro título cuya ejecución haya sido aprobada u homologada judicialmente, «será competente para dictar el auto que contenga la orden general de ejecución y despacho de la misma el Tribunal que conoció del asunto en primera instancia o en el que se homologó o aprobó la transacción o acuerdo».

Mientras que la regla general en Italia, de acuerdo con el art. 26 del CPC italiano<sup>421</sup> es que el Juez competente para despachar la ejecución forzosa sobre cosa mueble o inmueble será aquél del lugar donde se encuentre la cosa.

---

proceso ejecutivo, è assai più che un ausiliario del giudice, il quale, d'altra parte, opera nell'ambito di un ufficio giudiziario. Nell'ambito di questo ufficio giudiziario (che la legge chiama genericamente "giudice" nel senso ampio, operano anche altri organi, tra i quali primeggia, per importanza di mansioni, il giudice dell'esecuzione. Altre funzioni ordinarie spettano al presidente del tribunale quale capo dell'ufficio giudiziario; ed altre ancora al cancelliere, analoghe a quelle che a quest'organo competono nel processo di cognizione. D'altra parte le funzioni decisorie (che hanno natura di cognizione e sono solo marginali nell'esecuzione forzata) appartengono al giudice dell'esecuzione nel ruolo di tribunale in composizione monocratica». En el mismo sentido, BALENA, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. III, Bari, 2012, pp. 97 y 98: «Il (...) art. 492, nella formulazione risultante dalle riforme del 2005-2006, attribuisce all'ufficiale giudiziario poteri piuttosto incisivi, finalizzati all'individuazione di beni utilmente assoggettabili all'espropriazione e di valore idoneo a soddisfare il creditore procedente».

<sup>420</sup> CAPPONI, B., *Manuale di Diritto dell'esecuzione civile...*, cit., p. 72: «Assai più rilevanti le funzioni svolte dall'ufficiale giudiziario, che è vero organo dell'esecuzione con proprie competenze esclusive. (...) Quanto all'espropriazione forzata, va rammentato che, nel nostro sistema, l'inizio del processo esecutivo non è subordinato ad un'autorizzazione da parte del giudice dell'esecuzione: è l'ufficiale giudiziario a procedere direttamente, su istanza del creditore, dapprima alla notificazione del titolo esecutivo e del precetto (art. 479 CPC) e quindi al compimento del pignoramento, che è l'atto iniziale del processo espropriativo (art. 491 CPC)».

<sup>421</sup> Afirma literalmente el art. 26 del CPC italiano: «Per l'esecuzione forzata su cose mobili o immobili è competente il giudice del luogo in cui le cose si trovano. Se le cose immobili soggette all'esecuzione non sono interamente comprese nella circoscrizione di un solo tribunale, si applica l'art. 21. Per l'espropriazione forzata di crediti è competente il giudice del luogo dove risiede il terzo debitore. Per l'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare è competente il giudice del luogo dove l'obbligo deve essere adempiuto».

### 3. LAS PARTES DEL PROCESO DE EJECUCIÓN: ACREEDOR EJECUTANTE Y DEUDOR EJECUTADO

#### 3. 1. CONCEPTO DE PARTE EN LA EJECUCIÓN Y LA FIGURA DEL DEUDOR EJECUTADO COMO VERDADERO «VENDEDOR» DE LA VENTA JUDICIAL

Siguiendo a MONTERO AROCA y FLOR MATÍES, puede decirse que el concepto de parte en el proceso de ejecución, que no difiere de su significado en el seno del proceso de declaración, viene determinado por la persona que interpone una pretensión ante un órgano jurisdiccional y aquélla otra frente a la que se interpone, es decir, aquel que pide la tutela judicial y aquel frente a quien se pide, y en este mismo sentido se pronuncia el apartado primero del art. 538 de la LEC española, al disponer que son parte en el proceso de ejecución la persona o personas que piden y obtienen el despacho de la ejecución y la persona o personas frente a las que ésta despacha. A la primera se le denomina genéricamente ejecutante y a la segunda ejecutado<sup>422</sup>.

En lo que a la legitimación activa y pasiva se refiere, la regla general es que la legitimación corresponderá a quienes aparezcan en el título ejecutivos designados como acreedor y deudor. Es decir, la posición habilitante para solicitar o soportar una ejecución no puede basarse en una mera afirmación de la titularidad de un derecho u obligación, sino en su constancia documentada en el título que lleve aparejada dicha consecuencia<sup>423</sup>. Así se desprende claramente tanto del Ordenamiento español (art. 538, párrafo segundo de la LEC española), cuanto del Ordenamiento italiano (art. 475, párrafo segundo del CPC italiano).

Es decir, la condición de acreedor y deudor legitimados para instar la ejecución y sufrirla, respectivamente, viene determinada por lo dispuesto en el título ejecutivo, de ahí que su determinación, en principio, no ofrezca especiales dificultades<sup>424</sup>.

---

<sup>422</sup> MONTERO AROCA, J., FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo I, Valencia, 2004, pp. 397 y 398. Así lo destacan igualmente: SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., pp. 98 y 99; MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 135; y MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., p. 47. Así se entiende igualmente en Italia, vid., entre otros a CAPPONI, B., *Manuale di Diritto dell'esecuzione civile...*, cit., pp. 71 y 72: «Parti necessarie del processo esecutivo sono il soggetto che subisce l'esecuzione (...) ed il soggetto –creditore, avente diritto– che, in possesso di titolo, esercita l'azione esecutiva, consistente nel potere di richiedere l'intervento degli organi dello Stato al fine di ottenere forzosamente quanto obbligato non è disposto a prestare spontaneamente».

<sup>423</sup> MONTERO AROCA, J., FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo I..., cit., p. 398.

<sup>424</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 98. Así lo declara igualmente MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 134: «(...) La legitimación de las partes se encuentra relacionada con el título de ejecución y, a diferencia del proceso de declaración en el que en principio sólo son parte las personas, físicas o jurídicas, que pretenden una tutela jurisdiccional y aquélla o aquéllas respecto de la cual o respecto de las cuales se pide esa tutela, en el proceso de ejecución el concepto de parte se objetiviza centrándose en el título de ejecución».

Como bien subraya MORAL MORO en este punto, el título ejecutivo determina en el proceso de ejecución la legitimación activa y pasiva y las partes, que en el proceso de declaración tomaban el nombre de demandante y demandado, una vez despachada la ejecución, cambian de denominación al producirse un cambio de situación jurídica y pasan a llamarse ejecutante y ejecutado, respectivamente.

Son, por tanto, sujetos principales del proceso de ejecución el **acreedor ejecutante**, que es quien ante el incumplimiento del crédito del que es titular en sede sustantiva obtiene un título de ejecución para lograr la reintegración del desequilibrio que le han causado, quedando activamente legitimado para solicitar el despacho de la ejecución; y el **deudor ejecutado**<sup>425</sup>, que es la persona que incumple el crédito y queda legitimado pasivamente en el título ejecutivo para someterse a la ejecución, quedando, por ello, su patrimonio sometido a la acción del ejecutor<sup>426</sup>.

Por lo que respecta al deudor ejecutado, la caracterización de su posición desde la perspectiva de la relación jurídica de venta de carácter sustantivo que entabla con el adjudicatario no es tarea fácil. Ciertamente, nos encontramos ante un sujeto que es titular del derecho objeto de ejecución (al menos aparentemente), que sin intervención de su voluntad ve transmitido su derecho a una tercera persona, el adjudicatario, a cambio del pago del denominado precio de remate; precio que no va a parar a manos del deudor ejecutado, sino a favor del acreedor ejecutante; y ello, en virtud de la actuación *iure imperii* llevada a cabo por el órgano judicial ejecutante. Se rompen así los esquemas de la clásica compraventa contractual, en la que el titular del derecho transmite voluntariamente su derecho a cambio de la recepción de un precio pagado también voluntariamente por el comprador. Es el componente forzoso de la figura objeto de estudio el que añade la complejidad que explica muchas de las enormes confusiones que se han venido erigiendo en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial, las cuales (como ya sabemos) han girando en torno a la figura precisamente del «vendedor»: surgen así, las distintas teorías que anudan erróneamente la condición de vendedor al órgano ejecutante (por expropiación del poder de disposición, por representación, etc.), o al acreedor ejecutante (entre otras, la teoría de la prenda de ROCCO).

Aunque dejamos por sentado en sede de la naturaleza jurídica que el verdadero vendedor del derecho objeto de venta judicial no es otro que el deudor ejecutado, merece la pena que nos detengamos en esta sede de cara a la completa justificación de este último

---

<sup>425</sup> Afirma de manera expresa el art. 538. 2º de la LEC española que cabe despachar ejecución contra: «1º) Quien aparezca como deudor en el mismo título. 2º) Quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, responda personalmente de la deuda por disposición legal o en virtud de afianzamiento acreditado mediante documento público. 3º) Quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal afección derive de la Ley o se acredite mediante documento fehaciente. La ejecución se concretará, respecto de estas personas, a los bienes especialmente afectos».

<sup>426</sup> MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 135.

extremo; esto es, pretendemos dar fundada respuesta a la siguiente cuestión: **¿es el deudor ejecutado verdaderamente el vendedor-transmitente en la venta judicial?** Diversos son los argumentos en los que podemos basar una respuesta afirmativa al respecto.

En primer lugar, debe tenerse presente que uno de los principales efectos sustantivos que se derivan de la venta judicial es que el resultado final de la ejecución forzosa extingue total o parcialmente la obligación del deudor ejecutado, de la misma manera que si éste hubiera cumplido voluntariamente. En efecto, el proceso de ejecución que aboca a la realización forzosa de un bien objeto de un deudor que no haya hecho frente a su obligación es, como subraya agudamente MAZZARELLA, un modo de procurarse el dinero con el que habría de cumplirla, como podría haber hecho (con mayor o menor suficiencia) realizando voluntariamente en el mercado sus bienes<sup>427</sup>. Desde la perspectiva del deudor ejecutado, pues, siendo precisamente su deuda la que se ve total o parcialmente satisfecha, la venta judicial no es más una verdadera compraventa si bien entablada forzosamente en virtud de la intervención *iure imperii* del órgano judicial ejecutante: el vendedor no deja de ser el mismo, con independencia del dato forzoso.

El hecho de que la suma recabada en la venta judicial vaya a parar a manos del acreedor (que en una contemplación de la subasta como venta no deja de ser un tercero, ajeno al acto de transferencia al adjudicatario), no debe de hacernos perder de vista lo esencial: a saber, que con el pago a dicho acreedor, el deudor verá satisfecha total o parcialmente una deuda de la que es titular; el montante pasivo de su patrimonio se verá consecuentemente reducido. Tanto es así, que no es dato irrelevante que si hubiera sobrante en el remate, tras pagar las costas y gastos del procedimiento, o entregarlo a otro acreedor personado en el proceso de ejecución, dicho sobrante hay que entregarlo al propio deudor. ¿Qué se pretende decir con esto? En el fondo una obviedad, y es que en la venta judicial hay, o puede haber potencialmente, aunque sea con la intervención del juez *iure imperii jurisdictionis*, una transferencia de bienes de un patrimonio privado a otro patrimonio privado. Es este y no otro, el fenómeno en el que hay que concentrar la visión; y desde esta perspectiva, resulta fuera de toda duda que el verdadero e indiscutible «vendedor» en la venta judicial es el deudor ejecutado. Vendedor judicial o forzoso, sí, pero ciertamente vendedor.

De nada sirve, pues, intentar explicar la preceptiva intervención del órgano judicial ejecutante y la percepción del precio por parte del acreedor ejecutante en base a la eventual consideración de éstos como vendedores en la venta judicial: tanto uno como el otro intervienen dada la naturaleza forzosa de la venta judicial. El órgano judicial, como órgano detentador de la función jurisdiccional en su modalidad ejecutiva, cuya exorbitante potestad opera la transmisión; y el acreedor ejecutante, al que se persigue resarcir de la lesión de su

---

<sup>427</sup> MAZZARELLA, F., voz «Vendita forzata»..., *cit.*, pp. 561 y ss.

crédito mediante la atribución de la suma dineraria obtenida de la realización forzosa, cual fin último de la ejecución dineraria. Es el componente forzoso, pues, reiteramos, en el que se cifra el origen del complejo carácter de la venta judicial.

Dicho lo cual, retomamos la idea anterior: ejecutante y ejecutado como partes del proceso de ejecución, en la medida en que son los que vienen determinados en el título como legitimados, activa y pasivamente para someterse al mismo. Ahora bien, que los sujetos que aparezcan el título sean los legitimados, como regla general, para instar el despacho de la ejecución y quedar sometido pasivamente a la misma, no quiere decir que sean sólo ellos los activa y pasivamente legitimados para la ejecución, sino que por el contrario, puede suceder que resulten activa o pasivamente legitimados personas que no aparezcan expresamente en el título de ejecución. Se trataría de un supuesto de legitimación «derivada», que en la generalidad de los casos vendrá determinada por un caso de sucesión en las partes, ya sea por actos *mortis causa* o *inter vivos*<sup>428</sup>.

En efecto, durante la pendencia de un proceso de ejecución la tramitación precisa de un tiempo, más o menos largo, por lo que es muy frecuente que la situación inicial de las partes pueda cambiar. Aunque lo ideal sea registrar una cierta aspiración de inmutabilidad de las posiciones activas y pasivas del proceso, lo cierto es que la realidad suele imponerse a los deseos, de modo que debemos enfrentarnos a estos supuestos de cambio de la relación ejecutiva, ya sea por sucesión *mortis causa* o *inter vivos*<sup>429</sup>, a cuyo estudio dedicamos precisamente el siguiente epígrafe.

### 3. 2. SUCESIÓN DE PARTES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN

Como acabamos de anticipar, la sucesión de las partes puede producirse por actos *mortis causa* o *inter vivos*.

Por lo que respecta a la **sucesión procesal por muerte de la persona física** (ya sea acreedor ejecutante o deudor ejecutado), tanto en España como en Italia, no plantea mayores inconvenientes. Y decimos que no plantea mayores inconvenientes porque es pacíficamente admitido que en dicho caso, los herederos, de todos es sabido, que no sólo adquieren los derechos del causante, sino también sus obligaciones<sup>430</sup> (con la limitación de responsabilidad patrimonial hasta donde alcance los bienes de la herencia de haberse aceptado ésta a beneficio de inventario).

---

<sup>428</sup> MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., pp. 135 y 136.

<sup>429</sup> MONTERO AROCA, J., FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo I..., cit., p. 403.

<sup>430</sup> Así se afirma expresamente en el art. 661 del CC español (que no encuentra un correlativo precepto en el CC italiano, aunque el entendimiento es el mismo: la herencia comprende no sólo bienes, sino también obligaciones): «Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

En efecto, tanto en España como en Italia, aunque no hay un precepto específico en sede de la regulación del proceso de ejecución donde se refiera al supuesto de sucesión procesal estando en curso el proceso por muerte de la parte en cuestión, resultan aplicables por analogía las reglas generales de sucesión por muerte dictadas en sede del proceso declarativo.

Así, conforme al art. 16. 1, párrafo primero de la **LEC española**, «cuando se transmita *mortis causa* lo que sea objeto del juicio, la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que éste, a todos los efectos». Es decir, el sucesor pasará a ocupar la posición del causante, ya sea en su lado activo o pasivo y la ejecución proseguirá ahora con dicho nuevo sujeto.

Por su parte, el **CPC italiano** tampoco prevé norma alguna para la sucesión procesal *mortis causa* acaecida durante el curso del proceso, de ahí que deba resultar de aplicación de lo dispuesto en el art. 110, para el caso de sucesión universal por actos *mortis causa* durante el proceso, y el art. 111, párrafo segundo, para el supuesto de sucesión a título particular (en condición de legatario) por actos *mortis causa* durante el proceso de ejecución<sup>431</sup>. Tanto en uno como en otro caso se dispone, como resulta por otra parte lógico y elemental, que el sucesor pasará a ocupar la posición jurídica del causante (ya sea activa o pasiva) en el seno del proceso ejecutivo. Si bien, cabe puntualizar, que en el caso de la sucesión *mortis causa* a título particular, el que sucede no será el sucesor a título particular, sino el sucesor a título universal: no sucederá el legatario, sino el heredero (que según la doctrina prevalente asume la cualidad de sustituto procesal del legatario)<sup>432</sup>.

Por lo que respecta a la **sucesión procesal por actos *inter vivos***, ya sea de la parte activa o pasiva, la cuestión resulta un tanto más compleja, sobre todo en lo que se refiere al caso de Italia.

En el caso de **España**, debemos partir de la afirmación general de que la pendencia procesal de los derechos relativos a una cosa no convierten a ésta en intransmisible, existiendo en el plano sustantivo base suficiente para sostener la transmisión negocial de cosas litigiosas (*ex* art. 1291. 4º del CC español), o la cesión de créditos litigiosos (*ex* art. 1535 del CC español). Ya se trate de una transmisión del crédito (sucesión de la parte activa), o de la deuda (sucesión de la parte pasiva), ¿tendrá ello un reflejo procesal cuando la

---

<sup>431</sup> El tenor literal de los referidos preceptos es el siguiente: Art. 110 del CPC italiano: «Quando la parte vien meno per morte o per altra causa, il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto». El art. 111. 2º del CPC italiano, por su parte, dispone: «Se il trasferimento a titolo particolare avviene a causa di morte il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto».

<sup>432</sup> Así lo afirman con carácter general CARPI, F., y TARUFFO, M., «Commentario al articolo 111 del Codice di Procedura Civile», en *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile*, 7ª Edición, Padova, 2012, p. 432: «In generale, tale tipo di successione, che si risolve nella figura del legato *ex* art. 588 CC, non solleva particolari problema: il comma 2 dell'articolo in commento, stabilisce espressamente che il processo sia proseguito dall'erede che, secondo la prevalente dottrina, assume la qualità di sostituto processuale del legatario».

modificación subjetiva tenga lugar en el seno del proceso de ejecución, esto es, estando éste en curso?

De nuevo, en el caso de España, no existe norma alguna que con carácter específico se refiera al caso de la sucesión *inter vivos*, activa o pasiva, en el curso del proceso de ejecución. De ahí que la doctrina unánimemente aplique a tal supuesto la regla general dictada en sede del proceso de declaración para la sucesión *inter vivos* de alguna de las partes. Concretamente, se admite la aplicación en tales casos del art. 17 de la LEC española, en virtud del cual, *«cuando se haya transmitido, pendiente un juicio, lo que sea objeto del mismo, el adquirente podrá solicitar, acreditando la transmisión, que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente»*.

En este caso, a diferencia de la sucesión *mortis causa*, se trata no de una facultad a favor del sucesor material en obtener un reflejo procesal de la nueva situación sustantiva, sino de una mera posibilidad que queda en manos de la otra parte y del tribunal competente.

En efecto, de la solicitud de sucesión procesal debe darse traslado a la contraparte, para que en el plazo de diez días alegue lo que a su derecho convenga. En el caso de que la otra parte no se oponga a la sucesión, el Secretario Judicial dispondrá mediante decreto que el adquirente ocupe en el juicio la posición que el transmitente tuviese en él. En el caso de que, por el contrario, la otra parte se oponga a la sucesión, el tribunal resolverá por medio de auto lo que estime procedente

Se establece en el apartado segundo del referido precepto (art. 17 de la LEC española), que en caso de oposición, el tribunal no accederá a la pretensión cuando *«dicha parte acredite que le competen derechos o defensas que, en relación con lo que sea objeto del juicio, solamente puede hacer valer contra la parte transmitente, o un derecho a reconvenir, o que pende una reconvenición, o si el cambio de parte pudiera dificultar notoriamente su defensa»*.

Cuando no se acceda a la pretensión del adquirente, el transmitente continuará en el juicio, quedando a salvo las relaciones jurídicas privadas que existan entre ambos; esto es, sin entrar a determinar la eficacia sustantiva de la transmisión del crédito o deuda en cuestión<sup>433</sup>.

En el caso de Italia, como acabamos de advertir, la cuestión adquiere un mayor grado de complejidad, de ahí que haya sido largamente debatida por la doctrina y jurisprudencia italianas hasta bien entrado el año 2000.

---

<sup>433</sup> Sobre la interpretación de este art. 17 de la LEC española, vid. con más detalle SAMANES ARA, C., «Las partes en el proceso civil», en Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. (Coord.), *Colección Ley de Enjuiciamiento Civil 2000*, Madrid, 2000, pp. 169-177.



La premisa de la que se parte en el CPC italiano es, al igual que en España, la de la ausencia de un precepto específico donde se regule la sucesión procesal estando en curso el proceso de ejecución por transmisión *inter vivos* del crédito o la deuda litigiosa. Siguiendo por paralelismo la solución que se adopta en lo que a la sucesión *mortis causa* se refiere, las dudas giran en torno a la posible aplicación al ámbito de la ejecución del art. 111 del CPC italiano<sup>434</sup>. ¿Y por qué surgen mayores dudas en sede de sucesión *inter vivos*? Porque el art. 111 del CPC italiano, fiel al dogma romanista de la *perpetuatio legitimationis* de las partes originarias, configura y disciplina la hipótesis en la que en el proceso se opera la transmisión del derecho controvertido, disponiendo que el proceso prosiga entre las partes originarias (párrafo tercero), a pesar de la sucesión operada; que el sucesor a título particular pueda intervenir o ser llamado en el proceso (párrafo tercero); que el cedente puede ser excluido del proceso, siempre que así lo acuerden las partes restantes (párrafo tercero); y que el sucesor, aunque no intervenga en el proceso, quedará sujeto a los efectos de la sentencia, estando legitimado para impugnarla (último párrafo).

La mayor parte de la doctrina y jurisprudencia italianas<sup>435</sup>, sostienen la aplicación del art. 111 del CPC italiano al proceso de ejecución ya en curso, si bien pueden encontrarse voces discrepantes en tiempos recientes<sup>436</sup>. Tratándose de una cuestión procesal en la que no pretendemos profundizar en mayor medida, baste decir, que en aplicación de dicho art. 111 del CPC italiano al proceso de ejecución, existe una suerte de doble legitimación activa o pasiva: la de la parte originaria y la del nuevo sucesor que puede intervenir como tal, sin que por ello quede excluido el cedente o transmitente del crédito o deuda, en virtud del tradicional principio de la *perpetuatio legitimationes* de las partes originarias. He aquí una situación ciertamente singular, desde un punto de vista procesal, del Ordenamiento italiano ante la sucesión *inter vivos* de la posición activa o pasiva en el seno del proceso de ejecución.

---

<sup>434</sup> El tenor literal del art. 111 del CPC italiano es el que sigue: «Se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie. Se il trasferimento a titolo particolare avviene a causa di morte il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto. In ogni caso il successore a titolo particolare può intervenire o essere chiamato nel processo e, se le altre parti vi consentono, l'alienante o il successore universale può esserne estromesso. La sentenza pronunciata contro questi ultimi spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare ed è impugnabile anche da lui, salve le norme sull'acquisto in buona fede dei mobili e sulla trascrizione».

<sup>435</sup> Como partidarios de la aplicación del art. 111 del CPC italiano al proceso de ejecución ya en curso (postura mayoritaria) pueden citarse, entre otros, a los siguientes autores italianos: REDENTI, E., *Diritto Processuale Civile*, Milano, 1957, Vol. III, p. 138; BONSIGNORI, A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano, 1962, p. 142; MANDRIOLI, C., «Legittimazione ad agire in *executivis* e successione nel credito», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 1369; CALAMANDREI, *Istituzione di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo Codice*, II, Padova, 1943, p. 224.

<sup>436</sup> Como contrarios a la aplicación del art. 111 del CPC en el proceso de ejecución puede señalarse destacadamente en el seno de la doctrina a KOFLER, T., «Volontà del successore a venir meno del diritto del dante causa a procedere esecutivamente», en *Corriere Giuridico*, N°8, 2000, pp. 1044-1054; y por parte de la jurisprudencia: Sentencia de la Corte di Cassazione, de 6 de julio de 2001 (Puede verse en *Foro Italiano*, 2002, I, p. 813).

#### 4. EL ADJUDICATARIO Y EL CARÁCTER VOLUNTARIO DE SU INTERVENCIÓN

Junto a las partes de la ejecución y el órgano judicial ejecutante, el restante de los sujetos implicados en la formación de la venta judicial es el denominado «adjudicatario» que hace las veces de comprador, pues es quien paga el precio a cambio del derecho objeto de venta que recibe. Posición de comprador que en la venta judicial puede apreciarse con menor dificultad que la del deudor ejecutado-vendedor, en la medida en que a diferencia de este último, el adjudicatario interviene de forma voluntaria efectuando una puja u oferta por un derecho que pretende adquirir. Tenemos así, una relación jurídica de venta entablada entre dos sujetos, el deudor ejecutado y el adjudicatario, actuando el primero de manera forzosa en virtud del acto de jurisdicción llevado a cabo por el Juez de la ejecución, y el segundo de manera plenamente voluntaria. De ahí que pueda decirse que **la venta judicial es esencialmente forzosa en cuanto a su nacimiento y a la persona del vendedor, aunque voluntaria por lo que hace a la posición del comprador**; carácter forzoso-voluntario, procesal-sustantivo que no hace sino confirmar la complejidad que caracteriza a la figura objeto de estudio.

La voluntariedad en la persona del comprador guarda enorme importancia, ya que constituye otro de los grandes elementos en los que puede cifrarse la identidad de razón existente entre la venta judicial y la compraventa contractual (necesaria, reiteramos, para la aplicación analógica del completo régimen de la segunda respecto de la primera), pues desde la perspectiva de esta posición subjetiva apenas pueden encontrarse diferencias entre ambas figuras: se trata de sujetos que adquieren un derecho ofertando y pagando voluntariamente un determinado precio. Ciertamente, la determinación del precio en uno y otro caso varía notablemente, ya que el adjudicatario no lo negocia con el vendedor, sino que éste (el precio final) es la denominada «mejor postura» (verdadero acto de jurisdicción en la ejecución determinado por el órgano ejecutante en los términos previstos legalmente), pero ello no debe desdibujar lo esencial: a saber, que concurre en la venta judicial en uso de su autonomía privada. Aquí radica su «momento» privatístico, que le hace merecedor del calificativo de verdadero comprador, plenamente equiparable al comprador de la venta voluntaria.

Las referidas especialidades en la determinación del precio de la venta judicial hacen que el adjudicatario, en función del estadio procesal ante el que nos encontremos, reciba diferentes calificativos antes de su llegar a su denominación de tal; pudiendo conocerse previamente como postor y como rematante.

- **Licitador o postor** es todo aquel aspirante a la adquisición del derecho objeto de venta que interviene en la misma haciendo una determinada oferta a la que se conoce

como «postura»<sup>437</sup>. Para ello, en el caso de la ejecución dineraria de bienes inmuebles, deberán depositar el cinco por ciento del valor asignado al bien objeto de venta (*ex art. 669 de la LEC española*), por lo que respecta a España; y la cuantía de la caución determinada por el Juez de la ejecución, que no podrá ser superior al diez por ciento del precio de salida o base asignado judicialmente al inmueble, en el caso de Italia (*ex arts. 576. 5 y 580 del CPC italiano*).

- El licitador deviene **rematante** una vez que su postura es aceptada como precio de remate, al ser la más alta de acuerdo con los trámites procesales previstos legalmente (de los que nos ocuparemos con detalle en el capítulo siguiente). Es, pues, la aprobación judicial de la oferta hecha por el mejor postor lo que le convierte en rematante de la venta judicial<sup>438</sup>. Dicha aprobación viene dada en el caso de España por el denominado «decreto de aprobación del remate», dictado por el Secretario Judicial, *ex art. 670. 1 de la LEC española* (en el marco de la ejecución dineraria de bienes inmuebles). Mientras que en el Ordenamiento italiano, el precio final de remate no se obtiene hasta transcurridos diez días de la expedición por parte del Juez de la ejecución de la denominada «*ordinanza di aggiudicazione*», *ex arts. 581 y 584 del CPC italiano*). Aprobado el remate, el rematante queda obligado al pago del precio, de manera que si no lo hace en los plazos establecidos legalmente, perderá la caución prestada inicialmente para licitar (*ex art. 653 de la LEC española y el paralelo art. 587 del CPC italiano*).
- Una vez que el rematante procede al pago del precio, se le adjudica definitivamente el derecho objeto de venta judicial mediante la expedición del denominado «decreto de adjudicación» (*ex art. 670. 8 de la LEC española*) en el caso de España, y el llamado «*decreto di trasferimento*» en el Ordenamiento italiano (*ex art. 586 del CPC italiano*). Es a partir de este momento cuando el licitador inicial deviene verdaderamente «**adjudicatario**», esto es, comprador definitivo de la venta judicial.

## **5. LOS TERCEROS EN LA VENTA JUDICIAL: A EFECTOS DE LAS TERCERÍAS (DE DOMINIO Y MEJOR DERECHO), EL TERCERO ACREEDOR INTERVINIENTE Y EL TERCERO *SOLVENS***

---

<sup>437</sup> MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, *cit.*, p. 151.

<sup>438</sup> MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, *cit.*, p. 151.

## 5.1. CONCEPTO DE TERCERO EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN

Como bien indica MORAL MORO, no resulta nada fácil definir qué se entiende por tercero, ni en el ámbito procesal, ni menos en el sustantivo, al ser uno de los conceptos sobre los que más se ha debatido doctrinalmente.

Desde una perspectiva procesal y en sentido amplio, siguiendo a MONTERO AROCA y FLOR MATÍES, puede definirse al tercero como todo aquél que no es parte en el proceso de ejecución<sup>439</sup>. No obstante, la definición resulta demasiado vaga o ambigua, pues en base a la misma tendrían cabida en ella no sólo las personas que tengan algún tipo de vinculación con el litigio, sino también las personas ajenas al mismo y a los derechos que en él se dilucidan<sup>440</sup>. De ahí que abogemos por una definición más completa del término «tercero», acogiendo el concepto de tercero acuñado por FERNÁNDEZ LÓPEZ, quien delimita tal noción definiéndolo como «aquél que sin ser parte se encuentra con respecto del proceso o de los derechos que en el proceso se ventilan en una determinada relación, y al que el Ordenamiento Jurídico estima digno de protección precisamente por no ser ajeno»<sup>441</sup>. En otros términos y acudiendo en este caso a VEGAS TORRES, pueden definirse igualmente a los terceros como «los sujetos que no son parte en la ejecución pero cuya existencia se tiene en cuenta por el legislador en la regulación de la actividad ejecutiva, bien para permitirles actuar, influyendo de manera más o menos directa en el desarrollo de la ejecución, con objeto de defender en ella el derecho o interés amenazado».

En el proceso de declaración la protección de los terceros resulta muy evidente mediante dos técnicas complementarias, a saber, de un lado mediante el principio de lo hecho entre las partes produce efectos sólo para ellas (*res inter alios acta*); y, de otro, permitiendo la intervención procesal.

En el proceso de ejecución, la gran cantidad de actos procesales que lo componen hace necesario que la defensa de la posición de tercero venga determinada por una actitud no

---

<sup>439</sup> MONTERO AROCA, J., FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo I..., *cit.*, p. 423.

<sup>440</sup> MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, *cit.*, p. 141. En el mismo sentido se pronuncia, entre otros, VEGAS TORRES, J., «Tribunales y sujetos del proceso de ejecución», en DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 3ª Edición, Madrid, 2005, p. 65: «Con referencia a un concreto proceso de ejecución, terceros son todos los sujetos que ni han pedido y obtenido el despacho de la ejecución, ni ésta se ha despachado frente a ellos. Los terceros, así definidos, son, ciertamente, una muchedumbre, pero dentro de esa muchedumbre puede haber sujetos que, sin ser parte en la ejecución, tengan algún interés en ella y, dentro de este grupo, ya seguramente reducido, algunos que se encuentren en una situación que la norma procesal considere digna de protección hasta el punto de prever algún mecanismo para que el derecho o interés de esos terceros no resulte lesionado por la ejecución o pueda ser defendido en ella».

<sup>441</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *La tercería de dominio*, Madrid, 1980, p. 256. CARRERAS LLANSANA, J., *La tutela de terceros acreedores en el proceso de ejecución forzosa singular*, Barcelona, 1951 (Tesis inédita), según cita de SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, *cit.*, p. 108, nota n. 13, define al tercero como «otras personas que son totalmente ajenas a la relación procesal, aunque la actividad ejecutiva pudiera llegar a afectar a alguno de sus derechos fundamentales o elementos de su patrimonio. Son terceros en sentido vulgar, extraños a la relación procesal».

meramente pasiva, sino activa del mismo. Esta defensa del tercero puede ser de su posición activa o de su posición pasiva, según los casos.

Los casos de defensa por el tercero de su **posición activa** hacen referencia a aquellos supuestos en los que la ejecución pueda afectar al derecho de crédito del tercero frente al ejecutado. Para tales supuestos, si se trata de una carga preferente o anterior al crédito ejecutado, no se verá afectado de ningún modo; mientras que si ostenta una preferencia genérica, el mecanismo de defensa variará en función de que nos encontremos en España o Italia: en el primer caso, tendrá que acudir al mecanismo de la tercería de mejor derecho; mientras que en el segundo, difícilmente podrá darse una eventualidad semejante, pues la tramitación procesal propia de la venta judicial en el país transalpino obliga a notificar a todos los acreedores preferentes para el correcto desenvolvimiento de la misma (como tendremos ocasión de ver con mayor detalle en el capítulo siguiente).

El tercero se verá afectado por el contrario en su **posición pasiva**, cuando la ejecución se dirija frente a bienes que son, sin embargo, de su entera propiedad. Puede tratarse de un supuesto de modo lícito de ejecución de un bien del tercero (es el denominado tercer poseedor), pudiendo en ese caso sólo ejercitar los medios de defensa que la Ley conceda al ejecutado. O podrá tratarse a una ejecución que afecte de modo ilícito al bien de su propiedad, que en función de que esté o no inscrito en el Registro de la Propiedad podrá defenderse mediante el ejercicio de la oportuna tercería registral o tercería de dominio (en el caso de España)<sup>442</sup>, o la correspondiente «*opposizione di terzo*», en el Ordenamiento italiano. Especial referencia haremos a este último supuesto, ya que es el único que trae consigo un verdadero cambio en el devenir del proceso de ejecución y, consiguientemente en el ámbito de la venta judicial.

## **5.2. TERCERO A EFECTOS DE LAS TERCERÍAS: DE DOMINIO («OPPOSIZIONE DI TERZO») Y MEJOR DERECHO (GENUINA DE ESPAÑA)**

Acabamos de apuntar que los terceros que verdaderamente nos interesan son aquellos a los que el Ordenamiento concede un grado de protección tal que se les faculta para intervenir en el proceso de ejecución. En este sentido, los primeros terceros a los que el Ordenamiento considera como merecedores de protección son los sujetos que resultan ser dueños de bienes sobre los que se proyecta la actividad ejecutiva. Bienes trabados como consecuencia, pues, de un error en la atribución de titularidad a cuyos verdaderos dueños se les permite intervenir en el proceso para manifestar dicho error, consiguiendo así sustraer el bien del objeto de la ejecución. El principal instrumento que a tales efectos se prevé en la Ley procesal, tanto española cuanto italiana, es la denominada «**tercería de dominio**» (regulada en los arts. 595

---

<sup>442</sup> MONTERO AROCA, J., FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo I..., cit., p. 424.

a 604 de la LEC española, ambos inclusive; también la «tercería registral», instrumento previsto en el art. 38 de la LH española para el supuesto de embargos indebidamente trabados -por pertenecer a terceras personas, distintas del deudor ejecutado- sobre bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad) y su paralela «*opposizione di terzo*» (contemplada en los arts. 619 a 621 del CPC italiano); cuyo objetivo fundamental no es otro que la consecución del alzamiento del embargo respecto del bien indebidamente trabado<sup>443</sup>. Se trata de una figura de enorme importancia práctica, objeto de ingente jurisprudencia (lo que da muestra de que existen muchas posibilidades de que se embarguen bienes indebidamente), cuyo estudio detenido escapa del marco del presente trabajo, y sobre la que haremos ulterior referencia en sede de los requisitos subjetivos que debe reunir el derecho objeto de la venta judicial, de ahí que no nos detengamos más al respecto en este punto.

Los segundos terceros a los que el Ordenamiento hace merecedores de especial protección son los acreedores del ejecutado, titulares de un derecho de crédito preferente al del ejecutante. La preferencia de estos terceros acreedores puede derivar, en primer término, de haber promovido una ejecución frente al deudor común, consiguiendo la traba del embargo sobre los mismos bienes que el ejecutante inicial y con carácter precedente respecto a este último. En este caso, el tercero acreedor no tendrá que hacer nada especial para hacer valer su preferencia, puesto que el proceso se construye de tal manera que la preferencia de los embargantes anteriores queda protegida de manera automática<sup>444</sup>. Cosa distinta sucede en el supuesto de los acreedores que tengan un crédito preferente al del ejecutante conforme a las normas legales en materia prelación de créditos, pero que no hayan embargado bienes del deudor o los hayan trabado con posterioridad al ejecutante; en este último caso, la respuesta proporcionada por el Ordenamiento español y el italiano es totalmente distinta:

En el caso de **Italia**, de acuerdo con el art. 498 del CPC italiano, todo acreedor preferente cuya preferencia conste en algún tipo de registro público tendrá que ser notificado

---

<sup>443</sup> VEGAS TORRES, J., «Tribunales y sujetos del proceso de ejecución»..., *cit.*, p. 66. En el mismo sentido y con gran claridad se pronuncian MONTERO AROCA, J., FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 1575: «La tercería es siempre un medio de protección de los derechos de quien no es parte en el proceso de ejecución y por su medio se formula por el tercero oposición a un acto concreto de embargo, pidiendo que se levante la afección decretada sobre un bien determinado. Con su interposición el tercero trata de obtener el alzamiento del embargo decretado erróneamente sobre bienes o derechos de su pertenencia y, para ello, el tercero tiene que afirmar, bien que es dueño de ese bien (y que no lo ha adquirido del ejecutado una vez decretado el embargo), bien que es titular de un derecho que, por disposición legal, puede oponerse al embargo o a la realización forzosa del bien embargado como perteneciente al ejecutado (art. 595. 1 y 2)». Igualmente, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Derecho Procesal Civil*, 1ª Edición, Barcelona, 2011, p. 902: «La tercería de dominio (regulada en los arts. 595 a 604 LEC) constituye un incidente dentro del proceso de ejecución, por medio del cual el tercero ajeno a la ejecución cuyos bienes adquiridos con anterioridad a la traba hayan sido embargados por haber considerado el Secretario judicial que pertenecían al deudor ejecutado, solicita, antes de que se produzca su transmisión como culminación del procedimiento de apremio, la desafección de los mismos a la ejecución o, lo que es igual, el levantamiento definitivo de la traba que pesa sobre dichos bienes. El presupuesto esencial de la tercería de dominio, pues, lo constituye la realización de un embargo ejecutivo sobre un bien que una tercera persona, ajena a la ejecución, considera perteneciente a su propio patrimonio».

<sup>444</sup> VEGAS TORRES, J., «Tribunales y sujetos del proceso de ejecución»..., *cit.*, p. 67.

preceptivamente del proceso de ejecución en curso con el objeto de que pueda intervenir en el mismo en la oportuna fase (inexistente en España) de la «intervención de acreedores» (intermedia a la fase del embargo y del ulterior apremio), sobre la que haremos especial mención seguidamente al analizar monográficamente la figura típica y exclusivamente italiana del acreedor interviniente. Aquel acreedor preferente cuyo mejor derecho no conste en un registro público se ve abocado a intervenir por sus propios medios en el proceso de ejecución en esa misma fase de «intervención de los acreedores» (no se le notifica), en cuyo caso participará en la suma recabada de la ejecución dineraria en atención a la posición que le corresponda.

En el caso de España, la Ley procesal asiste a los acreedores con créditos preferentes mediante la concesión de la denominada «**tercería de mejor derecho**»; a saber, siguiendo a VEGAS TORRES, una suerte de «acción que el Ordenamiento Jurídico pone a disposición de los acreedores preferentes a aquél que haya incoado un proceso de ejecución frente al deudor común, mediante la cual aquéllos pueden pedir y obtener del tribunal de la ejecución que, previa declaración de la preferencia de su crédito las cantidades que se obtengan en la ejecución se destinen al pago de éste con preferencia al del crédito del ejecutante»<sup>445</sup>. Instrumento procesal previsto en los arts. 614 a 620 de la LEC española, con el que el tercero que afirma ostentar un crédito que debe ser satisfecho con preferencia al del ejecutante, pretende aprovechar la ejecución instada por otro para, dentro del mismo proceso, lograr la satisfacción de su crédito. Esto es, la estimación de la tercería de mejor derecho lo que trae consigo es un cambio en la posición del ejecutante; si bien, ello no excluye la intervención del ejecutante originario: se producirá entonces una acumulación de ejecuciones del tipo previsto en el art. 555. 2 de la LEC española; es decir, un solo proceso con dos ejecutantes distintos frente a un deudor común<sup>446</sup>. Pero como decimos, lo más corriente es que estimada

---

<sup>445</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes II», en DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 3ª Edición, Madrid, 2005, p. 189. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 908, define la tercería de mejor derecho del siguiente modo: «La tercería de mejor derecho (regulada en los arts. 614 a 620) constituye un incidente dentro del proceso de ejecución, por medio del cual un tercero acreedor ajeno a la ejecución, cuyo crédito goce de preferencia legal respecto del crédito reclamado por el acreedor ejecutante, solicita, antes de que se produzca el pago a este último con lo obtenido de la realización de los bienes embargados o la adjudicación al mismo de dichos bienes como culminación del procedimiento de apremio, que le sea satisfecho su crédito con preferencia al del propio acreedor ejecutante». En sentido análogo también MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tomo II..., cit., p. 1881: «La tercería es siempre un medio de protección de los derechos de quien no es parte en el proceso de ejecución y por su medio se formula por el tercero la pretensión de que se declare la preferencia de su crédito frente al del ejecutante y se aplique a la satisfacción del mismo el producto de la realización de los bienes embargados».

<sup>446</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes II»..., cit., p. 190. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 909, por su parte, subraya igualmente la finalidad primordial perseguida con el ejercicio de la tercería de mejor derecho: «La finalidad primordial que se persigue con el ejercicio de la tercería de mejor derecho estriba en obtener la satisfacción del derecho de crédito del tercerista con preferencia a la satisfacción del derecho de crédito del acreedor ejecutante». De la misma forma, MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tomo II..., cit., p. 1884: «El tercero, en general, con la tercería persigue que su crédito sea declarado preferente respecto del crédito del acreedor ejecutante (...)». A nivel

la tercería prosiga en la ejecución sólo el tercerista, produciéndose un verdadero cambio de partes en el proceso de ejecución (en el plano activo del ejecutante), de modo que el acreedor ejecutante vencido en la tercería sólo tendrá derecho a cobrarse del sobrante de la realización forzosa, en el caso de que exista.

La intervención en el proceso de ejecución por parte del tercerista de mejor derecho varía en función de que disponga o no de título ejecutivo: si el crédito del tercerista consta en un título de esa clase, podrá intervenir en el proceso de ejecución desde la admisión de la demanda de tercería; mientras que si el tercerista no dispone de título ejecutivo, sólo estará facultado a intervenir en la ejecución desde que se dicte sentencia estimatoria de tercería (*ex art. 616. 2 de la LEC española*). La tenencia o no de título ejecutivo también determinará los sujetos frente los que tendrá que dirigirse la acción: si se dispone de título ejecutivo sólo se ejercitará frente al ejecutante; mientras que si no se ostenta tal título, la acción deberá dirigirse frente al ejecutante y ejecutado (*ex art. 617 de la LEC española*)<sup>447</sup>. Existencia de título ejecutivo que será igualmente indicativo de la pretensión del tercerista: como bien indica ORTELLS RAMOS a este respecto, «cuando fundamenta su tercería en un título ejecutivo, únicamente persigue la declaración de preferencia de su crédito respecto del crédito del acreedor ejecutante. Pero, cuando basa su tercería en un título no ejecutivo, de modo previo a la declaración de preferencia de su crédito solicita que se declare la existencia del mismo y que se condene al ejecutante a pagarlo»<sup>448</sup>.

Por lo que respecta finalmente al límite temporal de interposición de la acción, el *dies a quo* dependerá de la clase de preferencia que se invoque por parte del tercerista: si va referida a determinados bienes muebles o inmuebles del deudor (privilegio especial, *ex arts. 1922 y 1923 del CC español*), la tercería podrá ejercitarse desde que los mismos hayan sido embargados; mientras que si la preferencia es general (*ex art. 1924 del CC español*), la tercería procederá desde el mismo despacho de la ejecución. Y en lo que hace al *dies ad quem*, en el caso de realización forzosa por venta judicial, la tercería no podrá ejercitarse después de haber entregado al ejecutante la suma obtenida en la ejecución dineraria (*ex art. 615 de la LEC española*)<sup>449</sup>.

---

jurisprudencial así lo afirma igualmente el Tribunal Supremo español, pudiendo verse a este respecto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 9738): «(...) Es el proceso por el que un acreedor que ostenta un crédito preferente al del ejecutante puede hacer valer su derecho; es decir, el objeto de la tercería de mejor derecho es, exclusivamente, la declaración de preferencia de un crédito».

<sup>447</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes II»..., *cit.*, pp. 190 y 191.

<sup>448</sup> ORTELLS RAMOS, M., y AA.VV., *Derecho Procesal Civil*, 8ª Edición, Navarra, 2008, p. 825.

<sup>449</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes II»..., *cit.*, p. 193. Acerca de los requisitos temporales de admisibilidad de la tercería de mejor derecho, *cf.* MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tomo II..., *cit.*, pp. 1889 y 1890: «Parte aquí la LEC de la distinción entre preferencia especial o general (...). El privilegio especial es el que otorga preferencia para la satisfacción del crédito con cargo a determinados bienes muebles o inmuebles (arts. 1922 y 1923 CC) y el general el que la concede para satisfacer el crédito con cargo a cualesquiera bienes del deudor (art. 1924 CC). (...) Conforme al art. 615.1 la demanda podrá interponerse: 1) Si se funda en un crédito cuya preferencia sea general, desde el



En definitiva, mientras que en España la intervención de los acreedores distintos al ejecutante sólo se prevé en relación a los que ostenten un crédito preferente, a través de una intervención de carácter excepcional cuya única vía de actuación es la «tercería de mejor derecho»; en el caso de Italia, la intervención de los acreedores, como ahora tendremos ocasión de comprobar, es un elemento consustancial al propio proceso de ejecución dineraria, en el que de acuerdo con el supremo principio de la *par condicio creditorum* se prevé una fase específica destinada a la intervención en el proceso de ejecución (y atención a la condición respectiva de cada crédito) de todos los acreedores del deudor ejecutado (no sólo los preferentes). De ahí que anunciemos en la propia rúbrica de este epígrafe que la figura del tercero de la tercería de mejor derecho es genuinamente española; de la misma forma que el denominado «tercero acreedor interviniente», típico de Italia, del que pasamos a ocuparnos con mayor detenimiento.

### **5.3. LA FIGURA DEL «ACREEDOR INTERVINIENTE DEL DERECHO ITALIANO» Y SU JUEGO CON LA *PAR CONDICIO CREDITORUM* EN EL SENO DE LA EJECUCIÓN SINGULAR**

El proceso de ejecución dineraria consta en España de dos etapas fundamentales: la del embargo y la del procedimiento de apremio. Con la primera, se lleva a cabo una individualización o aprehensión del bien sobre el que va a recaer la ejecución; mientras que en la fase de apremio tiene lugar la realización del bien en cuestión y el pago al acreedor ejecutante.

En Italia, por el contrario, como acaba de anunciarse, la ejecución que podemos denominar como «dineraria» («*espropriazione forzata*») consta de tres fases fundamentales: el embargo, la denominada «intervención de los acreedores» y el apremio (con la venta judicial y distribución de la suma obtenida de la misma).

Existe, pues, una fase adicional en el proceso de ejecución dineraria italiano, ausente en el caso de España. ¿Y qué importancia guarda la existencia de esta segunda fase intermedia de «intervención de los acreedores» desde un punto estrictamente sustantivo? Pues alcanza una importancia fundamental, en la medida, en que conecta con la aplicación del clásico principio de la *par condicio creditorum* en el seno de los procedimientos de ejecución, de ahí la rúbrica del epígrafe en cuestión. Hagamos unas breves consideraciones sobre dicho principio para después relacionar su juego con la ejecución singular.

---

momento en que se haya despachado la ejecución frente al deudor común. (...) 2) Si se gunda en un crédito con preferencia especial para ser satisfecho con cargo a determinado bien, desde el momento en que se haya embargado el bien al que esa preferencia se refiera. (...) Si lo que se pretende con la tercería de mejor derecho es hacer efectiva la preferencia que afirma ostentar el tercerista frente al ejecutante para cobrar su crédito con el producto de la realización forzosa, la demanda en la que se promueva tal pretensión habrá de interponerse, lógicamente, antes de que se haya realizado el pago al acreedor ejecutante».

El patrimonio del deudor, por todos es sabido, que constituye el soporte de la responsabilidad del mismo para el cumplimiento de todas sus obligaciones (art. 1911 del CC español, correlativo art. 2740 del CC italiano). Es, pues, la base común de garantía de todos los acreedores y, al mismo tiempo, el común objeto del poder de agresión por parte de éstos. Partiendo de estas premisas, se llega sin dificultad a la conclusión de que todos los acreedores son por regla general de igual condición frente al patrimonio del deudor y deben por regla general recibir el mismo trato. He aquí la regla de la *par condicio creditorum*, la regla de la igualdad de todos los acreedores, que es consecuencia del principio más general de igualdad y de no discriminación y de igualdad de derechos de todos ellos a recibir satisfacción en sus créditos.

Este principio general encuentra sus consecuencias más importantes en aquellos casos en los que el patrimonio y los bienes del deudor, sobre los cuales se ha de producir el cobro de los créditos, son insuficientes para dar satisfacción a todos los acreedores. En dichos casos no puede admitirse que cobren por entero sus créditos los acreedores más despiertos o más diligentes, en perjuicio de los demás, que pueden ver de esta manera ineficaces sus derechos. Esto es, el principio de la *par condicio creditorum* encuentra su máximo exponente en las situaciones de insolvencia del deudor que deben dar lugar a una solicitud y posterior declaración de ejecución universal o concurso<sup>450</sup>.

¿Pero, qué juego tiene este principio en el seno de la ejecución singular? En otros términos, si existen una pluralidad de acreedores, pero no una situación de insolvencia por parte del deudor, ¿juega igualmente el principio de la *par condicio creditorum* en el caso en el que se lleve a cabo la ejecución singular en relación a un determinado bien del deudor ejecutado? He aquí las grandes diferencias existentes entre el Ordenamiento español e italiano, en las que entra en juego la figura de los denominados «acreedores intervinientes».

Y es que en España, el acreedor que ante el incumplimiento del crédito del que es titular inste la ejecución y logre la traba del embargo sobre un determinado bien del patrimonio del deudor ejecutado, adquiere desde dicho momento una suerte de preferencia en el cobro de su derecho del montante total que se obtenga de la posterior realización forzosa del bien en cuestión. En efecto, prueba de ello en el ámbito de la subasta judicial de bienes inmuebles es lo dispuesto en el art. artículo 672 de la LEC española, apartados primero y segundo:

*«1. Por el Secretario judicial se dará al precio del remate el destino previsto en el apartado 1 del artículo 654 (El precio del remate se entregará al ejecutante a cuenta de la cantidad por la que se hubiere despachado ejecución...), pero el remanente, si lo hubiere, se retendrá para el pago de quienes tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al*

---

<sup>450</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, 6ª Edición, Navarra, 2008, p. 902.

*del ejecutante. Si satisfechos estos acreedores, aún existiere sobrante, se entregará al ejecutado o al tercer poseedor.*

*Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio del destino que deba darse al remanente cuando se hubiera ordenado su retención en alguna otra ejecución singular o en cualquier proceso concursal.*

*2. El Secretario judicial encargado de la ejecución requerirá a los titulares de créditos posteriores para que, en el plazo de treinta días, acrediten la subsistencia y exigibilidad de sus créditos y presenten liquidación de los mismos.*

*De las liquidaciones presentadas se dará traslado por el Secretario judicial a las partes para que aleguen lo que a su derecho convenga y aporten la prueba documental de que dispongan en el plazo de diez días. Transcurrido dicho plazo, el Secretario judicial resolverá por medio de decreto recurrible lo que proceda, a los solos efectos de distribución de las sumas recaudadas en la ejecución y dejando a salvo las acciones que pudieran corresponder a los acreedores posteriores para hacer valer sus derechos como y contra quien corresponda. El decreto será recurrible solo en reposición y estarán legitimados para su interposición los terceros acreedores que hubieren presentado liquidación».*

Ello quiere decir, que en España, en el ámbito de la ejecución singular, el principio de la *par condicio creditorum* brilla por su ausencia, más allá de la posibilidad otorgada al titular de un crédito preferente respecto del ejecutado de ocupar la posición del mismo mediante el ejercicio en plazo de la oportuna «tercería de mejor derecho»<sup>451</sup>. Rige más bien, el antagónico principio de la prioridad temporal o de *prior tempore potior iure*, en virtud del cual, el primero que logra la anotación preventiva de la traba del embargo tendrá preferencia en el cobro de la suma obtenida de la realización forzosa del bien (así se desprende del controvertido art. 1923.4º del CC, conforme al cual gozan de preferencia «los créditos preventivamente anotados en el RP, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores»).

En definitiva, la pluralidad de acreedores en que tiene lugar la virtualidad del principio de la *par condicio creditorum*, sólo es un presupuesto previsto en el seno de la ejecución universal o concursal en el Ordenamiento español. Lo cual no deja de ser curioso, porque no existe precepto alguno en la Ley Concursal en la que se establezca como presupuesto del

---

<sup>451</sup> Es el art. 615 de la LEC española la que se ocupa de reglamentar la denominada tercería de mejor derecho, en los términos siguientes (será objeto de estudio en capítulos sucesivos, como ya hemos advertido):

«1. La tercería de mejor derecho procederá desde que se haya embargado el bien a que se refiera la preferencia, si ésta fuere especial o desde que se despachare ejecución, si fuere general.

2. No se admitirá demanda de tercería de mejor derecho después de haberse entregado al ejecutante la suma obtenida mediante la ejecución forzosa o, en caso de adjudicación de los bienes embargados al ejecutante, después de que éste adquiriera la titularidad de dichos bienes conforme a lo dispuesto en la legislación civil».

concurso de acreedores la existencia de una pluralidad de acreedores, sino sólo y exclusivamente la insolvencia del deudor. No obstante, la generalidad de la mejor doctrina española considera que «el proceso concursal presupone tanto la existencia de una situación de insolvencia, actual o inminente, como una pluralidad de acreedores»<sup>452</sup>. Y es sólo, reiteramos, en esta sede, en la que se contempla la existencia de una pluralidad de acreedores a los que se aplicará rigurosamente en la satisfacción de sus créditos el importante principio de la *par condicio creditorum*.

En Italia, por el contrario, a través de la figura del «acreedor interviniente», la virtualidad del principio de la *par condicio creditorum* sí se logra también en el ámbito de los procesos de ejecuciones dinerarias. Porque sí se contempla mediante esta fase intermedia anterior a la realización y posterior al embargo, la concurrencia de una pluralidad de acreedores en el proceso de ejecución singular, todos los cuales, de haber intervenido preceptivamente, tendrán derecho a intervenir en condiciones de igualdad en atención de sus respectivos créditos, al reparto de la suma recabada de la realización forzosa del bien.

Prueba adicional del rigor de la operatividad de la *par condicio creditorum* en la ejecución singular en Italia, es que el CPC italiano dispone en su art. 498 (como ya hemos visto), que el acreedor ejecutante-embargante deberá notificar a los acreedores asistidos por una prelación crediticia que conste en un registro público, un aviso indicando la identidad del acreedor embargante, el crédito en virtud del cual se procede, el título ejecutivo a través del cual se ejecute y la cosa embargada. Esta notificación deberá llevarse a cabo dentro de los cinco días siguientes a la traba del embargo. La importancia de la anterior notificación es tal, que en ausencia de su prueba, no podrá procederse al apremio<sup>453</sup>.

En cuanto a los acreedores que pueden intervenir el proceso ejecutivo, ha de indicarse que con anterioridad a la Ley 80/2005, el art. 499. 1º del CPC italiano permitía la intervención de todo acreedor, con independencia de que no fuese ni privilegiado ni especialmente cualificado por ningún otro motivo. Si bien con la aparición de la citada Ley, sólo pueden intervenir los siguientes acreedores:

- Los acreedores que ostenten un título ejecutivo, de modo que su intervención supone verdaderamente el ejercicio de su respectiva acción ejecutiva.

---

<sup>452</sup> JIMÉNEZ CONDE, F., GARCÍA ROSTÁN-CALVÍN, G., TOMÁS TOMÁS, S., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 1ª Edición, Murcia, 2011, p. 266. Asimismo, VELA TORRES, P. J., «La pluralidad de acreedores como requisito del concurso», en *Anuario de Derecho Concursal*, Nº11, 2007, p. 224: «La Ley Concursal no establece expresamente en su articulado este requisito como uno de los presupuestos del concurso, si bien puede considerarse que está recogido tácitamente, al darlo por sobreentendido, tal y como se desprende de su Exposición de Motivos, que indica que la finalidad de todo concurso es alcanzar un acuerdo entre el deudor y sus acreedores (en plural), e incluso en diversos preceptos de los que se derivaría esa exigencia, como son el art. 2. 1, al exigir “un deudor común” a varios acreedores; el art. 3, que menciona a los acreedores en plural (...)».

<sup>453</sup> MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., cit., pp. 58-60.

- Los acreedores que en el momento de la traba del embargo hayan obtenido un «*sequestro*» (una suerte de anotación preventiva) sobre el bien embargado, o bien un derecho de prenda o un derecho de prelación sobre dicho bien que conste en un registro público.

La Ley 263/2005 además ha añadido como posible acreedor interviniente, aquellos titulares de créditos de sumas de dinero resultantes de escrituras contables a las que hace referencia el art. 2214 del CC italiano (escrituras contables del empresario comercial).

¿Qué ocurre con los acreedores no comprendidos en los supuestos anteriores? Para poder intervenir, deberán notificarlo en el mismo plazo al que hemos hecho referencia anteriormente (cinco días posteriores a la traba del embargo), y después la presentación de la denominada «*ordinanza di vendita o assegnazione*» expedida por el Juez, se fija una audiencia frente al deudor, quien será el que pasará o no a reconocer dicho crédito. Si el deudor no comparece, se entienden reconocidos todos y cada uno de dichos créditos con ausencia de título ejecutivo (reconocimiento a los solos efectos de la ejecución). Si lo que se les reconoce es parte del crédito que alegan, participarán en la suma recabada igualmente en esa medida. La solicitud de intervención se realiza mediante un «*ricorso*».

La modalidad de participación en la suma recabada depende del momento de la intervención de los acreedores, en función de que sea «*tempestivo*» o «*successivo*».

Es «*tempestivo*» cuando el recurso se deposite antes de que tenga lugar la audiencia en la que se disponga la venta o adjudicación forzosa; y en dicho caso, participarán sin más en la suma recabada de la venta judicial.

Es «*successivo*», si la intervención se produce después de la referida audiencia, existiendo en ese caso solo derecho a participar en la suma recabada que reste después de satisfacer a los derechos del acreedor embargante, de los privilegiados y de aquellos que hayan intervenido «tempestivamente»<sup>454</sup>.

#### **5. 4. EL TERCERO *SOLVENS* PAGADOR DEL CRÉDITO DEL DEUDOR EJECUTADO Y EL INSTITUTO DE LA SUBROGACIÓN EN EL CRÉDITO QUE PUEDE TRAER CONSIGO**

El último de los terceros a los que dedicaremos nuestra atención en este capítulo destinado al estudio de los «sujetos de la venta judicial» es aquel tercero que afronta el pago de la deuda al acreedor originario, lo cual traerá consigo (dándose los presupuestos y condiciones legales

---

<sup>454</sup> MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, pp. 60 y 61.

previstos para ello) un verdadero cambio en la posición activa de la persona acreedor mediante el instituto del a denominada «subrogación en el crédito».

Un estudio detenido de esta última figura escapa de los confines del objeto de nuestro trabajo, si bien dada su importancia y su interés comparativo respecto de su tratamiento en Italia, resulta obligada cierta referencia a la misma.

Lo primero que tenemos que poner de manifiesto, es que toda relación obligatoria, al igual que la existente entre el acreedor ejecutante y el deudor ejecutado, puede sufrir alteraciones o modificaciones a lo largo de su tiempo de existencia. Siguiendo a DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, puede decirse que «hay un cambio de una relación obligatoria cuando se produce en su desenvolvimiento o desarrollo una alteración en sus elementos estructurales (sujeto, objeto, circunstancias), en su contenido o en su función o causa»<sup>455</sup>. La cuestión que siempre se suscita en torno al particular es si dicha modificación supone necesariamente la extinción de la relación en cuestión dando lugar al nacimiento de una nueva, o si, por el contrario, es posible mantener la misma relación obligatoria con la modificación introducida<sup>456</sup>.

En el Derecho romano, fiel a la idea de personalización del vínculo, se aboga por una inmutabilidad de la relación jurídica obligatoria, de modo que todo cambio en la misma sería significativo de la extinción de dicha obligación y el nacimiento de una nueva<sup>457</sup>. En el Derecho Moderno, por el contrario, las exigencias de agilidad del tráfico jurídico y la conveniencia económica aconsejan optar por el sentido contrario, admitiendo la alteración o modificación de la relación obligatoria, sin que ello presuponga la extinción de la misma y sus sustitución por una nueva obligación<sup>458</sup>.

Estas modificaciones o alteraciones de la relaciones obligatorias pueden ser de dos tipos, a saber, subjetivas u objetivas, en función de que exista un cambio de deudor o acreedor, o cualquier otro cambio (criterio residual), respectivamente. En esta sede, va de suyo que nos referimos a un supuesto de modificación subjetiva; específicamente, en la posición activa (en la del acreedor) y por actos *inter vivos*, lo cual puede venir dado por diferentes figuras tales como la cesión del crédito, la transmisión de un crédito incorporado a un título valor, la cesión por virtud de una actuación judicial y, finalmente, por virtud de la

---

<sup>455</sup> DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tomo I, Madrid, 2012, p. 236. Cfr. en este sentido igualmente el importante trabajo de DE COSSÍO Y CORRAL, A., «La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo I, 1945, pp. 183-206.

<sup>456</sup> Como bien indican DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tomo I..., *cit.*, p. 236: «Es evidente que las partes poseen el poder de modificar la relación obligatoria en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pero la cuestión se centra en precisar qué supone el cambio, en otras palabras, si toda alteración de una relación obligatoria implica la creación de una nueva que sustituya la anterior, o es posible admitir la supervivencia de esta última aunque con la modificación introducida».

<sup>457</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II..., *cit.*, p. 969.

<sup>458</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo II, 11ª Edición, Madrid, 2007, p. 217.

subrogación en el crédito. Esta última figura es en la que centraremos, como venimos advirtiendo, nuestra exclusiva atención, distinguiendo a efectos sistemáticos: su concepto y regulación, las clases de subrogación existentes, así como los efectos que trae consigo.

#### 5.4.1. Concepto y regulación

La subrogación supone un subingreso o una subentrada de un nuevo acreedor (*solvens*) en el lugar del antiguo (*accipiens*)<sup>459</sup>, como consecuencia del pago de la deuda por parte de ese nuevo sujeto al acreedor originario<sup>460</sup>. El sujeto que paga o satisface al acreedor sucede a éste en su posición jurídica, pasando aquél a detentar la titularidad del crédito y sus accesorios. Como bien puntualiza LASARTE ÁLVAREZ, «el efecto subrogatorio no es, sin embargo, una consecuencia automática del pago por persona distinta al deudor»<sup>461</sup>, sino que partiendo de dicho presupuesto, el pago en cuestión trae consigo el efecto subrogatorio en los casos y bajo las condiciones tipificadas legalmente. En términos similares recalca GALGANO, que la esencia de la subrogación radica en el hecho de que el pago, si bien satisface el crédito, no extingue la obligación, sino que por el contrario determina el subingreso del que paga la deuda ajena (o de quien ha prestado dinero para pagar dicha deuda, como ahora tendremos ocasión de ver) en la misma posición del acreedor originario (en sus derechos, garantías, y pudiendo serle oponible las mismas excepciones)<sup>462</sup>. En definitiva, se trata de una especie de sucesión en el activo de la relación obligatoria<sup>463</sup>, que trae causa del pago por parte de un tercero (*solvens*) al acreedor originario de la relación obligatoria (*accipiens*).

Por lo que respecta a su regulación, se trata de una cuestión que resulta más perfecta en el CC italiano, que en el español, sobre todo en lo que hace su ubicación en el conjunto del

---

<sup>459</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II..., *cit.*, p. 991.

<sup>460</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español común y foral*, Tomo III, 9ª Edición, Madrid, 1958, p. 300, define el pago con subrogación del siguiente modo: «Se llama pago con subrogación a aquella forma de pago que, en vez de extinguir la deuda, como el pago ordinario, no hace más que cambiar la persona del acreedor, convirtiendo a quien paga una deuda ajena en acreedor del verdadero deudor».

<sup>461</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo II..., *cit.*, pp. 223 y 224.

<sup>462</sup> GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II..., *cit.*, p. 126: «L'essenza della surrogazione sta nel fatto che il pagamento, (...) sebbene soddisfi il creditore, non estingue l'obbligazione: determina, invece, il subingresso di chi ha pagato il debito altrui (arts. 1201, 1203) o di chi ha erogato il danaro per il pagamento (art. 1202) nei diritti del creditore, e nelle garanzie che assistono il credito (art. 1204), restando il nuovo creditore esposto alle medesime eccezioni cui era esposto il creditore originario».

<sup>463</sup> Así lo considera igualmente la mayor parte de la mejor doctrina italiana: MAGAZZÙ, A., voz «Surrogazione per pagamento», en *Enciclopedia del Diritto*, p. 2 (consultado en la base de datos [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), el 09/07/2013), «La nozione del pagamento con surrogazione, quella ormai più ricorrente in letteratura, ne rappresenta l'effetto tipico come una specie di successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio (...); también TRABUCCHI, A., *Istituzioni di Diritto Civile*, I, Padova, 1990, p. 533: «(...) la surrogazione è una forma di successione (a titolo particolare) nel diritto del creditore»; igualmente y en tiempos más recientes, GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II..., *cit.*, p. 126: «Una ulteriore forma di successione nel credito è qui collegata al pagamento della somma che forma oggetto dell'obbligazione o da parte di un soggetto diverso dall'obbligato (arts. 1201, 1203) o da parte dello stesso obbligato, ma con danaro altrui (art. 1202)».

Código.

En efecto, en el **CC español**, la subrogación en el crédito se encuentra regulada en los arts. 1203. 3º y 1209 a 1213 (ambos inclusive), todos ellos en sede de «novación», contemplada en el Capítulo IV del Libro IV («De las obligaciones y contratos») como causa de extinción de las obligaciones. Y he aquí la imprecisión del CC español, pues la subrogación en el crédito no supone una auténtica novación de la obligación, por lo menos en sentido propio o como novación extintiva, pues el Código se limita a afirmar en su art. 1203. 3º que la obligación se «modifica» por la subrogación<sup>464</sup>. Esto es, la subrogación no supone una extinción de la relación obligatoria dando lugar al nacimiento de una nueva, sino simplemente la modificación subjetiva de la relación obligatoria originaria, la cual sigue subsistiendo incólume<sup>465</sup>.

La regulación de subrogación en el crédito (denominada por el codificador italiano como «subrogación por pago») en el **CC italiano de 1942** vigente, a diferencia del CC español, sí se ubica de manera inmejorable a la regulación de la figura en cuestión en el conjunto del Código. La por ellos denominada «subrogación por pago» se encuentra regulada en los arts. 1201 a 1205 en sede del «cumplimiento de las obligaciones» (Capítulo II, del Libro IV -«De las obligaciones»)<sup>466</sup>. Ubicación que ya en el CC italiano de 1865 precedente encontraba un adecuado encaje igualmente en el ámbito del «cumplimiento de las obligaciones» (arts. 1254 y ss.).

---

<sup>464</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II..., *cit.*, pp. 991 y 992.

<sup>465</sup> SANCHO REBULLIDA, F. A., «Comentario al art. 1203 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, p. 294, se hace eco de lo incorrecto de la inclusión en el Código de supuestos que no constituyen estrictamente novación bajo el marco de su regulación: «(...) en flagrante contradicción con los términos del art. 1156 (las obligaciones “se extinguen”) y con la rúbrica y sistemática del capítulo (de la “extinción” de las obligaciones), este precepto comienza afirmando que las obligaciones pueden “modificarse”. Modificar y extinguir -aunque la extinción sea consecuenta a una sustitución o reemplazo- son términos incompatibles, por cuanto la modificación exige la subsistencia del *quid* modificado. Una obligación modificada mantiene su rango o antigüedad, subsisten sus relaciones accesorias, etc.; en cambio, la *nova obligatio* extintiva de una *prior obligatio*, no alcanza más antigüedad que la determinada por su nacimiento; y, para la subsistencia de las relaciones accesorias, es necesario el consentimiento de los sujetos implicados en ellas (fiadores, p. ej.), consentimiento que, en realidad, produce, más que la subsistencia, la reconstitución de tales relaciones. Los verbos que, a continuación, utiliza el precepto en la respectiva descripción de cada especie -“variar”, “sustituir”, “subrogar”- no ayudan a solucionar la duda, sino que, en alguna medida, la fomentan (...)».

<sup>466</sup> MAGAZZÙ, A., «Surrogazione per pagamento»..., *cit.*, p. 1, nota n. 1, hace hincapié en lo adecuado de la ubicación sistemática del régimen de la subrogación por pago en el CC italiano, a diferencia del español: «Diversa e migliore collocazione non si sarebbe potuta trovare. Appare invece fuori luogo quella data all'istituto nel código civil spagnolo: qui le disposizioni sulla surrogazione (art. 1209-1213) sono dettate in materia di novazione, ma poi è stabilito nell'art. 1212 che “la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexas”».



#### 5.4.2. Clases de subrogación: acogimiento de la dicotomía convencional/legal en España y abandono de la misma en Italia

En el sistema del CC español, de acuerdo con los arts. 1209 y 1210, la subrogación en el crédito puede encontrar su origen en el acuerdo o convenio de las personas intervinientes en el pago, o bien en una disposición legal expresa. Se habla, de este modo, de subrogación convencional y de subrogación legal, respectivamente<sup>467</sup>. Analicemos cada una de estas clases de subrogación, para después adentrarnos en las diferentes categorías de subrogación que recoge el CC italiano.

Comenzando por la **subrogación convencional**, ésta tiene lugar, siguiendo a SANCHO REBULLIDA, «cuando un tercero paga la obligación y, aún sin encontrarse en ninguna de las situaciones previstas en el art. 1210 del CC español, lo acuerda con el acreedor *accipiens*»<sup>468</sup>. Lo anterior debe matizarse en el sentido que sigue, y es que para que el pacto entre las partes implicadas surta el efecto subrogatorio, es necesario que se den dos circunstancias:

- El convenio de subrogación debe establecerse con claridad, ya que el «efecto subrogatorio no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en el Código (art. 1209. 1 CC español).
- Que el *solvens* realice el cumplimiento de la obligación con conocimiento del deudor, ya que si ello no es exactamente así, las consecuencias no serán las propias de la subrogación: en caso de ignorancia u oposición del deudor no habrá subrogación, sino derecho al reintegro o reembolso; y en caso de que el deudor conozca y además consienta el pago del *solvens*, nos encontraremos ante un supuesto de subrogación legal recogido en el art. 1210. 2 del CC español<sup>469</sup>.

Este acuerdo o pacto de subrogación puede ser anterior o simultáneo al pago de la obligación, en ningún caso con posterioridad, ya que en tal supuesto, con el pago se habría extinguido el crédito, no siendo, consecuentemente, susceptible de subrogación en el mismo<sup>470</sup>.

---

<sup>467</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 224.

<sup>468</sup> SANCHO REBULLIDA, F. A., «Comentario al art. 1209 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, p. 311.

<sup>469</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 224. Del mismo modo, SANCHO REBULLIDA, F. A., «Comentario al art. 1209 del Código Civil»..., *cit.*, p. 311: El acuerdo subrogatorio no requiere el consentimiento del deudor (STS 24-1-67, 12-VI-76, etc.); si se diere -expreso o tácito-, la subrogación sería legal (vid. art. 1210. 2 del CC español).

<sup>470</sup> SANCHO REBULLIDA, F. A., «Comentario al art. 1209 del Código Civil»..., *cit.*, p. 311. En el mismo sentido, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II..., *cit.*, p. 998: «(...) La subrogación del tercero en los derechos del acreedor tiene que ser convenida con anterioridad o, al menos, contemporáneamente, al momento en que el acreedor recibe el pago o la retribución por virtud de la cual queda

La **subrogación legal**, por su parte, es el segundo tipo de subrogación recogida en el sistema español, en este caso, en el art. 1210 del CC español. En efecto, este precepto establece una serie de supuestos generales de subrogación legal, que vienen a ser los que siguen:

- Cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente.
- Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor.
- Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda<sup>471</sup>.

Se discute por parte de la doctrina si los supuestos relatados constituyen meras presunciones *iuris tantum* de subrogación, o si, por el contrario, se trata de casos en los que se impone el efecto subrogatorio *ministerio legis*.

Como partidario de la primera postura encontramos señaladamente a Díez-PICAZO, quien considera que los supuestos contemplados en el art. 1210 del CC español son «verdaderas presunciones *iuris tantum* de subrogación y que no deben ser confundidas con los supuestos de subrogación legal. La Ley no opera la subrogación automáticamente, sino que se limita a presumir un convenio de subrogación, que no tiene que ser aprobado por aquel que intenta hacerse valer de él. Se opera una inversión de la carga de la prueba, de suerte que habrá de ser quien niegue la existencia de subrogación quien tenga que probar la falta de convenio y la falta de voluntad de las partes en este sentido»<sup>472</sup>.

Frente a lo anterior, SANCHO REBULLIDA y LACRUZ, sostienen que los supuestos del art. 1210 del CC español recogen un subrogación que opera por disposición de la Ley. Afirmación que apoyan en dos argumentos principales: de un lado, por lo establecido en art. 1117 del Proyecto de Código Civil español de 1851, antecedente del art. 1210 del CC español vigente, en el que se establecía que «la subrogación tiene lugar por disposición de la Ley...»; de otro, porque lo contrario equivaldría a dejar en manos del primer acreedor la eficacia de la subrogación después de haberse producido, negando (como prueba en

---

satisfecho, ya que, una vez efectuado el pago o llevada a cabo la retribución satisfactiva, le será imposible al acreedor transmitir a un tercero un derecho que ha quedado ya extinguido y que no puede revivir».

<sup>471</sup> Nótese que el elenco de supuestos de subrogación legal contemplados en el art. 1210 del CC español no constituyen un *numerus clausus*, antes bien, existen muchos otros supuestos «concretos» en los que se prevé igualmente la subrogación legal de una persona en el lugar de otra. Así, entre otros supuestos, en relación con la imposibilidad sobrevenida de la prestación, el art. 1186 del CC español establece que «extinguida la obligación por pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta. Se establece, pues, que el acreedor se subroga *ope legis* en la posición del deudor frente a cualquier tercero en el caso de perecimiento de la cosa. Vid. al respecto, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 225.

<sup>472</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II..., *cit.*, p. 998.

contrario) haber consentido la subrogación en cuestión<sup>473</sup>.

Nosotros consideramos más acertada esta última tesis, si bien entendida de un modo menos riguroso o relajado, en el sentido de entender que el art. 1210 del CC español contempla supuestos de verdadera subrogación legal, no meras presunciones de subrogación, que ciertamente no tienen carácter imperativo. Es decir, cabe el pacto en contrario, pero mientras tal cosa no acaezca, como bien indica LASARTE ÁLVAREZ, «el art. 1210 no presume una voluntad favorable al efecto subrogatorio, sino que lo impone»<sup>474</sup>.

Analizado el controvertido alcance del art. 1210 CC, pasamos ahora a estudiar brevemente los concretos supuestos de subrogación legal contemplados en el art. 1210 del CC español.

El primero de los casos recogidos en el art. 1210 del CC español es el de subrogación legal por pago al acreedor preferente. El Código en este primer supuesto, parece aludir al caso en que un acreedor ordinario y sin privilegio paga al acreedor que dispone del mismo, si bien, no será éste el único supuesto que caiga bajo la aplicación del precepto en cuestión, sino también aquellos casos en que un acreedor con una preferencia menor paga a otro que tenga una preferencia superior. En cualquier de los casos, la *ratio* del precepto radica en evitar que el juego de la preferencia o privilegio crediticio impida la realización del crédito por quien carezca de la preferencia u ostente una menor, al pasar los bienes del deudor tras su venta forzosa, a manos de un tercero<sup>475</sup>.

El segundo supuesto de subrogación legal recogido en el art. 1210 del CC español es el que viene dado por el pago realizado por un tercero con la aprobación del deudor. Se afirma en el número dos del art. 1210 del CC español que el tercero que realice el pago no debe estar interesado en la obligación, lo que debe entenderse como sinónimo de que el tercero en cuestión debe carecer de derechos u obligaciones respecto de la relación obligatoria.

---

<sup>473</sup> SANCHO REBULLIDA, F. A., «Comentario al art. 1210 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, p. 313. A estos dos argumentos sostenidos por SANCHO REBULLIDA se opone Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II..., *cit.*, pp. 998 y 999, en el sentido siguiente: «Los argumentos no son en modo alguno decisivos, toda vez que la modificación del texto del Proyecto de 1851 debe considerarse que es significativa y que entraña un cambio de perspectiva: una transformación de la subrogación legal en una subrogación simplemente presunta. Por otra parte, no se ve de qué manera la subrogación queda en manos del acreedor, pues le será suficiente al que realiza el pago condicionar éste a la subrogación».

<sup>474</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 225.

<sup>475</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II..., *cit.*, p. 999. Considera LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 226, que «el caso de que un acreedor pague a otro acreedor preferente tiene una clara extracción hipotecaria en los precedentes del Código Civil y, por tanto, está pensando directamente para aquellos supuestos en que el segundo (o sucesivo) acreedor hipotecario satisface el crédito del titular de la primera hipoteca, en evitación de la ejecución de ésta y de que el bien salga a subasta. Si bien, añade el referido autor, que conforme a los términos literales de la norma y al planteamiento general del tema de la preferencia de créditos en el Código Civil, debe preconizarse un entendimiento amplio de la noción “acreedor preferente”: será preferente cualquier acreedor que, en relación con el acreedor-*solvens*, tenga derecho a anteponerse al cobro».

La aprobación o consentimiento a la subrogación que se exige por parte del deudor puede ser, siguiendo a SANCHO REBULLIDA, expresa o tácita; y como tácita habrá de entenderse, en principio, el conocimiento del pago sin oposición al mismo<sup>476</sup>.

El tercer y último supuesto de subrogación legal establecido en el art. 1210 del CC español viene dado por el pago realizado por un interesado en el cumplimiento de la obligación. Interés, que siguiendo a SANCHO REBULLIDA, «ha de manifestarse en alguna relación de derecho respecto de la obligación o de las cosas a las que ésta afecte y que comporte conveniencia del cumplimiento: codeudores y fiadores, dueños poseedores de las cosas en que consista la garantía y los que sobre éstas tengan constituido un derecho real o celebrado un arrendamiento»<sup>477</sup>. De esta forma, la diferencia entre este supuesto y el anterior reside en que el que realiza aquí el pago es «un interesado», no siendo preceptiva la aprobación del deudor, la cual queda salvada precisamente por el interés que tiene el que realiza el pago<sup>478</sup>.

Junto a los supuestos de subrogación claramente legal, recogidos en el art. 1210 del CC español, existe un caso de subrogación de carácter muy excepcional, determinado por el art. 1211 del CC español, cual es la **subrogación operada por la sola voluntad del deudor**. Calificamos al supuesto de «excepcional» porque al contrario de los restantes supuestos analizados hasta el momento, la iniciativa y la voluntad del acreedor *accipiens* no resulta necesaria, y es la mera y exclusiva voluntad del deudor, bajo las condiciones legales establecidas en el art. 1211 del CC español la que opera la subrogación en el crédito. Afirma a estos efectos el art. 1211 del CC español que «el deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor cuando, para pagar la deuda, haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella y expresando en la carta de pago la procedencia de la suma pagada».

Como bien indica Díez-Picazo, los presupuestos para la aplicación del art. 1211 del CC español se mueven en dos planos diferentes: de un lado, existe un contrato de préstamo formalizado en escritura pública, celebrado por el deudor con un prestamista, en el que se

---

<sup>476</sup> SANCHO REBULLIDA, F. A., «Comentario al art. 1210 del Código Civil»..., *cit.*, p. 314.

<sup>477</sup> SANCHO REBULLIDA, F. A., «Comentario al art. 1210 del Código Civil»..., *cit.*, p. 314.

<sup>478</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II..., *cit.*, p. 999. Desarrollados los supuestos de subrogación convencional y legal acogidos en el CC español, merece la pena exponer las diferencias existentes entre ambas categorías en palabras de Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II..., *cit.*, p. 997: «La subrogación es legal cuando se produce por virtud misma de la Ley y el crédito resulta adquirido por la subrogación, sin necesidad de que medie ninguna expresa declaración de voluntad, una vez que aparecen los hechos contemplados por el supuesto de una norma jurídica. Puede hablarse también de subrogación legal en aquellos casos en que, aunque la adquisición del crédito no se produzca de manera automática por la Ley, le es atribuida a una persona la facultad de demandar frente al acreedor satisfecho que el crédito le sea subrogado. La subrogación es convencional en todos aquellos casos en que el efecto adquisitivo del crédito con la aplicación del régimen jurídico expresivo de la subrogación se produce merced a una estipulación o pacto celebrado entre el acreedor y el adquirente del crédito en el momento de realizarse el pago».

declara expresamente que la suma objeto de préstamo irá destinada al pago de una deuda anterior del deudor prestatario; y de otro, existe un pago realizado por el deudor al acreedor de la deuda a la que se hace referencia en el título de préstamo, el cual se hace constar documentalmente, expresándose la procedencia de la cantidad con la que se hace el pago. Dándose estas circunstancias, el prestamista pasa a subrogarse en los derechos del acreedor al que se ha efectuado el pago con la cantidad obtenida del préstamo, en virtud de la sola voluntad del deudor, sin que sea necesaria la voluntad del acreedor y aun en contra de la misma<sup>479</sup>.

En el seno de la doctrina española se discute acerca de la naturaleza, legal o convencional del supuesto de subrogación recogido en este art. 1211 del CC español. Para algunos autores, señaladamente DÍAZ PAIRO, se trata de un supuesto de «subrogación legal». Si bien, en consonancia con la mayoría de la mejor doctrina, acudiendo a la literalidad del precepto en cuestión, en la que se afirma que «el deudor *podrá hacer* la subrogación», se trata de un supuesto de subrogación convencional, en la medida en que de tal expresión se deduce con claridad que el hacer la subrogación no es un efecto que *ope legis* se derive del cumplimiento de los presupuestos legales determinados en el art. 1211 del CC español, sino antes bien, una facultad del deudor de modificar la persona de su acreedor<sup>480</sup>. Tratándose de una facultad unilateral del deudor, entendemos más correcto hablar, en consonancia con SANCHO REBULLIDA, no tanto de «subrogación convencional» (no hay pacto o convenio entre dos partes, sino declaración de voluntad unilateral del deudor), sino más bien de subrogación «negocial»<sup>481</sup>.

La *occasio legis* del precepto, según expone unánimemente la doctrina, fue la rebaja de los tipos de interés del dinero en los comienzos del siglo XVII en Francia, frente a la negativa reiterada de los viejos prestamistas a subrogar en su posición a los nuevos prestamistas que estaban dispuestos a prestar sumas de dinero a los deudores. Esta opción de política económica pasó a formar parte del art. 1250 del CC francés, en el que se inspiró plenamente nuestro art. 1211 del CC español<sup>482</sup>.

---

<sup>479</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II..., *cit.*, p. 1000.

<sup>480</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II..., *cit.*, p. 1000.

<sup>481</sup> Según SANCHO REBULLIDA, F. A., «Comentario al art. 1211 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, p. 315, la subrogación en el crédito recogida en el art. 1211 del CC «se configura como negocial -dependiente de la voluntad del deudor-, pero no necesariamente convencional, no es necesario el acuerdo con el acreedor».

<sup>482</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 227. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II..., *cit.*, pp. 1000 y 1001 da cuenta detallada de los antecedentes históricos del supuesto excepcional de subrogación recogido en el art. 1211 del CC español, en los términos siguientes: «El precepto tiene un notable origen histórico que es hoy bien conocido. En el año 1601 un Edicto Real del rey Enrique IV de Francia estableció imperativamente el descenso de los tipos de interés aplicables a las llamadas *rentes foncières*, muy similares a nuestros censos consignativos, por continuar vigente la prohibición del préstamo con interés. La Orden Real consistía en pasar del llamado *denier douze*, es decir, doce dividido entre cien, o lo que es lo mismo un 12 por 100 al *denier seize*, que equivalía a un 8,5 por 100.

Este supuesto excepcional de subrogación por voluntad unilateral del deudor, se dice que tiene una escasa aplicación, particularmente por los problemas prácticos que presenta. En efecto, nada dice el Código acerca de los posibles obstáculos que ponga el acreedor originario a la subrogación, habida cuenta de que puede no interesarle por obtener una importante rentabilidad del crédito en cuestión. No menores serán las dificultades en torno a las posibles discrepancias que puedan surgir entre lo que el primitivo acreedor pretenda cobrar y lo que el deudor y prestamista estén dispuestos a pagarle. Ambos conflictos no parecen tener más solución que esperar una sentencia judicial que declare la subrogación<sup>483</sup>.

A pesar de estas dificultades, de su aparente falta de operatividad práctica, el art. 1211 del CC español ha recobrado vigencia a través de la **Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios**, publicada en el BOE de 4 de abril de dicho año. Norma que a través del desarrollo del art. 1211 CC pretende dar respuesta a la falta de traslación por parte de los acreedores hipotecarios (entidades financieras en su práctica totalidad) del descenso de tipos de interés que comenzó a acentuarse en el año 1993. Se trata de una Ley dirigida a la subrogación por parte de «entidades financieras del mercado hipotecario», cuando igual caracterización tengan los nuevos acreedores que pretendan subrogarse en dicho crédito, dejando al margen el resto de posibles acreedores hipotecarios que no posean tales condiciones<sup>484</sup>.

No es momento ni lugar de desarrollar el régimen jurídico de la Ley en cuestión, si bien baste decir que de acuerdo con los arts. 1 y 2 de la misma, las entidades financieras podrán ser subrogadas por el deudor en los préstamos hipotecarios concedidos, por otras entidades análogas; pudiendo subrogar el deudor a otra entidad financiera cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquella por escritura pública. En definitiva, se

Algunos años después, en 1609, observaba el rey la escasa trascendencia del descenso en los tipos de interés, porque los acreedores habrían preferido continuar con los intereses antiguos, lo que contrastaba con la buena disposición de personas que tenían medios financieros y se encontraban deseosas de invertirlos al nuevo tipo de interés. Para facilitar esta operación, sin escrúpulos de ningún tipo, porque se trataba de un monarca absoluto, permitió que el deudor buscara un prestamista y, que poniéndose de acuerdo con él, se pagara el capital al acreedor primitivo quedando el prestamista como nuevo acreedor subrogado en el crédito y en sus garantías, para lo cual se alegó la existencia de algún precepto del derecho romano que, aunque lejanamente, todo hay que decirlo, podía considerarse como precedente de la regla que se inauguraba. La declaración del rey se refería a los casos de la llamada *successio in locum*, que presuponían créditos pagaderos, mientras que ahora el remedio se aplicaba a créditos pendientes, de manera que lo que se hacía, era expropiar los créditos con antiguos tipos de interés por su valor nominal. Una sentencia del Parlamento de París estableció, finalmente, los requisitos formales de la operación: tomar prestado el dinero en escritura pública; hacer constar en ella el propósito y destino de la operación; y documentar el pago al primitivo acreedor expresando en el documento el origen de las sumas con las que el pago se hacía. En el momento de la codificación francesa, la regla pasó a convertirse en el párrafo segundo del art. 1250 considerándose como un caso de subrogación convencional, aunque aquí el convenio sea entre el deudor y el prestamista, sin el concurso de la voluntad del acreedor primitivo. Del art. 1250 francés la regla pasó al Proyecto de 1851 y es, finalmente, nuestro art. 1211». En análogo sentido explica el origen de este particular supuesto de subrogación SANCHO REBULLIDA, F. A., «Comentario al art. 1211 del Código Civil»..., *cit.*, p. 315.

<sup>483</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II..., *cit.*, pp. 1001 y 1002.

<sup>484</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II..., *cit.*, pp. 1003 y ss.

sienta la facultad del deudor de cambiar de acreedor hipotecario ante una oferta de favorecimiento de tipos de interés por una entidad prestamista análoga; lo cual no deja de ser un concreto desarrollo en materia hipotecaria de lo dispuesto genéricamente por el art. 1211 del CC español.

Hasta aquí las clases de subrogación en el crédito recogidas en el CC español, pasemos ahora a analizar las **hipótesis de subrogación acogidas por el CC italiano**, las cuales difieren enormemente respecto de las primeras.

Decíamos que ya el CC italiano de 1865 ubicaba correctamente la disciplina de la subrogación, en sede de la regulación del «cumplimiento de las obligaciones». Adecuada ubicación que se mantiene, como no puede ser de otra manera, en el CC italiano vigente de 1942, el cual, sí lleva a cabo una importante alteración del régimen jurídico de la subrogación en el crédito, en lo que a las clases de subrogación se refiere. En efecto, el CC italiano de 1942 abandona la distinción de la subrogación «legal» y convencional» acogida en el precedente art. 1251 del CC italiano de 1865, pasando ahora establecer tres hipótesis concretas de subrogación en los arts. 1201 a 1203, a saber: la subrogación «legal» (art. 1203 del CC italiano), la subrogación «por voluntad del acreedor» (art. 1201 del CC italiano), y la subrogación «por voluntad del deudor» (art. 1202 del CC italiano). El motivo de esta variación es la mayor precisión que trae consigo la clasificación actual, que distingue supuestos de subrogación voluntaria y casos de subrogación legal, pues la alusión al término «convencional» induce al equívoco de considerar que todos los casos de subrogación no legal provienen de un pacto o convención entre las partes (entre el acreedor *accipiens* y el *solvens*, o bien entre el deudor y el *solvens*)<sup>485</sup>.

En definitiva, en el CC italiano vigente se distingue la subrogación voluntaria (por voluntad del acreedor, o por voluntad del deudor) y la subrogación legal<sup>486</sup>. Pasemos a

---

<sup>485</sup> MAGAZZÙ, A., «Surrogazione per pagamento»..., *cit.*, p. 1: «È stata abbandonata la distinzione della surrogazione in “convenzionale” e “legale” ed è stata quindi soppressa la relativa formula definitoria dell’art. 1251, dalla quale si poteva essere indotti a ritenere che, nei casi in cui fosse convenzionale, la surrogazione si sarebbe effettuata per “convenzione”, ossia per contratto (tra creditore e *solvens* oppure tra debitore e *solvens*). Nel nuovo codice si è preferito invece, con maggior precisione, distinguere tre ipotesi di surrogazione: oltre alla “legale” (art. 1203), quella “per volontà de creditore” (art. 1201) e quella “ per volontà del debitore” (art. 1202)».

<sup>486</sup> Cabe destacarse, que existen determinados autores italianos que consideran que todos los supuestos de subrogación contemplados en el CC debe reputarse como legales; señaladamente, MAGAZZÙ, A., «Surrogazione per pagamento»..., *cit.*, p. 6: «In nessun caso la fattispecie surrogatoria ha natura negoziale: elemento essenziale ne è sempre il pagamento, dunque un atto reale, ossia un atto (non negoziale) che realizza immediatamente l’interesse del creditore. L’ effetto tipico, di natura successoria: il subingresso del *solvens* nei diritti del creditore soddisfatto col pagamento, è disposto direttamente dalla legge, anche nei casi di cosiddetta “surrogazione volontaria”; in questi casi il meccanismo surrogatorio funziona per impulso del creditore o del debitore, il suo funzionamento è rimesso dalla legge alla discrezionalità dell’uno o dell’altro, ma ciò non significa che quell’effetto sia (o possa essere) negozialmente voluto. Perciò la surrogazione può sempre considerarsi di fonte legale); también BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958, p. 55: «In ogni caso la surrogazione opera ex *ministerio legis*». A tales efectos se afirma que todo subingresso del *solvens* en los derechos del acreedor *accipiens* viene dispuesto directamente por la Ley, ya que incluso en los casos de

analizar cada uno de dichos supuestos de subrogación en el crédito contemplados legalmente en el CC italiano.

Siguiendo el orden establecido por el CC italiano, debemos comenzar por la denominada «**subrogación por voluntad del acreedor**», regulada en el art. 1201 del CC italiano.

El referido precepto afirma que «el acreedor, recibiendo el pago por parte de un tercero, puede subrogarlo en sus propios derechos. La subrogación debe hacerse de manera expresa y contemporáneamente al pago»<sup>487</sup>. De este tenor literal, puede deducirse que los elementos de esta categoría de subrogación vienen a ser claramente dos:

- El pago del crédito llevado a cabo por un tercero.
- La subrogación hecha de manera expresa y de forma contemporánea al pago, por parte del acreedor *accipiens* que lo recibe.

Se trata, pues, de una facultad otorgada al acreedor, con la que puede libremente subrogar en su misma posición a un tercero, dándose los requisitos establecidos legalmente que acabamos de relatar. Ello significa que la subrogación puede tener lugar sin el consentimiento del deudor, incluso yendo en contra la voluntad de éste<sup>488</sup>, y sin la necesidad de contar con manifestación de voluntad alguna del *solvens* (recordamos, tercero que pasa a ocupar la posición del acreedor originario).

Los autores definen a este supuesto de subrogación como un acto unilateral del acreedor *accipiens*, que tiene cabida bajo la categoría de las declaraciones no negociales de la voluntad. Constituye, pues una subrogación «voluntaria», que no »convencional« (como se predicaba en el antiguo CC italiano de 1865), pues la misma no depende de un acuerdo del acreedor *accipiens* con el *solvens*<sup>489</sup>.

---

la denominada «subrogación voluntaria», el mecanismo subrogatorio deriva de la Ley, por mucho que el mismo venga impulsado por el acreedor o el deudor. Discrepamos plenamente de esta idea, ya que conforme a este razonamiento, todo pacto convencional debería considerarse de origen legal, pues la legitimación última de toda actuación de la autonomía de la voluntad de los sujetos provendría de la Ley.

<sup>487</sup> Afirma literalmente el art. 1201 del CC italiano lo siguiente: «Il creditore, ricevendo il pagamento da un terzo, può, surrogarlo nei propri diritti. La surrogazione deve essere fatta in modo espresso e contemporaneamente al pagamento».

<sup>488</sup> PROSPERETTI, M., «Del pagamento con surrogazione», en RESCIGNO, P. (Dir.), *Trattato di Diritto Privato*, IX, Tomo 1, Torino, 1984, pp. 118 y ss., considera, por el contrario, que el acreedor *accipiens* tiene obligación de notificar la subrogación al deudor, en aplicación por analogía del deber que pesa sobre el acreedor cedente en sede de cesión de créditos (*ex arts.* 1264 y 1265 del CC italiano).

<sup>489</sup> Nótese que existen determinados autores italianos que no obstante, siguen proclamando bajo la vigencia del nuevo CC italiano de 1942 el carácter convencional de la subrogación por voluntad del acreedor, señaladamente BARBERO, D., *Sistema del Diritto Privato Italiano*, Vol. II, Torino, 1962, p. 232, para quien la denominada «subrogación voluntaria» se funda en un acuerdo entre las partes, entre el acreedor y el tercero, o entre el deudor y el tercero.



Las razones que induzcan al tercero a intervenir en una relación obligatoria ajena no están predeterminadas legalmente, de modo que pueden ser de las más diversas. La Ley sólo toma en consideración, *ex post*, el interés del *solvens* en recuperar la prestación llevada a cabo; y es este interés, considerado en su objetividad, el que sirve de fundamento a la tutela, promoviendo el supuesto de subrogación que trata de hacer posible la recuperación del pago en cuestión por parte del acreedor *solvens*<sup>490</sup>.

Los presupuestos legales para que esta declaración por voluntad del acreedor surta el efecto subrogatorio son, como acabamos de ver, su establecimiento de modo expreso, y de manera contemporánea al pago. En cuanto al primero de los requisitos, no se trata de una prescripción de forma escrita, pudiendo llevarse a cabo de forma verbal; pero en cualquier de los casos, deberá ser expresa, no valiendo sólo una voluntad manifestada tácitamente. Por lo que respecta a la contemporaneidad de la declaración de subrogación con el pago del tercero, guarda toda lógica, ya que de lo contrario, nos encontraríamos ante un simple cumplimiento de la obligación por parte del tercero, que extinguiría automáticamente la relación obligatoria<sup>491</sup>.

---

<sup>490</sup> MAGAZZÙ, A., «Surrogazione per pagamento»..., *cit.*, pp. 8 y 9: «Elementi di questa fattispecie surrogatoria sono dunque: a) il pagamento eseguito da un terzo; b) la surrogazione fatta in modo espresso, e contemporaneamente al pagamento, dal creditore che lo riceve; e qui “surrogazione” (si noti: “fatta”) è da intendersi come atto: la cosiddetta dichiarazione di surroga, solitamente contenuta nella quietanza. (...) La legge concede al creditore un potere di surroga: ciò significa che la surrogazione può aver luogo senza il consenso del debitore, e anche contro la volontà di questo, ma anche senza necessità di alcuna manifestazione di volontà del *solvens*, il quale non potrebbe in alcun caso pretendere di essere surrogato. (...). Si tratta di un atto unilaterale del creditore, che certamente può farsi rientrare nella categoria delle dichiarazioni non negoziali di volontà. Del resto, significativa in tal senso è la rubrica dell’art. 1201; vi si parla di surrogazione “per volontà del creditore”: non è quindi “convenzionale” (come si diceva col vecchio codice) la surrogazione volontaria, non dipende da un “accordo” del creditore col *solvens*, come anche col nuovo codice da taluni si è ritenuto. (...) Le ragioni che in concreto inducono il terzo ad intervenire nell’altrui rapporto obbligatorio, ad eseguire un pagamento da lui non dovuto, possono essere le più diverse, e ne potrà tener conto il creditore nel fare o non fare la surroga, ma in nessun caso esse assumono rilevanza giuridica. La legge prende soltanto in considerazione, *ex post*, l’interesse del *solvens* al ricupero della prestazione, e questo interesse, valutato nella sua oggettività, è posto a fondamento della tutela: esso promuove la vicenda surrogatoria che mira a rendere possibile al *solvens* quel ricupero».

<sup>491</sup> MAGAZZÙ, A., «Surrogazione per pagamento»..., *cit.*, pp. 10 y 11: «Per la surrogazione (come atto) la legge impone precise modalità: deve essere fatta in modo espresso, cioè con una apposita dichiarazione, e contemporaneamente al pagamento. Quanto alla prima di tali modalità non si tratta di una prescrizione di forma scritta, ne vi sono formule sacramentali da rispettare. La volontà surrogatoria del creditore può essere espressa anche verbalmente. Non varrebbe soltanto una volontà manifestata tacitamente, per comportamento concludente. L’ulteriore requisito che la legge inderogabilmente prescrive come necessaria modalità della dichiarazione di surroga è costituito dalla contemporaneità di tale dichiarazione col pagamento del terzo. La portata di questo requisito si comprende agevolmente, ed è di estrema importanza, perché conferma in pieno la configurazione che, per il nostro sistema normativo, l’adempimento del terzo viene ad assumere sul piano effettuale, nell’alternativa tra conservazione ed estinzione del rapporto obbligatorio: se la dichiarazione di surroga non fosse contemporanea al pagamento, si verserebbe nella ipotesi del semplice adempimento del terzo e il rapporto obbligatorio, per effetto diretto di tale adempimento, verrebbe ad estinguersi, e dunque si estinguerebbe, non perché nell’adempimento del terzo sia (e debba esservi) insito un intento (negoziale) diretto all’estinzione del rapporto, ma perché del rapporto stesso è ormai esaurita la ragion d’essere».

Este primer supuesto de subrogación contemplado en el CC italiano recuerda mucho a la denominada «subrogación convencional» del Ordenamiento Jurídico español, en la medida en que se produce por iniciativa del acreedor originario, y debe realizarse de manera expresa, y antes de que se lleve a cabo el pago. No obstante, existen dos grandes diferencias entre la subrogación por voluntad del acreedor italiana y la subrogación convencional española:

- En primer lugar, como ya hemos analizado, la subrogación convencional española, para surtir el efecto precisamente subrogatorio necesita ponerse en conocimiento del deudor, ya que si éste lo desconoce o se opone expresamente al hecho subrogatorio, carecerá de efectos frente al mismo. En Italia, por el contrario, el conocimiento o voluntad contraria del deudor frente a la subrogación carece de relevancia, pues le será oponible, como ya hemos visto, con independencia de dichos extremos<sup>492</sup>.
- En segundo lugar, la subrogación convencional española, como su propio nombre indica, presupone un acuerdo o pacto entre el acreedor *accipiens* y el *solvens*; acuerdo que brilla por su ausencia en el caso de la subrogación por voluntad del acreedor italiana, en la que la subrogación se produce exclusivamente por la actuación unilateral del acreedor *accipiens*, sin que tenga nada que decir el *solvens*.

En segundo supuesto de subrogación contemplado por el CC italiano es la denominada «**subrogación por voluntad del deudor**», plasmada en el art. 1202 del referido texto legal. Afirma el art. 1202 del CC italiano, en su párrafo primero «que el deudor, que recibe en préstamo una suma de dinero u otra cosa fungible con el fin de pagar su deuda, puede subrogar al prestamista en los derechos del acreedor, incluso sin contar con su consentimiento». El párrafo segundo del precepto en cuestión, por su parte, establece las condiciones que deben concurrir para que la produzca la subrogación, que vienen a ser las que siguen:

- Que el préstamo y la carta de pago (la denominada por ellos « resultan de un acto con fecha cierta.
- Que en el título del préstamo se indique expresamente el específico destino de la suma prestada: para el pago del crédito en cuestión.

---

<sup>492</sup> Decíamos que la subrogación por voluntad del acreedor constituye una facultad otorgada al acreedor, con la que puede libremente subrogar en su misma posición a un tercero, dándose los requisitos establecidos legalmente que acabamos de relatar. Lo cual significa que la subrogación puede tener lugar sin el consentimiento del deudor, incluso yendo en contra la voluntad de éste.

- Que en la carta de pago se mencione la declaración del deudor acerca de la proveniencia de la suma empleada en el pago del préstamo<sup>493</sup>.

Se trata de un supuesto excepcional en el que se permite al deudor llevar a cabo unilateralmente la subrogación en el crédito, sin necesidad de contar con la voluntad del acreedor, e incluso en contra de la misma.

Con esta subrogación, se garantiza al prestamista la recuperación de la suma prestada, de forma que subentra en los derechos del acreedor satisfecho, en su crédito y en las garantías a él anexas.

Como elementos esenciales de esta categoría subrogatoria, MAGAZZÙ indica dos, a saber, el pago llevado a cabo por el deudor con la suma obtenida del préstamo y la declaración de subrogación a favor del prestamista. Así, al igual que dijéramos de la subrogación por voluntad del acreedor, no se trata de un convenio o pacto, sino de una mera declaración de voluntad unilateral, en este caso, del deudor y bajo las condiciones predeterminadas legalmente.

Resulta destacable apuntar que el pago que lleva a cabo el deudor en esta hipótesis, no constituye un supuesto de cumplimiento autónomo y extintivo, sino tan solo un elemento de la categoría subrogatoria en cuestión<sup>494</sup>.

Asimismo, en caso de que estemos en presencia de más de un préstamo cuyas sumas se destinen en su totalidad al pago del crédito, estime CARPINO que sólo quedará subrogado en los derechos del acreedor originario el prestamista indicado por el deudor en la declaración

---

<sup>493</sup> El tenor literal del art. 1202 del CC italiano es el siguiente: «Il debitore, che prende a mutuo una somma di danaro o altra cosa fungibile al fine di pagare il debito, può surrogare il mutuante nei diritti del creditore, anche senza il consenso di questo.

La surrogazione ha effetto quando concorrono le seguenti condizioni:

- 1) che il mutuo e la quietanza risultino da atto avente data certa;
- 2) che nell'atto di mutuo sia indicata espressamente la specifica destinazione della somma mutuata;
- 3) che nella quietanza si menzioni la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento. Sulla richiesta del debitore, il creditore non può rifiutarsi di inserire nella quietanza tale dichiarazione».

<sup>494</sup> MAGAZZÙ, A., «Surrogazione per pagamento»..., *cit.*, p. 11: «Soltanto in quest'ultima tipica ipotesi la surrogazione è rimessa alla iniziativa del debitore al quale la legge concede il potere di surrogare; perciò il terzo mutuante può essere surrogato dal debitore nei diritti del creditore anche senza il consenso (e persino contro la volontà) di questo. Con la surrogazione viene garantito al mutuante il recupero della somma mutuata: è la funzione recuperatoria tipica del meccanismo surrogatorio, che si realizza, come in ogni altra ipotesi di surrogazione, in virtù di legge, però via successoria; il mutuante subentra in tal modo nei diritti del creditore soddisfatto, credito e annesso garanzie, e proprio in vista di queste garanzie che gli assicurano il rimborso egli ha interesse al subingresso e di fatto può essere indotto più facilmente a far prestito al debitore. Elementi essenziali della fattispecie surrogatoria, anche in questa speciale, più complessa ipotesi, sono: il pagamento eseguito dal debitore con la somma presa a mutuo e la dichiarazione di surrogazione in favore del mutuante. Il debitore, dunque, adempie secondo le regole, ma solo "formalmente", così si dice; qui l'adempimento non è autonomo fatto estintivo, ma elemento della fattispecie surrogatoria: e come tale importa semplicemente che esso realizzi l'interesse del creditore».

de proveniencia de la suma empleada en el pago incluida en la correspondiente carta de pago<sup>495</sup>.

Como puede apreciarse, nos encontramos ante un caso de subrogación análogo a la excepcional «subrogación operada por la sola voluntad del deudor» recogida en el art. 1211 del CC español. En ambos casos nos encontramos ante una subrogación llevada a cabo por la voluntad unilateral del deudor, que traerá consigo el efecto subrogatorio dándose una serie de requisitos establecidos legalmente que vienen a ser prácticamente idénticos a los exigidos en el CC italiano: pagar el crédito con una cantidad de dinero tomada en préstamo, que en el título del préstamo se haga constar el propósito perseguido con la suma prestada (pago del crédito), y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada.

Sólo existe una diferencia puntual entre los requisitos legales establecidos para la subrogación por voluntad del deudor en España e Italia: en España se exige que el préstamo se formalice mediante escritura pública; lo cual queda salvado en Italia con la exigencia de tratarse de un préstamo formalizado en fecha cierta y en cuyo título se haga constar el destino de la suma prestada.

Llegamos así al tercer y último supuesto de subrogación recogido en el CC italiano, a saber, la «**subrogación legal**» contemplada en el art. 1203 de referido texto legal. Establece el mencionado art. 1203 del CC italiano que la subrogación tiene lugar por Derecho o en virtud de la Ley, en los siguientes casos:

- A favor de quien, siendo acreedor quirografario pague a otro acreedor con derecho de crédito preferente,, por razón de sus privilegios, prenda o hipoteca.
- A favor del adquirente de un inmueble que antes del pago del precio del bien, paga al acreedor o acreedores que sean titulares de un derecho de hipoteca sobre tal bien.
- A favor de aquellos que estando obligados al pago con otros o por otros, tienen interés en el cumplimiento de la obligación.
- A favor del heredero con beneficio de inventario que paga con dinero propio las deudas hereditarias.
- Finalmente, en los restantes casos establecidos por las Leyes<sup>496</sup>.

---

<sup>495</sup> CARPINO, B., «Del pagamento con surrogazione», en GALGANO, F. (Coord.), *Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca*, Libro IV, Bologna-Roma, 1988, p. 65.

<sup>496</sup> El tenor literal del art. 1203 del CC italiano es el siguiente: «La surrogazione ha luogo di diritto nei seguenti casi:

Se trata de supuestos en los que la subrogación tiene lugar por *ministerio legis*, prescindiendo de la voluntad del acreedor o del deudor e, incluso, contra la voluntad de los mismos<sup>497</sup>.

Desde esta perspectiva, se trata de un precepto análogo al art. 1210 del CC español, si bien en el caso del CC italiano no se habla de «presunciones» y los supuestos recogidos son más numerosos. A pesar de no emplearse el término «presunción», a diferencia, como decimos, del CC español, en el seno de la doctrina italiana se plantea un debate similar al suscitado en España acerca del alcance de los supuestos legales de subrogación legal, concretamente en los siguientes términos: ¿se trata de casos que operan de manera automáticamente desde que se dan los hechos constitutivos de los mismos; o lejos de ser así, se necesita de la mediación de la voluntad del *solvens* donde declare querer someterse al efecto subrogatorio<sup>498</sup>? A juicio de la mayor parte de los autores italianos, la subrogación legal opera de modo automático en los supuestos contemplados legalmente, sin necesidad de contar con la voluntad favorable del *solvens*<sup>499</sup>.

En cuanto a los supuestos de subrogación legal previstos en el art. 1203 del CC italiano, merece hacer un breve análisis de cada uno de ellos.

- 1) a vantaggio di chi, essendo creditore, ancorché chirografario, paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione dei suoi privilegi del suo pegno o delle sue ipoteche;
- 2) a vantaggio dell'acquirente di un immobile che, fino alla concorrenza del prezzo di acquisto, paga uno o più creditori a favore dei quali l'immobile è ipotecato;
- 3) a vantaggio di colui che, essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo;
- 4) a vantaggio dell'erede con beneficio d'inventario che paga con danaro proprio i debiti ereditari;
- 5) negli altri casi stabiliti dalla legge».

<sup>497</sup> Así lo afirma unánimemente la mejor doctrina italiana: MAGAZZÙ, A., «Surrogazione per pagamento»..., *cit.*, p. 12: «Oltre che per volontà del creditore (art. 1201) o del debitore (art. 1202), la surrogazione può essere “legale”, aver luogo “di diritto”, prescindiendo dalla volontà del creditore o del debitore, ed anzi anche contro la loro volontà, nei casi specificamente indicati dall’art. 1203, n. 1-4, e, per il rinvio generico di cui al n. 5, negli altri casi stabiliti dallo stesso codice civile o da altre disposizioni di legge (...)»; también GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II..., *cit.*, p. 127: «Opera (la surrogazione legale), senza il concorso della volontà delle parti e senza la dichiarazione del *solvens* di volersi surrogare, nei casi menzionati dall’art. 1203».

<sup>498</sup> En España, la discusión gira en torno a la discusión de si los supuestos recogidos en el art. 1210 del CC español constituyen meras presunciones *iuris tantum* de subrogación, o si, por el contrario, se trata de casos en los que se impone el efecto subrogatorio *ministerio legis*.

<sup>499</sup> Como partidarios de la consideración de los supuestos de subrogación legal como casos en los que la subrogación opera de forma automática, sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor pueden señalarse los siguientes: CARPINO, B., «Del pagamento con surrogazione»..., *cit.*, pp. 67 y ss; GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II..., *cit.*, p. 127; igualmente, ZACCARIA, A., «Commentario dell’articolo 1203», en por CIAN, G., TRABUCCHI, A. (Dir.), *Commentario Breve al Codice Civile*, Padova, 2012, p. 1174. Siguiendo la minoritaria postura de considerar necesaria la voluntad favorable del *solvens* al sometimiento del efecto subrogatorio derivado de los supuestos legales contemplados en el art. 1203 del CC italiano puede destacarse a ANDREOLI, G., «Riflessioni sulla surrogazione a favore del terzo acquirente dell’immobile ipotecato e del terzo datore di ipoteca», en *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, I, Napoli, 1972, pp. 73 y ss.: «il credito in cui può subentrare, successivamente al soddisfacimento del creditore e fintantoché non sia esercitato il diritto di surrogazione, viene a trovarsi in una fase di quiescenza che cessa soltanto con l’esercizio di questo diritto».

El primero de los supuestos viene determinado por el pago hecho por parte del acreedor quirografario al acreedor con mayor preferencia respecto del mismo deudor. Se trata de un supuesto análogo al recogido en el número uno del art. 1210 del CC español, por pago al acreedor preferente. De modo que la *ratio* del precepto viene a ser la misma en ambos casos, esto es, impedir la realización del crédito por quien carezca de la preferencia u ostente una menor.

El segundo supuesto hace referencia a la subrogación legal por pago del crédito hipotecario por parte del adquirente del inmueble hipotecado. Constituye un caso no recogido, a diferencia del anterior, por el CC español en el art. 1210. No obstante, sí puede derivarse el mismo supuesto de lo dispuesto genéricamente en el número tres de este último precepto, de subrogación por pago del que manifieste interés en el cumplimiento de la obligación. En efecto, dentro de este supuesto genérico tienen también cabida los que tengan un derecho real (en este caso, el más pleno: la propiedad) sobre la cosa que sirvan de garantía al cumplimiento de la obligación.

El tercer supuesto contempla la subrogación legal por pago llevado a cabo por quien está obligado junto al deudor principal al pago de la deuda y está interesado en el cumplimiento de la obligación. Se trata de un supuesto análogo al recogido en el número tres del art. 1210 del CC español, de subrogación por pago del que tenga interés en el cumplimiento de la obligación. Ya entonces aludimos a que integran este supuesto los que ostenten alguna relación de derecho respecto de la obligación o las cosas a las que ésta afecte. Concretamente, en este número tres del art. 1203 del CC italiano existe una alusión a los sujetos que ostenten alguna suerte de derecho respecto de la obligación, entendiéndose por tales, siguiendo a GALGANO, a los fiadores (obligados al pago por el deudor) y a los codeudores solidarios (obligados al pago con el deudor)<sup>500</sup>. La subrogación en estos casos se presenta como remedio alternativo a la acción de regreso<sup>501</sup>.

De este modo, puede decirse que los números dos y tres del art. 1203 del CC italiano tienen cabida en el genérico número tres del art. 1210 del CC español, de subrogación por pago del que presenta interés en el cumplimiento de la obligación.

Por lo que respecta al número cuarto del art. 1203 del CC italiano, hace referencia a la subrogación legal por pago del heredero con beneficio de inventario de las deudas hereditaria con dinero propio. Se trata de una garantía específica de reintegro otorgada a quien a pesar de aceptar la herencia a beneficio de inventario, asumen el cumplimiento de

---

<sup>500</sup> GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II..., *cit.*, p. 127: «“tenuto per altri”, è il fideiussore, surrogato dall’art. 1949 nelle ragioni del creditore, nelle cui mani ha pagato, verso il debitore principale; “tenuto con altri”, è il condebitore solidale che ha pagato l’intero debito».

<sup>501</sup> GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II..., *cit.*, pp. 127 y 128: «La surrogazione nelle ragioni del creditore si presenta, per il fideiussore e per il condebitore solidale, come rimedio alternativo all’azione di regresso».

deudas hereditarias, como si de un heredero puro y simple se tratase. Supuesto no recogido, como puede constatarse, en el art. 1210 del CC español (tampoco puede deducirse de ningún caso recogido genéricamente por el referido precepto).

Finalmente, el número cinco del art. 1203 del CC italiano constituye una suerte de cláusula de cierre en la que se incluye como supuestos de subrogación legal a los restantes contemplados en las Leyes. Es una cláusula de cierre que remite a «los restantes supuestos recogidos legalmente», entre los que GALGANO señala los determinados en los arts. 756,, 1259, 1762, párrafo primero, 1776, 1778, párrafo segundo, 1796, párrafo segundo, 1916, 1918, párrafo tercero, 2036, párrafo tercero, 2038, párrafo primero, y 2871, párrafo segundo, del CC italiano)<sup>502</sup>. Baste dejar enunciado el elenco de supuestos adicionales de subrogación legal que van más allá de los tipificados en los cuatro primeros números del art. 1203 del CC italiano, a lo cual da amparo el número cinco del referido precepto. Con ello, se establece de modo expreso, sirviendo como argumento de apoyo, lo que la doctrina española sostiene con carácter mayoritario respecto de la enumeración de supuestos de subrogación legal recogidos en el art. 1210 del CC español, a saber, que no constituyen un *numerus clausus* (existen otros supuestos de subrogación legal no contemplados específicamente en el art. 1210 del CC español).

Cabe destacar, finalmente en esta sede de comparación de las hipótesis de subrogación legal recogidas en el CC español e italiano, la inexistencia en este último del supuesto de subrogación por pago de tercero, con el consentimiento del deudor, regulado en el art. 1210, número segundo. La razón de la ausencia de este caso quizá se deba a dos motivos fundamentales, íntimamente relacionados entre sí: en primer lugar, por el amplio margen de maniobra que unilateralmente concede el Ordenamiento italiano al acreedor a la hora de llevar a cabo la subrogación en su crédito (recordamos que no necesita ni el consentimiento del *solvens*, ni el del deudor para lograr la efectividad plena de la subrogación); y en segundo lugar, por el rechazo del nuevo Código de 1942 a la configuración negocial o convencional de los supuestos de subrogación: siendo ello así, se rehúye a contemplar como subrogación legal al posible acuerdo entre el *solvens* y el deudor que subyace en la hipótesis del número segundo del art. 1210 del CC español.

#### 5.4.3. Los efectos de la subrogación en el crédito

Tanto en España como en Italia, el efecto principal que trae aparejada la subrogación en el crédito o por pago, al igual que ocurriese en el caso de la cesión de créditos, no es otro que la transmisión de la titularidad del crédito, del antiguo acreedor ya satisfecho a la tercera persona que subroga en él<sup>503</sup>. Esto es, a través de la subrogación, se mantiene el crédito tal y

---

<sup>502</sup> GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II..., *cit.*, p. 128.

<sup>503</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II..., *cit.*, p. 1002.

como se encontraba en el patrimonio del acreedor, si bien ahora en manos del nuevo acreedor subrogado o *solvens*<sup>504</sup>. No se trata, pues, del nacimiento de un nuevo crédito con extinción del anterior, sino de la transmisión del crédito incólume de manos del acreedor subrogante al nuevo acreedor subrogado. Transmisión que se produce de modo derivativo<sup>505</sup>, es decir, con todos los derechos y facultades accesorias o inherentes al mismo, particularmente las garantías, los privilegios y el derecho a los intereses y a las restantes prestaciones accesorias<sup>506</sup>.

Así lo afirma con notoria claridad el art. 1212 del CC español, y de modo menos apreciable en el art. 1204, párrafo primero del CC italiano. En efecto, el art. 1212 del CC español establece que «la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas». Por su parte, el art. 1204, párrafo primero del CC italiano indica que «subrogación (...) produce efectos también contra los terceros que hayan prestado garantía respecto del deudor»<sup>507</sup>. El *solvens* subentra, pues, en los derechos del acreedor y en sus accesorios (privilegios y garantías personales y reales anexas), dando lugar a la denominada «extensión» de la subrogación a las garantías del crédito<sup>508</sup>.

En definitiva, como bien indica GALGANO en este punto, la esencia de la subrogación reside en el hecho de que el pago, en los supuestos legalmente previstos, si bien satisface al acreedor, no extingue sin embargo la obligación; determina, por el contrario, el subingresso del que paga la deuda ajena o paga con dinero ajeno en los derechos del acreedor y en los accesorios a ellos anexos, quedando expuesto igualmente el nuevo acreedor a los mismas excepciones que pueda oponerse al acreedor originario<sup>509</sup>.

---

<sup>504</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 228.

<sup>505</sup> MAGAZZÙ, A., «Surrogazione per pagamento»..., *cit.*, p. 7: «Il surrogato è divenuto per successione, in via derivativa, titolare dei diritti già spettanti al creditore soddisfatto».

<sup>506</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II..., *cit.*, p. 1002.

<sup>507</sup> El tenor literal del art. 1204, párrafo primero del CC italiano es el que sigue: «La surrogazione contemplata nei precedenti articoli ha effetto anche contro i terzi che hanno prestato garanzia per il debitore».

<sup>508</sup> MAGAZZÙ, A., «Surrogazione per pagamento»..., *cit.*, p. 7: «Il *solvens* subentra quindi nei diritti del creditore, e non soltanto nel diritto di credito, ma anche nei suoi accessori: i privilegi che vi inseriscono e soprattutto i diritti di garanzie, reali e personali, che vi sono annessi; è la cosiddetta “estensione” della surrogazione alle garanzie del credito».

<sup>509</sup> GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II..., *cit.*, p. 126: «L'essenza della surrogazione sta nel fatto che il pagamento, nei tre ordini di casi espressamente previsti dalla legge, sebbene soddisfi il creditore, non estingue l'obbligazione: determina, invece, il subingresso di chi ha pagato il debito altrui (artt. 1201, 1203) o di chi ha erogato il danaro per il pagamento (art. 1202) nei diritti del creditore, e nelle garanzie che assistono il credito (art. 1204), restando il nuovo creditore esposto alle medesime eccezioni cui era esposto il creditore originario». En relación con las excepciones oponibles al acreedor subrogado, MAGAZZÙ, A., «Surrogazione per pagamento»..., *cit.*, p. 7, realiza la siguiente observación: «Esercitabili ed opponibili sono le azioni e le eccezioni che riguardano, come tale, il semplice rapporto obbligatorio, il semplice credito con i suoi accessori»; esto es, las excepciones oponibles, no son las que existan *in tuitu personae* entre el acreedor originario y el deudor, sino únicamente las que conciernen a la relación obligatoria objeto de modificación subjetiva en la persona del acreedor.



Efectos que resultan predicables de todos y cada uno de los supuestos de subrogación que hemos venido analizando hasta el momento: la subrogación convencional y legal en España; y subrogación voluntaria (por voluntad del acreedor y del deudor) y legal en Italia.

Finalmente en relación con los efectos de la subrogación, cabe mencionar el concreto caso de la subrogación parcial, en el que concurren, como acreedores, el subrogado por la parte satisfecha del crédito y el acreedor parcialmente pagado por la parte restante de su crédito. Se trata de un supuesto particular, regulado positivamente tanto en España como en Italia, si bien con soluciones antagónicas. En el caso de España, el art. 1213 del CC español resuelve la concurrencia de créditos que se da en esta hipótesis, reconociendo preferencia al acreedor parcialmente pagado frente al que se hubiese subrogado en su lugar en virtud del pago parcial<sup>510</sup>. Mientras que el art. 1205 del CC italiano establece que si el pago es parcial, el tercero subrogado y el acreedor parcialmente pagado concurren frente al deudor en proporción a lo que se les deba, salvo pacto en contrario<sup>511</sup>; es decir, se establece una concurrencia proporcional y no preferencial de uno respecto del otro<sup>512</sup>.

---

<sup>510</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II..., *cit.*, p. 1003.

<sup>511</sup> El tenor literal del art. 1205 del CC italiano es el siguiente: «Se il pagamento è parziale, il terzo surrogato e il creditore concorrono nei confronti del debitore in proporzione di quanto è loro dovuto, salvo patto contrario».

<sup>512</sup> En el CC italiano de 1865 (concretamente en su art. 1254) se acogía la misma solución establecida por el CC español vigente, a saber, la preferencia al acreedor parcialmente pagado frente al que se hubiese subrogado en su lugar. Así lo recuerda igualmente MAGAZZÙ, A., «Surrogazione per pagamento»..., *cit.*, p. 8.



## **CAPÍTULO III – OBJETO Y TRAMITACIÓN PROCESAL DE LA VENTA JUDICIAL**

### **1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO OBJETO DE LA EJECUCIÓN Y POSTERIOR VENTA JUDICIAL; Y EL PAPEL DE LA SUBASTA COMO MEDIO DE FIJACIÓN DEL PRECIO DE LA VENTA JUDICIAL**

A lo largo de los capítulos precedentes, venimos defendiendo la naturaleza compleja de la venta judicial, como institución cuyo origen se encuentra en el proceso de ejecución, que da lugar al nacimiento de una relación jurídica propia de venta, consistente en el cambio de cosa por precio; cuyos aspectos sustantivos carecen en España de una concreta regulación (a diferencia de Italia, *ex arts.* 2919 a 2924 del CC italiano), de ahí que tengamos que acudir por vía de la analogía al régimen de la compraventa contractual para cubrir esta laguna. Aplicación analógica que exige la búsqueda de elementos de identidad de razón entre ambas instituciones. Ya en sede de los sujetos, la posición del adjudicatario-comprador nos ha servido como elemento constitutivo a los anteriores efectos; y ahora en sede del objeto, encontramos un nuevo aspecto esencial en el que vuelve a cifrarse, con mayor intensidad si cabe, la necesaria identidad de razón entre las dos figuras: a saber, el componente objetivo, cosa y precio, común a ambas ventas y determinativo de su misma función económica.

Por tanto, los elementos objetivos de la venta judicial vienen a ser los mismos que los de la venta contractual, a saber, la cosa y el precio<sup>513</sup>. Lo que ocurre es que el diverso origen de la primera, el proceso de ejecución y no un contrato, tiñe de importantes especialidades tanto la determinación de la cosa que se transmite, cuanto el precio que por ella se paga.

---

<sup>513</sup> La cosa y el precio como elementos objetivos de la compraventa contractual son unánimemente destacados por la generalidad de la doctrina; vid. al respecto MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Compraventa y permuta», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coord.), *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, 2ª Edición, Madrid, 2011, p. 517: «Son objeto de la compraventa la cosa y el precio». Del mismo modo, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo III, 8ª Edición, Barcelona, 2004, p. 214: «(...) La compraventa supone la obligación por parte del vendedor de entregar una cosa determinada a cambio de un precio cierto en dinero o signo que lo represente, que deberá ser satisfecho por el comprador. Ello supone que, propiamente hablando, el objeto de la compraventa es doble: la cosa a entregar y el precio a pagar».

## 1.1. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA: DERECHO SOBRE LA COSA, QUE NO COSA EN SÍ MISMA CONSIDERADA

En relación al primero de los elementos objetivos, esto es, la cosa que se transmite, debemos realizar una importante precisión, para después desarrollar las anunciadas particularidades que su concreción trae consigo. La precisión reside en afirmar que lo que se transmite y adquiere a través de los contratos de cambio y específicamente mediante la compraventa, ya sea contractual o judicial, no es la cosa entendida en sentido material, sino el derecho que recae sobre la misma. Ciertamente es que los textos legales, hablan en reiteradas ocasiones de «cosa» o «bien», como aparente categoría que difiere del derecho. Si bien, lejos de tratarse de elementos objetivos diversos, parece existir una tendencia del legislador, tanto español como italiano, a identificar «la cosa» con el derecho de propiedad, mientras que el término «derecho» se reserva para referirse a los restantes derechos reales limitados y derechos de crédito. Se trata, como agudamente apunta GALGANO, de una terminología que dista de ser rigurosa, sobre la que ha tenido una indudable influencia la tradición romanística de la que tanto el Ordenamiento español, cuanto el italiano son herederos. Apunta el célebre autor italiano que los romanos identifican el derecho de propiedad con la «*res*» de la que es objeto, pudiendo distinguirlo del resto de derechos reales con la mera designación de uno como «*res corporalis*» (el derecho de propiedad) y los restantes como «*res incorporales*». Así, superando esta imprecisión terminológica puede decirse que aquello que se transmite, ya sea mediante venta contractual o judicial, es siempre el derecho sobre la cosa, no la cosa en sentido material que del mismo es objeto<sup>514</sup>. Refiriendo esta precisión al ámbito de la ejecución, añade acertadamente ORTELLS RAMOS que «objeto del embargo son derechos y no cosas u objetos materiales: primero, porque hay derechos que no recaen ni directa, ni indirectamente sobre cosas (derechos sobre prestaciones de hacer o de no hacer, derechos sobre bienes inmateriales); segundo, porque sobre una cosa pueden existir diferentes derechos, e importa precisar cuál de ellos ha sido embargado (por ejemplo, el usufructo o la

---

<sup>514</sup> GALGANO, F., *Tratato di Diritto Civile*, Vol. I..., cit., p. 343: «(...) La terminologia legislativa è spesso caratterizzata dall'impiego del termine "bene" o "cosa" per designare il diritto di proprietà, e del termine "diritto" per designare ogni altro diritto reale. (...) Si tratta di terminologia non rigorosa, sulla quale ha influito la tradizione romanistica (i Romani identificavano il diritto di proprietà nella *res* che ne formava oggetto e potevano distinguere dagli altri diritti reali solo designando l'uno come *res corporalis* e gli altri come *res incorporales*); di terminologia che oggi si tende a superare (ciò che si acquista, o di cui si dispone, o che si sottopone ad espropriazione forzata, è sempre il diritto sulla cosa, non già la cosa, che del diritto è l'oggetto (...)). En sentido análogo VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)», en *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 3ª Edición, Madrid, 2005, pp. 133 y 134, señala que «objeto del embargo son siempre elementos patrimoniales concretos, y a este respecto conviene precisar que el patrimonio, más que de bienes (en el sentido de cosas materiales), se compone de derechos. (...) El objeto del embargo hay que referirlo, no a los bienes del deudor, sino a los derechos que componen su patrimonio: no se embarga una finca, sino el derecho que el deudor tiene sobre una finca».

nuda propiedad sobre un inmueble), porque esto determina, entre otras cosas, el valor del embargo»<sup>515</sup>.

## 1.2. CONSIDERACIONES INICIALES EN TORNO A LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO OBJETO DE TRANSMISIÓN

Por lo que respecta a la **determinación del derecho objeto de transmisión**, es el embargo como primera fase fundamental del proceso de ejecución el que lleva a cabo su individualización, para posteriormente realizarlo forzosamente en sede de apremio. En efecto, el proceso de ejecución dineraria presupone la existencia de un crédito pecuniario declarado incumplido o lesionado y reflejado en un título de ejecución. Con dicha lesión, entra en funcionamiento el sistema general de protección del derecho de crédito, a saber, la denominada responsabilidad patrimonial universal, recogida en el art. 1911 del CC español y en el art. 2740 del CC italiano, conforme a los cuales los derechos integrantes del activo patrimonial del deudor declarado responsable pasan a constituir potenciales objetos para la satisfacción del crédito en cuestión<sup>516</sup>. Y decimos que pasan a constituir «potenciales objetos», porque no todos los derechos integrantes del activo patrimonial podrán ser objeto de realización, ni todos pasarán a ser verdaderamente realizados forzosamente. No todos podrán ser objeto de realización, porque deben reunir una serie de características o requisitos íntimamente relacionados con la posibilidad de su transmisión; y de todos aquellos que reúnan tales características, sólo se realizarán forzosamente los que atendiendo a su valor resulten suficientes para cubrir el importe del crédito lesionado del que trae causa la ejecución forzosa. Pues bien, es precisamente el embargo el instrumento a través del cual se lleva a cabo dicha individualización, dicha concreción de la responsabilidad patrimonial universal en una serie de derechos determinados.

Partiendo de lo anterior, parece existir una relación innegable entre lo que constituye el objeto de la responsabilidad patrimonial y el objeto de la ejecución dineraria. Llegados a este punto, la pregunta que nos hacemos es la siguiente: ¿resultan coincidentes tales objetos? ¿Sólo puede llegar a ser objeto de la ejecución dineraria aquello que pueda ser objeto de la genérica responsabilidad patrimonial? No nos estamos refiriendo al determinado objeto que concrete el embargo, sino a los bienes que potencialmente pueden llegar a formar parte de la responsabilidad patrimonial y de la ejecución dineraria. Se trata de una cuestión que no es baladí, pues en la medida en que afirmemos o neguemos dicha coincidencia, aplicaremos o no los mismos presupuestos objetivos y subjetivos. La respuesta no resulta pacífica en el

---

<sup>515</sup> ORTELLS RAMOS, M., y AA.VV., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 775.

<sup>516</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo II..., cit., p. 261, define la responsabilidad patrimonial universal como el eje central del sistema general de protección del derecho de crédito: «(...) Porque es propia la responsabilidad patrimonial universal de todas las obligaciones, cabe decir, (...) que es un medio general de protección del derecho de crédito».

seno de la doctrina. Señaladamente PUNZI<sup>517</sup>, afirma (a nuestro juicio acertadamente) que objeto de la ejecución dineraria son aquellos mismos bienes-instrumento que el vínculo de la responsabilidad patrimonial asegura *ab initio* para la consecución del bien-fin debido; esto es, aboga por una correspondencia entre el ámbito de la responsabilidad sustantiva y el ámbito de los bienes sujetos a la ejecución forzosa, lo cual no puede negarse por el hecho de que la responsabilidad tenga carácter general y la ejecución dineraria comporte necesariamente una especificación del objeto en cuestión<sup>518</sup>.

Determinadas voces autorizadas niegan dicha correspondencia, pudiendo citarse al respecto a MICHELI<sup>519</sup>, SATTA<sup>520</sup>, ALLORIO y COLESANTI<sup>521</sup>. Autores, que sostienen la existencia de hipótesis en las cuales el derecho sujeto a la ejecución no forma parte del patrimonio del deudor (supuestos de sujeción a la ejecución de derechos de terceros), así como supuestos en los cuales algunos bienes, aún perteneciendo al deudor, no quedan sujetos a la ejecución (principalmente, los denominados «bienes inembargables»)<sup>522</sup>. Si bien ambas objeciones resultan fácilmente salvables, porque lo que ello demuestra no es la falta de correspondencia entre lo que puede ser objeto de responsabilidad y lo que pueda ser

---

<sup>517</sup> El referido autor llevó a cabo a finales de los ochenta un importante ensayo sobre el estado de la cuestión acerca del particular: PUNZI, C., «Responsabilità patrimoniale e oggetto dell'espropriazione», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 3, 1989, pp. 735-750.

<sup>518</sup> PUNZI, C., «Responsabilità patrimoniale e oggetto dell'espropriazione»..., *cit.*, pp. 737 y 738: «L'oggetto dell'espropriazione sono appunto quegli stessi beni-instrumento, che il vincolo di responsabilità patrimoniale assicura *ab initio* per il conseguimento del bene-fine dovuto. Questa coincidenza, che può essere espressa anche come corrispondenza tra ambito della responsabilità sostanziale e ambito dei beni assoggettabili alla espropriazione, si realizza, dunque *ab initio* e non viene meno per la circostanza che, secondo la concezione corrente, la responsabilità ha carattere generale e l'espropriazione comporta, invece, necessariamente un problema di specificazione del suo oggetto».

<sup>519</sup> MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata»..., *cit.*, p. 371.

<sup>520</sup> SATTA, S., *Diritto Processuale Civile*, Padova, 1959, p. 450: «Non sempre l'appartenenza del bene socodo il diritto sostanziale coincide con l'appartenenza ai fini esecutivi, e cioè con l'assoggettabilità». Si bien apunta el propio PUNZI, C., «Responsabilità patrimoniale e oggetto dell'espropriazione»..., *cit.*, p. 737, nota n. 8, que posteriormente SATTA abandona dicho posicionamiento, como puede apreciarse en SATTA, S., *Diritto Processuale Civile*, Padova, 1967, pp. 482 y ss.

<sup>521</sup> ALLORIO, E., COLESANTI, V., Voz «Esecuzione forzata (Diritto Processuale Civile)», en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VI, Torino, 1960, p. 739: «Comunque, si parla ormai correntemente di pignorabilità, per indicare l'idoneità dei beni del debitore a formare oggetto dell'espropriazione, formula que permette ad un tempo di sottolinearne il minore ambito d'estensione rispetto all'oggetto della responsabilità». Al final de la cita deja caer su defensa de la falta de coincidencia entre el objeto de la responsabilidad patrimonial y el objeto de la ejecución dineraria.

<sup>522</sup> PUNZI, C., «Responsabilità patrimoniale e oggetto dell'espropriazione»..., *cit.*, pp. 737 y 738 expone tales objeciones en el sentido que sigue: «(...) La coincidenza tra responsabilità sostanziale e assoggettabilità esecutiva è stata negata da una parte autorevole della dottrina, che ha sostenuto l'esistenza di ipotesi in cui vi sarebbe una mera situazione di soggezione (alla sanzione) di natura processuale -come nel caso di assoggettamento all'esecuzione del bene di un terzo- o, all'opposto, di ipotesi in cui alcuni beni, pur appartenendo al debitore, non sono assoggettabili all'esecuzione -v. beni assolutamente o relativamente impignorabili-». El referido autor dedica el grueso de su estudio a rebatir tales objeciones: vid., PUNZI, C., «Responsabilità patrimoniale e oggetto dell'espropriazione»..., *cit.*, pp. 741-749.

objeto de ejecución dineraria; sino únicamente la falta de identidad entre el patrimonio y el objeto tanto de la responsabilidad patrimonial, cuanto de la ejecución dineraria<sup>523</sup>.

En efecto, los arts. 1911 del CC español y 2740 del CC italiano hablan de «todos los bienes presentes y futuros» del deudor, pero la fórmula no es nada rigurosa en su literalidad. Porque no todos sus bienes presentes y futuros quedarán sometidos a la responsabilidad, pues sólo lo serán aquellos que posteriormente puedan ser objeto de ejecución. Lo que pretendemos dejar sentado en defensa de nuestra posición es la siguiente reflexión: si la responsabilidad patrimonial hace referencia a los derechos con los cuales responderá el deudor en caso de incumplimiento de su obligación, y siendo la ejecución el medio a través del cual se hace efectiva dicha responsabilidad, es evidente que sólo podrá ser objeto de responsabilidad aquello que pueda ser objeto de ejecución. De ahí que los requisitos objetivos y subjetivos de ambos sean y deban ser plenamente coincidentes.

¿Cómo se justifica que derechos no pertenecientes al ejecutado sean no obstante objeto de ejecución? ¿Y cómo se explica que derechos pertenecientes al ejecutado no puedan ser objeto de ejecución<sup>524</sup>? Ni más ni menos que por la falta de correspondencia entre el objeto del patrimonio y el de la de responsabilidad patrimonial y ejecución dineraria. Esos bienes no pertenecientes al deudor, que a pesar de ello responden frente al incumplimiento de sus obligaciones, serán parte del objeto de la responsabilidad patrimonial; y aquellos otros que formen parte del activo patrimonial del ejecutado pero no puedan ejecutarse, no integrarán ni

---

<sup>523</sup> TRAVI, A., voz «Espropriazione forzata in genere», en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VI, Torino, 1960, pp. 895 y 896, destaca acertadamente que el objeto del patrimonio del deudor no corresponde con el objeto de la ejecución dineraria: «Non tutti i beni del debitore sono, però, strumento possibile per la soddisfazione del credito; non lo sono quelli impignorabili (...). Sotto questo aspetto, l'oggetto dell'espropriazione non coincide per difetto col patrimonio del debitore. Sotto un altro aspetto, la non coincidenza è per eccesso: in certi casi, delineati sommariamente dal 2° comma dell'art. 2910, possono venir colpiti anche beni di terzi, evidentemente in quanto anch'essi garantiscono il credito (e benché la loro espropriazione non costituisca più, in senso stretto, attuazione della responsabilità patrimoniale del debitore)». En el mismo sentido, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo II..., cit., p. 264, destaca la falta de identidad entre el patrimonio y la responsabilidad patrimonial: «Incluso, por cuantiosas que sean las deudas y, por consiguiente, las responsabilidades atendibles, la universalidad de la responsabilidad patrimonial universal no significa que efectivamente todo el patrimonio del deudor sea ejecutable (...)». Pueden encontrarse, no obstante, pronunciamientos en el seno de la jurisprudencia española, en los que inducidos a error por la falta de rigurosidad de la literalidad del art. 1911 del CC español, parecen identificar el objeto de la responsabilidad patrimonial con el patrimonio mismo considerado en sentido genérico; así, puede verse en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo español de 29 de noviembre de 1962, en la que se afirma lo siguiente: «Para tutelar debidamente el cumplimiento de las obligaciones consagra el Derecho el principio de responsabilidad patrimonial del deudor, con arreglo al cual el patrimonio de éste constituye la garantía genérica del derecho de crédito cuando la prestación debida no es espontáneamente realizada, garantía o responsabilidad que se extiende a todos los bienes, presentes y futuros, del deudor».

<sup>524</sup> El ejemplo arquetípico de derechos integrantes del activo patrimonial que no constituyen sin embargo objeto de la ejecución, es el de los bienes inembargables. Pero en ningún caso puede ponerse dicho ejemplo como argumento a favor de la falta de correspondencia entre el objeto de la responsabilidad patrimonial y el objeto de la ejecución, porque de poco sirve considerar a un derecho como parte de la responsabilidad, esto es, objeto de garantía para el acreedor, si finalmente ese derecho no podrá ser posteriormente objeto de embargo y realización forzosa. Sólo puede ser objeto de garantía aquello que pueda ser sometido a ejecución forzosa, esto es, embargado y posteriormente realizado forzosamente.

el objeto de la responsabilidad, ni el de la ejecución<sup>525</sup>. La correspondencia que defendemos, por otra parte, no deja de ser un fiel reflejo de la necesaria conexión existente entre el Derecho sustantivo como base (la responsabilidad patrimonial) y el proceso como instrumento (en nuestro caso, la ejecución dineraria).

Decíamos al comenzar nuestra exposición, que no todos los bienes integrantes del activo patrimonial pueden ser objeto de realización forzosa, lo cual acaba de ser demostrado, afirmando la falta de correspondencia entre el objeto del activo patrimonial y el objeto de la responsabilidad patrimonial y la ejecución dineraria; así como defendiendo la absoluta correspondencia entre el objeto de estas dos últimas (responsabilidad patrimonial y ejecución dineraria). Y seguíamos señalando que no todos esos derechos que potencialmente pueden ser objeto de realización llegarán finalmente a ser realizados. Porque a través del embargo se llevará a cabo una concreción, una determinación de los derechos que finalmente se realizarán<sup>526</sup>, los cuales serán exclusivamente los suficientes para cubrir el importe del crédito lesionado.

Siendo así, en lo que hace a la determinación del derecho objeto de ejecución dineraria, distinguiremos dos órdenes de requisitos: un primer orden concerniente a las condiciones que los derechos del activo patrimonial deben reunir para formar parte de la ejecución dineraria y, consecuentemente, de la responsabilidad patrimonial; y un segundo orden de requisitos que hace referencia a los presupuestos que deben darse para especificar el derecho que finalmente será objeto de venta judicial.

Por tanto, partiremos de la exposición de los requisitos objetivos de la ejecución dineraria (reiteramos que coinciden con los que debe reunir el objeto de la responsabilidad patrimonial), que vienen a ser tres: patrimonialidad, alienabilidad y no declaración de inembargabilidad; continuaremos con el desarrollo de los requisitos objetivos específicos del embargo, a saber, la determinación y la suficiencia del derecho o derechos que se embarguen; para finalizar con un requisito subjetivo generalmente exigible tanto a la

---

<sup>525</sup> Como partidarios de la postura de PUNZI a la que nos alineamos y defendemos pueden señalarse a los siguientes: CARNACINI, T., *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padova, 1936, p. 26, según cita de PUNZI, C., «Responsabilità patrimoniale e oggetto dell'espropriazione»..., *cit.*, pp. 737 y 738, nota n. 8; también NICOLÒ, R., «Della responsabilità patrimoniale», en SCIALOJA, A., BRANCA, G. (Coordinadores) *Commentario al Codice Civile*, Bologna-Roma, 1958, p. 12; e igualmente, TRAVI, A., Voz «Espropriazione forzata in genere»..., *cit.*, p. 895, donde afirma la identidad entre el objeto de la responsabilidad patrimonial y el de la ejecución dineraria en base a la misma función que están llamados a cumplir: «L'istituto della responsabilità patrimoniale, e quello dell'espropriazione (in senso stretto) che ne è l'attuazione, sono dunque semplici strumenti per lo scopo della soddisfazione del credito».

<sup>526</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, 4ª Edición, Valencia, 2010, p. 210: «El embargo es la actividad jurisdiccional desarrollada en la ejecución forzosa, mediante la que se persigue la individualización de bienes suficientes del patrimonio del deudor, declarándolos sujetos a la ejecución, para proporcionar al acreedor una cantidad de dinero, bien directamente, porque pueda ser habido, o bien a través de la realización de otros elementos patrimoniales susceptibles de convertirse en dinero».



ejecución dineraria en su conjunto (por tanto también a la responsabilidad patrimonial), cuanto al embargo mediante el que se concreta el específico derecho a realizar forzosamente.

### **1.3. CONSIDERACIONES INICIALES EN TORNO A LA FIJACIÓN DEL PRECIO**

Hasta aquí las premisas introductorias acerca de la determinación del derecho que será objeto de transmisión a través de la venta judicial. Pasemos ahora a presentar el segundo de los elementos objetivos de la misma, esto es, **el precio**. Como decimos, el precio es el segundo de los pilares que definen el objeto de la venta judicial, cuya fijación guarda importantes particularidades respecto al precio de la compraventa contractual, y tal es su importancia, que en el caso de España, dicha forma de fijación ha terminado por dar el nombre con el que generalizadamente se conoce la institución: la subasta.

El análisis de dichas particularidades nos hará adentrarnos en distintos elementos: los medios de realización forzosa existentes en España e Italia, pues no debemos olvidar, que la venta judicial constituye un medio de realización forzosa integrante de la fase de apremio de la ejecución dineraria, con la que se consigue la definitiva conversión del derecho concretado mediante el embargo en dinero, que será destinado a satisfacer el crédito lesionado; los sistemas posibles de avalúo del derecho objeto de venta (el denominado precio de salida), así como el sistema finalmente acogido en España e Italia; y finalmente, el estudio de los procedimientos a través de los que se verifica la venta judicial, tanto en España como en Italia para determinar el precio final o de remate.

## **2. EL DERECHO TRANSMITIDO: REQUISITOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS**

### **2. 1. REQUISITOS OBJETIVOS DE LA EJECUCIÓN DINERARIA (CONSECUENTEMENTE, TAMBIÉN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y DE LA VENTA JUDICIAL)**

En este primer apartado, se analizarán los concretos requisitos que debe reunir el derecho integrante del activo patrimonial del deudor para poder ser objeto de la ejecución dineraria y, consecuentemente, de la venta judicial (también de la responsabilidad patrimonial, por los motivos ya analizados en el epígrafe introductorio). Estos requisitos guardan toda lógica, pues giran en torno a la posibilidad de que el derecho en cuestión pueda ser objeto de conversión en dinero (suma recabada con la que se hará frente a la satisfacción del crédito lesionado). Para ello, el derecho deberá ostentar un contenido económico, deberá poder transmitirse y no deberá tratarse de un derecho calificado legalmente como inembargable. De ahí que tales requisitos vengán a ser, respectivamente, los siguientes: **patrimonialidad,**

**alienabilidad y embargabilidad**<sup>527</sup>. Analicemos con detalle el alcance de cada uno de estos requisitos, circunscribiendo nuestro estudio al ámbito de los bienes inmuebles, de los que nos ocupamos en el presente trabajo; en otros términos, del derecho de propiedad sobre el bien inmueble.

### 2.1.1. La patrimonialidad del derecho

Este primer requisito hace referencia a la necesidad de que sólo puedan ser objeto de la ejecución dineraria aquellos derechos que tengan una significación predominantemente económica<sup>528</sup>. Se trata de un requisito ciertamente obvio, pues ya en la noción misma de patrimonio sólo se incluyen aquellos derechos que tengan valor económico, no todos y cada uno de los derechos de los que sea titular el sujeto<sup>529</sup>.

Lo que justifica la afeción del derecho a la ejecución es la posibilidad de obtener del mismo su valor de cambio o el valor de su rendimiento, lo cual no se da en aquellos derechos cuyo contenido no sea económico<sup>530</sup>.

Es decir, la finalidad misma de la ejecución dineraria, a saber, la obtención de dinero para hacer pago al acreedor insatisfecho, trae consigo este requisito del necesario contenido económico del derecho que se ejecute<sup>531</sup>.

---

<sup>527</sup> CACHÓN CADENAS, M., «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en LORCA NAVARRETE, A. M. (Director), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, 2000, p. 3004: «En general, la doctrina ha venido considerando como requisitos o presupuestos de embargabilidad, entendiendo este concepto en sentido amplio, la patrimonialidad, la alienabilidad de los bienes y la inexistencia de una norma legal que declare expresamente inembargable el bien que se trata». Asimismo, CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes...*, *cit.*, pp. 145 y ss.

<sup>528</sup> CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Navarra, 2001, pp. 320 y 321: «En primer lugar, deben tener contenido patrimonial (refiriéndose a los derechos objeto de embargo) que, a los efectos de la ejecución forzosa (...) es lo mismo que contenido económico: un bien patrimonial es una realidad externa al hombre, vinculada a él y portadora de valor económico». Igualmente, CACHÓN CADENAS, M., «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, pp. 3018-3021. Asimismo, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, J. F. (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2001, p. 2911: «Desde luego, no pueden ser objeto de la ejecución los bienes que carezcan de contenido patrimonial (art. 605. 3). Un bien carece de contenido patrimonial si no posee valor económico independiente. Aunque en parte coincidan, la patrimonialidad a efectos de la ejecución forzosa es distinta de la “patrimonialidad” del objeto de la prestación; y mucho más restringida: los bienes del ejecutado se embargan para convertirlos en dinero y difícilmente puede obtenerse dinero de un bien que no tenga contenido económico».

<sup>529</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I y II)»... *cit.*, pp. 134 y 135.

<sup>530</sup> ORTELLS RAMOS, M., y AA.VV., *Derecho Procesal Civil...*, *cit.*, p. 776. De la misma forma, MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II, Valencia, 2004, p. 1407: «Los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial son, igualmente, inembargables (art. 605. 3º LEC). Si el embargo es una fase de un proceso dirigido a obtener una cantidad de dinero para pagar al acreedor, es evidente que sólo podrán ser susceptibles de embargo aquellos bienes que tienen contenido económico, excluyéndose los no patrimoniales».

Prueba de la importancia de este básico requisito objetivo de la ejecución es el art. 605. 3º de la LEC española, en el que se declaran como absolutamente inembargables «los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial»<sup>532</sup>.

Indica VEGAS TORRES, que «la primera y más importante manifestación de la exigencia de patrimonialidad como requisito del objeto del embargo es la exclusión, en el ámbito de la ejecución por deudas de dinero, de toda actuación coactiva sobre la persona del deudor»<sup>533</sup>. Y es que una persona, como sigue aduciendo VEGAS TORRES, puede obtener dinero, no sólo mediante la transmisión onerosa de derechos de su patrimonio, sino también obligándose a realizar prestaciones personales a cambio de una determinada remuneración (contrato de trabajo, arrendamiento de servicios); si bien esto último, en relación a posibles prestaciones personales del deudor, no puede ordenarlo el órgano judicial ejecutivo, que sólo podrá obtener dinero mediante la transmisión forzosa de los derechos de contenido patrimonial o económico de aquél<sup>534</sup>.

Como ejemplos de derechos no patrimoniales pertenecientes al ejecutado pueden señalarse, a modo de ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivos los siguientes:

- Los denominados derechos de la personalidad (vida, integridad física, libertad, honor, intimidad personal, imagen, nombre), que siguiendo a DE CASTRO, pueden definirse como aquellos que «conceden un poder a las personas para proteger la esencia de la personalidad y sus más importantes cualidades». Se trata de derechos que se caracterizan generalmente por ser irrenunciables e intransmisibles, por lo que

<sup>531</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial...*, cit., p. 212. En similar sentido, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 162: «Se dice que un bien tiene contenido patrimonial cuando posee valor económico independiente. La subasta judicial lo que persigue es la conversión de los bienes objeto de embargo en dinero y raramente se podrá convertir en dinero un bien que no tenga valor económico».

<sup>532</sup> Nótese que no hacemos referencia a precepto alguno del Ordenamiento Jurídico italiano en el que se afirme expresamente la inembargabilidad absoluta de los derechos sin contenido patrimonial, lo cual no deja de ser reflejo del menor rigor y exhaustividad con el que vienen reguladas las causas de inembargabilidad en tal Ordenamiento. En efecto, en Italia, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, no existe un elenco de causas o supuestos generales de inembargabilidad aplicables a todo tipo de bien, sino específicos elencos de inembargabilidad dispuestos en relación con el embargo de bienes muebles y respecto del denominado por ellos «embargo respecto a tercero», que hace referencia al embargo de bienes muebles o créditos titularidad del ejecutado, pero poseídos por una tercera persona. Acerca del alcance de este supuesto de inembargabilidad absoluta que viene dado por la falta de contenido económico del derecho en cuestión, por otra parte se pronuncia con gran claridad la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, de 19 de mayo de 2006: «El art. 605 de la LEC determina que son bienes absolutamente inembargables, los bienes que carezcan por sí solos de contenido patrimonial, disposición que tal y como viene repitiendo la jurisprudencia debe ser interpretada en sentido restrictivo en virtud del principio general de la responsabilidad universal del deudor contenido en el art. 1911 del Código Civil, de manera que sólo pueden quedar fuera de la posibilidad de embargar aquellos bienes que carezcan de un auténtico valor patrimonial, situación en la que se encuentra la participación social de la referida entidad por cuanto, como señala la referida entidad, la misma carece de valor patrimonial alguno desde el momento que no es susceptible de transmisión alguna ni a título oneroso ni gratuito, ni por actos *inter vivos* ni *mortis causa* (...)».

<sup>533</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)... cit., p. 135.

<sup>534</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)... cit., p. 135.

va de suyo, sin necesidad de hacer referencia a su ausencia de contenido patrimonial, que quedan excluidos de la ejecución dineraria<sup>535</sup>.

- Determinados derechos propios de las relaciones familiares, tales como los que integran la patria potestad, los derechos y deberes que incumben a cada cónyuge respecto del otro, o los que pueden derivar en caso de separación o divorcio (guarda y custodia, régimen de visitas, etc.)<sup>536</sup>.
- En tercer lugar, en el campo de los derechos políticos (derecho de petición, sufragio activo y pasivo), así como determinados derechos propios del Derecho administrativo (derechos inherentes al status de funcionario, títulos profesionales o académicos, permisos de conducir, etc.). Todos los cuales carecen de contenido económico o patrimonial<sup>537</sup>.

Finalmente, circunscribiendo el presente requisito al ámbito objetivo concreto en el que se enmarca nuestro trabajo, es evidente que el derecho de propiedad sobre un bien inmueble tiene un contenido patrimonial o económico que queda fuera de toda duda, de ahí que el presente requisito no presente en torno al particular mayores precisiones o comentarios: un bien inmueble (siendo más rigurosos, el derecho de propiedad sobre un bien inmueble) puede sin duda alguna y *a priori* (decimos *a priori*, porque no sólo bastará con que tenga contenido económico, sino que deberá reunir asimismo una serie de requisitos adicionales de los que nos ocuparemos a continuación) ser objeto de ejecución y, por tanto, de venta judicial.

---

<sup>535</sup> CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 321: «Porque no constituyen una realidad externa al hombre, autónoma y aprehensible, sino que forman parte de él (son inherentes a la persona), no tienen contenido patrimonial los bienes de la personalidad, tanto los que son elementos constitutivos o atributos innatos a la persona (la vida, la integridad corporal, su dignidad y libertad), como otros atributos personales (el honor, el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen, etc.), ya que, con independencia de que pueda hablarse o no de derechos sobre los mismos (los llamados derechos de la personalidad), éstos son de naturaleza radicalmente distinta a los derechos patrimoniales». También CACHÓN CADENAS, M., «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 3018. Asimismo, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 2911.

<sup>536</sup> CACHÓN CADENAS, M., «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 3018. Igualmente, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 2911

<sup>537</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)»... *cit.*, pp. 135-137. Cabe añadir como acertadamente hacen CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial*..., *cit.*, p. 218, que el hecho de que se trate de un derecho de contenido no patrimonial «no obsta a que una lesión de estos derechos pueda dar lugar al resarcimiento de daños, que normalmente se traduce en una suma de dinero, entonces embargable total o parcialmente: indemnizaciones por muerte o lesiones, por daños al honor o a la propia imagen...». Similar puntualización hace CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 321: «En cualquier caso, diferente del embargo de estos derechos (refiriéndose a los derechos sin contenido patrimonial) son las consecuencias económicas de la lesión de los mismos (...), que sí pueden ser embargadas, aunque sólo después de hacerse efectivas (...) y, por tanto, cuando el derecho a la indemnización ha salido ya de la esfera personal del lesionado y recae sobre una cosa diferente».

### 2.1.2. La alienabilidad del derecho

El derecho que se someta a ejecución dineraria, esto es, a embargo y posterior venta judicial, no sólo debe tener contenido económico o patrimonial, sino que además debe ser susceptible de enajenarse o transmitirse. Como indica MORAL MORO, «la alienabilidad de un bien consiste en la posibilidad de que éste sea válidamente enajenado, es decir que pueda ser transmitido a otra persona, bien sea ésta un tercero (rematante), o bien sea el acreedor-ejecutante (adjudicación forzosa), sin pérdida de su contenido<sup>538</sup>.

Al igual que ocurriese con el anterior requisito de la patrimonialidad del derecho ejecutado, se trata de un requisito que guarda toda lógica desde el punto de vista de la finalidad última y principal perseguida con la ejecución forzosa<sup>539</sup>: si lo que se persigue con la misma es la satisfacción del acreedor mediante la realización del valor económico de derechos que forman parte del patrimonio del deudor<sup>540</sup>, es evidente que de nada servirá a tales efectos un derecho que tenga contenido económico si no puede transmitirse o

---

<sup>538</sup> MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 166, siguiendo la cita de FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil, III, La ejecución forzosa. Las medidas cautelares*, 4ª Edición, Madrid, 1995, p. 85.

<sup>539</sup> En este mismo sentido, CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., cit., p. 322, afirma que «la exigibilidad de este requisito (el de la alienabilidad del derecho) se fundamenta en la estructura misma de la ejecución forzosa (...), puesto que si la finalidad de la ejecución (dineraria) es traspasar elementos de contenido económico del patrimonio del deudor al del acreedor, sea de forma directa -adjudicación- o sea previa conversión en dinero -enajenación forzosa-, es preciso que tales bienes sean susceptibles de enajenación». Por otra parte, este mismo autor destaca agudamente que el requisito de la alienabilidad no debe confundirse con el de la patrimonialidad, en los siguientes términos (CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., cit., p. 322): «Es cierto que los bienes no patrimoniales son inalienables (...); pero no lo es la proposición contraria, es decir, que todos los bienes patrimoniales sean transmisibles, porque es perfectamente posible que un bien con aquel contenido sea declarado intransmisible o inalienable, en cuyo caso será absolutamente inembargable por inidoneidad del objeto para los fines de la ejecución forzosa (...). En este mismo sentido, CACHÓN CADENAS, M., «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., cit., p. 3008: «(...) Este criterio viene siendo admitido unánimemente por la doctrina, con unas u otras variantes. La razón de ello estriba en el carácter instrumental que tiene el embargo en relación con el apremio. Mediante el embargo se adscriben unos determinados bienes a la ulterior actividad de apremio. El embargo sirve para concretar el objeto del apremio. Así pues, carecería de utilidad de embargar aquello que, con posterioridad, no podrá ser objeto de la actividad de apremio». Igualmente, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., cit., pp. 2912 y 2913. De la misma forma MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., cit., p. 1398: «Los bienes y derechos carentes de las cualidades esenciales que permitan su enajenación forzosa para obtener dinero con que satisfacer el crédito del ejecutante son absolutamente inembargables. (...) Si la ejecución va a conducir, normalmente, a la enajenación forzosa, para que el embargo sea posible es necesario que el bien se enajenable. De ahí que queden excluidos los derechos inalienables (...)». Igualmente, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, 2ª Edición, Navarra, 2007, p. 783: «(...) Aquellos bienes que, por disposición legal, hayan sido considerados intransmisibles en todo caso, de forma que, si su legítimo titular no puede desprenderse de ellos por causa de dicho imperativo legal, no tiene ningún sentido proyectar sobre los mismos una medida, como lo es la del embargo, que se halla preordenada a la realización del bien en el procedimiento de apremio, mediante su entrega al propio ejecutante o mediante su transmisión a un tercero a cambio de una contraprestación de este último».

<sup>540</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I y II)»..., cit., p. 137.

enajenarse. Si no puede transmitirse, no podrá realizarse forzosamente, pues la realización, por regla general y circunscribiéndonos a nuestro objeto de estudio, se lleva a cabo por la venta judicial, que como bien sabemos, consiste en una transmisión del derecho a cambio de un precio<sup>541</sup>.

Este es el motivo por el que el art. 605. 1º de la LEC española declara como absolutamente inembargables los bienes inalienables<sup>542</sup>, precisamente porque no pueden ser destinados a obtener su valor en cambio mediante realización forzosa<sup>543</sup>.

La inalienabilidad puede obedecer a muy diversas causas, las cuales suelen sistematizarse conforme a los más diversos criterios por parte de los autores. Nosotros, siguiendo a VEGAS TORRES en este punto, acogeremos la sistematización que parece derivarse de la regulación positiva contenida al respecto en la LEC española, que distingue entre la inalienabilidad derivada de una expresa declaración legal y la que, aun a falta de esa declaración, es consecuencia inmediata del carácter accesorio de algunos derechos que, por dicha accesoriedad, no pueden ser enajenados de forma separada o con independencia del derecho principal<sup>544</sup>. A su vez, dentro de los supuestos de inalienabilidad derivados de una declaración legal expresa, pueden distinguirse aquellos casos en los que la declaración venga impuesta por normas de Derecho público, y aquellos otros cuya inalienabilidad venga dispuesta por normas de Derecho privado.

### 2.1.2.1. Supuestos de inalienabilidad derivados de una expresa declaración legal

Como acabamos de anticipar, los supuestos de inalienabilidad declarados expresamente por una disposición legal, pueden venir de la mano de una norma de Derecho público, o bien por una norma de Derecho privado.

---

<sup>541</sup> CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes...*, cit., p. 161, define la inalienabilidad como «la inidoneidad objetiva de un bien o el derecho que sobre él recae para ser transmitido».

<sup>542</sup> Afirma el art. 605. 1º de la LEC española que «no serán en absoluto embargables los bienes que hayan sido declarados inalienables». Al igual que ocurriese con el requisito de la patrimonialidad del derecho embargado y posteriormente enajenado forzosamente, no existe ningún precepto análogo en el *Codice di Procedura Civile* en el que se disponga la inembargabilidad de los bienes inalienables, si bien se trata de un requisito igualmente exigible en el Ordenamiento italiano, pues resulta evidente que si el derecho no puede transmitirse, no podrá ser objeto de venta judicial. Sí existen, como ahora tendremos ocasión de ver, supuestos legales (al margen del CPC italiano) en el que se declaran como inalienables determinados bienes que, consecuentemente, no podrán ser objeto de ejecución forzosa (ni de embargo ni de venta judicial). No obstante, en sede doctrinal, la generalidad de los autores sí aluden al requisito de la alienabilidad del derecho para que éste pueda ser objeto de embargo y posterior venta judicial; vid. al respecto, CARPI, F., y TARUFFO, M., «Commentario all'articolo 555 del Codice di Procedura Civile», en *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile*, 7ª Edición, Padova, 2012, p. 1883: «Sono espropriabili i diritti reali immobiliari nella misura in cui sono suscettibili di scambio»; también CAPPONI, B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile...*, cit., p. 194: «(...) In altri casi l'impignorabilità dipende dall'inalienabilità dei beni (...)».

<sup>543</sup> ORTELLS RAMOS, M., y AAVV., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 776.

<sup>544</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I y II)»... cit., p. 137.

Comenzando por los **supuestos de inalienabilidad declarados por normas de Derecho público**, los más destacados vienen a ser los siguientes:

- a) Los bienes de dominio público estatal, autonómico y local<sup>545</sup>; de acuerdo con el art. 132. 1 de la Constitución Española y el art. 6, apartado a) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas -en adelante LPAP-<sup>546</sup>.
- b) Los denominados bienes patrimoniales afectos estatales, autonómicos y locales (nos ocuparemos de esta reciente categoría de bien público y de los requisitos que ha de reunir para gozar de dicho régimen exorbitante de inalienabilidad en breve).

Tampoco los equivalentes en Italia, a saber, los bienes demaniales del Estado (conforme a los arts. 822 y 823 del CC italiano), los de las regiones, provincias y localidades sujetos al régimen de los bienes demaniales (conforme al art. 824 del CC italiano y el art. 31 de la Constitución Italiana); así como los inmuebles del patrimonio indisponible del Estado, de las provincias, de Entes locales y del resto de personas jurídicas públicas (conforme a los arts. 826, 828 y 830 del CC italiano)<sup>547</sup>.

---

<sup>545</sup> Por lo que se refiere a los bienes demaniales, éstos vienen a ser los enumerados en el art. 5 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, a cuyo tenor: «1. Son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales. 2. Son bienes de dominio público estatal, en todo caso, los mencionados en el artículo 132.2 de la Constitución. 3. Los inmuebles de titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos constitucionales del Estado se considerarán, en todo caso, bienes de dominio público. 4. Los bienes y derechos de dominio público se registrarán por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación y, a falta de normas especiales, por esta ley y las disposiciones que la desarrollen o complementen. Las normas generales del derecho administrativo y, en su defecto, las normas del derecho privado, se aplicarán como derecho supletorio».

<sup>546</sup> FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A., «La división en volúmenes de la propiedad pública en el ámbito urbanístico», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, N° 78, 2010, p. 159, destaca el régimen exorbitante al que quedan sometidos los bienes demaniales, así como los preceptos de donde se deriva dicho régimen en los términos siguientes: «(...) En nuestro entorno jurídico nacional ha sido tradicional el mantenimiento riguroso de los dogmas que configuran el régimen jurídico exorbitante de los bienes demaniales: inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad. El demanio está caracterizado por un régimen estricto que trata de mantener esos bienes, evitando negocios jurídicos que puedan perjudicarlos. El art. 132.1 de la Constitución se hace eco de esas tres notas básicas de protección del dominio público al afirmar: “a ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación”. Asimismo, el art. 6 a) LPAP proclama que “la gestión y administración de los bienes y derechos demaniales por las Administraciones públicas se ajustarán a los siguientes principios: a) inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad”». Acto seguido, la autora define la inalienabilidad de los bienes de dominio público del siguiente modo (FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A., «La división en volúmenes de la propiedad pública en el ámbito urbanístico»..., *cit.*, pp. 159 y 160): «(...) inalienable significa que no se puede realizar ningún acto traslativo del dominio público mientras los bienes tengan el carácter de demaniales».

<sup>547</sup> CARPI, F., y TARUFFO, M., «Commentario al articolo 555 del Codice di Procedura Civile»..., *cit.*, p.1884. El art. 822 del CC italiano establece un elenco de bienes que tiene la consideración de demaniales; el art. 823 del CC italiano establece el régimen jurídico de los bienes demaniales, afirmando su inalienabilidad; el art. 824 del CC italiano extiende el régimen y la consideración de demaniales a los bienes de las provincias y localidades que reúnan las condiciones definidas en el art. 822; el art. 826 establece el elenco de bienes que gozan de la consideración de patrimoniales, indisponibles y disponibles; y el art. 828 del CC italiano define el régimen

Sin que sea ocasión de adentrarnos en las categorías de bienes públicos existentes en España e Italia, así como de referirnos a su régimen jurídico aplicable desde la perspectiva de su posible o no enajenación (escapa del ámbito material de nuestro trabajo), baste apuntar como bien hace DÍEZ-PICAZO a este respecto, que la exclusión de los bienes de dominio público se funda especialmente en la idea de la afectación. Ello quiere decir que estarán fuera del comercio jurídico-privado mientras permanezcan en el dominio público o no sean desafectados. La desafectación será, pues, requisito previo para los actos dispositivos, de forma que todo acto dispositivo llevado a cabo sin la oportuna desafectación previa tendrá la consideración de un negocio jurídico radicalmente nulo de pleno Derecho<sup>548</sup>.

Estudiados los principales supuestos de inalienabilidad por declaración expresa de normas de Derecho público, pasamos ahora a analizar los **supuestos de inalienabilidad declarados por normas de Derecho privado**, cuyos casos más destacados vienen a ser los que siguen:

---

jurídico de los bienes patrimoniales. El tenor literal de los referidos preceptos es el siguiente: Art. 822 del CC italiano: «Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia; le opere destinate alla difesa nazionale. Fanno parimenti parte del demanio pubblico, se appartengono allo Stato, le strade, le autostrade e le strade ferrate; gli aerodromi; gli acquedotti; gli immobili riconosciuti d'interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia, le raccolte dei musei, delle pinacoteche degli archivi, delle biblioteche; e infine gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico». El tenor literal de los arts. 823 a 828 es el siguiente:

Art. 823 del CC italiano: «I beni che fanno parte del demanio pubblico, sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano. Spetta all'autorità amministrativa la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico. Essa ha facoltà sia di procedere in via amministrativa, sia di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso regolati dal presente codice».

Art. 824 del CC italiano: «I beni della specie di quelli indicati dal secondo comma dell'articolo 822, se appartengono alle province o ai comuni, sono soggetti al regime del demanio pubblico. Allo stesso regime sono soggetti i cimiteri e i mercati comunali».

Art. 826 del CC italiano: «I beni appartenenti allo Stato, alle province e ai comuni, i quali non siano della specie di quelli indicati dagli articoli precedenti, costituiscono il patrimonio dello Stato o, rispettivamente, delle province e dei comuni. Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato le foreste che a norma delle leggi in materia costituiscono il demanio forestale dello Stato, le miniere, le cave e torbiere quando la disponibilità ne è sottratta al proprietario del fondo, le cose d'interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo, i beni costituenti la dotazione della presidenza della Repubblica, le caserme, gli armamenti, gli aeromobili militari e le navi da guerra. Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato o, rispettivamente, delle province e dei comuni, secondo la loro appartenenza, gli edifici destinati a sede di uffici pubblici, con i loro arredi, e gli altri beni destinati a un pubblico servizio».

Finalmente, el art. 828 del CC italiano dispone lo siguiente: «I beni che costituiscono il patrimonio dello Stato, delle province e dei comuni sono soggetti alle regole particolari che li concernono e, in quanto non è diversamente disposto, alle regole del presente codice. I beni che fanno parte del patrimonio indisponibile non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano».

<sup>548</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III, 5ª Edición, Navarra, 2008, p. 193. En sentido similar afirma FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A., «La división en volúmenes de la propiedad pública en el ámbito urbanístico»..., *cit.*, p. 160 que «Cuando dicha regla se infringe (la de la inalienabilidad de los bienes demaniales, así como de los patrimoniales afectos), esto es, en los supuestos de transmisión de bienes demaniales a particulares, la consecuencia jurídica es la nulidad absoluta de los contratos de enajenación por falta de objeto».



- a) El derecho de alimentos: conforme al art. 151 del CC español y el respectivo 447 CC italiano<sup>549</sup>, se trata de derechos que no resultan ni transmisibles a terceros, ni renunciables (la imposibilidad de la renuncia sólo se prevé expresamente en el CC español)<sup>550</sup>.
- b) En segundo lugar, el derecho de uso y habitación, que conforme al art. 525 del CC español y el respectivo art. 1024 del CC italiano, no pueden ni transmitirse ni arrendarse a un tercero bajo ninguna clase de título<sup>551</sup>.

De estos supuestos, el único que a nosotros puede afectar por razón de su posible naturaleza jurídica como bien inmueble, es el derecho de uso y habitación, en el caso de que recaiga sobre un inmueble. En dicho caso, se tratará de uno supuesto de inmueble por analogía, de acuerdo con los arts. 334. 10º del CC español y 813 del CC italiano, que no podrá consecuentemente ser objeto de embargo y posterior venta judicial.

### 2.1.2.2. Derechos accesorios inalienables con independencia del principal

Advertimos previamente, que las causas de inalienabilidad pueden ser muy variadas, si bien a efectos expositivos acogimos la sistematización que parece derivarse de la LEC española, a saber, aquella que distingue entre la inalienabilidad derivada de una expresa declaración legal y la que, aun a falta de esa declaración, es consecuencia inmediata del carácter

---

<sup>549</sup> Dispone el art. 447 del CC italiano que «Il credito alimentare non può essere ceduto. L'obbligato agli alimenti non può opporre all'altra parte la compensazione neppure quando si tratta di prestazioni arretrate». Es decir, se afirma claramente la imposibilidad de la cesión o transmisión del derecho de alimentos, si bien no la imposibilidad de su renuncia, a diferencia del CC español, en cuyo art. 151 sí se hace referencia expresa a dicha imposibilidad.

<sup>550</sup> Puntualiza VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)»... *cit.*, p. 138, que «respecto al derecho a alimentos hay que precisar, sin embargo, que el propio art. 151 CC permite la transmisión del derecho a reclamar las pensiones atrasadas, derecho que, por tanto, puede ser embargado».

<sup>551</sup> El tenor literal del art. 1024 del CC italiano es el siguiente: «I diritti di uso e di abitazione non si possono cedere o dare in locazione». Tenor que viene a ser plenamente coincidente con lo dispuesto en el art. 525 del CC español, en el que se afirma que «los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título». PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «El usufructo, el uso y la habitación», en *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales*, DE PABLO CONTRERAS, P. (Coord.), Madrid, 2004, p. 458, recoge la razón de ser de la intransmisibilidad del derecho de uso y habitación acudiendo a GARCÍA GOYENA, y relata las corrientes de opinión fundamentales que sostienen en el seno de la doctrina en torno a este particular: «Según escribe GARCÍA GOYENA, la razón de ser de esta nota, que diferencia los derechos de uso y habitación del derecho de usufructo, radica en el hecho de que el usufructuario hace siempre suyos todos los frutos y por eso es indiferente al propietario la persona que ejerce el derecho, sin embargo en “el usuario todo es personal, y se amplía o limita el derecho según su condición, dignidad o familia; circunstancias que pueden variar aun después de haber principiado el uso, y no son adaptables al comprador, arrendatario o cesionario”. No obstante lo anterior, la doctrina no defiende una misma opinión respecto al artículo 525. Para algunos autores la intransmisibilidad es elemento esencial de los derechos de uso y habitación (por todos, RAMS ALBESA). Otros autores, entienden que el art. 525 no contiene una norma de *ius cogens*, de manera que podrían establecerse la transmisibilidad en el título constitutivo o la posibilidad de, sin transmitir el derecho, ceder su disfrute –eso sí, la medida de la extensión del derecho vendrá determinada por las necesidades del usuario o habitacionista originarios y no por las del transmisario o cesionario (ALBALADEJO, por todos)».

accesorio de algunos derechos que, por dicha accesoriedad, no pueden ser enajenados de forma separada o con independencia del derecho principal. Habiendo ya estudiado el primero de los supuestos de inalienabilidad por expresa declaración legal, nos restan por analizar los casos de inalienabilidad de esos derechos accesorios que no pueden enajenarse con independencia del principal.

Se trata, pues, de derechos de naturaleza accesorias, destinados a servir a un derecho principal, que precisamente por razón de su naturaleza no pueden ser objeto de enajenación independiente, sino que necesariamente deben transmitirse en unión con el derecho principal<sup>552</sup>.

No obstante, como bien advierte ORTELLS RAMOS, debe tenerse presente que la circunstancia de que un derecho sea accesorio de otro y no pueda ser transmitido con separación de este último, no excluye la embargabilidad y posterior venta judicial del derecho accesorio en cuestión en todo caso, sino que únicamente imponen que dicho embargo y venta judicial se produzcan conjuntamente con el derecho principal<sup>553</sup>.

Prueba de la inembargabilidad de estos derechos accesorios por razón de su inalienabilidad con independencia del derecho principal es lo dispuesto en el art. 605. 2º de la LEC española, en virtud del cual resultan absolutamente inembargables «los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal».

Los supuestos más significativos de derechos accesorios que resultan inalienables con independencia del derecho principal vienen a ser los que siguen:

- a) Las servidumbres prediales, que no pueden enajenarse con independencia del predio dominante al que pertenecen<sup>554</sup>. Así se desprende del art. 534 del CC español, en el

---

<sup>552</sup> Afirma GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., p. 786, que el fundamento de la imposibilidad de alienar un derecho accesorio con carácter independiente respecto del principal es evidente: «Todo derecho accesorio a otro sigue la suerte de este último en el tráfico jurídico (si no fuera así no sería, en verdad, un derecho accesorio), de forma tal que el comercio sobre el mismo únicamente adquiere sentido (y relevancia o contenido patrimonial) si se considera conjuntamente englobado con el derecho principal de que se trate, careciendo de él si se considera de manera aislada o individual». Igualmente, CACHÓN CADENAS, M., «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., cit., p. 3015: «En algunas situaciones, hay un interés protegido jurídicamente que está ligado a otro interés también tutelado por el ordenamiento jurídico, de manera que el primero (que podríamos denominar derecho subordinado o accesorio) no se puede separar del segundo (que por ello tiene carácter de derecho principal). Estos son los supuestos a los que se refiere el artículo 605. 2º. El derecho subordinado carece de idoneidad para ser objeto de una transmisión independiente. En esos casos, el objeto sobre el que recae la transmisión es una situación jurídica que engloba ambos derechos (principal y accesorio), per cuyo contenido es distinto y más complejo que el de cada uno de ellos considerados individualmente. No es que los derechos accesorios o subordinados respecto de otros sean inembargables. Lo que ocurre es que el embargo sólo podrá recaer sobre aquella situación jurídica compleja, que engloba al derecho principal y al accesorio, de manera que los derechos que integran esa situación no podrán ser embargados de forma independiente».

<sup>553</sup> ORTELLS RAMOS, M., y AAVV., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 777.

<sup>554</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)»..., cit., p. 139; también, ORTELLS RAMOS, M., y AAVV., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 777; asimismo, CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., cit., p. 323; igualmente, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V.,

que se establece que «son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen»<sup>555</sup>.

- b) Los derechos reales de garantía, tales como la hipoteca o la prenda, que sólo pueden transmitirse aparejados al crédito que garantizan. Su naturaleza accesoria hace que no puedan existir, ni subsistir, sin la obligación cuyo cumplimiento garantizan, de cuya validez dependen, a la que siguen en sus vicisitudes, y con la que se transmiten y extinguen<sup>556</sup>.
- c) Los derechos de tanteo y retracto legales, que no pueden ser transmitidos sin el derecho al que la Ley vincula la existencia de aquéllos (el condominio o la titularidad de una finca colindante, ex arts. 1522 y 1523 del CC español y los respectivos arts. 1507 y 1508 del CC italiano, por ejemplo)<sup>557</sup>. Se trata de derechos que la Ley atribuye expresamente a los titulares de determinados derechos<sup>558</sup>.
- d) Los derechos de los propietarios de pisos y locales sobre los elementos comunes del inmueble en régimen de propiedad horizontal, que sólo se pueden enajenar conjuntamente con la propiedad privativa sobre el piso o local de que se trate<sup>559</sup>. Así se desprende del art. 396, párrafo segundo del CC español, en el que se afirma

*Derecho Procesal Civil. Parte especial...*, cit., p. 219: «Por estar indisolublemente unidos a otros bienes, como derechos accesorios son inembargables (...) las servidumbres, que son inseparables de la finca a la que activa o pasivamente pertenecen»; del mismo modo, en el seno de la doctrina civilista puede verse a MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Las servidumbres», en *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales*, DE PABLO CONTRERAS, P. (Coord.), Madrid, 2004, p. 464: «De la inseparabilidad de las servidumbres deriva también que, como regla, son inalienables separadamente del fondo dominante».

<sup>555</sup> En Italia no existe precepto análogo donde se afirme de modo tan expreso la inseparabilidad de la servidumbre respecto del predio dominante, si bien tal extremo en relación con la inembargabilidad de la servidumbre considerada independiente se afirma con carácter unánime por parte de la doctrina italiana; por todos, vid., CARPI, F., y TARUFFO, M., «Commentario al articolo 555 del Codice di Procedura Civile»..., cit., p. 1884: «La servitù non può essere espropriata separatamente dal fondo dominante per il cui vantaggio è costituita (...)».

<sup>556</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Los derechos reales de garantía», en *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales*, DE PABLO CONTRERAS, P. (Coord.), Madrid, 2004, pp. 535. En el mismo sentido y en relación con la inembargabilidad de estos derechos reales de garantía considerados de modo independiente respecto del crédito que garantizan, vid., VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)»... cit., p. 139; también, ORTELLS RAMOS, M., y AAVV., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 777; asimismo, CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., cit., p. 323; igualmente, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial...*, cit., p. 219: «Por estar indisolublemente unidos a otros bienes, como derechos accesorios son inembargables (...) los derechos de hipoteca, prenda o anticresis, de los que sólo puede disponerse junto con el crédito que garantizan (arts. 1528 y 1878 del CC)».

<sup>557</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)»... cit., p. 139.

<sup>558</sup> ORTELLS RAMOS, M., y AAVV., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 777.

<sup>559</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)»... cit., p. 139; también, ORTELLS RAMOS, M., y AAVV., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 777; e igualmente, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial...*, cit., p. 219.

expresamente que «las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable». E igualmente, del art. 1119 del CC italiano, que sólo hace referencia a la indivisibilidad de los elementos comunes respecto de los privativos, de donde puede también derivarse con claridad la imposibilidad de su enajenación de forma separada<sup>560</sup>.

Todos y cada uno de estos supuestos, en el caso de recaer sobre un bien inmueble (derecho de servidumbre en todo caso, pues tiene por objeto a un inmueble por definición; el derecho de hipoteca que tiene igualmente por objeto a un inmueble como presupuesto legal de su existencia; los derechos de tanteo y retracto legal que recaigan sobre inmuebles, los cuales tienen naturaleza de derecho real de adquisición preferente; así como el derecho de propiedad sobre elementos comunes de propietarios de pisos y locales, que tienen como objeto a inmuebles sometidos a propiedad horizontal), tendrán enorme interés a los efectos a nosotros interesa en nuestro trabajo, pues recibirán en tales supuestos la calificación jurídica de inmuebles por analogía (*ex arts. 334. 10º del CC español y 813 del CC italiano*), y no podrán ser objeto independiente de venta judicial.

### **2.1.2.3 Un supuesto particular (exclusivamente español) que impide (a priori) la embargabilidad y posterior venta judicial del bien, distinto de la inalienabilidad en sentido estricto: «las prohibiciones de disponer»**

Objeto detenido de estudio merece una institución de gran calado histórico en el Ordenamiento español<sup>561</sup>, que no encuentra sin embargo parangón en el ámbito del

---

<sup>560</sup> Afirma el art. 1119 del CC italiano lo siguiente: «Le parti comuni dell'edificio non sono soggette a divisione, a meno che la divisione possa farsi senza rendere più incommodo l'uso della cosa a ciascun condominio». Puede apreciarse, como se admite una posible excepción a esta regla de la indivisibilidad de las partes comunes, en el caso de que la división en cuestión no genere mayores incomodidades en el uso de la cosa común a cada uno de los propietarios.

<sup>561</sup> CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 44, Nº 4, 1991, pp. 1455 y ss., da cuenta de los antecedentes históricos de las «prohibiciones de disponer»: «Se halla en general (5) el precedente histórico de las prohibiciones de disponer voluntarias en el Derecho romano post-clásico. El Corpus contiene varios textos de los que se cita fundamentalmente el conocido fragmento de Marciano: “Los emperadores *Septimio Severo* y *Antonino Caracala*, de consagrada memoria, respondieron por rescripto que los que prohíben en su testamento que se enajene algo y no dicen por qué causa, salvo que se averigüe la persona en cuya consideración lo dispuso así el testador, hacen una declaración nula, lo mismo que si nada hubiesen dispuesto, porque tal cláusula no puede insertarse en un testamento. Pero si hubiesen aclarado que su disposición se refería a los hijos, a los descendientes, a los libertos, a los herederos o algunas personas, su voluntad debe ser respetada, pero siempre que no suponga fraude para los acreedores, ni para el fisco, porque si se vendieron los bienes del heredero para poder pagar a los acreedores del testador, los fideicomisarios seguirán la misma suerte” (D. 30.114.14). El citado fragmento pasa a informar el *ius commune* y así a las Leyes de Partidas: “*En su testamento defendiendo algund ome, que su castillo, o torre, o casa o viva, o otra cosa de su heredad, non lo pudiessen vender, nin enajenar; mostrando alguna razón guisada por que to defendia, como si dixesse : Quiero que tal cosa (nombrándola señaladamente) non sea enajenada en ninguna manera, mas que finque siempre a mi fijo, o a mi heredero, porque sea siempre mas honrado e mas tenido; e si*

Ordenamiento jurídico italiano: a saber, las denominadas genéricamente como «prohibiciones de disponer».

El motivo de su análisis independiente es que no nos encontramos ante un verdadero supuesto de exclusión de la posible alienabilidad de un derecho. En efecto, la inalienabilidad entendida en sentido estricto es una cualidad que la Ley asigna a un determinado derecho, mientras que las prohibiciones de disponer constituyen una limitación del dominio que afecta específicamente al titular del derecho respecto de éste<sup>562</sup>. Por tanto, la inalienabilidad en sentido estricto está referida al objeto, mientras que la prohibición de disponer resulta ser una característica de índole subjetiva<sup>563</sup>. Hecha esta aclaración, la pregunta que inmediatamente pudiera venirnos a la mente es la siguiente: ¿cuál es el motivo, pues, de su inclusión en el apartado concerniente a la necesaria alienabilidad del objeto del embargo y posterior venta judicial? La respuesta viene dada por el hecho de que la prohibición de disponer con eficacia real (conforme a los requisitos que seguidamente veremos) impide todo acto de transmisión del derecho sobre el que recae; por tanto, *a priori*, impiden también los actos de disposición forzosa en que consisten el embargo y posterior venta judicial.

Advertimos igualmente que se trata de una figura exclusivamente española, pues en efecto, la figura en cuestión no encuentra una regulación positiva en el seno del Ordenamiento italiano. Sí debemos puntualizar nuestra afirmación anterior en el sentido de apuntar que se contempla en el CC italiano la posibilidad de establecer convencionalmente una «prohibición de enajenar», si bien con alcance meramente obligacional (no real), y constituyendo dicha figura una institución distinta a la prohibición de disponer en sentido estricto.

Para entender el alcance de estas advertencias o consideraciones introductorias debemos adentrarnos necesariamente en la noción y régimen jurídico de las denominadas prohibiciones de disponer. A tales efectos, comenzaremos analizando qué se entiende por facultad de disposición (debemos saber en qué consiste para ser conscientes del alcance de aquello a lo que se prohíbe), seguiremos estudiando el concepto, regulación jurídica, clases y

---

*dixesse, que la non enagenasse fasta que fuesse de edad el heredero, o fasta que fuesse venido al lugar, si fuesse ydo a otra parte: por qualquier destas razones, o por otra que fuesse guisada semejante dellas, non la pueden enagenar. Mas si dixesse simplemente, que la non vendiessen, non mostrando razon guisada por que; o non senalando persona alguna, o cosa cierta, porque la fazia; si la vendiesse, valdría la vendida, maguer el to hubiesse defendido” (P. 5, 5, 44)».*

<sup>562</sup> ORTELLS RAMOS, M., y AAVV., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 776.

<sup>563</sup> MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 170: «Al lado de la inalienabilidad, bien por razones de Derecho público o bien por razones de índole privada, aparecen fenómenos de simple indisponibilidad. Indisponibilidad que (...) Carreras distinguía de la inalienabilidad. Ésta referida al objeto, mientras que la indisponibilidad resulta ser una característica de índole subjetiva referida, por tanto, al titular y que afecta generalmente a su facultad de disposición, estándole prohibido transmitir a otra persona un determinado bien o derecho que sería perfectamente enajenable si no mediara prohibición expresa. Supone pues la indisponibilidad una limitación o prohibición en la facultad de disponer del titular de unos bienes o derechos determinados a los efectos de que permanezcan aquéllos en su patrimonio».

requisitos de validez de las prohibiciones; para finalmente adentrarnos en su eficacia, sobre todo en relación con la ejecución dineraria que es lo que a nosotros interesa.

**2.1.2.3.a) La facultad o poder de disposición y sus posibles limitaciones: limitaciones parciales y limitaciones totales (verdaderas prohibiciones de disponer)**

Conforme al art. 348. 1 del CC español y el respectivo art. 832 del CC italiano<sup>564</sup>, el derecho de propiedad consta de una serie de facultades fundamentales integrantes del mismo, cuales son la facultad de goce y la facultad de disposición. Se alude, pues, a la disposición como una facultad inherente al derecho de propiedad, si bien no existe precepto alguno donde se defina qué se entiende por ella. Ante la ausencia de una definición legal, debe acudir a las creaciones de cuño doctrinal y jurisprudencial, de entre las que cabe destacar la dada genéricamente por DÍEZ-PICAZO, quien la define como «la posibilidad que tiene un titular de enajenar, ceder o transmitir a terceros su derecho, por vía negocial, de autolimitarlo, constituyendo otros derechos menores o, finalmente, de extinguirlo por medio de una renuncia»<sup>565</sup>. En definitiva, se trata de la posibilidad jurídica que tiene el titular de un derecho de realizar actos que afecten a la sustancia o a la subsistencia de dicho derecho<sup>566</sup>.

Esta facultad o poder de disposición que forma parte del contenido normal de los derechos reales, puede quedar limitada en una serie de casos, suponiendo una privación parcial o total de la misma.

**Supuestos de privación parcial** vienen a ser todos aquellos en los que se excluyen de la disposición determinados de los actos que ésta implica, tales como la posibilidad de vender, o bien de gravar el derecho en cuestión. Dentro de este grupo se encuentra de la denominada «prohibición de vender», que en muchas ocasiones viene a confundirse erróneamente con la prohibición de disponer (que como veremos es más amplia), incluso por parte del legislador. En efecto, en muchas ocasiones, la norma intercambia indistintamente el significado de los términos «disposición» y «enajenación», si bien tal y como señala acertadamente MARTÍN BRICEÑO, una interpretación estricta de estos vocablos nos serviría ya para negar la sinonimia entre los conceptos de «prohibiciones de disponer» y «prohibiciones de enajenar»<sup>567</sup>. Como ejemplo reciente en el que se alude a la noción

---

<sup>564</sup> Dispone el art. 832 del CC italiano lo siguiente: «Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico».

<sup>565</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III..., cit., p. 917. Afirma FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ARÉVALO, F., «La facultad de disposición», en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 3, Nº 4, 1950, p. 1032, que «el efecto antonomástico de la disposición es la salida de un derecho del patrimonio a que pertenecía. El efecto constitutivo de derechos reales es una consecuencia necesaria del poder de disposición - por tratarse de actos dispositivos menos acentuados-, por el principio de que quien puede lo más puede lo menos».

<sup>566</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III..., cit., p. 941.

<sup>567</sup> MARTÍN BRICEÑO, M. R., *La prohibición testamentaria de dividir la herencia*, Madrid, 2008, pp. 122 y 123.

«prohibición de disponer», cuando realmente se establece una «prohibición de enajenar» en sentido estricto, puede indicarse el Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio, modificado por el posterior Real Decreto 201/1998, de 30 de julio, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 1998-2001; en cuyo artículo 12, apartado segundo *ab initio* enuncia claramente los términos de la prohibición de vender que establece, mientras que al final de referido precepto, alude a tal limitación con la noción errónea de «prohibición de disponer». Merece la pena que expongamos en este punto los términos literales del art. 12. 2 del Real Decreto 1186/1998, para así entender plenamente la confusión terminológica en la que incide: «*«los adquirentes, adjudicatarios y promotores individuales para uso propio no podrán transmitir inter vivos ni ceder el uso por ningún título de las viviendas para las que hubieran obtenido préstamo cualificado, durante el plazo de diez años desde la formalización de dicho préstamo. Podrá dejarse sin efecto esta prohibición de disponer por motivos justificados, mediante autorización de la Comunidad Autónoma, previa cancelación del préstamo y reintegro de las ayudas económicas directas recibidas de la Administración o Administraciones concedentes en cada caso, incrementadas con los intereses legales desde el momento de la percepción»*». Como puede apreciarse, en la primera parte del precepto enunciado se indica claramente cuáles son las concretas facultades suspendidas por el Real Decreto, a saber, transmitir *inter vivos* y ceder el uso por cualquier título. Esto es, no se excluyen determinadas facultades específicas integrantes de la amplia facultad de disponer, como son las de gravar e hipotecar. Siendo así, no parece que nos encontremos en nuestro caso propiamente ante una prohibición de disponer, sino más bien ante una específica prohibición de enajenar<sup>568</sup>.

Por tanto, debe distinguirse claramente entre la prohibición de disponer en sentido genérico y la mera prohibición de vender o enajenar. La segunda sería una subespecie de la primera, que sólo impediría los actos de enajenación, y no los de gravamen: es decir, una

---

<sup>568</sup> MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «Prohibición legal de vender y ejecución hipotecaria: comentario a la resolución de la DGRN (propiedad) núm. 6710 de 13 abril (RJ 2012, 7745)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N° 29, 2012, p. 519. La afirmación de la existencia de una verdadera prohibición de vender y no de disponer en sentido genérico no se afirma con claridad en la sentencia que comentamos en nuestro referido trabajo (Resolución de 13 de abril de 2012), ni tampoco en la precedente Resolución de 26 de febrero de 2008, en la que se plantea si la prohibición de disponer inscrita en una vivienda, como consecuencia de haber obtenido un préstamo cualificado impide la inscripción de una ulterior hipoteca, al no haberse devuelto los subsidios y subvenciones recibidos. La DGRN afirma la posibilidad de la constitución de la hipoteca en cuestión, argumentando que «la finalidad de la restricción impuesta es impedir un enriquecimiento injustificado de quien, beneficiándose de una financiación favorecida por la ayuda estatal, pretenda obtener plusvalías con la rápida enajenación de la vivienda. Por tal motivo, el propio precepto prevé la posibilidad de obtener la autorización de la Administración para la transmisión siempre que, al propio tiempo, se reintegren las ayudas económicas recibidas, con sus intereses. En tal sentido, parece claro que la constitución de una nueva hipoteca sobre la misma vivienda objeto de financiación cualificada no está comprendida en el ámbito de la prohibición legal: no constituye un acto de transmisión del dominio ni de cesión del uso de la vivienda, ni, por tanto, permite al propietario enriquecerse injustamente a costa de las ayudas recibidas de la Administración». Más allá de la profusa argumentación anterior, lo que ocurre verdaderamente es que nos encontramos ante una genuina prohibición de vender, no de disponer, que evidentemente sí permite la constitución de una hipoteca sobre el derecho en cuestión. Aclaración que no hace, a nuestro juicio, de manera errónea, la DGRN.

prohibición de vender no impediría la constitución, por ejemplo, de un derecho real limitado. De ahí que afirmemos que las prohibiciones de vender o enajenar constituyan supuestos de privación parcial de la facultad de disposición<sup>569</sup>. La importancia de la distinción reside, pues, en la determinación de las actuaciones que pueden o no considerarse como eficaces en relación con el derecho sujeto a la prohibición en cuestión: si es una prohibición de disponer, todo acto de disposición (enajenar, gravar, hipotecar) será considerado como ineficaz; mientras que si nos encontramos ante una prohibición de enajenar, únicamente resultarán ineficaces los actos de enajenación o transmisión, resultando válidos los restantes (gravar e hipotecar)<sup>570</sup>.

Junto a la privación parcial, puede existir también una **privación total** y completa de la facultad dispositiva, que corresponde al titular del derecho. Pues bien, a las reglas o preceptos que impongan semejante privación total, se les denomina en sentido estricto como «prohibiciones de disponer»<sup>571</sup>; las cuales impedirán todo acto verdaderamente dispositivo, a saber: ceder o enajenar, gravar, o renunciar.

### ***2.1.2.3.b) Prohibición de disponer: concepto, regulación, clases, condiciones para su validez y delimitación de su concepto puro (prohibición de disponer y obligación de no disponer)***

La prohibición de disponer es una figura no definida legalmente y tampoco regulada en el CC español (sólo se contempla una específica modalidad de prohibición de disponer, la establecida por actos *mortis causa*, a las que hace referencia, como ahora veremos con mayor detenimiento, con parcos términos el art. 785. 2º del CC español). Ante esta falta de regulación sustantiva, tuvo que ser la reforma de la Ley Hipotecaria española de 1944-1946 la que incorporara una regulación (al menos desde la perspectiva registral) de las

---

<sup>569</sup> Acerca de la importante distinción entre las verdaderas prohibiciones de disponer con eficacia real y las meras obligaciones de no disponer, vid., GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Las prohibiciones de disponer y su inscribibilidad en el registro de la propiedad. especial referencia a las contenidas en un crédito hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 695, 2006, p. 1201: «Dentro de las llamadas prohibiciones de disponer se suele distinguir las prohibiciones de disponer en sentido estricto, que son las llamadas reales o con eficacia real, y las mal llamadas prohibiciones de disponer obligacionales, que realmente son obligaciones de no disponer, y que no implican la privación de la facultad de disposición verdaderamente. Las prohibiciones de disponer propiamente dichas son las que afectan a tercero; es decir, su eficacia es *erga omnes*, y por tanto, son oponibles a los sucesivos adquirentes del bien, que se van a ver privados de la titularidad del mismo, al declararse ineficaz el acto en virtud del cual adquirieron, pues se infringió esa prohibición».

<sup>570</sup> La necesidad de distinguir entre las prohibiciones de disponer en sentido genérico y las prohibiciones de vender o enajenar, se ponen de manifiesto en la Resolución de 9 de julio de 2012, en la que se afirma lo siguiente acerca del particular: «(...) Si lo que ha sido objeto de anotación preventiva, según lo ordenado en el mandamiento judicial expedido al efecto, es la prohibición de enajenación y no prohibición de disponer con carácter general, debe interpretarse que sólo queda vedado el acceso a Registro a los actos traslativos del dominio de las fincas afectadas por las mismas, pero no a aquellos actos que, aún siendo dispositivos, no impliquen enajenación, como la constitución de derechos reales a favor de terceros, y, por tanto, la hipoteca en garantía de préstamo objeto del presente expediente».

<sup>571</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III..., *cit.*, p. 944.



prohibiciones de disponer en los artículos 26 y 27 de LH española. Por tanto, la Ley Hipotecaria española vigente constituye el único marco legal positivo en el que se hace referencia expresa a las prohibiciones de disponer<sup>572</sup>.

En este punto, merece la pena destacar los términos literales empleados por la Exposición de Motivos de la reforma hipotecaria de 1944-1946 sobre el particular: *«Las prohibiciones de disponer, de singular importancia en una legislación de tan honda raigambre familiar como la nuestra, no han sido reguladas en el Código civil, a diferencia de lo que acontecía en el Derecho histórico patrio y en el romano. En la vigente Ley Hipotecaria se alude a ellas en los artículos 2º, 42 y 107, pero sin determinar su alcance y valor hipotecario. Semejante laguna ha sido, en parte, suplida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por las Resoluciones de la DGRN. (...) Sus efectos, por lo que al Derecho inmobiliario concierne, quedan perfectamente precisados. Mas su reglamentación adolecerá de incompleta mientras la legislación civil omite el conveniente desarrollo de una materia que, por ser extraña a la Ley no ha sido objeto de más detenido estudio»*.

En la regulación positiva contenida en los arts. 26 y 27 LH únicamente se nos ofrece una clasificación de las prohibiciones de disponer atendiendo a su origen. Consecuentemente, nada se nos dice de su concepto, ni de sus requisitos, omisión que necesariamente ha sido salvada por nuestra doctrina y jurisprudencia.

En lo que hace a su **concepto**, debemos, pues, como no puede ser de otra manera, acudir a la doctrina para encontrar una precisa definición de la misma. De entre las distintas definiciones dadas por nuestra mejor doctrina al respecto, dos son las que entendemos especialmente acertadas:

- En primer lugar, la dada por ROCA SASTRE, quien la define como una «privación o restricción del poder de disposición que lleva anejo un derecho subjetivo y que impide que éste pueda ser enajenado, gravado o de otro modo ser objeto de disposición, con mayor o menor amplitud o sin llenar determinados requisitos»<sup>573</sup>.

- En segundo lugar, la acuñada por GÓMEZ GÁLLIGO, quien la define como una «restricción total o parcial de la facultad de disposición de los derechos transmisibles que sin atribuir un correlativo derecho subjetivo al beneficiado por ellas determina la nulidad

---

<sup>572</sup> A este respecto afirma AMORÓS GUARDIOLA, M., «Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente (Comentario a la STS 12-11-1963)», en *Anuario de Derecho Civil*, N° 4, 1965, p. 959, que «no existe una reglamentación completa de estas limitaciones dispositivas. El CC sólo alude, esporádicamente, a algunas de sus manifestaciones. La LH actual regula su eficacia oponible en los arts. 26, 27 (...) y aunque (...) sientan un cuadro más sistematizado de sus distintos efectos, aluden todavía, como no podían ser menos, a un criterio de validez legal, civil, ajeno a la propia Ley. (...) Tan escueta y dispersa regulación ha encontrado su complemento necesario en abundantes decisiones jurisprudenciales (del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado) y en no pocos estudios doctrinales».

<sup>573</sup> ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario II*, Barcelona, 1979, p. 702.

absoluta o excepcionalmente la mera anulabilidad -si así se ha previsto en el título constitutivo o en la Ley- del acto realizado en su contravención»<sup>574</sup>.

En cuanto a las **clases de prohibiciones de disponer**, son muchos los criterios clasificatorios que pueden erigirse al respecto, si bien partiendo de la regulación legal de la institución contenida fundamentalmente, como decimos, en los arts. 26 y 27 de la LH española, atendiendo a su origen pueden distinguirse tres clases de prohibiciones de disponer: las prohibiciones legales, las prohibiciones judiciales o administrativas y las prohibiciones convencionales o voluntarias. Estas últimas pueden clasificarse, a su vez, en prohibiciones establecidas en actos a título gratuito y prohibiciones impuestas en actos a título oneroso.

Comenzando con las *prohibiciones de disponer de origen legal*, a ellas se refiere el art. 26. 1º de la LH española, que afirma lo siguiente: «*Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas: 1º) Las establecidas por la Ley, que sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio*»<sup>575</sup>».

En este caso es la Ley la que limita el poder de disposición y, por tanto, es ella la que determina el alcance de la restricción, sin que sea necesario ningún mecanismo de publicidad<sup>576</sup>. Es decir, su eficacia real viene dada *ex lege*, sin necesidad de ser objeto de

---

<sup>574</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Comentario al art. 26. 1º de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VII, Vol. 4º, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., Madrid, 1999, p. 181.

<sup>575</sup> Debe notarse, que el art. 26. 1º de la LH española hace un correcto uso del término «limitación del dominio» al referirse a las prohibiciones de disponer, pues precisamente se reputan como tales en cuanto a su naturaleza jurídica por parte de la mejor doctrina. Para entender lo anterior, debemos hacer una breve incursión acerca de los conceptos de límite y limitación del dominio, provenientes de la doctrina alemana. A este respecto, afirma LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «La titularidad dominical», en *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, 2ª Edición, Valencia, 2001, pp. 181 y 182, que «tal distinción parte de que cabe hablar de la existencia de un contenido normal del derecho de propiedad, que es el que viene circundado por un régimen ordinario de restricciones, que afectan de modo general a todas las titularidades dominicales que versan sobre una misma categoría de objetos; a estas “restricciones normales” y que han solido ser fijadas en su mayoría por razones de interés general (...) las conocemos con el nombre técnico de límites; al lado de ellos están las limitaciones, que son reducciones del poder del propietario en casos singulares, reducciones que afectan precisamente al llamado contenido normal, es decir el fijado por los límites. De esta forma, los límites son el régimen normal de toda propiedad sobre una determinada categoría de objetos, mientras que las limitaciones son de carácter excepcional». Así las cosas, una excelente clasificación de los límites y limitaciones es la que lleva a cabo ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil III. Derecho de bienes*, 10ª Edición, Madrid, 2004, pp. 246 y ss., distingue entre los límites por razón de interés público y los límites por razón de interés privado; así como tres casos de limitaciones, a saber, los derechos reales limitados de origen no legal, las servidumbres administrativas y las prohibiciones de disponer. Por tanto, efectivamente y como bien establece el apartado primero del art. 26 de la LH española, las prohibiciones de disponer constituyen un tipo de limitación del dominio, esto es, de restricción del contenido normal del derecho de propiedad delimitado precisamente por los límites.

<sup>576</sup> MARTÍN BRICEÑO, M. R., *La prohibición testamentaria de dividir la herencia...*, cit., p. 108. En el mismo sentido, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III..., cit., p. 945: «Las

inscripción en el Registro de la Propiedad. Como bien indica GÓMEZ GÁLLIGO, «el fundamento de esta eficacia tan radical, que en principio no se ajusta a los principios hipotecarios (basados en que lo no inscrito o anotado no debe perjudicar a tercero), se cifra doctrinalmente en la propia presunción de conocimiento de las leyes»<sup>577</sup>.

Dado el carácter excepcional dentro del sistema inmobiliario español de las prohibiciones legales de disponer, deben quedar sometidas a un régimen de gran rigurosidad, del que se derivan las siguientes consideraciones:

1º) Tienen que establecerse de manera muy clara, dado que la propiedad es naturalmente libre.

2º) Deben tener cobertura de norma legal, de manera que sólo pueden imponerse a través de disposiciones generales con rango Ley. No obstante, también podrá admitirse su imposición en normas reglamentarias cuando sean desenvolvimiento de un régimen previamente configurado por la Ley (por ejemplo, el caso de las viviendas de protección oficial).

3º) El hecho de que gocen de eficacia real *ex lege*, sin necesidad de ser objeto de publicidad registral para ello, no impide sin embargo que efectivamente puedan ser objeto de tal publicidad registral específica. En efecto, la propia Ley que las instaure puede prever como forma de reforzar su cumplimiento, que consten registralmente. Incluso la propia Ley puede determinar que sólo mediante la constatación registral adquieran eficacia real plena<sup>578</sup>.

Junto a las prohibiciones legales de disponer, por razón de su origen se distinguen en segundo lugar las *prohibiciones judiciales o administrativas de disponer*, a las que hace referencia el apartado segundo del art. 26 de la LH española, en los siguientes términos: «Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas: 2º) Las que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa serán objeto de anotación preventiva»<sup>579</sup>.

Se trata de prohibiciones de disponer que aparecen impuestas por una autoridad administrativa o judicial y que, a diferencia de las prohibiciones legales, sí necesitan ser

prohibiciones son de origen legal cuando es la Ley la que directamente declara inoponible un determinado derecho. Tienen el alcance y la eficacia que les otorgue la norma legal que las establezca».

<sup>577</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Comentario al art. 26. 1º de la Ley Hipotecaria»..., *cit.*, pp. 172 y ss.

<sup>578</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Comentario al art. 26. 1º de la Ley Hipotecaria»..., *cit.*, pp. 172 y ss.

<sup>579</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo IV, 5ª Edición, Madrid, 2005, p. 73: «(...) Cuando la plasmación concreta de la prohibición de disponer se funda (...) en la Ley, pero se materializa a través de una resolución judicial o administrativa, se suele hablar de las prohibiciones judiciales y administrativas de disponer».

objeto de publicidad registral para gozar de eficacia real o frente a terceros a través del asiento de anotación preventiva<sup>580</sup>.

Finalmente, llegamos a las prohibiciones de disponer de origen convencional o negocial, a saber las denominadas *prohibiciones voluntarias de disponer*, que son la que mayor dificultad presentan en cuanto a su configuración y requisitos. En relación a ellas, habría que distinguir entre las impuestas en negocios jurídicos *mortis causa* y las impuestas en negocios jurídicos *inter vivos*.

Por lo que respecta a las prohibiciones convencionales impuestas en negocios jurídicos *mortis causa*, como ya advertimos en la presente exposición acerca de las clases de prohibiciones de disponer, son de las pocas a las que hace referencia el CC español, concretamente en su art. 785. 2º, en el que se afirma que «no surtirán efecto las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aún temporal, fuera del límite señalado en el art. 781»<sup>581</sup>. Por su parte, el art. 781 del CC español dispone que «las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador».

De lo dispuesto en el art. 785 del CC español que remite, a su vez, al art. 781, pueden deducirse dos reglas fundamentales:

1º) En primer lugar, que las prohibiciones de disponer que tengan carácter perpetuo no surtirán ningún efecto, de modo que toda cláusula en la que así se establezca será absolutamente nula, esto es, el adquirente que recibe el derecho en cuestión lo hará sin ninguna cortapisa en su poder dispositivo.

2º) En segundo lugar, tampoco surtirán efectos las prohibiciones de disponer de carácter temporal, si sobrepasan los límites señalados en el art. 781 del CC español<sup>582</sup>. El referido precepto hace referencia a una institución sucesoria de gran peso histórico, las denominadas «sustituciones fideicomisarias», que de manera muy simplificada puede

---

<sup>580</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Comentario al art. 26. 1º de la Ley Hipotecaria»..., *cit.*, pp. 172 y ss.: «Se diferencian de las prohibiciones administrativas y procesales (refiriéndose a las prohibiciones legales) en que en éstas (aunque también tienen su origen en una disposición normativa) requieren para su eficacia una resolución judicial o administrativa expresa con la consiguiente remisión al Registrador de la Propiedad de un mandamiento para su constatación por vía de anotación preventiva». De la misma forma, LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «La titularidad dominical»..., *cit.*, p. 188: «(...) Las establecidas por la Ley no necesitan de publicidad registral, y las impuestas por declaración judicial o administrativa sí, a través de la eficacia particular del asiento registral llamado anotación preventiva».

<sup>581</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo IV..., *cit.*, p. 70: «(...) Nuestro Código Civil no regula sistemáticamente tales prohibiciones, ni las integra en el régimen normativo de la propiedad privada, limitándose a contemplar –de pasada, en el art. 785. 2º- la invalidez de “las disposiciones (testamentarias) que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781”».

<sup>582</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III..., *cit.*, p. 947.

decirse que consisten en el llamamiento por parte del testador a varias personas para que vayan entrando sucesivamente en el disfrute de la herencia con la obligación de conservarla (lo que comporta el no poder disponer de ella) para poder transmitirla al heredero sucesivo<sup>583</sup>. El legislador español no ha permitido que los sucesores con prohibición de disponer sean ilimitados, ya que ello daría lugar a la amortización de la propiedad, tal y como sucedió en el Derecho histórico en el que la ilimitación de los llamamientos sucesivos se empleaba como vehículo a la vinculación y al amayorazgamiento de los bienes, fundamentalmente de la propiedad inmueble<sup>584</sup>. Así las cosas, el legislador español impone un límite de validez a los llamamientos sucesivos distintos del primero (para éste es siempre eficaz la obligación de conservar y la prohibición de disponer). Este límite depende de que los llamados sucesivamente vivan todos a la muerte del testador o no hayan nacido aún: en el primer caso, el testador puede llamar a cuantos quiera; y en el segundo, a dos sucesores<sup>585</sup>. En definitiva y en otros términos, como bien indica LÓPEZ LÓPEZ, «cualquier prohibición de disponer de origen convencional *mortis causa* está limitada a las personas que vivan a la muerte del testador, y a aquellos no nacidos en dos generaciones a partir de la suya»<sup>586</sup>.

---

<sup>583</sup> Como venimos aclarando de modo breve simplificado, la sustitución fideicomisaria o fideicomiso consiste en nombrar un heredero para después que lo haya sido otro; por ejemplo: sea A mi heredero, mientras viva, y a su muerte pase mi herencia [toda o en parte] a B. El testador que ordena esta sustitución fideicomisaria se denomina *fideicomitente*; al primer heredero, *fiduciario*; y al segundo y sucesivos, *fideicomisario*. Nótese, que la figura de la sustitución fideicomisaria se contempla en Italia bajo perfiles totalmente distintos: en Italia, la sustitución fideicomisaria se regula en los arts. 692 a 699 del CC italiano, si bien sólo permitiendo la validez de su institución teniendo como fiduciario a un declarado judicialmente como incapaz, descendiente o cónyuge del fideicomitente; y como fideicomisario a la persona o ente que se haya encargado del cuidado de este último. En definitiva, puede decirse que la sustitución fideicomisaria tal y como queda configurada en España resulta inexistente en Italia, en la que sólo se prevé como una institución excepcional destinada a la protección del incapacitado. Vid. en este sentido el párrafo primero del art. 692 del CC italiano, a cuyo tenor: «Ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell'interdetto possono istituire rispettivamente il figlio, il discendente, o il coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima, a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo». Como de manera muy clara resume GALGANO, F., *Tratato di Diritto Civile*, Vol. I..., *cit.*, p. 764: «(...) La sostituzione fedecommissaria si riduce a questo: gli ascendenti o il coniuge di un interdetto possono istituire erede l'interdetto con l'obbligo di conservare il patrimonio ereditario e di restituirlo, alla sua morte, alla persona o all'ente che si è preso cura di lui. La designazione di questa persona o ente come erede sostituito dell'erede istituito assume così una funzione remuneratoria della cura che la persona o l'ente si è presa dell'interdetto».

<sup>584</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «La titularidad dominical»..., *cit.*, p. 189.

<sup>585</sup> DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III (Tomo I), 8ª Edición, Madrid, 2012, p. 48.

<sup>586</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «La titularidad dominical»..., *cit.*, p. 189. DE PABLO CONTRERAS, P., «Limitaciones jurídico-privadas de la propiedad», en *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales*, DE PABLO CONTRERAS, P. (Coord.), Madrid, 2004, p. 172, explica la limitación temporal a la que quedan impuestas las prohibiciones de disponer establecidas en negocios *mortis causa*, en los términos siguientes: «Ello quiere decir que el testador puede prohibir que disponga su heredero o legatario, imponiéndose así que la cosa pase con la misma prohibición de disponer a los herederos de éstos, pero los suyos -en cambio- podrán ya disponer de la misma libremente, *inter vivos* o *mortis causa*; o sea que la eficacia de la prohibición de disponer se limita a dos transmisiones: la que realiza el que la impone y una más. Sin embargo, esta limitación no rige si los beneficiados por la prohibición de disponer están vivos (o ya concebidos: cfr. art. 29 CC) en el momento de fallecer el testador: entonces, siempre que sean éstos quienes adquieran, no hay límite en el número de

Debe advertirse llegados a este punto, que a pesar de que un precepto referido a las sustituciones fideicomisarias sea el que imponga el límite temporal de las prohibiciones voluntarias de disponer impuestas en negocios *mortis causa* como requisito de validez de las mismas, no pueden reputarse a ambas como sinónimas: esto es, las prohibiciones de disponer testamentarias no son sustituciones fideicomisarias. Ciertamente, como bien apunta CAÑIZARES LASO, «la sustitución fideicomisaria implica de alguna manera prohibición de disponer, pero no a la inversa». En efecto, resulta fuera de toda duda que la prohibición de disponer no conlleva sustitución fideicomisaria, ya que en ésta los bienes conservados por el fiduciario pasan al fideicomisario como herencia del fideicomitente, mientras que los bienes que recibiese quien heredase teniendo prohibido disponer, a su muerte, irían a sus herederos como herencia suya y no del testador. Por otra parte, la prohibición de disponer en sentido estricto supone un recorte en el poder de disposición del titular del derecho, pero sin crear un respectivo derecho subjetivo en ningún otro sujeto; es decir, existirá verdadera prohibición de disponer (así se desprendía de los términos literales de los conceptos doctrinales que de la misma hemos dado al iniciar nuestra exposición) cuando no coexista un derecho subjetivo en otra persona (puede existir un beneficiario o no, pero no coexiste, como decimos, un derecho subjetivo de otra persona). En la sustitución fideicomisaria, a diferencia de lo anterior, el poder de disposición del fiduciario se halla limitado por la coexistencia de un derecho que ostenta otro sujeto<sup>587</sup>.

Antes de adentrarnos en la segunda modalidad de prohibición convencional de disponer, esta vez, mediante negocio jurídico *inter vivos*, debe añadirse, como bien señala LÓPEZ LÓPEZ, que aunque el art. 785. 2º del CC español se refiera expresamente sólo a la

---

transmisiones y sujetos afectados por la prohibición impuesta, y aún podrían estarlo dos más que no viviesen al morir el testador».

<sup>587</sup> CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias»..., *cit.*, pp. 1473-1477. Como acabamos de comprobar y justificar, la prohibición de disponer testamentaria no constituye una sustitución fideicomisaria, lo cual no excluye que en la práctica pueden emplearse las primeras para reforzar supuestos de sustituciones fideicomisarias. También defienden la distinción entre la prohibición de disponer testamentaria y la sustitución fideicomisaria, añadiendo un argumento adicional al respecto, DíEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III (Tomo I)..., *cit.*, p. 48: «Las prohibiciones de disponer testamentarias no son sustituciones fideicomisarias, aunque en ésta hay implícita una prohibición de aquella naturaleza, pues para transmitir los bienes a otro heredero hay que conservarlos. Pero en la genuina prohibición no existe un llamamiento sucesivo a un mismo bien (Resolución de la DGRN de 13 de octubre de 2005)». En el mismo sentido, también GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Comentario al art. 26. 1º de la Ley Hipotecaria»..., *cit.*, pp. 172 y ss. Igualmente, a este respecto, la Resolución de 13 de octubre de 2005 afirma: «Es cierto que toda sustitución fideicomisaria implica una prohibición de enajenar pero no es cierto que toda prohibición de enajenar implique una sustitución fideicomisaria. La prohibición no implica un llamamiento sucesivo y de ahí que no pueda ser asimilada a las sustituciones fideicomisarias (confróntese el contenido de los dos primeros números del artículo 785 del Código Civil o el distinto régimen que, en sede de donaciones, otorga el legislador a la donación con reserva de disponer y a la donación con sustitución fideicomisaria en los artículos 639 y 640 del propio código)».

institución de heredero, debe entenderse aplicable el precepto a cualquier prohibición de disponer de origen *mortis causa* (también se incluye, pues, la institución de legatario)<sup>588</sup>.

Pasamos ahora analizar las prohibiciones de disponer convencionales impuestas mediante negocios jurídicos *inter vivos*. En relación con las mismas, se hace necesario distinguir entre los negocios jurídicos gratuitos *inter vivos* y los negocios jurídicos onerosos *inter vivos*.

Con respecto a las prohibiciones de disponer establecidos mediante negocios jurídicos gratuitos *inter vivos*, establece el art. 26. 3º de la LH española que «las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas: 3ª) Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez». Como puede apreciarse, el precepto enunciado hace referencia, tanto a las prohibiciones de disponer impuestas en negocios jurídicos *mortis causa*, cuanto a las impuestas en negocios *inter vivos*, si bien en el caso de éstos últimos, únicamente a los que tengan carácter gratuito. Lo que viene a establecerse, pues, no es otra cosa que la clara validez de estas prohibiciones y la posibilidad de que sean objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad; esto es, se permite su publicidad registral, con lo que queda asegurada su oponibilidad frente a terceros.

Por su parte, a las prohibiciones de disponer convencionales establecidas en negocios jurídicos *inter vivos* onerosos, hace referencia el art. 27 de la LH española, a cuyo tenor, «las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquiera otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento». Esto es, el art. 27 de la LH española niega la posibilidad de que las prohibiciones voluntarias establecidas en negocios *inter vivos* onerosos puedan ser objeto de publicidad registral, con lo que impide que puedan gozar de eficacia real; lo que significa que cualquier tercero que adquiere un derecho que haya sido objeto entre otras partes de prohibición de disponer onerosa, no quedará afectado por ésta, en aplicación de los principios de protección de los terceros, y de la publicidad registral<sup>589</sup>. Ello no quiere decir que la prohibición de disponer onerosa sea

---

<sup>588</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «La titularidad dominical»..., *cit.*, p. 189.

<sup>589</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «La titularidad dominical»..., *cit.*, p. 189. Nótese, por otra parte, que La ley 482 de la Compilación Navarra se aleja de lo previsto en nuestra LH sobre prohibiciones de disponer derivadas de actos a título oneroso al señalar lo siguiente: «La prohibición de disponer establecida en actos a título oneroso tiene eficacia obligacional por el plazo máximo de diez años, siempre que se haga a favor de personas actualmente determinadas. Esta prohibición es inscribible, siempre que para ello exista convenio expreso, y una vez inscrita en el Registro tendrá eficacia real durante el plazo máximo de cuatro años». Lo particular de este precepto, como bien indica MARTÍN BRICEÑO, M. R., «Interés económico y social de las prohibiciones voluntarias de disponer: su validez y eficacia jurídica», en *Actualidad Civil*, Nº 6, 2010 (consultado en la base de datos <http://www.laleydigital.es>; fecha de consulta: 13/08/2013), p. 9, es que pese a la naturaleza personal del acuerdo, se admite que de él se derive la posible inscripción de una prohibición de disponer en el Registro de la Propiedad con el fin de atribuirla unos efectos reales».

nula: antes bien, gozará de validez, si bien con una eficacia meramente obligacional entre las partes que la establezcan. En otros términos y como bien apunta GÓMEZ GÁLLIGO en este punto, el hecho de que no se admita la publicación en el Registro de la Propiedad de las prohibiciones de disponer impuestas a título oneroso, significa en realidad dos cosas:

«1º) Que las prohibiciones de disponer impuestas en actos a título oneroso (compraventas, permutas, etc.), aunque válidas, no tienen eficacia real (con relación a tercero).

2º) Que ni siquiera con relación a quien no es tercero, sino parte del contrato, tienen plena eficacia, en la medida que su contravención tendrá como consecuencia no la nulidad absoluta del acto realizado en su contravención, sino la indemnización de los daños y perjuicios causados a quien impuso la prohibición, indemnización que sí se puede asegurar con eficacia real a través de una hipoteca u otra forma de garantía real»<sup>590</sup>.

Llegados a este punto, merece la pena que nos detengamos, en aras de la **delimitación exacta del concepto de prohibición de disponer en sentido estricto**, en la distinción entre éste y las denominadas «obligaciones de no disponer» (mal llamadas, en ocasiones, prohibiciones de disponer con eficacia obligacional). En efecto, las prohibiciones de disponer en sentido estricto son únicamente aquellas que gozan de eficacia real plena, esto es, las que resultan oponibles a los terceros. Aquellas que sólo tengan eficacia obligacional *inter partes*, tales como las impuestas mediante negocios a título oneroso, no pueden calificarse como prohibiciones de disponer, sino que constituirán meras obligaciones de no disponer. Las verdaderas prohibiciones de disponer con eficacia real son las que producen que el derecho de propiedad circule de titular a titular sin la facultad de disponer, y así sea frente a todos y para todos; mientras que las obligaciones de no disponer son aquellas cuyo incumplimiento no hace ineficaz el acto de disposición en favor de tercero, generando única y exclusivamente la obligación de resarcir los daños y perjuicios correspondientes al incumplimiento, y no afectando al tercer adquirente de la prohibición, que recibirá el derecho de propiedad en su integridad<sup>591</sup>.

---

<sup>590</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Comentario al art. 27 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VII, Vol. 4º, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., Madrid, 1999, pp. 220 y ss.

<sup>591</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «La titularidad dominical»..., *cit.*, p. 188. Del mismo modo, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil III. Derecho de bienes...*, *cit.*, p. 270: «Quede bien claro que las prohibiciones de disponer a que aquí me refiero, son cosa distinta de que el dueño haya contraído la obligación de no realizar la enajenación o gravamen. En este caso tiene plenas facultades de disponer de la cosa, aunque habiéndose obligado a no hacerlo, si lo hace, responda por incumplimiento de su obligación. En aquél se trata de que carece del poder de disponer (dentro de los límites que sea) de la cosa, porque la propiedad sobre ésta no es (como lo es normalmente) un poder actualmente pleno, sino en el que objetivamente falta ahora un trozo: el correspondiente a la facultad de disponer (...). Recalcando igualmente la importancia de trazar la distinción entre las verdaderas prohibiciones de disponer y las meras obligaciones de no disponer, también DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III..., *cit.*, p. 945: «Conviene distinguir nítidamente las prohibiciones de disponer frente a las obligaciones de carácter negativo u obligaciones de no disponer. La



Es importante que hagamos esta aclaración, porque en el Ordenamiento Jurídico italiano, precisamente lo único que se contempla en el CC de 1942 vigente es la referida obligación negativa de disponer (concretamente, de enajenar). En efecto, el art. 1379 del CC italiano atribuye eficacia meramente obligacional a toda prohibición de enajenar, siempre que tenga carácter meramente temporal y responda a un interés legítimo de alguna de las partes<sup>592</sup>. Es decir, el CC italiano no admite bajo ningún concepto el establecimiento de una genuina «prohibición de disponer», sino únicamente las obligaciones negativas de no enajenar (ni siquiera de disponer, en sentido genérico)<sup>593</sup>, las cuales, reiteramos, gozarán de eficacia meramente obligacional entre las partes que la acuerden: de modo que su inobservancia no afectará a la eficacia del acto de enajenación que la contravenga, sino que únicamente dará lugar a la correspondiente indemnización por daños y perjuicios (supone un mero incumplimiento de una obligación, en este caso, de contenido negativo: no vender).

Hecha esta aclaración acerca de la necesaria eficacia real que deben reunir las prohibiciones de disponer para tener la consideración de tales, puede recapitularse afirmando que sólo serán verdaderas prohibiciones de disponer convencionales las establecidas en negocios *mortis causa*, así como las impuestas mediante actos *inter vivos* puramente gratuitos, una vez inscritas en el Registro de la Propiedad<sup>594</sup>.

diferencia teórica nos parece clara. En el primer caso el titular del derecho se ve privado de la facultad dispositiva y carece en delante de ella. En el segundo caso asume un puro deber consistente en una prescripción negativa o de no hacer, de manera que poseyendo facultades suficientes para realizar el acto dispositivo queda obligado a no ejecutarlo. La diferencia se puede trasladar al campo de los efectos. Carente de facultades dispositivas, el titular afectado por la prohibición, si dispone, realiza un acto nulo. En cambio el que soporta una obligación negativa de no disponer, si realiza el acto dispositivo, lleva a cabo un acto válido y eficaz, aunque, al realizarlo, habrá infringido la obligación y será por ello responsable de los daños y perjuicios que cause».

<sup>592</sup> El tenor literal del art. 1379 del CC italiano es el que sigue: «Il divieto di alienare stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti, e non è valido se non è contenuto entro convenienti limiti di tempo e se non risponde a un apprezzabile interesse di una delle parti».

<sup>593</sup> Debe tenerse presente la ya apuntada relevancia de la distinción existente entre la prohibición de disponer en sentido genérico y la prohibición de enajenar. La segunda sería una subespecie de la primera, que sólo impediría actos de enajenación, es decir, sí permitiría actos de gravamen sobre el derecho en cuestión, tales como la constitución de un derecho real limitado.

<sup>594</sup> Si las verdaderas prohibiciones de disponer son únicamente aquellas que gozan de eficacia real y si, salvo las legales, todas tienen que ser objeto de publicidad registral para ello, podemos aventurarnos afirmando el carácter constitutivo que tal publicidad tiene para cada una de ellas (las judiciales y administrativas y las convencionales *mortis causa e inter vivos* a título gratuito). En defensa del carácter constitutivo de la inscripción de las prohibiciones voluntarias, así como de la anotación de las prohibiciones judiciales y administrativas, se postula CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias»..., *cit.*, pp. 1499 y 1500, aportando sugerentes argumentos en defensa de este posicionamiento: «(...) Las prohibiciones de disponer con posible eficacia real requieren la inscripción constitutiva en el Registro de la Propiedad. A favor de esta postura se pueden dar varios argumentos: en primer lugar, las prohibiciones de disponer no tienen ningún tipo de publicidad posesoria, por lo que no cabe otra que la publicidad registral; en segundo lugar, las prohibiciones de disponer son contrarias a la libre circulación de los bienes, por lo que deben someterse a los requisitos más exigentes de publicidad; y en tercer lugar, se debe tener en cuenta que el art. 785. 2 es la única regla que hace referencia directa a las prohibiciones de disponer y sólo para limitarlas, mientras que el art. 26 LH, y aunque aquí el argumento sea puramente literal, no contradice al Código civil cuando señala que las prohibiciones de disponer o enajenar “se harán constar” en el Registro de la Propiedad y

Así las cosas, sólo nos resta por determinar las específicas **condiciones de validez que deben reunir las prohibiciones de disponer** genuinas admitidas por nuestro Ordenamiento<sup>595</sup> para gozar de esa preceptiva eficacia real que, como decimos, las harán ostentar la condición de tales. Algunos de estos requisitos de validez ya han sido puestos de manifiesto en páginas anteriores, principalmente el del límite temporal que las prohibiciones deben de reunir, si bien existen otra serie de presupuestos que se añaden por parte de la doctrina y jurisprudencia españolas, en base a los argumentos que seguidamente tendremos ocasión de analizar.

Cada uno de estos requisitos que pasaremos a estudiar vienen referidos a las prohibiciones voluntarias de disponer, ya que como indica ALBALADEJO, respecto de las llamadas legales no hay cuestión, pues las establece el propio Derecho; ni tampoco sobre las que procedan de alguna resolución judicial o administrativa, porque también se dictan con arreglo a la Ley. A pesar de lo cual, ciertamente, suelen entenderse aplicables estas condiciones de validez por parte de los autores a todo tipo de prohibiciones de disponer<sup>596</sup>.

---

“producirán efecto” con arreglo a las siguientes normas. De admitir la inscripción constitutiva para la eficacia real de las prohibiciones de disponer, obtendríamos dos regímenes jurídicos distintos de las prohibiciones de disponer establecidas en actos a título gratuito. Aquellas prohibiciones de disponer no inscritas, únicamente originarán un vínculo obligacional, de manera que la infracción de la prohibición dará lugar a indemnización de daños y perjuicios pero el acto realizado será válido. El régimen jurídico de estas se equipararía al de las prohibiciones de disponer establecidas en actos a título oneroso. De otra parte, aquellas prohibiciones de disponer inscritas en el Registro de la Propiedad tendrán eficacia real, eficacia originada por la inscripción y el acto realizado incumpliendo la misma será nulo en su vertiente traslativa. La admisión de este punto de vista daría lugar a una mejor solución práctica». Siguiendo esta misma postura, también AMORÓS GUARDIOLA, M., «Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente (Comentario a la STS 12-11-1963)»..., *cit.*, pp. 962 y 963: «Hablar de una prohibición de disponer con efectos puramente obligacionales parece una contradicción en los términos. O la prohibición condiciona el acto dispositivo y afecta necesariamente al presunto adquirente posterior, o carece de eficacia como tal prohibición. Si el tema de la proyección sobre los terceros adquirentes es esencial al estudiar los efectos de cualquier instituto jurídico, en materia de prohibiciones de disponer es especialmente relevante. Por su propia naturaleza, la prohibición de disponer afecta al acto dispositivo y, en consecuencia, debe repercutir sobre el adquirente de la enajenación. Por eso, en materia de prohibiciones de disponer, la oponibilidad o eficacia erga omnes es esencial. Pero la oponibilidad va ligada a la publicidad. Sin publicidad no hay -no debe haber, al menos- oponibilidad. Consecuencia: las prohibiciones de disponer, para ser tales, plenamente eficaces, requieren del apoyo registral. Siendo el Registro de la Propiedad la forma organizada de publicidad de los inmuebles. Esa es la causa de la consideración preferentemente registral o hipotecaria de las prohibiciones de disponer».

<sup>595</sup> Las prohibiciones de disponer admitidas por nuestro Ordenamiento, en síntesis de lo ya expuesto, vienen a ser las siguientes: las prohibiciones legales de disponer, que no necesitan de publicidad registral; las prohibiciones judiciales y administrativas, siempre que sean objeto de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad; y las prohibiciones convencionales *mortis causa*, así como las *inter vivos* establecidos por actos a título puramente gratuito, siempre que sean objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad.

<sup>596</sup> Así lo afirma, centrándose en el requisito del límite temporal impuesto por el art. 785. 2º del CC, referido en principio con carácter exclusivo para las prohibiciones convencionales *mortis causa*, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III..., *cit.*, pp. 946 y 947: «Estos límites se encuentran incluidos en los arts. 781 y 785, que, aunque de manera directa sólo son aplicables a las prohibiciones de enajenar, parece que deben serlo a todo tipo de limitaciones de la facultad de disponer y que aunque contemplan sólo las prohibiciones de enajenar establecidas en testamento o en negocios *mortis causa* deben entenderse aplicables a todo tipo de prohibiciones». Del mismo modo, LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J.,

El primero de los requisitos de validez a los que alude la doctrina y jurisprudencia española es el único establecido expresamente en sede de Derecho positivo, a saber, el de su necesaria *temporalidad*, en los términos establecidos por los arts. 785. 2º y 781 del CC español. Como ya hemos analizado en relación con las prohibiciones *mortis causa* de disponer, lo cual reiteramos en este punto, extendiendo los términos de la exigencia a toda prohibición de disponer de que se trate, las prohibiciones de disponer no podrán ser perpetuas, y aún siendo temporales, no podrán exceder del término establecido en el art. 781 del CC español: a saber, la prohibición quedará limitada a las personas que vivan a la muerte del que imponga la prohibición de disponer, y a aquellos no nacidos en dos generaciones a partir de la suya<sup>597</sup>.

La segunda condición de validez o admisibilidad de las prohibiciones de disponer a las que suele hacer referencia comúnmente la doctrina y jurisprudencia española es la necesidad de que las mismas *respondan a un interés legítimo de la persona que las establece o que las impone*<sup>598</sup>. Se trata de un requisito de cuño doctrinal y jurisprudencial, pues no existe

*Elementos de Derecho Civil*, III (Vol. 1º), Madrid, 2008, pp. 266 y 267, hacen referencia a los requisitos de las prohibiciones de disponer, refiriéndose a las mismas en sentido genérico, es decir, incluyendo a todas y cada una de sus posibles modalidades (también las legales y judiciales o administrativas).

<sup>597</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «La titularidad dominical»..., *cit.*, p. 190: «De acuerdo con la prevalente doctrina, podríamos enumerar las siguientes (condiciones de admisibilidad de las prohibiciones de disponer, cualquier que sea su clase): 1ª) Su duración no puede ser en ningún caso perpetua, ni sobrepasar los límites del art. 785. 2º en relación con el art. 781 CC. Esta norma, aun nacida para la institución fideicomisaria, expresa, (...) un principio general del orden público económico español, en cuanto prohíbe la amortización de la propiedad dentro de unos límites estrictos, que hay que reputar aplicables tanto a la esfera de los negocios jurídicos *mortis causa*, como a la de los negocios jurídicos *inter vivos*». Del mismo modo, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil III. Derecho de bienes...*, *cit.*, p. 271: «Es preciso que no sobrepasen (las prohibiciones de disponer) que no sobrepasen los límites que explícita o implícitamente fija la Ley para que no pueda ir más allá de ellos la indisponibilidad de los bienes (así, CC, arts. 781 y 785. 2º, cuyo precepto, *mutatis mutandis*, vale para los actos *inter vivos* [...])». Igualmente, Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III..., *cit.*, pp. 946 y 947. Asimismo, CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias»..., *cit.*, p. 1479: «(...) Para que sea válida una prohibición de disponer, no puede ser perpetua y siendo temporal, deberá cumplir lo previsto por el art. 781 CC». También, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Las prohibiciones de disponer y su inscribibilidad en el registro de la propiedad. especial referencia a las contenidas en un crédito hipotecario»..., *cit.*, p. 1202: «(...) Es comúnmente admitido por la doctrina y jurisprudencia, que las prohibiciones de disponer deben tener una duración temporal. Es decir, no puede limitarse la disposición de los bienes de manera perpetua, pues iría en contra de los principios de libertad de circulación de los bienes, tan perseguido por nuestra legislación. El límite que se considera aplicable a estas prohibiciones de disponer es el mismo que tienen las sustituciones fideicomisarias, es decir, dos generaciones, tal y como establecen los artículos 781 y 785.2 del Código Civil, cuando se establezcan a favor de personas no existentes todavía».

<sup>598</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III..., *cit.*, p. 947. También menciona la necesidad de que la prohibición de disponer responda a un interés legítimo o justa causa, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil III. Derecho de bienes...*, *cit.*, pp. 272-274. Asimismo, LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, III (Vol. 1º)..., *cit.*, p. 266: «Requiere asimismo (refiriéndose a las prohibiciones de disponer, claro está), aunque no lo establece así ningún precepto, la presencia de un interés justo y legítimo en cuyo servicio se imponga aquélla». De la misma forma, MONTÉS PENADÉS, V. L., «El modo testamentario y las prohibiciones de disponer», en *Anuario de Derecho Civil*, fasc. II, 1974, p. 324: «La doctrina recuerda que la facultad de disponer de los derechos subjetivos es algo consustancial en la mayoría de ellos, de suerte que la prohibición de disponer de los mismos es en principio inadmisibles, como si fuere *contra naturam*. Por tanto, sólo cuando haya un motivo justificado puede admitirse. La prohibición de disponer se

precepto legal alguno que haga referencia al mismo, que impide que puedan imponerse prohibiciones de disponer de manera arbitraria o caprichosa, si bien no resulta necesaria la mención expresa de la causa que motive la prohibición en cuestión<sup>599</sup>.

Se trata de un requisito exigido ya en el Derecho romano e histórico<sup>600</sup>, cuya actual razón de ser deriva del principio general de libre circulación de los bienes que rige en nuestro Ordenamiento, de modo que la limitación al mismo en que consiste toda prohibición de disponer debe interpretarse con carácter restrictivo y mirarse con reservas; carácter restrictivo que impide precisamente que éstas puedan imponerse sin motivo razonable alguno o interés para alguien<sup>601</sup>.

halla supeditada a una causa motivadora justa y no caprichosa». Por su parte, igualmente, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Las prohibiciones de disponer y su inscribibilidad en el registro de la propiedad. especial referencia a las contenidas en un crédito hipotecario»..., *cit.*, p. 1202: «El último requisito que ha señalado la doctrina es que es necesario que dichas prohibiciones se establezcan con una causa justa o razón que las justifique». Igualmente, GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Comentario al art. 26. 3º de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VII, Vol. 4º, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., Madrid, 1999, pp. 212 y ss.: «La necesidad de causa justa no está recogida expresamente en nuestro Derecho positivo, pero según la tradición histórica la prohibición de disponer sólo es eficaz si responde a una razón lícita o al designio de beneficiar o tutelar a alguien».

<sup>599</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «La titularidad dominical»..., *cit.*, p. 190. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, III (Vol. 1º)..., *cit.*, p. 266, también destacan que «para la validez de la prohibición no es preciso que el disponente declare cuál sea el interés o finalidad con que la establece (...)».

<sup>600</sup> CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias»..., *cit.*, p. 1479, afirma que «históricamente, desde el famoso fragmento de Marciano en el *Corpus* (D. 30, 114,14) que imperó en el *ius commune* y fue recogido por la Ley de Partidas (5, 5, 44), siempre se exigió que el establecimiento de prohibiciones de disponer respondiese a una causa razonable». Prueba de la vigencia histórica de este requisito del interés legítimo al que debe responder la prohibición de disponer lo constituye el Derecho foral español; concretamente, el derogado artículo 117, párrafo 1º, de la Compilación catalana, se hacía eco de la referida tradición romanista, exigiendo la necesidad de imponer una razón lícita o el designio de beneficiar o tutelar a alguien, aunque fuera el afectado por la prohibición, para que la prohibición de disponer fuera eficaz y no se convirtiera en una mera recomendación. Destaca igualmente el fundamento histórico del requisito de la justa causa a la que deben responder las prohibiciones de disponer, MARTÍN BRICEÑO, M. R., *La prohibición testamentaria de dividir la herencia*..., *cit.*, pp. 131 y 32: «El Digesto (30, 114, 14) ya exigía que las prohibiciones testamentarias de disponer fueran causales o que se impusieran en consideración a una persona determinada, para que no fueran consideradas un *nudum praeceptum*. Las Partidas (5, 5, 44) también se pronunciaban en el mismo sentido, y determinaban la ineficacia de la prohibición testamentaria carente de “razón guisada” o del señalamiento de “persona alguna o cosa cierta por que lo fazía». De la misma forma, GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Comentario al art. 26. 3º de la Ley Hipotecaria»..., *cit.*, pp. 212 y ss..

<sup>601</sup> CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias»..., *cit.*, p. 1481. En este mismo sentido, CACCHINI ROSELL, «La causa ilícita que justifica las prohibiciones de disponer sobre los inmuebles (a propósito de la STS de 11 de diciembre de 2001)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 675, 2003, pp. 203 y ss.: «Ya desde antiguo, (...) se requería la existencia de una justa causa para admitir válidamente las limitaciones del *ius disponendi*. Si bien actualmente las disposiciones del Código Civil o de la Ley Hipotecaria no lo exigen, puede afirmarse que se trata de un requisito exigido por la jurisprudencia y por la doctrina. Por ello se afirma constantemente que toda prohibición de disponer debe obedecer a un interés digno de tutela, a una causa lícita. Si bien el Ordenamiento Jurídico no lo exige expresamente, se sostiene que cabe deducirlo de los principios que lo informan, as. como del derecho histórico nacional (Partidas), y en el principio general de que el dominio se presume libre de toda carga o gravamen limitativo». De la misma forma, MARTÍN BRICEÑO, M. R., «Interés económico y social de las prohibiciones voluntarias de disponer: su validez y eficacia jurídica»..., *cit.*, p. 18: «No hay que olvidar el carácter excepcional que debe tener toda prohibición de disponer en cuanto que suspende el ejercicio de una facultad que integra el contenido de todo

Por otra parte también cabe añadir, al igual que puede decirse respecto de las condiciones de validez en sentido general, que el control causal resulta verdaderamente imprescindible en las prohibiciones voluntarias de disponer, ya que las establecidas por las Leyes o por resoluciones administrativas o judiciales, gozan por sí mismas y *a priori* del fundamento necesario y justificativo de su validez<sup>602</sup>.

Como decimos, el presente es un requisito no exigido en ningún precepto de Derecho positivo, pero sí unánimemente por la doctrina, como acabamos de ver, y también por la denominada «jurisprudencia registral» española (la emanada de la DGRN). A este respecto, puede destacarse la Resolución de la DGRN, de 21 abril de 1949, que ya manifestó lo siguiente: «Bien supongan las prohibiciones de disponer una alteración interna del derecho (...), o una limitación a la facultad de disponer (...), en cuanto entrañan una restricción sancionada por la Ley al ejercicio de un derecho subjetivo, (...) los Tribunales sólo admiten su validez cuando son temporales y están justificadas por una finalidad seria y legítima (...)». Asimismo, por parte del Tribunal Supremo español, puede destacarse la Sentencia de 13 de diciembre de 1991, en la que se afirma lo que sigue: «(...) Proyectando la atención sobre las impuestas por la voluntad del particular o particulares (refiriéndose a las prohibiciones de disponer), es de señalar, que el más generalizado criterio doctrinal y dentro de sus escasas manifestaciones también del jurisprudencial, nos indican, que siendo la prohibición de disponer un límite a una de las más normales y generalizadas facultades del *dominus*, la del *ius disponendi*, su interpretación ha de realizarse con criterio restrictivo y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por quien establece tal limitación, finalidad que puede ser de carácter social, familiar, etc. Ejemplo de lo indicado puede contemplarse en la Sentencia de esta Sala de 25-6-1945, en la cual y entre otros pronunciamientos se declara la inadmisibilidad de los pactos de no enajenar concebidos en términos absolutos con base en el principio de que *pactum de non alienando res propria non valet*, siendo preciso para su eficacia que se inspiren en un interés digno de protección, a salvo, claro es, de las taxativas prohibiciones legales, criterio que puede también observarse en las Resoluciones de la DGRN de 30-6-1913, cuando establece que tales pactos han de entenderse en su sentido literal y no pueden ampliarse, y en la de 21-4-1949».

Éstas vienen a ser, pues, las condiciones de validez que con carácter general suele exigir la doctrina y jurisprudencia española para que las prohibiciones de disponer que resulten admisibles por el Ordenamiento Jurídico (recordamos, las legales, las judiciales o administrativas y las convencionales *mortis causa e inter vivos* a título gratuito), para que

---

derecho subjetivo disponible, facultad que favorece la libertad del tráfico de los bienes, un principio presente en nuestro Código civil. Consiguientemente, la presencia de una causa evita el uso indiscriminado de las restricciones al poder de disposición, sin la cual se podría llegar a una derogación del principio de libre disponibilidad de los bienes».

<sup>602</sup> CACCHINI ROSELL, «La causa ilícita que justifica las prohibiciones de disponer sobre los inmuebles (a propósito de la STS de 11 de diciembre de 2001)»..., *cit.*, pp. 203 y ss.

puedan llegar a gozar de eficacia real; o lo que es lo mismo, para que puedan llegar a alcanzar la consideración de verdaderas prohibiciones de disponer en sentido estricto.

### ***2.1.2.3.c) El juego de las prohibiciones de disponer frente a la ejecución dineraria: posibles soluciones y doctrina actual de la DGRN***

Ya hemos estudiado el marco jurídico general que existe en España acerca de la importante institución de las prohibiciones de disponer: hemos analizado su regulación, hemos delimitado su concepto y nos hemos adentrado en las condiciones generales de validez que a las mismas se exigen (la temporal, establecida en sede legal; y la justa causa a la que deben responder, acuñada doctrinal y jurisprudencialmente). Así las cosas, nos resta ahora por determinar la cuestión que a nosotros más interesa en el presente epígrafe referente a los requisitos objetivos que debe reunir el embargo y la posterior venta judicial, a saber, el juego de las prohibiciones de disponer en relación con las anteriores figuras (embargo y venta judicial). La problemática a la que nos enfrentamos puede resumirse en las siguientes cuestiones: ¿impide una prohibición de disponer eficaz todo acto de disposición, no sólo voluntario sino también forzoso? En otros términos, ¿puede un derecho sobre un bien inmueble sujeto a prohibición de disponer vigente ser objeto de embargo y posterior venta judicial? En el caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿seguirá pesando la prohibición de disponer sobre el bien objeto de venta judicial? Las respuestas a estas cuestiones distan de ser sencillas, pues ello entraña delimitar ante qué tipo de prohibición nos encontremos, así como la puesta en juego de los límites posibles al importante principio de la responsabilidad patrimonial universal, plasmado, como ya sabemos, en el art. 1911 del CC español.

Las soluciones posibles a los cuestionamientos anteriores son diversas, así como oscilantes son las posturas de nuestros autores, y de la doctrina que ha venido emanando y emana de la DGRN. Y es que, como bien indica CAÑIZARES LASO, son dos las cuestiones que vienen enfrentándose en esta materia: por una parte, la posibilidad de que admitiendo la anotación de embargo y posterior venta judicial, podrían eludirse y quedar burladas las prohibiciones de disponer en virtud de procedimientos simulados convenidos entre las partes; y de otra, la posible privación de responsabilidad patrimonial de los derechos sujetos a prohibición de disponer<sup>603</sup>. Es decir, los extremos merecedores de protección son, de un lado, la plena eficacia verdaderamente real que en principio debe ostentar la prohibición, reuniendo las condiciones de admisibilidad y validez ya analizadas; y de otro, la esencial responsabilidad patrimonial universal que se vería mermada, pues se trata de derechos que quedarían fuera de su ámbito de actuación. De este modo, son diversas las posturas que pueden sostenerse sobre el particular, las cuales pasamos a analizar con detenimiento en las páginas que siguen.

---

<sup>603</sup> CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias»..., *cit.*, pp. 1521 y 1522.

**2.1.2.3.c.1) Primera postura posible: la prohibición de disponer impide la traba de embargo y la venta judicial del derecho objeto de la misma**

Siendo coherentes con la necesaria eficacia real que debe reunir una prohibición de disponer válida, todo acto dispositivo que recaiga sobre el derecho objeto de la prohibición carecerá de eficacia. En efecto, ya analizamos que el poder de disposición consistía en la posibilidad de enajenar, gravar o hipotecar el derecho, de manera que si dicha facultad queda suprimida a través de la prohibición, ninguna de las mencionadas actuaciones podrá llevarse a cabo. Es decir, no podrá embargarse el derecho en cuestión, pues ello supondría gravar el derecho, ni tampoco podrá venderse judicialmente, ya que ello comportaría una enajenación del derecho objeto de la prohibición.

Asimismo, desde la perspectiva registral, la necesaria anotación preventiva de la prohibición (en el caso de que sea judicial o administrativa) o su preceptiva inscripción (en el caso de las prohibiciones convencionales o voluntarias), hará entrar en juego al principio de prioridad registral<sup>604</sup>, que en lo que respecta a los derechos o situaciones jurídico-reales de imposible concurrencia o coexistencia sobre el inmueble en cuestión (todos aquellos que supongan una manifestación del poder dispositivo, tales como el embargo o la posterior

---

<sup>604</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. J., «El asiento de inscripción y sus efectos. Los demás asientos registrales», en *Curso de Derecho Civil III. Derechos Reales y Registral Inmobiliario*, SÁNCHEZ CALERO, F. J. (Coordinador), Valencia, 2004, pp. 533 y 534, explica de modo claro y conciso en qué consiste el importante principio de prioridad registral, así como los efectos (rango y cierre registral) en que éste se cifra: «El principio de prioridad persigue dar solución al problema de la colisión de los derechos reales. Cuando existan diversos derechos reales correspondientes a personas distintas sobre una misma finca, como tales derechos atribuyen a sus respectivos titulares un poder directo e inmediato sobre la cosa, normalmente no cabe un ejercicio simultáneo de los mismos y habrá que establecer entre ellos una jerarquía o rango. Tradicionalmente el Derecho civil ha resuelto la colisión de que se trata aplicando el aforismo *prior tempore potior iure*, lo que significa que el derecho más antiguo será preferido al más moderno, atendiendo a la fecha del acto de su constitución. La anterior regla de prioridad sufre una importante alteración cuando se trata de derechos que ingresan en el Registro de la Propiedad. El principio *prior tempore potior iure* subsiste, pero la preferencia se atribuye, ahora, no al derecho con fecha de constitución más antigua, sino al derecho que primero acude al Registro para su inscripción. (...) Ahora bien, dependiendo de la naturaleza de los derechos entre los que se produce la colisión, el principio de prioridad puede manifestarse en un sentido excluyente o en un sentido de prelación o jerarquía: Cuando se trata de derechos reales de imposible concurrencia o coexistencia sobre la misma finca (...), el principio de prioridad opera en sentido excluyente: el derecho que primero llega al Registro cierra éste a los incompatibles que, con posterioridad, pretendan su ingreso en el Registro (art. 17 LH) —es lo que se conoce como “cierre registral”. Por el contrario, si se trata de derechos reales compatibles entre sí (...), el principio de prioridad atribuye solamente prelación o rango: el derecho de primero llega al Registro consigue una preferencia frente al que posteriormente acuda a la registración». Nótese, igualmente, que el cierre registral que trae causa del principio de prioridad registral resulta predicable tanto de la inscripción, cuanto de la anotación preventiva. Por otra parte, merece que expongamos el concepto que del cierre registral da LACRUZ (LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, III bis, 2ª Edición, Madrid, 2003, p. 126): «Al efecto del art. 17 LH se le llama cierre registral a los actos dispositivos de un titular incompatibles con los inscritos, aun siendo anteriores en fecha a ellos y por ende eficaces al tiempo de otorgarse, no tiene acceso a los libros». Del mismo modo puede también verse a Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III..., *cit.*, pp. 434 y ss.

venta judicial), opera cerrándole el Registro de la Propiedad a los mismos (así se desprende del art. 17. 1º de la LH española)<sup>605</sup>. En otros términos, la prohibición de disponer que conste en el Registro de la Propiedad, desde una perspectiva registral y en virtud del principio de prioridad registral (que aplica el principio *prior tempore potior iure*, pero atribuyendo la preferencia al derecho que primero acude al Registro, no al derecho con fecha de constitución más antigua), cierra el Registro de la Propiedad a todos los actos dispositivos que pretendan tener acceso al mismo, entre los que se incluye la anotación preventiva de embargo: no podrá anotarse, pues, el embargo sobre un inmueble sujeto a prohibición de disponer cuya constancia registral sea de fecha anterior; ni tampoco podrá inscribirse la adquisición por venta judicial del bien inmueble en cuestión.

De lo contrario, esto es, de no considerar al embargo y venta judicial como actuaciones cuya inscripción o anotación resultarían contrarias a la prohibición de disponer anotada o inscrita, la prioridad registral operaría atribuyendo rango o preferencia a la prohibición de disponer en el caso de que hubiese accedido previamente al Registro.

Pero reiteramos que, en puridad, tanto el embargo como la adjudicación procedente de una venta judicial constituyen claras manifestaciones del poder de disposición que queda suprimido temporalmente a través de la prohibición de disponer; de ahí que el reflejo registral de las mismas resulte claramente incompatible, *a priori*, respecto de la prohibición en cuestión, no pudiendo, pues, acceder al Registro que quedará cerrado a tales efectos.

Esta postura que hace prevalecer la eficacia plena de las prohibiciones de disponer frente a toda actuación dispositiva, no sólo voluntaria, sino también forzosa, de la que es manifestación la posible traba de embargo y posterior venta judicial, fue la acogida inicialmente por la Dirección General de los Registros y el Notariado. A este respecto, pueden destacarse las Resoluciones de 30 de enero de 1931 y de 21 de abril de 1949 (que remite, a su vez, a la de 30 de diciembre de 1946).

Por lo que respecta a la *Resolución de 30 de enero de 1931*<sup>606</sup>, en ella se vino a rechazar tanto la anotación preventiva de embargo como la posterior venta judicial del derecho objeto de prohibición testamentaria de disponer, pudiendo destacarse al respecto el siguiente pasaje de su Considerando sexto: «Considerando que si el embargo en cuestión tiene por finalidad la enajenación de los derechos sobre los que se ha trabado, y el mero hecho de infringir la prohibición impuesta ha sido sancionado por el *de cuius* con la pérdida o, mejor dicho, con el acrecimiento de dichos bienes a los demás herederos, la autorización

---

<sup>605</sup> En este sentido, afirma MARTÍN BRICEÑO, M. R., *La prohibición testamentaria de dividir la herencia...*, cit., p. 151: «La inscripción de una prohibición de disponer en el Registro de la Propiedad impedirá que cualquier acto incompatible con ella pueda acceder a él (art. 17 LH), porque existirá un obstáculo registral que reforzará la eficacia de las prohibiciones de disponer inscritas, al negar el Registrador (de oficio) la inscripción de un acto contrario a lo dispuesto por el asiento correspondiente».

<sup>606</sup> Resolución recogida por RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Las prohibiciones de disponer voluntarias: estudio de sus efectos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 554, 1983, p. 46.



para que se adjudiquen a terceras personas en el procedimiento de apremio produciría, en primer lugar, el juego de la condición resolutoria, y en segundo término, la ineficacia del acto transmisorio, sin ventaja para el ejecutante».

En lo que hace a la *Resolución de 21 de abril de 1949* (la cual remite, por su parte, a la de 30 de diciembre de 1946), en ella, el problema planteado se limitó a resolver si la escritura de compraventa del derecho de usufructo vitalicio otorgado por el Juez a favor de una persona jurídica puede o no inscribirse en el Registro de la Propiedad, por tener el usufructuario su derecho inscrito como legatario, con sustitución y prohibición de enajenar y disponer. No se trata, pues, de un supuesto de embargo o venta judicial, pero sí de un derecho real adjudicado judicialmente de manera forzosa (situación cuya *ratio* es plenamente equiparable a la de los anteriores -embargo y venta judicial-; en definitiva, actuaciones dispositivas de carácter forzoso). Entre sus Considerandos pueden destacarse los siguientes pronunciamientos: «Que bien supongan las prohibiciones de disponer una alteración interna del derecho, una falta de capacidad o una limitación a la facultad de disponer de la finca, en cuanto entrañan una restricción sancionada por la ley al ejercicio de un derecho subjetivo, han gozado de escasa simpatía en las modernas leyes civiles, por lo cual los Tribunales solamente admiten su validez cuando sean temporales y estén justificadas por una finalidad seria y legítima, sancionando los actos realizados en contra de las mismas con la simple nulidad y excepcionalmente con la resolución del derecho del favorecido; que en cuanto a la venta del derecho efectuada en ejecución de sentencia, que cualquiera que sea el criterio que se sustente sobre el vendedor y sus facultades, bien sea el Estado representado por el órgano jurisdiccional que interviene sin ser titular del derecho real que no le pertenece, bien el Juez actúe como órgano de disposición *ex ministerio legis*, o bien se trate de una expropiación de la facultad dispositiva que priva al dueño de usar de ella, en oposición a las exigencias del interés general, siempre se advierte que si la enajenación judicial no constituye infracción voluntaria de la prohibición de enajenar y, en tal sentido, nada debiera oponerse al pleno desarrollo de sus efectos jurídicos, obligacionales y reales, la voluntad subrogatoria de la autoridad judicial en el proceso de ejecución no puede traspasar los límites del derecho subjetivo del obligado ni de su poder dispositivo; que frente a nuestra legislación civil, que apenas desenvuelve las prohibiciones de enajenar, el art. 26 LH en vigor preceptúa que las impuestas por el testador serán inscribibles siempre que la legislación reconozca su validez, con lo que, admitida su eficacia, la finalidad pretendida por la testadora en el caso del recurso, que aspiraba a que la finca se disfrutase por personas unidas por lazos de parentesco con los nudos propietarios y a precaver a su hijo del peligro de dilapidaciones, fácilmente podría eludirse y quedar burlada merced a procedimientos simulados o convenios entre las partes que la intervención de los tribunales encargados de velar por la legalidad y pureza del procedimiento no pueden eliminar en absoluto según reconoció la R. 30-12-1949; Que la norma contenida en el art. 1911 del CC, conforme al cual el patrimonio del deudor responde de sus obligaciones no basta para atribuir eficacia a la enajenación forzosa mediante la subasta llevada a cabo por la autoridad judicial, toda vez que el usufructo transmitido

formaba parte del haber del deudor, con las referidas limitaciones testamentarias; por ultimo, que para evitar los peligros apuntados, prestar el debido acatamiento a las normas hipotecarias y respetar la voluntad de la testadora, suprema ley de la sucesión, parece necesario exigir, para que sea inscribible la escritura de compraventa, otorgada en rebeldía del deudor, cuyo derecho consta inscrito en el Registro, sujeto a la prohibición de enajenar, en asiento que se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales, que previamente se declaren por estos cual sea el alcance y preferencia de la discutida prohibición y si la enajenación forzosa da lugar a la extinción del derecho del usufructuario, y consiguientemente surte efectos la sustitución»<sup>607</sup>.

***2.1.2.3.c.2) Segunda postura posible: la prohibición de disponer permite la traba del embargo, pero no la venta judicial del derecho objeto de la misma***

Como segunda postura, puede sostenerse, relajando en cierta medida la eficacia real de las prohibiciones de disponer, que la misma no debe impedir la traba del embargo, el cual resulta compatible, de ahí que pueda anotarse preventivamente en el Registro; aunque sí impedirá la venta judicial o forzosa del derecho sujeto a prohibición de disponer. Hablamos de relajación de la eficacia real de la prohibición de disponer, porque es evidente que el embargo supone una manifestación del poder de disposición, concretamente en su vertiente de trabar el derecho de que se trate.

Como argumentos favorables a esta postura, siguiendo a RODRÍGUEZ LÓPEZ, pueden apuntarse los siguientes:

1º) La eventualidad, siempre factible, de que la prohibición inscrita o anotada deje de surtir efectos. En dicho caso, la eventual anotación preventiva de embargo practicada durante la vigencia de la anotación resultaría indiscutible, pues éstas mejorarán de rango, y desplegarán toda su vigencia, evitando por otra parte el posible fraude que contra el acreedor embargante pudiera intentar el titular registral del derecho objeto de embargo, al devenir en propietario libre de los bienes por desaparición de la cláusula prohibitiva.

2º) En segundo lugar, las prohibiciones de disponer que, como sabemos, pueden derivar de la voluntad privada, no deben vulnerar ni entorpecer el principio de orden público por virtud del cual todo acreedor tiene derecho al aseguramiento de su crédito como medida tendente a facilitar su cobro.

3º) Desde un punto de vista registral, también puede aducirse el carácter simplemente cautelar de las anotaciones de embargo, cuya finalidad es la de anunciar frente a todos la

---

<sup>607</sup> Resolución y extracto de sus Considerandos recogidos por CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias»..., *cit.*, pp. 1522 y 1523.

existencia de un procedimiento seguido contra la persona del titular registral y la sujeción «en lo posible» de los derechos anotados a las consecuencias de dicho procedimiento<sup>608</sup>.

4º) Finalmente, puede añadirse un cuarto argumento (no apuntado por RODRÍGUEZ LÓPEZ) cuya razón de ser trae causa de la función de garantía que el embargo cumple desde su traba. En efecto, el acreedor encuentra en el embargo una medida de garantía en la ejecución forzosa de su crédito, pues a través del mismo señala o individualiza un derecho del activo patrimonial del deudor para su posterior realización forzosa, de manera que con el producto de tal realización, verá cubierto su crédito<sup>609</sup>. Siendo así, la protección del acreedor y la necesidad de garantizar dicha protección mediante el embargo, debe prevalecer respecto de la prohibición de disponer, lo cual debe avocarnos a afirmar la posibilidad de la traba del embargo respecto del derecho objeto de prohibición. En consonancia con la anterior, y aunque la anotación preventiva no sea requisito constitutivo del embargo<sup>610</sup>, sí se erige en un

---

<sup>608</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Las prohibiciones de disponer voluntarias: estudio de sus efectos»..., *cit.*, p. 45.

<sup>609</sup> Afirma a este respecto el art. 613. 1º de la LEC española, que «el embargo concede al acreedor ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes embargados a fin de satisfacer el importe de la deuda que conste en el título, los intereses que procedan y las costas de la ejecución».

<sup>610</sup> Con LEC española vigente resulta palmariamente claro que el embargo comienza a surtir efectos desde su traba, así se desprende, en efecto, del art. 587. 1º, a cuyo tenor: «El embargo se entenderá hecho desde que se decreta por el Secretario judicial o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba. El Secretario judicial adoptará inmediatamente dichas medidas de garantía y publicidad, expidiendo de oficio los despachos precisos, de los que, en su caso, se hará entrega al procurador del ejecutante que así lo hubiera solicitado». Es decir, la traba del embargo se produce desde que se decreta judicialmente, con independencia de que haya sido o no aún anotado preventivamente en el Registro. No obstante existen voces autorizadas en la doctrina que abogan por negar eficacia real al embargo no anotado; a este respecto, puede citarse señaladamente a GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, II, Madrid, 1993, p 774: «Cualquier pretensión de atribuir eficacia prioritaria a un embargo no anotado, aparte de ir contra los preceptos vigentes, introduce gran confusión en el sistema hipotecario de prioridad y de publicidad registral, pues se trata de un elemento más de “clandestinidad inmobiliaria” que se añade a la criticable clandestinidad inmobiliaria que domina ya de por sí toda esta materia». Es decir se trata de autores que sólo anudan el carácter garantista del embargo a la práctica de la anotación preventiva; sin duda en este sentido resulta innegable la gran influencia de ROCA SASTRE en la materia, para quien «la anotación preventiva de embargo es un asiento que, además de publicar registralmente la existencia de un embargo de bienes inmuebles, constituye respecto o en perjuicio de posteriores adquirentes del bien embargado una especial garantía de Registro, que sujeta al bien anotado a una afección de tipo hipotecario por actuar en seguridad de la efectividad de un crédito generalmente vencido» (ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, VI, 8ª Edición, Barcelona, 1997, p. 416). Nosotros, por el contrario, en consonancia con Díez-Picazo, L., «Las anotaciones preventivas», en *Revista de Derecho Notarial*, Nº 2 (abril-junio), 1964, p. 25, consideramos que el embargo constituye una garantía de carácter real desde su traba, con independencia de su anotación preventiva: «La anotación no crea un derecho de garantía donde no lo había. Se limita a darle acceso al Registro y a otorgarle una determinada protección registral». Y en el mismo sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, *cit.*, pp. 69, 81: «(...) Desde que el embargo está trabado, el bien se encuentra afecto, por lo que si se produce su transmisión y pasa a otras manos, el nuevo adquirente no podrá alzar el embargo, a no ser que este último resulte protegido por las normas registrales»; «(...) La eficacia frente a terceros que produce en estos casos el embargo deriva de que el propio embargo es oponible naturalmente a terceros, y su anotación preventiva publica ese alcance natural, impidiendo que se alegue su desconocimiento inculpable». En definitiva, el embargo constituye una medida de garantía con eficacia real desde que se traba judicialmente y con independencia de su reflejo registral mediante anotación preventiva; si bien el sentido de esta última (la anotación preventiva) no es otro que impedir el juego de los principios de protección de la apariencia registral respecto de terceros (principios que sí pueden desvirtuar la eficacia del

elemento de oponibilidad de la medida frente a los terceros amparados por la protección de la apariencia registral, evitando que los exorbitantes principios protectores de la misma (tales como el de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito, del art. 32 de la LH española; o de fe pública registral, del art. 34 de la LH española), hagan desvirtuar la eficacia del embargo frente a los mismos<sup>611</sup>. Asimismo, como acertadamente apunta DÍEZ-PICAZO a este respecto, si no se efectúa la anotación preventiva de embargo, el acreedor embargante no gozará de preferencia para el cobro de sus créditos frente a otros acreedores del deudor; y los actos de disposición que lleve a cabo el deudor resultarán oponibles al acreedor embargante: el adquirente no tendrá la carga de soportar el embargo del bien que haya adquirido<sup>612</sup>.

Hasta aquí los motivos de admisión de la traba del embargo sobre derechos sometidos a prohibiciones de disponer. Tratándose de una postura que, como decimos, parte de la referida admisión del embargo, pero rechaza por otra parte la venta judicial o enajenación forzosa sobre el derecho en cuestión, nos resta por analizar el aparato argumental que se da para defender este rechazo. A estos efectos, se destaca la necesidad de evitar procesos fingidos en los que través de un allanamiento por parte del demandado gravado a las pretensiones del actor, podrían burlarse los efectos de la prohibición<sup>613</sup>. Bastaría que el

embargo respecto de los terceros que reúnan los requisitos de protección registral). En el seno de la doctrina procesalista, también resulta unánime el apoyo a esta postura del carácter no constitutivo de la anotación preventiva de embargo; por todos vid., CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 587 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Navarra, 2001, p. 268: «(...) La anotación preventiva de embargo (lo mismo que cualquier otra medida de garantía del mismo, recaiga sobre bienes muebles o inmuebles) no tiene carácter constitutivo en nuestro Derecho. (...) El embargo se perfecciona desde el momento en que se traban los bienes de que se trate en cumplimiento de resolución judicial válida (...).» Acerca de esta polémica ya superada con la vigente LEC española, y apostando por el criterio que nosotros acogemos, puede verse a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 9 de julio de 2001, en la que se afirma lo siguiente: «Un primer sector doctrinal y algunas resoluciones judiciales (...) se han pronunciado en el primer sentido y sostienen que tales medidas (refiriéndose a las medidas de garantía del embargo), entre las que se halla el depósito de muebles a que se refiere el art. 1509 de la LEC de 1881 formaban parte de la estructura del embargo, de tal forma que son un elemento constitutivo del mismo. Sin embargo, el sector doctrinal mayoritario y la generalidad de las últimas resoluciones de los tribunales (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2000, de 16 de junio de 1998, de 24 de febrero de 1995 y 26 de julio de 1994 [...]) han venido sosteniendo, con criterio que compartimos, que el embargo se encuentra perfectamente practicado desde que se produce la declaración judicial de afección sobre un bien suficientemente individualizado, ya sea por una resolución emitida directamente por el Juez, ya por la actuación efectuada por la comisión judicial en cumplimiento de su orden de embargo, de tal modo que cabe perfectamente prescindir de las medidas aseguratorias. Finalmente cabe decir que la nueva LEC de 2000 ha terciado en la polémica en favor de la segunda postura, y en su art. 587 disponer que “el embargo se entenderá hecho desde que se decreta por resolución judicial o se reseña la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba».

<sup>611</sup> Afirma al respecto ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., p. 89: «Obviamente el sentido de la anotación preventiva de embargo es justamente evitar que sobre la cosa embargada puedan surgir terceros protegidos por el art. 34 LH, por lo que el adquirente no goza de la protección del Registro, si en la fecha de la enajenación estaba ya el embargo anotado (...).»

<sup>612</sup> DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III (Tomo I)..., cit., p. 49.

<sup>613</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Las prohibiciones de disponer voluntarias: estudio de sus efectos»..., cit., p. 48.

afectado por la prohibición contrajese una deuda o la simulase para que desatase un proceso de ejecución que enervaría la eficacia de la prohibición de disponer.

Por tanto, conforme a esta segunda posible postura en respuesta a la eficacia de la prohibición de disponer frente al embargo y posterior venta judicial, el primero sería posible, si bien la realización forzosa del bien a través de la correspondiente venta judicial no podría llevarse a cabo hasta que no cesase la vigencia de la prohibición.

Pues bien, la solución que venimos desarrollando es la acogida por autorizadas voces de la doctrina española, señaladamente por DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, por CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, así como por CORDÓN MORENO (en este último caso, con los matices que ahora veremos).

Indican DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, que «la solución justa es admitir la posibilidad del embargo y su constancia registral, pero no la ejecución subsiguiente hasta que hubiese desaparecido la prohibición de disponer, pues de lo contrario facilitaría en extremo la violación de la prohibición: bastaría que el afectado contrajese una deuda o la simulase para que desatase el proceso de ejecución contra el bien sujeto a la prohibición. Ciertamente que el patrimonio del deudor es la garantía de los acreedores (art. 1911 del CC español), siguen indicando los autores, pero no lo es menos que esa garantía comprende los bienes tal y como se encuentran en ese patrimonio. Si alguno está afecto a una prohibición de disponer, hay que conjugar el derecho de los acreedores con la eficacia de la prohibición»<sup>614</sup>.

Por su parte, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, se muestra partidario de la anotación preventiva de embargo sobre el derecho sujeto a prohibición de disponer únicamente en el caso en que el mandamiento contenga la prevención de quedar suspendida la ejecución hasta tanto no cesen los efectos prohibitivos<sup>615</sup>.

CORDÓN MORENO, por parte de la doctrina procesalista española, acoge esta misma solución, si bien circunscribiéndola a las prohibiciones legales de disponer, las cuales, a su juicio, «deben vincular al tribunal de la ejecución, siquiera dentro de los límites (objetivos y temporales) de las mismas: el bien podrá ser embargado, aunque su posterior realización deberá respetar el tiempo de indisponibilidad fijado en la Ley»<sup>616</sup>.

Y esta fue también la postura acogida por la Dirección General de los Registros y el Notariado hasta los finales de los años ochenta. En este sentido, pueden destacarse las Resoluciones de 5 de septiembre de 1974, y de 23 de octubre de 1980.

---

<sup>614</sup> DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III (Tomo I)..., *cit.*, p. 49.

<sup>615</sup> CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Tomo V, Granada, 1969, p. 288; según cita de RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Las prohibiciones de disponer voluntarias: estudio de sus efectos»..., *cit.*, p. 46.

<sup>616</sup> CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 323.

Comenzando por la *Resolución de 5 de septiembre de 1974*, la cuestión a dilucidar en la misma se centró en determinar si era o no inscribible un testimonio judicial dictado por la Audiencia Territorial de Valencia, por el que se adjudicaron al Estado dos inmuebles pertenecientes al procesado, constando en los asientos del Registro un prohibición testamentaria de disponer que pesaba sobre este último. La Dirección General confirma la nota del Registrador, negando la posibilidad de inscripción del auto de adjudicación en cuestión, haciendo prevalecer, pues la prohibición de disponer inscrita, y reflejando en su argumentación jurídica que la solución no se opone a la posibilidad de que el embargo precedente a la adjudicación por venta judicial sí se pudiese trabar. A este respecto, señala la Dirección General entre sus Considerandos lo siguiente: «Que el art. 26 de la LH permite que tengan acceso al Registro las prohibiciones de enajenar impuestas por el testador en acto de última voluntad, siempre que la legislación vigente reconozca su validez, lo que sucede en el presente caso, en que la limitación se encuentra fundada en el art. 781 del CC, y al estar este asiento bajo la salvaguardia de los Tribunales -art. 1 LH-, produce todos sus efectos, y en consecuencia obstaculiza el ingreso del documento calificado, hasta tanto desaparezca la prohibición o se declare en su caso su invalidez; que lo anterior no se opone al principio general de responsabilidad patrimonial universal establecido en el art. 1911 del CC según el cual el deudor responde con todos sus bienes de las obligaciones que haya contraído, que ha de ser respetado, pero ello no obsta para que al atribuir el dominio pleno de ambas fincas al Estado en virtud de las subastas realizadas se hayan traspasado los límites del derecho subjetivo del obligado, así como de su poder de disposición con olvido de los posibles derechos que terceras personas ostentan sobre los referidos inmuebles»; y por último, «que al dar primeramente acceso en el Registro a la anotación preventiva de embargo sobre los inmuebles y después rechazar la inscripción de los mismos a favor del Estado, puesto que la anotación practicada por su finalidad cautelar va encaminada a garantizar el derecho de los acreedores y terceras personas mediante la conservación y traba de los bienes del deudor pero no tiene fuerza para privar de efectos a una prohibición temporal que para transmitir el dominio pesa sobre las fincas discutidas»<sup>617</sup>.

Es este último pasaje de la Resolución de 5 de septiembre de 1974 el que resulta verdaderamente significativo a los efectos de abogar por la solución que venimos desarrollando: a saber, que puede darse acceso en el Registro a la notación preventiva de embargo sobre inmuebles sometidos a prohibición de disponer, lo cual no obsta para rechazar posteriormente la inscripción de la adjudicación del bien que se haga mediante venta judicial, puesto que la anotación preventiva, por su finalidad cautelar, está destinada a

---

<sup>617</sup> Resolución y extracto de sus Considerandos recogidos por CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias»..., *cit.*, pp. 1523 y 1524.

garantizar el derechos de los acreedores y terceros, pero no llega a privar de efectos a la prohibición temporal de transmitir el dominio<sup>618</sup>.

Por su parte, la *Resolución de 23 de octubre de 1980*, tuvo por objeto un supuesto de una finca sujeta a una prohibición de disponer impuesta mediante donación (negocio jurídico *inter vivos* con carácter gratuito; recordamos, que se trata de uno de los supuestos admitidos por el Ordenamiento español como prohibición de disponer en sentido estricto -inscribible y, por tanto, con eficacia real-). A pesar de la existencia de esta prohibición, la Dirección General admitió la anotación preventiva de embargo sobre dicho inmueble, si bien puntualizando que su realización forzosa no podría llevarse a cabo hasta que no cesase la prohibición en cuestión. Entre sus considerandos, señala la Dirección General lo siguiente: «que la prohibición de enajenar válidamente establecida con arreglo al art. 26 LH impide todo acto de disposición sobre el inmueble y como quiera que el embargo está dirigido a procurar la venta del bien embargado hay que concluir que de los asientos registrales surge un obstáculo que parece en principio impedir la anotación solicitada; que no obstante lo anterior es preciso observar, que aunque menguada en la actualidad, puede consolidarse en su momento plenamente la titularidad dominical del deudor, ya que la enajenación del bien es puramente temporal, y si desaparece la causa que la justifica, recobra el inmueble la libertad de poder ser transmitido, ya que tal prohibición en este caso no es más que un complemento de la reserva de la facultad de disponer y sujeta como esta última a idéntica condición resolutoria, por lo que dada la finalidad cautelar de la anotación que se solicita encaminada a garantizar el derecho de los acreedores y terceras personas mediante la conservación y traba de los bienes del deudor, no hay obstáculo para la práctica de la anotación si bien sujeta a las limitaciones hoy existentes.»<sup>619</sup>.

Como puede apreciarse, el Alto Centro Directivo se acoge al carácter cautelar de la anotación preventiva y a su función de mera garantía para admitir su traba respecto del derecho sujeto a prohibición de disponer; admisión que trae consigo la de su posterior venta judicial, ya que ello, a su juicio, sí entraña una trasgresión de la prohibición dispositiva del derecho en cuestión.

¿Qué juicio nos merece esta segunda solución posible al juego de la prohibición de disponer respecto del embargo y posterior venta judicial, admitiendo el primero y negando la segunda? La consideramos rechazable, principalmente porque se apoya en una serie de argumentos basados en eventualidades inciertas, y en otros que deben llegar a abocarnos a la coherente admisibilidad de la venta judicial sobre el derecho sujeto a prohibición de disponer.

---

<sup>618</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Las prohibiciones de disponer voluntarias: estudio de sus efectos»..., *cit.*, p. 47.

<sup>619</sup> Resolución y extracto de sus Considerandos recogidos por CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias»..., *cit.*, p. 1525.

En cuanto a los argumentos basados en eventualidades inciertas, pueden indicarse todos aquellos que se basan en el carácter cautelar de la anotación preventiva de embargo y la eventualidad de que la anotación en cuestión deje de surtir efectos. Es evidente que el embargo anotado preventivamente puede dejar de surtir efectos, al igual que es posible que pueda a cesar en sus efectos la prohibición de disponer; ¿pero el hecho de que ello sea posible puede erigirse por sí mismo en argumento a favor de su compatibilidad con la prohibición de disponer? No debemos olvidar que la prohibición de disponer, por principio, impide todo acto de disposición sobre el derecho en cuestión, y el embargo es una clara manifestación del poder dispositivo en su vertiente de trabar el derecho subjetivo; y ello, con independencia de que el embargo puede llegar a cesar en sus efectos, o pueda alzarse por el motivo que sea: no deja de ser una traba, expresión de la facultad de disposición, que *a priori* queda vedada ante la vigencia de la prohibición de disponer. Además, se trata de argumentos que suelen referirse al reflejo registral del embargo y no al embargo en sí mismo: la anotación preventiva tiene carácter cautelar, pero no deja de reflejar registralmente un garantía de carácter real como es el embargo, cuyo nacimiento se produce, como hemos ya defendido, al decretarse judicialmente. El hecho de que cese la vigencia de la anotación preventiva de embargo lo que impide, a lo sumo, es que el embargo pueda oponerse a los terceros amparados por la protección de la apariencia registral; pero no hará ineficaz al embargo, que seguirá gozando de eficacia real frente a todo tercero que no goce de la mencionada protección registral.

Por otra parte, existen determinados argumentos que, por coherencia, deberían conducir a afirmar la admisibilidad de la venta judicial sobre el derecho sujeto a prohibición de disponer: nos estamos refiriendo a la proclamación que se hace de los prevalentes principios de protección del orden público económico y protección de los acreedores o *favor creditoris*. Como veíamos, en favor de la posibilidad de trabar embargo sobre un derecho sujeto a prohibición de disponer se arguye la suprema protección que merecen los acreedores, cuya posibilidad de cobro y su aseguramiento mediante la garantía que supone el embargo no puede verse mermada por una prohibición de disponer, que puede venir originada por una mera manifestación de la voluntad privada (en el caso de las prohibiciones voluntarias). Ciertamente, tales principios existen, lo que ocurre es que en base a los mismos deberíamos llegar a la conclusión de que la venta judicial sobre derechos sujetos a prohibición de disponer también debería resultar admisible. El embargo constituye una garantía tendente a asegurar la satisfacción del crédito del acreedor, pero no deja de ser parte del genérico proceso de ejecución dineraria cuya meta final no es otra que la realización forzosa del derecho del activo patrimonial del deudor individualizado mediante el embargo. La función del embargo es la de concretar la responsabilidad patrimonial universal a los efectos de la ejecución dineraria, de manera que constituye la primera de las dos grandes etapas del proceso de ejecución dineraria, junto a la posterior realización forzosa (que como sabemos y en lo que a nosotros interesa se lleva a cabo, fundamentalmente, mediante la venta judicial). Si afirmamos que el embargo puede trabarse porque así se desprende de la



suprema protección que merece el acreedor, debemos consecuentemente defender que también debe ser posible la venta judicial sobre el derecho previamente embargado en base a esa misma protección.

A su vez, se niega que la prohibición de disponer pueda oponerse al principio de protección del orden económico y de los acreedores, indicando que hay prohibiciones que emanan de la voluntad privada de los particulares (las denominadas prohibiciones convencionales); pero, ¿qué ocurre con las prohibiciones legales y las establecidas por resolución judicial o administrativa: acaso éstas no pueden derogar tales principios? Nuevo argumento que cae por su propio peso, porque como posteriormente comprobaremos, al afirmar la posibilidad de la traba de embargo o venta judicial sobre un bien, las respuestas que se den no pueden ser unívocas, sino que deberán ajustarse al tipo de prohibición ante la que nos encontremos (de la misma manera que las condiciones de eficacia de las prohibiciones no siempre las mismas sino que dependen de la modalidad de prohibición de que se trate).

Además, lo verdaderamente determinante, a nuestro parecer, es el soporte que sirve de garantía a todo acreedor, a saber, la responsabilidad patrimonial recogida en el art. 1911 del CC, que como ahora tendremos ocasión de desarrollar con mayor detalle, sólo puede quedar exceptuada por una Ley que expresamente así lo disponga. Es el inderogable principio de la responsabilidad patrimonial universal el que hace que indudablemente abogemos por una afirmación de la posibilidad de trabar embargo y vender judicialmente un derecho objeto de prohibición de disponer. Y es respecto a la supremacía del principio de responsabilidad patrimonial en torno a lo que a precisamente gira la doctrina actual Dirección General para sostener la posibilidad anterior (traba del embargo y venta judicial sobre el derecho sujeto a prohibición de disponer).

***2.1.2.3.c.3) Tercera solución posible: la prohibición de disponer no puede impedir el embargo ni la venta judicial sobre el derecho sujeto a prohibición de disponer, salvo que así se establezca legalmente***

La tercera y última solución posible a la cuestión que venimos haciéndonos, esto es, la posible traba de embargo y venta judicial de un derecho sujeto a prohibición de disponer, es la respuesta afirmativa a la misma: sí se puede trabar embargo y vender judicialmente un derecho objeto de prohibición de disponer.

El fundamento de este posicionamiento no es otro que la absoluta supremacía del principio de responsabilidad patrimonial enunciado en el art. 1911 del CC español, auténtico

soporte de la seguridad económica de los acreedores<sup>620</sup>, del cual sólo pueden sustraerse aquellos derechos que la Ley excluya expresamente. Las prohibiciones de disponer, pues, como indica CAÑIZARES LASO, «no pueden constituir impedimentos absolutos que dejen sin efectos principios elementales como es el de la responsabilidad patrimonial ilimitada establecida en el art. 1911 del CC».

Las posibilidades de cobro del acreedor ante el incumplimiento del deudor dependen del contenido de la responsabilidad patrimonial: todo aquello que sea objeto de responsabilidad lo será en la medida en que pueda ser objeto de ejecución forzosa. Nos encontramos, consecuentemente, ante un principio esencial del tráfico jurídico-económico, medio general de protección de los derechos de crédito<sup>621</sup>, al que debe brindársele un trato muy restrictivo en lo que a sus derogaciones se refiere; de ahí que toda exclusión de un derecho a la sujeción de tal principio sólo pueda hacerse mediante una Ley que así lo declare expresamente.

En base a lo anterior, la conclusión a la que debemos llegar es la siguiente: las prohibiciones de disponer sólo resultan eficaces frente a los actos dispositivos de carácter voluntario, no frente a aquellos de carácter forzoso; en concreto, el adquirente de un derecho gravado con prohibición de disponer, podrá ser objeto de anotación preventiva de embargo por deudas suyas, y en caso de venta judicial o enajenación forzosa el bien se adjudicar a favor del rematante<sup>622</sup>.

Pues bien, esta postura es la sostenida por la mayor parte de la doctrina española actual, así como por la Dirección General de los Registros y del Notariado desde finales de los años ochenta hasta la fecha.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, ya a principios de los ochenta se muestra contrario a la doctrina de la Dirección General que admite el embargo pero rechaza la venta judicial sobre derechos sujetos a prohibición de disponer, en el sentido de defender la admisión de ambas figuras. Ello se desprende claramente de la crítica que frontalmente hace a los argumentos que la doctrina y la Dirección General sostienen en apoyo de su posicionamiento: en efecto, afirma el referido autor que las razones del sistema adoptado «merecen una severísima crítica por dos motivos esenciales: 1º) porque parten de la existencia de la mala fe de los interesados<sup>623</sup>;

---

<sup>620</sup> Afirma Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II..., cit., p. 152, que «la verdadera y auténtica seguridad de los acreedores está en la capacidad económica de su deudor para hacer frente a sus obligaciones. Es decir, está en la solvencia entendida como aptitud del patrimonio para cumplir. Como quiera que del cumplimiento de las obligaciones se responde con bienes, resulta que solvencia y responsabilidad son conceptos que se hallan en una conexión muy estrecha. Un deudor solvente es un deudor responsable. (...) Con una fórmula gráfica podríamos decir que los acreedores no tienen ningún derecho sobre el patrimonio del deudor sino un derecho a la solvencia de dicho patrimonio».

<sup>621</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo II..., cit., p. 261.

<sup>622</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Comentario al art. 26. 3º de la Ley Hipotecaria»..., cit., pp. 212 y ss.

<sup>623</sup> En cuanto al primero de los motivos de crítica, de la consagración de la mala fe como principio jurídico, afirma RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Las prohibiciones de disponer voluntarias: estudio de sus efectos»..., cit., p. 49,

y 2º) porque aplicando el sistema con carácter general supondrá la violación de los más elementales derechos de los acreedores»<sup>624</sup>.

GÓMEZ GÁLLIGO afirma que uno de los efectos fundamentales de las prohibiciones de disponer, cualquiera que sea su clase es que «no impiden la realización de actos dispositivos forzosos, sino tan sólo los actos voluntarios de transmisión *inter vivos*». Y ello en base al superior principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1911 del CC español, que impone la posibilidad de anotación preventiva de embargo e inscripción en el Registro de la Propiedad de la adjudicación derivada de la correspondiente ejecución forzosa, a pesar de que la finca esté gravada con una prohibición de disponer<sup>625</sup>.

De la misma forma, CAÑIZARES LASO, considera que «las prohibiciones de disponer no pueden constituir impedimentos absolutos que dejen sin efectos principios elementales como es el de la responsabilidad patrimonial ilimitada establecida en el art. 1911 del CC. La verdadera y auténtica seguridad de los acreedores, continúa afirmando la autora, está en la capacidad económica de su deudor para hacer frente a sus obligaciones. Por otra parte, apunta, es de todos conocido que de la responsabilidad por deudas solamente quedan excluidos aquellos bienes que la Ley declara especialmente inembargables»<sup>626</sup>.

Asimismo, CAPILLA RONCERO considera razonable que las prohibiciones de disponer no alcancen al embargo ni a la enajenación por ejecución forzosa, derivados de la responsabilidad patrimonial universal. Resulta destacable que el referido autor circunscribe esta consideración al ámbito de las prohibiciones voluntarias de disponer, en la medida en que «el principio consagrado en el art. 1911 del CC sólo puede ser exceptuado mediante norma legal puntual y precisa, sin que quepa una autorización genérica a la voluntad privada para el establecimiento de cuantas excepciones convengan a cada situación»<sup>627</sup>. Esto es, lo que claramente no alcanza a los actos dispositivos forzosos que traen causa de la

que «si la razón para no admitir las enajenaciones judiciales es el peligro de procedimientos fingidos, parece indudable que con ello estamos a priori presumiendo en el demandado una voluntad simuladora, una mala fe, cuya existencia aún no se ha probado; y tal presunción es contraria a las normas que en nuestro Derecho civil, hipotecario y penal consagran la buena fe o la duda a favor del reo, como presunción primaria, sólo destruible por la prueba en contrario». Por tanto, «lo correcto, lo razonable sería que el que, habida consideración de que las prohibiciones de disponer han de favorecer o establecerse en interés de alguien, se dejara en manos de ese alguien la tutela de sus derechos o expectativas en todo aquello en que la Ley no ha podido alcanzar a protegerlo; por ello, si un proceso fuese simulado, el perjudicado directa o indirectamente por sus efectos será el que deba alegar y probar la referida simulación, y destruir así la eficacia del proceso ilícito».

<sup>624</sup> Por lo que hace al segundo motivo de crítica, esto es, el olvido de los más elementales derechos de los acreedores, indica RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Las prohibiciones de disponer voluntarias: estudio de sus efectos»..., *cit.*, p. 50, que «el principal defecto en este punto se cifra en que la tesis doctrinal y jurisprudencial ha cerrado el paso a las enajenaciones judiciales de forma indiscriminada, sin particularizar, como entiendo que debe hacerse, separando las actuaciones de aquellos acreedores cuyo derecho esté inscrito o se derive de otro inscrito con anterioridad a la prohibición, de aquellos otros cuyo derecho no se encuentre registrado.

<sup>625</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Comentario al art. 26. 3º de la Ley Hipotecaria»..., *cit.*, pp. 212 y ss.

<sup>626</sup> CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias»..., *cit.*, p. 1527.

<sup>627</sup> CAPILLA RONCERO, F., «Prohibición de disponer impuesta en testamento», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 20, 1989, pp. 396 y 397.

responsabilidad patrimonial universal son aquellas prohibiciones de disponer de carácter voluntario o convencionales. Entendemos que se trata de una importante matización, por los motivos que ahora veremos, ya que en el caso de las prohibiciones legales, así como las judiciales o administrativas, la general afirmación de que no pueden alcanzar los actos de disposición forzosos creemos que debe matizarse.

Esta es igualmente la postura que actualmente sostiene la Dirección General de los Registros y del Notariado desde finales de los años ochenta hasta la fecha. En efecto, es la Resolución de 22 de febrero de 1989 con la que por primera vez la Dirección General no sólo admite el embargo sobre un derecho sujeto a prohibición de disponer, sino también la venta judicial respecto del mismo. Esto es, como bien subraya CAPILLA RONCERO, se trata de la Resolución en la que por primera vez se afirma taxativamente que las prohibiciones voluntarias de disponer no alcanzan a la enajenación por ejecución forzosa, derivada de responsabilidad patrimonial universal<sup>628</sup>.

Esta esencial Resolución con la que se comienza a sentar una línea de razonamiento que restringe la operatividad de las prohibiciones de disponer al ámbito de las actuaciones dispositivas voluntarias, tuvo por objeto un supuesto de ejecución por impago de una serie de letras de cambio, embargándose como consecuencia del mismo una finca rústica gravada por una prohibición testamentaria de disponer. Una vez subastada la finca en cuestión, el rematante y adjudicatario de la misma pretende inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad, que es denegada por parte del Registrador ante la existencia de una prohibición de disponer sobre el bien en cuestión. Negativa que fue la que dio origen al recurso respecto al que se pronuncia la célebre Resolución de la Dirección General.

---

<sup>628</sup> CAPILLA RONCERO, F., «Prohibición de disponer impuesta en testamento»..., *cit.*, p. 396. También destaca la ineficacia de las prohibiciones de disponer frente a los actos de disposición de carácter forzoso MARTÍN BRICEÑO, M. R., *La prohibición testamentaria de dividir la herencia...*, *cit.*, p. 152: «no hay que olvidar que la eficacia de una prohibición de disponer no se extenderá frente a quienes son los acreedores del causante que la impuso. La cláusula no deberá entenderse como una regla que altera las normas de responsabilidad patrimonial universal. Primará el principio de responsabilidad patrimonial del artículo 1911 del CC frente a la voluntad del causante (...)). No obstante, la referida autora añade un argumento, a nuestro juicio de carácter erróneo, para llegar a la conclusión anterior: alude al principio de prioridad temporal para sostener tal extremo en los términos siguientes (MARTÍN BRICEÑO, M. R., *La prohibición testamentaria de dividir la herencia...*, *cit.*, p. 152): «Primará el principio de responsabilidad patrimonial del artículo 1911 C. c. frente a la voluntad del causante, así como la aplicación del principio *prior tempore potior iure*, que implica afirmar que el hecho de que las deudas sean anteriores a la prohibición testamentaria de disponer dará prioridad al derecho de los acreedores». El principio de prioridad es uno de los principios imperantes en el ámbito registral, que hace referencia al momento en que se practican los asientos respectivos, esto es, a cuándo se acceda al Registro. Por él, la preferencia entre distintos derechos reales que se constituyen sobre un bien se mide por la fecha de ingreso en el Registro de la Propiedad, que es la del asiento de presentación (*ex arts. 24 y 25 de la LH española*), de ahí que resulte insostenible afirmar que la enajenación forzosa que trae causa del incumplimiento de una deuda prevalezca sobre la prohibición de disponer en virtud del principio de prioridad temporal por ser las deudas anteriores a la prohibición: la prioridad, reiteramos, la da el momento de acceso al Registro de la Propiedad y no el momento sustantivo de nacimiento del negocio.

De entre los diversos Fundamentos de Derecho de la Dirección General, merecen destacarse los siguientes:

«Que la seguridad económica del deudor no puede mantenerse a costa de tan considerables quebrantos para la organización jurídica de la colectividad, debiendo restringirse el efecto de las prohibiciones de disponer a una pura exclusión de la facultad de disponer libre y voluntariamente del derecho en cuestión, pues aún implicando una relativa amortización, contra el principio general de libre tráfico de los bienes, sólo compromete el interés particular del titular sin repercusión directa y apreciable sobre el orden público y sin que quepa estimar la alegación de que con tal interpretación resultan aquellas fácilmente burladas e inoperantes por la vía de simulación de deudas y de las connivencias procesales, pues las normas no deben ser interpretadas desde la exclusiva perspectiva de su eventual incumplimiento (art. 3 CC), no pueden desconocerse los remedios jurídicamente arbitrados a tal efecto (arts. 6 y 7 CC), ni pueden menospreciarse los intereses generales en aras a la consecución de fines particulares (art. 1255 CC); que la cláusula ha de entenderse como vinculante o limitativa para el adquirente *mortis causa* -a quien la cláusula propiamente se dirige- y no como regla que altere las normas de responsabilidad patrimonial, pues esta es materia excluida de la autonomía de la voluntad».

Por lo que hace a la supremacía del principio de responsabilidad patrimonial universal, que no puede derogarse salvo en aquellos en que la Ley así lo disponga expresamente, establece la Dirección General lo siguiente: «La responsabilidad universal patrimonial tiene una evidente función estimuladora del cumplimiento voluntario y de garantía *a priori*, en cuanto que advierte al deudor y asegura al acreedor que su satisfacción se procurara a costa de cualquier bien de aquel, salvo los estrictamente excluidos por la ley misma; esta función quedaría eliminada si se admitiese la inejecutabilidad de los bienes sujetos a prohibición de disponer y obligaría al eventual acreedor a considerar, previamente a la concesión de su crédito, no solo la importancia del patrimonio del deudor, sino además la concreta situación jurídica de los bienes y derechos que lo integran con el consiguiente entorpecimiento del tráfico jurídico».

Puede apreciarse, pues, que con notoria claridad el Alto Centro Directivo termina afirmando, en base al superior principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del CC, la posibilidad de anotación preventiva de embargo e inscripción en el Registro de la Propiedad de la adjudicación derivada de la correspondiente ejecución forzosa, a pesar de que la finca esté gravada con una prohibición de disponer<sup>629</sup>.

Esta es la postura que a partir de 1989 mantiene de modo uniforme la Dirección General de los Registros y del Notariado hasta la fecha actual, pudiéndose señalarse al

---

<sup>629</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Comentario al art. 26. 3º de la Ley Hipotecaria»..., *cit.*, pp. 212 y ss.

respecto, entre otras, a las Resoluciones de 5 de octubre de 2000, de 12 de diciembre de 2007, y de 13 de abril de 2012.

La *Resolución de 5 de octubre de 2000* responde a una consulta de la Asociación Hipotecaria Española relativa al alcance de la prohibición de disponer establecida en el artículo 12 del Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo. Se responde que tal prohibición de disponer no es obstáculo para la constitución de una segunda hipoteca sobre una vivienda sujeta ya a una primera constituida en garantía de un préstamo cualificado, sin perjuicio de que, en caso de ejecución de esta hipoteca durante el plazo de cinco años de la prohibición, la válida transmisión de la finca requerirá la autorización administrativa correspondiente, previo reintegro de las ayudas recibidas. Es decir, en lo que a nosotros interesa, afirma claramente la posibilidad de transmisión forzosa del derecho sujeto a prohibición de disponer, a través de su eventual ejecución hipotecaria.

Por su parte, la *Resolución de 12 de diciembre de 2007* trae causa de un supuesto de denegación de la inscripción de un auto de adjudicación de un inmueble adquirido por subasta judicial, como consecuencia de la existencia de una prohibición de disponer que pesa sobre dicho bien, impuesta en virtud del régimen autonómico de protección oficial al que está sujeta (concretamente, el artículo 14 de la Ley Aragonesa 24/2003, de 26 de diciembre de medidas urgentes de política de Vivienda Protegida, en su redacción dada por la Ley 4/2003, de 20 de diciembre, en el que se establece que las viviendas protegidas de Aragón no podrán ser cedidas en propiedad, arrendamiento, precario o por cualquier otro título sin autorización administrativa previa de la Administración Autonómica, rigiéndose dicha autorización por lo establecido en el artículo 27 de esta Ley, sin perjuicio de la exigencia de visado).

Entre los Fundamentos Jurídicos dados por la Dirección General al respecto, merecen destacarse los siguientes pasajes: «Que los arts. 14 y 15 de la Ley 24/2003, de medidas urgentes de política de vivienda Protegida (...), al igual que el resto de articulado de dicha ley, cuando aluden a los contratos de transmisión dominical, hacen continua referencia al supuesto de una transmisión voluntaria por acuerdo entre comprador y vendedor y en ningún momento el texto de los artículos antes citados menciona para su aplicación a las transmisiones de propiedad que tengan lugar por el procedimiento de ejecución forzosa regulado en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. De ello se deduce que es clara, pues, la intención del legislador que la regulación de todas las normas procesales que afecten a los requisitos de subasta en ejecución de títulos judiciales y no judiciales se regule en la LEC, sin que el proceso de ejecución se vea afectado por otras disposiciones, y menos por la normativa autonómica. Asimismo, en ningún momento la ley autonómica referida tiene intención de alterar la normativa estatal del proceso de ejecución forzosa, puesto que las ejecuciones de vivienda protegida no suponen una parte significativa del mercado del suelo y la vivienda. Que siguiendo la regla interpretativa del art. 3.1 del Código Civil, habrá que

aplicar a cada caso las normas “atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”, pues considerar lo contrario, además de afectar enormemente al mercado de crédito hipotecario, llevaría a la conclusión que una norma autonómica deroga o modifica una ley aplicable en todo el Estado español, además de producir situaciones paradójicas, ya que de considerar aplicable lo dispuesto en el art. 14 de la Ley 24/2003, al procedimiento de ejecución que regula la LEC, el transmitente (Juez o Magistrado) debería obtener autorización de una autoridad administrativa autonómica para ejercer la facultad jurisdiccional, a la par que implicaría la supresión del carácter público de las subastas de viviendas de protección (únicamente podrían concurrir las personas que acreditaran los requisitos aplicables para acceder a viviendas de protección pública), y se deberían incluir en el auto de adjudicación las cláusulas de inserción obligatoria que –según prevé la citada ley– se establecerán reglamentariamente. Que la Registradora, a pesar de que la ejecución de títulos judiciales aparece perfectamente regulada por la LEC, recurre a la analogía para considerar extensible el concepto de contrato o documento privado que menciona la ley 24/2003 a la subasta judicial, al considerar la subasta como «contrato forzoso de compraventa», sin que se ofrezca ninguna argumentación en defensa de dicha equiparación, ni referencia doctrinal o jurisprudencial; al contrario, según la mayoría de la bibliografía actual se considera que la subasta pertenece al campo del derecho procesal y no al derecho privado, y no se puede equiparar al contrato consensual de la compraventa, principalmente por la falta de consentimiento del vendedor». Concluye el Alto Centro Directivo afirmando lo siguiente: «Respecto de la cuestión de fondo debatida en este recurso, no puede ser confirmada la calificación registral impugnada, pues, como sostiene acertadamente el recurrente: a) Los preceptos citados de la legislación aragonesa sobre viviendas de protección oficial, cuando aluden a los contratos de transmisión dominical, hacen continua referencia al supuesto de una transmisión voluntaria por acuerdo entre comprador y vendedor (cfr. artículo 31 de la Ley 26/2003), y en ningún momento mencionan las transmisiones de propiedad que tengan lugar por el procedimiento de ejecución forzosa regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, siendo también evidente que la reforma operada por la citada ley 9/2004 (la introducción de un nuevo apartado “5” en los art. 27 y 29 de la Ley 24/2003), exceptuando del derecho de adquisición preferente a favor de la Administración Autonómica en las transmisiones resultantes de procedimiento de apremio, es claramente indicativa de la voluntad del legislador de no afectar ni condicionar, con esta legislación, la normativa procesal propia de la ejecución forzosa. b) Que es indudable que la subasta pertenece al campo del Derecho procesal y no al del Derecho privado, toda vez que suele reputarse la subasta judicial como acto procesal de ejecución consistente en una declaración de voluntad del Juez, transmitiendo coactivamente al rematante, en virtud de su potestad jurisdiccional, determinados bienes afectos a la ejecución, algo que no tiene encaje alguno en la normativa autonómica citada, pues lo contrario conllevaría la supresión del carácter público de las subastas de viviendas de protección oficial (sólo podrían concurrir a las mismas las personas que acreditaran los

requisitos legalmente establecidos para acceder a la propiedad de aquellas, como podría ser la previa inclusión en el Registro de demandantes de tales viviendas), así como la obligatoriedad de incluir, en el auto de adjudicación, determinadas cláusulas de inserción obligatoria, algo absolutamente fuera de lugar a la vista de la naturaleza de la subasta judicial antes referida. c) Es claro, por consiguiente, que la calificación de la registradora desborda en este caso los límites prefijados para los documentos judiciales (artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento), por lo que ha de ser revocada, sin que lo anterior tenga efecto alguno en orden a la aplicación al rematante de cuantas obligaciones vengan determinadas por la legislación especial aplicable –dada la calificación de la vivienda y las restricciones dominicales que de ello se derivan-, cuestión esta última que queda al margen de este recurso».

La Resolución cuya fundamentación jurídica acabamos de relatar merece un comentario detallado, ya que la Dirección General, para afirmar la validez del embargo y venta judicial sobre el derecho sujeto a prohibición de disponer comienza a emplear un argumento que se separa del inicialmente acogido a partir del año 1989, acerca de la supremacía del principio de responsabilidad patrimonial universal que sólo puede exceptuarse mediante Ley que expresamente lo disponga. En efecto, en esta Resolución del año 2007 la Dirección General se acoge a la defensa de la naturaleza jurídico-público-procesal de la venta judicial, para sostener que las mismas no entran bajo el ámbito de la prohibición de disponer en la que sólo tendrían cabida los actos de disposición de carácter jurídico-privado. Razonamiento que reputamos como absolutamente rechazable, ya que no responde a la postura que acerca de la naturaleza jurídica de la venta judicial venimos sosteniendo en el presente trabajo, ni el «supuesto» carácter jurídico-público es óbice alguno para excluir apriorísticamente su virtualidad del ámbito de operatividad de la prohibición de disponer. Vayamos por partes.

Venimos defendiendo que la venta judicial debe reputarse como una institución de carácter complejo, que encuentra su origen en el proceso de ejecución y da lugar al nacimiento de una relación jurídica propia de venta, en la medida en que existe la entrega de una cosa a cambio de un precio. No puede sostenerse, pues, como hace la Dirección General, que la subasta pertenezca al campo del Derecho procesal y no al del Derecho privado, reputándose como un «acto procesal de ejecución consistente en una declaración de voluntad del Juez, transmitiendo coactivamente al rematante, en virtud de su potestad jurisdiccional, determinados bienes afectos a la ejecución». Lo anterior responde a la ya estudiada postura jurídico-procesal o puramente publicista de la venta judicial que niega los innegables aspectos jurídico privados que la venta judicial trae consigo, a saber, principalmente el efecto traslativo (a través de la venta judicial se produce una transmisión de una cosa), el purgativo (mediante la venta judicial se cancelan todos los gravámenes y



trabas que pesasen sobre el derecho que se transmite, que sean posteriores al gravamen que se ejecuta -*ex art. 674. 2 de la LEC española*<sup>630</sup>), así como la extinción del crédito que se satisface través de la suma recabada de la venta judicial . Asimismo, también hemos analizado las nefastas consecuencias que se derivan de la postura puramente publicista en virtud de la que se reputa al órgano judicial ejecutivo como transmitente del derecho objeto de venta. Si el órgano ejecutivo es el transmitente, ¿será el que deba adquirir la suma que se obtenga de la venta judicial? Siendo así, ¿deberá tributar por tal concepto<sup>631</sup>? En el caso de que se produzca la evicción o los vicios ocultos de la cosa vendida, ¿resultará responsable el órgano ejecutivo como transmitente? Estos interrogantes a los que se anuda una clara respuesta negativa son suficientemente ilustrativos para demostrar lo inconsistente de la postura en cuestión<sup>632</sup>.

Por otra parte, incluso acogiendo la postura publicista de la venta judicial, desde el punto de vista de la actuación dispositiva a la que ésta da lugar la venta judicial, viene a ser exactamente la misma a la que trae consigo una venta contractual o cualquier otro negocio jurídico privado de carácter transmisivo (permuta, donación, etc.): existe una transmisión de la cosa que, con carácter derivativo, pasa de las manos de su titular a las manos de su adquirente. Es el acto de disposición, con independencia del origen que tenga, el que queda vedado en virtud de la prohibición de disponer, de modo que la naturaleza jurídica que el acto reúna por sí misma no constituye argumento suficiente para negar su eficacia frente a la prohibición dispositiva. Lo que hace inoperante a la prohibición de disponer frente al acto de disposición de carácter forzoso no es tal carácter sino el hecho de que sea consecuencia directa del principio de responsabilidad patrimonial universal, en virtud del cual todos aquellos derechos del activo patrimonial del deudor, salvo que la Ley expresamente diga lo contrario, deben quedar sujetos al cumplimiento de sus obligaciones. En definitiva, es únicamente el supremo principio de responsabilidad patrimonial universal, el que excluye

---

<sup>630</sup> Cancelación que alcanza a todas las inscripciones y anotaciones posteriores al gravamen que se ejecuta. Nótese, como bien indica MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas*, Madrid, 2008, p. 293, que «la cancelación no significa la destrucción del asiento ya que éste no se tacha ni se borra, sino dejarlo sin vigencia, constituye una extinción formal, es un asiento negativo, que anula el contenido de otro asiento anterior».

<sup>631</sup> Debe recordarse en este punto que la Sala Tercera del Tribunal Supremo español viene sentando de modo uniforme desde el año 2007 que «en realidad, el Juez se limita a encauzar la venta, impuesta forzosamente al propietario-deudor, pero no lo suplanta si no es, exclusivamente, en el plano instrumental, ya que, en el plano de los derechos reales, la propiedad se transmite directamente del propietario-deudor al adquirente-adjudicatario, sin que tal propiedad haya pasado de aquél al Juez y de éste al adjudicatario; y es que el Juez, en la suplantación que hace del deudor, se limita a dictar el auto de adjudicación (...)». Así lo afirmó ya en la Sentencia de 20 de noviembre de 2000 y así se sentó de modo uniforme a partir de la Sentencia de 3 de julio de 2007. Es decir, la postura de la Dirección General difiere frontalmente con esta postura uniforme de la Sala Tercera del Tribunal Supremo español.

<sup>632</sup> Siendo la entrega del bien un elemento sustantivo de la venta judicial, el transmitente debe necesariamente ser el «propietario vendedor» de la relación jurídica nacida, que no es otro que el deudor ejecutado. El órgano ejecutivo agota su papel en el acto procesal integrante del proceso de ejecución originador de la posterior relación jurídica de venta; en ningún caso adquiere propiedad alguna sobre el bien y menos aún puede llegar a considerarse como transmitente.

del ámbito de aplicación de las prohibiciones de disponer a los actos de disposición que tengan carácter forzoso por ser manifestación de este último.

Finalmente, la reciente *Resolución de 13 de abril de 2012*<sup>633</sup>, se remite de nuevo de modo acertado a la argumentación acogida por la Resolución de 22 de febrero de 1989, esto es, la que basa el rechazo de la eficacia de las prohibiciones de disponer frente a los actos de disposición de carácter forzoso en la supremacía del principio de responsabilidad patrimonial, si bien añade igualmente el erróneo planteamiento de la naturaleza pública de la venta judicial o subasta en aras de esta misma solución. Analicemos someramente los hechos que dieron lugar a la Resolución en cuestión y expongamos los pasajes de su Fundamentación Jurídica que resultan más ilustrativos a los efectos que a nosotros interesa (los que se refieren a la confrontación prohibición de disponer-embargo y posterior venta judicial del derecho sujeto a la misma).

La Resolución de 13 de abril de 2012 trae causa de un recurso interpuesto contra la negativa de un registrador a inscribir un testimonio de un decreto por el que se adjudica la finca objeto de litigio al acreedor hipotecario que inicia el proceso de ejecución hipotecaria ante el incumplimiento de la obligación garantizada por parte del deudor en cuestión. Deudor, que con anterioridad a la constitución de la hipoteca que se ejecuta, obtuvo la subsidiación de los intereses para la adquisición de la referida finca en base al Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio, modificado por el posterior Real Decreto 201/1998, de 30 de julio (subrogándose en la hipoteca previamente constituida por parte del comprador); a cambio de la obligación de no transmitir la vivienda ni sus anejos, por ningún motivo, durante el plazo de diez años, contados desde la fecha de formalización del préstamo cualificado, no pudiendo cancelar el préstamo y pedir autorización de venta a la Administración pública sin antes llevar a cabo la devolución de las ayudas correspondientes con sus intereses legales desde el momento de su percepción.

En el caso de las Resolución en cuestión, aunque se habla constantemente de la existencia de una prohibición de disponer, verdaderamente constituye una prohibición de vender de origen legal, pues atendiendo al tenor literal de la disposición normativa en que se impone dicha restricción, lo único que se impide es la «enajenación o cesión» del inmueble, no la ejecución de otros actos dispositivos tales como la constitución de gravámenes o hipoteca. Dejando de lado la cuestión de la importante distinción entre ambas figuras (prohibición de disponer en sentido genérico y prohibición de vender), de la que yo nos hemos ocupado en páginas precedentes, de lo que no cabe duda es que la prohibición de vender en cuestión impediría *a priori* la venta judicial del derecho sujeto a la misma. Siendo así, de nuevo se plantea la cuestión de la operatividad o no de la prohibición dispositiva (en

---

<sup>633</sup> Vid. nuestro comentario de la referida de Resolución de 13 de abril de 2012: «Prohibición legal de vender y ejecución hipotecaria: comentario a la resolución de la DGRN (propiedad) núm. 6710 de 13 abril (RJ 2012, 7745)»..., *cit.*, pp. 509-526.

este caso, específicamente de vender) frente a los actos de disposición de carácter forzoso tales como la venta judicial (en este supuesto no se plantea la posibilidad de la traba del embargo porque se trata de una ejecución hipotecaria donde la concreción del bien que se realiza forzosamente ya viene dada por el derecho real de garantía en que la hipoteca consiste).

En cuanto a la Fundamentación Jurídica empleada por el Alto Centro Directivo para terminar afirmando la posibilidad de venta judicial del inmueble sujeto a prohibición legal de vender, pueden destacarse los siguientes pasajes: «el art. 1911 del CC (...) proclama un principio básico de la organización jurídica vigente; no es la persona del deudor la que debe suministrar la adecuada compensación al acreedor insatisfecho sino sus bienes, todos ellos, tanto los que actualmente le pertenezcan como los que en lo sucesivo pueda adquirir. Esta universalidad, que es inequívoca en los términos de la norma, determina, en conjunción con el principio de jerarquía normativa (cfr. artículo 1.2 del Código Civil), la competencia exclusiva de la Ley para definir todo supuesto de excepción que, además, habrá de ser interpretado estrictamente (cfr. artículo 4 del Código Civil). Es evidente, por la propia naturaleza y trascendencia del precepto y por su carácter imperativo, que tales excepciones habrán de ser establecidas de modo concreto, expreso y mediante norma de rango legal (vid. v. gr. artículos 605 y 606 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1807 del Código Civil, y 6 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas). La responsabilidad universal patrimonial tiene una evidente función estimuladora del cumplimiento voluntario y de garantía “*a priori*”, en cuanto que advierte al deudor y asegura al acreedor que su satisfacción se procurará a costa de cualquier bien de aquél, salvo los estrictamente excluidos por la Ley misma. Esta función quedaría eliminada si se admitiese la inejecutabilidad de los bienes sujetos a prohibición de disponer. En este sentido, hay que recordar que la subasta judicial en el ámbito de los procesos de ejecución pertenece al campo del Derecho procesal y no al del Derecho privado, toda vez que suele reputarse la subasta judicial como acto procesal de ejecución consistente en una declaración de voluntad del juez, transmitiendo coactivamente al rematante o adjudicatario, en virtud de su potestad jurisdiccional, determinados bienes afectos a la ejecución, algo que no tiene encaje alguno en la normativa contenida en el Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio, antes reseñada, pues lo contrario conllevaría la supresión del carácter público de las subastas de viviendas que hayan obtenido financiación cualificada a su amparo (sólo podrían concurrir a las mismas las personas que acreditaran los requisitos legalmente establecidos para acceder a dicho tipo de financiación, excluyendo las adjudicaciones al acreedor que, como remedio en los casos de que la subasta quede desierta, prevé el ordenamiento jurídico), así como la obligatoriedad de incluir, en el Decreto judicial de adjudicación, determinadas cláusulas de inserción obligatoria, algo absolutamente fuera de lugar a la vista de la naturaleza de la subasta judicial antes referida, como ya afirmara este Centro Directivo en su Resolución de 12 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 2085) en un supuesto análogo al presente de ejecución de finca embargada y calificada como vivienda de protección oficial de promoción pública, que había

sido adjudicada a la entidad de crédito recurrente (cfr. Ley aragonesa 24/2003, de 26 de diciembre). Lo anterior resulta incluso más evidente en el caso de que la ejecución que concluye con el remate o adjudicación traiga causa de un procedimiento de ejecución directa contra bienes hipotecados. El derecho de hipoteca es un derecho de realización de valor. El acreedor tiene derecho a obtener, a través de los procedimientos legalmente previstos, la enajenación forzosa de la finca en caso de impago de la obligación garantizada para satisfacer su derecho (cfr. artículos 1858 y 1884 del Código Civil). La atribución del «*ius vendendi*» al acreedor es un elemento esencial en la estructura y contenido de este derecho. Como se ha indicado, este Centro Directivo ha considerado que las limitaciones dispositivas derivadas de la aplicación de artículo 12.2 del Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio, no impiden la constitución de hipotecas posteriores a las mismas. Corolario necesario de esta doctrina, partiendo de la hipoteca como derecho de realización de valor en el que es de esencia aquella facultad del acreedor de promover la enajenación del bien o derecho objeto de la hipoteca en caso de impago de la obligación garantizada, es la admisibilidad de las enajenaciones forzosas derivadas de los procedimientos de ejecución de estas hipotecas, aún vigente la prohibición de disponer. Conclusión que enlaza con la postulada interpretación restrictiva del artículo 12 del citado Real Decreto, en el sentido de afectar a las enajenaciones voluntarias, pero no a las forzosas».

Puede apreciarse, que la Dirección General alude inicialmente y de modo muy claro a la supremacía del principio de responsabilidad patrimonial universal, el cual sólo puede quedar excepcionado mediante una norma con rango de Ley que de manera clara y expresa así lo disponga. Se indica que el principio de jerarquía normativa establecido en el art. 1. 2 del CC español impone que todo supuesto de excepción al principio de responsabilidad patrimonial se lleve a cabo por una Ley, teniendo competencia exclusiva para ello. El art. 1911 del CC español, se añade, es un precepto de enorme trascendencia y de carácter imperativo, cuyas excepciones deberán, por tanto, ser establecidas «de modo concreto, expreso y mediante norma de rango legal»; e interpretarse de manera muy estricta, de acuerdo con el art. 4 del CC español. Prueba adicional de la importancia del principio de responsabilidad patrimonial es la «evidente función estimuladora del cumplimiento voluntario y de garantía “*a priori*”, en cuanto que advierte al deudor y asegura al acreedor que su satisfacción se procurará a costa de cualquier bien de aquél, salvo los estrictamente excluidos por la Ley misma». Este es el argumento central y único, como venimos reiterando, que justifica la inoperatividad de las prohibiciones de disponer frente a los actos de disposición de carácter forzoso que sean consecuencia del principio de responsabilidad patrimonial universal ante la lesión del crédito: reiteramos, la trascendencia e imperatividad de este principio y la imposibilidad de exceptuarlo mediante otra disposición que no sea una norma con rango de Ley que así lo disponga de manera expresa.

Dicho lo cual, el Alto Centro Directivo añade asimismo el argumento basado en la naturaleza jurídica «supuestamente» jurídico-pública de la subasta o venta judicial,

reiterando a estos efectos lo afirmado por la Resolución de 12 de diciembre de 2007, a saber, «que la subasta judicial en el ámbito de los procesos de ejecución pertenece al campo del Derecho procesal y no al del Derecho privado, toda vez que suele reputarse la subasta judicial como acto procesal de ejecución consistente en una declaración de voluntad del juez, transmitiendo coactivamente al rematante o adjudicatario». A este respecto, reiteramos nuestra frontal crítica al razonamiento en cuestión por los motivos ya expuestos en relación con la referida Resolución de 12 de diciembre de 2007.

Como colofón, la Resolución de 13 de abril de 2013, concluye indicando que todo su razonamiento es aún más evidente en el caso de la ejecución hipotecaria, ya que la hipoteca constituye un derecho de realización de valor, en el que es esencia la facultad del acreedor de promover la enajenación forzosa del bien o derecho objeto de la hipoteca en caso de impago de la obligación garantizada; consecuentemente, deben admitirse «las enajenaciones forzosas derivadas de los procedimientos de ejecución de estas hipotecas, aún vigente la prohibición de disponer». Debe notarse que la Resolución resuelve en primer lugar la posibilidad de constitución de hipoteca sobre bienes sujetos a prohibición de disponer, a lo cual, en consonancia con la postura uniforme de la Dirección General, se responde en sentido afirmativo, y ello porque así se desprende de la suprema protección de la libertad del tráfico jurídico-económico y del fomento del crédito territorial<sup>634</sup>. No obstante, en el caso de la Resolución, lo anterior resultaba fuera de toda duda, porque lo que se prohibía era sólo la enajenación o cesión, no la disposición en sentido genérico (algo que no apunta con claridad la Resolución de 13 de abril de 2013). Dejando a un lado esta cuestión que carece de interés a los efectos de nuestro objeto de estudio, simplemente resulta destacable que la ejecución

---

<sup>634</sup> Vid. nuestro trabajo «Prohibición legal de vender y ejecución hipotecaria: comentario a la resolución de la DGRN (propiedad) núm. 6710 de 13 abril (RJ 2012, 7745)»..., *cit.*, pp. 509 y ss., donde indicamos que la DGRN ha sostenido un doble criterio acerca de la posibilidad de constitución de hipoteca sobre inmuebles sujetos a prohibición de disponer: «Uno primero, en el que el Centro Directivo ha venido aceptando la posibilidad de constitución de hipoteca sobre el bien objeto de prohibición de enajenar, siempre que se acompañe del pacto de no ejecutarla en tanto perdure la vigencia de la prohibición. En este sentido, véase entre otras las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de abril de 1952 (“la palabra vender utilizada para formular la prohibición debe entenderse conforme al art. 675 CC en su sentido literal, por lo que no ha de estimarse en este caso comprendida la constitución de hipoteca, toda vez que si tal derecho lleva consigo un *ius distrahendi* es para el supuesto de que no se cumpla la obligación asegurada, y no impide que el acreedor y deudor convengan en subordinar su ejercicio hasta el momento en que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por el causante”), y de 18 de enero de 1963. Y un segundo criterio, que es el acogido actualmente, conforme al cual se permite, al igual que en el caso anterior, la constitución posterior de una hipoteca sobre el bien objeto de prohibición de vender, sin necesidad de establecer un pacto de no ejercicio del *ius distrahendi* por parte del acreedor hasta la finalización del plazo de la prohibición en cuestión. Así se dispone expresamente por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado, principalmente desde la Resolución de 5 de octubre de 2000 (RJ 2000, 10213), dictada como consecuencia de una consulta planteada al respecto por la Asociación Hipotecaria Española sobre este preciso supuesto, en la que se afirma: “parece claro que la constitución de una nueva hipoteca sobre la misma vivienda objeto de financiación cualificada no está comprendida en el ámbito de la prohibición legal: no constituye un acto de transmisión del dominio ni de cesión del uso de la vivienda, ni, por tanto, permite al propietario enriquecerse injustamente a costa de las ayudas recibidas de la Administración”. Criterio confirmado posteriormente, entre otras, por la (RJ 2008, 2101) de 26 de febrero de 2008».

hipotecaria (específica modalidad de ejecución forzosa cuya singularidad principal radica en no ser necesaria la traba del embargo, por quedar éste ya individualizado mediante la hipoteca misma), que trae consigo una enajenación forzosa del inmueble en cuestión, también podrá llevarse a cabo aunque sobre el derecho pese una prohibición de disponer.

Llegados a este punto, y una vez justificada la inoperatividad de las prohibiciones de disponer frente a los actos de disposición de carácter forzoso (por constituir una manifestación del principio de responsabilidad patrimonial universal, de carácter imperativo, que sólo puede exceptuarse mediante una norma con rango de Ley que así lo imponga de modo expreso y claro), debemos centrarnos en una cuestión adicional y realizar una importante matización al planteamiento general que venimos sentando y justificando doctrinal y jurisprudencialmente en estas líneas.

Por lo que respecta a la cuestión adicional a la que debemos dirigir nuestra atención, es la concerniente a **la subsistencia o no de la prohibición de disponer sobre el derecho una vez adjudicado al rematante**; esto es, vendido judicialmente el derecho objeto de prohibición de disponer, estando esta última vigente ¿seguirá pesando sobre el derecho en cuestión ahora en manos del adjudicatario o quedará cancelada? Se trata de una cuestión que no se planteó la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 22 de febrero de 1989, si bien sí ha sido objeto de pronunciamiento expreso por parte de la misma en las Resoluciones de 7 de junio de 2011 y 13 de abril de 2012. Asunto que también ha merecido especial referencia por parte de autorizadas voces doctrinales en la materia.

En lo que hace a la doctrina española, GÓMEZ GÁLLIGO sostiene que «debe entenderse que en caso de embargo y adjudicación forzosa de un bien gravado con prohibición de disponer, el rematante queda subrogado en la prohibición de disponer. Es decir, la prohibición de disponer no excluye la subasta forzosa y adjudicación, pero el rematante adquiere el bien con la carga de la prohibición (que es anterior al embargo)»<sup>635</sup>.

De la misma forma, por parte de la doctrina procesalista española, ORTELLS RAMOS afirma que el sujeto que adquiera el bien sujeto a prohibición de disponer en la ejecución lo adquirirá con esa misma limitación<sup>636</sup>.

Ambos autores abogan, pues, por la subsistencia de la prohibición de disponer una vez adjudicado el bien por subasta judicial al rematante: este último quedará sujeto a la prohibición, de modo que no podrá llevar a cabo actos dispositivos voluntarios durante el tiempo de vigencia de la misma.

Y es ésta la misma postura que acoge la DGRN en la actualidad, tal y como se desprende, fundamentalmente de lo dispuesto en las Resoluciones ya indicadas de 7 de junio

---

<sup>635</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Comentario al art. 26. 3º de la Ley Hipotecaria»..., *cit.*, pp. 212 y ss.

<sup>636</sup> ORTELLS RAMOS, M., y AA.VV., *Derecho Procesal Civil...*, *cit.*, p. 776.

de 2011 y 13 de abril de 2012. En la Resolución de 7 de junio de 2011, cuyos hechos son análogos a los narrados en relación con la Resolución de 13 de abril de 2012.

La Resolución de 13 de abril de 2012, reiterando el criterio sentado previamente por la Resolución de 7 de junio de 2011, sostiene que «conforme a la legislación especial reseñada, las limitaciones ahora examinadas sólo desaparecen, bien por el transcurso del tiempo establecido (diez años desde la fecha de formalización del préstamo para el que se obtuvo subsidiación), o bien porque concurran los supuestos habilitantes antes analizados, previo el reintegro de las ayudas económicas directas recibidas a la Administración o Administraciones concedentes en cada caso, incrementadas con los intereses legales desde el momento de la percepción. Por tanto, el adjudicatario en el procedimiento judicial quedará sujeto a las mismas hasta tanto se cumplan los citados requisitos legales».

En definitiva, tanto la generalidad de la doctrina como de la jurisprudencia registral sostiene la ineficacia de las prohibiciones de disponer frente a los actos de disposición de carácter forzoso, si bien considera que una vez adjudicado el derecho al rematante, la prohibición dispositiva, estando vigente, seguirá pesando sobre el mismo.

Lo anterior puede parecer razonable, pero no como afirmación general para todos cada uno de los tipos de prohibición dispositiva. ¿Tiene sentido hablar de la inoperatividad de la prohibición de disponer en relación con la venta judicial, para después confirmar su eficacia manteniendo su subsistencia en manos del rematante? Siguiendo estrictamente el principio de prioridad temporal imperante en el ámbito registral y aplicando la prohibición de disposición con rigor, la venta judicial que traiga causa de un proceso ejecutivo trabado con posterioridad a la inscripción o anotación de la prohibición dispositiva no resultaría posible, pues el Registro quedaría cerrado para la misma. Si excepcionamos la prohibición de disponer en virtud de la supremacía del principio de responsabilidad patrimonial universal, la estamos dejando sin efectos en el ámbito de las actuaciones dispositivas forzosas, y ello con sus máximas consecuencias: en lo que al embargo y venta judicial se refiere, la prohibición resulta inexistente, de modo que *a priori* no se justifica que siga pesando en manos del rematante. ¿Acaso debe tenerse presente a la prohibición de disponer a la hora de efectuar el avalúo del bien que sale a subasta judicial, como gravamen anterior a la traba que dio origen a la ejecución forzosa? Si afirmamos con rigor la existencia previa de la prohibición de disponer, reiteramos que lo que directamente se impediría es la posibilidad del embargo y su posterior venta judicial. Ello supone tanto como afirmar la ineficacia de la prohibición en un determinado momento del *iter* de la actuación dispositiva forzosa (en lo que hace a la posibilidad de trabar embargo y llevar a cabo la venta judicial saltándose la prohibición), para después resucitar su vigencia haciéndola recaer en manos del rematante.

Lo que ocurre es que si nos paramos a reflexionar podremos visualizar la existencia de determinados supuestos de prohibiciones de disponer en los que la misma se traduce en un correspondiente derecho subjetivo para una tercera persona (por mucho que lleguen a calificarse como prohibiciones no puras; entendemos que son verdaderas prohibiciones

dispositivas), de modo que la absoluta ineficacia de la prohibición por mor de la actuación dispositiva forzosa supondría la extinción de su derecho. Lo cual se traduciría en una insostenible agresión al esencial principio de protección de los terceros en el tráfico jurídico-económico: en efecto, un tercero, ajeno a las eventualidades que han traído consigo el proceso de ejecución forzosa, se ve despojado sin más de su derecho.

Lo que tratamos de decir con todo lo anterior es que la subsistencia de la prohibición de disponer sobre el derecho vendido judicialmente sólo puede afirmarse en función del tipo de prohibición de disponer ante la que nos encontremos. En aquellas restricciones a la libre disposición de los derechos que derivan para su titular de la atribución de un derecho correlativo a otra persona, la referida subsistencia de la prohibición dispositiva debe afirmarse, pues así lo impone la suprema protección de los terceros. Mientras que en aquellas restantes prohibiciones en las que no exista un correlativo derecho para una tercera persona, la prohibición de disponer no deberá subsistir en manos del rematante, porque en dicho caso no hay situación ni protección de tercero alguno que así lo justifique. Realmente sólo a esta segunda modalidad de prohibición dispositiva suele reputársele como «pura» prohibición por parte de la doctrina. A este respecto, merece la pena que desarrollemos esta distinción, expuesta de manera clarividente por parte de AMORÓS GUARDIOLA.

El referido autor deslinda aquellos supuestos de prohibición dispositiva que tiene su origen en la correlativa concesión a un tercero de la facultad de disposición, de aquellos otros casos en el impedimento a la posibilidad de disponer se actúa mediante la simple limitación o autolimitación del *ius disponendi* por su titular originario, sin desmembración en favor de otra persona<sup>637</sup>.

En el primer caso, señala AMORÓS GUARDIOLA, que el segundo derecho, que confiere normalmente una facultad de adquisición preferente, aparece legalmente tipificado, recae directamente sobre los bienes o implica una pretensión hacia los mismos, es susceptible de tratamiento unitario independiente y de la adecuada publicidad para su repercusión sobre los terceros. Los ejemplos típicos son el derecho de opción o la sustitución fideicomisaria: el optante tiene un derecho real de adquisición preferente por consecuencia del cual el propietario actual no puede enajenar a un tercero sin previo ofrecimiento de aquél; y en la vocación del fideicomisario modaliza el contenido típico del fiduciario, impidiendo su libre enajenación. Considera el referido autor que en estos caso no hay una prohibición de disponer en sentido estricto, sino verdadera eficacia concurrente de un derecho ajeno.

Por lo que respecta al segundo caso, esto es, el de la prohibición de disponer pura o en sentido estricto, generalmente la prohibición estipulada beneficia al propio transmitente o a sus herederos, o a terceras personas, pero lo característico de estos supuestos es que tales

---

<sup>637</sup> Así lo indica MONTÉS PENADÉS, V. L., «El modo testamentario y las prohibiciones de disponer»..., *cit.*, p. 322, en explicación de la postura de Amorós Guardiola.



beneficiarios no adquieren verdaderamente un derecho concurrente, como ocurre en el caso anterior. Frente a la carga o limitación impuesta al adquirente, no se da una facultad concretamente dirigida a su cumplimiento<sup>638</sup>.

Pues bien, como decimos, consideramos que la subsistencia de la prohibición de disponer sobre el derecho vendido judicialmente sólo puede admitirse en el primero de los casos enunciados, a saber, cuando la prohibición traiga causa de la concesión de un correlativo derecho subjetivo a una tercera persona: sólo en ese caso, la protección del derecho subjetivo de ese tercero, cuya vigencia depende de la prohibición dispositiva, queda justificada la subsistencia de esta última, a pesar de su enajenación forzosa<sup>639</sup>.

Además, si se analizan con mayor detalle los supuestos de las Resoluciones de 7 de junio de 2011 y 13 de abril de 2012 donde la Dirección General afirma la subsistencia de la prohibición sobre el derecho vendido judicialmente, puede comprobarse que lo único que el Alto Centro Directivo hace en tales casos no es otra cosa que acudir a Planes Estatales de Vivienda posteriores, en los que se hace referencia expresa a la no sujeción de la prohibición dispositiva a las actuaciones dispositivas forzosas en términos más precisos, como instrumento de interpretación auténtica y aclarativa de la disposición legal del Plan Estatal de aplicación al supuesto de hecho en el que se impone la prohibición en cuestión (que resulta menos clara a estos efectos). En el Plan de 2005-2008, así como en el de 2009-2012, se añaden en términos de mayor claridad los casos en que podrá dejarse sin efecto la prohibición (en lo que hace a la enunciación de los supuestos de hecho y de los requisitos aplicables en cada caso), distinguiendo dos categorías de supuestos: : a) en primer lugar en el caso de «subasta y adjudicación de la vivienda por ejecución judicial del préstamo», en los que se requerirá la previa cancelación del préstamo y el reintegro de las ayudas económicas estatales recibidas, más los intereses legales producidos desde el momento de la percepción

---

<sup>638</sup> AMORÓS GUARDIOLA, M., «Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente (Comentario a la STS 12-11-1963)»..., cit., p. 966. En este mismo sentido, CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias»..., cit., p. 1476.

<sup>639</sup> En cierta medida esta matización ha sido ya realizada por CAPILLA RONCERO, F., «Prohibición de disponer impuesta en testamento»..., cit., p. 396, en el sentido de puntualizar que la ineficacia de la prohibición de disponer frente a los actos de disposición de carácter forzoso que por primera vez proclama con rotundidad la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 22 de febrero de 1989, se lleva a cabo en el contexto de una prohibición «pura» y «voluntaria» de disponer: «(...) En la resolución comentada, en la que por primera vez, si no nos engañamos, se afirma taxativamente que las prohibiciones voluntarias de disponer no alcanzan a la enajenación por ejecución forzosa, derivada de la responsabilidad patrimonial universal. Es conveniente subrayar y precisar el ámbito que, según la DGRN, queda al margen de la prohibición de disponer. En primer lugar, se trata de una prohibición de disponer que pudiéramos llamar pura: esto es, que no se incorpora a una institución más compleja como pueda ser una sustitución fideicomisaria o uno de esos llamados pseudousufructos testamentarios. Esto es digno de resaltarse, porque si se está en presencia de alguna de estas figuras, existen (o existirán) terceros beneficiarios, titulares de derechos subjetivos, que resultarían perjudicados de admitirse la eficacia de la enajenación judicial de los bienes objetos del fideicomiso o del pseudousufructo. Aquí, por el contrario, se produce la mera ablación de la facultad de disponer, sin que haya predeterminado el destino ulterior de la cosa afectada, en beneficio de ningún destinatario final concreto. Por ello, quizá no pueda afirmarse con seguridad que este cambio de criterio se mantendrá para los casos en los que la prohibición de disponer no sea pura, en el sentido indicado».

(cfr. número 3 del artículo 13); y b) en segundo lugar, los supuestos de «cambio de localidad de residencia del titular de la vivienda, o cuando concurren otros motivos justificados», en los que se exige que medie autorización de las Comunidades Autónomas o de las Ciudades de Ceuta y Melilla y se respeten los procedimientos establecidos por éstas<sup>640</sup>. Como puede comprobarse, acudiendo al primero de los supuestos que es el que a nosotros interesa, se excluye del ámbito de aplicación de la prohibición de disponer a los supuestos de subasta o venta judicial por ejecución judicial del préstamo, si bien se añade claramente que para la cancelación absoluta de la misma, se deberán cumplir los requisitos legales establecidos para ello: cancelación del préstamo y reintegración de las ayudas recibidas a la Administración o Administraciones concedentes en cada caso. En definitiva, en los supuestos en los que se afirma la subsistencia de la prohibición respecto del derecho vendido judicialmente, la Resolución basa tal subsistencia en la voluntad del legislador que las impone: es el legislador el que aboga por la referida subsistencia, de ahí su justificación. Ahora bien, de tal afirmación en estas particulares circunstancias no entendemos que pueda inferirse una conclusión general aplicable a todos los supuestos de prohibiciones dispositivas<sup>641</sup>.

Llegados a este punto, nos resta por apuntar la **matización que consideramos que debe efectuarse a la afirmación general de la ineficacia de las prohibiciones de disponer frente a las actuaciones dispositivas forzosas que traen causa del principio de responsabilidad patrimonial**. Lo que pretendemos resaltar es que la anterior afirmación no puede predicarse sin más respecto de todo tipo de prohibición de disponer: debe matizarse, necesariamente, según la clase de prohibición ante la que nos encontremos. Si el argumento definitivo que nos ha servido de base para admitir el embargo y venta judicial del derecho sujeto a prohibición de disponer es la supremacía de principio de responsabilidad

---

<sup>640</sup> Así lo justifica la Dirección General de los Registros y del Notariado en el Fundamento Jurídico Sexto, *in fine*, de su Resolución de 13 de abril de 2012.

<sup>641</sup> Resulta ciertamente interesante apuntar el portillo abierto que la realización judicial de las viviendas protegidas supone en su régimen de protección, en la medida en que pueden llegar a adjudicarse bajo la vigencia de la protección a personas que no reúnen los requisitos previstos legalmente para la adquisición de tales viviendas. A este respecto, puede verse a GARCÍA-TREVIJANO RODRÍGUEZ, L., y GÓMEZ GARCÍA, I. M., «La realización judicial de viviendas protegidas: ¿un portillo abierto en su régimen de protección?», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, N°8, 2009, pp. 1133 y ss., donde denuncian lo siguiente: «(...) Hay que decir que los desajustes que existen entre el régimen de protección de las viviendas y su ejecución judicial, que se traducen, como hemos visto, en que las viviendas puedan acabar en titularidad de personas que no cumplan los requisitos previstos para su adquisición son, según entendemos, una consecuencia necesaria de mantener dos principios aparentemente opuestos: por un lado, la “libertad de realización de tales bienes” en tanto son bienes sobre los que se puede trabar embargo y, por otro, que sean bienes de comercio o, si se quiere, enajenación limitada. Que esa aparente contradicción no se solventa de manera completa con los derechos de adquisición preferente establecidos a favor de entidades públicas. Porque en las ejecuciones judiciales (ni hipotecarias ni ordinarias) no se garantiza la operatividad social y económica de tales derechos en tanto no son aplicables las limitaciones de los precios tasados. De tal manera que, en la práctica, en muchas ocasiones habrá que ejercitar el tanteo o retracto por precios superiores a lo administrativos, lo que no es ni social ni económicamente rentable. Que siempre tras estas ejecuciones las viviendas pueden acabar en la titularidad de personas que no cumplan los requisitos aunque limitados en una segunda transmisión a que el transmisario sí los cumpla. Lo cual limita en mucho la finalidad social para las que han sido concebidas como lo demuestra la duración de su régimen de calificación».

patrimonial enunciado en el art. 1911, que sólo puede exceptuarse mediante Ley; debemos afirmar en coherencia y consecuencia que aquellas prohibiciones impuestas legalmente, así como las judiciales y administrativas (materializadas por parte de la autoridad judicial o administrativa, pero fundadas en la Ley), que así lo dispongan de manera clara y expresa, sí podrán impedir las actuaciones dispositivas forzosas sobre los derechos a ellas sujetos.

En definitiva, a modo de conclusión podemos recapitular nuestro planteamiento en los siguientes puntos:

- Las prohibiciones de disponer voluntarias no resultarán eficaces en ningún caso frente a los actos de disposición de naturaleza forzosa, porque la voluntad de un particular no puede exceptuar el esencial principio de la responsabilidad patrimonial, cuya derogación sólo puede llevarse a cabo mediante Ley que expresa y claramente así lo disponga.
- Las prohibiciones de disponer de origen legal, así como las judiciales y administrativas, tampoco resultarán eficaces frente a los actos de disposición de carácter forzoso, salvo que así se disponga en ellas de manera expresa e indubitada, en cuyo caso, al quedar amparadas por norma con rango legal sí pueden exceptuar válidamente el principio de responsabilidad patrimonial universal: impedirán por ello, válidamente, la traba del embargo y la venta judicial sobre el derecho en cuestión.
- Adjudicado el derecho sujeto a prohibición de disponer mediante venta judicial, la limitación dispositiva únicamente seguirá pesando sobre el derecho ahora en manos del rematante en dos supuestos: en el caso de que se trate de una prohibición de las calificadas como «no puras», en los que la misma se traduce en un correspondiente derecho subjetivo para una tercera persona, pues así lo impone la suprema protección de ese tercero; o bien en el caso en que tratándose de una prohibición legal, la disposición normativa que la establezca declare de modo expreso su subsistencia sobre el derecho vendido judicialmente.

### **2.1.3. Bienes patrimoniales y alienables no declarados legalmente como inembargables**

Para que el derecho pueda ser objeto de embargo y posterior venta judicial no sólo basta con que tenga contenido económico o patrimonial y resulte alienable, sino que además reuniendo dichos requisitos, no ha de haber sido declarado inembargable por un precepto legal. En efecto, como indica VEGAS TORRES, hay determinados derechos patrimoniales alienables que, sin embargo, no pueden ser objeto de embargo ni de posterior venta judicial porque así lo dispone un precepto legal que los declara inembargables. Esta declaración de inembargabilidad puede provenir de la propia LEC española o su homólogo CPC italiano,

así como de otros textos legales y tratados internacionales, respondiendo así a fundamentos muy diversos<sup>642</sup>.

Debe notarse igualmente, que en muchas ocasiones, la declaración de inembargabilidad constituye un mero complemento de una previa declaración de inalienabilidad. Es decir, se trata de casos en los que rigurosamente la declaración de inembargabilidad sobraría pues iría de suyo dada la imposibilidad de su transmisibilidad: no tiene sentido trabar un embargo, que constituye una garantía con la que se individualiza un derecho que se sujetará a posterior realización forzosa si esta última no puede llevarse a cabo dada la naturaleza del bien<sup>643</sup>. Es el caso de los bienes de dominio público y los bienes comunales, en cuyas disposiciones en las que se afirma su inalienabilidad se refuerza su régimen protector sentando igualmente su inembargabilidad; lo cual, como decimos, no deja de ser una redundancia: si es inalienable no resultará embargable. Por tanto, en esta sede, lo que a nosotros realmente interesa son aquellos supuestos en los que la declaración de inembargabilidad va referida a derechos de contenido patrimonial y transmisibles, de modo que, de no existir tal declaración, podrían ser objeto de embargo y posterior venta judicial<sup>644</sup>.

Dentro de este grupo de derechos declarados legalmente como inembargables a pesar de ser patrimoniales y alienables debe destacarse que en la práctica totalidad de los casos se trata de derechos que recaen sobre bienes muebles, lo cual sucede tanto en España, cuanto en Italia. De ahí que no sea una cuestión en la que nos vayamos a detener en mayor medida, pues el presente trabajo, como venimos reiterando a lo largo de estas páginas, va referido a la venta judicial de bienes de naturaleza exclusivamente inmueble.

En el caso de **España**, las declaraciones de inembargabilidad de derechos patrimoniales y alienables se encuentran en los arts. 606, 607 y 608, supuestos cuyo fundamento principal radica en la protección de la dignidad de la persona, en razones de política social<sup>645</sup>, así como por otra serie de razones de interés público<sup>646</sup>.

---

<sup>642</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)»... *cit.*, p. 141. De ahí que el art. 605. 4º declare como absolutamente inembargables «los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal». En este mismo sentido afirma SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, *cit.*, p. 132: «Finalmente, ha de tratarse de bienes inmuebles que por Ley no hayan sido declarados inembargables, ya que (...) el embargo es uno de los presupuestos necesarios del apremio».

<sup>643</sup> En este mismo sentido afirma ORTELLS RAMOS, M., y AAVV., *Derecho Procesal Civil...*, *cit.*, p. 778: «En ocasiones la Ley une la declaración de inembargabilidad a la de la inalienabilidad, lo que es innecesario porque, como hemos visto, la segunda excluye por sí sola la primera».

<sup>644</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I y II)»... *cit.*, p. 141.

<sup>645</sup> Siguiendo a ORTELLS RAMOS, M., y AAVV., *Derecho Procesal Civil...*, *cit.*, pp. 779 y 780, puede decirse que es el caso de los supuestos recogidos en los arts. 606. 1º (el mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia); art. 606. 2º (los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada); art. 607. 1, 5 y 6 (las cantidades

De entre todos los supuestos recogidos en los enunciados preceptos de la LEC española, especial interés nos merecen los bienes enumerados en el número cuarto del art. 606 de la LEC española, a saber, «los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas»<sup>647</sup>, en la medida en que en determinados casos estos bienes tendrán naturaleza inmobiliaria, lo cual entraría bajo el ámbito de nuestro estudio. Esto es, los bienes inmuebles sacros y dedicados al culto de las religiones legalmente registradas no podrán ser objeto de embargo y posterior venta judicial, o lo que es lo mismo, no formarán parte del objeto de la responsabilidad patrimonial universal del deudor ejecutado.

Fuera de los contornos de la LEC española, existen otras numerosas Leyes españolas y Tratados internacionales ratificados por España que también declaran la inembargabilidad de bienes patrimoniales y alienables. De entre todos ellos y en referencia a aquellos que recaigan sobre bienes inmuebles, puede destacarse a la inembargabilidad de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares, de acuerdo con los arts. 22. 3 y 31. 4 de las Convenciones de Viena de 18 de abril de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas y de 24 de abril sobre Relaciones Consulares, respectivamente. A los que también cabe añadir los bienes de las Comunidades Europeas, declarados igualmente como inembargables por el art. 1 del Protocolo sobre Privilegios e Inmidades de las Comunidades Europeas, de 8 de abril de 1965, que admite, no obstante la ejecución forzosa de tales bienes siempre que así lo autorice el Tribunal de Luxemburgo. Todos y cada uno de estos bienes tampoco podrán ser, pues, objeto de embargo ni de venta judicial, por lo que también quedan excluidos del objeto de la responsabilidad patrimonial del deudor.

En el caso de **Italia**, al igual que sucede en España, los supuestos de derechos patrimoniales y alienables declarados no obstante como inembargables vienen establecidos tanto en el CPC italiano, cuanto en otras disposiciones normativas. Y de nuevo, se trata en la práctica totalidad de derechos que recaen sobre bienes muebles.

Centrándonos en el CPC italiano, los supuestos expresos de inembargabilidad sólo vienen incluidos en aquellos capítulos referidos a las modalidades de ejecución dineraria

---

netas que se perciban en concepto de retribución actual o diferida -pensiones- por el trabajo dependiente o por cuenta propia, hasta el importe del salario mínimo interprofesional).

<sup>646</sup> De acuerdo con ORTELLS RAMOS, M., y AAVV., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 781, puede decirse que es el caso del supuesto recogido en el art. 606. 3º de la LEC española, a saber, «los bienes sacros y los dedicados al culto por las confesiones religiosas legalmente registradas», lo que puede justificarse en lo dispuesto en el art. 16. 3 de la Constitución Española (donde se proclama el respeto a la libertad religiosa).

<sup>647</sup> Cfr. a estos efectos el art.16 de la Constitución Española en la que parece encontrar su fundamento la declaración de inembargabilidad de este tipo de bienes, donde se proclama el respeto a la libertad religiosa. Cfr. igualmente el art. I.5 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 197; el art. 2 del Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (aprobado por la Ley 24/1992, de 10 de noviembre); el art. 2 del Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (aprobado por la Ley 25/1992, de 10 de noviembre); el art. 2 del Acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (aprobado por la Ley 26/1992, de 10 de noviembre).

sobre bienes inmuebles, así como de ejecución dineraria sobre créditos y bienes muebles en posesión de terceras personas. Nada se dice, como ya ha sido advertido en páginas precedentes, acerca de la inembargabilidad en sede de la ejecución dineraria sobre bienes inmuebles.

Los casos de inembargabilidad vienen regulados en los arts. 514, 515 y 516 del CPC italiano para la ejecución dineraria sobre bienes muebles, y en el art. 545 del CPC italiano para la ejecución dineraria sobre créditos y bienes muebles en posesión de terceras personas. Todos los casos recogidos en los referidos preceptos, al igual que ocurriese en el caso español, encuentran en su gran parte su fundamento en la protección de la dignidad de la persona, en la posibilidad de su subsistencia y la de su familia, en razones de interés social y en otras de interés público<sup>648</sup>.

Finalmente, cabe hacer referencia a la **consecuencia que se deriva de la ejecución forzosa despachada sobre los derechos que no reúnan los requisitos que para ser objeto de la misma hemos venido analizando hasta el momento**, a saber, de aquellos derechos que no tengan contenido patrimonial, o que no resulten transmisibles, o bien que a pesar de ser patrimoniales y alienables, hayan sido declarados legalmente como inembargables: en todos y cada uno de dichos casos, a los que suele hacerse referencia genéricamente como casos de inembargabilidad (la falta de cada uno de ellos conduce a la inembargabilidad), la consecuencia que se deriva de la traba de su embargo es la nulidad de pleno derecho del embargo en cuestión. Consecuencia que es predicable tanto en el Ordenamiento español, cuanto en el italiano. En el caso español, por otra parte, ello se dispone de manera expresa en el art. 609. 1 de la LEC española, a cuyo tenor, «el embargo trabado sobre bienes inembargables será nulo de pleno derecho»<sup>649</sup>.

---

<sup>648</sup> Acerca de la clasificación doctrinal que en base a la regulación legal suele hacerse de los bienes muebles y créditos declarados expresamente en el CPC italiano como inembargables, vid: MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, pp.72 y 73 (para el caso de la ejecución dineraria sobre bienes muebles); y pp. 86 y 87 (para el caso de la ejecución dineraria sobre créditos y bienes muebles en posesión de terceras personas). También BALENA, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, pp. 117 y 118 (para el caso de la ejecución dineraria sobre créditos y bienes muebles en posesión de terceras personas); y pp. 125 y 126 (para el caso de la ejecución dineraria sobre créditos y bienes muebles en posesión de terceras personas).

<sup>649</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I y II)»... *cit.*, p. 146. Del mismo modo, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial...*, *cit.*, p. 217: «El embargo trabado sobre bienes inembargables será nulo de pleno derecho, y el ejecutado podrá denunciar esta nulidad ante el tribunal mediante los recursos ordinarios o por simple comparecencia ante el Secretario Judicial si no se hubiera personado en la ejecución ni deseara hacerlo, resolviendo el Tribunal sobre la nulidad denunciada (art. 609 LEC)». De igual forma, CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 609 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Navarra, 2001, p. 337: «Este precepto (refiriéndose al art. 609 de la LEC española) sanciona con la nulidad de pleno derecho al embargo trabado sobre bienes inembargables, sin distinción de ningún tipo, por lo que afecta a todos los que tengan este carácter según los preceptos de esta Sección de la Ley (...)». Igualmente, MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 1473: «El embargo trabado sobre bienes inembargables es nulo de pleno derecho, dice el artículo 609, y esto presupone que el ejecutado puede: 1º) Mientras el bien siga en la

## 2.2. REQUISITOS OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL EMBARGO: LA DETERMINABILIDAD Y SUFICIENCIA DEL DERECHO O DERECHOS A EMBARGAR

Una vez que conocemos los requisitos de carácter objetivo que deben reunir los elementos del activo patrimonial del deudor para que puedan ser susceptibles de ejecución (por tanto, para que puedan formar parte del objeto de la responsabilidad patrimonial), o lo que es lo mismo, para que puedan ser susceptibles de embargo y posterior venta judicial, nos resta por analizar una serie de requisitos, que son previos a la traba del embargo, para que éste resulte válido. En efecto, la traba del embargo sobre los bienes que pueden ser susceptibles de ello (aquellos que sean patrimoniales, alienables y no declarados legalmente como inembargables), requiere de unas actuaciones previas para localizar los concretos derechos que se embargarán, para posteriormente determinar o seleccionar específicamente, de entre aquellos derechos localizados, los que resulten suficientes para cubrir la cuantía pecuniaria del crédito cuya lesión ha dado lugar al inicio del proceso ejecutivo. Nos estamos refiriendo a los denominados requisitos de determinabilidad y suficiencia del embargo que precede a la venta judicial<sup>650</sup>. Como bien indica GARBERÍ LLOBREGAT a estos efectos, «la correcta adopción del embargo ejecutivo precisa que el mismo se proyecte, en primer término, sobre bienes o derechos determinados, en segundo, sobre bienes o derechos que sean susceptibles de ser embargados, y en tercer lugar, sobre aquellos bienes o derechos que resulten suficientes para responder de las cantidades por las que se haya despachado la ejecución»<sup>651</sup>.

La determinabilidad del derecho que se embargue, nos llevará al estudio de las vías previstas legalmente para determinar los derechos susceptibles de embargo que estén en manos del deudor ejecutado, las cuales difieren netamente en España y en Italia. Mientras que el análisis de la suficiencia del embargo nos conducirá al tratamiento de los criterios y

---

ejecución, esto es, si todavía no se ha adjudicado a un tercero en la subasta, acudir a los recursos ordinarios, que son reposición y apelación (...) y, si ello no es posible puede instar la nulidad de actuaciones, estándose a la aplicación del art. 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 2º) Si la ejecución ha terminado para ese bien, la duda reside en : 1) si en n proceso declarativo posterior puede pedirse la nulidad de lo actuado en proceso de ejecución, lo que es dudoso, aunque podría distinguirse entre si el ejecutado ha tenido o no la posibilidad de actuar en el proceso de ejecución, pues lo que pudo hacer en éste no lo debe poder hacer en un proceso declarativo posterior; o 2) si se niega la vía anterior siempre sería posible acudir a la acción reivindicatoria».

<sup>650</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (II)»... *cit.*, p. 165: «(...) La traba o afección requiere, de ordinario, unas actuaciones previas para localizar bienes pertenecientes al ejecutado que puedan ser embargados. Y, una vez que se tenga noticia en el proceso de la existencia de bienes o derechos del ejecutado susceptibles de embargo, es necesario determinar si la traba ha de afectar a todos ellos o basta con embargar alguno o algunos y, en este último caso, seleccionar aquellos bienes o derechos que deban quedar afectados a los fines de la ejecución».

<sup>651</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 697.

reglas legales establecidas para la selección de los concretos derechos a embargar, lo cual de nuevo difiere entre los Ordenamientos español e italiano.

### 2.2.1. La determinabilidad o concreción del embargo

La determinabilidad o concreción del embargo es un requisito que se deriva de la propia definición del mismo, esto es, que es parte de su esencia. Si el embargo es el acto procesal integrante del proceso de ejecución en virtud del cual se especifican los concretos derechos del activo patrimonial del deudor susceptibles de embargarse que finalmente quedarán afectos para su posterior realización forzosa, es evidente que el embargo no puede ser indeterminado, no puede recaer sobre derechos cuya efectiva existencia no conste.

Y ello es así tanto en España como en Italia, ya que en ambos Ordenamientos, la función que persigue el embargo es la misma: vincular determinados derechos del deudor objetivamente susceptibles de embargo a la satisfacción del crédito<sup>652</sup>; como bien indica CAPPONI en términos similares, la función viene a ser la de aislar el bien perteneciente al deudor para sujetarlo a los efectos del procedimiento ejecutivo<sup>653</sup>. La venta judicial no podrá

---

<sup>652</sup> Así lo destaca la generalidad de la doctrina española: VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)... *cit.*, p. 132: «(...) La selección de los bienes concretos sobre los que se vaya a proyectar la actividad ejecutiva debe realizarse en la propia ejecución. Al conjunto de actuaciones que con esta finalidad se producen dentro de un proceso de ejecución se le denomina embargo de bienes». También CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 584 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Navarra, 2001, p. 261: «El embargo de bienes es una actividad compleja (...) de naturaleza estrictamente jurisdiccional y ejecutiva, que tiene por objeto la afeción de bienes concretos del deudor a una ejecución frente a él incoada». Asimismo, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial...*, *cit.*, p. 211: «El embargo es la actividad jurisdiccional desarrollada en la ejecución forzosa, mediante la que se persigue la individualización de bienes suficientes del patrimonio del deudor, declarándolos sujetos a la ejecución (...)». Igualmente, MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 1391: «El embargo comprende una pluralidad de actos tendentes (...) a la localización y selección de los bienes del deudor idóneos para su enajenación forzosa (...)».

<sup>653</sup> CAPPONI, B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile...*, *cit.*, p. 187: «La principale funzione del pignoramento è quella di isolare il bene, e di assicurarlo alla procedura esecutiva mediante un dispositivo tecnico che renda irrelevanti per il processo (e così sia per il creditore procedente, sia per gli eventuali intervenuti) le sue successive vicende, tanto materiali quanto giuridiche». Del mismo modo, MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 50: «In linea generale si può dire que la funzione del pignoramento consiste nel vincolare determinati beni del debitore alla soddisfazione del credito, per il quale il creditore procedente agisce, nonché alla soddisfazione dei crediti per i quali altri creditori siano successivamente intervenuti nel processo esecutivo. Si tratta di un vincolo giuridico, che investe le cose con riguardo al loro valore di scambio (...)». Igualmente, BALENA, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 96: «(...) L'espropriazione forzata si inizia col pignoramento (art. 491), che serve essenzialmente ad individuare i beni del debitore (mobili, immobili, o crediti) da assoggettare all'esecuzione e vincolarli, anche giuridicamente, alla soddisfazione del creditore procedente e di quelli eventualmente intervenuti nel processo esecutivo». Asimismo, VERDE, G., voz «Pignoramento», en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXXIII, 1983, consultado en la base de datos <http://www.iusexplorer.it> (fecha de consulta: 10/08/2013), p. 1, destaca de entre las distintas características comunes a todos los tipos de embargo en Italia, el hecho de tratarse de una actividad dirigida a la individualización de los bienes que quedarán sujetos a la ejecución forzosa: «(...) Ogni forma di pignoramento, pur essendo organizzata in maniera autonoma, presenta caratteristiche costanti: a) vi è necessariamente un'attività di impulso che risale al creditore procedente e, prima ancora, v'è una sua attività di



llevarse a cabo sobre una generalidad indeterminada de derechos, sino que deberá tener por objeto, al igual que la compraventa ordinaria un derecho determinado o determinable; para ello existe el embargo, para concretar o determinar el derecho que posteriormente será objeto de enajenación forzosa. En definitiva, la determinabilidad del embargo es una nota consustancial a la propia razón de su existencia y a la esencia misma de la ejecución dineraria singular de la que éste forma parte (el proceso de ejecución singular recae por definición sobre bienes concretos, no sobre la generalidad del activo patrimonial, a diferencia del concurso de acreedores o ejecución universal<sup>654</sup>).

Prueba de lo anterior es que la LEC española sanciona categóricamente con la nulidad de pleno derecho al embargo que recaiga sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste, en su art. 588. 1, esto es, al embargo indeterminado<sup>655</sup>. Norma, siguiendo a MONTERO AROCA y FLOR MATÍES, de la que deben extraerse una serie de conclusiones fundamentales:

- 1º. «Siendo esta norma del art. 588. 1 de la LEC una clara reacción contra la práctica judicial anterior, lo que se está diciendo en aquélla es que no caben embargos contra bienes que en el momento de la afección no existan o no existan ya (...) y no estén identificadas (...).
- 2º. En sentido contrario, parece claro que la norma no está ni impidiendo el embargo de cosas genéricas, ni de cosas futuras (...).

---

scelta in ordine al tipo di espropriazione a cui fa ricorso; b) vi è un'attività diretta alla individuazione dei beni da assoggettare all'esecuzione; c) vi è un atto dell'ufficio con il quale si imprime su tali beni il vincolo di destinazione alle finalità esecutive; d) vi è, infine, un'attività genericamente indirizzata a rendere effettivo il vincolo di destinazione, impedendo che esso possa essere eluso sia materialmente che giuridicamente».

<sup>654</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)»... *cit.*, p. 131: «En la ejecución singular es necesario, por tanto, determinar qué bien o bienes concretos del patrimonio del deudor van a quedar sujetos a la potestad del tribunal de la ejecución para hacer efectiva la responsabilidad».

<sup>655</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II..., *cit.*, pp. 697 y 698: «La LEC prohíbe categóricamente, sancionándolo con la nulidad de pleno derecho, el embargo indeterminado, es decir, aquel embargo que recaiga sobre bienes y derechos “cuya efectiva existencia no conste” (art. 588. 1 LEC). (...) De ahí también que quepa reputar disconforme con la legalidad aquel otro embargo donde no se identifiquen con cierta exactitud los bienes o derechos sobre los que recae la traba jurisdiccional, o aquel otro que simplemente se limite a decretar el embargo de todos los bienes del deudor que se encuentren en su domicilio, o en su empresa... sin indicación concreta y determinada de cuáles son éstos». Del mismo modo, MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 1393: «El embargo debe recaer sobre bienes o derechos concretos y determinados, siendo nulo el embargo sobre bienes o derechos cuya efectiva existencia no conste (art. 588. 1)». También CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 588 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Navarra, 2001, p. 270: «La Ley sanciona con la nulidad el embargo indeterminado, que es el que se traba sobre bienes o derechos cuya efectiva existencia no conste; es decir, no existen indicios razonables de que formen parte del patrimonio del deudor. Aunque el deudor responda del cumplimiento de sus obligaciones con todos los bienes presentes y futuros (art. 1911 CC), en la ejecución singular, a diferencia de lo que ocurre en la universal o concursal, es preciso determinar los bienes concretos que van a quedar afectados a la misma (...)

3º. Las situaciones más complejas se refieren a expectativas de derechos, pues en las mismas pueden incluirse supuestos de muy variada condición. En general puede afirmarse que el embargo sólo será posible si la expectativa tiene bien una clara tutela jurídica (...), bien una posibilidad real de llegar a convertirse en derecho (...))<sup>656</sup>.

Y, ¿cómo se constata la existencia de esos concretos derechos objetivos susceptibles de ejecución (reiteramos, de contenido patrimonial, alienables y no declarados legalmente como inembargables) que serán concretados o determinados de acuerdo con el principio de suficiencia mediante la traba del embargo? He aquí esas **medidas previas a la concreción del derecho a embargar**, a las que hacíamos referencia con carácter previo, tendentes a la localización de los derechos que objetivamente reúnan los requisitos necesarios para ello. Estas medidas de localización varían netamente, como también hemos advertido, en el caso de España e Italia.

Comenzando por el **Ordenamiento Jurídico español**, a los efectos de determinar los derechos objetivamente embargables que podrán ser seleccionados para el embargo, se atenderá en primer lugar a aquellos derechos que el ejecutante designe en la demanda ejecutiva (art. 549. 3º de la LEC española). En el caso de que los derechos del activo patrimonial objetivamente aptos para ser embargados resulten suficientes para los fines de la ejecución (cuando su valor se ajuste al montante por el que se despacha la ejecución – estamos adelantando ya el requisito de la suficiencia del embargo que analizaremos con mayor detalle más adelante), el Secretario Judicial podrá acordar el embargo sobre tales derechos directamente, sin necesidad de ordenar previamente ninguna actuación procesal encaminada a la localización de otros derechos del ejecutado (*ex* art. 589. 1 de la LEC española)<sup>657</sup>.

En el caso en que el ejecutante no designe derechos pertenecientes al ejecutado en la demanda ejecutiva, o cuando los que designen no resulten suficientes para cubrir el importe de la deuda por la que se despacha la ejecución, entran en juego las medidas de localización

---

<sup>656</sup> MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 1393.

<sup>657</sup> Nótese, que cuando decimos que el embargo se decretará directamente, no estamos indicando que el órgano ejecutivo quede relevado de la verificación de la concurrencia de todos los presupuestos que condicionan la procedencia del embargo. Antes bien, como indica VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (II)... *cit.*, p. 166, «antes de acordar la afeción de los bienes designados por el ejecutante, el Tribunal (tras la Reforma de la Oficina Judicial de 2009, el Secretario Judicial) debe: 1) comprobar que los bienes son embargables (tienen contenido patrimonial, no son inalienables y no están declarados inembargables); 2) juzgar sobre la pertenencia de los bienes al ejecutado, rechazando el embargo cuando de los datos y documentos que el ejecutante haya facilitado no resulten indicios o signos externos de los que razonablemente se pueda deducir aquélla (se está refiriendo el autor a la constatación del requisito subjetivo del embargo del que nos ocuparemos más adelante); 3) determinar si es necesario trabar todos los bienes designados por el ejecutante o si basta, a los fines de la ejecución, con el embargo de sólo alguno o algunos de ellos (constatación del requisito de la suficiencia del embargo); y 4) en caso de que no juzgue necesario embargar todos los bienes designados, seleccionar, de acuerdo con los criterios legales, cual o cuáles de ellos han de ser trabados».

de bienes previstas en la LEC española, contenidas en los arts. 589 a 591. Medidas de localización de los bienes a embargar que pueden resumirse como siguen:

*1º. Manifestación de los bienes del ejecutado* (art. 589 de la LEC española). A requerimiento del Secretario Judicial, el ejecutado debe llevar a cabo una relación de los bienes y derechos de su patrimonio que resulten suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, indicando, en su caso, las cargas y gravámenes que pesen sobre los mismos, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título (lo que a nosotros interesa a los efectos del presente trabajo sobre la venta judicial de bienes inmuebles). No se trata de una medida que deba solicitarse a instancia de parte para decretarse, sino que se ordenará de oficio siempre que el acreedor ejecutante no señale derechos en la demanda ejecutiva o, aun designándolos, resulten insuficientes para la cantidad por la que se despacha la ejecución<sup>658</sup>.

*2º. Investigación judicial del patrimonio del ejecutado* (arts. 590 y 591 de la LEC española). En el caso de que el ejecutante no pudiera designar bienes del ejecutado que resulten suficientes para el fin de la ejecución, podrá solicitar al Secretario Judicial que se dirija a entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique (que puedan tener información sobre el patrimonio del deudor), para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia. Para formular esta medida, el ejecutante deberá expresar sucintamente las razones por las que estime que la entidad, organismo, registro o persona de que se trate dispone de información sobre el patrimonio del ejecutado. A diferencia de la medida anterior, esta sólo se acordará como puede apreciarse, a instancia del acreedor ejecutante<sup>659</sup>.

Todas aquellas personas y entidades a las que se requiera la información sobre el patrimonio del ejecutado quedarán obligadas a entregar al Secretario todos aquellos

---

<sup>658</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (II)»... *cit.*, pp. 166 y 167. De la misma forma, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II..., *cit.*, pp. 705-707.

<sup>659</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (II)»... *cit.*, pp. 168 y 169. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 708, indica las diferencias fundamentales existentes entre una y otra medida (manifestación de los bienes por parte del ejecutado e investigación judicial del patrimonio del ejecutado): «Como notas distintivas de primer orden entre las medidas del art. 589 y las del art. 590, pues, se encuentran, de un lado, la necesidad de que la puesta en práctica de estas últimas venga precedida de una expresa petición de parte en este sentido (a diferencia de las primeras, que se adoptan de oficio y de manera automática excepto cuando el acreedor designe bienes embargables suficientes en su demanda ejecutiva), y, de otro lado, en el sujeto sobre el que pesa la obligación de que en ambos casos impone el tribunal, sujeto que en el art. 589 es el propio ejecutado mientras que en el art. 590 son terceras personas». En el mismo sentido, CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Navarra, 2001, p. 272: «(...) El alcance de ambas medidas es diferente: la primera se lleva a cabo de oficio por el tribunal (ahora tras la Reforma de la Oficina Judicial de 2009, por el Secretario Judicial) cuando el ejecutante no haya señalado bienes, y la investigación judicial a instancia de este mismo ejecutante, en términos tales que parece exigirse que se justifique, aunque sea mínimamente, que no ha podido localizar el bienes del deudor».

documentos que al respecto tengan en su poder<sup>660</sup>. Deber de colaboración que encuentra un límite general, cual es el respeto a los derechos fundamentales, así como aquellos límites que a tales efectos vengan determinados por una disposición legal expresa<sup>661</sup>.

En el caso de **Italia**, a diferencia de lo que ocurre en el Ordenamiento español, no se prevén en el CPC italiano una serie de medidas de localización aplicables con carácter general a la ejecución dineraria considerada en su conjunto, lo cual no deja de ser un reflejo directo de la existencia en el país transalpino de una serie de ejecuciones dinerarias específicas, en función de la naturaleza del derecho que sea objeto de la misma. En efecto, en Italia, la ejecución dineraria regulada en el Título II del Libro del CPC italiano, consta de cuatro Capítulos, cada uno de ellos dedicados a la regulación, respectivamente, de una serie de disposiciones generales aplicables a todo tipo de ejecución dineraria (la denominada «*espropriazione forzata in generale*»), de la ejecución dineraria que tenga por objeto un bien mueble (la llamada «*espropriazione forzata mobiliare presso il debitore*»), de la ejecución dineraria que tenga por objeto un crédito o un bien mueble poseído por una tercera persona (la denominada «*espropriazione forzata presso terzi*»), y de la ejecución dineraria sobre bienes inmuebles (la llamada «*espropriazione forzata immobiliare*»)<sup>662</sup>. Pues bien, las medidas de localización de los bienes susceptibles de ejecución pertenecientes al deudor

---

<sup>660</sup> CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, pp. 271 y 272, explica las medidas de localización de los bienes susceptibles de embargo que obren en manos del ejecutado en los términos siguientes: «Puede ocurrir, en primer lugar, que cuando el acreedor solicita el despacho de la ejecución (mediante demanda: art. 549) existan bienes conocidos del patrimonio del deudor que sean suficientes. En este caso la Ley no prescinde de la colaboración del ejecutante en la localización de estos bienes, al prever las demás medidas para su búsqueda con carácter subsidiario. (...) Pero puede ocurrir -y la práctica pone de manifiesto que se trata de un supuesto frecuente- que en ese momento inicial de la ejecución no existan bienes conocidos del ejecutado, o los que se conocen sean insuficientes o estén ya embargados en otro proceso de ejecución anterior (...) o afectados convencionalmente al pago de una determinada deuda (hipotecados, por ejemplo). Para estos casos, y con el fin de que la ejecución pueda resultar eficaz, la Ley prevé dos medidas: el requerimiento para la manifestación de bienes del deudor, que se regula en este artículo, y la investigación judicial de su patrimonio, en el siguiente». Igualmente, vid., MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, pp. 1474-1490.

<sup>661</sup> Indica VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)»... *cit.*, p. 169 al respecto, que «dada la índole de la información que se solicita (bienes o derechos del ejecutado), no será fácil que se produzcan situaciones de tensión entre el deber de proporcionarla y el respeto a los derechos fundamentales. El derecho a la intimidad, que es quizá el que *a priori* puede tener una relación más cercana con las actuaciones que nos ocupan, no impide, con carácter general, la divulgación de datos estrictamente patrimoniales y, menos aún, cuando tales datos son reclamados por un órgano jurisdiccional porque resultan imprescindibles para que no quede desprotegido otro derecho fundamental: la tutela judicial efectiva a que tiene derecho el ejecutante».

<sup>662</sup> Nótese, que conforme al art. 483 del CPC italiano con el que se inicia la regulación del Capítulo del Título II del Libro III del CPC italiano, dedicado a la regulación de las disposiciones generales en torno a la ejecución dineraria, en principio, el acreedor puede valerse cumulativamente de los distintos medios de ejecución dineraria previstos en la Ley (mobiliaria, sobre créditos o muebles poseídos por terceras personas e inmobiliaria), si bien, en caso de oposición del deudor al respecto de esta acumulación, el Juez de la ejecución puede decidir limitando la ejecución al medio elegido por el acreedor o a otro distinto. Afirma el art. 483 del CPC italiano lo siguiente: «Il creditore può valersi cumulativamente dei diversi mezzi di espropriazione forzata previsti dalla legge, ma, su opposizione del debitore, il giudice dell'esecuzione, con ordinanza non impugnabile, può limitare l'espropriazione al mezzo che il creditore sceglie o, in mancanza, a quello che il giudice stesso determina. Se è iniziata anche l'espropriazione immobiliare, l'ordinanza è pronunciata dal giudice di ques'ultima».

ejecutado sólo se contemplan en cada uno de los Capítulos específicamente dedicados a regular cada una de las concretas modalidades de ejecución dineraria en atención al objeto (nada se dice acerca de las medidas de localización en sede de disposiciones generales), de modo que varían en cada uno de los casos.

Por lo que respecta a la ejecución dineraria sobre bienes inmuebles, que es la que a nosotros interesa a los efectos del presente trabajo sobre aspectos sustantivos de la venta judicial de bienes inmuebles, la carga de localizar el bien inmueble sobre el que recaerá el proceso de ejecución dineraria pesa exclusivamente sobre la persona del acreedor ejecutante. Es decir, la única medida de localización del bien inmueble que será objeto de la ejecución dineraria que se prevé en el CPC italiano es la determinación del mismo por parte del acreedor ejecutante en la demanda ejecutiva. No se contemplan, pues, en sede de ejecución dineraria inmobiliaria, medidas subsidiarias de localización tales como la manifestación de los bienes por parte del ejecutado, ni tampoco la investigación judicial<sup>663</sup> (esto último con matices), pues se sobrentiende que dada la elección del acreedor ejecutante por esa vía de ejecución dineraria específica, deberá ser él mismo el que materialmente lleve a cabo la búsqueda del concreto bien inmueble cuya ejecución instará ante la lesión de su crédito pecuniario<sup>664</sup>.

---

<sup>663</sup> La única modalidad de ejecución dineraria en la que sí se prevé una medida de localización por parte del órgano ejecutivo, concretamente del «*ufficiale giudiziario*», es la ejecución dineraria sobre bienes muebles en posesión del deudor ejecutado, conforme al art. 513 del CPC italiano, a cuyo tenor: «L'ufficiale giudiziario, munito del titolo esecutivo e del precetto, può ricercare le cose da pignorare nella casa del debitore e negli altri luoghi a lui appartenenti. Può anche ricercarle sulla persona del debitore, osservando le opportune cautele per rispettarne il decoro. Quando è necessario aprire porte, ripostigli o recipienti, vincere la resistenza opposta dal debitore o da terzi, oppure allontanare persone che disturbano l'esecuzione del pignoramento, l'ufficiale giudiziario provvede secondo le circostanze, richiedendo, quando occorre, l'assistenza della forza pubblica. Il presidente del tribunale o un giudice da lui delegato, su ricorso del creditore, può autorizzare con decreto l'ufficiale giudiziario a pignorare cose determinate che non si trovano in luoghi appartenenti al debitore, ma delle quali egli può direttamente disporre. In ogni caso l'ufficiale giudiziario può sottoporre a pignoramento, secondo le norme della presente sezione, le cose del debitore che il terzo possessore consente di esibirgli».

<sup>664</sup> Así lo indica claramente BALENA, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 117: «Nell'espropriazione immobiliare e in quella mobiliare presso terzi, (...) la ricerca e l'individuazione dei beni (o dei crediti) utilmente pignorabili vengono materialmente compiute, in via preventiva, dallo stesso creditore (...)». Asimismo, MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 92: «(...) La scelta dei beni da pignorare non è compiuta dall'ufficiale giudiziario, al momento del pignoramento, ma, in un momento anteriore, dal creditore precedente. Quest'ultimo, oltre a dover optare per il pignoramento immobiliare piuttosto che per quello mobiliare o presso terzi, dovrà già sapere (in quanto scelga il pignoramento immobiliare) quali beni immobili appartengono al debitore e se il loro valore sia approssimativamente sufficiente per soddisfare il suo credito; e per sapere ciò dovrà fare capo alle risultanze dei pubblici registri immobiliari, anche per conoscere le eventuali ragioni di altrui prelazione che potrebbero frustrare la sua iniziativa, o l'esistenza di altri precedenti pignoramenti que potrebbero indurlo a preferire un intervento nelle relative procedure». También, CAPPONI, B., «Pignoramento immobiliare», en BOVE, M., CAPPONI, B., MARTINETTO, G., y SASSANI, B., *L'espropriazione forata*, Torino, 1988, p. 417: «(...) L'individuazione del immobile da pignorare è rimessa all'esclusiva iniziativa del creditore precedente (...)». Del mismo modo, GIUSTI, G., *Il pignoramento immobiliare*, Milano, 2012, p. 26: «Nell'espropriazione immobiliare, diversamente quanto accade nella espropriazione mobiliare, è il creditore precedente a scegliere il bene o i beni immobili. Quest'ultimo, nel momento in cui opta per il pignoramento immobiliare, deve essere già in grado di conoscere i beni immobili del debitore e se il loro valore sia sufficiente a soddisfare il suo credito. Il

### 2.2.2. La suficiencia del embargo

Ya sabemos que la ejecución dineraria, como ejecución singular, debe recaer sobre una serie determinada de bienes, cuya concreción se articula a través de la traba del embargo y de acuerdo con el denominado principio de la suficiencia. Esto es, el embargo ejecutivo, como bien indica GARBERÍ LLOBREGAT, «únicamente podrá proyectarse sobre aquellos bienes que, además de estar determinados y ser susceptibles de embargo, alcancen a responder por las cantidades que se hayan determinado en el auto por el que se despache la ejecución»<sup>665</sup>. Por tanto, no debe procederse a la ejecución de más, ni de menos derechos del activo patrimonial del deudor objetivamente hábiles para ejecutarse, cuyo valor se corresponda con la cuantía por la que se despache ejecución. Y para ello, deberá acudirse, claro está, al previsible valor de estos derechos que serán objeto de embargo y posterior venta judicial. Valor previsible de los derechos a embargar y vender judicialmente que será calculado por el órgano judicial ejecutivo, atendiendo al que quepa esperar que alcancen en la enajenación forzosa (no al valor teórico de mercado que podría asignarse a los derechos por un perito tasador)<sup>666</sup>.

La correspondencia que debe existir entre el valor de los derechos que se embarguen y vendan judicialmente y la cantidad por la que se despache la ejecución dineraria es una

creditore potrà conoscere tutto ciò consultando i pubblici registri immobiliari, ove, altresì, potrà apprendere se sugli stessi insistono ragioni di altrui prelazioni oppure pignoramenti precedenti che possano limitare la propria iniziativa».

<sup>665</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 699. VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (II)»... *cit.*, p. 171, por su parte, enuncia el principio de la suficiencia que debe regir en materia de embargo, en los términos siguientes: «No deben embargarse más bienes (ni tampoco menos) que los estrictamente precisos para satisfacer los importes por los que se haya despachado la ejecución y, para ello, debe atenderse al “previsible valor” de los bienes que sean objeto de embargo. Cuando ese previsible valor (...) coincida con la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, debe cesar el embargo de bienes». Del mismo modo, ORTELLS RAMOS, M., y AAVV., *Derecho Procesal Civil...*, *cit.*, p. 786: «Este presupuesto (refiriéndose a la suficiencia de los bienes) es el resultado de una comparación entre un término cierto (la cantidad por la que se ha despachado la ejecución) y un término inseguro (la suma que pueda obtenerse con la realización forzosa del bien a embargar). (...) La apreciación de suficiencia ha de hacerse, pues, de modo aproximado, sin superar de modo obvio los límites de la suficiencia (art. 684 LEC), pero asegurándose de que se alcanzará ésta. También, CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 584 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, pp. 262 y 263: «(...) El principio de responsabilidad universal no significa que todo el patrimonio del deudor deba quedar afecto a la ejecución, sino que aquélla (la responsabilidad) queda limitada a los bienes que sean suficientes para satisfacer al acreedor. (...) La Ley de Enjuiciamiento Civil (...) no permite el embargo indiscriminado de todos ellos, sino hasta un límite que no exceda “de la cantidad por la que se haya despachado ejecución” (dentro de la cual estará incluida la previsible para las costas por ella generadas, aunque sólo con carácter provisional), salvo que –y la excepción es lógica– “en el patrimonio del ejecutado sólo existieren bienes de valor superior a esos conceptos” (...). Este requisito se reproduce en el art. 581.1 que habla de embargo de bienes del deudor “en la medida suficiente” cuando éste no atiende al requerimiento de pago en el acto, y en el art. 612.1, en sede de mejora del embargo, que puede pedirse “cuando pueda dudarse de la suficiencia de los bienes embargados para cubrir principal y costas” (...). La norma, pues, obedece al principio elemental de que la protección del derecho del ejecutante no legitima el abuso de derecho por su parte (...)». Asimismo, MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, pp. 1503-1506.

<sup>666</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (II)»... *cit.*, p. 171.

exigencia común en el Ordenamiento Jurídico español e italiano. Si bien en el caso de España, su observancia se afirma aún con más claridad, tal y como se desprende del art. 584 de la LEC española, en el que se afirma tajantemente que «no se embargarán bienes cuyo previsible valor exceda de la cantidad por la que se haya despachado ejecución, salvo que en el patrimonio del ejecutado sólo existieren bienes de valor superior a esos conceptos y la afección de dichos bienes resultare necesaria a los fines de la ejecución». Como puede apreciarse, en la parte final del precepto se establece una lógica excepción al principio de suficiencia que venimos explicando: a saber, cuando el derecho del activo patrimonial susceptible de ejecutarse sea superior a la cuantía por la que se despache la ejecución, la traba del embargo y venta judicial de dicho derecho sí será válida, cuando se trate del único elemento del activo patrimonial del deudor ejecutado al que pueda agredirse forzosamente.

Además del precepto anterior, y acudiendo comúnmente a España e Italia, el requisito de la suficiencia del embargo se desprende claramente de la posibilidad de la reducción y aumento o mejora del embargo, supuestos cuyo fundamento reside precisamente en la necesaria observancia de este presupuesto. El embargo puede reducirse, a instancia del deudor ejecutado o aumentarse sobre más derechos del activo patrimonial del ejecutado a solicitud del acreedor ejecutante, precisamente porque el valor del derecho objeto de ejecución debe corresponderse con la cuantía total por la que ésta se despacha<sup>667</sup>.

En lo que respecta a la **mejora o aumento del embargo**, se contempla en el art. 612 de la LEC española, así como en el art. 492. 4º del CPC italiano. El art. 612 de la LEC española prevé la posibilidad de que se mejore el embargo, a petición del acreedor ejecutante cuando tenga lugar un cambio de circunstancias que «permita dudar de la suficiencia de los bienes embargados en relación con la exacción de la responsabilidad del ejecutado» (por ejemplo, cuando haya sido admitida una tercería de dominio, supuesto expresamente contemplado por el propio art. 612 de la LEC española)<sup>668</sup>. El art. 492. 4º del CPC, por su

---

<sup>667</sup> CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 612 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Navarra, 2001, pp. 344 y 345, explica la relación directa existente entre la posibilidad de mejora y reducción del embargo y el principio de suficiencia en los siguientes términos: «Al comentar el artículo 584 decíamos que, a diferencia de lo que ocurre en la ejecución general, la responsabilidad del ejecutado se limita a los bienes de su patrimonio que sean suficientes para (con su realización) satisfacer al acreedor ejecutante. Ciertamente no resulta fácil determinar cuándo los bienes serán o no suficientes a tal fin y de ahí la redacción del citado precepto, que deja un amplio margen al órgano jurisdiccional para efectuar la traba, y el carácter relativo del principio como requisito de embargo, que sólo debe operar en los casos de que la suficiencia o insuficiencia conste con notoriedad. Precisamente porque este principio de suficiencia debe operar como objetivo (pero también porque a lo largo del proceso de ejecución puede aumentar o disminuir la responsabilidad del ejecutado), el embargo inicialmente trabado puede experimentar diversas modificaciones».

<sup>668</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (II)»... *cit.*, p. 220, explica detalladamente la mejora del embargo en los términos siguientes: «Consiste en la traba de nuevos bienes, inicialmente no embargados. La LEC la declara procedente, sin más, ante determinados acontecimientos que dan lugar a que los bienes inicialmente trabados devengan insuficientes (o, al menos, generan un riesgo cierto de que así suceda): cuando se admite una tercería de dominio (art. 589); si los intereses y costas efectivamente devengados en la ejecución

parte, en sede de disposiciones generales de la ejecución dineraria (aplicable, por tanto, a todas las modalidades de ejecución dineraria contempladas en el CPC a las hemos hecho referencia en páginas precedentes), establece que cuando para la satisfacción del acreedor ejecutante los bienes sujetos al embargo resulten insuficientes, el «*ufficiale giudiziario*» podrá instar al deudor ejecutado a que indique ulteriores bienes susceptibles de embargo<sup>669</sup>. Asimismo, en aras de la suficiencia que debe reunir el embargo en la modalidad de mejora del mismo atendiendo a la cuantía por la que se despache ejecución, el art. 492, párrafos sexto y séptimo del CPC italiano, prevé igualmente la posibilidad de que el «*ufficiale giudiziario*» lleve a cabo una investigación judicial de los derechos del deudor ejecutado, basándose en los indicios que así se desprendan de los registros públicos y de las bases de datos de las que éstos disponen, únicamente cuando el acreedor ejecutante acredite la imposibilidad de haber encontrado dichos derechos, o cuando los indicados por el mismo resulten insuficientes para satisfacer al acreedor ejecutante y a los eventuales acreedores intervinientes (cuando no se de el principio de suficiencia del que seguidamente nos ocuparemos, por ejemplo, como expresamente indica en propio CPC italiano, cuando ello se produce como consecuencia de la intervención de otros acreedores)<sup>670</sup>. Por tanto, en principio, ante la insuficiencia por defecto de los derechos embargados, el CPC italiano prevé dos medidas para lograr la necesaria mejora de dicho embargo: de un lado, la manifestación de nuevos derechos por parte del deudor; y, de otro, la actuación de

---

sobrepasan la cantidad inicialmente prevista para estos conceptos (art. 612. 2 y 613. 4); o cuando la ejecución se amplíe a nuevos plazos o la inicialmente despachada por una parte de la deuda se amplíe a toda ella (art. 578. 3). (...) Fuera de los casos anteriores, el ejecutante puede pedir la mejora del embargo acreditando un cambio de circunstancias que permita dudar de la suficiencia de los bienes embargados en relación con la exacción de la responsabilidad del ejecutado (...). En sentido análogo, vid., GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II..., *cit.*, pp. 853 y 854. Igualmente, CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 612 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 345.

<sup>669</sup> El tenor literal del art. 492. 4º del CPC italiano es el que sigue: «Quando per la soddisfazione del creditore precedente i beni assoggettati a pignoramento appaiono insufficienti ovvero per essi appare manifesta la lunga durata della liquidazione l'ufficiale giudiziario invita il debitore ad indicare ulteriori beni utilmente pignorabili, i luoghi in cui si trovano ovvero le generalità dei terzi debitori, avvertendolo della sanzione prevista per l'omessa o falsa dichiarazione». Acerca del aumento o mejora del embargo en el Ordenamiento Jurídico italiano, vid., CAPPONI, B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile...*, *cit.*, pp. 234-253.

<sup>670</sup> El tenor literal del art. 492, párrafos sexto y séptimo del CPC italiano es el que sigue: «Qualora, a seguito di intervento di altri creditori, il compendio pignorato sia divenuto insufficiente, il creditore precedente può richiedere all'ufficiale giudiziario di procedere ai sensi dei precedenti commi ai fini dell'esercizio delle facoltà di cui all'articolo 499, quarto comma. In ogni caso l'ufficiale giudiziario, ai fini della ricerca delle cose e dei crediti da sottoporre ad esecuzione, quando non individua beni utilmente pignorabili oppure le cose e i crediti pignorati o indicati dal debitore appaiono insufficienti a soddisfare il creditore precedente e i creditori intervenuti, su richiesta del creditore precedente, rivolge richiesta ai soggetti gestori dell'anagrafe tributaria e di altre banche dati pubbliche. La richiesta, eventualmente riguardante più soggetti nei cui confronti procedere a pignoramento, deve indicare distintamente le complete generalità di ciascuno, nonché quelle dei creditori istanti».



indagación judicial a cargo del «*ufficiale giudiziario*», apoyado en los datos que suministren acerca del patrimonio del deudor ejecutado los distintos registros públicos<sup>671</sup>.

Por lo que hace a la **reducción del embargo**, de nuevo se trata de un supuesto que constituye un reflejo de la vigencia del principio de la suficiencia, en la medida en que responde a la falta de correspondencia, en este caso por exceso, del valor de los derechos embargados y la cuantía total por la que se despacha la ejecución. La reducción del embargo se recoge en el art. 612 de la LEC española, así como en el art. 496 del CPC italiano. El art. 612 de la LEC en su primer párrafo *in fine*, prevé la posibilidad de que el ejecutado solicite la reducción del embargo, así como sus garantías, siempre que puedan llevarse a cabo sin peligro para los fines de la ejecución. Como bien indica VEGAS TORRES a este respecto, «cuando el ejecutado pide la reducción del embargo está denunciando en realidad una situación (quizá sobrevenida: puede haber aumentado el previsible valor de realización de alguno de los bienes inicialmente trabados) de exceso de bienes embargados»<sup>672</sup>, lo que supone una clara infracción al principio de suficiencia que debe regir en esta materia. En el caso de Italia, es el art. 496 del CPC italiano, como decimos, el que se ocupa de regular la reducción del embargo, la cual puede instarse por parte del deudor ejecutado o incluso del propio órgano judicial ejecutivo, siempre que el valor de los bienes embargados sea superior al importe por el que se despacha la ejecución<sup>673</sup>.

---

<sup>671</sup> Así lo explica, en relación con la medida de indagación judicial, CENDON, P., «Commentario al articolo 492 del Codice di Procedura Civile», en CENDON, P., *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Milano, 2012, p. 163: «Il settimo comma dell'art. 492 CPC prevede che il creditore procedente, nel caso in cui manchino beni utilmente pignorabili o siano insufficiente a soddisfare il suo diritto di credito o quello degli intervenuti, possa richiedere all'ufficiale il suo diritto di credito o quello degli intervenuti, possa richiedere all'ufficiale giudiziario di effettuare una ricerca presso i soggetti gestori dell'anagrafe tributaria e di altre banche dati pubbliche». Igualmente, COMOGLIO L. P., CONSOLO C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., «Commentario all'articolo 492 del Codice di Procedura Civile», en *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Vol. V, Torino, 2013, pp. 602 y 603: «La ricerca dei beni da pignorare non si limita all'assunzione di informazioni presso il debitore. Infatti, per una più proficua attuazione del pignoramento, l'ufficiale giudiziario, su istanza del creditore munito di titolo esecutivo (anche stragiudiziale), può presentare (in qualunque momento dell'espropriazione forzata) richiesta ai soggetti gestori dell'anagrafe tributaria –tenuta dal Ministero dell'economia e dalle agenzie fiscali – e di altre banche dati pubbliche (ad esempio, anagrafe dei rapporti di conto e di deposito) per conoscere la “consistenza patrimoniale” dell'esecutato. La richiesta (...) presuppone che il creditore non abbia trovato beni utilmente pignorabili (l'ufficiale giudiziario potrà consultare le banche dati soltanto se il creditore dimostra di avere diligentemente eseguito le necessarie ricerche dei beni da aggredire presso le banche dati aperte al pubblico, quali la conservatoria, il catasto, le camere di commercio, etc. [...]) o che le cose e i crediti pignorati o indicati dal debitore appaiano insufficienti a soddisfare i creditore concorrenti».

<sup>672</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (II)»... *cit.*, p. 221. En sentido análogo, vid., GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II..., *cit.*, pp. 854 y 855. Asimismo, CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 612 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 345.

<sup>673</sup> El tenor literal del art. 496 del CPC italiano es el que sigue: «Su istanza del debitore o anche d'ufficio, quando il valore dei beni pignorati è superiore all'importo delle spese e dei crediti di cui all'articolo precedente, il giudice, sentiti il creditore pignorante e i creditori intervenuti, può disporre la riduzione del pignoramento». Acerca de la reducción del embargo en el Ordenamiento Italiano vid., BALENA, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 102. Igualmente, MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto*

A modo de conclusión, puede sintetizarse todo lo expuesto afirmando que el principio de suficiencia que debe regir en la ejecución y, particularmente en sede de la traba del embargo, se cifra en la necesaria correspondencia que debe existir entre el valor de los bienes embargados y posteriormente vendidos judicialmente, y la cuantía total por la que se despacha la ejecución. Principio de suficiencia que rige tanto en el Ordenamiento español, cuanto en el italiano, si bien en el caso de España su afirmación resulta aún más tajante, en base al art. art. 584 de la LEC española, en el que se establece de manera expresa. No obstante, como acabamos de ver, no cabe duda de que es un principio que rige también en el Ordenamiento italiano, tal y como se desprende de la previsión de las figuras de la reducción y aumento del embargo, ambas consecuencia directa del referido principio de la suficiencia. Tanto es así, que las voces más autorizadas de la doctrina italiana proclaman dicho principio sin ambages, pudiendo destacarse de entre todos a ellas a TRAVI, quien en el célebre «*Novissimo Digesto Italiano*» afirma a este respecto lo siguiente: «la ejecución dineraria constituye un instrumento para la satisfacción del crédito; instrumento que debe proporcionarse, pues, a su objeto. Así, sólo podrán ser objeto de ejecución aquellos bienes estrictamente necesarios para hacer conseguir al acreedor “cuanto se le debe”»<sup>674</sup>.

Entendido el alcance del principio de suficiencia, nos resta por analizar una cuestión de gran importancia que trae precisamente causa de este principio. Nos estamos refiriendo a las reglas para la selección de los concretos derechos que finalmente se embargarán y realizarán forzosamente. La selección de estos concretos derechos es una consecuencia de la determinabilidad que debe reunir el embargo, que debe llevarse a cabo, no obstante, en virtud del proclamado principio de la suficiencia. Pues bien, ¿en qué se refleja dicho principio en lo que a la selección de derechos se refiere? En el establecimiento de una serie de reglas legales específicas tendentes a ordenar, ante la existencia de una pluralidad de derechos susceptibles de embargo y realización forzosa, la selección de los concretos derechos que finalmente se someterán a la ejecución dineraria.

Estas reglas, debe advertirse, que en materia inmobiliaria, que como sabemos es la que a nosotros interesa, brillan por su ausencia en el caso de Italia. Y no existen, porque como ya se ha explicado, en la ejecución dineraria inmobiliaria italiana la determinación y selección del bien objeto de ejecución es una carga exclusiva del acreedor ejecutante. Este último, en

---

*Processuale Civile*, Vol. III..., cit., p. 57. CAPPONI, B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile...*, cit., p. 241, explica la reducción del embargo en Italia en los siguientes términos: «L'istituto della riduzione del pignoramento consente al debitore, al terzo che subisce l'esecuzione o anche al giudice, d'ufficio, di ridurre la misura del singolo pignoramento allorché il valore dei beni pignorati risulti superiore all'importo delle spese di procedura e dei crediti, determinati a norma dell'art. 495 CPC».

<sup>674</sup> Traducción realizada por el autor del presente trabajo. TRAVI, A., voz «Espropriazione forzata in genere»..., cit., p. 896: «(...) L'espropriazione, come si è detto, è strumento per la soddisfazione del credito; lo strumento deve proporzionarsi allo scopo. Potranno dunque, di regola, venir colpiti tutti e solamente i beni occorrenti per far conseguire al creditore “quanto gli è dovuto”».

el mismo momento en que opta por esa modalidad específica de ejecución dineraria, debe estar ya en grado de conocer los bienes inmuebles del deudor (y su valor) que resulten suficientes para satisfacer su crédito. La propia configuración del proceso de ejecución dineraria, distinguiendo distintos tipos especiales de ejecución en función de la naturaleza del objeto ante la que nos encontremos, hace que el establecimiento de reglas legales para la selección de los concretos derechos a ejecutar forzosamente carezca de sentido en el ámbito inmobiliario (sí se contienen reglas al respecto, en materia de ejecución de bienes muebles en posesión del deudor ejecutado, ya que en esa modalidad ejecutiva, sí es el órgano ejecutivo el encargado de llevar a cabo la búsqueda y selección de los bienes muebles objeto de ejecución).

Dicho lo cual, en España, a diferencia de Italia, como ya sabemos, la selección de los derechos a ejecutar no es una tarea que corresponda en exclusiva al ejecutante: se le da preferentemente la opción de que así sea, pero en su defecto, existen un conjunto normativo tendente a establecer reglas específicas, no sólo para la localización de los derechos existentes susceptibles de embargo y realización forzosa, sino también para que una vez localizados se sepa qué criterio acoger a la hora de seleccionarlos. Ya conocemos las reglas para la localización, veamos ahora los criterios que rigen la selección, previstos en el art. 592 de la LEC española. Antes de adentrarnos en su análisis, debe notarse que estos criterios, como puede imaginarse, sólo cobran sentido en el caso de que exista una pluralidad de derechos susceptibles de ejecución, de entre los que deba decidirse cuál o cuáles específicamente ejecutar.

La LEC, ante todo, permite que sean las partes las que decidan sobre qué bienes, de los pertenecientes al ejecutado y susceptibles de embargo, debe proyectarse la actividad ejecutiva. Pactos que pueden llevarse a cabo tanto dentro como fuera de la ejecución y que vincularán al órgano judicial ejecutivo, salvo que se trate de derechos inembargables, o derechos cuya pertenencia al ejecutado no conste con claridad (requisito subjetivo del derecho ejecutado que nos ocuparemos seguidamente). Asimismo, tales pactos pueden ser expresos o tácitos: por ejemplo, cuando el ejecutante designe una serie de derechos en la demanda de ejecución y el ejecutado no impugne la traba ni pide la modificación del embargo respecto a otra serie de derechos de su pertenencia.

En defecto de pacto entre las partes acerca del derecho a ejecutar, o en el caso de que éste no resulte válido (por los motivos que acabamos de ver), siempre que el órgano ejecutivo se encuentre en situación de elegir entre una pluralidad de derechos cuál de ellos ha de ser sometido a ejecución, deberá fundar su decisión en un doble criterio: la mayor facilidad de enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado.

Finalmente, cuando la aplicación de los criterios anteriores no permita determinar qué derechos han de ser embargados y cuáles deben quedar libres de traba de manera concluyente, el Secretario Judicial deberá seguir un orden legal que viene a poner a los bienes inmuebles en séptimo lugar, precedidos por otros múltiples objetos de distinta

naturaleza (dinero o cuentas corrientes de cualquier clase; créditos y derechos realizables en el acto o a corto plazo, y títulos, valores u otros instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado secundario oficial de valores; joyas y objetos de arte; rentas en dinero, cualquier que sea su origen y la razón de su devengo; intereses, rentas y frutos de toda especie; y bienes muebles o semovientes, acciones, títulos o valores no admitidos a cotización oficial y participaciones sociales)<sup>675</sup>.

Hasta aquí las reglas legales que han de seguirse para la selección de los derechos a embargar y realizar forzosamente, con la que finalizamos la exposición de los presupuestos objetivos que debe reunir el derecho transmitido mediante venta judicial.

### **2.3. REQUISITO SUBJETIVO DEL DERECHO TRANSMITIDO: LA PERTENENCIA DEL DERECHO EMBARGADO AL EJECUTADO**

La ejecución dineraria trae causa del incumplimiento de una obligación de carácter pecuniario por parte de un sujeto, el deudor ejecutado, algunos de cuyos derechos de contenido patrimonial, alienables y no declarados inembargables, de su activo patrimonial (los suficientes para cubrir la cuantía por la que se despacha la ejecución), pasan a someterse al proceso de ejecución forzosa, mediante el embargo o concreción de los derechos en cuestión y la posterior realización forzosa de los mismos para su conversión en dinero con el que se satisfará el crédito del acreedor ejecutante. Siendo así, por razón de la titularidad de la obligación cuyo incumplimiento ha originado el proceso de ejecución, resulta evidente que los derechos que pasen a realizarse forzosamente necesariamente han de pertenecer a su patrimonio. Esto es, sólo podrán embargarse y venderse forzosamente aquellos bienes que, en el momento de la traba, pertenezcan al ejecutado. Y ello es así, tanto en España como en Italia, ya que en ambos Ordenamientos la función que se persigue con la ejecución dineraria, a saber, la satisfacción del acreedor a costa de la conversión en dinero de derechos del activo patrimonial del deudor, viene a ser la misma. En ambos Ordenamientos la responsabilidad patrimonial universal queda compuesta únicamente por derechos que sean propiedad del sujeto deudor, no por los derechos de terceras personas<sup>676</sup>.

---

<sup>675</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (II)»... *cit.*, pp. 173-177. En torno a los criterios legales para la selección de los bienes a embargar puede verse igualmente: GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II..., *cit.*, pp. 713-715; ORTELLS RAMOS, M., y AAVV., *Derecho Procesal Civil...*, *cit.*, pp. 786 y 787; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial...*, *cit.*, pp. 221-225; CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 592 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Navarra, 2001, pp. 280-282; MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, pp. 1495-1503.

<sup>676</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)»... *cit.*, p. 147. En sentido análogo, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 725: «(...) Entre los presupuestos de índole subjetiva del embargo ejecutivo se encuentra el relativo a que el bien objeto de dicha

Debe advertirse, tal y como hace acertadamente VEGAS TORRES, que esta regla de la necesaria pertenencia del derecho o derechos embargados y vendidos judicialmente al deudor ejecutado, no encuentra en rigor excepción alguna. No debe considerarse como excepciones a lo anterior los casos en que se embarguen y vendan judicialmente bienes no pertenecientes al deudor, sino a un tercero no deudor que responde personalmente de la deuda por la que se proceda, o que es dueño de bienes sobre los que ha de proyectarse la actividad ejecutiva. Estos terceros que no son deudores principales desde un punto de vista sustantivo, son, sin embargo, ejecutados desde un punto de vista procesal, ya que la ejecución se despacha frente a los mismos. Por ejemplo, cuando la ejecución se despacha frente al fiador, se embargan sus bienes, que no pertenecen al deudor, pero sí son bienes del ejecutado, en la medida en que el despacho de la ejecución atribuye este carácter al fiador<sup>677</sup>. Ya analizamos en sede de los elementos subjetivos de la venta judicial, que el carácter de parte en la ejecución, esto es, de acreedor y deudor ejecutado lo daba el título de ejecución por el que se insta el despacho de la misma.

Siendo cierto que la Ley sólo permite el embargo y venta judicial sobre derechos pertenecientes al ejecutado, no es menos cierto que la traba del embargo se lleva a cabo por parte del Órgano ejecutivo sin llevar a cabo una investigación o averiguación exhaustiva acerca de la pertenencia del derecho en cuestión al ejecutado, basándose en meros indicios o signos externos de los que razonablemente pueda deducirse dicha pertenencia<sup>678</sup>. Esta

traba judicial pertenezca al patrimonio del deudor ejecutado. (...) Como no podía ser de otra manera, por tanto, y toda vez que el deudor ejecutado responde de sus deudas con sus propios bienes presentes y futuros (...) en virtud de la cláusula general dispuesta en el art. 1911 CC, al mismo no le es dado en absoluto afectar al pago del crédito objeto de ejecución aquellos bienes de cuyo dominio no sea el verdadero titular. El embargo ejecutivo, en consecuencia, deberá proyectarse única y exclusivamente sobre estos bienes propios del ejecutado (...). Asimismo, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial...*, cit., p. 235: «El embargo ha de recaer sobre elementos patrimoniales que sean de titularidad del deudor, lo que supone, ante todo, excluir de la afectación los bienes que, aun encontrándose en poder del ejecutado, pertenezcan en realidad a terceras personas». Igualmente, SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 122, al analizar los requisitos que debe reunir el bien inmueble sobre el que se dirija la acción ejecutiva, afirma que «ha de tratarse de un bien inmueble perteneciente al ejecutado, que sólo el patrimonio de éste queda en situación de sujeción frente a la potestad jurisdiccional ejecutiva; y en nuestro Derecho no existe ninguna norma que autorice la extensión de la responsabilidad a personas que no han litigado o que, en general, no aparezcan legitimadas por el título ejecutivo». También CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Navarra, 2001, p. 288: «Para que puedan ser objeto de la ejecución (para que puedan ser embargados y, posteriormente, realizados) los bienes deben pertenecer al patrimonio del deudor, lo cual significa que quedan excluidos los bienes que, aun estando en su poder, formen parte del patrimonio de terceros». De la misma forma, el célebre CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes...*, cit., p. 276, explica esta necesaria pertenencia del bien sometido a ejecución al patrimonio del ejecutado en términos muy claros: «Para extraer un derecho -real o personal- del patrimonio del ejecutado es preciso, por propia definición, que pertenezca a éste la titularidad del derecho, ya que nadie puede ser privado de lo que carece, y nadie puede sufrir una sanción sin que contra él se haya despachado ejecución como base en un título del que aparezca como responsable».

<sup>677</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)»... cit., p. 147.

<sup>678</sup> Afirma a este respecto CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»... cit., p. 288, que «dentro del proceso de ejecución el embargo no exige una previa delimitación del

actuación del órgano judicial ejecutivo a la hora de trabar el embargo del derecho que posteriormente será enajenado forzosamente, basada en meros indicios y signos externos, que no responde, pues, a un proceso previo de constatación de la pertenencia del derecho al ejecutado, es común tanto a España como a Italia<sup>679</sup>. Si bien, en el caso del Ordenamiento español, ello resulta aún más evidente, ya que el art. 593. 1 de la LEC española establece que «para juzgar sobre la pertenencia al ejecutado de los bienes que se proponga embargar, el Secretario Judicial, sin necesidad de investigaciones ni otras actuaciones, se basará en indicios y signos externos de los que razonablemente pueda deducir aquélla»<sup>680</sup>.

Pues bien, como el embargo previo a la venta judicial no sólo puede, sino que debe trabarse partiendo de la mera apariencia externa de que los derechos pertenecen efectivamente al deudor, resulta factible y probable que, en ciertos casos, la apariencia no se corresponda con la realidad, embargándose y vendiéndose judicialmente bienes que no pertenecen verdaderamente al deudor ejecutado (la práctica así lo demuestra, con numerosos casos de embargos y ventas judiciales sobre cosa no perteneciente al deudor)<sup>681</sup>. En estos casos, como bien afirma GARBERÍ LLOBREGAT, el legislador debe armonizar en la medida de lo posible dos antitéticos principios: de un lado, el respeto a los derechos de los terceros no involucrados en la ejecución y, de otro, la mayor efectividad de la ejecución (lo que desaconseja exigir un proceso de averiguación exhaustiva previa de la pertenencia del derecho embargado y realizado forzosamente al deudor ejecutado). Armonización de principios encontrados que tanto el legislador español como italiano llevan a cabo mediante el establecimiento de dos órdenes de disposiciones: unas para, en aras a favorecer el buen fin de la ejecución, intentar conservar el embargo ejecutivo ya decretado; y otras para posibilitar

patrimonio del deudor (de forma que el tribunal conozca con total precisión los bienes que lo integran) ni la traba de un concreto bien requiere que el tribunal investigue sobre su pertenencia al ejecutado o que ésta se acredite indubitadamente. Será suficiente la presunción de pertenencia, inducida de circunstancias externas más o menos relevantes y fiables según los casos (por ejemplo, la propia manifestación del ejecutado, que el bien aparezca a su nombre en un Registro público, etc.)».

<sup>679</sup> En el caso del Ordenamiento italiano, hace notar la actuación del órgano ejecutivo a la hora de trabar el embargo y llevar a cabo la posterior venta judicial en base a meros indicios, sin un proceso de constatación previa de la pertenencia del derecho sometido a ejecución, CAPPONI, B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile...*, cit., p. 431: «(...) La legge -salvo il caso dell'espropriazione presso terzi, che è oggetto di disciplina particolare- non richiede un "accertamento" preventivo circa la possibilità che il bene sia assoggettato all'esecuzione. Si accontenta di indici esteriori (essere il bene nella casa del debitore o in luoghi a lui "appartenenti"; risultare come suo da pubblici registri)».

<sup>680</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)»... cit., p. 148, explica la razón de ser de esta prohibición de investigaciones previas en los términos siguientes: «La razón de la prohibición de investigaciones previas sobre la titularidad de los bienes es muy simple: si se exigieran -o, incluso permitieran- esas investigaciones, se facilitarían eventuales maniobras fraudulentas del deudor para ocultar bienes y frustrar la ejecución». En sentido análogo, ORTELLS RAMOS, M., y AAVV., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 784 dispone: «En el tráfico jurídico las transacciones se producen sin que el transmitente tenga que demostrar la existencia de cosa juzgada sobre su titularidad del bien. Además, una declaración con eficacia de cosa juzgada respecto de esa pertenencia, sólo daría la máxima garantía de la titularidad frente a alguien, pero no frente a todos en general». Igualmente, VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)»... cit., pp. 147 y 148. También, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II..., cit., pp. 700 y 725.

<sup>681</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)»... cit., p. 148.

la defensa del tercero, que sin ser deudor ni estando afectado de modo alguno por la ejecución, ve sometido alguno de los derechos integrantes de su patrimonio a la actividad ejecutiva<sup>682</sup>.

En lo que hace al **primer orden de disposiciones**, estos, **las concernientes a la defensa de la efectividad y rapidez de la tramitación del proceso de ejecución**, el legislador español se muestra mucho más claro que el italiano a este respecto. Mayor claridad que se desprende del art. 594 de la LEC, en el que se afirma que «el embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz». Así, se establece con rotundidad que el embargo sobre cosa ajena es válido y que resultará eficaz siempre que se den una serie de condiciones: que el tercero titular de los bienes embargados no ejercite en tiempo y forma su derecho de defensa a través de los medios que el Ordenamiento pone a estos efectos a su alcance; y que no se impugne la enajenación del derecho embargado producida en el desarrollo del procedimiento de apremio o, que se impugne una vez que el derecho en cuestión haya sido adquirido por el rematante o adjudicatario de modo irreivindicable conforme a la legislación sustantiva<sup>683</sup> (se está

---

<sup>682</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II..., *cit.*, pp. 728 y 729. También VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)»... *cit.*, p. 148, hace referencia a la necesidad de conciliar ambos principios: «Es indudable que (...) la Ley debe proteger al tercero que sea verdadero titular de los bienes, pero teniendo cuidado de que esa protección no impida que el proceso de ejecución cumpla sus fines».

<sup>683</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 729. La interpretación del art. 594 de la LEC es objeto de múltiples pronunciamientos doctrinales, algunos de los cuales se enfrentan a la explicación de su alcance, a nuestro juicio, de manera errónea; a este respecto, puede verse a VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)»... *cit.*, pp. 148 y 149, donde afirma que «lo dispuesto en el art. 594. 1 de la LEC significa que el embargo de bienes no pertenecientes al deudor (pero que se traban porque existe una falsa apariencia de que sí le pertenecen) no es nulo de pleno derecho, sino meramente anulable. Por lo tanto, para privar de eficacia a este embargo, el interesado debe impugnarlo y hacerlo dentro de unas determinadas coordenadas temporales que, en este caso, se extienden desde el momento mismo de la traba hasta que el bien es adquirido por otra persona como consecuencia de las actuaciones de la ejecución». Acudir a la categoría de la anulabilidad, propia de la materia contractual, para explicar la plena validez pero falta de eficacia plena (salvo que se den determinadas condiciones) de un acto procesal con eficacia real como es el embargo dista de ser un enfoque adecuado. El embargo de cosa ajena no plantea una cuestión de nulidad o anulabilidad, es plenamente válido por sí mismo, pues cumple con los requisitos que procesalmente se establecen en la LEC española para ello, principalmente el basarse en signos de apariencia externa; dándose estos requisitos, el embargo es válido, y llegará a ser plenamente eficaz siempre que no se impugne por parte del verdadero propietario mediante los medios de defensa que el Ordenamiento le proporciona a estos efectos. Como bien apunta ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La buena fe requerida por el adquirente en remate "a debitore non domino". Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007», en *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº 19, 2007, p. 409: «El problema que aqueja a un embargo trabado sobre cosa ajena al deudor no se sustancia en la nulidad del mismo, sino en su posible ineficacia». ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Remate de un inmueble transmitido anteriormente a un tercero por el deudor ejecutado: ¿adquisición de la propiedad por el rematante? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2004 (RJ 2004, 4427)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº 15, 2005, p. 327, por otra parte, explica el sistema diseñado por el art. 594 de la LEC española en términos muy precisos: «Es obvio que el precepto (refiriéndose al art. 594 de la LEC) diseña un sistema en el que el verdadero titular de la cosa indebidamente embargada por deudas de otra persona tiene una doble alternativa para reaccionar contra el embargo. La primera posibilidad es el ejercicio de la tercería de dominio en tanto que proceda por el estado del procedimiento (art. 596 LEC); frente a dicha tercería el ejecutante no tendrá más posible defensa que la negación de la existencia de titularidad alguna en el tercerista o bien, que esa titularidad no se ostenta con carácter previo a al fecha del embargo (cfr. Art. 595

refiriendo a los instrumentos de protección de a la apariencia registral, en el ámbito inmobiliario, esencialmente a la fe pública registral del art. 34 de la LH que salva el defecto de poder de disposición de la que adolezca la transmisión forzosa y onerosa basada en los datos que consten en el Registro de la Propiedad -titularidad registral del transmitente- y en la buena fe del adquirente<sup>684</sup>).

En el Ordenamiento Jurídico italiano no existe un precepto análogo al art. 594 de la LEC española, aunque la validez del embargo trabado sobre una cosa ajena se desprende con toda claridad del conjunto del sistema: por el hecho de que la actuación del órgano a la hora de trabar el embargo se funda en meros indicios o signos externos; y por la previsión de medios de defensa específicos en manos de los terceros que ven sometidos sus derechos a la actuación ejecutiva sin ser deudores ejecutados (medios de defensa de los que seguidamente nos ocuparemos).

Por lo que respecta a la necesaria **protección del tercero cuyos derechos hayan sido indebidamente sometidos a ejecución**, tanto el legislador español como el italiano disponen una serie de mecanismos de defensa en manos de los mismos. Veamos sucintamente cuáles son estos medios de defensa y en qué consisten, pues su análisis exhaustivo será objeto de estudio en el capítulo final del presente trabajo, destinado al estudio de las situaciones patológicas que pueden suscitarse en torno a la venta judicial (esencialmente, embargo y consecuente venta judicial de cosa ajena). Nótese que en ambos Ordenamientos, ante la posibilidad de que el embargo se trabe sobre la base de una falsa apariencia de titularidad del deudor, constituye una carga del propio tercero y verdadero dueño del bien la de defender su derecho en los términos que ahora veremos.

Comenzando por el **Ordenamiento Jurídico español**, son tres los medios de defensa con los que cuenta el tercero propietario del bien sometido a ejecución: la oposición previa al

LEC). La segunda posibilidad de defensa que se presenta al que se tiene por *verus dominus* es el ejercicio de una acción que la Ley denomina de “nulidad de la enajenación” (*sic* art. 594. 2 in fine), para los casos que en que ya no sea posible la tercería (...). Nosotros también hemos abogado por esta interpretación acerca del alcance del art. 594 de la LEC española en nuestro trabajo: «La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 732, pp. 1976 y ss.

<sup>684</sup> Aunque se trata de una cuestión de la que nos ocuparemos con mayor detalle en el último de los capítulos del presente trabajo, destinado al estudio de las situaciones patológicas que puedan darse en torno a la venta judicial, debe notarse que el inciso final del art. 594. 1 de la LEC española está claramente refiriéndose a la venta judicial de cosa ajena, abogando por su validez siempre que se apoye en los instrumentos que Ordenamiento sustantivo proporciona para salvar la falta de poder de disposición de la que adolezca la adquisición *a non domino*: fundamentalmente, como decimos, la fe pública registral contenida en el art. 34 LH en materia inmobiliaria. La aplicabilidad de este precepto a las adquisiciones forzosas y la aplicación de sus concretos requisitos a este ámbito ha sido objeto de grandes debates doctrinales de los que nos ocuparemos, como decimos, en el último capítulo del presente trabajo. A modo de presentación de la problemática en términos muy precisos, puede verse a ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, *cit.*, pp. 239 y ss.



embargo, la tercería de dominio y la tercería registral (medio reservado para los supuestos de embargos trabados sobre bienes inmuebles que consten en el Registro de la Propiedad).

La *oposición previa al embargo* se contempla en el art. 593, apartados segundo y tercero de la LEC española. Cuando el Secretario Judicial tenga «motivos racionales» para entender que los bienes que se propone trabar pueden pertenecer a una tercera persona, antes de ordenar la traba del embargo, tiene que notificar al tercero en cuestión acerca de la inminencia de la traba, concediéndole un plazo de cinco días para comparecer y oponerse a que los bienes sean afectados a la ejecución (es lo que se conoce como la «oposición a la ejecución»). Se trata, pues, de un mecanismo de defensa que queda supeditado a la previa actuación del Secretario Judicial, ya que sólo se dará cuando éste lo disponga en base a su duda racional acerca de la titularidad del bien a ejecutar. Por otra parte, debe notarse que para el caso de los bienes inmuebles, que es lo a que nosotros interesa, el art. 593. 3 de la LEC española establece que sólo podrá ejercitar la correspondiente oposición previa al embargo el tercero que sea titular registral del bien en cuestión, acreditándolo a través de la correspondiente certificación registral<sup>685</sup>. Lo cual guarda íntima relación con la tercería registral que seguidamente veremos, pues en virtud del art. 38. 3 de la Ley Hipotecaria española en la que dicha tercería se recoge normativamente, en el caso de que la titularidad del tercero sobre el bien conste en el Registro, el Secretario Judicial deberá abstenerse en todo caso de embargar los bienes (con independencia de la posición del ejecutante y del ejecutado, en la medida en que de no tratarse de un bien de naturaleza inmueble, si las partes muestran su conformidad en que el embargo no se realice, dicha decisión será vinculante para el Secretario Judicial, *ex art. 593. 2 de la LEC española*).

La segunda medida de defensa en manos del tercero propietario del bien indebidamente sometido a ejecución a la que hemos hecho referencia es la *tercería de dominio*, sin duda, la de mayor relevancia de las existentes. Prueba de su importancia es la amplia y detallada regulación de la que es objeto, concretamente, en los arts. 595 a 604 de la LEC, ambos inclusive. A grandes rasgos puede decirse que consiste en una acción que puede ejercitar el verdadero titular de los bienes indebidamente embargados para solicitar y obtener el alzamiento del embargo, cuando éste se haya llevado a cabo sobre la base de una falsa y errónea apariencia de la pertenencia de los bienes en cuestión a la persona del ejecutado<sup>686</sup>.

---

<sup>685</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)»... *cit.*, pp.149-151. Asimismo, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial...*, *cit.*, p. 235: «En primer lugar, y antes de que la traba se haya efectivamente realizado, si el Secretario Judicial tiene motivos racionales para entender que los bienes pueden pertenecer a un tercero, se la hará saber mediante diligencia de ordenación la inminencia del embargo. En tal caso, si en el plazo de cinco días el tercero se opone razonadamente al embargo, aportando en su caso documentos que justifiquen su derecho, el Secretario Judicial previo traslado a las partes por plazo común de cinco días, remitirá los autos al tribunal para que resuelva lo que procesa. Si el tercero no comparece o no da razones, el Secretario por decreto mandará trabar los bienes, a no ser que las partes, en ese plazo de cinco días, se muestren conformes en que no se realice el embargo».

<sup>686</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I)»... *cit.*, p. 151. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 730 define la tercería de dominio

Si la oposición al embargo es un medio de defensa que debe ejercitarse con carácter previo a la traba del embargo, la tercería de dominio debe ejercitarse desde que éste se traba hasta el momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta (art. 596. 1 de la LEC española). De ahí la importancia de saber cuándo se entiende producido el efecto traslativo a través de la venta judicial: determinará el momento hasta el cual puede ejercitarse la oportuna tercería de dominio; cuestión de la que nos ocuparemos con detalle en el capítulo siguiente. Por lo demás, ha de añadirse que el estudio de esta importantísima figura ha sido objeto de ingentes número de páginas por parte de los autores, y suscita múltiples cuestiones controvertidas, de las cuales nos ocuparemos, como ya venimos advirtiendo, en el último capítulo del presente trabajo destinado al análisis de las situaciones patológicas que puedan darse en torno a la venta judicial.

Finalmente, la tercera medida de defensa a la que hemos aludido es la denominada «*tercería registral*», únicamente destinada a los supuestos de embargos indebidamente trabados (por pertenecer a terceras personas, distintas del deudor ejecutado) sobre bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad. Su naturaleza registral viene dada por su propia regulación, contenida en el art. 38 de la LH española, en cuyo apartado tercero se establece que debe sobreeser todo procedimiento de apremio sobre inmuebles en el instante en que conste en autos, por certificación del Registrador de la Propiedad que los bienes constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la que se decretó el embargo o se sigue el procedimiento. Norma de la que se derivan dos consecuencias lógicas: de un lado, la obligación del Secretario Judicial de abstenerse de embargar inmuebles si, antes del embargo, consta en autos por certificación registral que están inscritos a favor de una persona distinta del ejecutado (aplicación concreta de esta primera consecuencia es el ya referido art. 593. 3 de la LEC española); y de otro lado, embargado el inmueble, el Secretario Judicial quedará obligado a alzar la traba en el momento en que se haga constar en autos, mediante la correspondiente certificación registral, que el bien está inscrito a nombre de persona distinta a la del ejecutado (siempre que la inscripción de dicha titularidad sea anterior a la anotación preventiva de embargo -principio de prioridad temporal que impera con todo rigor en materia de derechos reales y, particularmente, en sede registral-). Cuando la noticia de la inscripción del bien a nombre de persona distinta de la del deudor ejecutado plasmada en la correspondiente certificación registral se presente por parte del propio titular que a través de la misma inste el alzamiento del embargo, nos encontraremos ante la

---

de la siguiente forma: «La tercería de dominio constituye un incidente dentro del proceso de ejecución (si bien, cuando se refiere a un bien objeto de embargo cautelar o preventivo, surge como un incidente del proceso de declaración), por medio del cual el tercero ajeno a la ejecución cuyos bienes adquiridos con anterioridad a la traba hayan sido embargados por haber considerado el tribunal (ahora, tras la Reforma de la Oficina Judicial de 2009, el Secretario Judicial) que pertenecían al deudor ejecutado, solicita, antes de que se produzca la transmisión de los mismos como culminación del procedimiento de apremio, la desafectación de los mismos a la ejecución o, lo que es igual, el levantamiento definitivo de la traba que pesa sobre los mismos».

denominada «tercería registral»<sup>687</sup>. De nuevo, se trata de una figura de enorme interés, que será objeto de estudio más detallado en el capítulo final del presente trabajo.

El **Ordenamiento Jurídico italiano** prevé un único mecanismo de defensa para el tercero propietario del bien que indebidamente se ve sometido a la ejecución por deudas ajenas, que viene conocer como «*opposizione di terzo all'esecuzione*», contemplada en el art. 619 del CPC italiano<sup>688</sup>. La existencia de este medio de protección específico en el Ordenamiento italiano guarda una enorme importancia, ya que del mismo puede deducirse con total claridad la validez del embargo sobre cosa ajena (recordamos que en Italia no existe un precepto análogo al art. 594 de la LEC española, donde expresamente se afirme la validez del embargo trabado sobre cosa ajena). Afirma CAPPONI que la «*opposizione di terzo all'esecuzione*» constituye un remedio que consiente al sujeto extraño a la ejecución, que pretenda hacer valer la propiedad u otro derecho real sobre el bien embargado, oponerse al ejercicio de la acción ejecutiva, bajo un perfil limitado: quedando totalmente al margen de la relación que exista entre el acreedor ejecutante y el deudor ejecutado, en la medida en que lo que pretenderá no será oponerse al derecho del primero a proceder a la ejecución forzosa, sino limitarse a declarar que el embargo ha tenido por objeto un bien no perteneciente al patrimonio del deudor ejecutado<sup>689</sup>. Lo que reclama, pues, el tercero opositor es su cualidad,

---

<sup>687</sup> VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I y II)»... *cit.*, pp. 160 y 161. En sentido análogo, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial...*, *cit.*, p. 235.

<sup>688</sup> El tenor literal del art. 619 del CPC italiano es el siguiente: «Il terzo che pretende avere la proprietà o altro diritto reale sui beni pignorati può proporre opposizione con ricorso al giudice dell'esecuzione, prima che sia disposta la vendita o l'assegnazione dei beni. Il giudice fissa con decreto l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé e il termine perentorio per la notificazione del ricorso e del decreto. Se all'udienza le parti raggiungono un accordo il giudice ne dà atto con ordinanza, adottando ogni altra decisione idonea ad assicurare, se del caso, la prosecuzione del processo esecutivo ovvero ad estinguere il processo, statuendo altresì in questo caso anche sulle spese; altrimenti il giudice provvede ai sensi dell'articolo 616 tenuto conto della competenza per valore».

<sup>689</sup> CAPPONI, B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile...*, *cit.*, p. 431: «(...) L'opposizione di terzo all'esecuzione è, perciò, il rimedio che consente al soggetto estraneo all'esecuzione, che pretenda avere la proprietà o altro diritto reale sui beni pignorati, di contestare l'esercizio dell'azione ejecutiva, sotto un profilo limitato: essendo del tutto estraneo al rapporto tra creditore precedente e deudor ejecutado, egli non ha interesse a contestare il diritto del primo di proceder a ejecución forzada, limitandosi a dedurre que el pignoramento ha in concreto colpito un bene non rientrante (in tutto o in parte) nel patrimonio del deudor». BONSIGNORI, A., *L'esecuzione forzada*, 3ª Edizione, Torino, 1996, p. 331 define a la «*opposizione di terzo all'esecuzione*» del modo siguiente: «L'opposizione all'esecuzione dell'art. 619 CPC costituisce lo strumento concesso a un terzo, per eliminare o ridurre il pregiudizio, derivategli dall'illegittimità dello svolgimento del processo esecutivo, che si svolge nei confronti del deudor. In particolare nell'espropriazione forzada tale illegittimità discende dalla difformità fra i beni assoggettati a pignoramento e i beni con i quali il deudor risponde dell'adempimento delle sue obbligazioni a norma dell art. 2740 CC» (el que establece la responsabilidad patrimonial universal, equivalente al art. 1911 del CC español). También BALENA, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, pp. 177 y 178: «L'espropriazione forzada, prescindendo dalle ipotesi in cui si dirige legittimamente nei confronti di un soggetto diverso dal deudor, può colpire per errore beni di proprietà di un terzo o sui quali un terzo vanta un diritto reale di godimento; nel qual caso il terzo ha a propria disposizione una specifica opposizione, disciplinata dagli artt. 619 ss.». En este mismo sentido también puede verse a MICCOLIS, G., «L'opposizione di terzo all'esecuzione», en *Rivista dell'Esecuzione Forzada*, 2000, pp. 177 y ss.

no de «responsable sin deuda», sino simplemente de «no responsable», ya que no ha garantizado con bienes propios una deuda ajena<sup>690</sup>.

El plazo de interposición de la «*opposizione di terzo all'esecuzione*» viene dado por el párrafo primero del art. 619 y art. 620 del CPC italiano, que distinguen dos plazos diversos para la interposición de la oposición: a saber, uno que los autores vienen a denominar como «*tempestivo*», hasta que se lleve a cabo la venta o adjudicación forzosa del bien; y otro «*tardivo*», esto es, cuando se interponga con posterioridad a la venta forzosa del bien, en cuyo caso el derecho del tercero podrá hacerse valer sólo sobre la suma recabada de la venta judicial<sup>691</sup>. Acerca de este plazo de interposición de la «*opposizione di terzo all'esecuzione*», se discute en el seno de la doctrina italiana acerca de qué debe entenderse por la expresión «antes o después de la venta judicial». Como ya hemos venido analizando a lo largo de este trabajo, la venta judicial constituye una institución de carácter complejo, originada por el conjunto de actos jurídicos que componen el proceso de ejecución y que dan lugar a una relación jurídica propia de venta. ¿Qué debe entenderse, pues, a los efectos del plazo de interposición de la «*opposizione di terzo all'esecuzione*» por venta forzosa: al conjunto de actos jurídicos que la componen, o al acto final con el que se produce el efecto traslativo de la propiedad del bien? La generalidad de la mejor doctrina italiana apuesta por la segunda solución, esto es, a los efectos del plazo de interposición de la «*opposizione di terzo all'esecuzione*», por venta forzosa debe entenderse el acto final de la misma con la que tiene lugar el efecto traslativo<sup>692</sup>.

---

<sup>690</sup> CAPPONI, B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile...*, cit., p. 432: «Il nostro terzo non ha garantito con propri beni il debito altrui, e quindi legittimamente reclama la propria qualità non di “responsabile senza debito”, bensì semplicemente di “non responsabile”».

<sup>691</sup> CAPPONI, B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile...*, cit., p. 433: «L'opposizione di terzo si distingue in tempestiva e tardiva. È tempestiva se proposta prima che sia disposta la vendita o l'assegnazione dei beni (art. 619, comma 1 CPC); è tardiva se proposta dopo la vendita, ed in tal caso i diritti del terzo potranno farsi valere solo sulla somma ricavata (art. 620 CPC il quale peraltro assegna il regime dell'opposizione tardiva anche quella tempestiva, se non seguita dal provvedimento di sospensione dell'esecuzione)». En el mismo sentido, MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., cit., p. 139: «L'opposizione di cui trattasi —che non è proponibile prima del pignoramento— no è assoggettata a termini di preclusione. Tuttavia, la necessità di tener conto dei diritti di coloro che, per effetto dell'espropriazione, siano divenuti acquirentes delle cose pignorate, pone un limite alla funzionalità dell'opposizione, a partire dal momento della vendita o dell'assegnazione (art. 619, 1º comma); non che l'opposizione in discorso non possa essere propuesta anche dopo tale momento; solo che, in tal caso, gli eventuali diritti del terzo non possono essere fatti valere che sulla somma ricavata (art. 620) e naturalmente se ed in quanto questa somma non sia stata ancora distribuita».

<sup>692</sup> CAPPONI, B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile...*, cit., p. 434, expone la polémica en cuestión, (aportando un importante argumento de base legal al respecto) apostando por la postura de entender por venta, a los efectos del plazo de interposición de la «*opposizione di terzo all'esecuzione*», al acto final de la misma con la que se produce el efecto traslativo, en los términos siguientes: «Anche a proposito dell'opposizione di terzo, come già per altri istituti, si pone il problema di stabilire cosa esattamente il codice intenda con l'espressione prima o dopo la vendita. La vendita, come anche l'assegnazione, è infatti un procedimento complesso, che si compone dell'istanza del creditore, precedente o comunque munito di titolo esecutivo, del provvedimento autorizzativo del giudice dell'esecuzione, delle attività dirette all'identificazione del beneficiario del provvedimento, e quindi del provvedimento che realizza l'effetto traslativo della proprietà del bene. Se per “vendita” si intende l'atto finale del procedimento, che realizza l'effetto traslativo, è evidente che

### 3. LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO EN LA VENTA JUDICIAL

#### 3.1. GENERALIDADES: LA VENTA JUDICIAL COMO MEDIO DE REALIZACIÓN FORZOSA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN

El origen que encuentra la venta judicial en el proceso de ejecución, decíamos al comenzar el presente capítulo, tiñe a la determinación de la cosa y el precio en la misma de una serie de particularidades. Por lo que respecta a la determinación de la cosa transmitida (siendo precisos, el derecho sobre la cosa), viene dada por el embargo, que como hemos tenido ocasión de comprobar, persigue como fundamental objetivo la concreción del derecho o derechos que, del conjunto del bienes susceptibles de ejecución del patrimonio del ejecutado, serán posteriormente objeto de conversión en dinero. Si el embargo determina el derecho objeto de venta judicial, la venta o subasta judicial entendida en sentido puramente procesal, estricto o restringido (no como institución compleja cuyo origen es el proceso de ejecución en su conjunto, que da lugar al posterior nacimiento de una relación jurídica de venta; sino como conjunto de actos procesales tendentes a concretar el precio final que se pagará por la cosa), persigue fundamentalmente la determinación de la cantidad pecuniaria que por la cosa vendida deberá pagarse para verse finalmente adjudicada al rematante.

Y es que debemos tener siempre presente que la venta judicial trae causa del proceso de ejecución dineraria, cuyo objetivo primordial y único no es otro que lograr la satisfacción del acreedor mediante la conversión en dinero de un derecho susceptible de ejecución perteneciente al activo patrimonial del ejecutado (salvo que lo que se embargue sea el propio dinero u objeto similar cuyo valor nominal coincida con el de mercado, en cuyo caso se pasa excepcionalmente del embargo a la decisión ejecutiva, *ex art. 634 de la LEC*). Conversión en dinero que tiene lugar a través del denominado procedimiento de apremio o realización forzosa del bien. Realización forzosa que puede, no obstante, llevarse a cabo a través de diversas vías, que comúnmente en España e Italia vienen a ser principalmente tres: la enajenación forzosa, la adjudicación forzosa y la administración forzosa; según consista en

---

tanto più estesa nel tempo sarà la possibilità del terzo di sottrarre, mediante l'opposizione, il bene all'espropriazione; se invece per "vendita" si intende l'atto cha da impulso allo stesso sub-procedimento (istanza *ex art. 501 CPC*), sarà correlativamente ridotta la possibilità per il terzo di far valere il proprio diritto sul bene, piuttosto che sul ricavato. Al riguardo, un argomento di notevole peso è desumibile dalla novellazione dell'art. 586, comma 1 CPC (...), che ha introdotto il potere del giudice dell'esecuzione di sospendere la vendita immobiliare "se il prezzo ricavato è notevolmente inferiore a quello giusto", rendendo in tal modo chiaro che, pria del decreto di trasferimento, non esiste uno *jus ad rem* in capo all'aggiudicatario, o comunque una posizione sostanziale o processuale meritevole di tutela. Ne dovrebbe conseguire, agli effetti che qui interessano, che il terzo potrà opporsi tempestivamente, *ex art. 619, comma 1*, prima che sia stato adottato il provvedimento che giuridicamente realizza l'effetto traslativo della proprietà del bene pignorato».

su valor en cambio, en la utilización del bien en sí (totalmente considerado) o en su valor de uso, respectivamente<sup>693</sup>.

Centrándonos en la enajenación forzosa, esto es, aquel medio de realización forzosa que consiste en cambiar el bien embargado por dinero<sup>694</sup>, que es lo que a nosotros interesa, puede igualmente verificarse a través de diversos procedimientos, que difieren en los Ordenamientos Jurídicos español e italiano. En el caso de España, tales procedimientos vienen a ser fundamentalmente tres, a saber, el denominado «convenio de realización», la «realización forzosa por persona o entidad especializada», así como la venta judicial en sentido estricto o «subasta judicial» (así se desprende del art. 636 de la LEC española)<sup>695</sup>. Mientras que en el caso de Italia, el único procedimiento de enajenación forzosa que se prevé es la venta judicial, distinguiéndose dos posibles modalidades dentro de la misma: la venta judicial sin subasta y la venta judicial con subasta. A los efectos del análisis de los aspectos sustantivos de la venta judicial entendida en sentido amplio, como sinónimo de enajenación forzosa, el concreto procedimiento que se siga no resulta de relevancia, en la medida en que los elementos estructurales que la definen son siempre los mismos: proceso de ejecución que sirve de origen a una relación jurídica propia de venta (cambio de cosa por precio), con una ausencia de elemento volitivo por parte del deudor ejecutado («vendedor» en la relación jurídica de venta)<sup>696</sup>. Es decir, el hecho de que se use uno u otro procedimiento para llevar a cabo la realización forzosa sólo repercutirá en los concretos actos procesales que deberán seguirse en la determinación del precio, lo cual no encierra mayor relevancia a efectos sustantivos. No obstante, en el caso de España, debe notarse que nos centraremos en la regulación de la subasta judicial, procedimiento general a través del que suele verificarse la enajenación forzosa del bien sometido a ejecución y cuyo régimen jurídico es el único y

---

<sup>693</sup> GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 645: «Los bienes embargados tienen que sufrir una operación ulterior que los haga idóneos para la entrega o transformación a que tiende la ejecución procesal, pues sólo en contados casos cabe pasar directamente del embargo a la decisión ejecutiva. Esta operación puede ser designada sintéticamente con el nombre, no del todo satisfactorio, de realización forzosa, denominación, sin embargo, no conocida por el Derecho positivo (que utiliza la terminología de procedimiento de apremio). (...) Pero la realización forzosa es susceptible de verificarse por una diversa y en realidad triple vía (...) dando lugar (...) a las figuras respectivas de la adjudicación forzosa, la enajenación forzosa y la administración forzosa».

<sup>694</sup> GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, Tomo II..., cit., p. 650.

<sup>695</sup> VEGAS TORRES, J., «La realización forzosa (I)», en *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 3ª Edición, Madrid, 2005, p. 227: «La LEC prevé tres sistemas generales de enajenación forzosa: el convenio de realización aprobado por el tribunal, la enajenación por medio de persona o entidad especializada y la subasta judicial (art. 636 LEC). Estos sistemas son aplicables para la realización de toda clase de bienes y derechos afectados a la ejecución, con excepción de los valores y de los bienes que coticen en mercados reglados o que puedan acceder a un mercado con precio oficial, (...) así como de aquellos bienes y derechos (dinero efectivo y otros) cuya entrega o adjudicación al acreedor produce, según la LEC, efectos inmediatamente extintivos de la obligación».

<sup>696</sup> Prueba de ello es la propia experiencia del Ordenamiento Jurídico italiano, en el que, como decimos, se contemplan dos procedimientos a través de los cuales se verifica la venta judicial, y a ambos se les denomina como supuestos de «*vendita forzata*» (sin subasta o con subasta, pero se deja claramente por sentado que son supuestos de venta judicial en sentido amplio -entendida como sinónimo de enajenación forzosa-).

específicamente destinado a la reglamentación de la venta judicial en el conjunto del Ordenamiento español; los restantes procedimientos constituyen especialidades que constan de una parca regulación y que sólo resultan de aplicación a petición de las partes. Análisis específico de la subasta judicial que también se justifica por motivos comparativos respecto de Italia: en el Ordenamiento italiano sólo se contempla, como ahora veremos, la subasta judicial (con posturas por escrito –lo que denominan de modo impreciso como venta judicial «sin subasta»- y orales –lo que califican propiamente como venta judicial «con subasta») como medio de realización forzosa.

Hechas estas puntualizaciones generales, pasaremos ahora a analizar cada uno de los procedimientos mediante los que se verifica la enajenación forzosa en España y en Italia, lo que nos llevará a estudiar los distintos actos procesales que conforman dichos procedimientos, tendentes en su práctica totalidad a la determinación del precio final que se pagará por el objeto sometido a ejecución.

### **3.2. LA ENAJENACIÓN FORZOSA EN ESPAÑA: PARTICULARMENTE, LA SUBASTA JUDICIAL DE BIENES INMUEBLES**

Como acabamos de ver, la enajenación forzosa en España, puede llevarse a cabo a través de tres procedimientos distintos: el convenio de realización, en virtud de la cual las partes acuerdan la modalidad con la que desean que los bienes sean realizados, mediante la suscripción entre ambas (y la ulterior aprobación por parte del Secretario Judicial) del llamado acuerdo o convenio de realización (regulado en el art. 640 de la LEC española)<sup>697</sup>; la enajenación por persona o entidad especializada, que consiste en permitir que la enajenación de los bienes embargados se realice a través de un intermediario persona física o jurídica, tanto de naturaleza pública como privada, que atesora la cualidad de ser alguien especialista en la enajenación de la clase de bienes de que se trata (posibilidad ésta cuyo régimen se disciplina en los arts. 641 y 642 de la LEC española)<sup>698</sup>; y finalmente, la venta judicial en

---

<sup>697</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 939. Acerca del convenio de realización, vid., MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., cit., pp. 1743 y ss.: «Probablemente el mejor sistema de realización sea el que de común acuerdo establezcan el ejecutante y el ejecutado, en la medida que ambas partes tenderán a lograr la más rápida y la mejor solución a sus respectivos intereses en conflicto, procurando obtener el mayor provecho económico para la satisfacción del acreedor con el menor sacrificio posible para el deudor. La LEC partiendo de esta idea potencia el convenio como modo de solución de la realización forzosa, pero somete la libertad de actuación de las partes (...) al límite que representa la debida protección a los derechos de terceros (arts. 6. 2º y 7 del CC), de manera que su eficacia requiere que el acuerdo alcanzado entre las partes sea aceptado por los terceros a quienes afecte o autorizado, en su caso, por el tribunal (art. 640.1. 2 y 3 LEC)». Igualmente, BONET NAVARRO, J., MARTÍN PASTOR, J., «Ejecución de prestaciones dinerarias (continuación)», en ORTELLS RAMOS, M., y AAVV., *Derecho Procesal Civil...*, cit., pp. 801-805.

<sup>698</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 942: «Se trata, por tanto de un método de realización de los bienes embargados en el que las partes solicitan al Secretario responsable de la ejecución que la enajenación de un bien o bienes determinados no se someta a la subasta judicial, sino al buen hacer de un profesional experto y cualificado, de cualquier índole, en la venta de bienes determinados». Asimismo,

sentido estricto o subasta judicial propiamente dicha, que siguiendo a GARBERÍ LLOBREGAT, puede conceptuarse como «aquel procedimiento de enajenación de los bienes embargados que se lleva a cabo por parte del Secretario Judicial responsable de la ejecución, el cual convocará y anunciará públicamente una comparecencia oral en cuyo desarrollo todas aquellas terceras personas (licitadores) que cumplan con determinados requisitos podrán presentar sus pujas, posturas u ofertas económicas, también por medios electrónicos, para hacerse con la propiedad de los bienes embargados objeto de la subasta, aprobándose la mejor postura de cuantas se presenten, para, así, una vez sea satisfecho de manera efectiva el precio de compra del bien por parte del adquirente (rematante), entregar la cantidad obtenida al acreedor ejecutante a fin de lograr la completa satisfacción de su derecho de crédito»<sup>699</sup>.

La LEC española muestra su preferencia por la realización mediante convenio (art. 636. 1) y, a falta de éste, por la venta por persona o entidad especializada (art. 636.2.1º), quedando la subasta judicial como procedimiento residual de enajenación, aplicable en defecto de los anteriores (art. 636.2.2º). No obstante, la aplicación de los dos primeros procedimientos o sistemas de enajenación requieren su expresa petición de parte o persona interesada, de modo que faltando estas peticiones o cuando el ejecutante no muestre su conformidad en ellos, los bienes pasa a realizarse mediante subasta judicial<sup>700</sup>. De ahí que el art. 636. 3 de la LEC española disponga que «una vez embargados los bienes por el Secretario judicial, se practicarán las actuaciones precisas para la subasta judicial de los mismos, que se producirá en el día señalado si antes no se solicita y se ordena, con arreglo a

MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, pp. 1749 y ss.: «Con la misma finalidad de evitar los inconvenientes que la experiencia ha puesto de manifiesto en la enajenación mediante pública subasta, el legislador ha considerado que, a falta de convenio, podría ser un buen medio sustitutivo de aquella forma de realización la venta de los bienes a través de persona o entidad especializada y conocedora del mercado en que se compran y venden esos bienes, según su clase y características de los mismos, pues esa profesionalidad y especialización habrán de ser, normalmente, garantía de prontitud en la gestión y de obtención de un precio ventajoso. Se trata de aprovechar la iniciativa y la experiencia de determinados agentes que operan en ámbitos concretos del comercio (agentes de la propiedad inmobiliaria, galerías de arte, anticuarios, entidades dedicadas a la subasta de joyas u objetos artísticos, etc.) para lograr de la manera más satisfactoria posible el objetivo que se persigue con la realización forzosa». Igualmente, BONET NAVARRO, J., MARTÍN PASTOR, J., «Ejecución de prestaciones dinerarias (continuación)»..., *cit.*, pp. 805-810.

<sup>699</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Derecho Procesal Civil...*, *cit.*, p. 951. GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 659, definen a la subasta judicial como «una institución funcionalmente destinada a la transmisión de un bien y estructuralmente caracterizada por la concurrencia enfrentada de los eventuales aspirantes a su adquisición. De modo que, es nota definidora de la subasta la oposición o pugna, puja en sentido técnico, entre tales aspirantes, con lo que la subasta se diferencia no sólo de la venta sin concurrencia, sino también de la venta por concurso, en que existe pluralidad de aspirantes a la adquisición, pero no lucha entre ellos. (...) La subasta establece de este modo un criterio objetivo y contradictorio de fijación del precio de la adquisición y de determinación de la persona a quien ha de transmitirse, aunque uno y otro elemento, especialmente el primero, tenga que moverse dentro de los límites, sobre todo mínimos, previamente fijados».

<sup>700</sup> Afirma a este respecto GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Derecho Procesal Civil...*, *cit.*, p. 952, que «en contraste con lo que es propio de otras modalidades de realización de los bienes embargados, el desarrollo del procedimiento de apremio en virtud de subasta judicial constituye una decisión que el Secretario Judicial puede adoptar o promover de oficio».



lo previsto en esta ley, que la realización forzosa se lleve a cabo de manera diferente»<sup>701</sup>. Es decir, la subasta judicial es el medio natural a través del que se llevará a cabo la enajenación forzosa o venta judicial entendida en sentido amplio, ya que no necesita que sea instado por alguna de las partes, pudiendo realizarse de oficio por el propio órgano ejecutivo<sup>702</sup>. Prueba de su importancia, como ya advertimos previamente, es la amplia regulación con la que cuenta en la LEC en comparación con los restantes medios de enajenación: en el caso de la subasta judicial de bienes inmuebles, los arts. 655 a 675 de la LEC española (así como determinados preceptos destinados a la regulación de la subasta judicial de bienes muebles que resultan también de aplicación a la subasta de bienes inmuebles -ex art. 655. 2 de la LEC española-<sup>703</sup>), en los que vamos a centrar nuestra atención en las páginas sucesivas.

La subasta judicial de bienes inmuebles viene constituida por una serie de actos procesales, que en su mayoría tienden a determinar el precio final de la venta judicial. Este conjunto de actos procesales, pueden clasificarse en dos grandes grupos, a saber, los que podríamos denominar como «previos o preparatorios» de la subasta judicial, así como los que integran en el acto, celebración y desarrollo de la subasta propiamente dicha. Dentro de los actos previos a la celebración de la subasta, pueden distinguirse:

- Aquellos actos preparatorios que tienen por objeto establecer la situación registral, jurídica y posesoria del bien, lo cual se consigue mediante la denominada «certificación de dominio y cargas», a través la presentación de los títulos de propiedad, así como con el informe sobre la situación posesoria, respectivamente<sup>704</sup>.

---

<sup>701</sup> VEGAS TORRES, J., «La realización forzosa (I)»..., *cit.*, p. 228.

<sup>702</sup> MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 1756, afirma a este respecto que «el sistema de enajenación forzosa que la LEC considera ordinario es el de la subasta judicial».

<sup>703</sup> Afirma el art. 655. 2 de la LEC española que «en las subastas a que se refiere el apartado anterior serán aplicables las normas de la subasta de bienes muebles, salvo las especialidades que se establecen en los artículos siguientes».

<sup>704</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Derecho Procesal Civil...*, *cit.*, p. 968: «Con carácter previo a la convocatoria de la subasta de bienes inmuebles, y precisamente para que la misma incluya todos los contenidos que deben conocer los potenciales compradores, resulta imprescindible llevar a cabo aquellas actuaciones que permitan saber, en primer término, cuál es el estado patrimonial de los bienes en cuestión (es decir, si sobre los mismos existen cargas, obligaciones o gravámenes a los cuales habría de hacer frente a cualquier futuro rematante), en segundo lugar, cuál es el título jurídico acreditativo del derecho de que dispone el ejecutado sobre el bien (en definitiva, si se dispone de una acreditación formal o solemne o tan sólo de meros indicios de que el bien subastado es de su propiedad), en tercer término, cuál es la situación posesoria del inmueble objeto de subasta (o sea, si el mismo se encuentra o no ocupado y, de estarlo, de qué título jurídico o de hecho disponen sus ocupantes para encontrarse en posesión del mismo), y en cuarto y último lugar, cuál ha de ser el valor real por el que los bienes hayan de salir a subasta, teniendo en cuenta el valor de las cargas que con ellos se hayan garantizado». De la misma forma, MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 1770: «Una vez incoado el procedimiento de apremio, y antes de cualquier otra actividad, debe procederse a dejar constancia en él de la titularidad de los bienes, si fuere posible, y de la situación registral de los mismos, con expresión de los derechos y cargas que puedan pesar sobre ellos, a fin de determinar si tales cargas o derechos son o no preferentes a los del ejecutante o, en su caso, en qué medida pueden quedar afectados por el resultado de la ejecución».

- En segundo lugar, los actos previos a la celebración de la subasta tendentes a sentar el valor de los bienes subastados (el denominado precio de salida de la subasta), lo que se consigue mediante el «avalúo» y la deducción del importe de las cargas anteriores al derecho del ejecutante.
- En tercer lugar, aquel acto previo que tiene por objeto publicitar la celebración de la subasta, que es lo que se conoce comúnmente como «anuncio de la subasta».
- Y, finalmente los actos preparativos que establecen los requisitos necesarios para pujar en el desarrollo de la subasta, principalmente, la necesidad de realizar un «depósito previo», cuyo propósito radica en otorgar cierta seriedad a la oferta que se realice mediante la puja en cuestión<sup>705</sup>.

Analicemos con cierto detenimiento cada uno de estos actos preparatorios o previos de la subasta y pasemos posteriormente a adentrarnos en el análisis del desarrollo y celebración de la propia subasta judicial de bienes inmuebles.

### **3.2.1. Los actos previos a la celebración de la subasta judicial de bienes inmuebles en España**

#### **3.2.1.1. Certificación de dominio y cargas, títulos de propiedad y situación posesoria del inmueble**

El primero de los actos previos que debe llevarse a cabo antes de la celebración de la subasta es la obtención de la información más detallada posible acerca de los bienes que se van a subastar, lo cual será de enorme importancia para alcanzar un precio razonable sobre el inmueble subastado, en la medida en que la incertidumbre en torno a las condiciones de la adquisición traerá consigo un correspondiente descuento en las ofertas que realicen los licitadores.

Tratándose de derechos sobre bienes inmuebles, susceptibles, pues, de inscripción en el Registro de la Propiedad, en primer término debe determinarse la situación registral del inmueble subastado, lo cual se lleva a cabo a través del libramiento de mandamiento al Registrador de la Propiedad por parte del Secretario Judicial para que remita al Juzgado **certificación registral en la que conste la titularidad del dominio y de los demás derechos reales del derecho gravado**, así como los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrable embargado, en especial, relación completa de las cargas

---

<sup>705</sup> Nótese que seguimos la sistematización de los distintos actos procesales que componen la subasta judicial de bienes inmuebles acuñada por VEGAS TORRES, J., «La realización forzosa (I)»..., *cit.*, pp. 229 y ss.

inscritas que lo graven o, en su caso, que se halla libre de cargas (*ex art. 656 de la LEC española*).

En función de cuál sea el contenido de la referida certificación de dominio y cargas, la LEC española prevé una serie de actuaciones complementarias, algunas de las cuales han sido ya analizadas en el presente capítulo (en sede del embargo sobre cosa ajena y los medios de protección existentes a favor del titular del bien indebidamente embargado).

La primera de las actuaciones complementarias es el alzamiento del embargo cuando el bien aparezca inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado. Tal y como ya hemos tenido ocasión de ver en páginas precedentes, de acuerdo con el art. 38 de la LH española y el art. 658 de la LEC española (recogen la denominada «tercería registral»), el Secretario Judicial deberá ordenar el alzamiento del embargo si de la certificación de dominio y cargas resulta que el bien se encuentra inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado. En ese caso, la mera comprobación de que la inscripción está a nombre de persona distinta del ejecutado es suficiente para que se proceda automáticamente al alzamiento del embargo, esto es, sin necesidad de que el titular registral deba hacer valer su derecho mediante la correspondiente tercería de dominio; y con ello terminan ahí las actuaciones ejecutivas respecto del bien en cuestión. Esta regla general, cuenta, recordamos, con dos excepciones lógicas, es decir, dos supuestos en los que el hecho de que el bien conste inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado, comporta que el embargo no se alzarán: cuando la inscripción de dominio a favor de persona distinta del ejecutado sea posterior a la anotación del embargo; y cuando aun siendo la inscripción de dominio anterior a la anotación del embargo, si éste se efectuó en un procedimiento seguido contra el ejecutado en concepto de heredero de quien aparezca como dueño en el Registro de la Propiedad<sup>706</sup>.

La segunda de las actuaciones complementarias que prevé la LEC española en función de lo que se desprenda de la certificación de dominio y cargas es la comunicación de la ejecución a los titulares de derechos sobre el bien embargado inscritos o anotados con

---

<sup>706</sup> VEGAS TORRES, J., «La realización forzosa (I)»..., *cit.*, p. 230. Igualmente, MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 1771: «Si de la certificación se desprende que el ejecutado no es el titular del bien se levantará el embargo, salvo que la inscripción actual sea posterior al embargo o que éste se hubiere decretado teniendo en cuenta tal circunstancia (art. 658). Esto último ocurrirá, por ejemplo, cuando la ejecución se haya despachado contra el suceso de quien aparezca como dueño del bien en el Registro (art. 540)». Asimismo, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Derecho Procesal Civil*..., *cit.*, p. 972: «Es perfectamente posible que alguno de los bienes embargados no sea de la titularidad del deudor ejecutado. Se incurre en tales casos en el error (inducido quizás por indicios o signos externos) de someter al proceso de ejecución un bien que, por la ajenidad patrimonial apuntada, no debe estar sujeto a la ejecución (...). En estos supuestos, si la ajenidad patrimonial se advierte en relación con un bien de aquellos que legalmente está sometido a un régimen de publicidad registral, en la certificación del dominio y cargas a que se refiere el art. 656 LEC es claro que quedará constancia de que la titularidad del mismo corresponde, en efecto, a otra persona distinta al ejecutado. Pues bien, conocido este dato, y no sin antes prestar audiencia a las partes personadas, el Secretario Judicial, de oficio “ordenará alzar el embargo” (art. 658. 1 LEC y, en el mismo sentido, art. 38. 3 LH).

posterioridad a la anotación preventiva de embargo<sup>707</sup>. Todos aquellos titulares de derechos sobre la finca inscritos o anotados con posterioridad a la anotación preventiva de embargo de la que traiga causa la venta judicial, tendrán un enorme interés en el conocimiento del proceso de ejecución y subasta que se lleve a cabo, ya que una vez finalizada la venta judicial (mediante la transmisión del dominio al rematante adjudicatario), tendrá lugar uno de los principales efectos sustantivos que se derivan de la enajenación forzosa: a saber, el denominado efecto purgativo que se cifra en la extinción de todos y cada uno de los derechos posteriores a la anotación preventiva de embargo que pesen sobre la finca embargada (con la correspondiente cancelación de las respectivas inscripciones o anotaciones registrales, *ex art. 674. 2 de la LEC española*). Lo único que les quedará, según el art. 672 de la LEC española, será el derecho a percibir el sobrante de la cantidad que se obtenga en la subasta, después que se haya pagado y satisfecho al acreedor ejecutante<sup>708</sup>. De acuerdo con este interés evidente de tales titulares de derechos posteriores a la anotación preventiva de embargo, la LEC impone al Registrador de la Propiedad el deber de comunicar la existencia de la ejecución a los mismos (*ex art. 659. 1 de la LEC española*), para que así puedan hacer uso, si les conviniere, de las posibilidades de actuación que les reconoce la Ley<sup>709</sup>.

La tercera de las actuaciones complementarias previstas en función de lo que se desprenda del contenido de la certificación de dominio y cargas es la preceptiva obligación a

---

<sup>707</sup> Indica UCEDA OJEDA, J., «Comentario al artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, F. (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Barcelona, 2001, p. 3070, que «como actualmente ha desaparecido de la LEC toda mención a la subsistencia, junto a las cargas anteriores, de las cargas preferentes, preferencia que nacía no de la antigüedad del asiento sino de la naturaleza del crédito, entendemos que el Registrador sin hacer salvedad alguna y cualquiera que sea la naturaleza del derecho inscrito con posterioridad al que permitió seguir la vía de apremio, deberá proceder a la cancelación de todos los derechos y cargas posteriores, pues la defensa que pueden tener tales acreedores que se consideran preferentes no puede ser otra que la contenida en las normas que regulan la tercería de mejor derecho mientras se sustancia el procedimiento de adjudicación, sin esperar que la intervención del Registrador pueda amparar sus derechos». Es decir, el efecto purgativo opera sobre la base exclusiva, a juicio del autor, del principio de prioridad temporal imperante en el Registro de la Propiedad, de forma, que la preferencia a estos efectos sólo vendrá dada por el orden temporal que conste en este último; el carácter preferente del crédito que no venga dado por el dato temporal debe ventilarse a través del ejercicio de la oportuna tercería de mejor derecho.

<sup>708</sup> VEGAS TORRES, J., «La realización forzosa (I)»..., *cit.*, pp. 231 y 232.

<sup>709</sup> Nótese, como bien hace VEGAS TORRES, J., «La realización forzosa (I)»..., *cit.*, p. 232, que las comunicaciones a que se refiere el art. 659. 1 de la LEC española se hacen a los titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad al gravamen que se ejecuta, pero antes de la expedición de la certificación de dominio y cargas. Es decir, todos aquellos que inscriban o anoten su derecho con posterioridad a la traba del embargo y una vez expedida la oportuna certificación registral de dominio y cargas no recibirán comunicación alguna, ya que al consignar su derecho en el Registro de la Propiedad, habrán tenido ocasión de conocer, por medio de la nota marginal prevista en el art. 656. 2 (en este precepto se prevé la extensión de nota marginal indicativa de la expedición del certificado de dominio y cargas), la existencia del procedimiento de enajenación forzosa del bien en cuestión. Por otra parte, tampoco recibirán notificación alguna aquellos titulares de derechos o cargas posteriores que tengan carácter preferente sobre el bien embargado, ya que su derecho quedará subsistente después del proceso de ejecución (MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 1772).

cargo del Secretario Judicial de dirigirse a los titulares de créditos anteriores que sean preferentes al que sirvió para el despacho de la ejecución para que informen sobre la subsistencia actual del crédito garantizado y su actual cuantía (art. 657 de la LEC española). En este caso, tales derechos no se verán barridos por el efecto purgativo de la venta judicial, de manera que habrán de ver satisfechos sus respectivos derechos con cargo al bien o bienes del ejecutado objeto de la certificación de manera preferente al derecho ostentado por dicho ejecutante<sup>710</sup>. El conocimiento de la existencia de estos derechos de naturaleza preferente al del ejecutado y de su cuantía es evidente que tendrán una enorme repercusión, en sentido negativo, sobre el precio que pueda obtenerse sobre el bien, de ahí su importancia.

Decimos, que la certificación registral de dominio y cargas refleja la situación registral del derecho gravado, si bien, dado el sistema registral de inscripción generalmente declarativa y no constitutiva que impera en el Ordenamiento Jurídico español, tales derechos sobre inmuebles sometidos a ejecución, pueden sin embargo no encontrarse reflejados oportunamente en el Registro de la Propiedad. En tales casos, ¿cómo podemos determinar la situación del inmueble y, sobre todo, la verdadera pertenencia del mismo al deudor ejecutado? En tales casos, cobra sentido la necesidad de aportar **los títulos de propiedad** del inmueble de los disponga el ejecutado. Lo que ocurre es que esta actuación complementaria de presentación de los títulos de propiedad está recogida en la LEC española de manera muy confusa. En efecto, el art. 663. 1 de la LEC española establece que «en la misma resolución en que se mande expedir certificación de dominio y cargas de los bienes inmuebles embargados, el Secretario judicial podrá, mediante diligencia de ordenación, de oficio o a instancia de parte, requerir al ejecutado para que en el plazo de diez días presente los títulos de propiedad de que disponga, si el bien está inscrito en el Registro». Es decir, de manera desconcertante, parece que la LEC española sólo prevé el requerimiento de los títulos de propiedad de la finca sometida a ejecución, cuando así lo decida el Secretario Judicial y siempre que el bien esté inscrito en el Registro de la Propiedad, esto es, precisamente en el caso en que la presentación de los títulos de propiedad resulta menos útil. La anterior lectura carece de todo sentido, de ahí que la mayor parte de la doctrina considere que lo que pretende decir la norma es que la reclamación de los títulos sea una actuación «prescindible» cuando el bien se encuentre inscrito en el Registro de la Propiedad; e «imprescindible» en el caso contrario<sup>711</sup>.

---

<sup>710</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 973.

<sup>711</sup> VEGAS TORRES, J., «La realización forzosa (I)»..., cit., pp. 233 y 234. En este mismo sentido, y aludiendo a los antecedentes existentes al respecto en la LEC española precedente de 1881, en la que se exigía la aportación de los títulos de propiedad con carácter imperativo, vid. CORDÓN MORENO, F., «Comentario a los artículos 663, 664 y 665, de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Navarra, 2001, pp. 468 y 469: «La Ley ha rectificado el criterio de la LEC anterior, en el que este requerimiento tenía carácter imperativo (cfr. art. 1489. 2º), dejando en manos del tribunal la práctica del mismo (“podrá”), de oficio o a instancia de parte. No obstante, debe precisarse que el cambio parece razonable cuando conste con claridad

Debe indicarse que la falta de aportación de los títulos no constituye un presupuesto imprescindible cuya ausencia traiga consigo la imposibilidad de celebrar la subasta, ya que sí podrá llevarse a cabo siempre que el acreedor así quiera (*ex art. 656 de la LEC española*).

Finalmente, en lo que hace a la **situación posesoria del inmueble**, de nuevo interesa mucho a los efectos de determinar el precio de la venta judicial, ya que no es lo mismo adquirir un inmueble desocupado, con la certeza de que podrá ocuparse de manera inmediata una vez pagado el precio, que adquirir un inmueble con ocupantes, cuyo desalojo puede plantear grandes dificultades. La LEC se enfrenta a la cuestión de los eventuales ocupantes mediante dos tipos de medidas: de un lado, procurando que antes de la subasta se conozca la situación posesoria del inmueble con toda la precisión posible, y las posibilidades que existan para lograr el desalojo; y de otro, permitiendo que una vez enajenada la finca, el adquirente pueda lograr el desalojo de los ocupantes «de mero hecho o sin título suficiente» mediante un incidente de naturaleza sumaria insertado dentro de las actuaciones del proceso de ejecución. Dejando de lado la segunda de las medidas, por lo que respecta a la primera, el art. 661.1 de la LEC española prevé la comunicación de la existencia de la ejecución a los eventuales ocupantes del inmueble de los que se tenga noticia, a quienes se emplaza para que en el plazo de diez días presenten los títulos que justifiquen su situación (por ejemplo, el contrato de arrendamiento)<sup>712</sup>.

---

(por la práctica de la anotación preventiva de embargo, por ejemplo) que los bienes se encuentran inscritos a nombre del ejecutado (o de quien sea su titular en los casos en que exista una extensión de la responsabilidad a bienes de persona distinta del mismo: cfr. Art. 538.3); en este caso (“si el bien está inscrito en el Registro: art. 663.1º”), puede entenderse sin dificultad que la presentación de los títulos de propiedad resulte innecesaria, ya que el futuro adquirente o adjudicatario quedará amparado, en todo caso, por el artículo 34 LH y la diligencia del requerimiento puede redundar en una dilación indebida del procedimiento. El carácter facultativo del requerimiento llevará al tribunal a acordarlo sólo en aquellos casos (que hay que reputar excepcionales) en los que la inscripción resulte incompleta (...). En cambio, no se refiere la Ley a los supuestos en que no conste la inscripción registral del inmueble a nombre del ejecutado (por ejemplo, el bien no está inmatriculado y, en consecuencia, se suspendió la anotación de su embargo, tomándose anotación preventiva de la suspensión del mismo: art. 140. 2º RH) o a aquellos en que el bien está inscrito a nombre del causante del ejecutado, habiéndose suspendido también la anotación de la traba (art. 140. 1º RH). En estos casos me parece que la aportación de los títulos de propiedad resulta necesaria y lo lógico es que, a pesar del silencio de la Ley, se mantenga el carácter imperativo del requerimiento al ejecutado (como en el sistema de la LEC de 1881)». DE LA SERNA BOSCH, J., *La subasta judicial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª Edición, Barcelona, 2012, p. 153: «(...) Hay que rechazar el poco cuidado del legislador al mantener, tras la reciente reforma, la desconcertante última frase del precepto que comentamos y que condiciona todo lo anteriormente expuesto a “si el bien está inscrito en el Registro”. Precisamente el supuesto en el que se hace más necesaria la presentación de los títulos de propiedad de que disponga, es aquél en el que el derecho del ejecutado no se encuentre inscrito. Es por ello que la doctrina ha criticado de forma generalizada tal aserto, recomendando prescindir de una interpretación literal de esta última parte del precepto. En consecuencia, cuando el bien no esté inscrito también se podrá requerir al ejecutado para que aporte los títulos».

<sup>712</sup> VEGAS TORRES, J., «La realización forzosa (I)»..., *cit.*, pp. 234-236.

### 3.2.1.2. Valoración del inmueble o inmuebles subastados

Conocida la situación jurídica (a través del Registro o, en su defecto, mediante los títulos de propiedad de los que se disponga) y posesoria del inmueble, la siguiente actuación previa a la celebración de la subasta que tiene lugar es la valoración de los bienes objeto subasta.

En efecto, para que la subasta pueda celebrarse se debe asignar al inmueble objeto de subasta un determinado valor que será de enorme importancia, ya que servirá: como punto de referencia para determinar la cuantía del depósito previo que deberán efectuar todos aquellos que pretendan licitar en la subasta; para aprobar el precio del remate, en función del importe de la mejor postura que se realice en la subasta; así como para fijar el precio por el que el acreedor puede adjudicarse en todos aquellos casos en los que la Ley así lo permita<sup>713</sup>.

La determinación o valoración del bien embargado, siguiendo a LUQUE TORRES, puede llevarse a cabo a través de tres sistemas distintos, a saber, el contractual, el pericial y el sistema de fijación automática del precio. El sistema contractual es aquel en el que el valor de estimación de los bienes subastados es fijado por los interesados. El sistema de fijación pericial, exige que el valor de los bienes subastados sea hecho por peritos. Mientras que el sistema de fijación automática es aquél en el que el valor del bien viene dado por su vinculación a una serie de índices fijos preestablecidos legalmente a otros niveles (por ejemplo, el valor catastral, el valor fiscal, etc.; o una operación aritmética que tenga a estos valores como referencia)<sup>714</sup>.

¿Cuál de estos sistemas es el que acoge la LEC española? De acuerdo con el art. 637, en primer lugar, se atenderá al valor que de común acuerdo fijen el acreedor ejecutante y el deudor ejecutado, ya sea antes o durante la ejecución (sistema contractual de determinación del precio). El único límite que encontraría el acuerdo es el no producir perjuicios a terceros, lo que sucedería, por ejemplo, si pactasen un precio notablemente inferior al de mercado, afectando negativamente a las expectativas que los acreedores posteriores puedan tener de satisfacerse del eventual sobrante de la suma recabada mediante la venta judicial.

A falta de acuerdo de las partes acerca del valor asignado al bien objeto de subasta, la valoración se llevará a cabo por el Secretario Judicial, previo informe pericial y teniendo presente los eventuales informes o alegaciones presentados por las partes e interesados. Esta operación a manos del Secretario Judicial consta, pues, de dos partes:

- Una inicial (que se conoce como avalúo pericial), en la que el perito tasa el valor de mercado de los bienes embargados, sin tener presente el importe total de gravámenes y cargas que, en su caso, pesen sobre el bien. El perito tasador se designa por el Secretario Judicial quien, previa aceptación del encargo, debe emitir su tasación en el

<sup>713</sup> VEGAS TORRES, J., «La realización forzosa (I)»..., *cit.*, p. 236.

<sup>714</sup> LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles procesales e hipotecarios...*, *cit.*, pp. 230-232.

plazo de ocho días, prorrogables bajo causa justificada. Entregado el informe pericial de valoración del bien, las partes y terceros titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad al gravamen que se ejecuta cuentan con el plazo de cinco días para formular alegaciones y presentar, siempre que así lo deseen, valoraciones periciales alternativas encargadas por ellos mismos. Si no se formulan alegaciones el Secretario aprueba seguidamente la valoración efectuada por el perito; de lo contrario, el Secretario fijará igualmente el valor del bien, tomando en consideración todas las alegaciones e informes que se presenten (arts. 638 y 639 de la LEC española)<sup>715</sup>.

- La segunda parte de la operación de valoración del bien es la que tiene por objeto la deducción del importe de las cargas y derechos anteriores al derecho del ejecutante. En efecto, acabamos de ver que en el avalúo pericial no se toma en consideración el importe total de gravámenes y cargas, de manera que será ahora cuando una vez fijado el importe anterior, el Secretario Judicial proceda a calcular el importe total garantizado por el inmueble en virtud de los derechos y cargas anteriores al embargo por el que se despacha ejecución, restando dicho importe del valor que anteriormente se hubiera dado al bien en su avalúo (*ex art. 666. 1 de la LEC española*)<sup>716</sup>. El cálculo de este importe total de derechos y cargas anteriores se lleva a cabo mediante el contenido que se desprenda de la certificación de dominio y cargas<sup>717</sup>. Puede suceder

---

<sup>715</sup> Acerca del procedimiento de tasación pericial, vid. HOYA COROMINA, J., «Comentario al artículo 639 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, F. (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Barcelona, 2001, pp. 2993 y 2994.

<sup>716</sup> VEGAS TORRES, J., «La realización forzosa (I)»..., *cit.*, pp. 237-240. Acerca de la razón de ser del descuento de cargas y gravámenes anteriores y los posteriores preferentes, UCEDA OJEDA, J., «Comentario al artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, F. (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Barcelona, 2001, p. 3053: «En un sistema que, en la ejecución inmobiliaria, se establece con absoluta claridad la cancelación de los derechos y cargas registrales que hayan accedido al Registro con posterioridad al asiento que ha servido de base a la ejecución y la subsistencia de las anteriores con subrogación del rematante en las deudas y cargas, es evidente que debe tenerse presente para fijar el precio de subasta del inmueble el valor de los derechos preferentes que posteriormente va a asumir tras la subasta de la finca. La LEC para disipar todo tipo de dudas acerca de si el perito había tenido en cuenta o no a la hora de fijar el precio de la finca el valor de las cargas preferentes, ha decidido que sea el Secretario Judicial quien, tras recibir los distintos informes periciales y las respuestas de los acreedores preferentes sobre el contenido actual de los créditos, fije el precio de subasta tras descontar al inicial fijado por el perito el del importe de los derechos preferentes en los que el rematante deba subrogarse y que no sean los propios postores los que deban hacer los oportunos cálculos, con lo que, además, se consigue que el precio se aproxime lo más posible al real que corresponde por ese bien».

<sup>717</sup> Nótese que existen determinados autores, señaladamente MORENO MURCIANO, H., «Cargas y gravámenes en las subasta judiciales de inmuebles», en *Revista Jurídica de Catalunya*, Nº 1, 2001, p. 305, que han valorado negativamente la carga de realizar esta operación de descuento de las cargas subsistentes por parte de los Secretarios Judiciales: «Realmente, a quien más interesa la venta de los bienes, mediante el Juzgado, es al demandante, a quien en buena lógica deben corresponder cuantas averiguaciones, justificantes, cálculos, etc. se precisen para dilucidar el precio real y vigente de los bienes que se trata de enajenar, como si de simples vendedor-comprador se tratase. ¿Por qué, entonces, se tiene que implicar el Fedatario judicial en semejante tarea y sus consiguientes posibles responsabilidades? ¿Tiene, acaso, el Fedatario notarial alguna responsabilidad similar en casos semejantes? En buena hermenéutica, cada Santo debiera aguantar su vela, y



que el valor que se asigne finalmente al bien después de deducir el importe de cargas y gravámenes anteriores sea cero, o incluso negativo: en tales, casos, el art. 666. 2 de la LEC española ordena que el Secretario judicial deje en suspenso la ejecución sobre ese bien<sup>718</sup>.

### 3.2.1.3. El anuncio o publicidad de la subasta judicial

La subasta judicial pretende obtener el máximo precio posible por el derecho objeto de ejecución, lo cual se conseguirá mientras más licitadores pujen por el bien. Precisamente con el objeto de posibilitar el máximo número de licitadores, es imprescindible que a la subasta se le de su necesaria publicidad, lo cual se lleva a cabo mediante edictos que se fijan en el sitio destacado, público y visible en la sede de la Oficina judicial y los demás lugares públicos de costumbre (*ex art. 645.1 de la LEC española*)<sup>719</sup>.

nadie mejor que Abogados y AA.P.I para aconsejar, como se viene haciendo de forma responsable y más eficaz, a los interesados sean litigantes o rematantes. Las funciones del Secretario Judicial (...) se limitan a la fe pública judicial, la documentación, concretadas a la dación de cuenta mediante diligencias y propuestas de resolución, y de impulso judicial: no pretendamos añadir funciones que no corresponden al Fedatario judicial».

<sup>718</sup> El alcance de esta previsión de alzamiento del embargo y suspensión de la ejecución para el caso en que el importe que se deduzca de derechos y cargas preferentes supere el valor del propio bien es objeto de una valoración dispar en el seno de la doctrina procesalista. A este respecto, en el sentido de alabar esta previsión legislativa puede verse a UCEDA OJEDA, J., «Comentario al artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 3052: «También merece alabanza el contenido del último párrafo del art. 666.2 LEC, pues con el mismo se impide que se multipliquen inútilmente unos gastos en perjuicio del ejecutado y que se saque a subasta un inmueble cuando el acreedor ejecutante no puede sacar ningún beneficio de su realización, al quedar anulado su valor por el importe de las cargas y gravámenes preferentes en los que el adquirente debe subrogarse por disposición legal. Nótese que con la ejecución forzosa pretende la completa satisfacción del acreedor y si el valor de las cargas o gravámenes iguala o excede el bien se convierte no sólo en una actuación inútil sino que reportará mayores gastos sin trascendencia alguna para la finalidad buscada. Por tanto, resulta lógico que el tribunal alce el embargo y prosiga la ejecución con los restantes bienes del deudor que, en su caso, pudieran ser realizados». En sentido contrario puede verse a VEGAS TORRES, J., «La realización forzosa (I)»..., *cit.*, p. 239: «Esta última previsión (refiriéndose al art.666.2 de la LEC española) resulta excesiva. Siendo cierto que no tiene sentido sacar a subasta un inmueble gravado con cargas anteriores que superan el valor de mercado, también lo es que el ejecutante puede tener legítimo interés en que se mantenga la traba, aunque sólo sea a los efectos previstos en el art. 610.2 (como reembargante, mejoraría su posición si por cualquier causa distinta de la enajenación forzosa se alzara un embargo anterior) o para mantener su puesto de cara a un –improbable, pero posible- reparte de sobrante derivado de una enajenación forzosa anterior. (...) Finalmente, siempre cabe invocar los criterios de interpretación de la normas del Código Civil para defender una interpretación limitativa del art. 666.2, restringiéndola a los casos en que el alzamiento del embargo no perjudique derechos que la propia Ley concede al ejecutante en cuanto embargante ya que no se reducen al derecho a que se enajenen los bienes embargados (que es el único que, en este caso, no tendría sentido). Sólo en los casos en que el ejecutante no pudiera invocar un interés legítimo en el mantenimiento de la traba, fundado en esos derechos que la Ley le concede en cuanto embargante, se aplicaría la norma cuestionada».

<sup>719</sup> A este respecto, afirma HOVA COROMINA, J., «Comentario al artículo 645 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, F. (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Barcelona, 2001, p. 3013, que «los requisitos de publicidad que debe adoptar la subasta convocada parten de la premisa de evitar costes innecesarios que puedan frustrar el fin de la misma, que no es otro que la satisfacción del crédito del ejecutante (...)». De igualmente forma, BANACLOCHE PALAO, J., «Comentario al artículo 645 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., y BANACLOCHE PALAO, J. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2001, p. 1120: «Para que los posibles

Junto a los edictos, a instancia del ejecutante y cuando el Secretario Judicial lo estime conveniente, la subasta puede anunciarse por otros medios, siempre que su empleo resulte razonable -*ex art. 645. 2 de la LEC española*- (por ejemplo, anuncios en periódicos oficiales y no oficiales, así como la utilización de la publicidad vía internet).

Tanto en uno como en otro caso, en el anuncio de la subasta deberá aportarse la más completa información sobre las condiciones en que ésta se desarrollará: día hora y lugar en que haya de celebrarse, la identificación del bien o bienes sacados a subasta, el valor que se haya dado a los bienes, el depósito previo que deberá efectuarse para licitar, la certificación registral de dominio y cargas y la situación posesoria del inmueble<sup>720</sup>.

El art. 667 de la LEC española, en sede de la regulación de la subasta judicial de bienes inmuebles dispone, por su parte, que la subasta se deberá anunciar con veinte días de antelación, cuando menos, al señalado para su celebración<sup>721</sup>. Plazo de antelación mínimo en el que deberá notificarse igualmente la celebración de la subasta al ejecutado, incluso cuando no esté personado en la ejecución<sup>722</sup>.

#### **3.2.1.4. El depósito previo como condición *sine qua non* para licitar**

Todos aquellos que quieran participar en la subasta como postores o licitadores deben efectuar un depósito o caución previa cuyo importe viene establecido en función del valor asignado al inmueble o inmuebles por los que se pretenda licitar. La finalidad que se persigue con este presupuesto para la licitación en la subasta es garantizar que, en caso de

---

postores tengan conocimiento de la existencia de la subasta, ésta debe anunciarse públicamente, y la Ley prescribe que se haga, en todo caso, a través de edictos (...)».

<sup>720</sup> Es concretamente el art. 668 de la LEC española el que dispone los datos que deberán constar en el anuncio de la subasta, que vienen a ser los siguientes: a identificación de la finca, que se efectuará en forma concisa e incluyendo los datos registrales y la referencia catastral si la tuviera, la situación posesoria si le consta al juzgado, la valoración inicial para la subasta, y los extremos siguientes: 1º. Que la certificación registral y, en su caso, la titulación sobre el inmueble o inmuebles que se subastan está de manifiesto en la Oficina judicial sede del órgano de la ejecución. 2º. Que se entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación existente o que no existan títulos. 3º. Que las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el sólo hecho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos, si el remate se adjudicare a su favor.

<sup>721</sup> Señalan MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 1795, que «el plazo mínimo empezará a contarse como dies a quo: 1º) Bien desde el día en que se fije el edicto en el sitio destacado, público y visible en la sede del tribunal y en los lugares públicos de costumbre (art. 645. 1. 1º), y en el caso de que esas fijaciones no se realicen en el mismo día deberá estarse al segundo. 2º) Bien desde el día de la publicación en el medio de comunicación público o privado, si así ha sido solicitado por alguna de las partes y acordado por el Juzgado -tras la Reforma de la Oficina Judicial de 2009, por el Secretario Judicial- (art. 645. 1. 2º)».

<sup>722</sup> VEGAS TORRES, J., «La realización forzosa (I)»..., *cit.*, pp. 240-243. Igualmente, BONET NAVARRO, J., MARTÍN PASTOR, J., «Ejecución de prestaciones dinerarias (continuación)»..., *cit.*, pp. 810 y 811.

aprobación del remate, el rematante pagará el precio ofrecido, ya que de no hacerlo, perdería la cantidad depositada, de acuerdo con los arts. 652.1 y 653.1 de la LEC española<sup>723</sup>.

El porcentaje de dicho importe a pagar como depósito es de notar que ha variado notablemente en los últimos años, concretamente como consecuencia de las reformas operadas por el «Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa», así como la «Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social». Veamos en qué han consistido dichos cambios.

La redacción originaria de la LEC española 1 /2000, exigía a los licitadores un depósito del treinta por ciento del valor dado al inmueble (en contraste con el veinte por ciento que exigía para la subasta judicial de bienes de naturaleza mueble). Con la modificación operada por el art. 2 del «Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa», el importe a depositar por los licitadores se redujo a un veinte por ciento, unificando, pues, la cantidad a consignar en la subasta judicial, con independencia de la naturaleza, mobiliaria o inmobiliaria, del bien a subastar: en ambos casos, un veinte por ciento del valor del bien objeto de subasta. Así las cosas, recientemente, con la reforma operada por el art. 7. 8º de la «Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», la cantidad que se debe depositar para poder pujar es del cinco por ciento del valor de salida asignado al inmueble, cantidad que, por otra es, común para la subasta judicial de bienes muebles. En definitiva, actualmente, para poder participar como licitante en la subasta judicial de bienes inmuebles es necesario efectuar el depósito del cinco por ciento del valor que se asigne al inmueble o inmuebles objeto de subasta.

---

<sup>723</sup> VEGAS TORRES, J., «La realización forzosa (I)»..., *cit.*, pp. 243 y 244. Asimismo, acerca de la finalidad perseguida con la imposición del depósito previo como condición necesaria para pujar, MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 1807: «La finalidad de la norma parece clara. Se trata de asegurar, en lo posible, que los postores actúan seriamente, evitando la intervención de personas insolventes, que pueden luego proceder a quebrar la subasta». Asimismo, UCEDA OJEDA, J., «Comentario al artículo 669 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, F. (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Barcelona, 2001, p. 3057: «Al igual que la LEC de 1881 (...) y para evitar que los postores puedan dejar sin efecto o quebrar impunemente las subastas celebradas, incumpliendo el compromiso adquirido de pagar el precio del remate en el plazo estipulado, impone la nueva LEC la necesidad de prestar aval bancario o de hacer un depósito previo en la cuenta corriente que el Juzgado tenga abierta en la oficina bancaria correspondiente, que perderán sino cumplen con el compromiso anteriormente indicado».

El depósito en cuestión debe realizarse en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones y deberá acreditarse en el Juzgado mediante la presentación del resguardo correspondiente<sup>724</sup>.

Junto a la necesidad de prestar el depósito correspondiente y acreditarlo documentalmente mediante resguardo, constituyen también condiciones para licitar: el identificarse de forma suficiente; y declarar que conocen las condiciones generales y particulares de la subasta (ex art. 647. 1 de la LEC española).

Finalmente, cabe destacar que podrá participar como licitador cualquier persona (a excepción del deudor ejecutado<sup>725</sup>) que cumpla con las mencionadas exigencias, siempre que tenga capacidad para contratar y no se encuentre afectada por una prohibición legal de adquirir los bienes que se subastan (cfr. El art. 1459 del CC español); incluido el acreedor ejecutante, si bien en este último caso, sólo podrá tomar parte en la subasta cuando existan otros licitadores, pudiendo mejorar las posturas que se hicieren, sin necesidad de consignar cantidad alguna (ex art. 647. 2 de la LEC española)<sup>726</sup>.

### 3.2.2. El acto de la subasta y la aprobación del remate

El art. 649 de la LEC española (precepto ubicado en el régimen de la subasta judicial de bienes muebles, pero aplicable de igual modo a la subasta judicial de bienes inmuebles -ex

---

<sup>724</sup> Acerca del plazo de realización del preceptivo depósito, MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., cit., p. 1808, indican que «la consignación puede hacerse en cualquier momento anterior al de la celebración de la subasta, de modo que en el inicio del acto de la misma ha de poder determinarse quiénes son los licitadores admitidos».

<sup>725</sup> Señala VEGAS TORRES, J., «La realización forzosa (I)»..., cit., pp. 244 y 245, que «el deudor no puede participar en la subasta. Aunque la LEC no lo diga expresamente, existen argumentos de peso que abonan la prohibición. Por un lado, si el deudor dispone de dinero suficiente para pagar lo que deba por principal, intereses y costas, podrá liberar sus bienes pagando la deuda en cualquier momento antes de la aprobación del remate (art. 650.5 y 670.7), por lo que no se ve la utilidad de permitirle pujar ofreciendo un precio que permita satisfacer por completo el derecho del acreedor. Por otra parte, si el deudor dispone de una cantidad de dinero insuficiente para pagar la totalidad de la deuda lo más que puede permitírsele es que ofrezca dicha cantidad para que sea embargada y entregada al ejecutante, pidiendo, al mismo tiempo, el alzamiento del embargo del bien que se haya sacado a subasta, siempre que haya otros bienes embargados que sean suficientes para lograr la completa satisfacción del ejecutante. En último término, permitir al deudor pujar por una cantidad inferior a la necesaria para cubrir totalmente la deuda que motiva la ejecución conduciría al absurdo de que, una vez liberado el bien de la subasta (que no adquirido por el deudor, puesto que es suyo), podría embargarse de nuevo y ser subastado otra vez para pagar al acreedor la cantidad que hubiera quedado pendiente». En sentido análogo, indica BANACLOCHE PALAO, J., «Comentario al artículo 647 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., y BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2001, p. 1123: «Quien no puede pujar es el ejecutado. Primero, porque siempre puede acabar con la ejecución pagando lo que debe (art. 650. 5). Pero sobre todo, porque si tiene dinero con que pujar (...), éste debe ser entregado al ejecutante para que con él se vaya cobrando la cantidad que se le debe».

<sup>726</sup> Acerca de las diferentes condiciones para pujar, vid. HOYA COROMINA, J., «Comentario al artículo 647 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, F. (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Barcelona, 2001, pp. 3015 y ss. Igualmente, CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Navarra, 2001, pp. 499 y ss.

art. 655.2 de la LEC española-), determina la **forma en que se desarrolla y termina la subasta judicial (el acto de la subasta)**. En él, se establece que el acto de la subasta será presidido por el Secretario Judicial, quien dará comienzo a la misma leyendo la relación de bienes, o, en su caso, de lotes de bienes y las condiciones especiales de la subasta<sup>727</sup>.

Seguidamente, el Secretario Judicial comienza la lectura del bien o lote de bienes que se subastan y de las sucesivas posturas que se produzcan. Estas posturas o pujas pueden hacerse por todos aquellos que cumplan con los presupuestos necesarios ya analizados para licitar, y pueden llevarse a cabo oralmente, por vía electrónica (en el caso de existir medios técnicos que lo permitan), o por escrito<sup>728</sup>. En este último caso, las posturas deben entregarse en sobre cerrado, en cualquier momento desde el anuncio de la subasta hasta su celebración; los cuales se abren por el Secretario Judicial al inicio del acto de la subasta, de modo que, de acuerdo con el art. 648 de la LEC española, las posturas contenidas en dichos sobres se hacen públicas con las demás, surtiendo los mismos efectos que las realizadas oralmente<sup>729</sup>.

Puede ocurrir que no haya postores, o que exista una pluralidad de los mismos. En el primer caso, la subasta judicial se dice que queda desierta (fracasa), previendo la LEC española para este caso en su art. 671, la posibilidad de que el acreedor ejecutante solicite la adjudicación del bien o bienes inmuebles por el cincuenta por ciento de su valor de salida asignado, o por una cantidad inferior, siempre que cubra la cantidad total que se le deba por todos los conceptos; contando con un plazo de veinte días para llevar a cabo esta posibilidad. En este punto, cabe mencionar una novedad introducida al respecto por el art. 7. 10 de la

---

<sup>727</sup> MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 1815, indica las notas que caracterizan el acto de la subasta judicial en el Ordenamiento Jurídico español: «La subasta en nuestro sistema se caracteriza por que es: 1º) Al alza, porque sólo se puede admitir puja que supere la anterior, de modo que los licitadores han de ir ofreciendo cantidades superiores cada vez. Lo que no se establece en norma alguna es la necesidad de que las pujas vayan ascendiendo por tramos determinados, de modo que la puja es admisible siempre que supere en un céntimo de euro a la anterior. 2º) Pública, porque deben proclamarse en voz alta las posturas que se vayan haciendo, de modo que todos los licitadores han de tomar conocimiento de todas las pujas que se hagan y que se admitan.

<sup>728</sup> MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, p. 1819, da cuenta de los antecedentes normativos que dieron lugar a la admisión en el Ordenamiento español de la presentación de posturas por escrito: «La Ley 34/1984, de 6 de agosto, frente a una tradición multiseular conforme a la cual las posturas se realizaban siempre de modo oral y en el acto de la subasta, permitió que se realizaran por escrito en el proceso de ejecución ordinario de la LEC. La reforma no fue mal recibida por la doctrina, pero puede ya decirse que su utilización ha sido más bien escasa».

<sup>729</sup> Indica acertadamente VEGAS TORRES, J., «La realización forzosa (I)»..., *cit.*, p. 245, que «la LEC no es muy precisa al determinar el momento en que debe darse a conocer el contenido de las posturas por escrito. Decir que estas posturas “se harán públicas con las demás” parece sugerir que el Secretario Judicial las vaya anunciando a lo largo de la licitación, a medida en que las ofertas que se hagan oralmente se aproximen a las que consten por escrito. Pero esto, si bien se mira, aparte de absurdo (¿por qué debe el Secretario permitir que se hagan posturas orales más bajas que las que a él ya le consta se han hecho por escrito?), requeriría que el Secretario tuviera facultades adivinatorias sobrenaturales (¿hasta cuándo debería esperar y a ver si alguien ofrece oralmente nueve mil, o nueve mil quinientos, o apurar al máximo y esperar a ver si alguien ofrece oralmente un euro menos de los diez mil?). La solución más razonable es que las posturas por escrito se publiquen al inicio del acto, inmediatamente después de abrirse los sobres, para evitar pujas orales inútiles y, al mismo tiempo, permitir que los licitadores presentes mejoren las pujas realizadas por escrito».

«Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», que ha venido a modificar el referido art. 671 en el sentido de indicar que si inmueble subastado es la vivienda habitual del deudor ejecutado, la adjudicación debe hacerse por importe igual al setenta por ciento del valor por el que el bien hubiese salido a subasta, o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el sesenta por ciento del valor en cuestión.

En el caso de existir una pluralidad de postores, las distintas posturas se anuncian por parte del Secretario Judicial, como ya se ha anticipado, terminándose el acto cuando el Secretario Judicial lo considere oportuno por no haber quien mejore la última postura. Llegado a este punto, el Secretario Judicial da por concluida la subasta con el anuncio al público de esa mejor postura y el nombre de quien la haya formulado<sup>730</sup>.

Esto por lo que hace al acto de celebración de la subasta, veamos ahora cómo se llega a aprobar esa mejor postura que constituirá el precio final que se pague por el derecho objeto de subasta judicial; esto es, analicemos los presupuestos establecidos legalmente para la **aprobación del remate**.

Debemos comenzar a este respecto definiendo qué se entiende por aprobación de remate, a saber, una resolución judicial en forma de decreto en virtud de la cual se aprueba la adjudicación del bien subastado al postor que realice la mejor oferta en el acto de la subasta<sup>731</sup>. Dicha resolución se dictará a favor del mejor postor, de acuerdo con las siguientes reglas establecidas en el art. 670 de la LEC española:

1ª) Si la mejor postura es igual o superior al setenta por ciento del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, el Secretario Judicial responsable de la ejecución, debe aprobar mediante decreto el remate en favor del mejor postor (el mismo día o al día siguiente). En el plazo de cuarenta días a contar desde la expedición del decreto de aprobación del remate, el rematante debe de consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate. En el caso de que sea el ejecutante quien haga la mejor postura igual o superior al setenta por ciento del valor de salida del bien (recordamos que el ejecutante puede participar como licitante en la subasta judicial, siempre que existan otros licitadores, para mejorar las posturas de éstos últimos), aprobado el remate se procede por parte del Secretario Judicial a liquidar lo que se le deba por principal, intereses y costas, debiendo el ejecutante consignar la diferencia existente, si es que la hubiere.

---

<sup>730</sup> VEGAS TORRES, J., «La realización forzosa (I)»..., *cit.*, pp. 245 y 246. Asimismo, MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, pp. 1811-1827. También, HOYA COROMINA, J., «Comentario al artículo 649 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, F. (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Barcelona, 2001, pp. 3017 y ss.

<sup>731</sup> VEGAS TORRES, J., «La realización forzosa (I)»..., *cit.*, p. 246.

2ª) Cuando no haya posturas en que se ofrezca pagar, pura y simplemente, cantidades iguales o superiores al setenta por ciento del valor de salida del bien, podrán tomarse en consideración las posturas que superando dicho porcentaje ofrezcan pagar el precio a plazos con garantías suficientes, bancarias o hipotecarias. En estos casos, antes de aprobar el remate se dará a conocer la oferta en cuestión al acreedor ejecutante, quien dispondrá de un plazo de veinte días para pedir la adjudicación del inmueble por el setenta por ciento de su valor de salida. Si el ejecutante no hace uso de este derecho, el remate se aprueba a favor de la mejor de aquellas posturas, con las condiciones de pago y garantías que se hayan ofrecido.

3ª) Cuando la mejor postura ofrecida en la subasta sea inferior al setenta por ciento del valor de salida del bien, la LEC prevé tres posibilidades distintas:

- a) En el plazo de diez días, el ejecutado podrá presentar a un tercero que mejore la postura, ofreciendo una cantidad superior al setenta por ciento del valor de salida del bien o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del acreedor ejecutante. Con ello, se da la posibilidad al deudor ejecutado de evitar que la venta judicial se lleve a cabo en condiciones de precio tan desventajosas.
- b) Transcurrido el plazo de cinco días indicado sin que el ejecutado ejercite la facultad anterior presentado a un tercero que mejore la postura conforme a las cantidades referidas anteriormente, el ejecutante dispone del plazo de cinco días para pedir la adjudicación del inmueble por el setenta por ciento de su valor de salida o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al sesenta por ciento del valor de salida del bien y a la mejor postura.
- c) Cuando el ejecutante no haga uso de la facultad anterior solicitando la adjudicación del bien conforme a las condiciones enunciadas, el Secretario Judicial debe resolver sobre si aprueba o no el remate a favor de la mejor postura, en función de las siguientes reglas establecidas en el propio art. 670. 4. 3º de la LEC española:
  - Se aprobará el remate en favor del mejor postor, siempre que la cantidad que ofrezca supere el cincuenta por ciento del valor de salida o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas.
  - Si la mejor postura no cumple estos requisitos, el Secretario Judicial responsable de la ejecución, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial

que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor.

- Si a la vista de lo anterior, el Secretario Judicial deniega la aprobación del remate, se estaría a lo dispuesto para el caso de la subasta desierta: a saber, el ejecutante tendrá una última oportunidad de adjudicarse el inmueble por el cincuenta por ciento de su valor de salida asignado, o por una cantidad inferior, siempre que cubra la cantidad total que se le deba por todos los conceptos (contando con un plazo de veinte días para ejercitar esta facultad). Y debe recordarse asimismo que desde la entrada en vigor de la «Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», si el inmueble subastado constituye la vivienda habitual del deudor ejecutado, la adjudicación debe hacerse por importe igual al setenta por ciento del valor por el que el bien hubiese salido a subasta, o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el sesenta por ciento del valor en cuestión<sup>732</sup>.

El momento de aprobación del remate guarda una enorme importancia, principalmente porque con anterioridad al mismo, el deudor puede liberar sus bienes pagando íntegramente lo que se deba al ejecutante en concepto de principal, intereses y costas.

Aprobado el remate mediante decreto, el rematante deberá efectuar el pago en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de la diferencia entre la cantidad depositada y el precio final del remate aprobado. Acto seguido, se dicta **decreto de adjudicación** en el que se expresará que se ha consignado el precio, así como las restantes circunstancias necesarias para la inscripción del derecho subastado conforme a la legislación hipotecaria (nótese que la inscripción del derecho adquirido mediante la subasta se lleva a cabo mediante el testimonio del auto de adjudicación, expedido por el Secretario Judicial, *ex art. 674. 1 de la LEC española*).

Si una vez aprobado el remate mediante el oportuno decreto, el rematante no efectúa el pago correspondiente conforme a las condiciones y el plazo anteriormente aludido, el rematante en cuestión perderá la cantidad que hubiera consignado como depósito, pudiendo distinguirse a este respecto tres situaciones posibles:

1ª) Si el importe depositado fuera suficiente para cubrir la deuda principal, los intereses y las costas de la ejecución, la ejecución quedaría finalizada, *ex art. 653. 1 de la LEC española*.

---

<sup>732</sup> VEGAS TORRES, J., «La realización forzosa (I)»..., *cit.*, pp. 246-249. Asimismo, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Derecho Procesal Civil...*, *cit.*, pp. 982 y 983. Con gran amplitud abordan el desarrollo de la subasta y la aprobación del remate, MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, pp. 1827-1841.



2ª) Si el importe depositado, por el contrario, no fuera suficiente para cubrir la deuda principal, los intereses y las costas de la ejecución, existen a su vez, tres posibilidades adicionales:

- a) Si los restantes postores no dicen nada, se les efectuará la devolución de las cantidades que hubieran depositado para participar en la subasta judicial como licitadores. De modo que tendrá lugar la quiebra de la subasta en curso<sup>733</sup>, debiendo procederse a una nueva subasta (art. 653. 1 de la LEC española).
- b) Si los restantes postores sí solicitan que le sean retenidos sus correspondientes depósitos, ante la falta de pago del rematante, el remate podrá aprobarse a favor de los que le sigan por el orden de sus respectivas posturas (art. 652.1.2º de la LEC española).
- c) Si ninguno de los postores con posturas inferiores a las del rematante que haya solicitado la retención del depósito efectuado con el propósito anterior finalmente paga el precio correspondiente después de la aprobación del remate a su favor, perderá su respectivo depósito, teniendo lugar la extinción de la ejecución en caso de que tal importe sirva para cubrir el principal de la deuda, sus intereses y las costas; o la quiebra de la subasta, en el caso contrario<sup>734</sup>.

### 3. 3. LA ENAJENACIÓN FORZOSA EN ITALIA: LA VENTA JUDICIAL SIN SUBASTA Y CON SUBASTA

La enajenación forzosa, como medio principal de realización forzosa de los bienes, se verifica en Italia mediante dos procedimientos, a saber, la venta judicial sin subasta y con subasta, que no resultan alternativos según las circunstancias, sino obligatorios, de modo que uno debe suceder al otro en caso de fracaso del primero: esto es, siempre debe procederse en primer lugar a la venta judicial sin subasta y, sólo en el caso en que ésta resulte

---

<sup>733</sup> BANACLOCHE PALAO, J., «Comentario al artículo 653 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en DE LA OLIVA SANTOS, A., DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., y BANACLOCHE PALAO, J. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2001, p. 1129, define a estos efectos la quiebra de la subasta como aquella situación «que se produce cuando ninguno de los rematantes (ni el primero ni los sucesivos) cumple lo exigido en el auto (ahora decreto) de aprobación del remate, y origina como consecuencia la pérdida de los depósitos constituidos y la celebración de una nueva subasta, salvo que el dinero de los depósitos cubra por sí mismo todo lo debido (principal intereses y costas)».

<sup>734</sup> VEGAS TORRES, J., «La realización forzosa (I)»..., *cit.*, pp. 250 y 251. También, MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II..., *cit.*, pp. 1834-1836. Igualmente, HOYA COROMINA, J., «Comentario al artículo 653 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, F. (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Barcelona, 2001, pp. 3027 y 3028.

insatisfactoria, se procederá a la venta judicial con subasta<sup>735</sup>. Puede apreciarse que en Italia la venta judicial («*vendita forzata*», siguiendo su denominación textual) tiene un significado más amplio que en España, pues no se vincula con la subasta, sino con la enajenación forzosa entendida en sentido genérico. La denominada «*vendita forzata*» no puede reputarse como sinónimo de «*vendita all'asta*», pues la subasta no es más que una modalidad posible a través de la cual se determina el precio final de la venta judicial.

Entendemos que la postura italiana es mucho más acertada que la española: la venta judicial debe entenderse como equivalente de la enajenación forzosa considerada en sentido amplio y no como mero sinónimo de la subasta judicial, cual es, reiteramos una concreta modalidad procedimental de la anterior<sup>736</sup>.

Así las cosas, al igual que sucediese en España, en el Ordenamiento italiano es la regulación procesal del instituto de la venta judicial entendida como sinónimo de enajenación forzosa, en el que se contiene la regulación positiva de los actos procesales tendentes a la determinación del precio final que se pagará por el derecho objeto de ejecución, así como de la persona del adjudicatario y comprador definitivo del mismo. Y siguiendo la estructura acogida en el estudio de ese conjunto de actos procesales, distinguiremos, de un lado, los actos previos a la celebración de la venta judicial y, de otro, el acto y desarrollo de la venta judicial (en el caso italiano, la modalidad sin subasta y con subasta). Comencemos, pues, con los referidos actos preparatorios de la celebración de la venta judicial que vienen a ser comunes a las dos modalidades, sin subasta y con subasta, de la venta judicial.

### **3.3.1. Los actos previos a la celebración de la subasta judicial de bienes inmuebles en Italia**

Los actos de carácter previo a la venta judicial en Italia, al igual que sucediese en el Ordenamiento español, persiguen dos objetivos fundamentales: por una parte, la determinación de la situación jurídica y posesoria (o real) del inmueble objeto de venta, y en base a la anterior circunstancia, el valor con que el inmueble en cuestión saldrá al iniciarse la celebración de la venta judicial (ya sea sin subasta, o con subasta).

---

<sup>735</sup> COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., «Commentario al articolo 503 del Codice di Procedura Civile», en *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Vol. V, Torino, 2013, p. 502: «Nell'espropriazione immobiliare la vendita senza incanto è prevista, attualmente (a seguito delle riforme del 2005), come "prima scelta" poiché il legislatore la ritiene preferibile a quella con incanto, trattandosi di una modalità di vendita più trasparente dell'altra e che consente di soddisfare con maggiore fruttuosità i diritti dei creditori. Pertanto, nell'esecuzione immobiliare il giudice deve disporre prima la vendita senza incanto e, soltanto in seconda battuta, optare per la vendita all'incanto qualora (...)».

<sup>736</sup> Afirma a este respecto y acertadamente GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 121: «Subasta y enajenación son diferentes. O sea, situaciones procesales sucesivas, la primera antecedente y de carácter puramente procedimental, la segunda consiguiente y de carácter real o dispositivo».

Estos actos preparatorios o previos a la venta judicial vienen a ser fundamentalmente cinco: la solicitud de la venta judicial mediante la presentación de la denominada «*istanza di vendita*», la sucesiva aportación de los certificados en los que conste la situación jurídica y registral del inmueble, la valoración del inmueble objeto de ejecución, la convocatoria de audiencia de las partes implicadas y, finalmente, la autorización de la celebración de la venta judicial (en primer término sin subasta y, posteriormente, con subasta). Pasemos a analizar con cierto detalle cada uno de los referidos actos procesales preparatorios de la venta judicial de inmuebles en Italia.

### 3.3.1.1. La preceptiva solicitud de la venta judicial mediante la denominada «*istanza di vendita*»

Decretado el embargo con el que se da comienzo en el Ordenamiento italiano a la ejecución dineraria (recordamos que a diferencia de España, en que se inicia con el auto de despacho de la ejecución, *ex art. 551 de la LEC española*), es el acreedor embargante, o cualquier otro acreedor interviniente que cuente con un título ejecutivo, el que tiene que instar la venta judicial, mediante la interposición de la denominada «*istanza di vendita*»<sup>737</sup>. He aquí una primera gran diferencia entre la tramitación procesal de la venta judicial en España e Italia: mientras que en España la venta judicial mediante subasta es el medio general de enajenación forzosa que se inicia de oficio a falta de solicitud de otro medio de enajenación alternativo por parte del acreedor; en Italia, por el contrario, el impulso de la ejecución dineraria, el tránsito de la fase de embargo a la de apremio constituye una carga exclusiva del acreedor embargante o de los eventuales acreedores intervinientes en posesión de título ejecutivo, sin que se prevea su iniciación de oficio por parte del órgano ejecutivo (así se desprende del art. 567, párrafo primero del CPC italiano<sup>738</sup>, en el caso de la ejecución dineraria de bienes inmuebles).

---

<sup>737</sup> MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 96: «L'iter procedimentale che conduce alla vendita (...) inizia con l'istanza di vendita da proporsi (dal creditore pignorante o da altro creditore interveniente munito di titolo esecutivo) al giudice dell'esecuzione nominato dal presidente del tribunale ai termini dell'art. 484, col rispetto del termine dilatorio di dieci giorni dal pignoramento». Asimismo, COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., «Commentario al articolo 567 del Codice di Procedura Civile», en *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Vol. V, Torino, 2013, p. 669: «Ai sensi del 1° comma, il creditore pignorante (ossia, colui che ha richiesto il pignoramento) e i creditori intervenuti muniti di titolo esecutivo (...) possono chiedere mediante ricorso, la vendita dell'immobile pignorato, decorsi almeno dieci giorni dal pignorante (termine dilatorio) e non oltre novanta giorni dal compimento dell'atto di pignoramento stesso (termine perentorio)». SASSANI, B., «Disposizioni generali sulla vendita nell'espropriazione immobiliare», en BOVE, M., CAPPONI, B., MARTINETTO, G., y SASSANI, B., *L'espropriazione forata...*, *cit.*, p. 437, define la «*istanza di vendita*» de la forma siguiente: «L'istanza di vendita costituisce tipico atto di provocazione dell'espropriazione e, dunque, esercizio di azione esecutiva».

<sup>738</sup> Dispone textualmente el art. 567, párrafo primero del CPC italiano lo siguiente: «Decorso il termine di cui all'articolo 501, il creditore pignorante e ognuno dei creditori intervenuti muniti di titolo esecutivo possono chiedere la vendita dell'immobile pignorato».

La «*istanza di vendita*» debe interponerse en el plazo mínimo de diez días a contar desde la traba del embargo y en el tiempo máximo de noventa días a contar desde ese mismo momento (art. 501 del CPC italiano<sup>739</sup>). Transcurrido dicho plazo máximo de noventa días, la falta de interposición de la «*istanza di vendita*» traerá consigo la ineficacia del embargo trabado y la consecuente extinción del proceso de ejecución, *ex art.* 630 del CPC italiano<sup>740</sup> (se deja por sentada nuestra apreciación anterior, a saber, que el impulso del proceso de ejecución, el tránsito de la fase de embargo a la de apremio es carga exclusiva del acreedor embargante o interviniente con título ejecutivo, no previéndose actuación alguna de oficio a este respecto, a diferencia de lo que ocurre en el Ordenamiento español).

### 3.3.1.2. La sucesiva presentación de los documentos acreditativos de la situación jurídica y registral del inmueble

El acreedor que solicite la venta judicial del inmueble mediante la interposición de la preceptiva «*istanza di vendita*», dentro de los ciento veinte días siguientes (puede prorrogarse este plazo una sola vez cuando existe un justo motivo que así lo justifique) debe aportar una serie de documentos tendentes todos ellos a determinar de forma fehaciente la pertenencia del inmueble en cuestión al ejecutado, así como la situación jurídica y registral en el que el mismo se encuentre (derechos, cargas y gravámenes que pesen sobre el mismo a favor de terceras personas). Estos documentos vienen a ser, de acuerdo con los arts. 567. 2º y 498 del CPC italiano, los siguientes:

- Certificado catastral donde conste el historial y la situación actual catastral del inmueble objeto de venta judicial.

---

<sup>739</sup> El tenor literal del art. 501 del CPC italiano es el que sigue: « L'istanza di assegnazione o di vendita dei beni pignorati non può essere proposta se non decorsi dieci giorni dal pignoramento, tranne che per le cose deteriorabili, delle quali può essere disposta l'assegnazione o la vendita immediata».

<sup>740</sup> Afirma el art. 630 del CPC italiano lo siguiente: «Oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge il processo esecutivo si estingue quando le parti non lo proseguono o non lo riassumono nel termine perentorio stabilito dalla legge o dal giudice.

L'estinzione opera di diritto ed è dichiarata, anche d'ufficio, con ordinanza del giudice dell'esecuzione, non oltre la prima udienza successiva al verificarsi della stessa. L'ordinanza è comunicata a cura del cancelliere, se è pronunciata fuori dall'udienza.

Contro l'ordinanza che dichiara l'estinzione ovvero rigetta l'eccezione relativa è ammesso reclamo da parte del debitore o del creditore pignorante ovvero degli altri creditori intervenuti nel termine perentorio di venti giorni dall'udienza o dalla comunicazione dell'ordinanza e con l'osservanza delle forme di cui all'articolo 178 terzo, quarto e quinto comma. Il collegio provvede in camera di consiglio con sentenza». COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., «Commentario al articolo 567 del Codice di Procedura Civile»..., *cit.*, p. 669: «Se dopo il pignoramento no segue il deposito dell'istanza di vendita o se l'istanza di vendita viene depositata fuori termine, il giudice accerta l'inefficacia del pignoramento e dichiara l'estinzione del processo esecutivo».

- Certificado registral donde consten las hipotecas inscritas, los gravámenes, derechos y trabas de carácter real transcritas en los últimos veinte años sobre el inmueble objeto de ejecución.
- El certificado acreditativo del preceptivo aviso que, de acuerdo con el art. 498 del CPC italiano, debe efectuarse a todos aquellos acreedores que ostenten un derecho de prelación resultante de un registro público<sup>741</sup>.

Los dos primeros documentos (certificado catastral y registral) pueden sustituirse, conforme al art. 567. 2º *in fine* del CPC italiano, por un certificado notarial donde se acrediten dichos extremos (situación catastral y registral del inmueble en cuestión).

Puede apreciarse, que esta documentación se asemeja al certificado de dominio y cargas y los títulos de propiedad que se exigen en España. El certificado registral de dominio y cargas podría identificarse con el certificado registral italiano acreditativo de las distintas hipotecas, derechos y gravámenes que consten sobre el bien en los últimos veinte años; mientras que los títulos de propiedad carecerían de símil posible, en la medida en que el certificado catastral, que también existe en España, no se exige sin embargo en la LEC española. Lo anterior quizá se deba a que el sistema registral español, basado en la inscripción y no en la transcripción es mucho más perfecto y ofrece mecanismos de mayor protección que incentivan ciertamente a que la realidad registral se asemeje mucho a la que existe fuera del registro.

---

<sup>741</sup> BALENA, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 140: «(...) Il creditore (pignorante o munito di titolo esecutivo) che presenta l'istanza di vendita ha l'onore di provvedere, entro i successivi centoventi giorni, alla produzione dell'estratto catastale dell'immobile nonché dei certificati concernenti le iscrizioni e trascrizioni intervenute nei venti anni anteriori alla trascrizione del pignoramento; documentazione che ovviamente serve ad accertare l'effettiva titolarità e la situazione giuridica del bene pignorato e che, peraltro, può essere rimpiazzata da un certificato notarile che attesti le risultanze delle visure catastali e dei registri immobiliari (art. 567)». Resulta destacable apuntar que se discute en el seno de la doctrina italiana acerca de la consecuencia que se derive de la falta de entrega de la documentación a la que venimos aludiendo: determinados autores tales como BALENA, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, pp. 140 y 141, considera que la consecuencia debe ser la ineficacia del embargo trabado y respectiva suspensión de la ejecución dineraria («La conseguenza prevista per l'inadempimento di tale onore, entro il termine originario o prorogato è l'inefficacia del pignoramento»); otros autores, señaladamente SASSANI, B., «Disposizioni generali sulla vendita nell'espropriazione immobiliare»..., *cit.*, p. 440, estima que la falta de aportación de la documentación correspondiente junto con la «istanza di vendita» no trae consigo la ineficacia del embargo trabado, de manera que éste sigue conservando su eficacia («[...] Poiché l'art. 497 CPC richiede quale atto funzionamento idoneo ad impedire la decadenza dal potere di ulteriore impulso processuale, che sia "chiesta la vendita", cioè che sia compiuto l'atto formale contenente la relativa istanza, la decadenza è impedita, ai sensi dell'art. 2966 CC, conservando il pignoramento la sua efficacia, dalla sola presentazione al giudice dell'esecuzione, nel termine perentorio stabilito dalla citata norma, del ricorso con il quale è proposta l'istanza di vendita, anche se il creditore pignorante (od un creditore intervenuto munito di titolo esecutivo) non abbia allegato ad esso la prescritta documentazione, non compiendo anche quell'ulteriore attività che è prescritta dalla medesima norma»). Acerca de esta polémica, vid. con más detalle a TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata»..., *cit.*, pp. 656 y 657.

### 3.3.1.3. La valoración del inmueble objeto de venta judicial: el sistema preferente de fijación automática del precio y el subsidiario sistema de tasación pericial

Solicitada la venta judicial mediante la *«istanza di vendita»* y aportados los documentos oportunos acreditativos de la situación jurídica y registral del inmueble objeto de venta, como tercera actuación procesal preparativa de la celebración de la venta judicial se presenta la valoración del inmueble en cuestión.

Ya vimos en sede de la regulación española, que son tres los sistemas principales que pueden seguirse a la hora de determinar el valor de salida del inmueble en la venta judicial, a saber, el contractual, el pericial y el de fijación automática. Mientras que en España se optaba por sentar el sistema contractual como preferente y subsidiariamente el pericial, en Italia, por el contrario, se acoge como preferente el sistema de fijación automática del precio y subsidiariamente el sistema pericial.

En efecto, afirma el art. 568, párrafo primero del CPC italiano que a los efectos de la ejecución dineraria de bienes inmuebles, el valor del inmueble se determina conforme a lo dispuesto en el art. 15 del mismo texto legal<sup>742</sup>. De acuerdo con este último precepto, el valor de los inmuebles se determina multiplicando el denominado valor de *«rendita catastale»* (de renta catastral, esto es, el valor teórico que pueda obtenerse por la renta del bien; distinto del valor de venta, que como su propio nombre indica, hace referencia al valor teórico que podría obtenerse por la venta del mismo) por: doscientos, en el caso de que lo que se venda judicialmente sea la propiedad plena del inmueble; y por cien si el derecho objeto de venta es un derecho real limitado o la nuda propiedad.

No obstante, cuando el Juez así lo entienda oportuno, puede sustituir el sistema de fijación automática del precio referida por un sistema de tasación determinación pericial del precio en cuestión; lo cual, por otra parte, suele ser lo más frecuente en la práctica. En caso de que opte por el sistema de determinación pericial del precio, el art. 569 del CPC italiano establece que el Juez de la ejecución debe nombrar al perito o experto en el plazo de los treinta días siguientes a la presentación de la documentación catastral y registral, convocándolo para que preste juramento y proceda a emitir la correspondiente tasación del

---

<sup>742</sup> El tenor literal del art. 15 del CPC italiano es el siguiente: «Il valore delle cause relative a beni immobili è determinato moltiplicando il reddito dominicale del terreno e la rendita catastale del fabbricato alla data della proposizione della domanda: per duecento per le cause relative alla proprietà; per cento per le cause relative all'usufrutto, all'uso, all'abitazione, alla nuda proprietà e al diritto dell'enfiteuta; per cinquanta con riferimento al fondo servente per le cause relative alle servitù.

Il valore delle cause per il regolamento di confini si desume dal valore della parte di proprietà controversa, se questa è determinata; altrimenti il giudice lo determina a norma del comma seguente. Se per l'immobile all'atto della proposizione della domanda non risulta il reddito dominicale o la rendita catastale, il giudice determina il valore della causa secondo quanto emerge dagli atti, se questi non offrono elementi per la stima, ritiene la causa di valore indeterminabile».

bien en base a la situación jurídica, registral y posesoria en la que el inmueble se encuentre<sup>743</sup>.

Nótese que encontramos una nueva diferencia ahora entre el sistema de tasación pericial previsto en España e Italia: mientras que en España la tasación del perito se hace sin tener presente las cargas, derechos y trabas que graven al inmueble, en la medida en que el descuento de su importe corre a cargo del Secretario Judicial; en Italia es el perito el que lleva a cabo la operación anterior, de modo que su tasación tiene presente, tanto el valor del inmueble, cuanto los derechos, cargas y trabas que, en su caso, lo graven. Quizá guarda más lógica el sistema italiano, ya que un experto tasador tendrá más precisión y facilidad a la hora de valorar las cargas y gravámenes, llevando a cabo su oportuno descuento que el Secretario Judicial de turno; además, ello supondría una descarga de trabajo en sede jurisdiccional lo cual es siempre bien aplaudido.

#### **3.3.1.4. La convocatoria de audiencia para la comparecencia de las partes implicadas en la ejecución**

Dentro de los treinta días siguientes al depósito de la preceptiva documentación por parte del acreedor que insta la venta judicial, el Juez de la ejecución debe fijar y convocar una audiencia en la que comparecerán las partes implicadas, así como aquellos acreedores preferentes que no hayan intervenido en plazo. Entre la fecha en que se fije la audiencia y en la que ésta tiene lugar no pueden transcurrir más de ciento veinte días.

En esta audiencia, las partes podrán hacer observaciones acerca del tiempo y la modalidad de la venta judicial que deba llevarse a cabo, debiendo interponer en dicho momento los correspondientes actos de oposición a los actos ejecutivos.

En el caso de que no exista oposición alguna o las partes lleguen a un determinado acuerdo en la audiencia que nos ocupa, el Juez de la ejecución autoriza la celebración de la

---

<sup>743</sup> COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., «Commentario all'articolo 567 del Codice di Procedura Civile»..., *cit.*, p. 671: «(...) Il valore dell'immobile sarà determinato ai sensi dell'art. 15, ossia moltiplicando il reddito dominicale o la rendita catastale per i coefficienti previsti. Se, invece, come normalmente accade, il giudice, decide di nominare un esperto per la stima dell'immobile pignorato, il 1° comma dell'art. 569 prevede che, a seguito dell'istanza di cui all'art. 567, il giudice dell'esecuzione provvede alla nomina dell'esperto entro 30 giorni dal deposito della documentazione ipocatastale, convocandolo davanti a sé per il giuramento». Igualmente, TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata»..., *cit.*, p. 661: «Nell'ordinanza con cui dispone la vendita il giudice, oltre a scegliere la forma senza incanto o con incanto, deve determinare il valore del bene immobile e per far questo, ha tre vie: può utilizzare i criteri presuntivi dettati dal 1° comma dell'art. 15 CPC (...); può stabilire il valore sulla base degli elementi forniti dalle parti; può nominare un esperto (art. 568 CPC). Gli ultimi due metodi vanno seguiti quando il valore determinato con i criteri fiscali appaia manifestamente inadeguato». De la misma forma, SASSANI, B., «Disposizioni generali sulla vendita nell'espropriazione immobiliare»..., *cit.*, pp. 442 y 443.

venta judicial, detallando sus extremos mediante la denominada «*ordinanza di vendita*», de la que nos ocupamos a continuación<sup>744</sup>.

### 3.3.1.5. La última actuación procesal previa a la celebración de la venta judicial: la «*ordinanza di vendita*» con la que se autoriza la celebración de la venta judicial

El último de los actos procesales previos y preparatorios de la venta judicial es la denominada «*ordinanza di vendita*», con la que el Juez de la ejecución viene a sentar los siguientes extremos:

a) Fija el precio base o de salida definitivo del bien o bienes que serán objeto venta judicial (apoyándose en las operaciones de valoración ya analizadas) -*ex art. 569 del CPC italiano*-.

b) Indica las formas en que se dará publicidad a la «*ordinanza di vendita*» con la que se autoriza la celebración de la venta judicial, con todos los presentes extremos que en ella se contienen acerca de las circunstancias en que ésta se celebrará (modalidad de la venta judicial -sin subasta o con subasta-, así como su precio de salida, fundamentalmente). Publicidad que deberá hacerse en apropiados sitios de internet, en periódicos locales o nacionales de gran difusión y, cuando así se estime oportuno, también mediante otras formas de publicidad comercial; todo ello con al menos cuarenta y cinco días de antelación respecto de la fecha de presentación de las correspondientes ofertas de adquisición de la venta judicial sin subasta, o de la fecha de la subasta (en el caso de la venta judicial con modalidad de subasta<sup>745</sup>) -*ex art. 490, párrafos 2º, 3º y 4º del CPC italiano*<sup>746</sup>-.

---

<sup>744</sup> COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., «Commentario al articolo 569 del Codice di Procedura Civile», en *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Vol. V, Torino, 2013, pp. 671 y 672: «(...) Il giudice (...) a seguito dell'istanza di cui all'art. 567 (...) fissa l'udienza di comparazione delle parti e dei creditori non intervenuti. (...) All'udienza fissata dal giudice dell'esecuzione con il provvedimento di cui sopra le parti possono fare osservazioni relative al tempo e alle modalità della vendita, e devono proporre, a pena di decadenza, le opposizioni agli atti esecutivi, a meno che non siano già decadute dal diritto di proporle». En este mismo sentido, SASSANI, B., «Disposizioni generali sulla vendita nell'espropriazione immobiliare»..., *cit.*, p. 446: «(...) All'udienza le parti possono fare osservazioni circa il tempo e le modalità della vendita, e debbono proporre, a pena di decadenza, le opposizioni agli atti esecutivi, se non sono già decadute dal diritto di proporle. (...) Le osservazioni vertono in particolare sull'opportunità che la vendita assuma la forma dell'incanto o avvenga senza; la relativa decisione è affidata al giudice dell'esecuzione che ne pronunzierà tramite l'ordinanza con cui disporrà la vendita». Igualmente, BALENA, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 143.

<sup>745</sup> BALENA, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 143: «(...) Il provvedimento che dispone la vendita immobiliare è sempre soggetto alle forme di pubblicità previste dall'art. 490, che prevede, oltre all'affissione, nell'albo del tribunale presso cui si procede, di un apposito avviso contenente le indicazioni previste dall'art. 570, l'inserimento di una copia dell'ordinanza e della relazione di stima redatta dall'esperto in appositi siti internet (...), al meno quarantacinque giorni prima, rispettivamente, della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte ovvero della data dell'incanto, la pubblicazione di un avviso (privo dell'indicazione del debitore), una o più volte e nel medesimo termine, sui quotidiani di informazione locali o nazionali indicati dal giudice, ed eventualmente la divulgazione con le forme della pubblicità commerciale».



c) Fija el plazo, no inferior a 90 días y ni superior a 120 días, en el que podrán realizarse las distintas ofertas de adquisición del inmueble, para el caso de la venta judicial sin subasta (*ex arts. 569 y 571 del CPC italiano*).

d) Establece que en el día sucesivo a la finalización del plazo para la presentación de ofertas de adquisición en la venta judicial sin subasta, la audiencia para la deliberación acerca de la única oferta de adquisición que se presente o, en el caso de presentarse más de una oferta, para la puja entre los distintos oferentes (*ex arts. 569, 572 y 573 del CPC italiano*).

e) Fija la fecha en que tendrá lugar la subasta, cuando no existan ofertas, cuando la única oferta presentada no sea superior a un quinto del precio base de salida asignado al inmueble, o cuando por cualquier otro motivo no pueda culminarse la venta judicial sin subasta -*ex arts. 569, 571 y 572. 3º del CPC italiano*- (todos estos casos que justifican el paso a la modalidad subsidiaria de venta judicial con subasta, serán analizados seguidamente al estudiar cada una de las concretas modalidades -sin subasta y con subasta- de venta judicial en Italia).

f) Determina la modalidad en que deberá llevarse a cabo el depósito de la preceptiva caución, que no podrá ser superior a una décima parte del precio ofrecida en la venta judicial sin subasta, o del precio base de salida asignado al inmueble en la venta judicial con subasta<sup>747</sup> (*ex arts. 569, 571 y 576. 5º del CPC italiano*)<sup>748</sup>. Recordamos que el importe del

<sup>746</sup> El tenor literal del art. 490, párrafos 2º, 3º y 4º es el siguiente: «In caso di espropriazione di beni mobili registrati, per un valore superiore a 25.000 euro, e di beni immobili, lo stesso avviso, unitamente a copia dell'ordinanza del giudice e della relazione di stima redatta ai sensi dell'articolo 173-bis delle disposizioni di attuazione del presente codice, è altresì inserito in appositi siti internet almeno quarantacinque giorni prima del termine per la presentazione delle offerte o della data dell'incanto.

Il giudice dispone inoltre che l'avviso sia inserito almeno quarantacinque giorni prima del termine per la presentazione delle offerte o della data dell'incanto una o più volte sui quotidiani di informazione locali aventi maggiore diffusione nella zona interessata o, quando opportuno, sui quotidiani di informazione nazionale e, quando occorre, che sia divulgato con le forme della pubblicità commerciale. La divulgazione degli avvisi con altri mezzi diversi dai quotidiani di informazione deve intendersi complementare e non alternativa.

Sono equiparati ai quotidiani, i giornali di informazione locale, multisettimanali o settimanali editi da soggetti iscritti al Registro operatori della comunicazione (ROC) e aventi caratteristiche editoriali analoghe a quelle dei quotidiani che garantiscono la maggior diffusione nella zona interessata. Nell'avviso è omessa l'indicazione del debitore».

<sup>747</sup> COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., «Commentario all'articolo 569 del Codice di Procedura Civile»..., *cit.*, p. 672.

<sup>748</sup> Pasamos a relatar el tenor literal del art. 569 del CPC italiano en los que se hace diferentes referencias a los restantes preceptos del CPC italiano a los que hemos ido aludiendo: «A seguito dell'istanza di cui all'articolo 567 il giudice dell'esecuzione, entro trenta giorni dal deposito della documentazione di cui al secondo comma dell'articolo 567, nomina l'esperto convocandolo davanti a sé per prestare il giuramento e fissa l'udienza per la comparizione delle parti e dei creditori di cui all'articolo 498 che non siano intervenuti. Tra la data del provvedimento e la data fissata per l'udienza non possono decorrere più di centoventi giorni.

All'udienza le parti possono fare osservazioni circa il tempo e le modalità della vendita, e debbono proporre, a pena di decadenza, le opposizioni agli atti esecutivi, se non sono già decadute dal diritto di proporre.

Se non vi sono opposizioni o se su di esse si raggiunge l'accordo delle parti comparse, il giudice dispone con ordinanza la vendita, fissando un termine non inferiore a novanta giorni, e non superiore a centoventi, entro il

depósito previo que debe realizarse en España es el doble de lo que se exige en Italia, esto es, una quinta parte del precio de salida asignado al inmueble en la subasta.

Puede apreciarse, por último, que en esta «*ordinanza di vendita*» se conjugan dos actos procesales preparatorios de la venta judicial en España: a saber, de un lado el anuncio o publicidad de la venta judicial y, por otro, el preceptivo depósito previo que debe consignarse como requisito necesario, en el caso de Italia, no sólo para licitar en la subasta, sino también para ofertar en la modalidad sin subasta de la venta judicial.

### 3.3.2. El acto de celebración de la venta judicial sin subasta en Italia

Venimos reiterando que la venta judicial en Italia se verifica a través de dos procedimientos distintos, la venta judicial sin subasta (en lo que se refiere a la ejecución dineraria sobre bienes inmuebles, se regula en los arts. 570-575 del CPC italiano) y la venta judicial con subasta (en lo que hace a la ejecución dineraria de bienes inmuebles, se regula en los arts. 576-587 del CPC italiano). Se trata, por otra parte, de dos procedimientos que no resultan alternativos, sino que ambos deben llevarse a cabo obligatoriamente, gozando uno de preferencia respecto del otro, de manera que siempre deberá comenzarse con la venta judicial sin subasta y sólo en el caso en que ésta no pueda culminarse por los motivos determinados legalmente, se pasará a la venta judicial bajo su modalidad con subasta<sup>749</sup>. Comenzamos ahora, pues, con el estudio de la primera modalidad de venta judicial que debe llevarse a cabo: la venta judicial sin subasta.

La venta judicial sin subasta que siempre debe preceder, como decimos, a la venta judicial con subasta, se inicia con la publicación del denominado «*avviso di vendita*» (aviso

quale possono essere proposte offerte d'acquisto ai sensi dell'articolo 571. Il giudice con la medesima ordinanza stabilisce le modalità con cui deve essere prestata la cauzione, fissa, al giorno successivo alla scadenza del termine, l'udienza per la deliberazione sull'offerta e per la gara tra gli offerenti di cui all'articolo 573 e provvede ai sensi dell'articolo 576, per il caso in cui non siano proposte offerte d'acquisto entro il termine stabilito, ovvero per il caso in cui le stesse non siano efficaci ai sensi dell'articolo 571, ovvero per il caso in cui si verifichi una delle circostanze previste dall'articolo 572, terzo comma, ovvero per il caso, infine, in cui la vendita senza incanto non abbia luogo per qualsiasi altra ragione.

Con la stessa ordinanza, il giudice può stabilire che il versamento della cauzione, la presentazione delle offerte, lo svolgimento della gara tra gli offerenti e, nei casi previsti, l'incanto, nonché il pagamento del prezzo, siano effettuati con modalità telematiche.

Se vi sono opposizioni il tribunale le decide con sentenza e quindi il giudice dell'esecuzione dispone la vendita con ordinanza.

Con la medesima ordinanza il giudice fissa il termine entro il quale essa deve essere notificata, a cura del creditore che ha chiesto la vendita o di un altro autorizzato, ai creditori di cui all'articolo 498 che non sono comparsi».

<sup>749</sup> MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 98: «Le modalità della vendita si riconducono a due procedure diverse: la vendita senza incanto e la vendita con incanto (...). A differenza del sistema precedente, la nuova disciplina prevede che si debba, in primo luogo, disporre sempre la vendita senza incanto, passando alla vendita con incanto solo in caso del esito negativo di quella senza incanto».

de venta), al que se refiere el art. 570 del CPC italiano<sup>750</sup>, en el que se contiene, de cara a su conocimiento por parte de los terceros y entre otros extremos, el nombre del deudor ejecutado, las indicaciones precisas acerca del inmueble objeto de venta judicial y el estado en se encuentra, el valor o precio de base asignado al mismo de cara a las ofertas de adquisición que se produzca, el sitio web donde figurarán tales aspectos, así como la advertencia de que mayor información podrá recabarse en la «*Cancelleria*» (Secretaría Judicial) del órgano judicial ejecutivo<sup>751</sup>.

La importancia de este aviso es vital, pues supone dar a conocer la celebración de la venta judicial sin subasta a los terceros de cara a la presentación de sus respectivas ofertas de adquisición. Tanto es así, que la falta de aviso determinará la nulidad de la venta judicial que se celebre.

La venta judicial sin subasta se desarrolla mediante la presentación de las distintas ofertas de adquisición del inmueble objeto de ejecución<sup>752</sup>, dentro del plazo determinado en la «*ordinanza di vendita*» (recordamos que no debía ser inferior a 90 días, ni superior a 120 días). Estas ofertas, conforme al último párrafo del art. 571 del CPC italiano<sup>753</sup>, deben realizarse en sobre cerrado en la «*Cancelleria*» del órgano judicial ejecutivo, con indicación precisa del precio ofrecido, los plazos y modalidad de pago de dicho precio (no pueden ser inferiores al precio de salida asignado judicialmente al inmueble objeto de ejecución), así

---

<sup>750</sup> El art. 570 del CPC italiano dispone literalmente lo siguiente: «Dell'ordine di vendita è dato dal cancelliere, a norma dell'articolo 490, pubblico avviso contenente l'indicazione, degli estremi previsti nell'articolo 555, del valore dell'immobile determinato a norma dell'articolo 568, del sito Internet sul quale è pubblicata la relativa relazione di stima, del nome e del recapito telefonico del custode nominato in sostituzione del debitore, con l'avvertimento che maggiori informazioni, anche relative alle generalità del debitore, possono essere fornite dalla cancelleria del tribunale a chiunque vi abbia interesse».

<sup>751</sup> COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., «Commentario al articolo 570 del Codice di Procedura Civile», en *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Vol. V, Torino, 2013, pp. 673 y 674: «La vendita senza incanto, che deve sempre precedere la vendita all'incanto, si realizza mediante la presentazione delle offerte, da parte degli aspirante acquirenti, nella cancelleria del giudice dell'esecuzione. Si tratta di una modalità di vendita preferita dal legislatore alla vendita con incanto, che si svolge con una gara tra i potenziali acquirenti. La vendita senza incanto è preceduta dalla redazione e dalla conseguente pubblicazione, a cura del cancelliere, dell'avviso dell'ordine di vendita, per consentire ai terzi di venire a conoscenza della vendita e di parteciparvi. Tale avviso deve contenere: il nome del debitore; l'indicazione dell'immobile; il prezzo base minimo delle offerte; l'indicazione del sito internet sul quale è pubblicata la relazione di stima; (...) l'avvertimento che presso la cancelleria del Tribunale competente per l'esecuzione potranno essere raccolte maggiori informazioni».

<sup>752</sup> BALENA, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 143, da cuenta de en qué consiste la oferta en la venta judicial sin subasta: «L'offerta, di regola, consiste in una dichiarazione, da presentare in busta chiusa in cancelleria, contenente l'indicazione del prezzo, del tempo e del modo di pagamento e di ogni altro elemento utile per la sua valutazione». Asimismo, TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata»..., *cit.*, p. 661.

<sup>753</sup> El tenor literal del último párrafo del art. 571 del CPC es el siguiente: «L'offerta deve essere depositata in busta chiusa all'esterno della quale sono annotati, a cura del cancelliere ricevente, il nome, previa identificazione, di chi materialmente provvede al deposito, il nome del giudice dell'esecuzione o del professionista delegato ai sensi dell'articolo 591-bis e la data dell'udienza fissata per l'esame delle offerte. Se è stabilito che la cauzione è da versare mediante assegno circolare, lo stesso deve essere inserito nella busta. Le buste sono aperte all'udienza fissata per l'esame delle offerte alla presenza degli offerenti».

como el nombre y restantes datos necesarios para dejar clara constancia de la oferta en cuestión<sup>754</sup>.

Como oferente puede actuar en principio cualquier sujeto, a excepción del deudor ejecutado (*ex art. 571. 1º del CPC italiano*), del Juez de la ejecución, del Secretario Judicial, del «*ufficiale giudiziario*» que ha llevado a cabo la traba del embargo, y de todos aquellos que en ejercicio de una función pública intervienen en el procedimiento de transmisión coactiva del derecho de un sujeto a otro sujeto, *ex art. 1471 del CC italiano*<sup>755</sup>.

Finalizado el plazo de presentación de ofertas de adquisición, al día siguiente tiene lugar la denominada «audiencia» acerca de la deliberación de las ofertas presentadas a que hace referencia el art. 569 del CPC italiano y cuya referencia se contiene en la «*ordinanza di vendita*». En esta audiencia en la que estarán presente los distintos oferentes, así como las partes de la ejecución (acreedor embargante, en su caso, interviniente y deudor ejecutado), de acuerdo con el último párrafo del art. 571 del CPC italiano, se dará lectura de las distintas ofertas que se hubieran presentado en presencia de todos ellos (de cara a la transparencia de la deliberación)<sup>756</sup>.

---

<sup>754</sup> MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, pp. 98 y 99: «Il meccanismo della vendita senza incanto si sostanzia nell'esame, da parte del giudice dell'esecuzione, e nell'eventuale accoglimento, dell'offerta che chiunque -tranne il debitore- può compiere per l'acquisto dell'immobile pignorato, con dichiarazione scritta da presentarsi in cancelleria personalmente o a mezzo di procuratore legale anche a norma dell'art. 579, ultimo comma. L'offerente (...) deve presentare nella cancelleria dichiarazione contenente l'indicazione del prezzo, del tempo e modo del pagamento e ogni altro elemento utile alla valutazione dell'offerta».

<sup>755</sup> COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., «Commentario al articolo 571 del Codice di Procedura Civile», en *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Vol. V, Torino, 2013, p. 675: «Qualunque soggetto -ad eccezione del debitore (il quale, se ha il denaro per pagare, può fare un versamento sostitutivo o chiedere la conversione del pignoramento), del giudice dell'esecuzione, del cancelliere, dell'ufficiale giudiziario che ha effettuato il pignoramento e, più in generale, di tutti coloro i quali, nell'esercizio di una pubblica funzione, prendono parte alla procedura relativa al trasferimento coattivo di un bene da un soggetto ad un altro soggetto *ex art. 1471 CC (...)*- può presentare un'offerta per l'acquisto dell'immobile pignorato, personalmente o a mezzo di un avvocato». Igualmente, BALENA, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 142: «Per quel che concerne il contenuto del provvedimento autorizzativo della vendita, disciplinato dall'art. 569, è previsto che in prima battuta debba necessariamente esperirsi la procedura della vendita senza incanto, nella quale chiunque, ad eccezione del debitore, può presentare, entro il termine fissato dal giudice, una propria offerta di acquisto dell'immobile, nel rispetto del prezzo minimo e delle altre condizioni indicate nell'ordinanza di vendita».

<sup>756</sup> COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., «Commentario al articolo 571 del Codice di Procedura Civile»..., *cit.*, pp. 675 y 676: «A seguito della deliberazione sulle offerte, davanti al giudice dell'esecuzione (o al professionista, in caso dei delega) si svolge l'udienza fissata *ex art. 569* al giorno successivo alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte. (...) In tale udienza, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 571, le buste sono aperte in presenza degli offerenti, per garantire la trasparenza della procedura. Il legislatore, attraverso la previsione di un'apposita udienza per l'apertura delle buste e per lo svolgimento delle fasi alternative di deliberazione sull'offerta o di gara tra gli offerenti, alla quale possono partecipare gli offerenti, si è uniformato alla prassi applicative già in voga in numerosi tribunali».

En el caso de que exista una única oferta de adquisición, se distinguen dos hipótesis distintas (conforme al art. 572 del CPC italiano<sup>757</sup>):

a) Si la única oferta es superior a un quinto respecto del precio base de salida asignado al inmueble, el Juez debe aceptar automáticamente la oferta, ordenando la adjudicación del inmueble al oferente sin apreciación ulterior de carácter discrecional a este respecto.

b) Si, por el contrario, la oferta no supera un quinto del valor de salida asignado al inmueble, el Juez sólo aceptará la oferta en el caso en que el acreedor embargante no se oponga a ello, y siempre que el propio Juez no estime que podría obtenerse un mayor precio mediante la venta judicial con subasta. Dándose alguna de esas circunstancias (oposición del acreedor o del Juez a la culminación de la venta judicial sin subasta), el Juez ordenará la venta judicial con subasta, conforme a las condiciones incluidas al respecto en la «*ordinanza di vendita*».

Si existe una pluralidad de ofertas de adquisición del inmueble objeto de ejecución, de acuerdo con el art. 573 del CPC italiano<sup>758</sup>, el Juez de la ejecución invitará a los oferentes a llevar a cabo una puja entre sí para lograr la oferta más alta. Para que tenga definitivamente lugar esta puja o «lucha» (el término italiano hace referencia a la «*gara tra gli offerenti*») los distintos oferentes deben aceptarla, de manera que, en defecto de adhesión, el Juez podrá optar entre disponer la venta a favor del mayor oferente, o bien ordenar a que tenga lugar la venta judicial con subasta<sup>759</sup>. Se trata, pues de una especie de subasta que parte de las ofertas realizadas previamente por los oferentes de la venta judicial sin subasta.

---

<sup>757</sup> El tenor literal del art. 572 del CPC italiano es el siguiente: «Sull'offerta il giudice dell'esecuzione sente le parti e i creditori iscritti non intervenuti.

Se l'offerta è superiore al valore dell'immobile determinato a norma dell'articolo 568, aumentato di un quinto, la stessa è senz'altro accolta.

Se l'offerta è inferiore a tale valore, il giudice non può far luogo alla vendita se vi è il dissenso del creditore precedente, ovvero se il giudice ritiene che vi è seria possibilità di migliore vendita con il sistema dell'incanto. In tali casi lo stesso ha senz'altro luogo alle condizioni e con i termini fissati con l'ordinanza pronunciata ai sensi dell'articolo 569.

Si applicano le disposizioni degli articoli 573, 574 e 577».

<sup>758</sup> El art. 573 del CPC italiano establece expresamente lo siguiente: «Se vi sono più offerte, il giudice dell'esecuzione invita gli offerenti a una gara sull'offerta più alta.

Se la gara non può aver luogo per mancanza di adesione degli offerenti, il giudice può disporre la vendita a favore del maggiore offerente oppure ordinare l'incanto».

<sup>759</sup> Indica SASSANI, B., «Disposizioni generali sulla vendita nell'espropriazione immobiliare»..., *cit.*, p. 304, una importante sentencia de la *Corte di Cassazione* italiana donde se afronta el problema de la puja entre los distintos oferentes de la venta judicial sin subasta: «Un'isolata sentenza della C. Suprema (Cassazione, 15 dicembre 1981, n. 6623) affronta la problematica della gara tra gli offerenti prevista dall'art. 572 qualificandone taluni momento (...). Secondo la pronuncia, la gara postula l'invito rivolto dal giudice dell'esecuzione agli offerenti di partecipare alla gara sull'offerta più alta e l'adesione di questi alla gara stessa; il primo di tali elementi è nello stesso provvedimento di convocazione degli offerenti per il suddetto incumbente; l'adesione di essi si sostanzia nella volontà di partecipare alla gara, manifestata in maniera espressa ovvero rilevabile dal comportamento di ciascuno di essi all'udienza, secondo l'incensurabile valutazione del giudice di merito».

En todos aquellos casos en los que se disponga finalmente la venta judicial sin subasta, con aceptación de la oferta de adquisición correspondiente, se expide por parte del Juez de la ejecución el denominado «*decreto de vendita*», donde se indicará la modalidad de pago del precio y el plazo en que deberá realizarse. Realizado el pago del precio, el Juez expedirá el «*decreto di trasferimento*» del bien a favor del oferente<sup>760</sup>.

En España, como ya sabemos, no existe una modalidad de venta judicial sin subasta, si bien quizá la posibilidad de presentación de posturas por escrito en la subasta judicial (*ex art.* 648 de la LEC española) llega a asemejarse a esta variante italiana (sobre todo cuando se produzca la puja entre los distintos oferentes a la que acabamos de hacer referencia), en la medida en que se trata de una oferta vinculante que se hace por escrito y que se da a conocer en un día específico (el de celebración de la subasta, mientras que en Italia se dan a conocer en la audiencia de deliberación de las ofertas presentadas). En el caso en que todas las posturas fueran por escrito la similitud sería enorme, si bien se trataría de un supuesto excepcional, pues de ordinario las pujas por escrito concurren en España con las realizadas oralmente.

### **3.3.3. El acto de celebración de la venta judicial con subasta en Italia: la «*ordinanza di vendita*», el desarrollo de la subasta, la curiosa institución de la «*offerta dopo l'incanto*» y la posible delegación de la operación de la subasta a terceros profesionales**

En el caso en que la venta judicial sin subasta no pueda llevarse finalmente a cabo (ante la inexistencia de ofertas, o cuando la única oferta presentada no sea superior a un quinto del precio base de salida asignado al inmueble y el acreedor embargante o el Juez de la ejecución se opongan a aceptar dicha oferta, o cuando por cualquier otro motivo no pueda culminarse la venta judicial sin subasta), el Juez de la ejecución pasa a ordenar la venta judicial con subasta mediante la correspondiente «*ordinanza*»<sup>761</sup>. En esta resolución judicial

---

<sup>760</sup> BALENA, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 144: «Se l'offerta è una soltanto, ma superi almeno un quinto il valore dell'immobile così come determinato nel provvedimento di autorizzazione della vendita, dev'essere senz'altro accolta. Se invece l'offerta non raggiunge tale importo, essa può essere accolta solamente a condizione che non vi sia il dissenso del creditore procedente e che il giudice stesso non ritenga sussistere una "seria possibilità" di una vendita più vantaggiosa col sistema dell'incanto. Allorché le offerte siano più d'una, poi, il giudice invita gli offerenti (...) ad una gara, prendendo naturalmente come base l'offerta più alta; e, se questa gara non può aver luogo perché gli offerenti non vi prestano adesione, al giudice stesso è rimessa la scelta tra l'accoglimento dell'offerta più alta e la vendita all'incanto. Quando un'offerta viene accolta il giudice dispone con decreto il termine e le modalità per il versamento del prezzo, e successivamente, una volta che il pagamento sia avvenuto, pronuncia un ulteriore decreto di trasferimento dell'immobile (...).» Asimismo, MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, pp. 98-100. También, TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata»..., *cit.*, p. 661.

<sup>761</sup> Nótese, que la «*ordinanza*» con la que se inicia la venta judicial con subasta puede ser la misma «*ordinanza di vendita*» con la que inicialmente se autorizó la venta judicial tras la interposición de la «*istanza di vendita*» (en ella puede autorizarse conjuntamente la venta judicial sin subasta y la venta judicial con subasta para el caso en la primera no llegue a buen puerto), o bien puede tratarse de una «*ordinanza*» independiente que se decretará siempre que así se considere necesario. Así lo considera BALENA, G., *Istituzioni di Diritto*

autorizativa de la venta judicial con subasta deberán indicarse los siguientes extremos (art. 576 del CPC italiano<sup>762</sup>): el precio de base o salida de la subasta (conforme a las reglas ya analizadas, a saber, en primer término el sistema de fijación automática relatado y en su defecto, o cuando así lo considere oportuno el Juez de la ejecución, mediante tasación pericial -lo cual será lo más frecuente-), la fecha y hora exacta en que tendrá lugar la celebración de la subasta judicial, el plazo que debe transcurrir entre la publicidad de la venta judicial y la celebración de la subasta, la medida mínima con que deberá contar el aumento de cada una de las pujas, la cuantía de la caución a depositar en la «*Cancelleria*» para poder actuar como licitador (recordamos que su importe no puede ser superior al diez por ciento del precio de salida o base asignado judicialmente al inmueble), así como el plazo en que el rematante deberá pagar el precio para devenir adjudicatario final del mismo (no podrá exceder de sesenta días)<sup>763</sup>.

---

*Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, pp. 142 y 143, quien partiendo de la lectura del art. 569 del CPC italiano parece deducir que deberá ser la misma «*ordinanza di vendita*» la que disponga no sólo la venta judicial sin subasta, sino también la venta judicial con subasta y los extremos en que éstas deban desarrollarse (con ello se evitaría la necesidad de dictar una nueva audiencia para la comparecencia de las partes, iniciándose un nuevo procedimiento); si bien, entiende que parece preferible llevar a cabo una lectura más elástica de la norma, admitiendo, pues, que sea una nueva «*ordinanza*» la que ordene y detalle la venta judicial con subasta, siempre que así se considere necesario (por ejemplo, cuando hubiera transcurrido mucho tiempo desde la «*ordinanza di vendita*» y la decisión sobre la no culminación de la venta judicial sin subasta): «La formulazione dell'art. 569 lascia intendere, inoltre, che il giudice, con la medesima ed unica ordinanza, debba in ogni caso provvedere anche "ai sensi dell'art. 576" ossia fissare già la data e gli altri elementi occorrenti per la vendita all'incanto, per l'eventualità in cui essa debba aver luogo vuoi per la mancanza di offerte tempestive ed efficaci, vuoi per qualunque altra ragione; il che eviterebbe, evidentemente, la fissazione di una nuova udienza ad hoc e la pronuncia di un nuovo provvedimento. Tenuto conto, peraltro, che tale soluzione renderebbe oltremodo complessa la predetta ordinanza e che, d'altronde, l'esaurimento della procedura di vendita senza incanto può richiedere tempi più lunghi di quelli inizialmente preventivabili, in specie per ciò che attiene alla deliberazione sull'unica offerta ovvero allo svolgimento dell'eventuale gara tra i più offerenti, parrebbe preferibile una "lettura" più elastica della norma, che consenta eventualmente di rinviare ad un'ordinanza successiva -e nel solo caso in cui essa si renda effettivamente necessaria- la fissazione della vendita all'incanto». De la misma forma, COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., «Commentario al articolo 576 del Codice di Procedura Civile», en *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Vol. V, Torino, 2013, p. 678. Igualmente, MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 100.

<sup>762</sup> El art. 576 del CPC italiano afirma literalmente lo que sigue: «Il giudice dell'esecuzione, quando ordina l'incanto, stabilisce, sentito quando occorre un esperto: 1) se la vendita si deve fare in uno o più lotti; 2) il prezzo base dell'incanto determinato a norma dell'articolo 568; 3) il giorno e l'ora dell'incanto; 4) il termine che deve decorrere tra il compimento delle forme di pubblicità e l'incanto, nonché le eventuali forme di pubblicità straordinaria a norma dell'articolo 490 ultimo comma; 5) l'ammontare della cauzione in misura non superiore al decimo del prezzo base d'asta e il termine entro il quale tale ammontare deve essere prestato dagli offerenti; 6) la misura minima dell'aumento da apportarsi alle offerte; 7) il termine, non superiore a sessanta giorni dall'aggiudicazione, entro il quale il prezzo deve essere depositato e le modalità del deposito. L'ordinanza è pubblicata a cura del cancelliere».

<sup>763</sup> BALENA, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 145: «In merito alla vendita all'incanto va anzitutto rammentato che il giudice, nella medesima ordinanza con cui fissa le iniziali modalità della vendita senza incanto (oppure con un provvedimento successivo, qualora si ritenga consentito), deve altresì stabilire, per l'eventualità ch'essa non vada a buon fine, la data e l'ora dell'incanto e gli altri elementi prescritti dall'art. 576, tra cui l'ammontare della cauzione necessaria per partecipare all'incanto (comunque non superiore al decimo del prezzo-base dell'asta) ed il termine per la sua prestazione, la misura minima dell'aumento da apportare, nel corso dell'asta, alle offerte, nonché il termine (non superiore a sessanta giorni) e le modalità per il deposito del prezzo da parte dell'aggiudicatario».

Podrá participar como licitador presentando las oportunas pujas cualquier persona, a excepción del deudor ejecutado<sup>764</sup> (art. 579. 1º del CPC italiano<sup>765</sup>). Si el licitador no deviene adjudicatario del inmueble subastado, se le restituirá la caución prestada al finalizar la subasta. En caso contrario, siempre que pague el precio final de remate del inmueble, el importe de la caución se le detraerá del total a pagar; si no paga dicho precio del remate conforme a las condiciones fijadas, perderá lógicamente el importe que hubiese preceptivamente depositado como caución para pujar<sup>766</sup>. El depósito de la correspondiente caución, aunque varía en cuanto a su importe respecto de España (en España recordamos que es un cinco por ciento del valor de salida asignado al bien; mientras que en Italia variará en función de lo que determine el Juez, pero en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento del valor de salida del inmueble en la subasta), asume la misma función en ambos Ordenamientos, a saber, garantizar que en caso de aprobación del remate, el rematante pagará el precio ofrecido; de este modo, la eventualidad de su pérdida ante el impago del precio en cuestión no es más que una consecuencia, pues, de esta función de garantía a la que está llamada a cumplir el depósito de la caución, que es común, reiteramos en España e Italia (así se desprende fundamentalmente de los arts. 580 y 587 del CPC italiano<sup>767</sup>).

---

<sup>764</sup> Consecuentemente, la puja que eventualmente presentase el deudor ejecutado sería nula, incluso en el caso de que la puja la presente un tercero que actúe en su representación aunque sin desvelar esta circunstancia; a este respecto vid., SASSANI, B., «Vendita con incanto nell'espropriazione immobiliare», en BOVE, M., CAPPONI, B., MARTINETTO, G., y SASSANI, B., *L'espropriazione forata...*, cit., pp.457 y ss; también COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., «Commentario al articolo 579 del Codice di Procedura Civile», en *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Vol. V, Torino, 2013, p. 679: «Il 1º comma stabilisce che il debitore esecutato non può fare offerte di acquisto dell'immobile all'incanto (tale divieto è di carattere eccezionale e, pertanto, non è applicabile ad altre ipotesi: Cass. N. 5526/1982). Tale divieto colpisce, con la sanzione della nullità, anche l'eventuale accordo tra il debitore esecutato e un terzo il quale sia stato incaricato dal debitore di acquistare per suo conto l'immobile, configurando un negozio diretto ad aggirare il divieto gravante sul debitore di effettuare offerte all'incanto (Cass. N. 3952/1998)».

<sup>765</sup> El art. 579. 1º del CPC italiano dispone expresamente lo siguiente: «Salvo quanto è disposto nell'articolo seguente, ognuno, eccetto il debitore, è ammesso a fare offerte all'incanto».

<sup>766</sup> MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., cit., pp. 100 y 101: «Chiunque, eccetto il debitore può partecipare all'incanto, personalmente o a mezzo di procuratore speciale (art. 579). (...) Per offrire all'incanto –l'art. 580. 1º comma, CPC- è necessario avere prestato la cauzione a norma dell'art. 576. L'ammontare della cauzione è quello indicato dall'ordinanza ex art. 576. (...) Il 2º comma dello stesso art. 580 CPC precisa che, se l'offerente diviene aggiudicatario, la cauzione e el deposito per le spese gli vengono restituiti dopo la chiusura dell'incanto (salvo che lo stesso abbia omesso di participarvi senza giustificato motivo, nel qual caso gli vengono restituiti solo i nove decimi), mentre per l'ipotesi che l'offerente divenga aggiudicatario, ma non versi il prezzo nel termine stabilito, l'art. 587 prevede la pérdida della cauzione a título de multa ciò que induce la prevalente dottrina ad assimilare la cauzione de qua, sotto il profilo funzionale, alla caparra confirmatoria. L'offerta non accompagnata dalla cauzione può essere dichiarata ineficace con provvedimento ordinario, mentre l'ammissione all'incanto di offerta ineficace per i suddetti motivi dà luogo a un'irregolarità che può essere fatta valere con l'opposizione agli atti esecutivi». En este mismo sentido, TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata»..., cit., pp. 662 y 663. Igualmente, COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., «Commentario all'articolo 580 del Codice di Procedura Civile», en *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Vol. V, Torino, 2013, pp. 680 y 681.

<sup>767</sup> El art. 580 del CPC italiano establece literalmente lo que sigue: «Per offrire all'incanto è necessario avere prestato la cauzione a norma dell'ordinanza di cui all'articolo 576.

Se l'offerente non diviene aggiudicatario, la cauzione è immediatamente restituita dopo la chiusura dell'incanto, salvo che lo stesso non abbia omesso di partecipare al medesimo, personalmente o a mezzo di



En lo que respecta al desarrollo de la subasta judicial, ésta tiene lugar mediante una audiencia frente al Juez de la ejecución, al que se presentarán las respectivas pujas, con la espera de un máximo de tres minutos para la proposición de las sucesivas pujas, que no resultarán válidas si no superan la puja precedente en la medida indicada en la «*ordinanza*» con la que se ordena y autoriza la venta judicial con subasta. Devendrá rematante aquél licitador cuya puja u oferta no sea superada, dentro del plazo de tres minutos indicado, por otra puja mayor<sup>768</sup>. La aprobación del remate se produce mediante la expedición por parte del Juez de la ejecución de la denominada «*ordinanza di aggiudicazione*».

El desarrollo de la subasta judicial de bienes inmuebles en Italia presenta notables diferencias respecto al desarrollo de la subasta en el Ordenamiento español. En primer lugar, porque en España las diferentes pujas, para llegar a aprobarse como precio de remate final debe superar unos porcentajes mínimos determinados legalmente, de manera que de no superarlos se abre la posibilidad de solicitud de la adjudicación judicial del bien por parte del acreedor embargante, de presentación de terceros por parte de éste último que superen dichas ofertas y, en última instancia será el órgano judicial ejecutivo el que tendrá la última palabra al respecto (siempre cuando se cumpla el mínimo de que el precio del remate cubra el importe total por el que se despache la ejecución -incluyendo principal, intereses y costas-). En Italia estos porcentajes mínimos no existen, bastará con que una puja no sea superada en tres minutos por otra superior, para que deba ser aprobada como precio de remate. Quizá ello explica un interesante precepto que no encuentra parangón en el Ordenamiento italiano, a saber, el art. 586, párrafo primero, *in initio* del CPC italiano<sup>769</sup>, en el que se faculta al Juez de

---

procuratore speciale, senza documentato e giustificato motivo. In tale caso la cauzione è restituita solo nella misura dei nove decimi dell'intero e la restante parte è trattenuta come somma rinveniente a tutti gli effetti dall'esecuzione».

El art. 587 del CPC italiano, por su parte, afirma: «Se il prezzo non è depositato nel termine stabilito, il giudice dell'esecuzione con decreto dichiara la decadenza dell'aggiudicatario, pronuncia la perdita della cauzione a titolo di multa e quindi dispone un nuovo incanto.

Per il nuovo incanto si procede a norma degli articoli 576 e seguenti. Se il prezzo che se ne ricava, unito alla cauzione confiscata, risulta inferiore a quello dell'incanto precedente, l'aggiudicatario inadempiente è tenuto al pagamento della differenza».

<sup>768</sup> MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 101: «L'incanto ha luogo in un'udienza davanti al giudice dell'esecuzione con l'attesa di un periodo complessivo di tre minuti per la proposizione con l'attesa di un periodo complessivo di tre minuti per la proposizione di altre offerte che non sono valide se non superano il prezzo base o l'offerta precedente nella misura indicata nell'ordinanza che dispone l'incanto. In questo caso, l'offerente precedente cessa di essere impegnato dalla sua offerta (art. 581 ultimo comma). Rimane aggiudicatario l'offerente la cui offerta non è superata, entro il periodo suddetto, da una valida offerta maggiore».

<sup>769</sup> El tenor literal del art. 586 del CPC es el siguiente: «Avvenuto il versamento del prezzo, il giudice dell'esecuzione può sospendere la vendita quando ritiene che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto, ovvero pronunciare decreto col quale trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato, ripetendo la descrizione contenuta nell'ordinanza che dispone la vendita, e ordinando che si cancellino le trascrizioni dei pignoramenti e le iscrizioni ipotecarie, se queste ultime non si riferiscono ad obbligazioni assuntesi dall'aggiudicatario a norma dell'articolo 508. Il giudice con il decreto ordina anche la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie successive alla trascrizione del pignoramento.

la ejecución para suspender la venta judicial cuando estime que el precio de remate sea notablemente inferior al precio que puede considerarse como «justo», ordenando una nueva subasta judicial sobre el inmueble en cuestión<sup>770</sup>. En efecto, la inexistencia de medios legales que garanticen la obtención de un precio razonable por el derecho subastado, tales como el establecimiento de unos porcentajes mínimos para la aprobación del remate como ocurre en España, aconseja añadir unos instrumentos alternativos, como lo es la referida posibilidad de que el Juez suspenda la ejecución cuando el precio del remate no alcance lo que se repute como justo precio del objeto subastado. La evitación del riesgo de obtención de un precio apreciablemente bajo o «injusto» se lleva a cabo en Italia no sólo mediante la figura anterior, sino también a través de la admisión de ofertas posteriores dentro de los diez días siguientes a la celebración de la subasta judicial; es lo que se conoce como «*l'offerta dopo l'incanto*», recogida en el art. 584 del CPC italiano y a la que nos referiremos con mayor detenimiento seguidamente.

Siguiendo con las notables diferencias que pueden apreciarse entre el desarrollo de la subasta judicial en España e Italia, cabe señalar la ausencia en el caso español de un tiempo máximo a partir del cual la puja devendrá en precio de remate de no presentarse una puja sucesiva que la supere. En España es evidente que unas pujas deben ir superando a las precedentes, pero es el Secretario Judicial el que determinará discrecionalmente cuándo se produzca la puja final con la que se fija el precio del remate y la persona del rematante. En Italia, por el contrario, como acabamos de ver sí se prevé un plazo máximo a partir del cual la puja devendrá en precio del remate de no verse superada por otra puja sucesiva. Quizá esta diferencia venga dada, al igual que en el caso anterior, por la existencia de esos porcentajes mínimos de referencia a partir de los cuales podrá aprobarse el remate, lo cual llega a concebirse como una operación prácticamente automática por parte del Secretario Judicial en determinados casos; siendo así, la fijación de un tiempo mínimo entre las sucesivas pujas pierde en parte su razón de ser.

---

Il decreto contiene altresì l'ingiunzione al debitore o al custode di rilasciare l'immobile venduto. Esso costituisce titolo per la trascrizione della vendita sui libri fondiari e titolo esecutivo per il rilascio».

<sup>770</sup> Acerca de la posibilidad que tiene el Juez de suspender la venta judicial cuando el precio obtenido por la misma se repute como notablemente inferior al precio justo, y su justificación, vid. BALENA, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 147: «L'art. 586, peraltro, attribuisce al giudice l'incisivo potere discrezionale di "sospendere" la vendita –rifiutando, dunque, il decreto di trasferimento e disponendo, invece, un nuovo incanto –allorché ritenga che il prezzo per cui è avvenuta l'aggiudicazione "sia notevolmente inferiore a quello giusto". Tale disposizione, introdotta all'inizio degli anni 90, mirava essenzialmente a porre rimedio ad eventuali interferenze illecite (o addirittura malavitose) di cui il giudice potesse aver avuto sentore; ma si ritiene, in assenza di specifiche limitazioni testuali, ch'essa sia utilizzabile ogniqualvolta il prezzo di aggiudicazione si discosti considerevolmente –vuoi per fatti sopravvenuti, vuoi per circostanze preesistenti di cui sia era omesso di tener conto nella fissazione del prezzo-basse dell'asta- dal valore effettivo ed attuale dell'immobile». En este mismo sentido también TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata»..., *cit.*, p. 663. Igualmente, COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., «Commentario all'articolo 586 del Codice di Procedura Civile», en *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Vol. V, Torino, 2013, p. 686.

Acabamos de ver, que el precio de remate se fija por el Juez de la ejecución mediante la expedición de una «*ordinanza di aggiudicazione*», pero esta resolución no es definitiva, sino que ostenta un carácter provisional. Naturaleza provisoria que viene dada por el hecho de que durante los diez días posteriores a la aprobación del remate y finalización de la celebración de la subasta judicial, el art. 584 del CPC italiano<sup>771</sup>, como acabamos de anunciar, prevé la posibilidad de que se presenten ofertas que superen el precio de remate (lo que se conoce, reiteramos, como «*l'offerta dopo l'incanto*»). Esta oferta posterior dejará sin efectos al precio del remate con el que concluyó la celebración de la subasta judicial, siempre que la supere al menos en un quinto. Si se presenta más de una oferta que cumpla con la anterior exigencia cuantitativa (de aumento de un quinto), tendrá lugar una puja o «lucha» entre los oferentes en cuestión (análoga a la puja que se preveía en el caso de que existiesen pluralidad de ofertas en la venta judicial sin subasta y los oferentes se adhiriesen a la celebración de la puja o subespecie de subasta en cuestión; de manera que debe reunir los mismos requisitos legales exigidos acerca de la misma, entre otros y principalmente, el preceptivo depósito de la correspondiente caución), que será publicada por el Secretario Judicial conforme a los medios generales de publicidad previstos en el art. 570 (sitios en internet apropiados al efecto, periódicos locales y nacionales de gran difusión, etc.).

En el caso en que transcurridos los diez días desde la celebración de la subasta judicial no se presenten ofertas posteriores sobre el inmueble subastado que superen en un quinto el importe del precio de remate; o cuando aún presentándose ofertas que superen la anterior cuantía, una vez fijada la puja entre las distintas ofertas, ninguno de los oferentes participe finalmente en la misma; la adjudicación provisional del inmueble devendrá definitiva y deberá procederse seguidamente en ese caso al pago del precio por parte del rematante ya adjudicatario<sup>772</sup>. La falta de pago del precio, de acuerdo con el art. 587 del CPC italiano<sup>773</sup> y

---

<sup>771</sup> El art. 584 del CPC italiano dispone expresamente lo que sigue: «Avvenuto l'incanto, possono ancora essere fatte offerte di acquisto entro il termine perentorio di dieci giorni, ma esse non sono efficaci se il prezzo offerto non supera di un quinto quello raggiunto nell'incanto.

Le offerte di cui al primo comma si fanno mediante deposito in cancelleria nelle forme di cui all'articolo 571, prestando cauzione per una somma pari al doppio della cauzione versata ai sensi dell'articolo 580. Il giudice, verificata la regolarità delle offerte, indice la gara, della quale il cancelliere dà pubblico avviso a norma dell'articolo 570 e comunicazione all'aggiudicatario, fissando il termine perentorio entro il quale possono essere fatte ulteriori offerte a norma del secondo comma.

Alla gara possono partecipare, oltre gli offerenti in aumento di cui ai commi precedenti e l'aggiudicatario, anche gli offerenti al precedente incanto che, entro il termine fissato dal giudice, abbiano integrato la cauzione nella misura di cui al secondo comma.

Se nessuno degli offerenti in aumento partecipa alla gara indetta a norma del terzo comma, l'aggiudicazione diventa definitiva, ed il giudice pronuncia a carico degli offerenti di cui al primo comma, salvo che ricorra un documentato e giustificato motivo, la perdita della cauzione, il cui importo è trattenuto come rinveniente a tutti gli effetti dall'esecuzione».

<sup>772</sup> «*L'offerta dopo l'incanto*» constituye una posibilidad prevista tradicionalmente en la regulación procesal italiano de la venta judicial, si bien con la Ley italiana n. 80/2005, se elevó el importe para la validez del aumento con el que debe contar la oferta posterior, pasándose de una sexta parte a una quinta parte del valor de salida asignado al inmueble. Acerca de esta institución puede verse la clásica obra de CERINO-CANOVA, A., *Offerte dopo l'incanto*, Padova, 1975. A este respecto vid. también a BALENA, G., *Istituzioni di Diritto*

de manera análoga a lo que sucede en España (*ex art. 653 de la LEC española*), trae consigo la quiebra de la subasta, con la correspondiente pérdida de la caución depositada por el rematante, ordenándose la celebración de una nueva subasta sobre el inmueble objeto de ejecución<sup>774</sup>.

Pagado íntegramente el precio, conforme a las condiciones establecidas en la «*ordinanza*» donde se ordenase la venta judicial con subasta (art. 585. 1º del CPC

*Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, pp. 145 y 146: «Tale aggiudicazione (refiriéndose a la adjudicación inicial y provisional que se produce una vez que la puja deviene en precio del remate por no verse superada en los tres minutos sucesivos por otra superior) è però provvisoria, poiché l'art. 584, per assicurare la massima fruttuosità della vendita forzata, prevede che dopo la positiva conclusione dell'incanto siano ancora ammesse, entro il termine perentorio di dieci giorni, ulteriori offerte di acquisto da parte di chiunque, purché il prezzo offerto superi di almeno un quinto quello raggiunto nell'incanto e per il quale, dunque, si era avuta l'aggiudicazione. Tali offerte si fanno nelle medesime forme prescritte dall'art. 571 per la vendita senza incanto, prestando però una cauzione pari al doppio di quella originariamente fissata per la partecipazione all'incanto (ossia ad un quinto del prezzo-base dell'asta); ed in effetti è come se in tal modo, si riaprisse una fase di vendita senza incanto seppure con le limitazioni poc'anzi indicate, dirette ad assicurare che il relativo ricavo sia considerevolmente maggiore di quello derivato dall'incanto. Qualora entro il predetto termine intervenga almeno una offerta valida ed efficace, il giudice deve indire una gara, fissando altresì il termine perentorio entro cui potranno essere formulate, con le medesime modalità e sempre nel rispetto del limite minimo di aumento del quinto, ulteriori offerte. A tale gara, di cui dovrà darsi nuova ed autonoma pubblicità ai sensi dell'art. 570, potranno partecipare non soltanto gli iniziali offerenti in aumento e l'aggiudicatario, ma pure tutti coloro che, avendo preso parte al precedente incanto, abbiano integrato l'originaria cauzione entro il termine fissato dal giudice. Se però alla gara non partecipa alcuno degli offerenti in aumento, l'aggiudicazione diviene definitiva e l'importo della cauzione ch'essi avevano prestato resta definitivamente incamerato, come somma ricavata dall'esecuzione, a meno che non ricorra "un documento e giustificato motivo". Per quel che concerne, poi, l'aggiudicatario —che sia risultato tale nell'incanto oppure a seguito dell'eventuale fase successiva testé descritta— egli è tenuto, a pena di decadenza dall'aggiudicazione e di perdita della cauzione, a versare il prezzo nel termine e nel modo a suo tempo stabiliti nel provvedimento autorizzativo della vendita, documentando al cancelliere tale adempimento (art. 585)». En este mismo sentido, MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, pp. 101 y 102. Igualmente, COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., «Commentario all'articolo 584 del Codice di Procedura Civile», en *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Vol. V, Torino, 2013, pp. 683 y 684. Asimismo, TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata»..., *cit.*, pp. 662 y ss.

<sup>773</sup> El tenor literal del art. 587 del CPC italiano es el siguiente: «Se il prezzo non è depositato nel termine stabilito, il giudice dell'esecuzione con decreto dichiara la decadenza dell'aggiudicatario, pronuncia la perdita della cauzione a titolo di multa e quindi dispone un nuovo incanto.

Per il nuovo incanto si procede a norma degli articoli 576 e seguenti. Se il prezzo che se ne ricava, unito alla cauzione confiscata, risulta inferiore a quello dell'incanto precedente, l'aggiudicatario inadempiente è tenuto al pagamento della differenza».

<sup>774</sup> TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata»..., *cit.*, p. 663: «Ove il prezzo non sia depositato nel termine stabilito, il giudice dell'esecuzione con decreto dichiara la decadenza dell'aggiudicatario, pronuncia la perdita della cauzione a titolo di multa e quindi dispone un nuovo incanto (art. 587 CPC)». En este mismo sentido, MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 103: «Se il prezzo non è depositato nel termine stabilito, il giudice dell'esecuzione dichiara la decadenza dell'aggiudicatario, pronuncia la perdita della cauzione a titolo di multa e dispone un nuovo incanto (art. 587). Si fa così luogo alla c. d. rivendita in danno dell'aggiudicatario inadempiente, nel senso che, se il ricavato è inferiore all'offerta dell'aggiudicatario, questi è condannato a pagare la differenza (art. 587. 2º comma)». El art. 587. 2º del CPC italiano es de notar que establece una pena adicional al pago del precio por parte del rematante, disponiendo que en el caso en que en la nueva subasta judicial que se celebre como consecuencia de su incumplimiento, el precio recabado sea inferior a aquél que hubiera ofrecido originariamente el rematante, quedará condenado a pagar la diferencia.

italiano<sup>775</sup>), se dictará el denominado «*decreto di trasferimento*» que es el momento en el que con carácter general suele fijarse la mayor parte de la doctrina italiana el efecto traslativo<sup>776</sup> (art. 586 del CPC italiano<sup>777</sup>). Si bien la espinosa cuestión del momento del efecto traslativo en la venta judicial será objeto de detenido análisis en el capítulo siguiente del presente trabajo. Es igualmente el momento en el que se produce el «efecto purgativo» de la venta judicial, que se cifra en la ordenación con la expedición del referido «*decreto di trasferimento*» de la cancelación de todas las transcripciones, embargos y restantes gravámenes (también las inscripciones hipotecarias) que pesen sobre el inmueble, salvo aquellos que vayan referidos a obligaciones asumidas por el propio adjudicatario<sup>778</sup>.

Puede apreciarse, que la «*ordinanza di aggiudicazione*» y el «*decreto di trasferimento*» del Ordenamiento italiano se identifican plenamente con el «decreto de aprobación del remate» y el «decreto de adjudicación» previstos en el Ordenamiento español: con el primero se aprueba definitivamente el precio final que se pagará por la cosa y se determina la persona del rematante; mientras que con el segundo se establece quién será el adquirente definitivo del inmueble objeto de venta judicial, una vez pagado íntegramente el precio de remate<sup>779</sup>.

---

<sup>775</sup> Afirma el art. 585. 1º del CPC literalmente lo que sigue: «L'aggiudicatario deve versare il prezzo nel termine e nel modo fissati dall'ordinanza che dispone la vendita a norma dell'articolo 576, e consegnare al cancelliere il documento comprovante l'avvenuto versamento».

<sup>776</sup> Acerca del «*decreto di trasferimento*», vid., MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 102; TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata»..., *cit.*, p. 663; COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., «Commentario all'articolo 586 del Codice di Procedura Civile»..., pp. 686 y 687.

<sup>777</sup> El tenor literal del art. 586 del CPC es el siguiente: «Avvenuto il versamento del prezzo, il giudice dell'esecuzione può sospendere la vendita quando ritiene che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto, ovvero pronunciare decreto col quale trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato, ripetendo la descrizione contenuta nell'ordinanza che dispone la vendita, e ordinando che si cancellino le trascrizioni dei pignoramenti e le iscrizioni ipotecarie, se queste ultime non si riferiscono ad obbligazioni assunte dall'aggiudicatario a norma dell'articolo 508. Il giudice con il decreto ordina anche la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie successive alla trascrizione del pignoramento.

Il decreto contiene altresì l'ingiunzione al debitore o al custode di rilasciare l'immobile venduto. Esso costituisce titolo per la trascrizione della vendita sui libri fondiari e titolo esecutivo per il rilascio».

<sup>778</sup> BALENA, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 147: «Una volta che il pagamento sia avvenuto, al giudice no resta, di regola, che pronunciare il decreto con cui trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato, ripetendo la descrizione dell'immobile contenuta nell'ordinanza che aveva disposto la vendita (affinché il decreto medesimo possa essere trascritto) ed ordinando la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie su di esso gravanti, a meno che queste ultime non si riferiscano ad obbligazioni assunte dallo stesso aggiudicatario. Tale decreto –cui l'opinione prevalente riconduce l'effetto traslativo della proprietà del bene– contiene anche l'ingiunzione, rivolta al debitore o al custode, a rilasciare l'immobile all'acquirente e costituisce titolo esecutivo per il rilascio nei confronti di chiunque detenga il bene (...)».

<sup>779</sup> Nótese que el «*decreto di trasferimento*» sirve de título para transcribir el derecho objeto de venta judicial en el Registro (*ex art. 586. 2º del CPC italiano*, apenas transcrito); mientras que en España, el título con el que se produce la inscripción no es con el decreto de adjudicación, sino con el testimonio de dicho decreto de adjudicación (*ex art. 674. 1 de la LEC española*).

Finalmente, cabe hacer referencia a la posible delegación de la operación de venta judicial mediante subasta a un tercero especializado, eventualidad prevista y admitida por el art. 591 *bis* del CPC italiano. Se trata de una posibilidad introducida por la Ley italiana de 3 de agosto de 1998 n. 302, con la que se permite que la operación de la venta judicial mediante subasta (el cumplimiento de todos los actos procesales que la componen) se delegue por parte del Juez de la ejecución y mediante «*ordinanza*» a un notario, abogado o «*commercialista iscritto*» (una suerte del ya extinguido corredor de comercio español), cuando así lo soliciten los interesados correspondientes. Esta posibilidad de delegación a un tercero especialista se asemeja muchísimo a la venta judicial a través de persona o entidad especializada recogida en los arts. 641 y 642 de la LEC española; modalidad que también se decreta por el Secretario Judicial, a petición del ejecutante o del ejecutado con consentimiento del ejecutante, y cuando las características del bien embargado así lo aconsejen<sup>780</sup>.

---

<sup>780</sup> La posibilidad de delegación de la operación de venta judicial mediante subasta introducida novedosamente en 1998 ha sido objeto de numerosos estudios en el seno de la doctrina italiana, pudiendo destacarse, entre otros, a los siguientes: MICCOLIS, G., «La delega ai notai nelle espropriazioni immobiliari», en *Rivista di Diritto Civile*, fasc. 3, 1999, pp. 352-372; ORIANI, R., «Il regime degli atti del notaio nelle operazioni di vendita nell'espropriazione immobiliare», en *Foro Italiano*, N° 5, 1998; TRISORIO LUZZI, G., «La responsabilità del professionista delegato alla vendita nell'espropriazione immobiliare», en *Rivista dell'Esecuzione Forzata*, N° 1, 2010. Asimismo, dentro de las obras más generales, se aborda esta cuestión en: MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, pp. 103-107; BALENA, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. III..., *cit.*, pp. 148-150.

## **CAPÍTULO IV – CUESTIONES SUSTANTIVAS SUSCITADAS EN TORNO A LA TRANSMISIÓN DEL DERECHO OBJETO DE VENTA JUDICIAL**

### **1. PREMISAS INTRODUCTORIAS DE LOS CAPÍTULOS QUE SIGUEN: LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL RÉGIMEN DE LA COMPRAVENTA CONTRACTUAL EN BASE A LA IDENTIDAD DE RAZÓN EXISTENTE CON LA VENTA JUDICIAL E IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS SUSTANTIVOS AFRONTADOS**

A lo largo de las páginas precedentes, hemos venido defendiendo la naturaleza compleja de la venta judicial, institución que encuentra su origen en el proceso de ejecución, compuesto por una serie concatenada de actos procesales (de cuyo estudio nos hemos ocupado en los capítulos anteriores relativos a los elementos subjetivos y objetivos), pero que trae consigo unos importantes efectos de carácter puramente sustantivo, comunes a la compraventa contractual, a los que ya hemos aludido pero que volvemos a reiterar en esta sede: el nacimiento de una relación jurídica de venta, que se cifra en la transmisión de un derecho a cambio de un precio; la posición del adquirente, comprador o rematante adjudicatario, según se trate de la venta contractual o judicial, respectivamente, en esencia viene a ser la misma en ambas figuras: tanto en uno como en otro caso se trata de una persona que voluntariamente quiere adquirir la cosa, ofreciendo un determinado precio por ella. Efectos sustantivos comunes entre la venta judicial y la compraventa contractual que confirman la identidad de razón existente entre ambas instituciones, lo cual justifica el recurso a la aplicación analógica de sus respectivos regímenes jurídicos.

Puesto que la venta judicial carece en el caso de España y a diferencia de Italia (recordamos que los efectos sustantivos de la venta judicial cuentan con una expresa regulación en el seno del CC italiano, en sus arts. 2919 a 2924) de una regulación específica de su referidos efectos sustantivos (como ya hemos comprobado, la venta judicial en España sólo encuentra una regulación puramente procesal contenida con carácter prácticamente

exclusivo en la LEC), deberá ser el completo régimen de la compraventa contractual al que debemos acudir para resolver las cuestiones materiales que la primera encierra.

Es precisamente esta labor de búsqueda de los problemas sustantivos fundamentales que la venta judicial suscita y la solución que deba darse a los mismos con apoyo en la aplicación selectiva del régimen jurídico de la compraventa contractual, que tendrá siempre presente la diferencia esencial existente entre una y otra figura, a saber, su origen (el contrato y el proceso de ejecución, respectivamente) y el componente voluntarista (formador del contrato en la compraventa contractual e inexistente por parte del transmitente en la venta judicial), de lo que pretendemos ocuparnos en el presente capítulo. Se trata, pues, de una labor de identificación de los principales aspectos sustantivos que encierra la venta judicial y de selección del régimen jurídico aplicable a los mismos, lo que en la gran mayoría de los casos implica muy variadas operaciones, profundamente entrelazadas entre sí: la de considerar que el mecanismo de la transferencia coactiva unas veces respeta, y otras altera lo que sucedería si de una venta voluntaria se tratara; la de elegir, en el terreno de la analogía, una norma que proceda o pueda inducirse de la regulación procesal o de la regulación civil; y, finalmente, la de adentrarse en la determinación de si determinados problemas, sobre los que la Ley procesal guarda silencio, consienten la aplicación directa o analógica de la normativa civil.

Tarea en la que tendremos siempre como referente comparativo al régimen jurídico italiano, cuyo Código Civil de 1942, consciente de la necesidad de una respuesta específica a los problemas sustantivos que la venta judicial presenta (inexistente en el CC de 1865, al igual que ocurre en España), dedica un total de diez preceptos a tal objeto. Si bien, lo anterior no quiere decir que esa plausible regulación sustantiva de la venta judicial con la que cuenta el CC italiano deje resueltos todos y cada uno de los problemas: antes, bien, siguen existiendo problemas aún no resueltos también en Italia y aquellos que sí lo están también merecen cuestionarse.

Identifiquemos y detallemos estos problemas sustantivos a los que vamos a dedicar nuestro estudio en estas páginas, que pueden sistematizarse en cuatro categorías principales:

1. Las cuestiones que giran en torno a la transmisión del derecho objeto de venta judicial: su carácter originario o derivativo, el sistema traslativo que resulta de aplicación y el momento en que dicho efecto traslativo tiene lugar.
2. El juego del saneamiento por evicción y por vicios ocultos en la venta judicial: ¿puede afirmarse su vigencia en el seno de la venta judicial? En su caso, ¿quién deberá responder si llegan a apreciarse? Comprobaremos que se trata de uno de los pocos extremos a los que alude con carácter expreso el CC español (aunque sembrando muchas dudas interpretativas), cuya respuesta difiere notablemente de la dada en el CC italiano.



3. La eventual aplicación del instituto de la «resolución por incumplimiento» en la venta judicial.
4. La olvidada «rescisión por lesión» ante la obtención de un precio palpablemente injusto en la venta judicial: ¿cabe deducir su operatividad del conjunto del Ordenamiento Jurídico, habida cuenta que en España no se establece con carácter general, a diferencia de Italia en que sí se contempla con carácter expreso en el CC italiano?

Enunciados los fundamentales problemas sustantivos que a nuestro juicio encierra la venta judicial, pasamos ahora a adentrarnos en sus posibles soluciones, lo cual, reiteramos, supone un ejercicio de determinación de la forma de aplicación del régimen jurídico de la normativa civil (principalmente el concerniente a la regulación positiva de la compraventa contractual) a tales cuestiones en el caso de España, con un paralelo referente continuo en las respuestas que sí da al respecto el codificador italiano.

## **2. CARÁCTER ORIGINARIO O DERIVATIVO DE LA TRANSMISIÓN, SISTEMA TRASLATIVO APLICABLE Y MOMENTO DEL EFECTO TRASLATIVO**

Acabamos de afirmar que uno de los principales efectos sustantivos que trae consigo la venta judicial, común a la compraventa contractual, es el nacimiento de una relación jurídica de venta, que se cifra en la transmisión de un derecho a cambio de un precio<sup>781</sup>. Así las cosas, son tres los ejes problemáticos que aglutina esta transmisión, a saber:

1. El carácter originario o derivativo de la misma: ¿el adquirente se encuentra respecto a la cosa en la misma situación jurídica que su anterior e inmediato dueño, o la titularidad adquirida es por completo independiente de cualquier titularidad anterior de otro sujeto, de modo que el derecho surge *ex novo*? Ello guarda enorme importancia, pues determinará el grado de responsabilidad que deba o no asumir el adjudicatario en la venta judicial (ante la existencia de cargas u otros derechos reales sobre el inmueble objeto de venta, ¿cuáles deberá asumir el adjudicatario? O, ¿no deberá asumir carga alguna?). Cuestión de enorme relevancia, entre otros múltiples aspectos, para solucionar la segunda de las dificultades que nos planteamos, a saber, el sistema traslativo que debe resultar de aplicación a la transmisión operada mediante venta judicial.

---

<sup>781</sup> PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e Diritto sostanziale...*, cit., p. 318 afirma que el efecto fundamental que se deriva de la venta judicial, es la transmisión del derecho del titular ejecutado al adjudicatario: «L'effetto principale della vendita forzata è il trasferimento del diritto dal titolare originario all'aggiudicatario».

2. El sistema o modo de transmisión aplicable que acabamos de anticipar, de entre los enumerados en el art. 609 del CC español y el respectivo art. 922 del CC italiano. Son diversos los sistemas de transmisión de la propiedad y demás derechos reales contemplados en los Ordenamientos español e italiano, de entre los que destacan los ordinarios sistemas de «título y modo» español, y «consensualista» italiano, de manera que tendremos que constatar cuál de ellos debe resultar de aplicación a la venta judicial. Su determinación guardará enorme importancia, ya que establecerá los requisitos legales que deben darse para que la transmisión del derecho tenga lugar efectivamente.
3. Finalmente, resuelta la naturaleza originaria o derivativa de la transmisión y el modo o sistema legal de transmisión aplicable, tendremos que constatar en qué concreto momento se produce dicho efecto traslativo. No debemos olvidar que la venta judicial encuentra su origen en el proceso de ejecución, compuesto por una amalgama de actos procesales todos necesarios para su nacimiento, alguno en cuyo de los cuales debemos determinar la concurrencia definitiva de la transmisión. Esto es, debemos ajustar el complejo *iter* procedimental de que consta la venta judicial al sistema o modo transmisivo que hayamos previamente escogido. Cuestión que de nuevo guarda una enorme importancia, como posteriormente quedará detalladamente justificado; anticipemos ahora alguna de sus repercusiones: el momento preclusivo para la interposición de la oportuna tercería de dominio, el momento a partir del cual podrá disponerse del derecho vendido y protegerse mediante el ejercicio de las correspondientes acciones protectoras del dominio y demás derechos reales por parte de su titular, entre otros y múltiples extremos que residen en torno al particular.

## **2. 1. NATURALEZA ORIGINARIA O DERIVATIVA DE LA TRANSMISIÓN OPERADA MEDIANTE VENTA JUDICIAL**

### **2.1.1. Concepto de modo traslativo y la clásica clasificación en modos originarios y derivativos: la trascendencia de la distinción**

Lo primero que tenemos que determinar antes de adentrarnos en las categorías conceptuales de modos originarios y derivativos, es el concepto de mismo de modo o sistema de transmisión de los derechos reales. A este respecto, afirma ALBALADEJO GARCÍA, que «se llaman modos de adquirir los derechos reales (el de propiedad u otro), los hechos jurídicos a los que la Ley atribuye el efecto de producir la adquisición de aquéllos»<sup>782</sup>. Esto es, todo

---

<sup>782</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil III. Derecho de bienes...*, cit., p.123.

acontecimiento (natural-hecho jurídico en sentido estricto-; o voluntario-acto jurídico-, dentro de los que se incluye a los actos en sentido estricto y los negocios jurídicos, en función de que la voluntad intervenga en la determinación de los concretos efectos jurídicos-) al que el Ordenamiento Jurídico anude el efecto jurídico de crear un derecho de naturaleza jurídico-real. Hechos jurídicos de carácter constitutivo-adquisitivo que no suelen ser simples o escuetos, sino que generalmente se erigen en supuestos complejos de formación progresiva, de ahí que PARRA LUCÁN prefiera hablar de «fenómeno adquisitivo o mecanismo de adquisición»<sup>783</sup>.

Los diferentes modos adquisitivos que se contemplan en el Ordenamiento Jurídico español e italiano, vienen enumerados sin carácter exhaustivo en el art. 609 del CC español y el equivalente art. 922 del CC italiano, de cuyo análisis nos ocuparemos con cierto detenimiento en el epígrafe siguiente. Sistemas y modos transmisivos que tradicionalmente suelen distinguirse en originarios y derivativos<sup>784</sup>, siendo precisamente este criterio sistemático el que afrontamos en este punto, tratando de desgranar a cuál de dichas categorías se ajusta precisamente la transmisión que tiene lugar mediante venta judicial. Esto es, como ya se ha anticipado en páginas precedentes, comenzaremos estableciendo la naturaleza originaria o derivativa de la referida transmisión, para después decantarnos por el sistema traslativo propio de la misma que consideramos aplicable habida cuenta de las complejas y peculiares características que encierra la institución de la venta judicial.

A este respecto, **modos originarios** puede definirse como aquellos en los que la transmisión tiene lugar con independencia de cualquier otra persona, sin nexo con una correspondiente pérdida y, por tanto, libre necesariamente de toda carga anterior<sup>785</sup>; lo cual tiene lugar, tanto en el caso en que ese titular anterior sea inexistente, surgiendo el derecho *ex novo*, o bien porque aun preexistiendo el derecho en otro titular, la adquisición no se

---

<sup>783</sup> PARRA LUCÁN, M. A., «Comentarios al artículo 609 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, Valencia, 2013, p. 4646.

<sup>784</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las Leyes Civiles Generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil e historia general de la legislación española*, Tomo III, 2ª Edición, Madrid, 1900, p. 201, da buena cuenta de que la clasificación en modos originarios y derivativos de adquirir se remonta al Derecho romano: «El Derecho romano dividió en dos grandes grupos los modos de adquirir el dominio; unos naturales y otros civiles, según que procedían del Derecho natural o eran creación de la Ley escrita. Los naturales se subdividían en *originarios simpliciter*, originarios *secundum quid* y derivativos. Se decía modo *originario simpliciter*, cuando la cosa adquirida no tenía dueño o éste era desconocido; *secundum quid*, cuando se adquiría una cosa por razón de otra que nos pertenecía; y derivativos eran aquellos modos por los cuales se adquiría el dominio de una cosa inmediatamente de la persona que lo estaba ejerciendo y que se despojaba de él, derivando todos sus derechos en el adquirente». VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, Tomo II, 4ª Edición, Valladolid, 1936, p. 146, por su parte, subraya: «Y volviendo a la clasificación de los modos de adquirir la propiedad que más nos interesa, diremos que aquella distinción en la doctrina se remonta a Grocio y fue aceptada por la escuela del derecho natural y por los escritores antiguos y modernos. Se llama modo originario cuando el derecho se adquiere independientemente de la voluntad de otro, mientras que en el derivativo el derecho se origina en una persona por efecto del querer de otra, bien se trate de un caso de transmisión de derechos o bien en un acto que dé lugar al nacimiento de otro derecho diverso».

<sup>785</sup> DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tomo I..., *cit.*, p. 52.

produce por un vínculo jurídico con éste, sino que más bien el anterior titular pierde su derecho a causa de su adquisición por el nuevo titular<sup>786</sup>.

Los **modos derivativos** de adquisición y transmisión de los derechos reales, por el contrario, son aquellos en los cuales la adquisición procede de un titular anterior, se funda en el derecho precedente de esa persona quedando, por consiguiente, sujeta a las mismas características, cargas, facultades, etc. que presentaba para ese titular precedente<sup>787</sup>. Esto es, se trata de transmisiones regidas por el principio romano «*nemo plus iuris in aliis transferre potest quam ipse haberet*», en las que la medida de lo adquirido es justamente la del conjunto de facultades y derechos en cabeza del titular originario<sup>788</sup>.

La distinción trazada resulta de vital importancia, ya que como bien afirma DE COSSÍO Y CORRAL, «en los modos originarios el dominio se adquiere directa e incondicionalmente, en virtud de la conducta exclusiva del apropiante, en tanto que en los modos derivativos rige el principio de que nadie puede transmitir más derechos que los que él mismo tiene, por lo que el derecho del adquirente aparece condicionado y medido por el que el transmitente tuviera»<sup>789</sup>. En otros términos, la naturaleza originaria o derivativa de la transmisión va a determinar si el adquirente recibe el derecho siempre y en todo caso libre de toda carga o gravamen, o si por el contrario debe adquirir el derecho en el estado en el que se hallase en manos del causahabiente, incluidas las cargas que sobre el mismo pesen las cuales seguirán subsistiendo ahora en manos del nuevo titular<sup>790</sup>.

---

<sup>786</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 205.

<sup>787</sup> Díez-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tomo I..., cit., p. 52.

<sup>788</sup> VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, Tomo II..., cit., p. 146: «El modo originario da lugar a una adquisición de derecho independiente, que no implica sucesión ni derivación de ninguna clase; y en el derivativo la adquisición del derecho se funda en otro ya existente. Ahora bien, es preciso fijar exactamente los conceptos de este último miembro de la clasificación, pues en realidad el término o palabra derivado es inexacto, porque la propiedad que nace por él no procede ni se deriva de la que se extingue, no hace más que sucederla de manera tal, que la extinción y el nacimiento se presupone, y por eso sería conveniente llamarla no adquisición derivativa, sino adquisición sucesiva».

<sup>789</sup> DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, II, Madrid, 1975, p. 549.

<sup>790</sup> La generalidad de la doctrina civilista alude siempre a esta distinción, pudiendo citarse además de los expuestos, a los siguientes autores que inciden en la alusión a la misma: LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, III (Vol. 1º)..., cit., p. 105: «La doctrina clasifica los modos de adquirir en originarios, que proporcionan el derecho real sin la efectiva colaboración de un transmitente y sin nexo con una correspondiente pérdida, y derivativos, en los cuales la adquisición procede de un anterior titular y se recibe el derecho tal cual se hallaba en sus manos (...)». Asimismo, DE PABLO CONTRERAS, P., «Adquisición y extinción de los derechos reales. La ocupación», en DE PABLO CONTRERAS, P. (Coord.), *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales*, Madrid, 2004, p. 323: «La doctrina suele dividir los modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales en originarios y derivativos. En los originarios, la titularidad que se adquiere es por completo independiente de cualquier titularidad anterior de otro sujeto, de modo que el derecho surge *ex novo*. En cambio, en los derivativos la titularidad del derecho que se adquiere se funda en una titularidad anterior, que se transmite a otro o sobre la cual aquélla se apoya: así, cuando el dueño de la cosa transfiere su derecho de propiedad a otro o constituye sobre aquélla un derecho real limitado». SALETTI, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. I, 2ª Edición, Padova, 2010, pp. 435 y 436: «I modi di acquisto indicati nell'art. 922 vanno distinti in due grandi categorie: alcuni sono modi di acquisto a titolo originario (...); altri a titolo

En definitiva, la importancia de la distinción entre la categoría de modo originario y modo derivativo de adquisición de la propiedad y demás derechos reales reside en dos órdenes de consecuencias: de un lado, en la necesidad o no de contar con la titularidad efectiva del titular anterior para poder adquirir y, de otro, en la subsistencia o no de los derechos, cargas y gravámenes que pesen sobre el derecho objeto de transmisión. En este mismo sentido afirma agudamente GALGANO que la esencia de la adquisición a título derivativo reside en el hecho que el causahabiente adquiere la propiedad de la cosa sólo si y sólo como la propiedad se encuentre en manos del causante; de modo que si el derecho pertenece a un tercero y éste la reivindica victoriosamente, el causahabiente no habrá adquirido nada. Por otra parte, si la cosa objeto de transmisión está gravada por derechos reales o garantías reales a favor de terceros, las mismas se transmiten del causante al causahabiente, pesando sobre éste último los mismos derechos y garantías de terceros. En la adquisición a título originario, por el contrario, la consecuencia que se deriva es que la propiedad se adquiere libre de todo derecho de tercero que gravase la titularidad del anterior propietario<sup>791</sup>.

---

derivativo (...). Si ha acquisto a titolo derivativo quando si acquista sulla cosa il diritto di proprietà già spettante ad un precedente proprietario. A chi trasferisce il diritto si dà il nome di dante causa; a chi lo acquisto quello di avente causa. (...) Vale l'antico principio di Ulpiano, secondo il quale nessuno può trasferire ad altri maggiori diritti di quanto egli stesso abbia (*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*). Si ha, invece, acquisto a titolo originario quando il diritto di proprietà che si acquista sulla cosa è indipendente dal diritto di un precedente proprietario. Ciò accade non solo quando non c'è un precedente proprietario della cosa o quando il precedente proprietario l'ha abbandonata (...). Può accadere anche quando (...) la cosa ha un precedente proprietario e, tuttavia, il diritto di questo è destinato a soccombere di fronte al diritto di chi acquista a titolo originario».

Nótese que autorizadas voces del panorama doctrinal que critican esta clásica distinción entre modos originarios y derivativos de adquisición, en base a la heterogeneidad de modos traslativos que se incluyen bajo el ropaje de cada una de las categorías, así como por la existencia de supuestos transmisivos que verdaderamente no se ajustan plenamente a ninguna de las categorías en cuestión (supuestos, por ejemplo, aparentemente derivativos en los que, sin embargo, no se transmite el derecho en las exactas condiciones en las que se encuentre el transmitente). Vid. a este respecto a DE MARTINO, F., «Commentario al articolo 922 del Codice Civile», en SCIALOJA, A., BRANCA, G. (Coordinadores), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1946, p. 356: «Questa partizione fondamentale ha certo dei vantaggi, ma non giova dissimularsene i lati deboli e principalmente il fatto che essa è costretta ad unire insieme modi assolutamente eterogenei (...). D'altra parte il concetto di successione che viene adoperato per approfondire la differenza tra modi originari e modi derivativi è certo assai discutibile, non soltanto perché in senso tecnico la successione è ancora oggi, riteniamo, soltanto quella *in universum jus* e le altre non sono vere successioni, ma soprattutto perché non sempre accade che il diritto trasmesso al nuovo proprietario sia assolutamente identico a quello del precedente: basterebbe ricordare i casi di trasferimenti sottoposti a condizione risolutiva ovvero a termine finale ovvero ad un onere, un *modus* e così di seguito».

<sup>791</sup> GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. I..., *cit.*, pp. 435 y 436: «L'essenza dell'acquisto a titolo derivativo è nel fatto che l'avente causa acquista la proprietà della cosa solo se e solo come il dante causa ne era proprietario. Così, se la cosa era di un terzo, e questi vittoriosamente la rivendica (art. 948), l'avente causa non avrà acquistato nulla. D'altra parte, se la cosa era gravata da diritti reali (usufrutto, servitù, ecc.) o da garanzie reali di terzi (pegno, ipoteca), essa si trasferisce dal dante causa all'avente causa continuando ad essere gravata dai medesimi diritti altrui. (...) Conseguenza del titolo originario dell'acquisto è che la proprietà si acquista, a differenza di quanto accade nei modi di acquisto a titolo derivativo, libera da ogni diritto altrui che avesse gravato il precedente proprietario. Onde l'acquisto della proprietà a titolo originario, oltre che

Enunciadas las categorías relatadas y justificada su importancia, pasemos ahora analizar en cuál de ellas encaja la transmisión que tiene lugar mediante venta judicial.

### **2.1.2. La naturaleza derivativa de la transmisión operada mediante venta judicial: una cuestión aparentemente resuelta con carácter expreso en Italia, que se deduce del conjunto del Ordenamiento Jurídico español (elementos decisivos para tal deducción)**

#### **2.1.2.1. La naturaleza derivativa de la transmisión en Derecho italiano**

Como ponemos de manifiesto en la rúbrica del presente epígrafe, la naturaleza originaria o derivativa de la transmisión que se opera mediante la venta judicial es una cuestión expresamente resuelta en **Italia**, concretamente en el artículo 2919, *ab initio* del CC italiano. Lo cual no quiere decir que la situación sea tan clara como aparentemente se presenta en base a la rúbrica del precepto que seguidamente relatamos, ya que existen una serie de excepciones de enorme importancia que ponen en tela de juicio la proclamada naturaleza de la transmisión. Analicemos el artículo 2919 del CC italiano, adentrémonos en las posiciones doctrinales precedentes que dieron lugar al mismo y detallemos las anunciadas y llamativas excepciones con las que cuenta.

Dispone el referido precepto en su parte inicial que «la venta judicial transfiere al adquirente los derechos que sobre la cosa correspondiesen a aquel que hubiese sufrido la ejecución»<sup>792</sup>; esto es, se proclama con toda claridad que la transmisión del derecho objeto de venta judicial es de naturaleza derivativa, en la medida en que el adjudicatario recibirá el derecho en el mismo estado (con sus mismos derechos anejos y cargas) en que se encontrase en manos del deudor ejecutado al tiempo del inicio de la ejecución dineraria.

Debe destacarse que la tajante afirmación llevada a cabo por el artículo 2919 del CC italiano supone una novedad absoluta en el panorama jurídico italiano, pues en el CC italiano de 1865 no existía precepto análogo, en consonancia con la ausencia regulatoria de los aspectos sustantivos de la venta judicial que caracterizaba a esta normativa pretérita. En efecto, bajo la vigencia del CC italiano de 1865 la cuestión de la naturaleza originaria o derivativa de la transmisión operada mediante venta judicial resultaba ciertamente controvertida, como consecuencia de la existencia de dos preceptos contradictorios en el

---

determinare l'estinzione del diritto del precedente proprietario, fa estinguere anche i diritti reali e le garanzie reali in precedenza costituiti sulla cosa».

<sup>792</sup> Traducción realizada por el autor de este trabajo. El tenor literal del art. 2919 del CC italiano es el que sigue: «La vendita forzata trasferisce all'acquirente i diritti che sulla cosa spettavano a colui che ha subito l'espropriazione salvi gli effetti del possesso di buona fede. Non sono però opponibili all'acquirente i diritti acquistati da terzi sulla cosa, se i diritti stessi non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori intervenuti nell'esecuzione».

seno del *Codice di Procedura Civile* de la época: el art. 686 del CPC italiano, en materia de ejecución inmobiliaria parecía abogar por la naturaleza derivativa de la transmisión, mientras que el art. 648 aparentaba proclamar el carácter originario de la misma. La doctrina, por su parte, partiendo de estos contradictorios datos normativos no era ajena a la controversia, existiendo autores partidarios de ambas posturas<sup>793</sup>, si bien con una tendencia mayoritaria a la afirmación de la naturaleza derivativa de la transmisión<sup>794</sup>.

Como decimos, con el CC de 1942 la controversia anterior queda superada, a través del susodicho artículo 2919, en el que se afirma con total claridad, existiendo ya unanimidad en el seno de la doctrina y jurisprudencia italiana al respecto, el indudable carácter derivativo de la transmisión que tiene lugar mediante la venta judicial<sup>795</sup>. El deudor ejecutado ve

---

<sup>793</sup> Como partidario de la naturaleza originaria de la transmisión por venta judicial bajo la vigencia del CC italiano de 1865 puede destacarse señaladamente a SATTA, S., «L'esecuzione forzata», en VASALLI, F. (Dir.), *Trattato di Diritto Civile*, Vol. XV, 4ª Edición, Torino, 1963, p. 192; mientras que en apoyo al carácter derivativo de la transmisión mediante venta judicial puede indicarse por todos a PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e Diritto sostanziale...*, cit., p. 312: «Si tratta di un trasferimento di diritto, e quindi, sulla base della medesima causa, di una perdita in capo al debitore esecutato, e di un acquisto in capo al terzo offerente ai pubblici incanti. Si può senz'altro parlare di acquisto derivativo: il diritto traspassa nella sua integrità, cum omni causa, e con tutte le limitazioni che lo riguardano; al terzo offerente viene trasmesso quanto spetta al debitore espropriato (...)».

<sup>794</sup> MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata»..., cit., p. 273: «Il problema della natura dell'acquisto, se originario o derivativo, ha costituito l'oggetto di interminabili dispute prima dell'entrata in vigore del codice civile del 1942. La materia era regolata allora da due norme del codice di rito (l'art. 686, in tema di vendita immobiliare e l'art. 648, in tema di vendita mobiliare), le quali, almeno *prima facie*, si ispiravano rispettivamente agli opposti principi della derivatività e della originarietà. La dottrina, d'altro canto, quando non addirittura paga di una interpretazione meramente letterale, tendeva a far discendere la configurazione giuridica dell'acquisto da una più ampia opzione dogmatica circa il carattere della vendita forzata».

<sup>795</sup> La generalidad de la mejor doctrina italiana coincide sin excepción en destacar el carácter derivativo de la transmisión que tiene lugar mediante la venta judicial, pudiendo destacarse a este respecto fundamentalmente a los siguientes autores: MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata»..., cit., pp. 273 y 274: «L'art. 2919 CC risolve ora esplicitamente il problema, attribuendo all'acquisto natura derivativa. L'intervento del legislatore ha così consentito il formarsi di un indirizzo pressoché pacifico in dottrina e soprattutto in giurisprudenza, che ritiene l'acquisto governato dal principio *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*». También MICHELI, G. A., «Esecuzione forzata», en SCIALOJA, A., BRANCA, G. (Coordinadores), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1964, p. 113: «L'articolo in esame, nell'intento di unificare gli effetti della vendita forzata, a seconda che quest'ultima si riferisca ad una espropriazione mobiliare od immobiliare, ha formulato chiaramente il principio generale, secondo il quale la vendita forzata trasferisce all'acquirente i diritti che sulla cosa spettavano a colui che ha subito l'espropriazione forzata, salvi gli effetti del possesso di buona fede. Trova, pertanto, applicazione generale il principio, enunciato nel dittero: «*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*». Igualmente, CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata», en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XXXII, Tomo II, Roma, 1994, p. 8: «L'art. 2919 CC stabilisce che "la vendita forzata trasferisce all'acquirente i diritti che sulla cosa spettavano a colui che ha subito l'espropriazione, salvi gli effetti del possesso di buona fede". Codifica quindi il principio generale per cui *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, ossia proclama il carattere derivativo dell'acquisto, che già la dottrina formatasi nel vigore della legislazione 1865 aveva un prevalenza sostenuto utilizzando varie norme del CPC dell'epoca». Coincidiendo en esta misma aseveración, MAZZARELLA, F., voz «Vendita forzata»..., cit., p. 580: «(...) Nella prima parte dell'articolo si vuol vedere una conferma della natura derivativa dell'acquisto da parte dell'aggiudicatario (...)». Asimismo, TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata»..., cit., p. 666: «Anche la vendita forzata, come quella volontaria, risponde al principio "*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*": l'acquisto dell'aggiudicatario possiede, cioè, carattere derivativo (...)». En el mismo sentido, PATTI, A., «Effetto traslativo nella vendita immobiliare ed obbligo di custodia», en *Il Fallimento*, N° 10, 1995, pp. 1013 y ss.: (...) «Appare ormai acquistata, dopo l'introduzione dell'art. 2919 Codice Civile, la natura lato

agredido su derecho que necesita ser convertido en dinero a través de la venta judicial, de modo que lo que se transmite es precisamente ese mismo derecho; la pérdida del derecho por parte del deudor tiene una plena correspondencia con la adquisición del mismo por parte del adjudicatario. El derecho pasa de un sujeto a otro, *a priori*, con los mismos accesorios, cargas y limitaciones, no surgiendo *ex novo* de manera immaculada como ocurriría de tratarse de una transmisión de naturaleza originaria. Desde esta perspectiva, más allá del distinto origen de las figuras en presencia (proceso de ejecución en un caso y contrato en otro, respectivamente) no existe distinción alguna entre la venta judicial y la compraventa contractual: en ambas la transmisión del derecho objeto de venta se produce de manera derivativa del transmitente al adquirente<sup>796</sup>.

---

sensu derivativa dell'acquisto, seppure con gli opportuni temperamenti (...)). Igualmente, SALETTI, A., «Tecniche ed effetti delle vendite forzate immobiliari», en *Rivista di Diritto Processuale*, fasc. 4, 2003, p. 1058: «Il carattere derivativo della vendita forzata è oggi chiaramente sancito». De la misma forma, CAPPONI, B., *Manuale di Diritto dell'esecuzione civile...*, cit., p. 317: «È dunque vero che tendenzialmente il principio cui risponde la vendita forzata è quello dell'acquisto a titolo derivativo, ma con le sensibili diversità giustificate dalla natura "pubblicistica" dell'istituto, la cui ratio è soprattutto nell'assicurare la tutela del terzo acquirente che deve avere la garanzia di aver acquistato "bene"». Del mismo modo, MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di diritto processuale civile*, Vol. III..., cit., p. 64: «C'è, comunque, un acquisto a titolo derivativo per effetto di una vendita effettuata dall'organo giurisdizionale (...)). Finalmente, también PENASA, L., «Commentario al articolo 2919 del Codice Civile», en CIAN, G., TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, 2012, p. 3712: «L'acquisto da parte dell'aggiudicatario di un bene sottoposto ad esecuzione forzata o facente parte della massa fallimentare, pur verificandosi indipendentemente dalla volontà del precedente proprietario e ricollegandosi, rispettivamente, ad un provvedimento del giudice dell'esecuzione o del giudice delegato al fallimento, ha natura di acquisto a titolo derivativo, e non originario, in quanto si traduce nella trasmissione dello stesso diritto del debitore esecutato o del fallito (...)).

En el seno de la jurisprudencia italiana también existe unanimidad sobre la naturaleza derivativa de la transmisión mediante venta judicial, pudiendo destacarse al respecto, entre otras, a las siguientes sentencias de la Corte di Cassazione: Cass., n. 2274 del 1969; Cass., n. 1299 del 1977; Cass., n. 5888 del 1982; Cass., n. 443 del 1985; Cass., n. 15503 del 2000; en todas y cada una de las cuales se evidencia como la adquisición de un bien por parte del adjudicatario en sede de ejecución dineraria, al margen de tratarse de una transmisión que sea independiente de la voluntad del precedente propietario, tiene naturaleza derivativa, en cuanto que se produce la transmisión del mismo derecho del deudor ejecutado. Así lo expresa con total claridad PAPAGNI, V., «L'acquisto di un bene in sede di esecuzione forzata ha natura derivativa», en *Diritto e Giustizia*, N° 1, 2010, consultado en la base de datos <http://www.dejure.giuffre.it> [fecha de consulta: 11 de octubre de 2013], p. 1: «La Seconda sezione della Suprema Corte, richiamando diversi precedenti (...) evidenzia come l'acquisto di un bene da parte dell'aggiudicatario in sede di esecuzione forzata, pur essendo indipendente dalla volontà del precedente proprietario ricollegandosi ad un provvedimento del giudice dell'esecuzione, ha natura di acquisto a titolo derivativo e non originario, in quanto si traduce nella trasmissione dello stesso diritto del debitore esecutato».

<sup>796</sup> MICHELI, G. A., «Esecuzione forzata»..., cit., p. 115, coincide en destacar que el diverso origen con el cuenta la venta judicial respecto de la compraventa contractual no excluye la naturaleza derivativa de la transmisión operada mediante venta judicial: «L'atto dello Stato, mediante il quale si effettua il trasferimento, non rompe il nesso che caratterizza l'acquisto a titolo derivativo, ma serve solo a qualificare il trasferimento, a distinguerlo, cioè, dai normali trasferimenti che ripetono la loro causa nella volontà dei titolari del diritto sulla cosa». Destaca la identidad existente entre la venta judicial y la compraventa contractual en lo que a la naturaleza derivativa de la transmisión se refiere CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata»..., cit., p. 8: «Sussiste pertanto una nota di piena coincidenza tra vendita forzata e compravendita volontaria (...)). En último sentido también MICHELI, G. A., «Esecuzione forzata»..., cit., p. 115: «L'acquirente si trova, dunque, nella condizione di qualunque terzo il quale abbia acquistato un bene attraverso una vendita volontaria, e pertanto con tutti i diritti che spettavano al suo dante causa, in quanto quelli, naturalmente, fossero trasmissibili».



No obstante, este proclamado carácter derivativo de la transmisión operada mediante venta judicial no es tan claro como parece en el Ordenamiento italiano. Y no lo es, porque existen una serie de supuestos en los que se contradice la aparente naturaleza derivativa de la referida transmisión. El primero de estos supuestos en los que se excepciona o contradice el carácter derivativo de la adquisición llevada a cabo a través de la venta judicial se contiene en el propio artículo 2919 del CC italiano en el que la naturaleza derivativa viene afirmada. En efecto, el art. 2919 del CC italiano, después de establecer que la venta judicial transfiere al adquirente los derechos que sobre la cosa correspondiesen a aquel que hubiese sufrido la ejecución, acto seguido pronuncia dos claras excepciones a esta afirmación general: en primer lugar, no se transmiten los efectos de la posesión de buena fe y lo que es aún más llamativo, no resultan oponibles al adjudicatario aquellos derechos de terceros que resulten inoponibles al acreedor embargante o a los acreedores intervinientes (incluso aquellos que sean anteriores a la transmisión, que *a priori* deberían resultar oponibles al adquirente)<sup>797</sup>. De tratarse de una adquisición puramente derivativa, tanto los efectos de la posesión de buena fe, cuanto los derechos a favor de terceros que pasasen sobre el derecho objeto con anterioridad a la transmisión del derecho (con independencia de que puedan o no hacerse valer frente a los acreedores embargantes o intervinientes) deberían resultar oponibles al adjudicatario<sup>798</sup>. Lejos de ser así, se introduce esta importante derogación del carácter derivativo de la transmisión, poniéndolo en tela de juicio y cuya justificación parece venir dada por la compleja naturaleza de la venta judicial, la cual, como hemos demostrado, difiere

---

<sup>797</sup> Traducción realizada por el autor del presente trabajo, partiendo del tenor literal siguiente: «Non sono però opponibili all'acquirente i diritti acquistati da terzi sulla cosa, se i diritti stessi non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori intervenuti nell'esecuzione».

<sup>798</sup> La generalidad de la doctrina italiana destaca estos supuestos como casos de clara derogación del proclamado carácter derivativo de la transmisión que tiene lugar mediante la venta judicial, pudiendo destacarse a este respecto a los siguientes reputados autores: MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata»..., *cit.*, p. 274: «Sotto questo profilo, appaiono sicuramente più insidiosi (...) l'opponibilità all'aggiudicatario dei soli diritti acquistati da terzi sulla cosa che siano anche opponibili al creditore pignorante ed ai creditori intervenuti nell'esecuzione (art. 2919 CC). (...) Va detto che essa vale a mettere al riparo l'aggiudicatario da una serie di atti di disposizione che a lui sarebbero stati opponibili alla stregua del principio della derivatività dell'acquisto: cioè a dire, le alienazioni anteriori alla vendita forzata ma successive al pignoramento e le altre alienazioni, ancorché anteriori al pignoramento, dichiarante inefficaci nei confronti dei creditori dall'art. 2914 CC». Así mismo, MAZZARELLA, F., voz «Vendita forzata»..., *cit.*, pp. 580: «(...) Nella prima parte dell'articolo si vuol vedere una conferma della natura derivativa dell'acquisto da parte dell'aggiudicatario, la seconda parte ne reduce considerevolmente la portata introducendo nella catena traslativa, come passaggio di un diritto di un soggetto ad un altro, la figura autonoma del creditore con funzione determinante rispetto all'acquisto». También TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata»..., *cit.*, p. 667: «Infatti, l'art. 2919 appena dopo aver stabilito che la vendita forzata trasferisce all'acquirente i diritti che sulla cosa spettavano a colui che ha subito l'espropriazione, sancisce l'inopponibilità all'aggiudicatario dei diritti dei terzi che non abbiano effetto in pregiudizio del creditore pignorante e degli intervenuti: viene in tal modo manifestato quel continuum che, anche sul piano sostanziale, lega il pignoramento alla vendita forzata come strumenti con i quali si attua l'espropriazione del debitore». Del mismo modo, PATTI, A., «Effetto traslativo nella vendita immobiliare ed obbligo di custodia»..., *cit.*, pp. 1013 y ss.: «D'altro canto, tale acquisto mantiene caratteri di specificità propria, essenzialmente rinvenibili nel regime di inopponibilità anche all'acquirente dei diritti (diversamente opponibili) previsti dall'art. 2919 ultima parte CC, per l'inserzione nella catena traslativa della figura autonoma del creditore con funzione determinante rispetto all'acquisto (...)».

enormemente de la venta contractual, de ahí que el carácter derivativo en una y otra figura opere de manera igualmente distinta<sup>799</sup>. También se amparan estas excepciones aludiendo agudamente a que la transmisión por venta judicial no sólo es derivativa respecto del deudor ejecutado, sino también respecto del acreedor, sujeto que asume un papel protagonista en el *iter* procedimental que conforma complejamente la venta judicial<sup>800</sup>.

El último y más importante de los supuestos que supone una clara contradicción a la proclamada naturaleza derivativa de la transmisión por venta judicial lo constituye el modo absoluto con el que opera el efecto purgativo en la venta judicial en Italia<sup>801</sup>, tal y como se desprende del art. 586, párrafo primero *in fine* del CPC italiano<sup>802</sup>. Ciertamente, conforme al citado precepto, con el denominado «*decreto di trasferimento*» se ordena la cancelación de todas las anotaciones de embargo (transcritos, conforme al sistema registral italiano) e inscripciones hipotecarias que pesen sobre el inmueble subastado, tanto las anteriores como las posteriores a la traba del embargo, salvo aquellas que se refieran a obligaciones asumidas con carácter expreso por el adjudicatario<sup>803</sup>. Esto es, transmitido el derecho objeto de venta

---

<sup>799</sup> Así lo destaca MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata»..., *cit.*, p. 275, quien llega a calificar la naturaleza de la transmisión operada por venta judicial como una «transmisión derivativa *sui generis*», no equiparable plenamente al carácter derivativo de la adquisición mediante venta contractual: «La sanzione normativa della natura dell'acquisto non può far trascurare, in altre parole, che trattasi comunque di una derivatività *sui generis* sottoposta a vistosi limiti, che obbedisce alla logica propria del procedimento esecutivo. (...) L'atteggiamento del legislatore conferma, in altre parole, che il richiamo al principio della derivatività non può in ogni caso spingersi fino a riprodurre in tutte le sue implicazioni il modello consensuale (...)».

<sup>800</sup> Así lo apunta MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata»..., *cit.*, pp. 274 y 275: «La posizione giuridica dell'aggiudicatario –si è annotato suggestivamente– non è derivativa soltanto rispetto al debitore, ma anche rispetto al creditore (...)».

<sup>801</sup> Cuando hablamos de «efecto purgativo», nos estamos refiriendo al régimen jurídico de subsistencia o cancelación de las cargas y gravámenes que pesan sobre el bien al tiempo de celebrarse la venta judicial; que se erige en uno de los efectos fundamentales que se desprenden de la venta judicial junto al efecto traslativo.

<sup>802</sup> MAZZARELLA, F., voz «Vendita forzata»..., *cit.*, p. 581, destaca que el *modus operandi* del efecto purgativo de la venta judicial en Italia se opone claramente a la declarada naturaleza derivativa de la transmisión: «Sicuramente deroga al principio derivativo suona il cosiddetto effetto purgativo della vendita forzata, in base al quale questa pone nel nulla le ipoteche, i pegni, e i privilegi speciali sulla cosa venduta». En el mismo sentido puede también verse a CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata»..., *cit.*, p. 8: «Un temperamento al carattere derivativo, sussiste e si manifesta nel c. d. effetto purgativo della vendita forzata. I diritti reali di garanzia gravanti sul bene venduto si estinguono comunque, siano i relativi creditori intervenuti nell'esecuzione oppure rimasti estranei». Igualmente, SALETTI, A., «Tecniche ed effetti delle vendite forzate immobiliari»..., *cit.*, p. 1058: «Il carattere derivativo della vendita forzata è oggi chiaramente sancito. Ad esso il sistema ha derogato da un lato sancendo la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie (...)».

<sup>803</sup> Traducción realizada por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 586, párrafo primero del CPC italiano es el siguiente (siendo el fragmento resaltado en negrita el que nos interesa a los efectos del modo en que opera la purgación de las cargas en la ejecución dineraria en Italia): «Avvenuto il versamento del prezzo, il giudice dell'esecuzione può sospendere la vendita quando ritiene che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto, ovvero pronunciare decreto col quale trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato, ripetendo la descrizione contenuta nell'ordinanza che dispone la vendita, e **ordinando che si cancellino le trascrizioni dei pignoramenti e le iscrizioni ipotecarie, se queste ultime non si riferiscono ad obbligazioni assuntesi dall'aggiudicatario a norma dell'articolo 508**. Il giudice con il decreto ordina anche la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie successive alla trascrizione del pignoramento».

judicial, tiene lugar la cancelación de todas y cada una de las cargas y gravámenes que pesen sobre el mismo, con independencia de que sean anteriores o posteriores al embargo<sup>804</sup>. Efecto purgativo absoluto que resulta más coherente con la naturaleza originaria de la adquisición que con su anunciado carácter derivativo, que debería traer como consecuencia la subsistencia de todas y cada una de las cargas y gravámenes anteriores que pesen sobre el derecho objeto de venta.

El efecto purgativo absoluto que trae consigo la venta judicial en los términos expuestos llama poderosamente la atención porque no se llega a entender cómo casa con el régimen sustantivo de prelación de créditos que parece pasarse por alto con este modo de actuar. Las cargas anteriores son preferentes en base a un criterio temporal y existen cargas posteriores que también pueden serlo desde un punto de vista sustantivo, ¿dónde queda pues este carácter preferente en el seno de la ejecución forzosa? Este escenario claramente contradictorio tiende a superarse en base a la afirmación de que cada uno de los acreedores preferentes tendrán la posibilidad de hacer valer su preferencia mediante su intervención en el proceso de ejecución dineraria, asumiendo la posición de «acreedores intervinientes»<sup>805</sup>, figura inexistente en el Ordenamiento español a cuyo estudio dedicamos particular atención en el capítulo concerniente a los sujetos de la venta judicial. Es más, debemos recordar en este punto, que los titulares de créditos preferentes cuya preferencia constase en un registro público deben ser notificados preceptivamente por parte del acreedor embargante a los efectos de la validez de la tramitación procesal del proceso de ejecución dineraria<sup>806</sup> (*ex art. 498 del CPC italiano*<sup>807</sup>). La preferencia se respeta, se dice, aunque estableciendo como

---

<sup>804</sup> Coinciden en afirmar el carácter absoluto con el que opera el efecto purgativo de la venta judicial en Italia la generalidad de la mejor doctrina italiana: BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»..., *cit.*, p. 62: «La vendita e l'assegnazione forzata implicano, oltre all'efficacia traslativa (...) anche un'efficacia estintiva di tutti i vincoli di carattere processuale, e di tutto i diritti di prelazione processuale e sostanziale, che gravano sul bene pignorato». En el mismo sentido, MICHELI, G. A., «Esecuzione forzata»..., *cit.*, p. 116: «Dal sistema dell'espropriazione, quale si evince dal codice di rito, risulta chiaro che la vendita forzata ha per conseguenza la purgazione del bene pignorato dai privilegi, dal pegno o dalle ipoteche da cui essi fossero gravati. È possibile, ad ogni modo, che l'aggiudicatario concordi con il creditore, pignoratizio, privilegiato od ipotecario, previa autorizzazione del giudice dell'esecuzione, l'assunzione del debito con le garanzie ad esso inerenti, liberando il debitore (art. 508, 585 2° comma CPC)». También TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata»..., *cit.*, p. 667: «Con il decreto di trasferimento dell'immobile il g. e. ordina che si cancellino le trascrizioni dei pignoramenti e le iscrizioni ipotecarie, a meno che queste non si riferiscano a obbligazioni assunte dall'aggiudicatario a norma dell'art. 508 CPC. È il cosiddetto effetto purgativo della vendita: il bene deve giungere all'acquirente mondo da ogni vincolo pregiudizievole, da pignoramenti, sequestri, pegni, ipoteche, privilegi speciali (...)».

<sup>805</sup> MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata»..., *cit.*, pp. 282 y 283: «La legge offre ai creditori iscritti la possibilità di evitare il prodursi a loro danno dell'effetto purgativo mediante intervento nel processo di esecuzione (...)».

<sup>806</sup> MAZZARELLA, F., voz «Vendita forzata»..., *cit.*, p. 581: «Ai creditori ipotecari iscritti è data la possibilità di evitare la purgazione intervenendo nel processo esecutivo; e, appunto, per questo è previsto l'obbligo per il creditore procedente (non parleremmo di semplice onere) di avvertire dell'espropriazione i creditori con diritto di prelazione risultanti dai pubblici registri».

<sup>807</sup> El tenor literal del art. 498 del CPC italiano es el siguiente: «Debbono essere avvertiti dell'espropriazione i creditori che sui beni pignorati hanno un diritto di prelazione risultante da pubblici registri. A tal fine è

carga por parte del acreedor el ejercicio de la misma, haciendo valer su eficacia mediante su preceptiva intervención en el proceso de ejecución dineraria en concepto de acreedor interviniente. En definitiva, se viene a afirmar por parte de autorizadas voces doctrinales que el modo absoluto en que opera el efecto purgativo en la venta judicial no supone un punto de ruptura del carácter derivativo de la adquisición, sino una simple medida de política legislativa cuya meta es la de hacer más apetecible la venta judicial<sup>808</sup>.

Esta es la interpretación prácticamente unánime que puede encontrarse en el seno del panorama doctrinal italiano, en el sentido de reafirmar la absolutidad con la que opera el efecto purgativo en la venta judicial, cancelando todas y cada una de las cargas que pesen sobre el bien, con independencia de que sean incluso anteriores a la traba del embargo. No obstante, sí debe destacarse la existencia de voces discrepantes acerca de la interpretación mayoritaria anterior, que reputamos como mucho más razonables y coherentes con el predicado carácter derivativo de la transmisión llevada a cabo mediante la venta judicial. Nos estamos refiriendo fundamentalmente a CAPPONI, célebre procesalista italiano, quien se plantea esta cuestión al hilo de la siguiente pregunta: ¿qué ocurre en el caso en que el tercero haya transcrito su derecho antes de la traba del embargo? Las posibilidades que cabrían serían principalmente dos, a saber, considerar que el efecto purgativo también abarcaría su derecho, de modo que sólo le restaría reclamar el correspondiente resarcimiento del daño sufrido al acreedor embargante; o sostener que el efecto purgativo no alcanza a este derecho adquirido y transcrito con anterioridad a la traba del embargo por el que se despacha la ejecución, resultando plenamente oponible al adjudicatario. CAPPONI se muestra partidario de esta segunda postura, que parece ser la que se deduce a *sensu contrario* de lo dispuesto en el art. 2914. 1 del CC, en relación con el art. 2919 del CC italiano. El art. 2914. 1 del CC italiano dispone que no serán oponibles a los acreedores embargantes ni a los acreedores intervinientes los actos de disposición transcritos con posterioridad a la transcripción del embargo; mientras que el art. 2919 del CC italiano, como ya hemos tenido ocasión de ver previamente, establece la inoponibilidad frente al adjudicatario de los derechos inoponibles

---

notificato a ciascuno di essi, a cura del creditore pignorante ed entro cinque giorni dal pignoramento, un avviso contenente l'indicazione del creditore pignorante, del credito per il quale si procede, del titolo e delle cose pignorate. In mancanza della prova di tale notificazione, il giudice non può provvedere sull'istanza di assegnazione o di vendita».

<sup>808</sup> Así lo afirma expresamente BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»..., *cit.*, p. 64: «Inoltre, l'effetto estintivo, qui all'esame, non spezza in sé e per sé il nesso fra il diritto alienato e quello acquistato, ma si limita a depurare il primo dalle garanzie con le correlative prelazioni, che non siano state fatte valere: a mio parere, dal punto di vista della politica legislativa la norma non costituisce altro che una delle tante provvidenze, volte a rendere più appetibile l'acquisto alla vendita forzata. Sotto il profilo strettamente giuridico, poi, si pone come una sorte di onere a carico del creditore iscritto, che non può disinteressarsi dei beni, che costituiscono la garanzia specifica del proprio credito, mentre la derivatività del trasferimento coattivo risulta soltanto limitata per quel che concerne le garanzie stesse, ma non certo eliminata». En este mismo sentido también TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata»..., *cit.*, p. 667: «(...) Il bene deve giungere all'acquirente mondo da ogni vincolo pregiudizievole, da pignoramenti, sequestri, pegni, ipoteche, privilegi speciali, sì che l'oggetto subastato possa risultare davvero appetibile per il pubblico».

al acreedor embargante y a los acreedores intervinientes. Esto es, poniendo ambos preceptos en relación, puede llegarse a la conclusión de que los actos de disposición transcritos con posterioridad al embargo resultan igualmente inoponibles al adjudicatario. Si se lleva a cabo una interpretación a contrario de los extremos anteriores, resulta a su juicio meridianamente claro que los actos dispositivos transcritos con anterioridad a la traba del embargo son, sin excepción alguna, claramente oponibles tanto al acreedor embargante, cuanto al adjudicatario. De lo contrario el tercero en discordia, titular del derecho adquirido y transcrito con anterioridad al embargo quedaría en una clara e injustificada situación de indefensión<sup>809</sup>.

Esto por lo que respecta a la naturaleza derivativa de la transmisión operada mediante venta judicial en el Ordenamiento Jurídico italiano, extremo que como hemos comprobado queda declarado con carácter expreso en el art. 2919 del CC italiano, pero que seguidamente es objeto de diversas derogaciones por parte del propio art. 2919 del CC italiano (al no resultar transmisible la posesión de buena fe, ni ser oponibles los derechos de terceros inoponibles al acreedor embargante o a los acreedores intervinientes), así como por el modo de operar del efecto purgativo en la venta judicial (con carácter absoluto, incluso respecto de aquellas cargas que sean anteriores al embargo).

#### 2.1.2.2. La naturaleza derivativa de la transmisión en Derecho español

Veamos ahora el estado de la cuestión en el **Ordenamiento Jurídico español**: ¿se declara al igual que en Italia el carácter derivativo de la transmisión que tiene lugar mediante la venta judicial? En caso contrario, ¿de qué aspectos del conjunto del Ordenamiento puede deducirse la naturaleza de dicha transmisión?

Lo primero que debemos destacar es que en España, a diferencia de Italia, no existe precepto alguno en el que se disponga con carácter expreso cuál sea la naturaleza de la transmisión operada mediante venta judicial. No encontramos un precepto parangonable al art. 2919 del CC italiano en el seno del Ordenamiento español. Pero ello no debe inducirnos

---

<sup>809</sup> CAPPONI, B., *Manuale di Diritto dell'esecuzione civile...*, cit., pp. 319 y 320: «C'è tuttavia da chiedersi cosa avvenga nel caso in cui il terzo abbia regolarmente trascritto un titolo prima del pignoramento, e se la sua posizione sia destinata a soccombere dinanzi a quella dell'aggiudicatario. Le alternative possibili sono nel senso che il terzo potrebbe agire nei confronti del creditore precedente per il risarcimento del danno, oppure far valere il suo diritto nei confronti dell'aggiudicatario. Ci sembra corretta la seconda alternativa, a ciò indotti da un argomento a contrario desumibile dall'art. 2914, n. 1) CC letto in collegamento con l'art. 2919 CC: se infatti sono inopponibili gli atti di disposizione trascritti successivamente al pignoramento e se questa inopponibilità, e non altra, si estende all'acquirente, sembra inevitabile dedurre che gli atti trascritti anteriormente sono senza eccezioni opponibili (non solo al pignoramento, ma anche) all'aggiudicatario e che i diritti nascenti da tali atti potranno essere fatti valere anche fuori dal processo espropriativo (e non necessariamente con l'opposizione di terzo). Se così non fosse, il sistema avrebbe una vistosa lacuna che probabilmente condurrebbe ad una lesione del diritto di difesa: manca infatti un meccanismo che renda necessario avvertire il terzo, che abbia trascritto il suo titolo prima del pignoramento».

a equívoco, porque la naturaleza de esta transmisión sí puede deducirse con cierta precisión de diversos aspectos que se extraen del conjunto del Ordenamiento español; hasta el punto de poder aventurarnos en el sentido de anticipar que este concreto carácter resulta aún más claro si cabe que en Italia, pues contamos con muy pocas derogaciones o excepciones al mismo.

En España la generalidad de la doctrina, por los motivos que ahora se expondrán, afirma que la transmisión que se opera mediante la venta judicial tiene naturaleza derivativa, en la medida en que el derecho que se transmite al adjudicatario es el mismo que pertenece al deudor ejecutado: con sus mismos accesorios y sus mismas cargas y gravámenes<sup>810</sup>. Esto

---

<sup>810</sup> Declaran expresamente la naturaleza derivativa de la venta judicial, entre otros, fundamentalmente los siguientes autores (nótese que lo hacen en base a argumentos plenamente distintos): GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 114: «Dentro de la división clásica de los modos de adquirir en originarios y derivativos, la enajenación forzosa tiene carácter derivativo, y en este sentido se pronuncia la jurisprudencia. El adquirente se encuentra respecto a la cosa en la misma situación jurídica que su anterior e inmediato dueño, requisito que caracteriza la adquisición como derivativa». SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., pp. 205 y 206, aunque en base a su errónea calificación contractual de la venta judicial: «Si la enajenación forzosa supone la celebración de un contrato procesal en que como transmitente figura el Juez ejecutor que ejercita la potestad jurisdiccional ejecutiva, habilitado por la Ley, a través del despacho de la ejecución y del embargo de un bien inmueble, para transmitir el dominio de éste, actuando en sustitución del ejecutado, la adquisición del rematante será, lógicamente derivativa. (...) Calificación, por lo demás, confirmada por la doctrina científica y legal, que viene declarando que la enajenación judicial forzosa da lugar a una adquisición derivativa y no concede al comprador facultades o privilegios diferentes de los ordinarios (SSTS de 20 de diciembre de 1910), y que, estando la finca enajenada gravada con una servidumbre, aunque la escritura de venta se omitiese hacer declaraciones acerca de la misma, el rematante adquirió el inmueble con tal servidumbre que se considera subsistente (STS de 6 de julio de 1924)». Igualmente, LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «El efecto traslativo de la adjudicación en la subasta en el caso ejecución dineraria tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (Coordinadores), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. II, Murcia, 2004, p. 2859: «El efecto traslativo de la adjudicación en la subasta no se sustrae a la regla general expresada por el principio *nemo plus iuris in aliis transferre potest quam ipse habet*. Es bien sabido que dicho principio indica que, en las transmisiones de derechos a título derivativo, la medida de lo adquirido es justamente la del conjunto de facultades y derechos en cabeza del titular originario; salvo que por la Ley se mantenga, en presencia de específicos requisitos, una adquisición del causahabiente en términos distintos a la de la titularidad de su causante (...). Asimismo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Tomo I, 4ª Edición, Madrid, 2001, p. 79, contempla esta adquisición como derivativa. Igualmente, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*, Granada, 1995, p. 280: «(...) Es obvio que la adquisición en subastas judiciales no es un acto originario de adquisición de los derechos, por lo que el propietario auténtico siempre puede hacer valer su propiedad en el juicio declarativo correspondiente». De la misma forma, MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., pp. 65: «La Ley de Enjuiciamiento Civil podía haber optado, al regular la forma de operar el mecanismo transmissivo previsto en estos procedimientos judiciales, entre que el Juez al aprobar el remate transmitiera el bien embargado por un acto de autoridad, creando una titularidad *ex novo*, dejando reducidas las posteriores reclamaciones del dueño anterior al embargo a meras pretensiones indemnizatorias; o por el contrario, como así ha sido, a juicio de prácticamente la unanimidad de la doctrina, optar por un sistema adquisitivo de carácter derivativo semejante al previsto para el contrato de compraventa, basado en las reglas romanas *nemo dat quod non habet*, o *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*».

Así lo ha proclamado igualmente la generalidad de la jurisprudencia española (también la denominada «jurisprudencia registral» emanada de la Dirección General de los Registros y del Notariado), pudiendo destacarse a estos efectos la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de julio de 1988 (RJ 1988, 6110), en la que se dispone lo siguiente: «La adquisición de un bien en virtud de enajenación judicial provocada por una ejecución forzosa es un supuesto de adquisición derivativa, porque el derecho del adquirente se funda en el derecho del anterior titular -el deudor ejecutado- y, por tanto, como en toda

es, la transmisión trae causa del deudor adjudicatario, existiendo una plena correspondencia entre la pérdida del derecho por parte de este último y la adquisición de ese mismo derecho a manos del adjudicatario, de manera que el contenido del derecho del adquirente va a depender plenamente del que tuviere el derecho del deudor ejecutado antecesor. La transmisión operada mediante venta judicial queda sometida, pues, al principio romano «*nemo plus iuris in aliis transferre potest quam ipse haberet*».

Y ¿en qué elementos podemos basar este carácter derivativo de la transmisión que tiene lugar mediante venta judicial? Ante la ausencia de un precepto legal que así lo disponga, son diversos los elementos del conjunto del Ordenamiento español (principalmente de nuestra Ley procesal) de los que puede deducirse esta naturaleza derivativa:

- El modo en que opera en España el efecto purgativo de la venta judicial, mucho más coherente con el susodicho carácter derivativo de la transmisión que en el caso de Italia.
- El fundamental artículo 594 de la LEC española, del que pueden extraerse esenciales conclusiones que van más allá de la simple proclamación de la validez del embargo trabado sobre cosa ajena.
- El régimen de saneamiento (concretamente por evicción) de la venta judicial previsto en el CC español, que es de los pocos extremos en los que nuestro codificador toma expresa consideración de la institución objeto de estudio (aunque con ciertas dudas interpretativas en torno a la extensión del saneamiento declarado al ámbito no sólo de los vicios ocultos, sino también de la evicción).

Analicemos cada uno de estos elementos por separado y constatemos lo que ya venimos anunciando: que todos ellos conducen a proclamar la indudable naturaleza derivativa de la transmisión llevada a cabo mediante venta judicial en el Ordenamiento español, con mayor claridad, si cabe, que en el Ordenamiento italiano (por muy paradójico que ello pudiera parecer, ante la presencia en Italia del art. 2919 del CC italiano en el que existe una declaración expresa acerca del particular).

---

adquisición derivativa, el contenido del derecho del adquirente (en este caso, el del rematante) depende de que tuviera el derecho del antecesor, ya que *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse sibi habet*. El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con sus bienes, pero no con los bienes ajenos y, en la medida que el bien embargado sufre cargas o derechos reales a favor de otras personas, es un bien ajeno al que no puede afectar un proceso en el que no ha sido llamado su titular o un acto en el que éste no ha sido parte».

**2.1.2.2.a) Primero de los elementos de los que deducimos la naturaleza derivativa de la transmisión operada mediante venta judicial en España: el efecto purgativo**

Resulta muy habitual que el derecho inmobiliario objeto de venta judicial esté gravado al tiempo de celebrarse con hipotecas, cargas reales u otras situaciones jurídicas anteriores y posteriores a la traba del embargo<sup>811</sup>. La suerte que deban correr estas cargas y gravámenes con ocasión de la venta judicial resulta enormemente ilustrativo acerca de la determinación del carácter originario o derivativo que ostenta la transmisión operada mediante venta judicial. Si afirmamos que la venta judicial trae consigo la cancelación de todas y cada una de las cargas y gravámenes que pesen sobre el bien, nos moveremos en el terreno de la naturaleza originaria de la adquisición, habida cuenta de que el derecho parecería nacer *ex novo* e immaculado; mientras que si abogamos por la subsistencia de las cargas anteriores, estaremos manejándonos en parámetros de una transmisión de carácter claramente derivativo, ya que el derecho pasaría al adjudicatario en el mismo estado en se encontrase en cabeza del ejecutado al tiempo de la traba del embargo. Es lo que se conoce como «efecto purgativo» de la venta judicial o subasta (uno de los principales efectos sustantivos que ésta trae consigo, junto al efecto traslativo y el extintivo del crédito ejecutado), cuya regulación en España ha seguido derroteros y criterios muy dispares en los últimos dos siglos. Hagamos una breve incursión en esta evolución normativa hasta llegar al régimen actualmente vigente, que es el que a nosotros interesa a los efectos de determinar la naturaleza originaria o derivativa de la transmisión operada mediante venta judicial.

Con la **LEC española de 1881 (en su redacción originaria)** se estableció un sistema de subsistencia de las denominadas cargas perpetuas (principalmente, los censos y servidumbres) y la cancelación de las cargas temporales, con independencia de que éstas fueran anteriores como de igual rango o posteriores a la del acreedor ejecutante. El importe de las cargas perpetuas, en las que debía subrogarse el rematante por quedar subsistentes, se deducía del importe del precio de remate<sup>812</sup>; mientras que el remanente de dicho precio se destinaba, en primer lugar, a satisfacer a los titulares de cargas anteriores y posteriores preferentes (que se decía que quedaban «purgadas», de ahí la denominación del efecto en cuestión), en segundo lugar, al acreedor ejecutante (o a prorrata, a todos y cada uno de los titulares de las eventuales cargas existentes de igual rango, que también quedaban extinguidas) y, por último, en caso de haber sobrante, se aplicaba a satisfacer a los titulares

---

<sup>811</sup> MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., pp. 184 y 185, quien analiza la operatividad del efecto purgativo de la venta judicial en España, en base tres cuestiones fundamentales: «a) Si dichas situaciones jurídicas subsisten o se extinguen tras la ejecución. b) Si las que subsisten han sido tenidas en consideración por el perito al hacer la tasación, si su importe debe ser deducido por el Secretario Judicial, o si por el contrario su valor debe ser descontado por el licitador al hacer la puja. c) Si el rematante se constituye o no en deudor de las obligaciones garantizadas con las cargas que deben subsistir».

<sup>812</sup> Nótese, que como bien indica MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., p. 187, «dentro de este sistema la tasación pericial del inmueble debía de atender a su valor real, bruto, prescindiendo de cualesquiera cargas».



de cargas posteriores no preferentes<sup>813</sup>. Este era el sistema de purgación de cargas que delimitaban los arts. 1511, 1515, 1517 y 1518 de la LEC de 1881, en su redacción originaria<sup>814</sup>.

Se trataba de un sistema reputado como el más seguro y simple para el adjudicatario, aunque no por ello exento de problemas para el resto de sujetos implicados en el proceso de ejecución dineraria, ya que los titulares de hipotecas podían ver cómo la garantía real de su crédito desaparecía tras la culminación de la ejecución, incluso sin haber quedado satisfechos íntegramente sus derechos; de ahí que constituyese un sistema objeto de duras críticas por parte de la doctrina de la época<sup>815</sup>.

El segundo momento destacable en esta evolución normativa en torno al sistema de liquidación de cargas y gravámenes que pesen sobre el derecho real inmobiliario objeto de venta judicial viene dado por la **Ley Hipotecaria española de 16 de diciembre de 1909** (que sustituía a la originaria de 1861), con la que se instauró un específico procedimiento

---

<sup>813</sup> SERRERA CONTRERAS, P. L., «La liquidación de cargas en el apremio de bienes inmuebles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 613, 1992, p. 2575 y 2576, expone con mucha claridad cuál era el sistema vigente con la redacción originaria de la LEC española de 1881: «Con referencia al importante problema que planteaban las cargas distintas de aquella que iba a la ejecución, la Ley de Enjuiciamiento Civil se inclinó por el sistema de purga o extinción. Con arreglo al mismo, con la ejecución consumada se extinguían tanto las cargas posteriores a la del juicio como las anteriores (con la excepción que después veremos). A tenor de ello, el precio consignado por el rematante se dedicaba para atender al pago de las cargas anteriores o preferentes al de la ejecutada y al de las posteriores. La excepción venía dada por aquellas cargas cual los censos y otras perpetuas, pues las mismas quedaban subsistentes. Por ello la Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez aprobado el remate, establecía el trámite de liquidación de cargas encomendado al Secretario. Éste fijaba el importe de aquellas cargas perpetuas y el mismo se deducía del precio a pagar por el rematante, conforme disponía el artículo 1.511 de la LEC». Del mismo modo, MORENO MURCIANO, H., «Cargas y gravámenes en las subasta judiciales de inmuebles», en *Revista Jurídica de Catalunya*, Nº 1, 2001, p. 303: «(...) El sistema de liquidación de cargas que era seguido antes de la reforma hipotecaria de 1909, al que respondía el art. 1516 (...) de la LEC, por el cual quedaban “extinguidas las hipotecas y gravámenes anteriores o preferentes (a excepción de los censos y cargas perpetuas) y, además, las posteriores de cualquier clase, destinándose el precio del remate a satisfacer a todas ellas...».

<sup>814</sup> CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2001, p. 486. Acerca del sistema de cancelación de cargas existente bajo la vigencia de la LEC de 1881 y su evolución, puede verse con enorme detalle a: a LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., pp. 293-301; igualmente, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., pp. 337 y ss.

<sup>815</sup> MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., pp. 187 y 188: «El sistema articulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 fue objeto de duras críticas porque la cancelación anticipada suponía alterar sin consentimiento ni intervención del acreedor hipotecario los términos de un contrato, esto es, la persistencia de cargas y gravámenes sobre la finca se hacía depender de un proceso de ejecución llevado entre otros. Además era posible que las cantidades que se obtuvieran no redundaran en beneficio de la ejecución llevada a cabo, suponía un mayor desembolso inmediato por parte del adquirente judicial, y era un sistema que suponía graves problemas para la propia administración de justicia que en ocasiones desconocía el importe que debía deducir del precio del remate, y se veía obligado a realizar determinadas consignaciones, retenciones (...). En este mismo sentido, LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., p. 294: «El sistema (...) ofrecía importantes inconvenientes para el desarrollo del crédito territorial, como ya había sido puesto de manifiesto por la doctrina de la época. Pues el titular de anteriores hipotecas a la ejecutada corría el riesgo de ver eliminada su garantía ante un posible resultado desfavorable de la subasta, y el acreedor preferente veía desaparecer la inversión de su capital».

judicial sumario de ejecución para el ámbito hipotecario que hacía más rápido y eficaz el proceso de ejecución hipotecaria, contenido en el art. 131 de la referida Ley Hipotecaria. En este precepto, se disponía que en los edictos, por los que se anunciaba la subasta, había de hacerse constar que las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes si los hubiere al crédito del actor continuarían subsistentes, entendiéndose que el rematante los aceptaba y quedaba subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin dedicarse el precio del remate a su extinción<sup>816</sup>.

A partir de ese momento comienzan a existir dos tipos de sistemas de liquidación de cargas plenamente distintos: el sistema de subsistencia de las cargas perpetuas y cancelación de las temporales (tanto anteriores como posteriores al embargo), para el procedimiento de apremio ordinario; y el sistema de subsistencia de cargas anteriores y preferentes y cancelación de las posteriores al crédito hipotecario ejecutado, para el supuesto del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria.

Con la **reforma de la Ley Hipotecaria española de 1944-46** se daba un paso más en esta evolución, comenzando a imperar un estado de confusión generalizada que no finaliza hasta la entrada en vigor de la vigente LEC española de 2000. En efecto, con la citada reforma de 1944-46, el párrafo segundo del art. 133 de la Ley Hipotecaria española extendía la aplicación de ese régimen propio de liquidación de cargas hasta entonces exclusivo del procedimiento de ejecución hipotecaria también al procedimiento de apremio ordinario<sup>817</sup>. Disponía a este respecto el párrafo segundo del artículo 131 de la Ley Hipotecaria española

---

<sup>816</sup> MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 340.

<sup>817</sup> Esta equiparación entre la ejecución hipotecaria y la ejecución ordinaria a los efectos del sistema de liquidación de cargas fue objeto de apreciables críticas, en la medida en que la forma en que se llevaba a cabo la tasación del inmueble subastado en uno y otro caso era plenamente distinta: mientras que en la ejecución hipotecaria se asignaba por los interesados un determinado valor al bien con carácter previo, en la ejecución ordinaria no existía un valor previo del bien, sino que se fijaba *a posteriori* por los correspondientes peritos; a este respecto puede verse a SERRERA CONTRERAS, P. L., «La liquidación de cargas en el apremio de bienes inmuebles»..., cit., pp. 2576 y 2577: «Podrá discutirse el acierto con que sistemáticamente la norma transcrita se encuadró en la Ley Hipotecaria. Desde luego, hubiera sido mucho más claro el haber dado nueva redacción a los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se inspiraban en el sistema de purga de todas las cargas no perpetuas, puesto que ahora se pasaba a un criterio de subsistencia de las cargas anteriores. Tal omisión y los muchos años de práctica en sentido distinto determinaron importantes vacilaciones en la doctrina y en la aplicación diaria de los Tribunales. Las dudas no se daban en el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria porque en éste era base esencial el que el precio a efecto de la subasta hubiera sido fijado previamente por los interesados, los cuales ya debían haber tenido en cuenta, para descontarlo de aquél, el importe de las cargas preferentes. En cambio, en las ejecuciones ordinarias no ocurría así. No existía un valor previo del bien, sino que el de subasta se fijaba en un momento del procedimiento mediante la oportuna valoración de los peritos. Y éstos el que tenían que señalar era el valor económico o de mercado del bien, esto es, con independencia de las cargas. (...) Exponía don Jerónimo González que en unos Juzgados eran los peritos los que, a ojo de buen cubero, calculaban el importe de las cargas preferentes; en otros, el Juez, por trámites ingeniosamente ideados, señalaba las subsistentes y la cantidad que se había de rebajar del evalúo de los peritos; se refiere a otros sistemas menos fundados, para terminar diciendo que algunos secretarios judiciales seguían descontando del precio las cargas perpetuas, pero no las temporales cual las hipotecas, esto es, lo que establecía la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por todo ello, el maestro de hipotecaristas citado podía concluir con frase gráfica que en esas ejecuciones el mejor postor compraba el caballo del gitano».

que «lo dispuesto en el art. 133, en cuanto a la subsistencia de hipotecas y demás gravámenes anteriores o preferentes al crédito del ejecutante, será aplicable no sólo a los casos en que este crédito sea hipotecario, sino también a aquellos otros en que se ejercite cualquier acción real o personal que produzca la venta de bienes inmuebles». Con ello, parecía quedar fuera de toda duda la aplicación de todo procedimiento apremio, ya fuera ordinario o sumario hipotecario, del principio de subsistencia de cargas temporales anteriores y preferentes, y subsiguiente cancelación o purgación de las cargas posteriores. Lo que ocurre es quedaba una duda irresoluble, cifrada en la forma en debía llevarse a cabo la deducción de aquellas cargas que subsistirían en las que debía subrogarse el adjudicatario: ¿deberían deducirse en sede del valor de tasación del inmueble subastado, como disponía la Ley Hipotecaria; o del precio de remate final, como establecía la Ley de Enjuiciamiento Civil? En otros términos, ¿debía entenderse totalmente derogado el sistema de liquidación de cargas previsto en la Ley procesal, debiendo sustituirse por entero por el nuevo sistema de liquidación hipotecaria en todos sus extremos? O antes bien, ¿la nueva regulación sólo derogaría parcialmente el clásico sistema de la LEC española, quedando subsistente la forma en debían deducirse las cargas subsistentes en las que se subrogaría el adjudicatario<sup>818</sup>? Existían respuestas en ambos sentidos tanto en doctrina cuanto en jurisprudencia (también la denominada «jurisprudencia registral»)<sup>819</sup>.

---

<sup>818</sup> Resume brillantemente el estado de la cuestión MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 343: «Por tanto sólo existe unanimidad doctrinal en la aplicación del régimen de subsistencia de cargas al procedimiento de apremio. Ahora bien si permanecen las cargas anteriores, ¿cómo y cuándo se deberán deducir? Existen dos momentos en el procedimiento de apremio en el que se podrían deducir: - De la cantidad por la que se ha aprobado el remate y que el comprador se compromete a entregar en el plazo que el Juez le fije. Puesto que las cargas en las que el rematante se subroga corresponden a cantidades que deberá pagar, su importe puede considerarse sin dificultades como pago de todo o parte del precio justo, por el valor a que alcance el principal que garantizan más los intereses; - o en el momento de proceder al avalúo o tasación del inmueble, deduciendo de su valor el importe de las cargas anteriores, dado que el avalúo sirve para determinar el tipo de la primera subasta. Según se deduzcan en uno u otro momento pueden derivarse importantes consecuencias económicas. Sólo los autores que entienden el art. 1.511 LEC totalmente derogado defienden la deducción de cargas en este segundo momento, es decir en el del avalúo, en contra de la mayoría de la bibliografía que considera el primer momento como el más idóneo para efectuar la liquidación de cargas. De este modo, se deducirán las cargas en las que va a subrogarse el rematante del precio ofrecido por éste, después de aprobado el remate y a través del procedimiento previsto en el art. 1.511 LEC para la liquidación de cargas, esto es con audiencia del ejecutante, del ejecutado y del rematante». Del mismo modo, LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., p. 295, expone la problemática en base a los cuestionamientos siguientes: «¿De dónde se debían de deducir las cantidades correspondientes a las cargas que como preferentes, quedan subsistentes?, ¿se deducirían en el momento de proceder a la tasación del inmueble, o de la cantidad que constituye el precio del remate, como señalaba el art. 1511 de la LEC?, ¿subsistía la vigencia de este precepto en cuanto al momento y modo en que debían de liquidarse las cargas, o debía de entenderse derogado por la reforma de la LH?».

<sup>819</sup> En sede **jurisprudencial** resultaba apreciable la presencia de los criterios encontrados seguidos por la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo. Así, la Dirección General de los Registros y del Notariado, según MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 341, en Resoluciones de 22 de noviembre de 1929, 11 de julio de 1936 y 17 de mayo de 1955, entre otras, «de acuerdo con el principio de la legislación alemana sobre subsistencia y aceptación de los derechos y gravámenes anteriores y preferentes al crédito del demandante, modificó los preceptos de la LEC sobre liquidación de cargas y extinción forzosa de las temporales». Por el contrario, el Tribunal Supremo, en la

El cuarto paso de la evolución que venimos relatando viene dado por **la reforma introducida en la LEC española de 1881 por la Ley 10/1992, de 30 de abril**, que

---

importante Sentencia de 7 de febrero de 1942 dispuso lo siguiente: «mientras en el procedimiento ordinario se fija mediante tasación pericial el valor económico íntegro de la finca, en el sumario son los propios interesados los que tasan el valor económico integral, las cargas anteriores o preferentes, diferencia que a su vez, lleva aparejada la necesidad de una liquidación de cargas en el procedimiento ordinario para rebajar del precio del remate el importe de las cargas que subsistan –pagadero en su día- y señalar de pago inmediato, evitando así la duplicidad de pagos (...) como consecuencia de la anotada diferencia, está justificado que en los anuncios de la subasta del procedimiento sumario se haga saber a los licitadores que del precio que ofrezca el rematante no se podrá deducir cantidad alguna con destino a la extinción de cargas o gravámenes anteriores o preferentes que habrán de subsistir, pero no es aplicable esta advertencia al procedimiento ordinario porque su finalidad se suple con el trámite de liquidación de cargas perpetuas y temporales del art. 1511 LEC».

En el **panorama doctrinal**, la postura del Tribunal Supremo parecía ser la mayoritaria (CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes...*, cit., p. 344; FENECH Y NACARRO, M., *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1979, p. 492; PIETRO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª Edición, Pamplona, 1984, p. 772; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1992, pp. 205 y ss; SERRERA CONTRERAS, P. L., «La liquidación de cargas en el apremio de bienes inmuebles»..., cit., p. 2577: «Dentro de los procesalistas, suscribimos íntegramente la opinión que mantiene Ramos Méndez en su Derecho procesal civil. Una vez aprobado el precio de remate, se procede a deducir del mismo el importe de todas las cargas anteriores, preferentes o perpetuas [es importante el todas]. Por lo tanto, la suma que en realidad ha de pagar el rematante es la diferencia entre el precio del remate y el importe de esas cargas. Como contrapartida a dicha rebaja, todas esas cargas quedan subsistentes y siguen gravando la finca, ya que el adquirente de ésta se subroga en el lugar del deudor respecto de tales gravámenes». Así lo impone igualmente, destaca el autor, la STS de 7 de febrero de 1942. P. 2578: «Lo esencial de la Sentencia de 1942 es que el principio de subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores o preferentes al crédito del ejecutante lo predica también del procedimiento ejecutivo ordinario, entendiéndose derogados en parte los artículos 1.511, 1.516 y 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Exigencia de ello es el trámite posterior ya mencionado de liquidación de cargas, la cual ahora ha de referirse no sólo a las perpetuas, sino también a las temporales»), si bien podían encontrarse importantes voces discrepantes, señaladamente la de GUASP DELGADO, quien abogaba por una derogación completa de todos los preceptos de la LEC española referentes al régimen de cargas y su sustitución por lo que disponía al respecto en el procedimiento judicial sumario; puede verse a este respecto a GUASP DELGADO, J., «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº164, 1942, pp. 392 y 393: «(...) Ofrece más dificultad la determinación del alcance de estas disposiciones en relación con el proceso de su ejecución ordinario, no porque adolezcan de falta de claridad las normas que se examinan, sino porque una extraña interpretación de la práctica y, lo que es peor, de la jurisprudencia ha desvirtuado su sentido, por otra parte inequívoco. En el pensamiento de la reforma de 1909, la sustitución del principio de la extinción de cargas por el de la subrogación no quiso dejarse limitada a la ejecución hipotecaria, sino que se pretendió que tuviese una aplicación general a todos los casos de ejecución sobre bienes inmuebles. Con este objeto, en el art. 131 se incluyó un último párrafo donde se prescribe que “lo dispuesto en las reglas precedentes en cuanto a la sustitución de las hipotecas y demás gravámenes anteriores o preferentes al crédito del ejecutante, será aplicable no sólo a los casos en que este crédito sea hipotecario, sino también a aquellos otros en que se ejercite cualquiera acción real o personal que produzca la venta de bienes inmuebles”. No parece discutible que la significación de esta norma es la de derogar aquellas disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento que, con respecto a la ejecución común, ordenaban el régimen de liquidación de cargas a que antes se ha hecho referencia, singularmente el art. 1.516 y la que con él alude directamente al problema, como el 1.518». Dicotomía doctrinal que resume igualmente con enorme claridad FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 193: «(...) Las posturas doctrinales giran en alrededor de dos grandes corrientes. Las que considera que todos los artículos referentes al régimen de las cargas que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil han quedado derogados y sustituidos por lo que se dispone sobre las cargas en el procedimiento judicial sumario, quienes consideran que, en todo caso, deberá ser en el avalúo cuando deberán tenerse en cuenta los gravámenes preferentes al establecer el valor del bien. Y los que se oponen a la anterior y defienden una derogación parcial de las normas previstas en el procedimiento de apremio referentes a las cargas y consideran que el criterio de subsistencia no altera el trámite de la liquidación de las cargas y comporta, sin embargo, la extensión de la deducción del precio del remate no sólo del capital de censos y demás cargas perpetuas, sino también de todos los demás gravámenes preferentes».

incorporó a la Ley procesal, prácticamente de una manera literal, la norma del artículo 131, regla 8ª de la Ley Hipotecaria española, disponiendo que «las cargas y gravámenes anteriores y las preferentes, si las hubiere, al crédito del actor, continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio de remate». Sin embargo, no previó cómo debían deducirse las cargas subsistentes, ni del valor de tasación del bien ni del precio de remate<sup>820</sup>. Esto es, dejó por sentado lo que unánimemente ya se deducía en vía interpretativa por doctrinal y jurisprudencial acerca de la subsistencia de las cargas no sólo perpetuas, sino anteriores y preferentes en su totalidad, aunque siguió sin resolver la polémica fundamental que venía suscitándose en los años precedentes: a saber, la forma en que debían deducirse dichas cargas subsistentes, si del valor de tasación o del precio final de remate<sup>821</sup>; de manera que el interminable debate precedente prosiguió sin solución de continuidad.

---

<sup>820</sup> CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 486.

<sup>821</sup> Así lo denuncia SERRERA CONTRERAS, P. L., «La liquidación de cargas en el apremio de bienes inmuebles»..., *cit.*, pp. 2578-2580, quien llega a afirmar que la situación a partir de la reforma de 1992 es aún más confusa que con la regulación precedente: «Procedía retocar los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil para reflejar en ellos el sistema de subsistencia de las cargas anteriores y para que el trámite de liquidación de cargas se extendiera también a las temporales. La primera finalidad se ha conseguido con la nueva redacción del párrafo 1º del artículo 1512, conforme al cual las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate. El precepto ahora guarda, pues, una perfecta simetría con lo establecido en la legislación hipotecaria. Pero, sorprendentemente, el trámite de liquidación de cargas que resulta necesario en el procedimiento ordinario y más ahora al subsistir también las cargas temporales anteriores, ha desaparecido de la Ley de Enjuiciamiento Civil con la reforma de 1992. En efecto, el artículo 1.511 que antes se refería al mismo, ahora para nada alude a ese trámite de liquidación. En efecto, lo que el artículo 1.511 establece en su actual redacción es únicamente que al aprobar el remate se mandará al comprador que dentro de un breve término, que no podrá exceder de ocho días, consigne el precio de aquél. Para nada se habla, pues, de descuento alguno en razón a las cargas anteriores. Con todo ello la situación creada por la Ley de Reforma Procesal de 1992 es mucho peor que la antecedente. Con anterioridad a ella se contaba al menos con un precepto claro de la Ley Hipotecaria que extendía el sistema de subsistencia de cargas anteriores al procedimiento ejecutivo ordinario, y con una importante Sentencia del Tribunal Supremo, la de 7 de febrero de 1942, que establecía para tal caso el trámite de liquidación de cargas, ahora también para las temporales. En cambio, la reforma de 1992, al suprimir totalmente dicho trámite de liquidación de cargas del precio del remate, deja sumido al intérprete en la más absoluta oscuridad. (...) Parece como si la Ley de Reforma de 1992 hubiera pretendido una igualación total del procedimiento ejecutivo ordinario con el judicial sumario, cuando ello no es posible en absoluto. Porque la valoración del bien en el procedimiento judicial sumario es algo *a priori* y que debió prever las cargas anteriores para deducir de su importe, mientras que en la ejecución ordinaria la tasación del inmueble es algo *a posteriori* y destinada a fijar el valor del mercado del bien, con independencia de sus cargas». Siguiendo esta misma postura, LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, *cit.*, p. 298: «No estimamos posible aplicar por analogía lo previsto para el procedimiento sumario, pues como hemos visto, aunque ambos procedimientos tienen de común la subsistencia de las cargas anteriores y preferentes a la ejecutada, difieren esencialmente en la forma de determinación del precio. Por este motivo estimamos junto con SERRERA CONTRERAS, que no hay otra solución que admitir el trámite de la liquidación de cargas del precio del remate en el procedimiento ordinario, de acuerdo con lo que sentó la Sentencia del TS de 7 de febrero de 1942, por ser este sistema consustancial a la subsistencia de cargas que recoge expresamente la LEC. El hecho de que la reforma del año 1992, haya silenciado totalmente el trámite de la liquidación no es un obstáculo, a juicio de este autor, pues en Derecho no cabe el vacío normativo, siendo aconsejable que una ulterior Ley, vuelva a introducir este trámite ahora tanto para las cargas perpetuas, como las temporales anteriores y preferentes a la ejecutada».

Así las cosas, llegamos a la regulación actualmente vigente contenida en la **LEC española 1/2000, de 7 de enero**, que trata de acabar definitivamente con la problemática de la normativa precedente, tal y como se desprende del propio articulado en que se afronta esta cuestión (arts. 668. 3º, 669. 2, 670. 5 y 674 de la LEC española<sup>822</sup>), así como de la propia Exposición de Motivos de la Ley procesal vigente, en la que se afirma lo siguiente (Punto XVII): *«En relación con la subsistencia y cancelación de cargas se ha optado por mantener el sistema de subsistencia de las cargas anteriores al gravamen que se ejecuta y cancelación de las cargas posteriores, sistema que se complementa deduciendo del avalúo el importe de las cargas subsistentes para determinar el valor por el que los inmuebles han de salir a subasta. Esta solución presenta la ventaja de que asegura que las cantidades que se ofrezcan en la subasta, por pequeñas que sean, van a redundar siempre en beneficio de la ejecución pendiente, lo que no se conseguiría siempre con la tradicional liquidación de cargas»*. Son dos, pues, las características fundamentales del sistema de purgación y liquidación de cargas actualmente vigente, comunes a la ejecución dineraria ordinaria e hipotecaria<sup>823</sup>:

- a) Se mantiene el mismo sistema que venía rigiendo de subsistencia de cargas anteriores y cancelación de las posteriores a la traba del embargo (incluso aquellas que se hubieran verificado después de expedida la certificación de dominio y cargas *ex art.* 674 de la LEC española), aunque apreciablemente no se hace referencia alguna a la subsistencia de las cargas posteriores preferentes; ausencia que suscita cierta división en el seno de la doctrina, de lo que nos ocuparemos en breve.

---

<sup>822</sup> El tenor literal de los citados preceptos es el que sigue: Art. 668. 3º LEC: «La subasta se anunciará con arreglo a lo previsto en el artículo 646, expresándose en los edictos la identificación de la finca, que se efectuará en forma concisa e incluyendo los datos registrales y la referencia catastral si la tuviera, la situación posesoria si le consta al juzgado, la valoración inicial para la subasta, determinada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 666 y los extremos siguientes: Que las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el sólo hecho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos, si el remate se adjudicare a su favor». Art. 669. 2 LEC: «Por el mero hecho de participar en la subasta se entenderá que los postores aceptan como suficiente la titulación que consta en autos o que no exista titulación y que aceptan, asimismo, subrogarse en las cargas anteriores al crédito por el que se ejecuta, en caso de que el remate se adjudique a su favor». Art. 674. 2. 1º y 2º LEC: «A instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación. Asimismo, el Secretario judicial mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados».

<sup>823</sup> Este régimen común de purgación y liquidación de cargas en la ejecución ordinaria e hipotecaria no puede ya criticarse en base a la discordancia en la forma de valoración del bien, pues el *iter* procedimental básico de la subasta en ambos casos es común, habiéndose derogado con la LEC 1/2000 el art. 131 de la LH; así se desprende con total claridad del art. 691. 4 del referido texto legal, a cuyo tenor: «La subasta de bienes hipotecados, sean muebles o inmuebles, se realizará con arreglo a lo dispuesto en esta Ley para la subasta de bienes inmuebles».

b) Se despeja la controversia acerca de la forma en que deben deducirse las cargas subsistentes, apostando el art. 666 de la LEC española por la deducción de su importe del valor de tasación del bien<sup>824</sup>.

De esta forma, el adjudicatario recibe el derecho objeto de venta judicial en el mismo estado en que se encontrase en manos del deudor ejecutado al tiempo de la traba del embargo, lo cual se ajusta plenamente al carácter derivativo de la transmisión operada mediante dicha venta judicial: el adquirente recibe el mismo derecho que ostenta el transmitente, con sus mismos accesorios y con todas sus cargas y gravámenes; la medida de lo adquirido por el adjudicatario depende de lo que ostenta el deudor ejecutado, esto es, *nemo plus iuris in aliis transferre potest quam ipse haberet*. De tratarse de una adquisición de naturaleza originaria, la venta judicial debería traer consigo la cancelación de todas y cada una de las cargas que pesasen sobre el bien, con lo que el derecho nacería immaculado en manos del adjudicatario. Es lo que sucede precisamente en Italia, contradiciendo el proclamado carácter derivativo de la transmisión por venta judicial; lo cual no sucede en España, cuyo sistema de purgación se muestra plenamente coherente con la naturaleza derivativa de la transmisión llevada a cabo mediante venta judicial<sup>825</sup>.

En Italia, como venimos reiterando, se declara expresamente el carácter derivativo de la transmisión operada por venta judicial, si bien posteriormente la declaración es objeto de diversas derogaciones de calado, entre las que destaca sobremanera el efecto purgativo absoluto que se produce con la venta judicial. Siendo así, ¿encuentra el sistema español, que en base a ese efecto purgativo parece acoger de manera incontestable la naturaleza derivativa de la transmisión por venta judicial, derogación alguna? De ningún modo, y ello al margen de la respuesta que se de al alcance del efecto purgativo en relación a las cargas posteriores preferentes: con independencia de que se cancelen o queden subsistentes, no dejarán de ser cargas pertenecientes al anterior titular, lo cual supone confirmar (en el caso de subsistencia, aún más si cabe) el carácter derivativo de la transmisión<sup>826</sup>. En cualquier caso, especial mención merece la cuestión apuntada (la de la subsistencia o cancelación de cargas posteriores preferentes), dada su importancia y al ser objeto de largo debate en el seno de la doctrina española.

La referida controversia se suscita como consecuencia del tenor literal de los preceptos que se ocupan del sistema de purgación y liquidación de cargas en la LEC española vigente,

---

<sup>824</sup> CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 486.

<sup>825</sup> En este mismo sentido, afirma ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 672, 2002, pp. 1485 y ss.: «El carácter derivativo de las adquisiciones en subastas judiciales es el que explica el régimen de cancelación de cargas en este caso. Se deben cancelar todas aquellas inscripciones o anotaciones que traigan causa del titular registral embargado y sean posteriores a la anotación de embargo que se ejecuta (...)».

<sup>826</sup> La cuestión tiene más bien que ver con la oponibilidad frente a terceros de esas cargas ulteriores y la posición del momento relevante para «cerrar» esa oponibilidad: el momento del embargo o el de la transmisión.

en ninguno de los cuales, como se anticipó previamente, se hace referencia expresa a la subsistencia de estas cargas posteriores preferentes. En efecto, la Ley procesal habla en todo momento de subsistencia de las cargas anteriores, sin existir referencia alguna a las cargas preferentes. ¿Este silencio del legislador a este respecto debe interpretarse como una afirmación de la cancelación de todas y cada de las cargas posteriores, inclusive las preferentes desde un punto de vista sustantivo? ¿Debe regir a los efectos del sistema de purgación y liquidación una preferencia puramente registral de prioridad temporal, quedando al margen el sistema sustantivo de preferencia crediticia? No existe plena unanimidad en la doctrina sobre el particular, entre otros motivos, por el peso de la evolución normativa anterior en la que de manera constante venía haciéndose referencia a un sistema de subsistencia de cargas anteriores «y preferentes».

La postura mayoritaria parece ser la de cancelación de todas y cada una de las cargas posteriores, con independencia de que sean o no preferentes desde un punto de vista sustantivo respecto de la anotación preventiva de embargo de la que trae causa la venta judicial que opera el efecto purgativo<sup>827</sup>. En este sentido afirma CORDÓN MORENO que «al regular las cargas y derechos que quedan subsistentes, nada dice la Ley sobre las “preferentes, si las hubiere”, es decir, sobre aquellas cargas que, aun estando inscritas o anotadas con posterioridad (o sin que exista constancia registral de las mismas), deben permanecer (y subrogarse en ellas el adquirente) por estar reconocida su preferencia en una

---

<sup>827</sup> Así lo sostiene la generalidad de doctrina española, pudiendo citarse a este respecto y en tiempos recientes, entre otros, a los siguientes autores: RIVAS TORRALBA, R., *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, Barcelona, 2012, p. 426: «Puede considerarse abandonada -en principio- la tesis (conflictiva hace algunos años) que defendía (especialmente en relación con créditos salariales): por una parte, la posibilidad de subsistencia de cargas posteriores al gravamen ejecutado cuando aseguraban créditos que gozaban de preferencia de cobro sobre el que dio lugar a la ejecución; y, por otra, que la ejecución de un crédito superprivilegiado debería llevar consigo la cancelación de asientos anteriores que aseguraran créditos sobre los que aquél tuviera preferencia de cobro. La redacción de las normas de la nueva LEC relativas a la cancelación de asientos posteriores, unida a repetidas declaraciones de la DGRN (cfr. RR 20 marzo y 28 septiembre de 1968, 29 abril y 22 noviembre 1988, 15 diciembre 1994) sobre esta materia, inducen a olvidar esta propuesta (...)». En este mismo sentido, MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., pp. 195 y 196: «La extinción de las cargas posteriores atiende exclusivamente al interés del adjudicatario en la subasta, y tiene como objetivo concreto que el derecho adquirido por el nuevo propietario se encuentre exento de todas las cargas establecidas con posterioridad a la fecha de constitución de la que se ejecuta. El adquirente judicial no tiene que tener presente la prioridad efectiva del crédito objeto de la anotación que ha motivado la ejecución con respecto a las posteriores que se extinguen, ni tampoco el Juez de oficio, cuando dicta el mandamiento de cancelación de cargas debe examinar el carácter preferente o no de los créditos. (...) La cancelación de asientos posteriores se basa en la prioridad registral, al margen de la preferencia crediticia y de la fecha en que tuvieron lugar los reembargos». Igualmente, UCEDA OJEDA, J., «Comentario al artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, J. F. (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Barcelona, 2000, p. 3070: «Como actualmente ha desaparecido de la LEC toda mención a la subsistencia, junto a las cargas anteriores, de las cargas preferentes, preferencia que nacía no de la antigüedad del asiento sino de la naturaleza del crédito, entendemos que el Registrador sin hacer valer salvedad alguna y cualquiera que se la naturaleza del derecho inscrito con posterioridad al que permitió seguir la vía de apremio, deberá proceder a la cancelación de todos los derechos y cargas posteriores (...). Así pues en esta materia se ha impuesto el criterio que mantenía la DGRN (3 de abril, 12 de noviembre de 1998 (...); y 7 de mayo de 1999) y con ella se han disipado las dudas que surgieron sobre la eficacia cancelatoria de los mandamientos cuando los acreedores posteriores lo eran en virtud de créditos potencialmente preferentes (...).



norma legal. (...) La exclusión de estos supuestos del régimen de subsistencia de cargas se debe a que, en realidad se trata de una subrogación en la deuda de origen legal y para estos casos la Ley prevé expresamente una extensión de la responsabilidad al tercero adquirente»<sup>828</sup>. Y añade el referido autor, que «tampoco se refiere la Ley a los derechos que, sin estar asegurados por una carga anterior a la del ejecutante (una anotación de embargo, por ejemplo) o, incluso, sin que exista carga alguna, tengan reconocido un privilegio por Ley que los haga preferentes al del ejecutante. La razón de su exclusión del régimen general de las cargas es que estos derechos no son oponibles al adquirente del bien, sino sólo al deudor, por lo que debieron hacerse valer en el procedimiento de ejecución a través de la tercería de mejor derecho dentro del límite preclusivo previsto en el artículo 615. 2 de la LEC»<sup>829</sup>. En consecuencia, concluye el autor, que «el régimen de subsistencia de cargas de la Ley se atiende exclusivamente al criterio registral del orden en que aparecen en la correspondiente certificación»<sup>830</sup>. Es, pues, el criterio de pura prioridad registral, en función del momento de acceso al Registro, el que determina *a priori* según esta primera postura el sistema de cancelación y subsistencia de cargas. ¿Cómo pueden hacer valer su preferencia sustantiva los titulares de tales derechos preferentes? A través del ejercicio de la oportuna tercería de mejor derecho.

Frente a la anterior postura se erige un sector minoritario de la doctrina, que considera que el nuevo régimen de cancelación judicial de cargas no debe basarse exclusivamente en la prioridad registral, de manera que el mandato de cancelación debe anteponer la preferencia del crédito a la prioridad registral. Como indica ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, uno de los principales valedores de esta postura (por no decir único valedor de la misma), «la preferencia y cancelación subsiguiente a la adjudicación no se deducen necesariamente de la prioridad temporal: los derechos que se deben cancelar no son los posteriores en el acceso al Registro, como podría deducirse de una lectura superficial del artículo 674 LEC y artículos concordantes que comento, sino los que sean de rango posterior al que se ejecuta»<sup>831</sup>. Efectivamente, prosigue el autor, «la anotación preventiva no cierra el Registro a otras anotaciones preventivas posteriores (art. 71 LH), por lo que no se puede negar la eficacia preventiva de unas anotaciones posteriores de créditos preferentes (...)»<sup>832</sup>. En definitiva,

---

<sup>828</sup> CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 487.

<sup>829</sup> CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 487.

<sup>830</sup> CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 487.

<sup>831</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles»..., *cit.*, pp. 1485 y ss.

<sup>832</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles»..., *cit.*, pp. 1485 y ss.: «(...) A mi juicio, el mandamiento de cancelación no puede ordenar indiscriminadamente la cancelación de las anotaciones preventivas posteriores que corresponden a derechos preferentes que han reservado su rango por la propia anotación preventiva, o anotaciones preventivas posteriores de demanda que cuestionan el derecho del titular registral, la identidad de la finca o que se refieren a la subsistencia de derechos o gravámenes que no sean incompatibles con el ejecutado, siendo un buen ejemplo de subsistencia de este tipo, la anotación preventiva de nulidad de la propia hipoteca que se ejecuta,

concluye ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «el juez debe valorar en la cancelación de los asientos posteriores, si éstos se refieren a créditos o gravámenes que sean preferentes, según el Registro o de los que conste fehacientemente su preferencia, que deben en principio subsistir»<sup>833</sup>.

Acudiendo al tenor del art. 674. 2. 2º de la LEC española, en la que se habla de «cancelación de **todas** las inscripciones y anotaciones posteriores», parece que el legislador ha optado por la primera de las posturas enunciadas. Ello no quiere decir que el efecto purgativo deba traer consigo la cancelación de todas y cada una de las cargas posteriores; esta es ciertamente la regla general, pero cuenta con notables excepciones, fundamentalmente las siguientes:

a) No se cancelarán aquellas cargas que gocen de mejor rango registral que el gravamen que se ejecuta, aunque sean posteriores en el orden tabular. Lo que ocurre es que el rango registral viene determinado, por regla general, por un criterio puramente temporal: tienen mejor rango registral aquellas situaciones jurídico reales que acceden al Registro con anterioridad. Partiendo de esta premisa, pues, existiría una plena coincidencia entre el orden temporal tabular y el rango registral. Lo que ocurre es que este rango determinado temporalmente puede ser objeto de modificación por vía legal o convencional. En tales supuestos, puede darse el caso de cargas posteriores tabularmente pero preferentes desde el punto de vista de su rango registral, no quedando afectadas por el efecto purgativo de la

---

que la ley ordena que no se cancele, aunque sea posterior, si su constancia registral es anterior a la certificación de cargas (art. 131 LH)».

<sup>833</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles»..., *cit.*, pp. 1485 y ss. Siguiendo la postura de ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, aunque en sentido matizado puede destacarse en tiempos recientes a SABATER SABATÉ, J. M., *La liquidación de cargas en el proceso de ejecución civil*, Madrid, 2013, p. 237: «Los efectos de la cancelación no se proyectan de forma indiscriminada sobre todas y cada una de las cargas que hayan podido ser inscritas con posterioridad al gravamen que se ejecuta. En ocasiones, concurren sobre el bien, determinadas cargas que gozan de una preferencia o privilegio legal respecto de cualquier acreedor que sujetan el bien al cumplimiento de ciertas obligaciones con independencia de que el bien haya pasado a manos de un nuevo propietario. Estas cargas subsisten a la ejecución forzosa sin que sea necesario que consten en el Registro, derivando su privilegio de la ley y no de rango registral alguno. En otros casos, aparecen cargas de naturaleza no económica, tales como limitaciones de dominio y demás derechos reales que suponen restricción de las facultades dominicales o conformación propia del derecho de propiedad y que, por estas razones, deben quedar inmunes al proceso de apremio. (...) En contra de aquellas interpretaciones restrictivas que sostienen la cancelación de forma automática de todas las cargas posteriores a la anotación, (...) el órgano judicial debe decidir en el propio proceso de ejecución cuáles son las cargas no preferentes que se deben cancelar, pues de lo contrario, no se podría mantener carga alguna que debiera subsistir por sus características, ni decidir sobre las cargas no inscritas». Lo que ocurre es que en el desarrollo de su posicionamiento parece distanciarse notablemente del criterio de ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, pues reduce su planteamiento a aquellas cargas que efectivamente gozan de mejor rango, en virtud de disposición legal: SABATER SABATÉ, J. M., *La liquidación de cargas en el proceso de ejecución civil...*, *cit.*, p. 239: «Por tanto, los créditos que gozan de preferencia legal como son las deudas por gastos de comunidad y las tributarias que gravan el inmueble con tributos periódicos, hayan sido anotadas preventivamente o no en el Registro, subsisten a la realización forzosa del bien por el importe del privilegio, es decir, por la anualidad corriente y la anterior para las deudas de comunidad, y por el año natural en que se ejercita la acción administrativa de cobro y el inmediato anterior»; lo cual casa mayormente, como ahora veremos con la postura contraria al planteamiento de ÁLVAREZ CAPEROCHIPI.

venta judicial. Ejemplos paradigmáticos de cargas cuyo rango registral preferente viene determinado por ministerio de la Ley son sin duda la hipoteca legal tácita (típicamente los créditos tributarios derivados de impuestos que gravan periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un Registro público), y las denominadas afecciones legales de carácter real, a saber, conjunto de figuras que presentan en común su origen legal y su finalidad de garantía, consistente en vincular, sujetar o afectar a la satisfacción de ciertos créditos bienes inmuebles determinados, aunque pasen a poder de terceros<sup>834</sup> (particularmente, aunque con alcance ciertamente controvertido<sup>835</sup>, la afección al pago de los gastos generales derivados del régimen de propiedad horizontal -*ex art. 9. 1. e)*<sup>836</sup> de la Ley española de Propiedad Horizontal-)<sup>837</sup>.

---

<sup>834</sup> RIVAS TORRALBA, R., *Aspectos registrales del proceso de ejecución...*, *cit.*, p. 428.

<sup>835</sup> No existe unanimidad acerca de la subsistencia o no de estas cargas derivadas de la obligación de contribución al pago de los gastos generales derivados del régimen de propiedad horizontal tras la adjudicación operada mediante venta judicial: en sentido afirmativo en torno a la cancelación de toda carga posterior, inclusive la referente a gastos generales derivados del régimen de propiedad horizontal, puede verse a UCEDA OJEDA, J., «Comentario al artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 3070: «(...) En esta materia se ha impuesto el criterio que mantenía la DGRN (...) y con ella se han disipado las dudas que surgieron sobre la eficacia cancelatoria de los mandamientos cuando los acreedores posteriores lo eran en virtud de créditos potencialmente preferentes como los laborales (...) y los créditos a favor de las Comunidades de Propietarios (art. 9 LPH)». En sentido contrario, afirmando la subsistencia de este tipo de cargas, dada su naturaleza de afección legal de carácter real, y siguiendo el criterio que parece sostener la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 9 febrero de 1987, 18 de mayo de 1987, 1 de junio de 1989, 15 de enero de 1997 y 26 de diciembre de 1999) puede destacarse a RIVAS TORRALBA, R., *Aspectos registrales del proceso de ejecución...*, *cit.*, p. 450: «(...) Estamos ante una afección real de carácter preferente, que sujeta el piso o local, sobre la que no pueden prevalecer ni los derechos reales ni ningún otro derecho de crédito, de modo que cualquier hipoteca o embargo sobre el piso o local ha de entenderse que únicamente tendrá eficacia en cuanto no menoscabe la eficacia de la afección real que Ley es preferente. No se trata, por tanto, de una mera preferencia creditiva, que habría de hacerse valer por la vía de la tercería, sino de una verdadera afección real del piso o local, que opera con alcance *erga omnes*. (...) La publicidad de la afección resulta del solo hecho de figurar inscrito el piso o local con sujeción al régimen de propiedad horizontal: “inscrito el régimen de propiedad horizontal consta ya suficientemente, aunque con cierta indeterminación, la carga de tal afección real preferente, que forma parte del contorno ordinario del ámbito de poder en que consiste el dominio de cada piso”. Tras la Ley 8/1999, la publicidad registral de la afección resultará de la inscripción de la transmisión del piso o local, puesto que la afección legal queda ahora conectada con la transmisión del elemento privativo». Acerca de la evolución de estos planteamientos, sobre todo a partir de las reformas introducidas en la materia en la Ley española de Propiedad Horizontal, puede verse con detalle a DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, Madrid, 2000, pp. 678 y ss.

<sup>836</sup> Dispone el art. 9. 1. e) de la Ley española de Propiedad Horizontal: «Son obligaciones de cada propietario: e) Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización. Los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y los tres años anteriores tienen la condición de preferentes a efectos del artículo 1.923 del Código Civil y preceden, para su satisfacción, a los citados en los números 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. El adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y a los tres años naturales anteriores. El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación. En el

b) Tampoco serán cancelados aquellos asientos que publiquen cualidades o derechos respecto de la finca objeto de subasta o hagan referencia a sus características o configuración básica. No son susceptibles de cancelación porque constituyen asientos, que como bien indica DÍAZ FRAILE, no reflejan «carga o gravamen» alguno, por no implicar restricciones a las facultades del dominio sobre la finca, sino venir referidas a la configuración física o jurídica de la misma<sup>838</sup>. Los ejemplos más paradigmáticos que pueden destacarse en este sentido son el de inscripción de declaración de obra nueva, de división horizontal, así como las inscripciones de excesos de cabida<sup>839</sup>.

c) Finalmente, tampoco quedarán sometidos al efecto purgativo de la venta judicial aquellos asientos posteriores que deriven o procedan de otros anteriores a la anotación preventiva de embargo de la que trae causa la venta judicial. Puede decirse que se trata de una consecuencia específica del principio de prioridad registral que rige en materia de cancelación y subsistencia de cargas con carácter general. El principio de prioridad registral se contiene, fundamentalmente en el art. 17 de la LH española, conforme al cual, inscrito o anotado en el Registro de la Propiedad cualquier título de trascendencia jurídico-real no cabe inscribir o anotar cualquier otro de igual o anterior fecha que le sea incompatible. Pues bien, esta prioridad derivada del orden temporal de presentación de los títulos en el Registro de la Propiedad, como acertadamente indica DÍAZ FRAILE, se extiende y conserva en relación con

instrumento público mediante el que se transmita, por cualquier título, la vivienda o local el transmitente, deberá declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos generales de la comunidad de propietarios o expresar los que adeude. El transmitente deberá aportar en este momento certificación sobre el estado de deudas con la comunidad coincidente con su declaración, sin la cual no podrá autorizarse el otorgamiento del documento público, salvo que fuese expresamente exonerado de esta obligación por el adquirente. La certificación será emitida en el plazo máximo de siete días naturales desde su solicitud por quien ejerza las funciones de secretario, con el visto bueno del presidente, quienes responderán, en caso de culpa o negligencia, de la exactitud de los datos consignados en la misma y de los perjuicios causados por el retraso en su emisión».

<sup>837</sup> Adicionales y detallados ejemplos de cargas subsistentes por gozar de un rango registral preferente pueden verse en RIVAS TORRALBA, R., *Aspectos registrales del proceso de ejecución...*, cit., pp. 425 y ss.

<sup>838</sup> DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados...*, cit., p. 675. También coincide en destacar este supuesto como excepción a la regla general de cancelación de cargas posteriores, RIVAS TORRALBA, R., *Aspectos registrales del proceso de ejecución...*, cit., pp. 463: «Las inscripciones o anotaciones posteriores que estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación de embargo y no afectados por ésta (regla segunda del art. 175 RH) no deben ser canceladas. Podrían incluirse aquí (sin propósito exhaustivo): Los asientos posteriores a la anotación de embargo que traigan causa del ejercicio de un derecho de opción, inscrito con anterioridad a la anotación (Resolución de 4 de septiembre de 1992)». Para un análisis de los posibles supuestos que tienen cabida en este caso excepcional de subsistencia de carga posterior a la anotación preventiva de embargo, puede verse al mismo RIVAS TORRALBA, R., *Aspectos registrales del proceso de ejecución...*, cit., pp. 464-466. Por otra parte, el presente autor (RIVAS TORRALBA, R., *Aspectos registrales del proceso de ejecución...*, cit., pp. 466-469) también incluye un supuesto adicional de subsistencia de cargas a los tres expuestos por nosotros, a saber, el de determinadas inscripciones de arrendamiento, tales como los arrendamientos urbanos sujetos a prórroga forzosa con arreglo a la LAU derogada (...), los arrendamientos de vivienda sujetos a la vigente Ley española de Arrendamientos Urbanos, que subsisten durante un plazo mínimo legal (art. 13 del referido texto legal) si son posteriores a la hipoteca o la anotación de embargo relativa al crédito que se ejecuta; los inscritos antes subsisten durante la duración pactada, etc.

<sup>839</sup> Junto a los supuestos destacados, RIVAS TORRALBA, R., *Aspectos registrales del proceso de ejecución...*, cit., pp. 462 y 463 también destaca a los siguientes: «Las inscripciones de servidumbres en que la finca embargada sea predio dominante. (...) Las inscripciones derivadas de proyectos de equidistribución (...)».

las inscripciones posteriores que reflejen actos jurídicos que supongan el desenvolvimiento del derecho inicialmente inscrito o anotado. Así se desprende con total claridad, por otra parte, del art. 175. 2º del Reglamento Hipotecario español, en el que se dispone que «cuando, en virtud del procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores y siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación del embargo y no afectados por ésta». Por ejemplo, la adquisición del dominio derivado del ejercicio de un derecho de opción de compra previamente inscrito, gozará del mismo rango registral con su inscripción que la inscripción de la opción de la que deriva<sup>840</sup>.

Fuera de los supuestos anteriores, no creemos que pueda defenderse, como hace ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, la subsistencia de una carga posterior en base a la preferencia sustantiva del crédito que garantiza<sup>841</sup>. En la inteligencia de este planteamiento lo que se detecta una clara confusión generalizada en torno a los conceptos de rango registral y privilegio crediticio, que juegan en ámbitos absolutamente diferentes. Como bien indica RIVAS TORRALBA en este sentido, «el rango hipotecario y el privilegio crediticio están llamados a operar en ámbitos diferentes, sin que deban interferirse los planos personal y real, trasvasando a los embargos las preferencias entre los créditos respectivos (...)»<sup>842</sup>, de modo que el crédito del acreedor preferente debe hallar satisfacción en el propio juicio ejecutivo por la vía de la tercería de mejor derecho<sup>843</sup>. La existencia de una pluralidad de embargos

---

<sup>840</sup> DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados...*, cit., p. 666.

<sup>841</sup> Rechaza igualmente la postura de Álvarez Caperochipi, MONDEJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., pp. 299-301: «Debemos cuestionarnos si la preferencia del crédito altera en alguna medida las normas relativas a la cancelación de cargas, y por tanto si el juez al dictar el mandamiento de cancelación de asientos debe dejar a salvo aquellas anotaciones preventivas que garantizan créditos preferentes al del actor de la ejecución, aunque el acreedor de éstas no haya ejercitado una tercería de mejor derecho, o si por el contrario, deben subsistir las cargas posteriores, cuando éstas garantizan un crédito preferente al del actor de la ejecución, es decir, cuando la preferencia material no se corresponde con la reserva registral de rango, esto es, si aunque la anotación sea posterior, si el derecho reservado es preferente, se conserva su rango y prioridad material, por lo que el Registro sólo actuaría como sistema de liberación de cargas que no sean preferentes materialmente según constancia registral. (...) Hoy el artículo 674. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al establecer que a instancia del rematante o adjudicatario se “mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores”, y en igual sentido, los artículos 668 y 670. 5 que advierten que únicamente subsisten las cargas o gravámenes anteriores, parecen haber despejado las dudas al respecto, al suprimir toda referencia a las cargas preferentes, por lo que no existe ningún apoyo legal para mantener la tesis de subsistencia de las anotaciones preventivas u embargos posteriores al ejecutado sobre la base de la prioridad crediticia. Esto viene a significar que será posible la cancelación de la segunda anotación de embargo, si no se hizo valer tal preferencia mediante la oportuna tercería de mejor derecho. Dicha eventual preferencia en modo alguno puede obstaculizar ahora la cancelación de la anotación posterior, conforme a los principios registrales de prioridad y legitimación».

<sup>842</sup> RIVAS TORRALBA, R., *Aspectos registrales del proceso de ejecución...*, cit., pp. 425 y 426, siguiendo el criterio sentado por las Resoluciones de 24 de abril (BOE de 31 de mayo) y 3 de junio (BOE de 16 de julio) de 1996.

<sup>843</sup> La afirmación del ejercicio de la oportuna tercería de mejor derecho para hacer valer la preferencia crediticia de un crédito anotado con posterioridad a la anotación preventiva de embargo se afirma por la generalidad de la mejor doctrina: NAVARRO CASTRO, M., «Enajenación judicial en los procesos de ejecución: transmisión de la propiedad y cancelación de inscripciones posteriores. Comentario a la STS de 4 de abril de 2002», en

sobre un mismo bien, acordados en procedimientos distintos contra su propietario no implica la concurrencia de créditos en sentido jurídico; dicha concurrencia crediticia sólo se da cuando el acreedor preferente acceda por la vía de la tercería de mejor derecho al proceso de ejecución instado por otro acreedor del ejecutado, de manera que si no se sigue esta vía, la pretendida preferencia quedará inoperante. Por otra parte, constituyendo el embargo una afección de naturaleza jurídico-real su colisión debe resolverse por el estricto criterio temporal de *prior tempore*, que es el que rige en el ámbito de los derechos reales<sup>844</sup>.

Esta viene a ser, por otra parte, la postura que uniformemente viene manteniendo la Dirección General de los Registros y del Notariado en tiempos recientes, pudiendo

---

*Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº60, 2002, p. 977: «Como indica Miguel Ángel Fernández (...), el privilegio es una cualidad del crédito de contenido y eficacia procesales, sólo tiene relevancia si el acreedor preferente lo ejercita a tiempo y de ahí que el ejercicio de cualquier privilegio exija una ejecución instada por otros acreedores y deba hacerse valer en la ejecución forzosa; el deudor no está ni puede estar obligado a satisfacer a unos con preferencia a otros. También la Dirección General de los Registros y del Notariado ha afirmado en diversas resoluciones que no son los procedimientos de apremio los adecuados para resolver cuestiones relacionadas con la preferencia de créditos, que deben ser resueltas, según disponen las normas sobre tercería de mejor derecho, por las normas del proceso declarativo que corresponda según la cuantía (entre otras, resoluciones de 20 de marzo y 28 de septiembre de 1968). En consecuencia, ni el Juez de la ejecución puede apreciar de oficio las preferencias ni el Registrador puede prejuzgar el carácter privilegiado o no de una carga posterior, debiendo limitarse a cancelar todas las cargas posteriores. Además, no debemos olvidar que en muchas ocasiones de la información del Registro no se tienen datos suficientes para saber si un crédito anotado es preferente sobre otro. Igualmente, ÁVILA NAVARRO, P., «La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación en el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 657, 2000, p. 658: «(...) Hoy parece el Juez no puede entrar de oficio a dilucidar el orden de preferencia del crédito perseguido y el de los anteriores y posteriores. Parece que han de cancelarse los asientos posteriores a la hipoteca y respetarse los anteriores; por supuesto, han de incluirse entre los posteriores los pospuestos en rango y entre los anteriores los antepuestos, porque el rango hipotecario es algo de lo que puede certificar el Registrador sin necesidad de ninguna decisión judicial. Pero si algún titular posterior se cree privilegiado, ha de ejercitar esa preferencia en la tercería de dominio o de mejor derecho o, al menos, interviniendo en el juicio ejecutivo; como el acreedor hipotecario ha de hacerlo respecto a asientos anteriores que crea de peor derecho (ver las R. 18-5-1987 y R. 29-4-1988; y la reiteración de esa doctrina en R. 21-8-1993 y R. 23-8-1993 -sobre créditos salariales-, las R. 23-3-1993 y R. 5-5-1993 -sobre títulos anteriores al embargo pero inscritos después- y la R. 15-12-1994 -en términos más generales-). (...) Las cargas posteriores a la certificación de dominio y cargas «se cancelarán todos, sin más, de cualquier clase que sean y cualesquiera que sean los créditos a que se refieran, lo que indica de nuevo que el Registrador ha de actuar haciendo caso omiso de preferencias o privilegios». De la misma forma, UCEDA OJEDA, J., «Comentario al artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 3070: «(...) La defensa que pueden tener tales acreedores que se consideran preferentes no puede ser otra que la contenida en las normas que regulan la tercería de mejor derecho mientras se sustancia el procedimiento de adjudicación, sin esperar que la intervención del Registrador pueda amparar sus derechos». También, DÍAZ MARTÍNEZ, A., *La ejecución forzosa sobre inmuebles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Aspectos civiles y registrales*, Navarra, 2001, p. 307: «(...) La exigencia de que el registrador no deba hacer “*motu proprio*” aplicación de las normas sobre preferencias crediticias del Código Civil y textos legales concordantes y haya de limitarse a defender a ultranza la prioridad de los asientos anteriores sobre los posteriores ha de tener como límite y punto de inflexión la estimación en vía jurisdiccional de la preferencia por la vía de una tercería de mejor derecho (...)». Asimismo, MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, *cit.*, p. 195: «El titular de un crédito preferente al que se ejecuta, si éste se encuentra garantizado con una carga posterior, si quiere defender su crédito, dado el interés privado que lo mueve, debe hacerlo a través de la interposición de una tercería de mejor derecho. Si no la ejercita a tiempo cabe entender que “renuncia” a hacer valer su preferencia en el procedimiento de ejecución, lo que determinará la extinción de la carga, pues tras la ejecución, el acreedor reembargante exclusivamente a va a tener derecho a percibir el sobrante produciéndose la cancelación del asiento que publicaba el embargo».

<sup>844</sup> RIVAS TORRALBA, R., *Aspectos registrales del proceso de ejecución...*, *cit.*, p. 427.

destacarse al respecto las Resoluciones de 2 de diciembre de 2004 (BOE de 3 de enero de 2005), de 28 de junio de 2005 (BOE de 9 de septiembre de 2005) y de 3 de marzo de 2011 (BOE de 21 de julio de 2011). Esto es, la falta de coincidencia entre el rango registral y la preferencia sustantiva del crédito sólo puede hacerse valer en el proceso ejecutivo mediante el ejercicio de la oportuna tercería de mejor derecho: ni el Juez (ahora el Secretario Judicial) al expedir el mandamiento de cancelación de cargas puede constatar este extremo, ni tampoco el Registrador al calificar el mandamiento de cancelación en cuestión<sup>845</sup>. En definitiva, como bien apunta VEGAS TORRES, no puede pretenderse trasladar al ámbito de las preferencias entre embargos y otras cargas las normas sobre prelación de créditos, de modo que cualquier anotante posterior que considere que su crédito debe anteponerse al del ejecutante ha de hacer valer su preferencia por medio de la tercería de mejor derecho<sup>846</sup>.

Puede recapitularse esta postura claramente mayoritaria en el sentido siguiente: el efecto purgativo opera en base al criterio registral de prioridad temporal, en virtud del cual se cancelarán todas y cada una de las cargas posteriores según el Registro a la anotación de embargo de la que trae causa el procedimiento de apremio inmobiliario<sup>847</sup>. Son tres las

---

<sup>845</sup> A este respecto, la proclamada (por ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ) potestad del Juez en la determinación de las cargas que deben o no subsistir, en el caso de que garanticen o no créditos de naturaleza preferente, parece ciertamente «desmesurada» en opinión de ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., p. 238: «No obstante, a nosotros esta potestad discrecional del Juez, que habría de decidir en un procedimiento de ejecución sobre la subsistencia de uno de los dos asientos registrales en conflicto, nos parece desmesurada. (...) Solamente sería aceptable que el Juez pudiera tomar la decisión cancelatoria si se entendiera que el procedimiento encaminado a la misma garantizara la audiencia y defensa del verdadero titular, lo cual es muy difícil de encajar dentro del procedimiento de ejecución, y permitiría que el mismo interesado pueda proveer a la adecuada defensa de su derecho y del asiento que lo garantiza y publica». Y el argumento de ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ actualmente es aún menos defendible, pues quien dicta el mandamiento de cancelación de cargas es el Secretario Judicial y no el Juez.

<sup>846</sup> VEGAS TORRES, J., *El reembolso*, Madrid, 2004, pp. 103-106 y 122-128.

<sup>847</sup> Nótese que no se han abordado, por salir de los contornos materiales del epígrafe del presente capítulo, una serie de cuestiones de enorme importancia en relación con el efecto purgativo que trae consigo la venta judicial. De entre estas cuestiones dejadas al margen de un desarrollo específico pueden destacarse que sobresalen por su importancia: la relativa al **alcance que tiene la cancelación del asiento registral posterior respecto del derecho publicado a través de ese asiento**; y la concerniente a la incidencia que en sede de cancelación de cargas guarda la caducidad de la anotación preventiva de embargo de la que trae causa la venta judicial. En lo que respecta a la primera de las cuestiones indicadas, DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados...*, cit., pp. 605 y ss., hace una brillante recapitulación de las posturas que se erigen en torno al particular: «Una primera cuestión que suscita el estudio de este efecto (...) es la de si la cancelación de los asientos registrales posteriores implica también la extinción civil del derecho reflejado en el mismo. Este problema sobre la eficacia de la regla de cancelación de cargas posteriores es común a toda ejecución inmobiliaria, cualquiera que sea el procedimiento por el que discurra (...). Al respecto se han dibujado dos posiciones en doctrina: a) la primera, postulada por autores como Castán o Calvillo, consiste en afirmar que la cancelación supone la mera supresión de la constancia registral del derecho, que subsiste civilmente “inter partes” y sólo es ineficaz frente a terceros adquirentes de buena fe; b) la segunda tesis, a la que hizo una brillante aportación doctrinal Amorós Guardiola (AMORÓS GUARDIOLA, M., «Las cargas posteriores en la ejecución hipotecaria (Sentencia de 22 de mayo de 1963)», en *Anuario de Derecho Civil*, N° 4, 1963, pp. 1266 y ss.), considera, en base al artículo 97 de la Ley Hipotecaria que establece la presunción de que cancelado un asiento se entiende extinguido el derecho a que el asiento se refiere, que el derecho cancelado queda extinguido, debiendo el adjudicatario recibir la finca libre de cargas posteriores. Esta segunda solución es la que cuenta con más autoridad por razón de venir avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo,

únicas excepciones posibles a este planteamiento: que se trate de una carga posterior con rango registral preferente, que constituya un asiento que publique cualidades o derechos a favor de la finca objeto de subasta o haga referencia a sus características o configuración básica; o bien, que consista en un asiento posterior que derive o proceda de otro anterior a la anotación preventiva de embargo de la que trae causa la venta judicial.

---

especialmente a través de su enjundiosa Sentencia de 22 de mayo de 1963». Por lo que hace a la segunda de las cuestiones apuntadas, a saber, la relativa a **la incidencia que tiene la caducidad de una anotación preventiva de embargo sobre el efecto purgativo de la venta judicial que trae causa de la misma**, ha de señalarse que caducada la anotación preventiva, pierde su rango registral desapareciendo a los efectos del Registro, de modo que la venta judicial subsiguiente carecerá de toda eficacia cancelatoria. Se trata de una cuestión que llega con enorme frecuencia a la Dirección General de los Registros y del Notariado, pudiendo destacarse al respecto las siguientes Resoluciones sobre la materia (sin ánimo de exhaustividad): Resoluciones de 28 de septiembre de 1987 (BOE de 14 de octubre de 1987), de 7 de julio de 1989 (BOE de 11 de agosto de 1989), de 28 de julio de 1989 (BOE de 24 de agosto de 1989), de 22 de febrero de 1993 (BOE de 24 de marzo de 1993), de 27 de octubre de 1993 (BOE de 25 de noviembre de 1993), de 6 de abril de 1994 (BOE de 25 de mayo de 1994), de 7 de octubre de 1994 (BOE de 21 de noviembre de 1994), de 8 de marzo de 1999 (BOE de 2 de abril de 1999), de 16 de abril de 1999 (BOE de 15 de mayo de 1999), de 15 de julio de 1999 (BOE de 9 de agosto de 1999), de 30 de octubre de 1999 (BOE de 1 de diciembre de 1999), de 9 de diciembre de 1999 (BOE de 11 de enero de 2000), de 13 de julio de 2000 (BOE de 25 de agosto de 2000), 8 y 11 de noviembre de 2000 (BOE de 9 de enero de 2001), de 26 de junio de 2001 (BOE de 21 de agosto de 2001), de 14 de junio de 2002 (BOE de 10 de agosto de 2002), de 13 de noviembre de 2003 (BOE de 18 de diciembre de 2003), de 18 de noviembre de 2004 (BOE de 31 de diciembre de 2004), de 14 de enero de 2005 (BOE de 7 de marzo de 2005), de 11 de junio de 2005 (BOE de 19 de agosto de 2005), de 20 de octubre de 2005 (BOE de 7 de diciembre de 2005), de 8 de marzo de 2006 (BOE de 7 de abril de 2006), de 30 de junio de 2007 (BOE de 31 de julio de 2007), de 19 de julio de 2007 (BOE de 6 de agosto de 2007), de 4 de enero de 2008 (BOE de 6 de febrero de 2008), de 11 de diciembre de 2008 (BOE de 7 de febrero de 2009), de 20 de julio de 2010 (BOE de 18 de septiembre de 2010), de 28 de octubre de 2010 (BOE de 10 de enero de 2011), de 20 de julio de 2012 (BOE de 3 de octubre de 2012), de 25 de octubre de 2012 (BOE de 20 de noviembre de 2012), 3 de abril de 2013 (BOE de 23 de abril de 2013), de 15 de junio de 2013 (BOE de 26 de julio de 2013), 11 de septiembre de 2013 (BOE de 14 de octubre de 2013). En todas estas Resoluciones viene a reafirmarse la misma doctrina, según la cual la caducidad de las anotaciones opera «ipso iure», una vez agotado su plazo de vigencia (art.86 LH), careciendo desde entonces de todo efecto jurídico. Para que la cancelación de las cargas posteriores hubiera sido posible, debió haberse presentado en el Registro el mandamiento de cancelación de cargas -o al menos la certificación del acta de venta- para ganar prioridad, antes de que hubiera caducado la anotación preventiva de embargo que lo motivó, o también podría haberse presentado mandamiento ordenando la prórroga de dicha anotación preventiva. A este respecto puede verse con detalle a RIVAS TORRALBA, R., *Aspectos registrales del proceso de ejecución...*, cit., pp. 475-477. Doctrina reiterada de la DGRN, que sin embargo no está exenta de críticas doctrinales, pudiendo destacarse el acertado parecer de ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., pp. 85 y 86: «Un problema especial plantearía la caducidad de la anotación preventiva. A nuestro juicio, producida una adquisición del bien embargado 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; claro está que esto último será de todo punto imposible si el negocio adquisitivo se produjo vigente la anotación preventiva o si la inscripción del adquirente fue realizada cuando constaba en el Registro dicha anotación. Presupuesto lo anterior, lo único que cabría añadir es que si la anotación preventiva caduca, no por ello el adquirente va a ver mejorada su posición, quedando inmune frente al embargo. (...) Ahora bien, aun aceptando que la solución es la correcta desde el punto de vista del funcionamiento del Registro, ¿debe tener alguna implicación “substantiva” esa mejora de rango de los asientos posteriores? Pensamos que no, porque la propia doctrina de la DGRN, se ocupa de aclarar que el rechazo de la inscripción no impide el juicio de fondo que se pueda hacer sobre la subsistencia de los derechos implicados. La doctrina anterior -que se entiende adecuadamente en su contexto registral, como justificación a la negativa de la práctica de asientos que sólo se pueden realizar si conserva su vigencia la anotación preventiva- no debería comportar ninguna consecuencia especial en el ámbito sustantivo».



Dicho lo cual, retomamos la cuestión originaria, a saber, el carácter derivativo de la transmisión llevada a cabo mediante venta judicial, que se desprende con total claridad de la forma en que opera el efecto purgativo en dicha institución en el Ordenamiento español, que es mucho más coherente con la naturaleza derivativa de la transmisión por venta judicial que el italiano.

Pero no es sólo el *modus operandi* del efecto purgativo el único elemento del que puede deducirse con absoluta claridad el carácter derivativo de la transmisión por venta judicial en España, sino que existen dos elementos adicionales de los que puede extraerse esta misma inteligencia que ya anticipamos en páginas precedentes: el fundamental art. 594 de la LEC española y el régimen del saneamiento de la venta judicial previsto en el CC español.

#### ***2.1.2.2.b) Segundo de los elementos de los que deducimos la naturaleza derivativa de la transmisión operada mediante venta judicial en España: el art. 594 de la LEC española***

En el precedente capítulo del presente trabajo, aludimos al importante art. 594 de la LEC española, y decíamos que en él se establece con rotundidad que el embargo sobre cosa ajena es válido y que resultará eficaz siempre que se den una serie de condiciones: que el tercero titular de los bienes embargados no ejercite en tiempo y forma su derecho de defensa a través de los medios que el Ordenamiento pone a estos efectos a su alcance durante la tramitación procesal de la subasta judicial (fundamentalmente, la tercería de dominio y la denominada acción de anulación); y que no se impugne la enajenación del derecho embargado producida en el desarrollo del procedimiento de apremio o, que se impugne una vez que el derecho en cuestión haya sido adquirido por el rematante o adjudicatario de modo irrevindicable conforme a la legislación sustantiva<sup>848</sup> (con ello, se hace referencia a los instrumentos de

---

<sup>848</sup> Como bien apunta ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La buena fe requerida por el adquirente en remate “*a debitore non domino*”. Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007», en *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 19, 2007, p. 409: «El problema que aqueja a un embargo trabado sobre cosa ajena al deudor no se sustancia en la nulidad del mismo, sino en su posible ineficacia». ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Remate de un inmueble transmitido anteriormente a un tercero por el deudor ejecutado: ¿adquisición de la propiedad por el rematante? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2004 (RJ 2004, 4427)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 15, 2005, p. 327, por otra parte, explica el sistema diseñado por el art. 594 de la LEC española en términos muy precisos: «Es obvio que el precepto (refiriéndose al art. 594 de la LEC) diseña un sistema en el que el verdadero titular de la cosa indebidamente embargada por deudas de otra persona tiene una doble alternativa para reaccionar contra el embargo. La primera posibilidad es el ejercicio de la tercería de dominio en tanto que proceda por el estado del procedimiento (art. 596 LEC); frente a dicha tercería el ejecutante no tendrá más posible defensa que la negación de la existencia de titularidad alguna en el tercerista o bien, que esa titularidad no se ostenta con carácter previo a la fecha del embargo (cfr. Art. 595 LEC). La segunda posibilidad de defensa que se presenta al que se tiene por *verus dominus* es el ejercicio de una acción que la Ley denomina de “nulidad de la enajenación” (*sic* art. 594. 2 in fine), para los casos que en que ya no sea posible la tercería (...)). Nosotros también hemos abogado por esta interpretación acerca del alcance del art. 594 de la LEC española en nuestro trabajo: «La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 732, pp. 1976 y ss. De nuevo ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La tercería de dominio contra el embargo anotado por

protección de a la apariencia registral; en el ámbito inmobiliario, esencialmente a la fe pública registral del art. 34 de la Ley Hipotecaria que salva el defecto de poder de disposición de la que adolezca la transmisión forzosa y onerosa basada en los datos que consten en el Registro de la Propiedad -titularidad registral del transmitente- y en la buena fe del adquirente).

Pues bien, la relevancia del art. 594 de la LEC española va más allá de la afirmación de la eficacia del embargo sobre cosa ajena, pues deja entrever que el verdadero titular de la cosa objeto de venta judicial puede en principio reivindicarla, salvo que el adjudicatario la haya adquirido de manera irreivindicable con apoyo en los instrumentos sustantivos de convalidación de las adquisiciones *a non domino*; a saber, en el ámbito inmobiliario, el fundamental art. 34 de la LH española. Y es que admitir la posible reivindicación por parte del verdadero titular del inmueble indebidamente subastado supone confirmar la naturaleza derivativa de la transmisión operada mediante la venta judicial, ya que de ser originaria, como bien apunta VERDERA SERVER, el adquirente obtendría una titularidad «*ex novo*», de manera que cualquier pretensión del anterior propietario sólo tendría alcance meramente indemnizatorio<sup>849</sup>. El hecho de que se admita que el verdadero titular puede ejercitar acciones protectoras de su dominio una vez acaecida la venta judicial es sinónimo, pues, de la afirmación del carácter derivativo de la transmisión llevada a cabo por la venta judicial. Como brillantemente indica LÓPEZ LÓPEZ a estos efectos, la definitiva consolidación de la adquisición del bien trabado por parte del ejecutado, que depende absolutamente de su irreivindicabilidad apoyada en los instrumentos sustantivos de consolidación de las adquisiciones *a non domino*, «demuestra hasta la saciedad de que en el proceso de ejecución rige la regla *nemo plus iuris transferre potest quam ipse haberet*», dado que el fracaso de la

---

créditos de las Administraciones Públicas y de la Seguridad Social», en *Notario del Siglo XXI*, N° 47, 2013, p. 39, elogia lo acertado de la solución acogida por el art. 594 de la LEC española: «Aúna este sistema, de un lado, la protección de la propiedad y la seguridad de su tráfico y, de otro, otorga la razonable seguridad que es oportuno dar, pero no más, a los acreedores que no cuentan con garantías reales». También analiza con enorme detalle desde una perspectiva sustantiva el alcance del art. 594 de la LEC española LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «El efecto traslativo de la adjudicación en la subasta en el caso ejecución dineraria tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, pp. 2680 y ss.

<sup>849</sup> VERDERA SERVER, R., «Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial», en *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 25, 2010, pp. 102 y 103: «Uno de los aspectos donde mayor claridad puede detectarse la importancia de aceptar uno u otro enfoque se encuentra (refiriéndose a la naturaleza contractualista o publicista de la venta judicial), según nuestra opinión, en la determinación del carácter originario o derivativo de la adquisición efectuada como consecuencia de la subasta judicial. Si la adquisición es originaria, el adquirente obtiene una titularidad “*ex novo*”, con lo que cualquier pretensión del anterior propietario sólo tendrá alcance indemnizatorio. En cambio, si esa adquisición es derivativa, debería admitirse la protección del verdadero titular de la cosa subastada. (...) El art. 594 LEC se inclina por una solución matizada acerca del alcance del embargo de cosa ajena, pero que permite descartar que nos hallemos ante una pura adquisición originaria. Establece, en principio, su eficacia, obligando al verdadero titular a que ejercite la correspondiente tercería de dominio, puesto que en caso contrario no puede impugnar la enajenación de los bienes embargados en aquellos supuestos en que el adjudicatario los hubiera adquirido de modo irreivindicable de conformidad con la legislación civil. Finalmente, queda siempre a salvo la posibilidad de interponer acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación.

tercería de dominio no es ni siquiera, en un sentido estrictamente técnico, una *negatio actionis*<sup>850</sup>. Esto es, no sólo basta para «negar» el posible ejercicio de una acción reivindicatoria por parte del verdadero titular del derecho indebidamente vendido, la falta de ejercicio de las acciones oportunas en sede de la tramitación procesal de la ejecución dineraria de la que ésta trae causa, sino que el adjudicatario debe apoyarse en todo caso en un instrumento sustantivo de consolidación irrevindicable de su adquisición, a saber, en el ámbito inmobiliario, la fe pública registral del art. 34 LH. Lo cual demuestra, reiteramos, que estamos en presencia de una adquisición de naturaleza incontestablemente derivativa.

En definitiva, el art. 594 de la LEC española al establecer requisitos para la irrevindicabilidad de la adquisición producida por venta judicial está presuponiendo que de no darse tales requisitos (ausencia de el ejercicio de la tercería de dominio o acción de anulación durante la tramitación de la subasta; y aun partiendo de la ausencia anterior, necesario apoyo en los instrumentos sustantivos de convalidación de la falta de poder

---

<sup>850</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «El efecto traslativo de la adjudicación en la subasta en el caso ejecución dineraria tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, pp. 2859; 2862 y 2863: «El efecto traslativo de la adjudicación en la subasta no se sustrae a la regla general expresada por el principio *nemo plus iuris alii transferre potest quam ipse habet*. Es bien sabido que dicho principio indica que, en las transmisiones de derechos a título derivativo, la medida de lo adquirido es justamente la del conjunto de facultades y derechos en cabeza del titular originario; salvo que por la Ley se mantenga, en presencia de específicos requisitos, una adquisición del causahabiente en términos distintos a la de la titularidad de su causante; llegando, en el límite, a consagrar la posición de titular en quien tiene como antecedente un sujeto que carecía de titularidad alguna; nos estamos refiriendo, como por otra parte resulta evidente, a la llamada adquisición *a non domino*. Que este es el sistema de la Ley 1/2000 lo demuestra incontestablemente el párrafo primero del artículo 594, aunque con una técnica cuando menos discutible, porque lo hace en sede de embargo, al determinar que este será eficaz aunque los bienes no pertenezcan al ejecutado; y al establecer, precisamente como temperamento de tan radical regla, que si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irrevindicable, conforme a la legislación sustantiva. Como se ve, aunque en sede de embargo, la regla se refiere a la enajenación, a la venta forzosa, y en concreto al efecto traslativo de la subasta. (...) La prohibición de una tercería de dominio posterior a la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta, artículo 596. 2 in fine, es una norma que está encaminada a que no se prolongue el proceso de ejecución más allá de la adjudicación del bien trabado; lo demuestra el hecho de que, ante este supuesto, lo que procede es el rechazo de plano, la misma solución que se articula para el caso de que no se presente el principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista. A bien pensar, este precepto lo que viene a dar a entender es precisamente, que, fuera del proceso de ejecución, cabe la reivindicatoria “plenaria”. En segundo lugar, lo que resuelve ya de manera incontestable la posibilidad de esa reivindicatoria plenaria (con su declarativa incorporada e implícita, como sabido es el conocidísimo criterio de la jurisprudencia), finiquitado que sea el proceso de ejecución, es justamente que la tercería de dominio no puede ser calificada de ninguna manera una reivindicatoria abreviada o incidental. Claro resulta que su objeto no puede ser nunca una declaración de dominio del tercerista, sino que la única pretensión que se puede deducir con ella no es otra que el alzamiento del embargo (artículo 601. 1); añádase que se resuelve mediante auto, que se pronunciará sobre la pertenencia del bien y la procedencia del embargo “a los únicos efectos de la ejecución en curso, sin que produzca efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien” (artículo 603, párrafo segundo). Con todo lo anterior queda demostrado que la definitiva consolidación de la adquisición del bien trabado por parte del ejecutado no depende en absoluto de la tercería de dominio, sino de la “irrevindicabilidad” de que habla el artículo 594. 1; (...) pero en todo caso, demuestra hasta la saciedad de que en el proceso de ejecución rige la regla *nemo plus iuris alii transferre potest quam ipse habet*, dado que el fracaso de la tercería de dominio no es ni siquiera, en un sentido estrictamente técnico, una *negatio actionis*, Y obligado es decir, que si este punto de partida está asumido por la Ley de modo tan contundente, condicionará de modo inexorable todas las cuestiones a resolver posteriormente en la cuestión de los efectos sustantivos de la subasta».

disposición de las que adolecen las transmisiones de un no dueño), el derecho objeto de venta judicial sí podrá ser reivindicado por su verdadero titular; posibilidad de reivindicación que sienta a las claras la naturaleza derivativa de la transmisión operada mediante venta judicial.

### **2.1.2.2.c) Tercero de los elementos de los que deducimos la naturaleza derivativa de la transmisión operada mediante venta judicial en España: la aplicación del régimen jurídico del saneamiento por evicción a la venta judicial**

El CC español, como venimos reiterando a lo largo del presente trabajo, no contempla a diferencia del italiano los aspectos sustantivos que encierra la venta judicial, institución que con carácter general sólo se encuentra regulada por la Ley procesal. Pero como toda regla general, encuentra excepciones que la confirman, y en efecto el CC español sí hace referencia expresa a la venta judicial, concretamente en sede del régimen jurídico del saneamiento que dedica a la compraventa contractual, a través del art. 1489 del CC español, en el que se establece que *«en las ventas judiciales nunca habrá lugar a la responsabilidad por daños y perjuicios; pero sí a todo lo demás dispuesto en los artículos anteriores»*. Se trata de un precepto del que nos ocuparemos con mayor detalle en posteriores epígrafes del presente capítulo, si bien baste decir ahora que su alcance genera cierta controversia en el seno de la doctrina, la cual gira en torno a la determinación de si la remisión general del precepto a la aplicación de los «artículos anteriores» ha de entenderse extensible únicamente al régimen jurídico del saneamiento por vicios ocultos o también al saneamiento por evicción. Existe unanimidad en la doctrina española acerca de la aplicación del régimen del saneamiento por vicios ocultos, pues el precepto se ubica precisamente en la Segunda Parte de la Sección Tercera, del Capítulo IV, del Título IV, relativa al «saneamiento por vicios ocultos», de modo que las dudas surgen en torno a la operatividad del saneamiento por evicción en la venta judicial. Lo cual, como tendremos ocasión de constar, no deja de ser curioso desde un punto de vista comparativo, ya que en Italia sucede justamente lo contrario: se excluye el saneamiento por vicios ocultos en la venta judicial de manera expresa, mientras que se afirma el saneamiento por evicción.

Se trata, por otra parte, de una cuestión poco tratada por la doctrina y sobre la que no pueden encontrarse pronunciamientos jurisprudenciales, lo que da muestras de su falta de relevancia práctica. Sea como fuere, de entre las pocas voces doctrinales que se han pronunciado sobre el particular puede detectarse una postura mayoritaria en torno a la afirmación de la aplicación del saneamiento por evicción a la venta judicial (prácticamente unánime entre los civilistas, pues las voces contrarias emanan sobre todo de los procesalistas). Por todos, puede destacarse a BADENES GASSET (seguido en este punto fielmente por GULLÓN BALLESTEROS), quien indica que pese al silencio de la Ley, debe de admitirse el saneamiento por evicción en el ámbito de la venta judicial si se observa que en nuestro sistema positivo, la garantía por evicción es un elemento natural a toda transmisión a

título oneroso, siendo reconocida en la venta de créditos (art. 1529 del CC español), en la aportación de cosas ciertas y determinadas a la sociedad (art. 1681.2 del CC español), en la donación onerosa (art. 638 del CC español) y, en la división de cosa común (art. 1069 y 1071 del CC español)<sup>851</sup>. Partiendo de ello, podemos considerar, pues, que el citado art. 1489 del CC español se está refiriendo, no sólo al saneamiento por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, sino también al saneamiento por evicción<sup>852</sup>.

Así las cosas, en lo que a nosotros interesa, la admisibilidad de la aplicación del régimen del saneamiento por evicción a la venta judicial nos da clara muestra de la naturaleza derivativa de la transmisión llevada a cabo a través de la misma. Ciertamente, el fundamento de la evicción es el de servir de garantía frente a la posible privación (total o parcial) del derecho vendido como consecuencia de una sentencia judicial firme que declare un mejor derecho anterior a la venta por parte de un tercero (*ex art. 1475 del CC español*)<sup>853</sup>. Esto es, si existe evicción es porque la adquisición no nace desligada a su titularidad anterior, sino que se funda en la misma, de manera que los derechos anteriores a la venta seguirán subsistiendo y podrán ejercitarse válidamente sobre el inmueble vendido hasta el punto de poder hacer perder el derecho objeto de venta en manos del comprador (en el que caso de se trate de una transmisión *a non domino*, salvo que se apoye en los instrumentos de convalidación de tal falta de poder dispositivo, a saber, en el ámbito inmobiliario como venimos reiterando, la fe pública registral contenida en el art. 34 de la LH española). Afirmar la evicción es confirmar la posible reivindicación por parte de un titular anterior a la venta: es someter la transmisión a la regla *nemos plus iuris aliis transferre potest quam ipse haberet*, característico de la naturaleza derivativa de la misma. En otros términos, si se prevé la evicción es porque los derechos anteriores a la venta resultan eficaces frente al nuevo adquirente; y si esos derechos anteriores resultan eficaces es porque nos encontramos ante

---

<sup>851</sup> BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, Tomo I..., *cit.*, p. 624. Seguido fielmente, como decimos, por GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, p. 38.

<sup>852</sup> MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, *cit.*, p. 524.

<sup>853</sup> Afirma DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., *cit.*, pp. 121-123: «La evicción (del latín *evincere*, que significa derrotar, vencer completamente y, en especial, vencer en un juicio) tiene lugar cuando el comprador se ve privado, por virtud de la acción emprendida por un tercero, por sentencia firme y a causa de un derecho anterior a la compra, de la cosa comprada. La evicción puede ser total o simplemente parcial. (...) Los requisitos de la evicción y derecho al saneamiento que de ella deriva resultan de los arts. 1475 y 1482 y son los siguientes: a) Es preciso que el comprador sea privado, total o parcialmente, de la cosa comprada. (...) b) La privación de la posesión debe tener un carácter judicial, toda vez que el art. 1475 alude a una sentencia. (...) c) La sentencia determinante de la privación ha de ser, según el art. 1475 una sentencia firme. Hasta que la dicha sentencia recaiga y alcance firmeza, el crédito de saneamiento no puede exigirse. (...) d) La acción ejercitada por el tercero, que da lugar a la sentencia firme, ha de tener como fundamento un derecho subjetivo del tercero que sea anterior a la compra. (...) e) Es de esencia de la evicción dar intervención al vendedor en el proceso. El vendedor es quien posee la más completa información sobre los títulos y sobre los derechos existentes sobre la cosa y quien tiene que facilitar al comprador los medios de defensa». Como puede deducirse de los requisitos necesarios para el nacimiento de la evicción, todo gira en torno al ejercicio de derechos anteriores a la venta que recaen sobre el objeto vendido, lo cual trae causa de la naturaleza derivativa de la transmisión.

una adquisición derivativa en la que la medida de lo adquirido es justamente la del conjunto de facultades y derechos en cabeza del titular originario<sup>854</sup>. De tratarse de una adquisición originaria, el derecho nacería inmaculado en manos del adjudicatario, quien no necesitaría de la garantía por evicción, pues no habría derecho anterior alguno que pudiera afectar a su derecho adquirido<sup>855</sup>.

En definitiva, en base al análisis trazado, puede afirmarse que en España la transmisión operada mediante venta judicial guarda una indubitada naturaleza derivativa, con todas las repercusiones que ello trae consigo<sup>856</sup>, principalmente y a los efectos del epígrafe siguiente, la determinación del posible sistema o modo de transmisión que le resultará de aplicación.

---

<sup>854</sup> A este respecto indica ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., *El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias...*, cit., p. 280: «(...) Es obvio que la adquisición en subastas judiciales no es un acto originario de adquisición de los derechos, por lo que el propietario auténtico siempre puede hacer valer su propiedad en el juicio declarativo correspondiente». El propietario auténtico puede hacer valer su propiedad, un derecho anterior a la venta, porque la transmisión derivativa; y precisamente por estos motivos, puede producirse la evicción.

<sup>855</sup> Nótese que junto a estos tres elementos de los que hemos extraído fundamentalmente el carácter derivativo de la transmisión operada por venta judicial, hay autores que señalan elementos adicionales, aunque de menor importancia (e incluso en ocasiones con escaso fundamento). Por todos, puede verse a MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., pp. 66 y 67: «Diversas normas en ciertos textos legales han presupuesto el carácter derivativo de las adquisiciones que se llevan a cabo en estos procedimientos: -Los artículos 1442, 1532 y 1533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. -El artículo 464 del Código civil, al permitir la reivindicación de la cosa mueble subastada por parte del verdadero dueño, aunque bajo la condición del pago del precio del remate. -El propio artículo 1911 de Código civil, al manifestar que del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos “sus bienes” presentes y futuros. -El establecimiento de un sistema que posibilita el alzamiento del embargo, a través del ejercicio de una tercería de dominio o registral cuando la traba resulta indebida a través de los artículos 593 a 604 y 658 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 38. III de la Ley Hipotecaria reguladores, estos últimos, de la denominada tercería registral. - El artículo 71 de la Ley Hipotecaria, que limita la eficacia de la anotación preventiva a las transmisiones ulteriores a su práctica, no respecto de las anteriores según el entendimiento doctrinal tradicional y mayoritario. -El artículo 33 de la Constitución, precepto que sólo prevé la expropiación forzosa cuando ésta se encuentre fundada en un interés público o social. -Que cuando la Ley quiere que sean válidas las actuaciones realizadas por una autoridad pública siempre que sean llevadas a cabo con un titular registral, así lo ha manifestado expresamente. -Y fundamentalmente, el artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...)».

<sup>856</sup> BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell’assegnazione»..., cit., pp. 53-55, determina las consecuencias que se derivan de la naturaleza derivativa de la transmisión llevada a cabo mediante la venta judicial en el seno del Ordenamiento italiano: «Molteplici sono le applicazioni concrete del principio della derivatività dell’acquisto dell’aggiudicatario: in dottrina si mise subito in luce la applicabilità delle disposizioni sull’accessione nel possesso; mentre in giurisprudenza via via nel corso degli anni furono numerosa le ipotesi oggetto di specifica pronuncia, specie concernenti l’invalidazione di vendite effettuate senza tenere conto del pignoramento. (...) La cosa venduta deve essere consegnata nello stato in cui si trova al momento della vendita forzata, con gli accessori, le pertinenze e i frutti ad essa inerenti, a meno che non siano stati espressamente esclusi dall’aggiudicazione, ovvero sia stato giudicato che non ineriscono alla cosa venduta». De la misma forma, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 114 y 115: «El que la adquisición sea derivativa tiene innumerables consecuencias, porque aunque forzosa y procesal se la equipara a la realizada voluntariamente por el deudor con la consiguiente subsistencia y subrogación de cargas, posible ejercicio de tanteo y retracto por terceros, cumplimiento de condiciones suspensivas o resolutorias, etc.».

## **2.2. SISTEMA TRASLATIVO APLICABLE Y MOMENTO DEL EFECTO TRASLATIVO**

### **2.2.1. Sistemática a seguir: cuestiones ampliamente controvertidas en España que pueden resolverse en base a la experiencia italiana. Selección del olvidado sistema traslativo aplicable a partir del discutido momento del efecto traslativo**

Decíamos al comenzar este gran apartado sobre las cuestiones suscitadas en torno a la transmisión del derecho objeto de venta judicial que son tres los elementos que deben analizarse con detenimiento, todos íntimamente ligados entre sí: de un lado, la naturaleza originaria o derivativa de la transmisión operada mediante venta judicial, y de otro y en función de la solución aplicada al extremo anterior, la determinación del sistema o modo traslativo aplicable y el momento en que se cifra dicho efecto traslativo. Ya hemos justificado el carácter claramente derivativo que guarda la transmisión llevada a cabo mediante venta judicial, tanto en Italia cuanto en España; veamos ahora qué modo traslativo es el que le corresponde en atención a tal naturaleza y partiendo de dicho sistema de transmisión, concretemos el momento en el que tiene lugar el efecto transmisivo.

Lo primero que debemos apuntar es que el análisis de estas cuestiones, sistema traslativo y momento del efecto traslativo, entendemos que debe abordarse de manera conjunta y ello por un motivo fundamental: porque la controversia doctrinal y jurisprudencial gira con un carácter prácticamente exclusivo en torno al segundo de los elementos, a saber, el momento del efecto traslativo, quedando olvidado el primero (el sistema traslativo); esto es, el material argumental que manejamos se mueve en los exclusivos contornos del momento del efecto traslativo, aunque no excluyentes, pues las soluciones en torno al particular dan la respuesta acerca del olvidado sistema traslativo (si bien no con la precisión deseada). Y el lector podría inmediatamente cuestionarse, ¿qué sentido tiene plantear la determinación del sistema traslativo aplicable si la experiencia doctrinal y jurisprudencial demuestran una exclusiva preocupación acerca del momento traslativo? Ciertamente, con este nuestro planteamiento pretendemos ante todo demostrar que gran parte de lo infructífero del debate reside en torno a lo erróneo de su enfoque: particularmente en el caso de España, demostraremos que la inexistencia de un criterio uniforme acerca del momento del efecto traslativo trae causa de una falta de cuestionamiento del sistema o modo de transmisión que debe resultar aplicable en base a la compleja naturaleza jurídica de la venta judicial. Las repercusiones de corte práctico residen en el momento del efecto traslativo, y quizá ello explique la realidad narrada, aunque difícilmente podremos encontrar una solución adecuada a esta cuestión si no traemos al debate la determinación del sistema traslativo aplicable.

Por otra parte, la comparación entre España e Italia que caracteriza al presente trabajo nos volverá a ayudar sobremanera, ya que como viene siendo una tónica habitual, la

selección del momento del efecto traslativo que tiene lugar mediante la venta judicial constituye una cuestión que está prácticamente resuelta y superada en Italia, existiendo unanimidad al respecto (sobre todo en sede jurisprudencial). Y lo curioso es que en Italia la cuestión no se encuentra resuelta positivamente en ningún precepto del CC italiano, ni de su Ley procesal, a diferencia de otros elementos sustantivos que sí ostentan una respuesta expresa; de manera que se ha logrado superar la problemática partiendo de sólidos argumentos doctrinales asumidos por la jurisprudencia. Partiendo de estas premisas, resulta evidente que el debate que ha antecedido a la solución prácticamente unánime sobre el particular será de enorme provecho; debate fructífero que no por ello consideramos como plenamente atinado desde la perspectiva de su enfoque, porque también en Italia parecen olvidar la referencia al sistema traslativo aplicable, que tantos frentes argumentales erróneos permite despejar *a priori*, como ahora tendremos ocasión de demostrar.

Así las cosas, la sistemática que seguiremos en el presente epígrafe será la siguiente:

- Partiremos de una justificación de la importancia práctica que encierra la cuestión del momento en que se cifra el efecto traslativo que tiene lugar mediante la venta judicial, con lo que quedará demostrado el por qué de que el debate sólo se haya enfocado desde la perspectiva de este concreto elemento.
- Analizaremos la experiencia del Ordenamiento Jurídico italiano, en el que como acabamos de mencionar, existe una práctica unanimidad (sobre todo jurisprudencial) acerca de la solución de la problemática, cuyo debate, al igual que en España, sólo ha girado en torno al momento del efecto traslativo. No obstante lo cual, deduciremos los sistemas traslativos aplicables que se han manejado y el que finalmente se ha aplicado partiendo de las soluciones que se han dado a la cuestión del momento del efecto traslativo.
- Proseguiremos con el análisis del farragoso y controvertido estado de la cuestión en España, desarrollando las principales posturas erigidas acerca del momento del efecto traslativo y detectando la raíz de la problemática cual es la aplicación de un sistema traslativo inadecuado a la venta judicial, teniendo presente la compleja naturaleza de esta última. En definitiva, trataremos de enfocar adecuadamente la controversia, seleccionando el sistema traslativo más adecuado, y cifrando en base al mismo el momento del efecto traslativo en el conjunto de actos procesales que conforman la venta judicial cual institución de enorme complejidad procesal-sustantiva. Análisis y soluciones que extraeremos en gran medida de la experiencia italiana precedentemente analizada.



### **2.2.2. Justificación de la importancia de la materia objeto de estudio, particularmente del momento del efecto traslativo**

Lo primero que debe advertirse es que nos enfrentamos ante una materia, la del momento del efecto traslativo y el sistema traslativo aplicable en el ámbito de la venta judicial inmobiliaria, que como bien indica GILI, es objeto de enorme controversia tanto en doctrina cuanto en jurisprudencia. Carácter controvertido que viene dado por dos factores fundamentales, a saber, la escasa claridad del legislador (tanto español como italiano) en esta materia y la gran complejidad que encierra el instituto de la venta judicial (como ya venimos constatando a lo largo de este trabajo), compuesto por un arduo *iter* procedimental integrado por numerosos actos procesales<sup>857</sup>.

Dicho lo cual, la complejidad anunciada merece desgranarse dada la importancia, no sólo teórica, sino sobre todo práctica de la materia objeto de estudio. La determinación del momento traslativo en la venta judicial (y para su correcta solución, la paralela determinación del sistema o modo transmisivo aplicable), trae consigo importantísimas consecuencias prácticas, tanto en el ámbito procesal, cuanto sustantivo (carácter procesal-sustantivo que es una constante partiendo de la naturaleza igualmente procesal-sustantiva de la venta judicial), que justifican su necesario y detallado tratamiento. Veamos cuáles son todas estas cuestiones de enorme relevancia práctica a nivel sustantivo y procesal cuya resolución se encuentra ligada del momento en que se cifre el efecto traslativo que tiene lugar mediante la venta judicial.

#### **2.2.2.1. Importancia del momento del efecto traslativo desde la perspectiva de la legitimación activa para el ejercicio de las acciones protectoras del dominio**

En primer lugar, el momento del efecto traslativo determina quién estará legitimado activamente para ejercitar válidamente las acciones protectoras del dominio adquirido. El derecho objeto de venta judicial por lo general suele ser de propiedad (de ahí que suela hacerse referencia a la venta judicial de un bien, lo cual, como se aclaró oportunamente en el capítulo correspondiente al objeto y tramitación procesal de la venta judicial, debe entenderse como sinónimo de derecho de propiedad sobre dicho bien), de manera que una vez que este derecho ingrese en el patrimonio del adjudicatario, será sólo él y no el deudor ejecutado quien esté legitimado activamente para ejercitar las acciones protectoras del mismo. Estas acciones protectoras del derecho de propiedad, como de todos es sabido, tanto

---

<sup>857</sup> GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)», en *Rivista di Diritto Processuale*, N° 2, 2000, pp. 437 y 438: «La determinazione del momento a partire dal quale si realizzano gli effetti traslativi della vendita forzata (...) nell'ambito della vendita immobiliare, com'è noto, ha dato vita a un acceso dibattito, ancora aperto soprattutto in dottrina, alimentato dalla scarsa chiarezza del dettato legislativo, da un lato, e dalla complessità strutturale dell'istituto, articolato in più fasi distinte ma strettamente collegate tra loro, dall'altro».

en Italia como en España son fundamentalmente cuatro: la acción reivindicatoria (*ex art. 348. 2º del CC español y art. 948 del CC italiano*), la acción negatoria (de cuño doctrinal y jurisprudencial en España y reconocida legalmente en Italia, concretamente en el art. 949 del CC italiano), la acción de deslinde (*ex art. 388 del CC español y art. 950 del CC italiano*) y la acción declarativa del dominio (esta última es de cuño jurisprudencial y no suele hacerse referencia a la misma en Italia)<sup>858</sup>; todas y cada una de las cuales supeditan su válido ejercicio, como no puede ser de otra manera, a la titularidad del dominio por parte de su actor<sup>859</sup>. Resulta de vital importancia, por tanto, determinar quién es el propietario y a partir

---

<sup>858</sup> Junto a estas acciones protectoras del dominio que podríamos calificar como «principales», también existen otra serie de acciones protectoras que suelen denominarse como preparatorias y cautelares a las que no hacemos referencia y que también hacen depender la legitimidad de su ejercicio de la tenencia por parte del actor del derecho de propiedad.

<sup>859</sup> En relación con la **acción reivindicatoria**, destaca unánimemente la doctrina, pudiendo señalarse por todos a DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Tomo I..., *cit.*, 2012, pp. 178, que el primero de los requisitos que deben concurrir para el válido ejercicio de la acción reivindicatoria es la prueba del dominio del actor: «Es claro que el actor debe probar su dominio, en aplicación de los principios generales sobre la carga de la prueba (art. 217 LEC). (...) La prueba del dominio del actor es condición inexcusable de la acción reivindicatoria, hasta el extremo de que el demandado debe ser absuelto si no se realiza, aunque posea sin título». En este mismo sentido, en el seno de la doctrina italiana, afirma GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. I..., *cit.*, p. 288: «La principale azione a difesa della proprietà è l'azione di rivendicazione (art. 948): spetta a chi si dichiara proprietario di una cosa della quale altri abbia il possesso o la detenzione; mira ad ottenere dal giudice l'accertamento del diritto di proprietà e la condanna del possessore o detentore alla restituzione della cosa». Por lo que hace a la **acción negatoria**, DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Tomo I..., *cit.*, p. 183, la definen como aquella «acción que compete al propietario de una cosa para defender la libertad de su dominio y que se declare la ausencia o inexistencia de gravámenes sobre él. (...) El actor deberá probar el dominio que dice ostentar, pero no la falta del derecho del demandado, porque se presume que la propiedad es libre mientras no se demuestre lo contrario, y porque la prueba de los hechos negativos es prácticamente imposible». En el seno de la doctrina italiana, acerca de la acción negatoria regulada positivamente, a diferencia de España, en el art. 949 del CC italiano, indica GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. I..., *cit.*, p. 391: L'azione negatoria (art. 949) differisce dall'azione di rivendicazione per il fatto che non è diretta ad ottenere, in positivo, l'accertamento del diritto dell'attore sulla cosa, ma è diretta ad ottenere, in negativo, l'accertamento della inesistenza del diritto vantato sulla cosa da altri. (...) L'attore si limiterà a dare la prova del proprio diritto di proprietà (o del proprio diritto reale) (...). En cuanto a la denominada «**acción de deslinde (y amojonamiento)**», denominada en Italia como «*azione di regolamento di fondini e di apposizione di termini*», la misma tiene por objeto fijar los límites de la finca objeto del derecho de propiedad, ante una confusión acerca de los linderos; así lo destacan DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Tomo I..., *cit.*, p. 184: Presupuesto esencial de la acción, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, es la confusión de linderos; los límites están confundidos de tal forma que no puede conocerse exactamente la línea perimetral de cada propiedad (...). Igualmente, por parte de la doctrina italiana, GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. I..., *cit.*, p. 392: «L'azione di regolamento di confine (art. 950) spetta a ciascuno dei proprietari immobiliari confinanti, quando è incerto il confine che separa i due fondi; mira alla determinazione del confine, per l'accertamento del quale è ammesso qualsiasi mezzo di prova (art. 950, comma 2º) (...)». Finalmente, en lo que concierne a la **acción declarativa del dominio**, se trata de una acción acuñada por la jurisprudencia española, tal y como manifiestan al respecto DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Tomo I..., *cit.*, p. 183: «(...) La acción declarativa del dominio, admitida por una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, tiene como fin la condena del demandado a que reconozca el dominio del actor simplemente, que discute o se atribuye ese derecho, sin aspiraciones de reintegración de la posesión que detenta en ese proceso. La acción declarativa exige prueba del dominio por el actor y la identificación de la cosa en iguales términos que la acción reivindicatoria, pero no que el demandado se halle en su posesión. La legitimación pasiva corresponde, pues, a los que nieguen o contesten simplemente el derecho de aquél».

de qué momento a estos efectos, esto es, cuándo debe cifrarse el efecto traslativo en la transmisión del derecho operada mediante venta judicial<sup>860</sup>.

### 2.2.2.2. Importancia del momento traslativo desde la perspectiva de la validez de los actos de disposición llevados a cabo

Por otra parte, el momento del efecto traslativo determina igualmente la validez de los actos de disposición que se lleven a cabo respecto del inmueble objeto de venta judicial: si el inmueble sigue bajo la titularidad del deudor ejecutado, podrá seguir disponiendo de su derecho con total eficacia (ya hemos tenido ocasión de comprobar que tanto en España, cuanto en Italia, la traba del embargo no excluye el poder de disposición del ejecutado respecto del objeto embargado), ejercitando cuantos actos de disposición estime oportunos: podrá enajenar el inmueble, gravarlo con la constitución de derechos reales sobre el mismo, o incluso podrá hipotecarlo. Mientras que si el inmueble ha pasado ya a manos del adjudicatario, sólo será éste el que podrá disponer válidamente del mismo. Todo derecho real y particularmente el derecho de propiedad otorga a su titular la facultad de disposición respecto del objeto sobre el que recae<sup>861</sup>; de manera que el momento en que dicho derecho ingresa en el patrimonio del adjudicatario, dejando de pertenecer al haber del deudor ejecutado, es el que determina qué concreto sujeto queda legitimado activamente para disponer del derecho vendido<sup>862</sup>.

---

<sup>860</sup> Así lo destaca igualmente GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, p. 441: «La soluzione scelta in merito al momento in cui avviene il trasferimento della proprietà del bene venduto condiziona anche la validità e l'efficacia (...) della successione nelle azioni a difesa della proprietà o del possesso del bene». De la misma forma, también MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, *cit.*, p. 320: «La fijación del momento en que opera la transmisión del dominio a favor del rematante permitirá: a) determinar el momento a partir del cual el rematante puede ejercitar con éxito las acciones tendentes a proteger su derecho».

<sup>861</sup> Así se desprende del art. 348. 1º del CC español en el que se define al derecho de propiedad como «el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». E igualmente del paralelo art. 832 del CC italiano, a cuyo tenor: «Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico». Esto es, el propietario dice el CC italiano tiene derecho a gozar y disponer de la cosa de modo pleno y exclusivo, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas por el Ordenamiento Jurídico.

<sup>862</sup> Así lo destaca TRAMONTANO, R., «La decorrenza dell'effetto traslativo nella vendita forzata immobiliare», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Nº 3, 1994, p. 1033: «(...) Se possono desumere i seguenti corollari: nel periodo intercorrente tra l'aggiudicazione e l'emanazione del decreto che trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato, l'immobile rimane nel patrimonio del debitore; questi ne può disporre efficacemente, salvi gli effetti del pignoramento (...)». Igualmente, GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, p. 441: «La soluzione scelta in merito al momento in cui avviene il trasferimento della proprietà del bene venduto condiziona anche la validità e l'efficacia degli atti di disposizione compiuti sul bene stesso dal debitore o dall'acquirente (...)».

### 2.2.2.3. Importancia del efecto traslativo desde la perspectiva de los bienes integrantes de la masa activa de un eventual concurso de acreedores

En tercer lugar y en íntima conexión con la importante consecuencia práctica apuntada anteriormente, la concreción del momento en que se produce el efecto traslativo de la venta judicial determina la pertenencia del objeto vendido a la masa activa del deudor ejecutado, o del adjudicatario, en el caso de la declaración en concurso de alguno de ellos. Si el inmueble sigue formando parte del patrimonio del deudor ejecutado y éste es declarado en concurso, en principio pasa a formar parte de la masa activa del concurso en cuestión (dejamos a un lado el posible juego de la anotación preventiva de embargo en el caso en que sea anterior a la declaración de concurso); mientras que si se considera que el inmueble ha pasado ya a manos del adjudicatario, no podrá formar ya parte de la masa del concurso en dicho caso<sup>863</sup>.

### 2.2.2.4. Importancia del momento del efecto traslativo desde la perspectiva de la atribución de los frutos eventualmente producidos

En cuarto lugar, la selección del momento del efecto traslativo en la venta judicial aclara a quién deberán imputarse los frutos (naturales y civiles) que produzca el inmueble objeto de venta. El derecho de propiedad concede a su titular las facultades de disposición y goce (uso y disfrute) respecto del objeto sobre el que recae (*ex arts. 348. 1º del CC español y el respectivo art. 832 del CC italiano*)<sup>864</sup>. Siendo así, en función de cuándo cifremos la efectiva

---

<sup>863</sup> Apunta igualmente la referida consecuencia derivada del momento del efecto traslativo, CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata»..., *cit.*, p. 10: «(...) Il trasferimento esplica anche una notevole rilevanza processuale poiché (...) sottrae il bene venduto alla massa attiva di un fallimento posteriormente dichiarato». En este mismo sentido, TRAMONTANO, R., «La decorrenza dell'effetto traslativo nella vendita forzata immobiliare»..., *cit.*, p. 1029: «(...) La questione, d'altro canto, è rilevante sotto l'aspetto pratico (...) per stabilire se sopraggiunto il fallimento del debitore, il bene faccia ancora parte della massa». De la misma forma, GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, p. 441: «La soluzione scelta in merito al momento in cui avviene il trasferimento della proprietà del bene venduto (...) è ancora, decisiva per stabilire se, intervenuto il fallimento del debitore nel corso della procedura esecutiva, il bene espropriato sia già passato in proprietà al terzo acquirente oppure debba entrare a far parte della massa attiva».

<sup>864</sup> Nótese que en el caso de la compraventa contractual o voluntaria en España, a la que resulta de clara aplicación el sistema traslativo derivativo propiamente contractual (el denominado sistema del título y modo), se distinguen dos momentos distintos: el de perfección del contrato, esto es, cuando nacen sus efectos puramente obligacionales, lo cual tiene lugar con el mero concurso del consentimiento de las partes (con carácter general, dado el principio espiritualista o de libertad de forma que rige en el Ordenamiento español); y el de la consumación del mismo, momento a partir del cual comienzan a producirse los efectos jurídico-reales. Pues bien, conforme al art. 1095 del CC español, *ab initio*, «el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla (...)»; de modo que con la mera perfección del contrato de compraventa, antes del nacimiento, pues, del derecho real transmitido, el comprador tiene ya derecho a percibir los frutos. No hemos hecho referencia a esta puntualización en esta sede de la venta judicial, porque consideramos, como tendremos ocasión de justificar detalladamente, que la venta judicial sí produce por sí mismas efectos no sólo obligacionales sino también reales (no cabe distinguir un momento de perfección y consumación de una institución que por activa y pasiva ha quedado demostrado que no guarda la naturaleza de un contrato), de manera que el planteamiento a los efectos de la percepción de los frutos puede plantearse comúnmente entre España e Italia.

producción de la transmisión del derecho de dominio mediante venta judicial, será el deudor ejecutado o el adjudicatario los que tengan derecho, según los casos, a percibir los frutos que produzca la cosa objeto de venta<sup>865</sup>.

### 2.2.2.5. Importancia del efecto traslativo desde la perspectiva de la asunción de los riesgos por deterioro o pérdida de la cosa vendida

Asimismo, el momento del efecto traslativo también se dice que determina el sujeto que deberá asumir los riesgos por el deterioro o la pérdida de la cosa vendida judicialmente<sup>866</sup>. La presente es una consecuencia que se predica del Ordenamiento italiano, si bien en el caso español no parece que pueda decirse lo mismo, en la medida en que el sistema de distribución de los riesgos no se anuda a la transmisión de la propiedad (a diferencia de Italia). El correcto entendimiento de la cuestión de la distribución de los riesgos en la venta judicial (sobre la que no existe respuesta positiva ni en España, ni en Italia), nos obliga a adentrarnos en el régimen de distribución de los riesgos por pérdida o deterioro de la cosa previsto en ambos Ordenamientos, en sede de compraventa contractual.

Lo primero que debe decirse a este respecto (tal y como acaba de anticiparse) es que el régimen de distribución de los riesgos en la compraventa contractual se rige por principios absolutamente distintos en España y en Italia. Mientras que en España el riesgo por deterioro o pérdida de la cosa se rige por el denominado principio *«periculum emptoris»* (según el criterio tradicional imperante en la doctrina española, *ex art. 1452 del CC español*), en Italia se dice que predomina en esta materia el principio *«res perit domino»* contenido en el art. 1465 del CC italiano vigente<sup>867</sup>. En España, salvo que el vendedor se halle incurso en mora

---

<sup>865</sup> Así lo destaca CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata»..., *cit.*, p. 10: «La traslazione del diritto è certo un fenomeno di carattere sostanziale, ricco di ulteriori e potenziali implicazioni quali (...) l'imputazione dei frutti maturati». También GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, p. 441: «Le principali implicazioni non processuali riguardano l'imputazione dei frutti maturati sulla cosa venduta (...)».

<sup>866</sup> Así lo destaca GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, p. 441: «Le principali implicazioni non processuali riguardano (...) l'individuazione del soggetto sul quale -in applicazione della regola *res perit domino*- ricade il rischio per il perimento del bene»; igualmente, TRAMONTANO, R., «La decorrenza dell'effetto traslativo nella vendita forzata immobiliare»..., *cit.*, p. 1029: «(...) La questione, d'altro canto, è rilevante sotto l'aspetto pratico al fine, ad es., di accertare in danno di chi si verifichi il perimento della cosa (...)».

<sup>867</sup> El tenor literal del art. 1465 del CC italiano es el que sigue: «Nei contratti che trasferiscono la proprietà di una cosa determinata ovvero costituiscono o trasferiscono diritti reali, il perimento della cosa per una causa non imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ancorché la cosa non gli sia stata consegnata.

La stessa disposizione si applica nel caso in cui l'effetto traslativo o costitutivo sia differito fino allo scadere di un termine.

Qualora oggetto del trasferimento sia una cosa determinata solo nel genere, l'acquirente non è liberato dall'obbligo di eseguire la controprestazione, se l'alienante ha fatto la consegna o se la cosa è stata individuata.

respecto de la obligación de entrega y siempre que el deterioro o pérdida no se produzca por causa a él imputable (mediando una actuación plenamente diligente), el riesgo por deterioro o pérdida debe asumirse por el comprador, en el caso de venta de inmuebles (que son cosas determinadas), desde el mismo momento de la perfección del contrato (con anterioridad al traspaso de la propiedad del vendedor al comprador); quedando el comprador en dicho caso obligado, pues, a pagar el precio con independencia de que con posterioridad a dicha perfección de la compraventa la cosa no llegue a su poder o llegue al mismo pero de manera deteriorada<sup>868</sup>. En Italia, por el contrario, el traspaso de los riesgos por deterioro o pérdida de la cosa a manos del comprador se produce con la transmisión de la propiedad de la cosa; el riesgo por pérdida o deterioro se anuda, pues, a la propiedad de la cosa vendida; vendida la cosa y transmitido paralelamente el derecho de propiedad sobre la misma, el riesgo por deterioro o pérdida corresponde al comprador, debiendo afrontar el pago del precio

---

L'acquirente è in ogni caso liberato dalla sua obbligazione, se il trasferimento era sottoposto a condizione sospensiva e l'impossibilità è sopravvenuta prima che si verifici la condizione».

<sup>868</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., *cit.*, pp. 114 y 115, da buena cuenta de las diversas corrientes doctrinales que se han erigido en torno a la interpretación del confuso art. 1452 del CC español: «(... El art. 1452 CC, de comprensión no especialmente fácil, (...) ha dado lugar a posiciones doctrinales muy diferentes. La posición tradicional entre nosotros es la vigencia en el Derecho de nuestro Código Civil de la máxima *periculum est emptori* desde el momento de la celebración del contrato. Los argumentos que apoyan esta solución, que puede ser considerada como dominante en la doctrina y en la jurisprudencia, los ha expuesto con mucha claridad A. LÓPEZ LÓPEZ («Comentarios al artículo 1452 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, pp. 896 y ss.), y son fundamentalmente tres: los antecedentes históricos de la materia en el Derecho español; la atribución al comprador de las ventajas y frutos de la cosa desde la celebración del contrato, con la consiguiente aplicación de la idea de quien recibe los beneficios soporta los riesgos y los argumentos en contrario derivados del art. 1452. 3 y del art. 1096. (...). Frente a las comunes opiniones, ALBALADEJO ha sostenido la tesis de que el riesgo es del vendedor, sobre la base de que el art. 1452 no termina de resolver el problema, pues la remisión al art. 1182 significa liberar al vendedor de la obligación de entrega, pero no se deduce de ello la subsistencia de la obligación del comprador de pagar, sin aclarar si hay. De esta manera, lo más adecuado es observar las reglas generales relativas a la extinción o de las obligaciones recíprocas por imposibilidad sobrevenida fortuita. Una postura original mantuvo entre nosotros A. COSSÍO («Los riesgos de la compraventa civil y en la mercantil», en *Revista de Derecho Privado*, 1944, p. 361). Observa COSSÍO, con toda lógica, que la cuestión de los riesgos en el contrato de compraventa no puede nacer sino cuando, contra la naturaleza del contrato, se retrasa la ejecución. Por ello, el único fundamento posible de una solución del problema del riesgo es considerar en interés de quien se ha demorado en la entrega de la cosa, de manera que los riesgos deben ser soportados, a falta de pacto en contrario, por aquel contratante en cuyo provecho o comodidad la entrega se ha trasladado a otro momento. Para conciliar esta solución con el art. 1452, COSSÍO examina los argumentos extraídos de tal artículo. La remisión a los arts. 1096 y 1182 no deja resuelta la cuestión, porque estos artículos no se refieren a los “provechos” de la cosa, como sería necesario dado el tenor del art. 1452; y porque de ello se desprendería la exención de responsabilidad del vendedor por la pérdida fortuita, pero no la extinción del derecho a exigir contraprestación, que, además, resulta excepcional y contrario a la letra expresa del art. 1124. Por otra parte, le parece excesivo a COSSÍO deducir la regla de que el riesgo es del comprador mediante una interpretación en sentido contrario del art. 1452. Es cierto que este extremo afirma que hasta el momento que señala, no se traspasa el riesgo al comprador, pero en modo alguno dice que a partir de ese momento se le deba considerar traspasado siempre. A juicio del autor citado, el art. 1452, que es una norma de derecho excepcional y de interpretación restrictiva, contiene solamente una presunción: la de que la cosa no se entregó por interés del comprador, por lo que, en todos los demás casos se debe seguir la norma general del art. 1124». Nótese que LÓPEZ LÓPEZ, A., «Comentarios al artículo 1452 del Código Civil»..., *cit.*, pp. 897 y 898, se declara partidario de la postura de COSSÍO.

correspondiente con independencia de que no llegue a recibirla o la reciba de manera deteriorada<sup>869</sup>.

Como bien indica BIANCA a este respecto, son tres los criterios de imputación del riesgo contractual que pueden seguirse en el ámbito de los contratos traslativos del dominio: el «criterio de la propiedad», en virtud del cual el riesgo contractual queda a cargo del comprador cuando tiene lugar el efecto traslativo, con independencia de que se haya producido o no el traspaso posesorio a través de la entrega de la cosa; el llamado «criterio del contrato», conforme al cual el riesgo grava al adquirente desde la misma estipulación del contrato; y el denominado «criterio de la entrega», que atribuye el riesgo contractual al comprador una vez que se produce la entrega de la cosa objeto de venta<sup>870</sup>. El Ordenamiento español, fiel a la configuración puramente obligacional de su contrato de compraventa, cual fuente exclusiva de obligaciones y no de derechos reales, acoge el «criterio del contrato», cifrando el traspaso de los riesgos en el momento de perfección del contrato de compraventa y no en el momento de su consumación (con la posterior entrega o *traditio*, de acuerdo con nuestro sistema contractual de transmisión derivativa del «título y el modo»). El Ordenamiento italiano, de acuerdo con el carácter no sólo obligacional, sino también real de su compraventa, adopta el «criterio de la propiedad», anudando el traspaso de los riesgos a la adquisición de la condición de titular del derecho de propiedad objeto de venta<sup>871</sup>.

Lo que ocurre es que estas aparentes diferencias existentes en sede de criterio de distribución del riesgo en la compraventa entre el Ordenamiento español e italiano, si escapamos de un plano puramente nominalista, no son realmente tales: porque siendo el sistema traslativo italiano «consensualista», existiendo en principio coincidencia entre los

---

<sup>869</sup> Tanto en España como en Italia, cuando se habla de «riesgos por deterioro o pérdida» se hace referencia a supuestos de deterioro o pérdida que tienen lugar por caso fortuito o imposibilidad sobrevenida, de modo que no son constitutivos de ningún género de incumplimiento culpable o negligente; pues si de incumplimiento se hablase, nos estaríamos moviendo en un plano plenamente distinto de remedios frente a la lesión crediticia en cuestión.

<sup>870</sup> BIANCA, C. M., «La vendita e la permuta», en VASSALLI, F., *Trattato di Diritto civile italiano*, Vol. VII, Tomo 1º, Torino, 2ª Edición, 1993, pp. 89 y 90: «Il tradizionale problema del rischio contrattuale nei contratti traslativi ha piuttosto riguardato gli eventi impeditivi anteriori alla consegna. Il nostro ordinamento ha adottato il cosiddetto criterio della proprietà. Secondo tale criterio il rischio contrattuale è a carico dell'alienatario quando si è realizzato l'effetto traslativo, anche se non vi sia stata la consegna (art. 1465 CC). Questo criterio si distingue rispetto a quello cosiddetto del contratto, secondo il quale il rischio grava sull'acquirente a seguito della stipulazione del contratto. Altro criterio è, ancora, quello cosiddetto della consegna, il quale pone il rischio contrattuale a carico dell'alienatario quando sia stata eseguita la consegna o l'iscrizione in pubblici registri».

<sup>871</sup> Puede afirmarse que gran culpa de la discordancia en torno al tratamiento de la distribución de los riesgos en España e Italia trae causa del distinto sistema traslativo contractual que impera en uno y otro Ordenamiento: el sistema de título y modo en España, donde el mero contrato no produce la mutación jurídico real si no va acompañado del modo o entrega; y el sistema puramente consensual propio de Italia, en cuya virtud el contrato traslativo, señaladamente el de compraventa, produce no sólo efectos obligacionales, sino también reales. Siendo así, en Italia no cabe plantearse la distinción entre la perfección y consumación del contrato, ya que ambos momentos (salvo las excepciones concernientes al denominado «contrato obligatorio» incluido en Italia con el CC de 1942, que posteriormente analizaremos con mayor detalle) se funden en uno solo al ser el contrato de compraventa tanto fuente de obligaciones, cuanto fuente de derechos reales.

momentos de la perfección y consumación del contrato, la distribución del riesgo se produce ciertamente con el traspaso de la propiedad, pero también con el concurso del consentimiento de las partes que es cuando este último tiene lugar. Desde esta perspectiva, no existirían, como decimos, mayores diferencias entre los criterios distributivos del riesgo imperantes en ambos Ordenamientos. Es más, acudiendo al párrafo segundo del art. 1465 del CC italiano, en el que se afirma que la asunción del riesgo por el comprador en los contratos traslativos del dominio, aunque el efecto traslativo se posponga a un determinado término, parece desprenderse que el Ordenamiento italiano se rige más bien por el denominado criterio de distribución de los riesgos «del contrato» (y no tanto por el de la propiedad, pues). No obstante lo anterior no deja de ser una consecuencia de la existencia en Italia de un contrato de compraventa, no sólo real, sino también puramente obligatorio (previsto para todos aquellos casos en los la propiedad no sea un efecto automáticamente ligado al momento de la perfección), en el que parece que tendría más sentido aplicar el criterio de distribución contractual. Conclusión que debe rechazarse, pues acudiendo al mismo art. 1465 del CC italiano, concretamente en su párrafo tercero, comprobamos que en supuestos de venta obligatoria (tales como el de la venta genérica o alternativa) se vuelve a proclamar el criterio *res perit domino* en la distribución del riesgo. Esto es, el párrafo segundo del referido art. 1465 no deja de ser una excepción que confirma la regla de que los riesgos en Italia se transmiten con el traspaso de la propiedad del bien objeto de venta. Tal es la importancia del principio *res perit domino* que suele indicarse que de su intencionada proclamación derivó el propio sistema traslativo consensualista (y no a la inversa)<sup>872</sup>.

Llegados a este punto, la cuestión que debemos ahora plantearnos es la siguiente: ¿resultan aplicables por analogía los regímenes jurídicos español e italiano de distribución de riesgos por pérdida o deterioro de la cosa propios de la compraventa contractual, a la venta judicial? La respuesta parece diferir en función del Ordenamiento en cuestión:

En el caso de Italia, la respuesta a la cuestión planteada es justamente la contraria, ya que el criterio de distribución del riesgo, a saber, el de la propiedad, sí casa con la naturaleza compleja y no contractual de la venta judicial. La venta judicial sí produce efectos jurídico-reales, pues a través de la misma se transmite el derecho real objeto de venta, de modo que un criterio que cifre la asunción del riesgo por deterioro o pérdida de la cosa (no culpable, ni moroso) en el momento de adquisición del derecho real resulta plenamente vigente y aplicable. Desde esta perspectiva, pues, no existen mayores diferencias entre la compraventa contractual y la venta judicial en el caso de Italia, ya que el criterio de distribución de los

---

<sup>872</sup> Afirma a este respecto ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en contrato de compraventa*, Madrid, 1972, p. 248: «Puede (...) afirmarse que el problema de los riesgos en la compraventa ha sido una de las causas determinantes de un sistema de transmisión de la propiedad» (refiriéndose al sistema consensualista, nota del autor). «Resulta incontrovertido que el cambio operado en orden a la transmisión de la propiedad por el sólo acuerdo de comprador y vendedor fue debido, ante todo, a la “iniquidad” que supuso para el intérprete la regla *casus senit creditor* y, por tanto, cargar los riesgos al comprador antes de poseer la cosa por la tradición».



riesgos gira en torno al momento de producción de la mutación jurídico-real, la cual es común a ambas ventas. Desde este planteamiento, pues, el momento del efecto traslativo en la venta judicial sí puede afirmarse que resulta determinante de cara a la distribución del riesgo.

En España, al regir un régimen contractual de distribución de los riesgos contenido en el controvertido art. 1452 del CC español, desde un planteamiento nominalista (acogiendo la solución sobre la naturaleza jurídica como un *prius*) deberíamos entender que dicho criterio distintivo no podría aplicarse a la venta judicial, esencialmente por razón de la naturaleza no contractual que venimos defendiendo acerca de la venta judicial. Si la venta judicial no es un contrato, sino una institución compleja, cuyo origen se haya en el proceso de ejecución, dando lugar al nacimiento de una relación jurídica propia de venta, no cabría aplicar un criterio de distribución del riesgo de configuración puramente contractual. En sede de la venta judicial no tiene sentido distinguir entre un momento de la perfección y otro momento de la consumación; de modo que si los criterios de distribución del riesgo en la venta giran precisamente en torno a la distinción anterior<sup>873</sup>, parece incontrovertido que no pueden resultar de aplicación a la venta judicial.

Pero la anterior postura no entendemos que pueda acogerse, en la medida en que la negación de la aplicación del régimen contractual de distribución de riesgos a la venta judicial en España no quiere decir que la problemática deje de darse en la práctica; antes bien, la problemática sí puede darse y debemos encontrar una respuesta al respecto. En efecto, la cosa puede perderse o deteriorarse, pongamos un caso, con posterioridad a la aprobación judicial del remate mediante el oportuno decreto de aprobación del remate, planteándose en dicho caso la cuestión de determinar si con independencia de ello el rematante debe o no hacer frente al pago de su precio, haciendo o no recaer sobre el mismo el riesgo por pérdida o deterioro de la cosa. Ante la inexistencia de una solución positiva al respecto en el CC español debemos acudir necesariamente al régimen previsto para la distribución de los riesgos en sede de la compraventa contractual, por mucho que acoja un «criterio contractual». El carácter contractual hace que no pueda predicarse una aplicación automática del régimen en cuestión (como sí puede hacerse en Italia), pero ello no obsta a la posibilidad de su aplicación por vía de la analogía. La identidad de razón a los anteriores efectos reside en un doble aspecto: a saber, en el hecho de que el problema que se da en ambos casos es el mismo (tanto en la venta judicial, cuanto en la voluntaria); y en el hecho

---

<sup>873</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo III..., *cit.*, p. 237, plantea la cuestión de los riesgos en la compraventa partiendo precisamente de la distinción entre los momentos de perfección y consumación de la venta: «(...) La perfección o celebración y la consumación del contrato de compraventa pueden no ser coincidentes en el tiempo, de tal manera que puede transcurrir un lapso temporal, a veces prolongado, entre una y otra fase contractual durante el cual el bien objeto de compra siga estando en poder del vendedor por no haberse realizado aún la correspondiente entrega. Es obvio que durante dicho plazo el bien vendido puede ser destruido, sufrir deterioros, daños o menoscabos (...). La pregunta al respecto es evidente: ¿a quién habrá de imputarse la pérdida o deterioro (...) que experimente la cosa vendida, al comprador o al vendedor?».

de que a favor del adjudicatario, cual comprador en la venta judicial, nace una genuina obligación de pago del precio (de origen legal, no contractual, sí; pero obligación en cualquier caso), al igual que existe en relación al comprador de la venta contractual. Siendo así, si el criterio español de distribución del riesgo establece que desde el nacimiento de la obligación de pago el comprador quedará obligado a afrontarlo, aunque posteriormente la cosa se deteriore o pierda<sup>874</sup>; llevando este mismo razonamiento al plano de la venta judicial, podemos afirmar que el momento de distribución del riesgo deberá coincidir con el nacimiento de la referida obligación de pago en dicha sede: esto es, con la expedición del decreto de aprobación del remate, momento en que se fija el precio del remate con carácter definitivo, quedando el rematante obligado a afrontar el pago del mismo, so pena de quiebra de la subasta y pérdida de la caución que debió depositar para licitar (*ex art. 653 de la LEC española*). Será, por tanto, desde ese preciso momento, en el que el adjudicatario (comprador de la venta judicial) asumirá el riesgo por deterioro o pérdida de la cosa y no antes.

Contra la inteligencia de nuestro planteamiento cabría objetar que en el plano práctico en caso de pérdida o deterioro efectivo de la cosa vendida judicialmente el rematante siempre tendría en su mano la posibilidad de no pagar, en cuyo caso no podría exigírsele el pago forzoso, sino que sólo perdería la caución depositada para licitar. Pero ello no desvirtúa nuestra inteligencia, ya que la situación narrada no deja de ser una consecuencia legalmente prevista ante el incumplimiento de una obligación, la de pago del precio, igualmente legal (*ex art. 1090 del CC español*)<sup>875</sup>. La distribución del riesgo, pues, en la venta judicial, entendemos que debe cifrarse en el momento de expedición del decreto de aprobación del remate<sup>876</sup>.

En definitiva, retomando la cuestión originaria, puede concluirse afirmando que el momento del efecto traslativo, sólo determina el momento de traspaso de los riesgos por pérdida o deterioro (no culpable, ni moroso) de la cosa objeto de venta judicial en el Odenamiento italiano.

---

<sup>874</sup> CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, 1ª Edición, Navarra, 2010, p. 974: «Imputar el riesgo no puede significar otra cosa que imponer al comprador el pago del precio. Porque si el comprador pudiera resolver su propia obligación, el riesgo de la contraprestación sería del vendedor, que dejaría de cobrar».

<sup>875</sup> Nótese que el art. 1090 dispone que «las obligaciones derivadas de la ley no se presumen (...) se regirán por los preceptos de la ley que las hubiera establecido; y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del presente libro». El hecho de que la Ley procesal prevea una determinada consecuencia frente al incumplimiento de la obligación de pago, que se aleje del régimen general previsto para las obligaciones nacidas de contrato no quiere decir que no deje de tratarse de una verdadera obligación. A destacar que retomaremos la cuestión de las obligaciones nacidas de la venta judicial en sede de la resolución por incumplimiento a cuyo estudio dedicamos el último de los capítulos del presente trabajo.

<sup>876</sup> Existen autorizadas voces autorizadas que se pronuncian en sentido contrario, en aras de la aplicación del régimen de distribución de riesgos propio de la compraventa contractual a la venta judicial: ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en contrato de compraventa...*, *cit.*, pp. 374 y 375: «No hay duda de que el riesgo en este tipo de venta (refiriéndose a la venta judicial) debe regirse por la norma general del artículo 1452 del CC, en cuanto perecida la cosa mientras se sigue el procedimiento ejecutivo una vez aprobado el remate (...), el riesgo se transfiere al comprador. El problema está en señalar cuándo se entiende perfeccionada la venta judicial quedando la cosa a disposición del comprador (...)

### 2.2.2.6. Importancia del momento del efecto traslativo desde la perspectiva de la preclusión del plazo para la interposición de la «tercería de dominio» o la paralela «*opposizione di terzo*»

El momento del efecto traslativo resulta igualmente determinante a los efectos de cifrar el momento preclusivo o *dies ad quem* para la interposición de la tercería de dominio en el caso de España, o la paralela «*opposizione di terzo*» propia de Italia. Debemos recordar que en el caso en que erróneamente se trabase el embargo sobre un bien no perteneciente al deudor ejecutado, el tercero propietario puede hacer valer su derecho, instando el alzamiento del embargo y evitando así la venta judicial de cosa ajena, mediante la interposición de la oportuna «tercería de dominio» u «*opposizione di terzo*». Tercería de dominio y paralela «*opposizione di terzo*» cuyo plazo de interposición finaliza precisamente, tanto en España cuanto en Italia, en el momento en que el derecho objeto de venta pase a manos del adjudicatario.

En efecto, en el caso de España, afirma el art. 596 de la LEC española, que «*el tribunal, mediante auto, rechazará de plano y sin sustanciación alguna la demanda de tercería de dominio (...) que se interponga con posterioridad al momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta*». Más allá de la falta de precisión técnica de la que adolece el precepto enunciado, remitiendo a la legislación sustantiva una cuestión, la del momento del efecto traslativo a través de la venta judicial, sobre la que nada dice precisamente el codificador español<sup>877</sup>, de lo que no cabe duda es que el *dies ad quem* para la interposición de una tercería de dominio se cifra en el momento en que tiene lugar la transmisión del derecho real sobre el bien objeto de venta judicial<sup>878</sup>.

---

<sup>877</sup> Esta crítica al legislador procesal, que parece quitarse un problema espinoso de encima echándolo sobre el tejado del legislador sustantivo, que nada dice al respecto, es denunciada por RUBIO GARRIDO, T., «Doble ejecución judicial con subasta de cosa inmueble. Doble inmatriculación. Título y modo y venta judicial. Pérdida y consumación de la venta judicial. ¿Aplicabilidad del art. 1473 CC?. Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2009», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 84, 2010, pp. 1578 y 1579: «(...) He aquí el actual art. 596. 2 LEC, regulando la tercería de dominio, nos dice -con muy poca propiedad técnica y conceptual, pese a su indudable procedencia “profesional”-: “El tribunal, mediante auto, rechazará de plano y sin sustanciación alguna la demanda de tercería de dominio a la que no se acompañe el principio de prueba exigido en el apartado 3 del artículo anterior, así como la que se interponga con posterioridad al momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta”. Sorprendentemente me resulta que el propio legislador procesal nos diga que el momento de la adquisición en virtud de una subasta judicial lo regula el Código Civil, por cuando ello es incierto, no aludiendo para nada el *corpus civil* a tal cuestión».

<sup>878</sup> Destaca la importancia del momento del efecto traslativo por razón de erigirse en el momento preclusivo para la interposición de la oportuna tercería de dominio, MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, *cit.*, pp. 320 y 321: «La fijación del momento en que opera la transmisión del dominio a favor del rematante permitirá: (...) fijar el término *ad quem* para la interposición de una demanda de tercería de dominio». Asimismo, CACHÓN CADENAS, M., «Comentario al artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»,

Por lo que respecta al Ordenamiento italiano, la cuestión del momento preclusivo para la interposición de la correspondiente «*opposizione di terzo*» no resulta tan claro como en el caso español, aunque en vía interpretativa se afirma con carácter general que el referido momento se hace depender del momento en que se produzca el efecto traslativo a través de la venta judicial<sup>879</sup>. El *dies ad quem* para la interposición de la «*opposizione di terzo*» es una cuestión que se desprende de los arts. 619, párrafo primero y 620 del CPC italiano, en los que se acoge un criterio aparentemente diverso sobre el particular. El art. 619 del CPC italiano tiene por objeto la regulación de la forma en que debe interponerse la «*opposizione di terzo*», y en su párrafo primero dispone que «el tercero que pretenda tener la propiedad o cualquier otro derecho real sobre el bien embargado puede proponer oposición con recurso al Juez de la ejecución, antes de que sea dispuesta la venta o adjudicación forzosa de los bienes»<sup>880</sup>. Partiendo de este tenor literal, parecería que el momento preclusivo para la interposición de la «*opposizione di terzo*» sería el de la audiencia en la que el Juez dispone con «*ordinanza*» la venta judicial (*ex* arts. 530. 4º y art. 569. 4º del CPC italiano)<sup>881</sup>. Lejos

---

en LORCA NAVARRETE, A. M., GUILARTE GUTIÉRREZ, V., y AA.VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, 2000, pp.2970 y 2973: «(...) Dado que con la tercería de dominio se intenta obtener el alzamiento del embargo, parece que el *dies ad quem* para la interposición de dicha tercería no debería ir más allá, en buena lógica, del momento procesal en que se produzca la extinción del embargo. (...) Con arreglo a este precepto, no se admitirá la tercería cuando se interponga después de producirse la transmisión del bien». De la misma forma, CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2001, p. 302: «El momento preclusivo para la interposición de la tercería de dominio es, por lo tanto, aquel en que se consumó la transmisión del bien, porque a partir de entonces el embargo (cuyo alzamiento constituye objeto de la tercería) ya no existe. Precitado ese objeto en la Ley (art. 601), resulta lógico que el ámbito de la tercería (sus momentos inicial y final, fijados en este artículo que comentamos) coincida estrictamente con el de aquél». Igualmente, PLANCHADELL GARGALLO, A., *La tercería de dominio*, Valencia, 2001, pp. 147 y 148. Asimismo, MONTERO AROCA, J., FLOR MATÍES, J., *La tercería de dominio*, Valencia, 2004, p. 165: «La demanda se tiene que interponer antes del momento en que, de acuerdo con dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en subasta pública, de modo que si la demanda se interpone después será rechazado de plano y sin sustanciación alguna (art. 596. 2). Si la demanda se interpone después carecerá de sentido. Si la tercería de dominio lo que pretende es sacar el bien de la ejecución, evitando su realización forzosa, la tercería debe iniciarse antes de que sea realizado el bien, antes de que se haya transmitido, bien por medio de la enajenación, bien por medio de la adjudicación».

<sup>879</sup> GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»... *cit.*, p. 441: «Nell'ambito del processo esecutivo, l'individuazione del momento in cui si verifica l'effetto traslativo della vendita forzata è necessaria, innanzitutto, per delimitare il confine temporale tra opposizione di terzo tempestiva, *ex* art. 619 CPC e opposizione di terzo tardiva, di cui all'art. 620 CPC».

<sup>880</sup> Traducción realizada por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 619. 1º del CPC italiano es el que sigue: «Il terzo che pretende avere la proprietà o altro diritto reale sui beni pignorati può proporre opposizione con ricorso al giudice dell'esecuzione, prima che sia disposta la vendita o l'assegnazione dei beni».

<sup>881</sup> Debe recordarse en este punto, lo ya expuesto en sede del capítulo III del presente trabajo relativo al estudio del objeto y tramitación procesal de la venta judicial, en el que hicimos expresa y detallada mención del conjunto de actos procesales que conforman el proceso de ejecución en Italia (origen de la venta judicial según la postura que venimos defendiendo). En efecto, pusimos de manifiesto que decretado judicialmente el embargo con el que se inicia el proceso de ejecución dineraria, el acreedor embargante, o cualquier otro acreedor interviniente que cuente con un título ejecutivo, debía instar la venta judicial, mediante la interposición de la denominada «*istanza di vendita*». Acto seguido procedía la aportación de los documentos

de ser así, el art. 620, *in fine* del CPC italiano establece que «si la «*opposizione di terzo*» se interpone después de la venta misma, los derechos del tercero sólo podrán hacerse valer respecto de la suma recabada»<sup>882</sup>. Esto es, perderá su derecho que pasará definitivamente al adjudicatario si no interpone la «*opposizione di terzo*» «después de la venta misma». La pregunta que surge inmediatamente es la siguiente: ¿qué debe entenderse por la expresión «después de la venta misma»? Según la prevalente doctrina y jurisprudencia italianas, ello es sinónimo del «momento en que se transmite el derecho a través de la venta judicial»<sup>883</sup>. Y es ésta la opinión que debe prevalecer en la aparente antinomia que se detecta entre los preceptos enunciados: el *dies ad quem* para la interposición de la «*opposizione di terzo*» debe cifrarse en el momento en que se produce el efecto traslativo a través de la venta judicial.

---

acreditativos de la situación jurídica y registral del inmueble, y dentro de los treinta días siguientes al depósito de la preceptiva documentación, el Juez de la ejecución debía fijar y convocar una audiencia en la que comparecerían las partes implicadas, así como aquellos acreedores preferentes que no hubieran intervenido en plazo. En el caso de que no existiera oposición alguna o las partes llegasen a un determinado acuerdo en la audiencia, el Juez de la ejecución autorizaría la celebración de la venta judicial, detallando sus extremos mediante la denominada «*ordinanza di vendita*».

<sup>882</sup> Traducción llevada a cabo por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 620 del CPC italiano es el siguiente: «Se in seguito alla opposizione il giudice non sospende la vendita dei beni mobili o se l'opposizione è proposta dopo la vendita stessa, i diritti del terzo si fanno valere sulla somma ricavata».

<sup>883</sup> Por todos, puede verse a este respecto a GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, pp. 441 y 442: «A dire il vero, la terminologia ambigua utilizzata dal legislatore potrebbe far sorgere dei dubbi sulla coincidenza o meno del termine finale per l'opposizione tempestiva –che è anche il *dies a quo* per proporre opposizione tardiva- con il passaggio della proprietà del bene venduto in capo all'aggiudicatario. L'art. 619 CPC stabilisce, infatti, che l'opposizione diretta al recupero in natura dei beni pignorati deve essere proposta “prima che sia disposta la vendita o l'assegnazione dei beni”, mentre, in base all'art. 620, “se in seguito all'opposizione è proposta dopo la vendita stessa, i diritti del terzo si fanno valere sulla somma ricavata”. Stando al tenore letterale della prima norma, si potrebbe desumere che il momento preclusivo per esercitare l'opposizione di terzo tempestiva coincida con l'udienza nella quale il giudice “dispone con ordinanza la vendita”, ex artt. 530, 4° comma e 569, 4° comma. Queste soluzioni, però, è in contrasto con l'art. 620 CPC, nel quale viene definita come opposizione tardiva non quella proposta una volta disposta la vendita, ma quella proposta “dopo la vendita” tout court. L'antinomia tra l'art. 619 e l'articolo seguente va senz'altro risolta a favore di quest'ultimo, con la precisazione che l'espressione “dopo la vendita” va qui intesa come sinonimo di “una volta avvenuto il trasferimento del diritto sul bene venduto”. Ciò risponde maggiormente alla ratio dell'istituto, che è quella di consentire al terzo di recuperare il proprio bene in natura, agendo nell'ambito del processo esecutivo, sino a quando ciò è possibile. Ne consegue, perciò, che è logico far coincidere con il momento estremo entro il quale è ancora consentito riottenere il bene. Tale momento non può essere altro che quello in cui non solo la vendita è stata disposta, ma è stata anche in concreto attuata e, soprattutto, è avvenuto il passaggio del diritto sulla cosa all'aggiudicatario». Así lo entienden igualmente las voces más autorizadas del panorama doctrinal italiano: MANDRIOLI, C., voz «Opposizione all'esecuzione», en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXX, Milano, 1980, p. 472; BUCOLO, F., *La sospensione nell'esecuzione*, Milano, 1972, p. 743.

### **2.2.2.7. Importancia (proclamada) del momento del efecto traslativo desde la perspectiva del momento de nacimiento de los eventuales derechos de adquisición preferente existentes sobre el inmueble objeto de venta**

El momento en que tiene lugar el efecto traslativo a través de la venta judicial suele decirse por parte cierta doctrina, que guarda enorme importancia igualmente por lo que respecta al nacimiento de la acción para el ejercicio de los eventuales derechos de adquisición preferente que pesen sobre el inmueble objeto de venta<sup>884</sup>. No obstante dicha afirmación y el tratamiento que se hace de la cuestión de los derechos de adquisición preferente en el ámbito de las ventas judiciales incurre, a nuestro juicio, en una doble imprecisión.

En primer lugar, comenzando por el desacertado tratamiento del que se dispensa a la materia: no creemos que pueda abordarse su estudio tratando de manera unitaria a todos los derechos de adquisición preferente, ya que se trata de una categoría dogmática (no legal), que engloba a un conjunto de supuestos, que si bien tienen como nota común otorgar a su titular la facultad de adquirir, con preferencia frente a cualquier otra persona, la propiedad de una determinada cosa en caso de que su propietario decida transmitirla; cuentan, sin embargo, en muchos de los casos con un fundamento diverso y régimen jurídico propio, lo que exigiría un tratamiento individualizado de todos y cada uno de dichos supuestos en el marco de las ventas judiciales. No es lo mismo el tanteo que el retracto, pues en principio todo tanteo conlleva el consiguiente retracto, pero no a la inversa; distinto es el tratamiento de los tanteos y retractos de origen voluntario de aquellos de origen legal; y dentro de estos últimos, por poner un caso, distinto es el régimen del retracto legal en materia de arrendamientos rústicos que en el ámbito de las fincas enfitéuticas (entre otros muchos supuestos que difieren plenamente los unos de los otros). Necesario estudio particular de cada uno de los casos en el ámbito de la venta judicial que excedería de los límites del presente epígrafe destinado a la puesta de manifiesto de la importancia de la determinación del momento del efecto traslativo en la venta judicial.

Y por lo que respecta a la afirmación de que el momento del efecto traslativo resulta determinante a los efectos del inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de los derechos de adquisición preferente, entendemos que ello no es verdaderamente así en la medida en que con carácter general, la regla imperante en esta materia (señaladamente en los derechos de adquisición preferente de origen legal) es que el inicio del cómputo tendrá lugar a partir del momento en que pueda tenerse conocimiento pleno y fehaciente de la transmisión,

---

<sup>884</sup> MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., pp. 320 y 321 destaca igualmente el nacimiento de los derechos de adquisición de preferente como elemento anudado al momento en que se cifre el efecto traslativo en la venta judicial: «La fijación del momento en que opera la transmisión del dominio a favor del rematante permitirá: (...) que otros posibles interesados, como por ejemplo, los titulares de un derecho de adquisición preferente, puedan ejercitar el que les corresponda sobre el bien subastado».

presumiéndose *iuris et de iure* (suele apuntarse por parte de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias) dicho conocimiento en todo caso desde la inscripción del derecho adquirido en el Registro de la Propiedad: así se desprende fundamentalmente de los arts. 1524. 1º y 1067 del CC español.

Más allá de la precisión anterior, la cual excluye el supuesto de los derechos de adquisición preferente como verdadero ejemplo a efectos de la importancia del momento del efecto traslativo en la venta judicial, merece hacer breve mención acerca de la controvertida cuestión de la operatividad de los referidos derechos en el marco de las ventas judiciales (discusión circunscrita señaladamente al ámbito de los retractos legales).

Comenzando por la postura contraria a la admisibilidad del ejercicio del derecho de retracto legal en el ámbito de la venta judicial, ciertamente minoritaria en el seno de la doctrina y jurisprudencia españolas, puede citarse señaladamente a CUBELLS ROIG, quien niega la operatividad del derecho de retracto *ex lege* en el seno de la venta judicial fundamentalmente en base a la falta de identidad existente en torno al modo en que se produce la oferta en la venta contractual respecto de la judicial. En la primera suele realizarse a una concreta persona elegida libremente por el vendedor, que puede verse favorecida en la obtención primaria de la información en que consiste la oferta; mientras que en la venta judicial existe una oferta realizada a una generalidad de personas, que ostentan una posición de plena igualdad las unas respecto de las otras (ninguna persona obtiene una información con mayor facilidad), de ahí que no se justifique en este ámbito el nacimiento de un derecho de adquisición preferente, cuyo fundamento reside precisamente en paliar esta situación privilegiada de la persona con la que eventualmente se contrate, a favor de determinados sujetos predeterminados legalmente (copropietarios, colindantes, arrendatarios, etc.). En la venta contractual el vendedor vende a quien quiere y en las condiciones que estime oportunas, sin sujeción a límite alguno en ejercicio de su autonomía contractual, de modo que la Ley provee de una suerte de preferencia en la adquisición a favor de un sujeto que el Ordenamiento entiende merecedor de una igualdad de oportunidades en la compra. Siendo esta situación inexistente en la venta judicial, en que sólo será elegido como comprador el que ofrece un precio más alto y siguiendo los mínimos marcados legalmente al respecto, cesa la justificación de la existencia de los derechos de adquisición preferente en esta sede<sup>885</sup>. Por otra parte, alude el autor a un segundo argumento basado en la literalidad de

---

<sup>885</sup> CUBELLS ROIG, E., «La subasta y el retracto *ex lege*», en *Revista General del Derecho*, Nº 584, 1993, pp. 4379 y 4380: «Si el dueño es libre de vender a quien quiera, evidentemente no podrán comprar algunas personas, y en diversas ocasiones, sentida la preocupación de conceder a éstas una oportunidad de comprar, se ha concretado en algo llamado retracto *ex lege*, pero, al ser la subasta una oportunidad de comprar, en igualdad de términos para todos, nadie ha podido verla como obstáculo a la compra por el retrayente, y no ha habido necesidad de instaurar el retracto *ex lege* para degradar la venta en pública subasta o despojarla de aquello que la caracteriza. (...) Si el retracto *ex lege* es la facultad de adquirir en los mismos términos que otro adquirente (...), debe concluir que la igualdad, si hay venta en pública subasta, sólo se cumple cuando el retrayente acude a ella como los demás licitadores. (...) El retracto *ex lege*, tras la venta en subasta, equivaldría a adjudicar el

los preceptos legales en que se reconoce el derecho de retracto legal: a saber, en ninguno de estos preceptos se hace mención expresa al nacimiento del derecho en el ámbito de la venta judicial; de manera que si el legislador hubiera querido que operase lo hubiera afirmado expresamente, cosa que no hace<sup>886</sup>. Finalmente, como argumento definitivo para la negación del retracto legal en la venta judicial y en consonancia con la inteligencia anterior baste afirmar, según CUBELLS ROIG, la falta de identidad existente entre la venta contractual y la venta judicial<sup>887</sup>. Esta igualmente es la postura de la Sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de octubre de 1990.

No obstante, la postura contraria a la admisibilidad del derecho de retracto legal en el seno de la venta judicial, como advertimos previamente, es de carácter minoritaria. Y es que la mayor parte de los autores y la práctica unanimidad de la jurisprudencia de los últimos quince años afirma sin ambages la operatividad del derecho de retracto legal en el ámbito de la venta judicial<sup>888</sup>. Fundamentalmente en base a la letra de los preceptos que contemplan los

bien con dispensa de acudir a la licitación; sería promoción, desde la legislación civil, de la disminución del precio del bien en venta, contra los intereses del ejecutado».

<sup>886</sup> CUBELLS ROIG, E., «La subasta y el retracto *ex lege*»..., *cit.*, pp. 4380 y 4381: «Para llegar a diferente conclusión debería haber precepto contradictorio, pero no lo hay (...). El legislador (...) ha escrito: en la venta habrá retracto *ex lege*. A continuación ha callado y ha omitido en la norma el supuesto de venta en pública subasta. No todos los legisladores han procedido como el nuestro, porque, por ejemplo, el alemán ha prohibido, expresamente el retracto *ex lege* tras la venta en subasta (...)».

<sup>887</sup> CUBELLS ROIG, E., «La subasta y el retracto *ex lege*»..., *cit.*, p. 4382: «Para aplicar la norma de retracto *ex lege* al supuesto de venta en pública subasta hay que ver ésta como semejante a la venta privada y, ya se ha dicho, no hay igualdad entre ambas ventas en muchos puntos pero, especialmente, en éste: la venta en pública subasta es oferta *pro omnibus*, la privada *intuiti personae*». Esta postura minoritaria es la seguida igualmente (aunque con matices, pues en su argumentación se refiere a un derecho de retracto convencional, no legal; si bien se trata de argumentos plenamente predicables del retracto de origen legal) por ARANDA RODRÍGUEZ, R., «Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales. Analogías y diferencias entre compraventa y subasta judicial. Estudio a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995», en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 49, Nº2, 1996, p. 906: «En mi opinión, el carácter forzoso de la enajenación del bien del ejecutado impide su posibilidad. Además, teniendo en cuenta la variación del tipo de licitación, admitir el ejercicio del retracto en ella podría suponer una posibilidad de defraudar a los acreedores en beneficio del retrayente por su derecho de adquisición preferente; y, un perjuicio para el deudor, que podría llegar a no cubrir el pago de su deuda con tal importe. El titular del retracto debe ejercitar su derecho después de la aprobación del remate, una vez perfeccionada la compraventa, siempre que tenga preferencia al embargo».

<sup>888</sup> En el seno de la doctrina puede detectarse una práctica uniformidad actual en torno a la afirmación de la operatividad de los derechos de tanteo y retracto legales en el ámbito de la venta judicial, pudiendo destacarse a este respecto y entre otros a los siguientes autores: ESTRUCH ESTRUCH, J., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1995», en *Revista General del Derecho*, Nº 613-614, 1995, pp. 1157 y ss.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, *cit.*, pp. 136 y ss.; TOMÉ PAULÉ, J., «El ejercicio del retracto legal frente a las ventas judiciales», en *Revista de Derecho Privado*, 1965, pp. 99 y ss., quien señala que si se partiera de una total equiparación entre venta judicial y venta contractual, no se plantearían estos interrogantes, pero ello no es posible pues la venta judicial forzosa a su juicio, tiene naturaleza eminentemente pública. Pero esto, su naturaleza totalmente distinta a las ventas privadas, no quiere decir que no puedan tener efectos semejantes en ciertas materias, como por ejemplo en el derecho de retracto». Y en tiempos recientes dan por sentada la unanimidad doctrinal en torno a la admisibilidad del derecho de retracto legal en las ventas judiciales SALAS CANCELLER, A., «Ejercicio del retracto legal en los supuestos de venta en subasta pública», en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, Nº7, 2008 [consultado en la base de datos <http://www.westlaw.es>; fecha de consulta: 12 de diciembre de 2012], p. 1: «Superada ya la inicial incertidumbre sobre la posibilidad de



supuestos de retracto legal. En todos y cada uno de ellos, cuando se hace referencia al término venta o enajenación, no están aludiendo en exclusiva a la venta o enajenación contractual, sino igualmente a la venta o enajenación judicial o forzosa. Asimismo, no existe precepto alguno en que expresamente se niegue la posibilidad del ejercicio del derecho de retracto legal en sede de la venta judicial; silencio en dicho sentido que contrasta con la existencia (aunque sea puntual) de preceptos en los que sí se afirma taxativamente el posible ejercicio del derecho de retracto legal en la venta judicial. A este último respecto pueden señalarse los siguientes preceptos legales en los cuales se afirma con carácter expreso la admisibilidad del derecho de retracto legal en la venta judicial:

- El art. 1640 del CC español, que en el ámbito del tanteo y retracto legal enfitéuticos establece que «en las ventas judiciales de fincas enfitéuticas, el dueño directo y el útil, en sus casos respectivos, podrán hacer uso del derecho de tanteo (...) y del de retracto (...)»; esto es, se afirma con carácter expreso la admisibilidad del tanteo y retracto legal enfitéuticos en la venta judicial.
- El art. 22 de la Ley española 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, en cuyo apartado segundo se dispone que «en toda transmisión *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas, incluida la donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de aquéllas, el arrendatario que sea agricultor profesional (...) tendrá derecho de tanteo y retracto». Como puede constatar, el precepto hace referencia a la existencia del derecho de tanteo y retracto legales respecto de «toda transmisión *inter vivos*» que se produzca del inmueble objeto de arrendamiento rústico, entre las que tienen cabida, no sólo las compraventas contractuales, sino igualmente las ventas judiciales.

---

ejercicio de retracto legal en supuestos como el de la venta en pública subasta, aunque no se trate en realidad de una “compra” –entiéndase, voluntaria para ambas partes intervinientes en el negocio- o dación en pago (...); MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., pp. 320 y 321: «Aunque han existido voces en contra de la existencia del retracto legal en las subastas judiciales, el legisladores las ha considerado aptas para dar lugar al ejercicio de estos derechos de adquisición preferente, por lo que la fijación del momento en que se produce la transmisión de la propiedad determinará el momento inicial del cómputo para ejercitar el retracto legal»; e igualmente en el ámbito jurisprudencial ARCOS VIEIRA, M. L., «Criterios jurisprudenciales acerca del ejercicio de la acción de retracto legal en supuestos de venta por subasta pública judicial», en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. I, 1996, [consultado en la base de datos <http://www.westlaw.es>; fecha de consulta: 12 de diciembre de 2012], p. 1: «Ciertamente, una consolidada jurisprudencia admite sin reparos la equivalencia a efectos del derecho de retracto legal (...) de ambas enajenaciones, y ello a pesar de que, paralelamente, el Tribunal Supremo ha defendido asimismo una interpretación restrictiva de los supuestos subsumibles en las menciones de los arts. 1521 (“compra o dación en pago”) y 1522 (“enajenación”) del Código Civil, excluyéndose así los casos de permuta (...), aportación a una sociedad (...), donación, transmisión hereditaria, renta vitalicia (...), etc.».

En otro orden de cosas, siguiendo a GUTIÉRREZ DE CABIEDES, como argumento adicional en apoyo de la postura afirmativa de la operatividad del derecho de retracto legal en el ámbito de la venta judicial puede indicarse la propia naturaleza derivativa de la transmisión que tiene lugar mediante la misma. Efectivamente, si los derechos existentes sobre el inmueble con carácter previo a la traba del embargo del que trae causa la venta judicial no se ven arrastrados por el efecto purgativo quedando subsistentes (con independencia de que sean de origen contractual o legal), no hay razón para que queden privados de ejercicio estos derechos reales (tanteo y retracto) de origen legal<sup>889</sup>.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, se detecta una clara uniformidad acerca de la operatividad del retracto legal en la venta judicial, pudiendo citarse al respecto las siguientes Sentencias del Tribunal español: de 30 de junio de 1994, de 8 de junio de 1995, de 14 de diciembre de 2007 y 22 de julio de 2013.

Finalmente, debemos hacer una precisión ulterior, acerca de la opinión de determinados autores que únicamente admiten la operatividad de los derechos de adquisición preferente de origen legal, partiendo de la consideración de que el retracto nacido de pacto «tiene como elemento esencial un contrato de compraventa en el que se estipula, por lo que éste opera en el campo contractual» que es absolutamente ajeno a la venta judicial<sup>890</sup>. Discrepamos plenamente de esta opinión, pues si bien es cierto que la venta judicial no puede constituir título válido para la constitución de un derecho de adquisición de origen voluntario al faltar el elemento voluntarista en la persona del deudor ejecutado vendedor, no es menos cierto que si se trata de un derecho de adquisición preferente convencional nacido con anterioridad a la traba del embargo sí resultará plenamente operativo frente al adjudicatario de la venta judicial, salvo que este último goce de la condición de tercero protegido por la fe pública registral (extremo que no se dará en el caso en que el derecho de adquisición preferente conste en el Registro, pues en dicho caso el principio de prioridad registral lo hará primar frente al derecho posteriormente inscrito del adjudicatario, desvirtuando igualmente la necesaria buena fe con la que debería contar dicho adjudicatario para gozar de la protección de la fe pública registral)<sup>891</sup>.

---

<sup>889</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp.136, 138 y 139: «Dado que la transmisión efectuada en el proceso de ejecución, es de carácter derivativo, no hay ningún motivo para excluir el ejercicio de esto derechos en una transferencia de este tipo; el fin inmediato del proceso es el cumplimiento del derecho objetivo, y éste no se realizaría de forma efectiva en la ejecución si a los que según Ley tienen estos derechos no le fueran tutelados convenientemente con la posibilidad de su ejercicio. La procedencia del ejercicio de este tipo de derechos, aun en enajenaciones públicas judiciales resulta demostrado, como dijimos, ya que si la realización no extingue otros derechos reales, no hay razón para que queden privados de ejercicio éstos, admitidos, como los otros, por la Ley».

<sup>890</sup> LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., p. 323.

<sup>891</sup> Nótese que junto a los supuestos indicados en los que se pone de manifiesto la importancia del momento del efecto traslativo en la venta judicial, existen otros adicionales, a nuestro juicio, de carácter más residual (de ahí que no le dediquemos un análisis detallado) pero igualmente destacables; a saber para: diferenciar los supuestos de embargo de cosa ajena y reembargo; distinguir los supuestos de venta de cosa ajena y de realización de los

### 2.2.3. Estado de la cuestión en Italia: práctica unanimidad en torno al momento del efecto traslativo y aplicación de un adecuado sistema traslativo a la venta judicial (sin embargo no discutido)

Justificada la importancia del momento en que tenga lugar el efecto traslativo a través de la venta judicial, nos adentramos ahora en el tratamiento que esta cuestión ha recibido por parte de la doctrina y jurisprudencia italianas. Problemática que puede anticiparse que está ciertamente superada, existiendo una postura cuasi unánime en torno al particular en el seno del panorama doctrinal y jurisprudencial italiano (después de un vivo y largo debate con diversas posiciones encontradas), que no obstante no ha reflexionado sobre una de las claves fundamentales de la exitosa experiencia actual, a saber, la aplicación de un adecuado sistema traslativo a la venta judicial. Analicemos cuáles han sido las posturas que se han venido sosteniendo por parte de la doctrina italiana acerca del momento del efecto traslativo y deduzcamos respecto de cada una de ellas cuáles han sido los sistemas traslativos manejados, hasta llegar a la prácticamente incontrovertida situación actual.

Lo primero que debe decirse es que la cuestión del momento del efecto traslativo y el consecuente sistema traslativo aplicable a la venta judicial es una cuestión cuyo objeto de debate trae causa de la inexistencia de una solución expresa al respecto en el conjunto del Ordenamiento italiano (ni el legislador civil ni procesal dan una expresa respuesta sobre el particular). Siendo así, en torno al momento en que tiene lugar el efecto traslativo a través de la venta judicial de bienes inmuebles pueden distinguirse la existencia **tres posturas fundamentales** en el seno de la doctrina italiana: aquellos que cifran el momento del efecto traslativo en la adjudicación (concretamente, con la denominada «*ordinanza di aggiudicazione*»<sup>892</sup> -ex art. 571 del CPC italiano-, equivalente al «decreto de aprobación del remate» en España, en el caso de la venta judicial con subasta; o con el «*decreto di vendita*»

---

bienes reembargados; determinar a partir de qué momento debe dirigirse la comunidad de propietarios contra el adquirente judicial para la reclamación de los gastos derivados de la propiedad horizontal (sobre todos estos supuestos, cfr. con mayor detalle MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., pp. 322 y 323); así como a los efectos de determinar la aplicación del art. 1473. 3º del CC español en caso de de doble venta judicial de inmueble sin registración alguna de los distintos adquirentes (acerca de este motivo, cfr. VELA SÁNCHEZ, A. J., *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias. Estudio jurisprudencial y doctrinal...*, cit., pp. 79 y ss.).

<sup>892</sup> Tal y como vimos en el capítulo precedente, la venta judicial en Italia puede desarrollarse con subasta o sin subasta. En el caso de la venta judicial con subasta, debe recordarse que ésta tiene lugar mediante una audiencia frente al Juez de la ejecución, al que se presentan las respectivas pujas, con la espera de un máximo de tres minutos para la proposición de las sucesivas pujas, que no resultan válidas si no superan la puja precedente en la medida indicada en la «*ordinanza*» con la que se ordena y autoriza la venta judicial con subasta. Deviene rematante aquél licitador cuya puja u oferta no sea superada, dentro del plazo de tres minutos indicado, por otra puja mayor<sup>892</sup>. La aprobación del remate se produce mediante la expedición por parte del Juez de la ejecución de la denominada «*ordinanza di aggiudicazione*».

-ex art. 571 del CPC italiano- en el caso de la venta judicial sin subasta<sup>893</sup>); los que individúan la transmisión del derecho objeto de venta judicial con el pago del precio; y, finalmente, aquellos que consideran que el momento del efecto traslativo tiene lugar con la expedición del denominado «*decreto di trasferimento*» (equivalente al «*decreto de adjudicación*» en el caso de España)<sup>894</sup>. Dicho lo cual, pasemos, pues, a analizar los autores

---

<sup>893</sup> Debe recordarse igualmente en este punto que la venta judicial sin subasta en Italia se desarrolla con la presentación de sucesivas ofertas durante un plazo predeterminado en la «ordinanza di vendita». En todos aquellos casos en los que se disponga la aceptación de la oferta de adquisición correspondiente, se expide por parte del Juez de la ejecución el denominado «*decreto de vendita*», donde se indicará la modalidad de pago del precio y el plazo en que deberá realizarse. Realizado el pago del precio, el Juez expedirá el «*decreto di trasferimento*» del bien a favor del oferente.

<sup>894</sup> La generalidad de la mejor doctrina italiana destaca con carácter unánime la existencia de tres posiciones fundamentales acerca del momento del efecto traslativo en la venta judicial inmobiliaria; así: GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, pp. 438, 439 y 446: «Mentre è per lo più pacifico -in dottrina come in giurisprudenza- che la proprietà del bene mobile venduto passa all'acquirente con il pagamento del prezzo, il momento traslativo della vendita forzata immobiliare è stato indicato ora nell'aggiudicazione, ora nel versamento del prezzo o, ancora, nell'emanazione del decreto di trasferimento del bene, di cui all'art. 586 CPC. (...) Dall'esame della disciplina della vendita forzata immobiliare emerge che il momento a partire dal quale la proprietà del bene passa all'aggiudicatario potrebbe essere individuato tanto nell'aggiudicazione quanto nel versamento del prezzo o, ancora, nell'emanazione del decreto di trasferimento del bene di cui all'art. 586 CPC. Sono, in effetti, queste le soluzioni intorno alle quali la dottrina si pe divisa, sia pure con una certa preferenza per l'ultima ipotesi, seguita anche dalla giurisprudenza, benché non unanime». De la misma forma, TRAMONTANO, R., «La decorrenza dell'effetto traslativo nella vendita forzata immobiliare»..., *cit.*, p. 1029: «Una recente sentenza della Corte di cassazione ha ribadito la statuizione secondo cui nella vendita immobiliare all'incanto, l'effetto traslativo della proprietà opera a partire della pronuncia del decreto di trasferimento. Questa concezione, pacifica in giurisprudenza, ha suscitato un ampio dibattito in dottrina, dove si sono configurati tre diversi orientamenti: rispetto a chi, argomentando dalla dizione dell'art. 586, comma 2º CPC, ha sostenuto che l'effetto traslativo decorra a partire dall'emanazione del decreto di trasferimento, v'è chi ha anticipato tale momento al versamento del prezzo; altri ancora, infine, ha rinvenuto tale momento nell'aggiudicazione (in caso di vendita all'incanto), o nel provvedimento indicato agli artt. 572-574 CPC (in caso di vendita senza incanto)». Asimismo, MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata»..., *cit.*, p. 271: «Il problema si pone, viceversa, nel caso di beni immobili, ove è delineata una vera e propria sequenza che si articola nei seguenti momenti: a) provvedimento di aggiudicazione; b) pagamento del prezzo entro il termine fissato dal giudice; c) decreto di trasferimento. In dottrina si sono confrontate due opinioni. Vi è chi ha ritenuto che il trasferimento del diritto avviene con l'aggiudicazione, sia pure subordinatamente a due condizioni legali di carattere suspensivo (versamento del prezzo e decreto ex art. 586 CPC) e chi, secondo un'opinione oggi dominante, ha ricondotto l'effetto traslativo solo al decreto di cui all'art. 586, considerato anche il tenore testuale di tale norma». Igualmente, CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata»..., *cit.*, p. 10: «Il problema affrontato postula, altresì, che i momenti potenzialmente causativi del trapasso siano molteplici, ossia presuppone un'articolazione procedimentale che solo nell'espropriazione immobiliare può essere rinvenuta. (...) Nell'espropriazione immobiliare si susseguono tre momenti, aggiudicazione, versamento del prezzo e decreto di trasferimento del bene; e la scelta si può appuntare su ciascuno di essi, come è del resto confermato dalle divergenti opinioni professate in dottrina». También, SALETTI, A., «Tecniche ed effetti delle vendite forzate immobiliari»..., *cit.*, p. 1048: «È noto come sia stato oggetto di un vivo dibattito il momento in cui si verifica il passaggio della proprietà del bene compravenduto, essendosi autorevole parte della dottrina sforzata di far coincidere tale momento con l'aggiudicazione definitiva o con il pagamento del prezzo, mentre l'opinione prevalente ritiene che si abbia solo con la pronuncia del decreto di trasferimento (...)». Del mismo modo, BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»..., *cit.*, pp. 36 y 37: «La decorrenza del momento traslativo della vendita forzata nell'espropriazione immobiliare ha suscitato un animato dibattito in dottrina, di contro a una satisfaciente concordia jurisprudenziale. In proposito si sono prospettate ben tre soluzioni: infatti, di fronte a chi, basandosi sulla dizione dell'art. 586, primo comma, CPC, riferentesi al giudice dell'esecuzione, che pronuncia decreto col quale trasferisce all'aggiudicatario il bene espropiato, reputa que tale momento vada rinvenuto nell'emanazione di tale provvedimento, si pongono coloro que anticipano tale momento al

partidarios de cada una de las posturas, los argumentos erigidos en apoyo de las mismas, así como la réplica al aparato argumentativo de las tesis minoritarias hasta llegar a la postura mayoritaria prácticamente uniforme existente en la actualidad.

### 2.2.3.1. Primera postura doctrinal italiana: el momento del efecto traslativo se cifra en la adjudicación («*ordinanza di aggiudicazione*» o «*decreto di vendita*»). Argumentación y crítica

Existe un primer grupo de autores, entre los que cabe incluir fundamentalmente a SATTÀ<sup>895</sup>, CERINO-CANOVA<sup>896</sup>, BUCOLO<sup>897</sup>, MAZZAMUTO<sup>898</sup> y PATTI<sup>899</sup>, quienes sostienen que el efecto traslativo a través de la venta judicial tiene lugar en el momento de la adjudicación del inmueble objeto de venta al adjudicatario, entendida como el acto en que tiene lugar la selección del adquirente del inmueble vendido<sup>900</sup>; esto es, traducido en términos procesales, con la expedición de la denominada «*ordinanza di aggiudicazione*» (ex art. 571 del CPC italiano) en el caso de la venta judicial con subasta, y con la emisión del llamado «*decreto di vendita*» (ex art. 574 del CPC italiano), en el supuesto de la venta judicial sin subasta.

Según la inteligencia de la presente postura, el pago del precio no es un elemento esencial para la transmisión del derecho, mientras que la expedición del «*decreto di trasferimento*» no es más que un elemento de eficacia meramente declarativa de la transmisión ya operada. Tesis que parte del planteamiento originario de SATTÀ, conforme al cual, a los efectos de la transmisión del derecho operada mediante la venta judicial, se debe distinguir un plano sustantivo de un plano puramente procesal: desde la perspectiva sustantiva, la transmisión del derecho se produce con la adjudicación; mientras que desde el plano procesal, la transmisión del derecho tiene lugar con la expedición del denominado «*decreto di trasferimento*»<sup>901</sup>. Al anterior punto de partida suman los partidarios de la presente posición doctrinal una serie de argumentos basados en la literalidad de diversos

---

versamento del prezzo. Infine, altri autori ancora lo fanno risalire addirittura all'aggiudicazione all'incanto, o al provvedimento di cui gli artt. 572-574 CPC per la vendita senza incanto».

<sup>895</sup> SATTÀ, S., «L'esecuzione forzata»..., *cit.*, pp. 161 y ss.

<sup>896</sup> CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo», en *Rivista di Diritto Civile*, fasc. 2, 1980, pp. 161 y ss.

<sup>897</sup> BUCOLO, F., *Il processo esecutivo ordinario*, Padova, 1994, pp. 931 y ss.

<sup>898</sup> MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata»..., *cit.*, pp. 271 y ss.

<sup>899</sup> PATTI, A., «Effetto traslativo nella vendita immobiliare ed obbligo di custodia»..., *cit.*, pp. 1013 y ss.

<sup>900</sup> CERINO-CANOVA, A., *Offerte dopo l'incanto*, Padova, 1975, p. 140, nota n. 245, concibe «la adjudicación» en el sentido indicado: «Avverto che il termine aggiudicazione è utilizzato in un'accezione più estesa del solo riferimento alla vendita con incanto; cioè per indicare l'atto di scelta dell'acquirente».

<sup>901</sup> SATTÀ, S., «L'esecuzione forzata»..., *cit.*, pp. 167 y ss. Postura inicial explicada con gran claridad por BONSIGNORI, A., *L'esecuzione forzata*..., *cit.*, p. 266: «Quanto, infine all'opinione, che individua il momento traslativo della proprietà immobiliare nell'aggiudicazione, fu dapprima basata sulla definizione fra vendita con efficacia sostanziale e procedimento, che continua ulteriormente fino al decreto dell'art. 586, comma 1 CPC. Si che il provvedimento rivestirebbe efficacia meramente dichiarativa (...)».

preceptos de la Ley procesal italiana, que vienen a ser fundamentalmente los que desarrollamos a continuación.

En primer lugar, la adjudicación como momento del efecto traslativo a través de la venta judicial puede deducirse de lo dispuesto en el **art. 586 del CPC italiano**, en cuyo primer párrafo se establece que con el «*decreto di trasferimento*» lo que se transmite al adjudicatario es literalmente «el bien» objeto de venta y no el derecho que pesa sobre dicho bien<sup>902</sup>. Esto es, parece que el art. 586 del CPC italiana anuda al «*decreto di trasferimento*» el traspaso posesorio de un derecho previamente adquirido por el adjudicatario a través de la precedente adjudicación (reiteramos, por adjudicación entendemos el momento en que resulta seleccionado el adjudicatario adquirente del derecho inmobiliario objeto de venta judicial, equivalente al momento de aprobación del remate según el sistema procesal español)<sup>903</sup>. Por otra parte y partiendo de este mismo art. 586 del CPC italiano, señala MAZZAMUTO que el precepto en cuestión alude al denominado «*decreto di trasferimento*» como título necesario para instar la liberación posesoria del inmueble, así como para efectuar la transcripción del derecho del adjudicatario en el Registro inmobiliario, pero nada dice sobre la «supuesta» virtualidad traslativa del mismo<sup>904</sup>.

En segundo lugar, se acude igualmente al tenor literal del **art. 587. 1º del CPC italiano**, conforme al cual, si el precio del remate no se deposita en el término establecido judicialmente, el Juez de la ejecución declara mediante decreto la denominada «decadencia del derecho del adjudicatario» (una suerte de quiebra de la subasta, conforme a la terminología española), a la que se apareja la pérdida de la caución depositada para pujar a

---

<sup>902</sup> Se afirma literalmente en el art. 586 del CPC italiano ab initio lo siguiente: «Avvenuto il versamento del prezzo, il giudice dell'esecuzione può sospendere la vendita quando ritiene che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto, ovvero pronunciare decreto col quale **trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato** (...)». En la sección resaltada en negrita ponemos de manifiesto el tenor literal al que se acogen los partidarios del efecto traslativo en el momento de la adjudicación a través de la venta judicial, de acuerdo con el cual lo que se transmite con el «*decreto di trasferimento*» es la posesión sobre el inmueble vendido y no el derecho objeto de venta.

<sup>903</sup> Así lo destaca CERINO-CANOVA, A., *Offerte dopo l'incanto...*, cit., p. 135: «La trattazione sull'art. 586 dev'essere assai sensibile alla formulazione legislativa, proprio perché su questa si regge l'opinione dominante. La disposizione prevede un decreto che “trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato”; e, dunque, indica un provvedimento con riferimento all'effetto (trasferimento) ed al bene. Per contro, l'inciso non menziona né il contenuto, né il diritto; e questa precisazione in termini negativi non mi sembra irrilevante. Anzitutto, trasferimento del diritto e trasferimento del bene sono operazioni giuridiche diverse: l'una attiene alla titolarità della posizione giuridica, l'altra al godimento della cosa. In particolare non appartengono al trasferimento del diritto le attività di consegna e di pubblicità nei confronti dei terzi». En este mismo sentido, también PATTI, A., «Effetto traslativo nella vendita immobiliare ed obbligo di custodia»..., cit., pp. 1013 y ss.: «Il primo elemento di confutazione è stato così ravvisato in quello apparentemente inoppugnabile, rappresentato del dato positivo dell'art. 586 del Codice di Procedura Civile: nel suo tenore letterale, si è infatti opinato, la norma riguarda non il diritto, ma il bene, ossia l'entità materiale che ne forma l'oggetto, sicché essa non disciplina il trasferimento della proprietà del cespite, già avvenuto al momento di emissione del decreto, quanto, invece, i fenomeni distinti della trascrizione e del rilascio».

<sup>904</sup> MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata»..., cit., p. 272: «L'art. 586 CPC, intanto, si riferisce alla formazione del titolo per il rilascio e per la trascrizione ma non fa cenno all'effetto traslativo (...)».

título de multa, disponiéndose una nueva subasta<sup>905</sup>. Partiendo de este pronunciamiento legal, se indica por parte de los partidarios de cifrar el momento del efecto traslativo en la adjudicación, que si ante la falta de pago del precio por parte del rematante se está hablando de «decadencia o pérdida» del derecho del adjudicatario, va de suyo que se está presuponiendo que el adjudicatario ya cuenta en ese momento (por tanto, desde la adjudicación) con el derecho inmobiliario objeto de venta judicial; a saber, no puede perderse un derecho que no haya sido previamente adquirido<sup>906</sup>.

Como tercer argumento en apoyo a la postura que venimos desarrollando en estas líneas se apunta asimismo lo dispuesto en el **art. 632. 2º del CPC italiano**, que versa sobre los efectos que trae consigo la extinción del proceso de ejecución dineraria. En el referido precepto, se establece que si la extinción del proceso ejecutivo se verifica antes de la adjudicación, la misma hará ineficaz los actos llevados a cabo; mientras que si tiene lugar con posterioridad a la adjudicación, se restituirá la suma recabada de la venta judicial al deudor ejecutado<sup>907</sup>. Si lo que se restituye al deudor ejecutado en caso de la extinción del proceso acaecida con posterioridad al momento de la adjudicación es el dinero recabado por el inmueble objeto de venta judicial y no el inmueble mismo, resulta evidente, se dice, que el

---

<sup>905</sup> Traducción realizada por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 587. 1º del CPC italiano es el que sigue: «Se il prezzo non è depositato nel termine stabilito, il giudice dell'esecuzione con decreto dichiara la decadenza dell'aggiudicatario, pronuncia la perdita della cauzione a titolo di multa e quindi dispone un nuovo incanto».

<sup>906</sup> CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., cit., pp. 162 y 163: «(...) Conviene portare minuziosa attenzione sul testo dell'art. 587 CPC. L'alinea della norma dispone che il giudice dell'esecuzione deve anzitutto dichiarare "la decadenza dell'aggiudicatario" inadempiente all'obbligo di pagare il prezzo e poi procedere alla rivendita del bene. Ebbene, proprio l'inciso riprodotto allude alla perdita di una posizione soggettiva dell'aggiudicatario ed invita l'interprete a determinare quale essa sia. Che possa essere il mero fatto processuale della qualifica di maggior offerente si esclude da sé, appena si consideri che tale evento non è cancellato dall'inadempienza ed anzi sorregge la responsabilità regolata nell'art. 587 CPC. La decadenza nemmeno può aver ad oggetto l'obbligo di pagare il prezzo, poiché l'obbligo si trasforma appunto in responsabilità e nessuna lettura della norma sarebbe più infelice di quella che pervenisse ad affermare... una decadenza da un obbligo. In realtà, ciò da cui si decade non può non essere una posizione di vantaggio dell'aggiudicatario ed in particolare una posizione di carattere sostanziale acquista con la conclusione dell'incanto. Deve essere una posizione sostanziale in quanto —e già lo si è detto— la qualifica di maggior offerente non è cancellata dall'inadempienza; deve essere una posizione di vantaggio, dato che solo da un tale tipo di situazione si può tecnicamente decadere. Ma, se questa è l'unica interpretazione concepibile della norma commentata, si deve anche ammettere che la posizione sostanziale dell'aggiudicatario, consumata dall'inadempimento, assume una precisa consistenza solo quando è intesa nella soggettività del diritto venduto». En este mismo sentido se pronuncia igualmente BUCOLO, F., *Il processo esecutivo ordinario...*, cit., p. 933. Argumento basado en la literalidad del art. 587 del CPC italiano que GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., cit., p. 450, expresa con enorme claridad: «Un altro argomento a favore di questa è stato individuato nell'art. 587 CPC, in base al quale "se il prezzo non è versato nel termine stabilito, il giudice dell'esecuzione con decreto dichiara la decadenza dell'aggiudicatario. È stato, infatti, affermato che non potendo l'aggiudicatario decadere da altro se non da un diritto già acquisito, e non certo da un semplice obbligo, ne consegue che il diritto di proprietà sul bene deve necessariamente essere già passato in capo al medesimo».

<sup>907</sup> Traducción realizada por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 632. 2º del CPC italiano es el siguiente: «Se l'estinzione del processo esecutivo si verifica prima dell'aggiudicazione o dell'assegnazione, essa rende inefficaci gli atti compiuti; se avviene dopo l'aggiudicazione o l'assegnazione, la somma ricavata è consegnata al debitore».

adjudicatario ha adquirido ya plenamente el derecho inmobiliario objeto de venta. Si el derecho sobre el inmueble no hubiera sido adquirido aún, la consecuencia que llevaría aparejada la extinción del proceso sería la restitución de dicho derecho y no el precio recibido por el mismo<sup>908</sup>.

En cuarto lugar, se hace referencia en este sentido al **art. 495 del CPC italiano**, que versa sobre la denominada «conversión del embargo». El referido precepto contempla la posibilidad de que el deudor ejecutado, una vez trabado el embargo y antes de que se disponga la venta judicial, solicite el cambio del inmueble trabado por una suma de dinero equivalente por las cantidades debidas en la ejecución. Si el término preclusivo para la solicitud de conversión en cuestión es el momento de la venta y si consideramos a ésta como sinónimo del momento de la adjudicación, se llega a la conclusión de que hasta ese momento

---

<sup>908</sup> Así lo sostiene CERINO-CANOVA, A., *Offerte dopo l'incanto...*, *cit.*, pp. 110-112; y 140: «L'art. 632, CPC indica, a mio parere, una sicura soluzione. La norma, del resto, s'intitola "Effetti dell'estinzione del processo"; e dunque, disciplina proprio quelle conseguenze che sopravvivono al procedimento esecutivo e si concretano nella sfera sostanziale. (...) La disposizione assume, come momento decisivo per la sorte degli effetti del processo esecutivo, l'aggiudicazione o l'assegnazione; e già per questo riferimento fa sorgere degli interrogativi. (...) La norma solleva problemi più importanti, in quanto dichiara inefficaci gli atti del processo che si estingua prima dell'aggiudicazione e, per l'estinzione successiva, stabilisce che "la norma ricavata è consegnata al debitore". (...) La norma indica chiaramente il momento procedimentale che delimita una caducazione radicale degli atti esecutivi; ed è appunto l'aggiudicazione. E non solo considera tale momento per la rilevanza totalmente ablativa dell'estinzione, sicché prima dell'aggiudicazione tutti gli atti perdono efficacia. Ma vi fa riferimento anche per gli effetti che sopravvivono: appunto, la seconda parte dell'art. 632 al. Tratta dell'estinzione che "avviene dopo l'aggiudicazione". In definitiva, l'aggiudicazione (e l'assegnazione) costituiscono il criterio decisivo per la sorte degli effetti prodotti dal procedimento estinto. L'interpretazione appena proposta mi sembra perfettamente corrispondente all'art. 632, primo comma e non comporta alcuna correzione esegetica. (...) L'art. 632 CPC presuppone una rilevanza sostanziale che è, comunque, anteriore al decreto di trasferimento del bene. Infine, la previsione di tale provvedimento per la sola espropriazione immobiliare, indica che l'atto non attiene tanto all'effetto traslativo (che si realizza in ogni vendita forzata), quanto al regime di circolazione del diritto. Pertanto, l'individuazione del momento traslativo si restringe a questa alternativa: pagamento o aggiudicazione. È significativo osservare che la scelta tra essi, comunque compiuta, induce un'eguale relazione tra attività processuale ed efficacia sostanziale della vendita forzata. L'aggiudicazione non ha, per il suo contenuto e per l'organo che la compie, l'attitudine di incidere direttamente sulle sfere giuridiche del debitore e del terzo offerente. Il pagamento è ugualmente idoneo a produrre come effetto consentaneo la traslazione del diritto. E manifesta tale inettitudine sia considerato si per sé, quale atto dovuto dell'offerente prescelto; sia inquadrato come condizione di efficacia dell'aggiudicazione. Quest'ultima prospettiva mi pare, del resto, poco coerente con la nozione procedimentale della vendita e, comunque, riconduce il nucleo costitutivo dell'effetto ad un atto -l'aggiudicazione- (...)». El argumento del art. 632 del CPC también es empleado por MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata»..., *cit.*, p. 272: (...) L'art. 632 CPC, nel regolare l'estinzione del processo, fa salva l'efficacia degli atti se l'estinzione avviene dopo l'aggiudicazione o l'assegnazione e stabilisce che, in tal caso, la somma ricavata è consegnata al debitore, intendendo così rimarcare che comunque con l'aggiudicazione si è prodotto un effetto giuridico che non può essere rimosso». Argumentación, por otra parte, explicada con enorme claridad por GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, p. 452: «Un'altra disposizione invocata sia da quanti individuano il momento traslativo della vendita forzata nell'aggiudicazione (...) è l'art. 632 CPC (...). Dal fatto che, nel caso l'estinzione si sia verificata dopo l'aggiudicazione, al debitore non viene reso il bene pignorato, ma solo la somma ricavata, è stato dedotto che, da quel momento, la proprietà del bene venduto è passata all'aggiudicatario e al debitore rimane solo il diritto alla restituzione del ricavato».



puede pedirse la conversión del embargo porque aún no se ha adquirido derecho alguno, adquiriéndose a partir de ese instante<sup>909</sup>.

Junto a los anteriores argumentos, añaden los partidarios de la postura que venimos desarrollando en estas líneas, a saber, la de cifrar en la adjudicación el momento del efecto traslativo a través de la venta judicial, una serie de **múltiples ventajas** de corte práctico anudadas a esta tesis, que traen consigo un mayor estado de justicia material en esta sede. En efecto, siguiendo a MAZZAMUTO, puede decirse que sentar como momento del efecto traslativo mediante la venta judicial la adjudicación del derecho al adjudicatario, trae consigo indudables ventajas en dos órdenes fundamentales de cosas: en lo que respecta a la imputación de los frutos que genere la cosa vendida, ya que no se hace esperar para su atribución a un momento, el de la expedición del «*decreto di trasferimento*», que puede demorarse enormemente (habiendo el adjudicatario incluso pagado ya el precio del remate); y en lo que hace a la asunción del riesgo por deterioro o pérdida de la cosa vendida, pues de lo contrario, no se entiende por qué el deudor deba soportar el riesgo por pérdida de la cosa una vez que el adjudicatario ha manifestado ya su voluntad de adquirirla, quedando obligado a pagar el precio a partir de dicho momento<sup>910</sup>.

---

<sup>909</sup> Así lo apunta CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., *cit.*, pp. 167-169: «La conversione del pignoramento fornisce alcuni spunti assai significativi per il tema dell'attuale ricerca (...). Infatti, l'art. 495 CPC esordisce con un inciso, la cui genericità –“in qualsiasi momento anteriore alla vendita”– emerge *ictu oculi* e suscita evidenti incertezze di interpretazione. Le incertezze sono identiche a quelle poc' anzi rimarcate di fronte all'art. 619 CPC e nuovamente si manifestano nella pluralità delle soluzioni potenzialmente concepibili: autorizzazione alla vendita, scelta dell'acquirente, decreto di trasferimento del bene espropriato. (...) La tesi che adesso si intende verificare sostiene che con l'aggiudicazione si esaurisce l'esigenza di permettere al creditore la liberazione dell'immobile pignorato (...). Le ultime riflessioni mostrano che la conversione del pignoramento potrebbe essere sempre vantaggiosa per il creditori partecipanti all'esecuzione e dunque per la funzione del procedimento. Se tuttavia un limite cronologico è dettato all'applicazione dell'istituto e se –come vuole l'opinione consolidata– esso coincide con la scelta dell'aggiudicatario, la ragione può essere una sola: perché il terzo ha conquistato una posizione sostanziale prevalente sul diritto del debitore e sulle aspirazioni dei creditori!». Inteligencia del argumento basado en el tenor del art. 495 del CPC italiano expuesto con gran claridad por parte de BONSIGNORI, A., *L'esecuzione forzata...*, *cit.*, pp. 269 y 270: «Da un punto di vista esegetico si è, poi, fatto perno sull'art. 495, comma 1, CPC, che stabilisce che la conversione del pignoramento può essere chiesta in qualsiasi momento anteriore alla vendita: siccome tale momento viene costantemente rinvenuto nell'aggiudicazione, la ratio della norma potrebbe consistere soltanto in ciò che l'aggiudicatario ha conquistato una posizione sostanziale prevalente rispetto al diritto dei creditori (...).» También da cuenta de este razonamiento con enorme precisión TRAMONTANO, R., «La decorrenza dell'effetto traslativo nella vendita forzata immobiliare»..., *cit.*, pp. 1037 y 1038: «Oltre agli artt. 632 e 629 CPC si è fatto ricorso anche all'art. 495 CPC per considerare il trasferimento del bene già attuato con l'aggiudicazione. Quest'ultima norma stabilisce nel comma 1° che la conversione del pignoramento può essere chiesta in qualsiasi momento anteriore alla vendita. Se tuttavia un limite cronologico è dettato all'applicazione dell'istituto e se esso coincide con la scelta dell'aggiudicatario, la ragione non potrebbe essere che una sola: il terzo avrebbe conquistato una posizione sostanziale prevalente sul diritto del debitore e sulle aspirazioni dei creditori, rendendo esplicito l'effetto traslativo immediato».

<sup>910</sup> MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata»..., *cit.*, p. 272: «(...) Anticipando all'aggiudicazione l'effetto traslativo, si possono convenientemente spiegare le soluzioni seguite dalla giurisprudenza in materia di frutti civili, di per sé rispondenti ad esigenze di equo con temperamento degli interessi; ed inoltre si può conseguire il vantaggio di spostare il rischio del perimento della cosa dal debitore all'acquirente, laddove non si vede perché il primo debba continuare a sopportare siffatto rischio una volta che il secondo non soltanto ha già manifestato la propria volontà di acquistare ma, con l'aggiudicazione, è anche tenuto a versare il prezzo».

A los argumentos y ventajas aducidas por los partidarios de cifrar en la adjudicación el momento del efecto traslativo a través de la venta judicial se les presenta, no obstante, una objeción fundamental que trata de ser resuelta, a nuestro juicio de manera artificiosa, por parte de CERINO-CANOVA. Esta objeción fundamental no es otra que la **explicación del instituto de la «offerta dopo l'incanto»**, esto es, la oferta que en virtud del art. 584 del CPC italiano puede realizarse con posterioridad al momento de la adjudicación (de la aprobación del remate) pudiendo dejarse sin efecto la adjudicación inicial, si dentro de los diez días siguientes a la misma existe una oferta por parte de tercero que supere en un quinto el precio final de remate, adjudicándose el bien en dicho caso a ese nuevo tercer oferente. ¿Cómo se explica que el derecho haya sido objeto de transmisión en el momento de la adjudicación si durante los diez días posteriores existe la posibilidad de que el derecho sea finalmente adjudicado a un sujeto distinto? CERINO-CANOVA se encarga de desarrollar la respuesta a este obstáculo aparentemente insalvable, en el sentido de estimar que en la venta judicial existe una suerte de condición resolutoria preestablecida legalmente que juega automáticamente en caso en que la oferta posterior cumpla los requisitos establecidos legalmente para ello<sup>911</sup>.

Hasta aquí el aparato argumental empleado por los partidarios del momento de la transmisión del derecho a través de la venta judicial con la adjudicación, veamos ahora las **réplicas** que se erigen en torno a dicha argumentación, que pondrán de manifiesto lo insostenible de la postura en cuestión.

A este respecto, comenzaremos rebatiendo el propio planteamiento general del que parte SATTÀ con la postura partidaria de cifrar el momento del efecto traslativo en la adjudicación: no tiene sentido concebir dos momentos diferentes, uno a efectos sustantivos y otro a efectos procesales, en que tenga lugar el efecto traslativo, pues sería tanto como afirmar que la transmisión del derecho de cara al adjudicatario tiene lugar con la adjudicación, mientras que frente a los acreedores se produciría con la expedición del denominado «*decreto di trasferimento*». La adquisición de un derecho real tiene lugar en un

---

<sup>911</sup> CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., *cit.*, pp. 161 y ss.: «Le “offerte dopo l'incanto” ricalcano il modello di una clausola apposta alla compravendita, che era ampiamente utilizzata ormai remoti ed oggi è soltanto ricordata: il patto accessorio dell'*in diem addictio*. Senza ripetere puntualmente tutti i tratti della figura, basti rammentare che il contratto accompagnato da tale clausola opera immediatamente il trasferimento del diritto venduto e che l'applicazione dello specifico patto determina successivamente la risoluzione degli effetti negoziali. A sua volta, la presenza della rivendita si può bene intendere sul piano sostanziale nel senso che l'inadempimento del compratore funziona come causa di risoluzione automatica. (...) Vi sono pertanto spiegazioni possibili, capaci di contemperare l'efficacia reale dell'aggiudicazione e la successiva caducazione della medesima (...)». Respuesta del referido autor expresada con gran claridad por BONSIGNORI, A., *L'esecuzione forzata...*, *cit.*, p. 269: «Contro la tesi prevalente fu, poi, addotta una difficoltà sistematica quando si rilevò che, sostenendo che la proprietà si trasferisca con l'aggiudicazione, si è costretti, per l'ipotesi di offerta dopo l'incanto di cui all'art. 584 CPC, a ipotizzare una risoluzione automatica dell'alienazione (...)».

único y solo momento, coincidente a efectos sustantivos y procesales, de ahí lo insostenible del punto del que parte la postura en cuestión<sup>912</sup>.

Por otra parte, el presente planteamiento llevaría al absurdo de predicar el efecto traslativo y el efecto purgativo de la venta judicial en momentos distintos: el primero con la adjudicación y el segundo con la emisión del «*decreto di trasferimento*», lo cual, como bien indica BONSIGNORI, carece de todo sentido porque se trata de efectos que van de la mano, en la medida en que la purga se produce con la transmisión definitiva del derecho a través de la venta judicial<sup>913</sup>.

Por lo que hace al **argumento basado en la literalidad del art. 586 CPC**, en el que se hace referencia a la transmisión del bien y no del derecho sobre el mismo, la experiencia del conjunto del Ordenamiento nos dice que con enorme frecuencia el legislador alude al término «bien o cosa», cuando realmente se está refiriendo al derecho de propiedad sobre dicho objeto material. Ya pusimos de manifiesto en sede del estudio de los elementos objetivos de la venta judicial, que parece existir una tendencia del legislador, tanto español como italiano, a identificar «la cosa» con el derecho de propiedad, mientras que el término «derecho» se reserva para referirse a los restantes derechos reales limitados y derechos de crédito. Acudíamos en este punto a GALGANO, quien agudamente afirmaba que se trata de una terminología que dista de ser rigurosa, sobre la que ha tenido una indudable influencia la tradición romanística de la que tanto el Ordenamiento español, cuanto el italiano son herederos (los romanos identificaban el derecho de propiedad con la *res* que tenía por objeto; pudiendo entonces distinguir fácilmente las categorías de propiedad y demás derechos reales, aludiendo a la propiedad con el mero término *res* y a los restantes derechos con la denominación *res incorporales*)<sup>914</sup>. Partiendo de lo expuesto, resulta evidente que un

---

<sup>912</sup> Coinciden en señalar esta réplica al punto de partida del planteamiento general de la postura iniciada por SATTÀ acerca de la existencia de momentos traslativos distintos en el plano sustantivo y procesal, TRAMONTANO, R., «La decorrenza dell'effetto traslativo nella vendita forzata immobiliare»..., *cit.*, p. 1034: «(...) La distinzione tra vendita con efficacia sostanziale e prosecuzione del procedimento, potrebbe giustificare una differenziazione del momento traslativo rispettivamente per l'aggiudicatario e i creditori, ma questa sarebbe una soluzione non accettabile perché più logico e coerente che il trasferimento dell'oggetto pignorato si produca coevamente, sia per l'aggiudicatario sia per i creditori e il debitore (...)». En este mismo sentido, también BONSIGNORI, A., *L'esecuzione forzata*..., *cit.*, p. 266: «(...) Si può osservare che la distinzione fra efficacia sostanziale della vendita, da un lato, e prosecuzione del procedimento, dall'altro, potrebbe forse giustificare un momento traslativo differenziato rispettivamente per l'aggiudicatario, e per i creditori, ma non porta logicamente a una soluzione unitaria, perché è più logico che il trasferimento dell'oggetto pignorato si produca contemporaneamente tanto per l'aggiudicatario, quanto per i creditori e il debitore».

<sup>913</sup> BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»..., *cit.*, pp. 44 y 45: «Un altro profilo critico è stato di recente messo in luce, quando si è osservato che, nell'ipotesi di vendita forzata di un bene gravato da ipoteca, pegno o privilegio, bisognerebbe, per giustificare che il passaggio della proprietà si operi con l'aggiudicazione, ipotizzare un'efficacia traslativa destinata a consolidarsi in un secondo momento, e cioè dell'art. 586 CPC, dal quale soltanto deriva la purgazione dei vincoli in questione. (...) Pare più logico pensare che il passaggio di proprietà si effettui al momento in cui tali vincoli vengano cancellati, ossia al momento dell'emanazione del decreto dell'art. 586 CPC».

<sup>914</sup> GALGANO, F., *Tratato di Diritto Civile*, Vol. I..., *cit.*, p. 343: «(...) La terminologia legislativa è spesso caratterizzata dall'impiego del termine "bene" o "cosa" per designare il diritto di proprietà, e del termine

posicionamiento que acude a la literalidad del empleo del término «bien», como elemento excluyente de toda referencia al derecho real que recaiga sobre el mismo pierde toda virtualidad<sup>915</sup>.

Junto a lo anterior, hay quienes también detectan en la inteligencia de este primer argumento basado en la literalidad del art. 586 del CPC italiano una consecuencia ciertamente injustificable y hasta cierto punto contradictoria: si se afirma que el art. 586 del CPC italiano sólo anuda a la expedición del «*decreto di trasferimento*» el traspaso posesorio, siguiendo a SALETTI en este punto, no se entiende por qué si el adjudicatario ha debido adquirir el derecho con la adjudicación deba posponerse el goce de la posesión de ese derecho del que ya es titular a un momento posterior (el de la emisión del «*decreto di trasferimento*»)<sup>916</sup>.

Aluden, igualmente, los partidarios de cifrar en la adjudicación el momento del efecto traslativo, al **art. 587. 1º del CPC italiano**, de acuerdo con el cual, ante la falta de pago del precio por parte del rematante, se produce la «decadencia o pérdida» del derecho del adjudicatario; hablándose de pérdida del derecho, va de suyo, se dice, que se está presuponiendo que el sujeto cuenta ya (desde el momento de la adjudicación) con la titularidad del mismo. Planteamiento al que se objeta una réplica a nuestro juicio insalvable: cuando el art. 587 del CPC italiano habla de decadencia o pérdida del derecho del rematante, no está refiriéndose a la pérdida del derecho de propiedad sobre la cosa vendida judicialmente, sino al derecho a devenir propietario de la misma; esto es, pérdida de un *ius ad rem*. De lo contrario, la nueva subasta celebrada después de la quiebra de la primera debería tomar como propietario al adjudicatario inicial y no de nuevo al deudor ejecutado originario, como es el caso<sup>917</sup>.

---

“diritto” per designare ogni altri diritto reale. (...) Si tratta di terminologia non rigorosa, sulla quale ha influito la tradizione romanistica (i Romani identificavano il diritto di proprietà nella *res* che ne formava oggetto e potevano distinguerlo dagli altri diritti reali solo designando l’uno come *res corporalis* e gli altri come *res incorporales*).

<sup>915</sup> A este respecto coinciden en dicha crítica BONSIGNORI, A., *L’esecuzione forzata...*, *cit.*, p. 267: «In proposito si può rispondere, in primo luogo, che il riferirsi l’art. 586, comma 1, CPC, testualmente al trasferimento del bene espropriato, anziché al trasferimento del diritto, costituisce un innocuo traslato, e cioè quella ben nota figura retorica che è la *sincedoche*, dato che nel codice civile e in quello di procedura civile, tanto riguardo al pignoramento, quanto a proposito della vendita forzata, si fa spesso, se non sempre, riferimento al bene o alla cosa anziché al diritto: artt. 2910; 2911; 2913; 2915; 2920; 2923; 2926; 2927 CC; 492; 493; 494; 495; 496; 498; 500; 501; 502; 505; 507; 508; 509; 513; 514; 515; 516; 517; 518; 520; 521; 524; 525; 527; 531; 532; 536; e in particolare per l’espropriazione immobiliare: 568; 578; 586; e poi 599; 601; 602 CPC».

<sup>916</sup> SALETTI, A., «Tecniche ed effetti delle vendite forzate immobiliari»..., *cit.*, p. 1049: «D’altra parte, non interpretando la previsione legislativa in tal senso, ma volendola riferire al trasferimento del possesso, come sostenuto da taluno, non si capirebbe perché –se la proprietà fosse acquisita in un momento antecedente alla pronuncia del decreto di trasferimento- il godimento del bene debba essere ancorato ad un adempimento successivo.

<sup>917</sup> Esta es a grandes rasgos la reflexión que lleva a cabo GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, pp. 450 y 451, oponiéndose al argumento basado en la

En tercer lugar, se hace también referencia por parte de los partidarios en afirmar el momento traslativo de la venta judicial con la adjudicación al **art. 632. 2º del CPC italiano** (hasta el punto de considerarlo la *sedes materiae* del efecto traslativo en cuestión), en el que se establece que si la extinción del proceso ejecutivo se verifica con posterioridad a la adjudicación, se restituirá la suma recabada de la venta judicial al deudor ejecutado. Si lo que se restituye al deudor ejecutado no es el inmueble vendido, sino la suma recabada, es evidente, se dice, que el adjudicatario ha adquirido ya plenamente el derecho inmobiliario objeto de venta (desde el momento de la adjudicación). A este planteamiento responden en bloque autorizadas voces del panorama doctrinal italiano, arguyendo que si lo que se entrega al deudor es la suma recabada, se está presuponiendo que ha tenido ya lugar el pago del precio, lo que se produce con posterioridad a la adjudicación y sólo queda acreditado con la expedición del «*decreto di trasferimento*». Ciertamente, se toma como referencia el momento de la adjudicación para proclamar consecuencias de diversa índole en caso de extinción del proceso ejecutivo, pero ello sólo es demostrativo de que a partir de ese momento lo que se está salvaguardando es la existencia, no de un derecho real en toda regla, sino de un derecho a la adquisición de ese derecho real (un *ius ad rem*) que sigue vivo a pesar de la extinción del proceso de ejecución, haciendo así más apetecible (como bien indica TRAMONTANO) la venta judicial<sup>918</sup>.

---

literalidad del art. 587. 1º del CPC italiano: «È stato agevole, però, replicare che si tratta solo di un diritto all'acquisto della proprietà, in quanto, se l'aggiudicatario fosse già proprietario del bene, si agirebbe direttamente nei suoi confronti per ottenere il versamento del prezzo, anziché limitarsi a dichiararlo decaduto dall'aggiudicazione. Non è, perciò, possibile paragonare questo istituto alla vendita in danno prevista, per la vendita volontaria, dall'art. 1515 CC per il caso di inadempimento del compratore all'obbligo di pagare il prezzo. Qui il compratore ha già acquistato la proprietà del bene e, pertanto, la rivendita avviene "per conto e a spese di lui", mentre il nuovo incanto di cui all'art. 587 CPC avviene nei confronti del debitore che, perciò, è ancora proprietario del bene. Questa considerazione mi sembra già di per sé decisiva per escludere che il momento traslativo della vendita forzata coincida con l'aggiudicazione, sia essa provvisoria o definitiva». En sentido análogo se pronuncia igualmente BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»..., *cit.*, pp. 40 y 41: «D'altro canto, la tesi dell'efficacia traslativa dall'aggiudicazione urta contro un'insuperabile difficoltà sistematica, subito messa in luce dalla migliore dottrina, basantesi sull'art. 587 CPC, che regola l'inadempienza dell'aggiudicatario, stabilendo che il giudice dell'esecuzione proceda a un nuovo incanto. Infatti, siccome non si tratta di una rivendita in danno dell'aggiudicatario, ma di una vendita di beni del debitore, rispetto alla quale l'aggiudicatario è tenuto soltanto all'eventuale pagamento della differenza fra il prezzo del precedente incanto e quello del nuovo, unito alla cauzione confiscata, per l'ipotesi che non si ricavi un prezzo analogo a quello della precedente aggiudicazione, se ne desume che l'aggiudicatario non ha ancora acquistato la proprietà del bene pignorato».

<sup>918</sup> Son numerosos los autores italianos que coinciden en destacar la crítica apuntada: TRAMONTANO, R., «La decorrenza dell'effetto traslativo nella vendita forzata immobiliare»..., *cit.*, pp. 1035 y 1036: «Questa interpretazione dell'art. 632 CPC, che tende ad emarginare l'art. 586 CPC, non pe però la sola possibile: infatti si è ipotizzato che l'aggiudicazione produca a favore dell'offerente un'aspettativa giuridica (CARPI, F., «Irrevocabilità dell'aumento di sesto», en *Giurisprudenza Italiana*, N° 1, 1974, p. 925) oppure un diritto processuale-sostanziale al trasferimento (REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, III, Milán, 1957, p. 266). Quest'ultimo diritto, contrariamente alle accuse di indeterminatezza; dal punto di vista processuale consiste nel diritto (dopo il versamento del prezzo) ad ottenere del giudice dell'esecuzione il decreto di trasferimento di cui all'art. 586 CPC, malgrado l'estinzione del processo esecutivo: si tratta di un diritto di carattere eminentemente strumentale, perché serve all'aggiudicatario al fine di conseguire il trasferimento della proprietà del bene pignorato, e si estingue con l'emanazione del decreto dell'art. 586 CPC, mediante il quale si raggiunge il

Frente al argumento basado en el **art. 495 del CPC italiano**, en el que se impide la denominada «conversión del embargo» (solicitud de cambio del bien embargado por una suma de dinero aportada por el deudor ejecutado) a partir del momento en que se produce la adjudicación, se presenta una objeción que sigue la línea de lo ya apuntado respecto al art. 632. 1º del CPC italiano: a saber, que lo único que se muestra con el tenor literal del art. 495 del CPC italiano es que con la adjudicación, el adjudicatario adquiere una suerte de derecho a la adquisición de la propiedad (u otro derecho real) sobre el inmueble vendido (un *ius ad rem*), que queda por ello protegido por la tramitación procesal trazada en el CPC italiano, subsistiendo con independencia de que se extinga el proceso de ejecución e impidiendo que el bien deje de ser objeto de gravamen y siendo sustituido por una cantidad dineraria a partir del momento de la adjudicación<sup>919</sup>.

---

risultato per il quale era preordinato. Oltre alla dimensione processuale, rileviamo anche la sussistenza di una dimensione sostanziale di tale diritto, che consiste nella sua sopravvivenza all'estinzione del processo esecutivo, finalizzata a rendere maggiormente appetibile la vendita forzata». En sentido análogo, también SALETTI, A., «Tecniche ed effetti delle vendite forzate immobiliari»..., *cit.*, pp. 1052 y 1053: «Emblematica, in proposito, è la disposizione dell'art. 632 CPC la quale prevede che, ove l'estinzione del processo si verifichi dopo l'aggiudicazione o l'assegnazione, al debitore spetterà solo la consegna della somma ricavata. Il puntuale riferimento a tali atti –nonostante rappresentino solo momenti intermedi del procedimento di vendita e non coincidano con il formale passaggio della proprietà del bene pignorato, ricollegata al decreto di trasferimento– dimostra che il codice ha voluto salvaguardare le aspettative formatesi a seguito dell'attività liquidativa intrapresa dalla procedura, pur a costo del sacrificio dei diritti del debitore, che non ha ancora perduto a tal momento la proprietà dei beni pignorati». Asimismo y con enorme claridad puede verse a GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, pp. 452 y 453: «Dal fatto che, nel caso l'estinzione si sia verificata dopo l'aggiudicazione, al debitore non viene reso il bene pignorato, ma solo la somma ricavata, è stato dedotto che, da quel momento, la proprietà del bene venduto è passata all'aggiudicatario e al debitore rimane solo il diritto alla restituzione del ricavato. Ma ecco il difetto di questa ricostruzione, rilevato il quale non resta che accantonare del tutto la tesi della traslativa dell'aggiudicazione: al momento dell'aggiudicazione, sia essa provvisoria o già definitiva, non vi è alcuna "somma ricavata", non essendo ancora avvenuto il versamento del prezzo e, per di più, non vi è alcuna certezza che una somma verrà effettivamente versata. Ci si domanda, poi –nel silenzio della legge– come si dovrebbe regolare l'ipotesi di cui l'aggiudicatario, ormai divenuto proprietario del bene, successivamente all'estinzione del processo si rendesse inadempiente all'obbligo di versare il prezzo. È evidente che ci si troverebbe di fronte all'imbarazzante alternativa tra teorizzare un indebito arricchimento dell'aggiudicatario, contro il quale al debitore non resterebbe l'azione di cui all'art. 2041 CC, oppure sostenere la possibilità, per il debitore, di chiedere al giudice dell'esecuzione di mantenere artificialmente in vita il processo estinto, al solo fine di pronunciare, con decreto *ex art.* 587 CPC, la decadenza dell'aggiudicatario, onde consentirgli di recuperare il bene». Igualmente, BONSIGNORI, A., *L'esecuzione forzata*..., *cit.*, p. 268: «Il ragionamento sarebbe persuasivo, se l'interpretazione, che così si offre di quest'ultima norma, fosse la sola possibile, perché in tal caso si potrebbe mettere in disparte l'art. 586 CPC; tuttavia, non è così perché si è ipotizzato che l'aggiudicazione produca a favore dell'offerente un vero e proprio diritto processuale-sostanziale al trasferimento, il cui oggetto consiste nel potere dell'aggiudicatario, versando il prezzo, di ottenere dal giudice dell'esecuzione il decreto di trasferimento di cui all'art. 586 CPC, malgrado l'estinzione del processo esecutivo».

<sup>919</sup> Así se pronuncia TRAMONTANO, R., «La decorrenza dell'effetto traslativo nella vendita forzata immobiliare»..., *cit.*, pp. 1037 y 138: «Oltre agli artt. 632 e 629 CPC si è fatto ricorso anche all'art. 495 CPC per considerare il trasferimento del bene già attuato con l'aggiudicazione. Quest'ultima norma stabilisce nel comma 1º che la conversione del pignoramento può essere chiesta in qualsiasi momento anteriore alla vendita. Se tuttavia un limite cronologico è dettato all'applicazione dell'istituto e se esso coincide con la scelta dell'aggiudicatario, la ragione non potrebbe essere che una sola: il terzo avrebbe conquistato una posizione sostanziale prevalente sul diritto del debitore e sulle aspirazioni dei creditori, rendendo esplicito l'effetto traslativo immediato. La rilevanza dell'aggiudicazione non è però un elemento probante per sostenere che ad essa è collegato l'effetto traslativo: anche in questo caso, come nei due precedenti, l'aggiudicazione produce a

Finalmente, por lo que respecta a la explicación que CERINO-CANOVA efectúa acerca de la aparentemente insalvable conjugación del instituto de la «*offerta dopo l'incanto*» con la postura de cifrar con la adjudicación el momento del efecto traslativo a través de la venta judicial, ya advertimos en su exposición que la enjuiciábamos como ciertamente artificiosa; una explicación que parte de la afirmación de la existencia de una condición resolutoria preestablecida legalmente que juega con carácter automático en el caso en que se presente una oferta posterior en los términos y conforme a las condiciones previstas en el art. 584 del CPC. Y lo artificioso de la inteligencia anterior reside en contemplar la operatividad de una condición resolutoria sin la concurrencia del incumplimiento que indefectiblemente debe darse para que tenga lugar el efecto resolutorio. Esto es, ¿cómo puede afirmarse la pérdida del derecho real supuestamente adquirido por el adjudicatario en base al juego de una condición resolutoria, no existiendo incumplimiento por parte del mismo? No puede hablarse de accionamiento de la condición resolutoria porque no existe incumplimiento, sino simplemente la presentación de una nueva oferta que hace decaer el *ius ad rem* que hasta ese momento viene detentando el adjudicatario, propiciando una nueva puja cuyo objetivo no es otro que la obtención del máximo precio posible por la cosa vendida<sup>920</sup>.

---

favore dell'offerente non il trasferimento della proprietà, bensì un diritto processuale-sostanziale al trasferimento». En sentido análogo se pronuncia BONSIGNORI, A., *L'esecuzione forzata...*, cit., p. 270: «Da un punto di vista esegetico si è poi, fatto perno sull'art. 495, comma 1, CPC, che stabilisce che la conversione del pignoramento può essere chiesta in qualsiasi momento anteriore alla vendita: siccome tale momento viene costantemente rinvenuto nell'aggiudicazione, la *ratio* della norma potrebbe consistere soltanto in ciò che l'aggiudicatario ha conquistato una posizione sostanziale prevalente rispetto al diritto dei creditori, ma non si tratta di una critica probante: infatti, anche la tesi, qui difesa, del diritto processuale-sostanziale al trasferimento della proprietà presuppone che all'aggiudicatario sia attribuita una prevalenza sulle altre parti del processo, prevalenza che si basa evidentemente tanto su di una posizione sostanziale, quanto sull'aggiudicazione, che costituisce, com'è ovvio, un atto processuale».

<sup>920</sup> Lo artificioso de la explicación de CERINO-CANOVA acerca de la «*offerta dopo l'incanto*» queda denunciado en los términos expuestos por TRAMONTANO, R., «La decorrenza dell'effetto traslativo nella vendita forzata immobiliare»..., cit., p. 1038: «La teoria del passaggio di proprietà al momento dell'aggiudicazione incontra poi alcune difficoltà ricostruttive in relazione ad atti che si compiono dopo l'aggiudicazione: l'aumento di sesto e la rivendita. Infatti non pe facile ricollegare effetti sostanziali all'aggiudicazione, quando può ancora mutare l'acquirente. Sostenendo infatti che la proprietà si trasferisca con l'aggiudicazione si pe ipotizzata, in caso di offerta dopo l'incanto di cui all'art. 584 CPC, una risoluzione dell'alienazione, che non ha fondamento alcuno perché no c'è un inadempimento dell'aggiudicatario, ma l'aggiudicazione cade a causa della presentazione di una nuova offerta, facendo venire addirittura meno il diritto di proprietà». De la misma forma, también BONSIGNORI, A., *L'esecuzione forzata...*, cit., p. 269: «Contro la tesi prevalente fu, poi, addotta una difficoltà sistematica quando si rilevò che, sostenendo che la proprietà si trasferisca con l'aggiudicazione, si è costretti, per l'ipotesi di offerta dopo l'incanto di cui all'art. 584 CPC, a ipotizzare una risoluzione automatica dell'alienazione, la quale però non avrebbe fondamento alcuno, perché, mentre nell'ipotesi di inadempimento dell'aggiudicatario si può pensare alla violazione di un termine essenziale, nel caso di successive offerte di acquisto verrebbe meno la ragione della risoluzione, perché non v'è appunto inadempimento: l'aggiudicazione cade per la semplice presentazione di una nuova offerta, che apre la via a una nuova gara».

### 2.2.3.2. Segunda postura doctrinal italiana: el momento del efecto traslativo se cifra en el pago del precio. Argumentación y crítica

Existe un segundo grupo de autores en el seno de la doctrina italiana, señaladamente MAZARELLA<sup>921</sup>, JACCHERIE<sup>922</sup>, CASTORO<sup>923</sup>, MASUCCI<sup>924</sup> y ALLORIO<sup>925</sup>, que abogan por cifrar el momento del efecto traslativo de la venta judicial en el pago del precio. Abonado el precio por el inmueble objeto de venta, el adjudicatario obtiene el derecho a solicitar la expedición del «*decreto di trasferimento*», que tendría carácter meramente declarativo de la transmisión del derecho ya acaecida previamente.

El aparato argumental empleado por los partidarios de esta postura se circunscribe con carácter prácticamente exclusivo en el **art. 632 del CPC** y en el hecho de que la consecución de la «estabilidad» de la venta judicial sólo se consigue a partir del pago del precio (estabilidad entendida como único momento a partir del cual resulta definitiva la adquisición del derecho por parte del adjudicatario, no siendo susceptible de devenir ineficaz). Ciertamente, el art. 632 del CPC, empleado también curiosamente por los partidarios del momento del efecto traslativo con la adjudicación, establece que si la extinción del proceso ejecutivo se verifica con posterioridad a la adjudicación, se restituirá la suma recabada de la venta judicial al deudor ejecutado. De la referencia del referido precepto a «la suma recabada» se deduce que para que la adjudicación sobreviva a la extinción del proceso ejecutivo resulta necesario que el precio haya sido ya satisfecho, concluyendo, pues, que es precisamente con el pago del precio cuando se produce la transmisión de la propiedad sobre el bien objeto de venta judicial. Sólo con el preceptivo pago del precio se consigue, pues, la «estabilidad» de la venta judicial y sólo a partir de ese momento tendrá el adjudicatario derecho a exigir la expedición del «*decreto di trasferimento*», que únicamente vendrá a declarar el derecho de propiedad (u otro derecho real) previamente adquirido respecto del bien.

Con la mera adjudicación no se consigue la estabilidad de la venta judicial, ya que ante la falta de pago del precio se produce su denominada «decadencia» (quiebra de la misma, según la terminología española), convocándose una nueva subasta con pérdida del derecho que hasta entonces tenía el adjudicatario (sólo *ius ad rem*, no derecho real definitivo). En

---

<sup>921</sup> MAZZARELLA, F., voz «Vendita forzata»..., *cit.*, pp. 578 y ss.

<sup>922</sup> JACCHERI, E., «Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo: riflessioni alla luce della modifica dell'art. 586 del Codice di Procedura Civile introdotta dalla Legge 12 luglio 1991 n. 203)», en *Rivista di Diritto Processuale*, N° 3, 1993, pp. 793 y ss.

<sup>923</sup> CASTORO, P., *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, Milán, 1994, pp. 610 y ss.

<sup>924</sup> MASSUCCI, «Sul mancato versamento del prezzo nella vendita mobiliare all'incanto», en *Rivista di Diritto Processuale*, N° 2, 1947, p. 155.

<sup>925</sup> ALLORIO, E., «Questioni in tema di decreto di trasferimento nell'esecuzione forzata immobiliare», en *Rivista di Diritto Processuale*, fasc. 1, 1980, pp. 200 y ss.



definitiva, es el pago del precio el elemento determinante de la adquisición del derecho en base al dato de la consecución de la denominada «estabilidad» de la venta judicial<sup>926</sup>.

La presente postura, basada en el decisivo elemento de la denominada «estabilidad» de la venta judicial, cae por su propio peso acudiendo al *iter* procedimental actualmente vigente en el CPC italiano, concretamente en base al art. 586. 1º del CPC italiano, introducido por la Ley italiana de 12 de julio de 1991, n. 203, en el que se contempla la posibilidad de que el Juez de la ejecución suspenda la venta judicial cuando considere que el precio pagado por el bien se repute como inferior al «justo»<sup>927</sup>. Esto es, incluso con el pago del precio puede producirse la quiebra de la subasta, el decaimiento del derecho del adjudicatario, procediéndose a la convocatoria de una nueva venta judicial que vuelve a tomar al deudor

---

<sup>926</sup> Postura que expone con enorme claridad y por todos MAZZARELLA, F., voz «Vendita forzata»..., *cit.*, p. 579: «Risolutiva, a nostro avviso, è a questo punto la lettura dell'art. 632 CPC, il quale dispone che, se l'estinzione del processo esecutivo si verifica prima dell'aggiudicazione, rende inefficaci gli atti compiuti, mentre, se si verifica dopo, la somma ricavata è consegnata al debitore. Si è voluto vedere nella norma la chiara predisposizione da parte del legislatore dell'effetto traslativo al momento dell'aggiudicazione; presa, appunto, e per ogni forma di espropriazione, come momento determinante la stabilità del trapasso della proprietà all'acquirente, anche prima, quindi, della formale emanazione del decreto di trasferimento nelle vendite immobiliari. Sennonché, occorre tener conto che la stabilità dell'effetto traslativo è tutt'altro che fermamente ancorata all'aggiudicatario in quanto tale. Basta pensare che l'aggiudicatario potrebbe non versare il prezzo nel tempo stabilito, con la conseguenza della sua decadenza. Se, però, frattanto, una causa di estinzione del processo venisse a determinarsi –quindi, dopo la formale aggiudicazione, ma prima che l'aggiudicatario abbia versato il prezzo- non si vede come in pratica potrebbe applicarsi l'art. 632, là dove, avendo assicurato la stabilità del trapasso di proprietà del bene venduto, dispone che la somma ricavata sia consegnata al debitore. (...) La verità è che lo stesso art. 632 mette sulla via quando, parlando dell'effetto dell'estinzione dopo l'aggiudicazione, fa menzione di una “somma ricavata” (da consegnare al debitore). Ciò vuol dire, in poche parole, che una tal somma deve esserci, ed essa ci sarà se ed in quanto sarà stata effettivamente versata dall'aggiudicatario. Il che conferma che momento determinante per l'irretrattabile trasferimento della proprietà all'aggiudicatario non pe tanto l'aggiudicazione in sé, bensì, se ed in quanto accompagnata in ogni caso dal versamento del prezzo». De la misma forma se pronuncia ALLORIO, E., «Questioni in tema di decreto di trasferimento nell'esecuzione forzata immobiliare»..., *cit.*, p. 202: «(...) Si potrebbe pertanto sostenere che il trasferimento della proprietà (e, per esso, la “vendita” di cui all'art. 2929 CC) si realizzi con il versamento del prezzo [elemento a nostro avviso, fondamentale, tanto che la mancanza del medesimo blocca la possibilità di perfezionare la procedura, relativamente a quella determinata operazione di vendita, impedendo l'emanazione del decreto ex art. 586 CPC (...)] e quindi prima dell'emissione del decreto stesso di trasferimento. Postura expuesta igualmente con gran precisión por parte de GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, p. 453: «Più convincente, allora, potrebbe sembrare la tesi di quanti, dal riferimento dell'art. 632 CPC alla “somma ricavata” da consegnare al debitore, hanno dedotto che, perché l'aggiudicazione sopravviva all'estinzione del processo esecutivo, è necessario che il prezzo sia già stato versato e hanno, quindi, concluso che con quell'adempimento avviene il trasferimento della proprietà del bene venduto. Ciò in quanto l'estinzione del processo esecutivo “non incide sui rapporti di diritto sostanziale già completi” e si deve, perciò, desumere che solo con il pagamento del prezzo è assicurata “la stabilità del trapasso di proprietà del bene venduto”. Esclusivamente in questa ipotesi il giudice dell'esecuzione sarà tenuto a emettere il decreto di cui all'art. 586 CPC. In caso contrario, la sola aggiudicazione seguirebbe la sorte degli altri atti del processo estinto, divenendo inefficace».

<sup>927</sup> Recordamos que el art. 586. 1º del CPC afirma: «Avvenuto il versamento del prezzo, il giudice dell'esecuzione **può sospendere la vendita quando ritiene che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto**, ovvero pronunciare decreto col quale trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato, ripetendo la descrizione contenuta nell'ordinanza che dispone la vendita, e ordinando che si cancellino le trascrizioni dei pignoramenti e le iscrizioni ipotecarie, se queste ultime non si riferiscono ad obbligazioni assunte dall'aggiudicatario a norma dell'articolo 508. Il giudice con il decreto ordina anche la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie successive alla trascrizione del pignoramento».

ejecutado como propietario del bien subastado. Si el momento del efecto traslativo se anuda, a nuestro juicio de manera acertada, al momento en que tiene lugar la «estabilidad» de la venta judicial (sólo ahí se habrá adquirido definitivamente el derecho real sobre el inmueble objeto de venta judicial), no puede afirmarse que dicho momento sea el del pago del precio: porque la tramitación procesal prevista en la Ley procesal italiana prevé que incluso en dicho caso pueda establecerse la ineficacia de la adjudicación por la injusticia de la suma finalmente satisfecha por el bien<sup>928</sup>.

A ello, BONSIGNORI también añade que no es de recibo afirmar la concurrencia de un efecto tan importante en el seno de la venta judicial, a saber, el de la transmisión del derecho, sin la intermediación de una decisión judicial al respecto (el mero pago del precio)<sup>929</sup>.

De ahí que la doctrina imperante califique a esta posición del momento del efecto traslativo con el pago del precio como carente de todo fundamento legal y, por tanto, ciertamente insostenible<sup>930</sup>.

En definitiva, y recapitulando la crítica a las dos posiciones doctrinales acerca del momento del efecto traslativo a través de la venta judicial que se han expuesto precedentemente, puede decirse, siguiendo a GILI, que el aparato argumental empleado es fácilmente refutable, ya que se apoya en el contenido de los mismos preceptos normativos en los que se cifra su réplica insalvable<sup>931</sup>.

---

<sup>928</sup> Coincide en apuntar esta insalvable objeción GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, p. 454: «La soluzione indicata è oggi in contrasto con il nuovo testo dell'art. 586. 1° comma, CPC, così come modificato dall'art. 19 bis della legge 12 luglio 1991, n. 203, in base al quale "avvenuto il versamento del prezzo, il giudice dell'esecuzione può sospendere la vendita quando ritiene che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto, ovvero pronunciare decreto col quale trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato. A seguito di questa riforma, perciò, anche individuando il momento traslativo della vendita forzata nel versamento del prezzo, si verrebbe a creare un diritto di proprietà ancora privo di quella "stabilità del trapasso", invocata a fondamento della ricostruzione proposta, potendo ancora venire risolto nel caso il giudice, anziché emanare il decreto di trasferimento, dovesse ritenere ingiusto il prezzo offerto. In questa ipotesi, è evidente che l'estinzione del processo esecutivo -benché successiva all'aggiudicazione e al versamento del prezzo- renderebbe inefficaci tutti gli atti compiuti, compresi questi ultimi, mentre la somma pagata verrebbe restituita all'aggiudicatario».

<sup>929</sup> BONSIGNORI, A., *L'esecuzione forzata...*, *cit.*, p. 266: «D'altronde non si può pensare che un effetto di così rilevante portata, qual è il trasferimento della proprietà immobiliare, possa prodursi automaticamente, prescindendo da qualunque provvedimento giurisdizionale».

<sup>930</sup> TRAMONTANO, R., «La decorrenza dell'effetto traslativo nella vendita forzata immobiliare»..., *cit.*, p. 1033: «(...) Questa impostazione manca innanzitutto di un solido supporto normativo poiché l'art. 585 CPC, che disciplina il versamento del prezzo, si limita a disporre la necessità di osservare le prescrizioni dell'ordinanza di autorizzazione alla vendita (...)». Igualmente, BONSIGNORI, A., *L'esecuzione forzata...*, *cit.*, p. 266: «Tuttavia la tesi, che riporta l'efficacia traslativa della vendita immobiliare al versamento del prezzo è affetta dalla carenza di qualunque base normativa, dato che l'art. 585, comma 1 CPC, disciplinante tale versamento, si limita a disporre la necessità di osservare le prescrizioni dell'ordinanza di autorizzazione alla vendita (...)».

<sup>931</sup> GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, pp. 456 y 457: «(...) Le principali argomentazioni addotte a favore della traslatività dell'aggiudicazione sono tutto sommato agevolmente confutabili. Anzi, trovano i loro punti deboli proprio nel contenuto di quelle stesse

### 2.2.3.3. Tercera postura doctrinal italiana: el momento del efecto traslativo se cifra en la expedición del «decreto di trasferimento». Argumentación de la postura mayoritaria que hoy puede considerarse como prácticamente unánime

La generalidad de la mejor doctrina italiana imperante considera que el efecto traslativo que se produce mediante la venta judicial tiene lugar con la expedición del denominado «*decreto di trasferimento*», pudiendo citarse al respecto fundamentalmente a los siguientes autores adscritos a esta tesis: REDENTI<sup>932</sup>, SCARDACCIONE<sup>933</sup>, ZANZUCCHI<sup>934</sup>, MICHELI<sup>935</sup>, BUSNELLI<sup>936</sup>, BONSIGNORI<sup>937</sup>, BONGIORNO<sup>938</sup>, TRAVI<sup>939</sup>, VELLANI<sup>940</sup>, TRAMONTANO<sup>941</sup>, TEDOLDI<sup>942</sup>, CAPPONI<sup>943</sup>, GILI<sup>944</sup>, SALETTI<sup>945</sup>, SASSANI<sup>946</sup>, BALENA<sup>947</sup> y MANDRIOLI y CARRATA<sup>948</sup>.

Dicho lo cual, adentrémonos seguidamente en los principales argumentos en los que se apoya esta posición que puede calificarse, reiteramos, como ciertamente mayoritaria y hasta cierto punto unánime a nivel doctrinal y jurisprudencial en Italia.

En primer lugar, los partidarios de cifrar el efecto traslativo que tiene lugar mediante la venta judicial en el momento de expedición del «*decreto di trasferimento*», acuden al **tenor literal del art. 586 del CPC italiano**, en el que se afirma expresamente que una vez pagado

---

norme –quali gli artt. 587 e 632 CPC- che i sostenitori della tesi avevano ritenuto di porre a fondamento della loro ricostruzione».

<sup>932</sup> REDENTI, *Diritto Processuale Civile*, Tomo III, Milano, 1957, pp. 271 y ss.

<sup>933</sup> SCARDACCIONE, A., «Sugli effetti dell'estinzione del processo esecutivo», en *Rivista di Diritto Civile*, N° 2, 1960, pp. 488 y ss.

<sup>934</sup> ZANZUCCHI, M. T., *Diritto Processuale Civile*, Vol. III, Milano, 1964, p. 113.

<sup>935</sup> MICHELI, G. A., «Esecuzione forzata»..., *cit.*, p. 113.

<sup>936</sup> BUSNELLI, F. D., «Dell'esecuzione forzata», en BIGLIAZZI-GERI-BUSNELLI-FERRUCCI (Coord.), *Commentario del Codice Civile*, Libro IV, Tomo IV, Torino, 1980, p. 309.

<sup>937</sup> BONSIGNORI, A., *L'esecuzione forzata*..., *cit.*, pp. 265 y ss.

<sup>938</sup> BONGIORNO, voz «Espropriazione immobiliare», en *Digesto*, Tomo IV, Sezione Civile, Torino, 1992, p. 59.

<sup>939</sup> TRAVI, A., «Espropriazione immobiliare», en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1981, p. 913.

<sup>940</sup> VELLANI, «Un nuovo caso di sospensione dell'aggiudicazione immobiliare», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1992, p. 120.

<sup>941</sup> TRAMONTANO, R., «La decorrenza dell'effetto traslativo nella vendita forzata immobiliare»..., *cit.*, pp. 1030 y ss.

<sup>942</sup> TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata»..., *cit.*, p. 666.

<sup>943</sup> CAPPONI, B., *Manuale di Diritto dell'esecuzione civile*..., *cit.*, p. 325.

<sup>944</sup> GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, pp. 458 y ss.

<sup>945</sup> SALETTI, A., «Tecniche ed effetti delle vendite forzate immobiliari»..., *cit.*, pp. 1048-1053.

<sup>946</sup> SASSANI, B., «Offerte successive all'incanto», en BOVE, M., CAPPONI, B., MARTINETTO, G., SASSANI, B., *L'espropriazione forzata*, Torino, 1988, pp. 465 y 466.

<sup>947</sup> BALENA, G., *Istituzione di diritto processuale civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 147.

<sup>948</sup> MANDRIOLI, C., CARRATA, A., *Corso di diritto processuale civile*, Vol. III..., *cit.*, p. 102.

el precio, el Juez de la ejecución procederá a suspender la venta judicial en el caso de reputar al precio obtenido como injusto, o bien a expedir el «*decreto di trasferimento*» con el que transmite el bien enajenado al adjudicatario<sup>949</sup>. En la medida en que el legislador emplea recurrentemente el término «bien» como sinónimo del derecho real que pesa sobre el mismo, pues lo que se transmiten son los derechos sobre los bienes y no los bienes materialmente considerados, es evidente que con notoria claridad el legislador procesal italiano establece que con el «*decreto di trasferimento*» se transmite el derecho objeto de venta al adjudicatario<sup>950</sup>.

Se trata, curiosamente, del mismo aspecto del art. 586 del CPC italiano que en atención a una interpretación puramente literal y apegada al texto del precepto emplean los partidarios del momento del efecto traslativo de la venta judicial con la adjudicación; que recordamos que sostienen que lo que el la ley procesal está estableciendo es que el «*decreto di trasferimento*» sólo es un instrumento de traslación posesoria pero no de transmisión del derecho. La propia crítica que hacíamos en los apartados precedentes es la que sirve ahora de argumento definitivo para los partidarios de cifrar el momento del efecto traslativo de la venta judicial en la emisión del «*decreto di trasferimento*»: a saber, que el término «bien» suele emplearse con enorme frecuencia como sinónimo de «derecho real» sobre el mismo, de ahí que el art. 586 del CPC italiano nos de en términos precisos la solución a la problemática

---

<sup>949</sup> Traducción llevada a cabo por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 586 del CPC, párrafo primero es el siguiente: «Avvenuto il versamento del prezzo, il giudice dell'esecuzione può sospendere la vendita quando ritiene che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto, ovvero pronunciare decreto col quale trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato, ripetendo la descrizione contenuta nell'ordinanza che dispone la vendita, e ordinando che si cancellino le trascrizioni dei pignoramenti e le iscrizioni ipotecarie, se queste ultime non si riferiscono ad obbligazioni assunte dall'aggiudicatario a norma dell'articolo 508. Il giudice con il decreto ordina anche la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie successive alla trascrizione del pignoramento».

<sup>950</sup> Argumento basado en la literalidad del art. 586 del CPC italiano, *ab initio*, destacado por autorizadas voces del panorama doctrinal italiano: MICHELI, G. A., «Esecuzione forzata»..., *cit.*, p. 112: «Il problema è stato assai dibattuto rispetto al codice del 1865 e comunque dovesse essere risolto allora, pare certo rispetto al nuovo codice di rito il trasferimento avviene in virtù del decreto, indicato nell'art. 586 CPC, al quale, del resto, riconosce natura di accertamento costitutivo anche quella dottrina secondo la quale l'aggiudicazione sarebbe già di per se traslativa (...)». Igualmente, TRAVI, A., «Espropriazione immobiliare»..., *cit.*, p. 913: «La tesi che riconosce effetti reali all'aggiudicazione sembra, però, in contrasto con le norme positive in esame. Il decreto ex art. 586 "trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato" (...)». Asimismo, TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata»..., *cit.*, p. 666: « (...) La decorrenza dell'effetto traslativo nella vendita forzata immobiliare: secondo giurisprudenza e dottrina maggioritaria, è il decreto di trasferimento ex art. 586 CPC a determinare tale effetto (...). Solo con il decreto di trasferimento si compie il principale effetto dell'alienazione, cioè il passaggio della proprietà della *res* in capo all'acquirente: prima di tale momento il debitore resta proprietario della cosa e a lui si deve applicare la regola "*res perit domino*". También SASSANI, B., «Offerte successive all'incanto»..., *cit.*, pp. 465 y 466: ««(...) Il trasferimento coattivo del bene pignorato deve considerarsi operato con il provvedimento del giudice dell'esecuzione consistente nel decreto di trasferimento di cui all'art. 586, provvedimento con il quale il giudice dell'esecuzione "trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato" (...). Questo provvedimento è preceduto de un *iter* processuale che ha la funzione "di individuare il soggetto in cui favore, avvenuto il versamento del prezzo, deve essere emesso il decreto ex art. 586 CPC, produttivo del trasferimento coattivo del diritto reale sul bene"».

suscitada estableciendo que sólo con el «*decreto di trasferimento*» tiene lugar la transmisión del derecho objeto de venta judicial.

La adjudicación y el pago del precio son ciertamente elementos necesarios para que se cumpla el *iter* procedimental que lleva a producir el efecto traslativo, pero no es menos cierto que la culminación de este proceso transmisivo no se produce hasta la expedición del «*decreto di trasferimento*», momento en que puede cifrarse con exactitud la definitiva producción de la mutación jurídico-real a favor del adjudicatario<sup>951</sup>.

En base al mismo tenor del **art. 586. 3º del CPC italiano, puesto en relación con lo dispuesto en el art. 2643. 6 del CC italiano**, extraen un nuevo argumento los partidarios de cifrar el efecto traslativo en el momento de expedición del «*decreto di trasferimento*», que parte de la función que el «*decreto di trasferimento*» desempeña como título hábil para la transcripción del derecho adquirido mediante venta judicial por el adjudicatario. En efecto, afirma el art. 586 CPC italiano, en su párrafo tercero, que el «*decreto di trasferimento*» «constituye el título para la transcripción de la venta judicial en los libros del Registro de la Propiedad»<sup>952</sup>. Mientras que en la primera parte del art. 2643. 6 del CC italiano, por su parte, se establece que «deben hacerse públicos por medio de la transcripción los procedimientos mediante los cuales en la ejecución forzosa se transfiera la propiedad u otros derechos reales sobre inmuebles (...)»<sup>953</sup>. Partiendo de estos preceptos enunciados, se llega a la siguiente conclusión: si el «*decreto di trasferimento*» constituye el título con el que se transcribe el derecho adquirido por el adjudicatario mediante venta judicial y el CC italiano insta a que se transcriban los títulos del seno del proceso de ejecución forzosa por los que se transmita la propiedad u otros derechos reales; es evidente que el «*decreto di trasferimento*» no puede ser más que el título traslativo del dominio mediante venta judicial en el que se cifra, pues, el momento de transmisión del derecho objeto de venta<sup>954</sup>.

---

<sup>951</sup> En sentido análogo se pronuncia acertadamente TRAVI, A., «Espropriazione immobiliare»..., *cit.*, p. 913: «La successione aggiudicazione-versamento-trasferimento rappresenta dunque un procedimento vero e proprio, i cui atti, tutti essenziali, debbono tutti verificarsi perché si produca, non retroattivamente, l'effetto definitivo, che è l'effetto reale».

<sup>952</sup> Traducción realizada por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 586. 3º del CPC es el siguiente: «Esso costituisce titolo per la trascrizione della vendita sui libri fondiari e titolo esecutivo per il rilascio».

<sup>953</sup> Traducción llevada a cabo por el autor del presente trabajo. El art. 2643. 6 del CC italiano afirma literalmente lo siguiente: «Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: i provvedimenti con i quali nell'esecuzione forzosa si trasferiscono la proprietà di beni immobili o altri diritti reali immobiliari, eccettuato il caso di vendita seguita nel processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche a favore del terzo acquirente».

<sup>954</sup> El enunciado constituye un argumento aducido por un amplio sector de la doctrina italiana; entre otros, pueden destacarse a los siguientes autores a este respecto: TRAVI, A., «Espropriazione immobiliare»..., *cit.*, p. 913: «La tesi che riconosce effetti reali all'aggiudicazione sembra, però, in contrasto con le norme positive in esame. Il decreto ex art. 586 "trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato"; e costituisce titolo per la trascrizione (se invece traslativo fosse il provvedimento di aggiudicazione, quest'ultimo, e non il suddetto decreto, dovrebbe, in omaggio al principio generale dell'art. 2643 CC venir trascritto)». En el mismo sentido, GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzosa immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, p. 459, que no obstante parte de una aclaración acertada; a saber, que el mero hecho de que el art. 586. 3º del CPC italiano establezca que el «*decreto di trasferimento*» sirve como título para la transcripción del derecho a priori

La inteligencia del argumento descrito sirve para rebatir de lleno la postura que identifica el momento del efecto traslativo mediante la venta judicial en la adjudicación: ciertamente, partiendo del art. 586. 3° del CPC italiano y del art. 2643. 6 del CC italiano, debería ser la «*ordinanza di aggiudicazione*» en tal caso y no el «*decreto di trasferimento*» el título objeto de transcripción<sup>955</sup>. Lejos de ser así, se transcribe el «*decreto di trasferimento*» y he aquí un argumento ciertamente irrefutable.

En tercer lugar, los partidarios de la postura mayoritaria que venimos enunciando se acogen igualmente al **momento en que empieza a producirse el efecto purgativo**, ligado legalmente según el art. 586 del CPC a la expedición del «*decreto di trasferimento*»<sup>956</sup>, que yendo aparejado inexorablemente a la transmisión del derecho nos da un nuevo argumento a favor de la presente tesis: ciertamente, si el «*decreto di trasferimento*» determina el momento del efecto purgativo, debe necesariamente decretar paralelamente el momento del efecto traslativo<sup>957</sup>.

no es sinónimo de que sea título de transmisión del derecho, pues la transcripción en el Registro no es un requisito constitutivo en la adquisición de los derechos reales en Italia: «Anche il fatto che il decreto “costituisce titolo per la trascrizione della vendita sui libri fondiari”, invocato da più voci a sostegno della tesi in esame, a prima vista, non sembra provare molto. È stato, infatti, obiettato che nel nostro ordinamento è pacifico che la trascrizione di regola non ha efficacia costitutiva, non essendo elemento integrante della fattispecie negoziale; ha, invece, solo una funzione dichiarativa, nel senso che condiziona l’opponibilità dell’atto ai terzi. Perciò, l’atto soggetto a trascrizione ma non ancora trascritto è già pienamente valido ed efficace tra le parti. In realtà, che la proprietà del bene venduto venga trasferita in un momento anteriore alla trascrizione è indubbio. Dal fatto, però, che sia proprio il decreto di trasferimento e non un atto precedente a costituire titolo per la trascrizione, emerge l’efficacia traslativa del decreto stesso. Questa affermazione, a mio parere, trova inequivocabile conferma nell’art. 2643, n. 6 CC, nella parte in cui stabilisce che si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione “i provvedimenti con i quali nell’esecuzione forzata si trasferiscono la proprietà o altri diritti reali immobiliari”. Tale argomento esegetico –benché sinora non sia stato preso in considerazione da quanti sono intervenuti nel dibattito per sostenere la traslatività del decreto di cui all’art. 586- milita in modo decisivo a favore di questa tesi». Igualmente, SALETTI, A., «Tecniche ed effetti delle vendite forzate immobiliari»..., *cit.*, p. 1049: «Lo stesso è da dirsi in relazione al fatto che solo tale decreto è titolo per la trascrizione della vendita nei libri fondiari: se la proprietà fosse passata precedentemente in capo all’aggiudicatario, sarebbe incongruo precludere allo stesso di pubblicizzare il suo diritto».

<sup>955</sup> Así lo destaca TRAMONTANO, R., «La decorrenza dell’effetto traslativo nella vendita forzata immobiliare»..., *cit.*, pp. 1031 y 1032: «Inoltre in virtù dell’art. 586, comma 3° CPC il decreto in questione costituisce il titolo per la trascrizione della vendita, mentre se questa fosse posta in essere con l’aggiudicazione, in base al principio generale sancito dall’art. 2655 CC, dovrebbe essere trascritta l’ordinanza di aggiudicazione stessa».

<sup>956</sup> Afirma el art. 586. 1° del CPC (resaltamos en negrita los aspectos referidos al efecto purgativo): «Avvenuto il versamento del prezzo, il giudice dell’esecuzione può sospendere la vendita quando ritiene che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto, ovvero pronunciare decreto col quale trasferisce all’aggiudicatario il bene espropriato, ripetendo la descrizione contenuta nell’ordinanza che dispone la vendita, e **ordinando che si cancellino le trascrizioni dei pignoramenti e le iscrizioni ipotecarie**, se queste ultime non si riferiscono ad obbligazioni assunte dall’aggiudicatario a norma dell’articolo 508. Il giudice con il decreto **ordina anche la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie successive alla trascrizione del pignoramento**».

<sup>957</sup> El argumento por el que se acude al momento del efecto purgativo, necesariamente coincidente con el momento del efecto traslativo, respecto del que taxativamente se establece legalmente que se produce con la emisión del «*decreto di trasferimento*» es empleado en líneas generales (y tímidamente) por TRAVI, A., «Espropriazione immobiliare»..., *cit.*, p. 913: «Anche il vincolo processuale esecutivo sul bene (pignoramento) cessa solo col decreto (ex art. 586) (con questo, infatti, il giudice ordina la cancellazione delle trascrizioni dei

A los anteriores argumentos, añade GILI uno adicional, basado en el indicio que supone **la competencia exclusiva con la que el Juez de la ejecución cuenta para expedir el «decreto di trasferimento»**, incluso en el caso de delegación de la operación de venta a un profesional *ex art. 591. bis* del CPC italiano. Ello es demostrativo, a juicio de la autora, de que nos encontramos frente una actuación de *jus dicere*, de culminación de la venta judicial con la definitiva transmisión del derecho objeto de venta. Somos concedores del sistema ejecutivo italiano en el que el protagonismo en el desenvolvimiento de los diferentes actos procesales que conforman el proceso de ejecución corre a cargo del «*ufficiale giudiziario*», y en el que el Juez de la ejecución sólo interviene en aquellas decisiones de relevancia fundamental, tales como la transmisión definitiva del derecho objeto de venta judicial con el que a través del pago del precio se culmina el proceso ejecutivo<sup>958</sup>.

Y finalmente llegamos así al argumento que reputamos como más determinante de la postura que defiende el momento del efecto traslativo con la expedición del «*decreto di trasferimento*»: el que parte del **momento en que se produce la estabilidad o carácter definitivo de la transmisión del derecho operada mediante la venta judicial**. Esto es, nos estamos refiriendo al momento en que la adquisición del derecho mediante venta judicial no va resultar susceptible de devenir ineficaz por el curso del proceso de ejecución quedando en manos definitivamente del adjudicatario.

Esta «estabilidad» de la adquisición del derecho objeto de venta judicial lo primero que ha de apuntarse es que no se produce ni con la adjudicación del derecho al rematante, ni en el momento de pago del precio. En efecto, acaecida la adjudicación del derecho al rematante con la expedición de la denominada «*ordinanza di aggiudicazione*», e incluso pagado el precio de remate por parte del adjudicatario, la venta judicial puede ser aún susceptible de suspensión, procediéndose a la convocatoria de nueva subasta que toma como propietario al mismo deudor ejecutado; fundamentalmente, en los siguientes casos:

- Como consecuencia de la presentación de la denominada «*offerta dopo l'incanto*», esto es, oferta que superando en una quinta parte el precio del remate de la subasta, dentro de los diez siguientes a la conclusión de la subasta, da lugar a una nueva puja

---

pignoramenti)». De la misma forma y con mayor claridad a este respecto, BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»..., *cit.*, pp. 44 y 45: «Un altro profilo critico è stato di recente messo in luce, quando si è osservato che, nell'ipotesi di vendita forzata di un bene gravato da ipoteca, pegno o privilegio, bisognerebbe, per giustificare che il passaggio della proprietà si operi con l'aggiudicazione, ipotizzare un'efficacia traslativa destinata a consolidarsi in un secondo momento, e cioè il decreto dell'art. 586 CPC, dal quale soltanto deriva la purgazione dei vincoli in questione. L'argomento, infine, può essere dilatato ulteriormente, osservando che la proprietà dell'aggiudicatario, oltre a essere gravata da eventuali ipoteche, pegni, e privilegi (...), pare più logico pensare che il passaggio di proprietà si effettui al momento in cui tali vincoli vengano cancellati, ossia al momento dell'emanazione del decreto dell'art. 586 CPC».

<sup>958</sup> Afirma a este respecto GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, p. 460: «Il fatto che al giudice dell'esecuzione sia stata riservata l'emanazione del decreto di cui all'art. 586 CPC, anche in caso di delega al notaio delle operazioni di vendita all'incanto, non significa altro se non che al giudice è stata riservata ogni attività che comporti uno *jus dicere*».

ahora entre el rematante y nuevo oferente que puede dejar sin efecto la adjudicación inicialmente realizada. Asimismo, aun en el caso de mantenimiento del adjudicatario inicial (por falta de presentación de ofertas posteriores en las condiciones legales indicadas, o venciendo la puja fruto de la oferta posterior el adjudicatario inicial de la subasta) la adquisición del derecho sigue resultando susceptible de suspensión como consecuencia de la falta de pago del precio por parte del adjudicatario, lo que traerá consigo, como ya se ha analizado y *ex art. 587 del CPC italiano*, la denominada «decadencia o pérdida» del derecho del adjudicatario, procediéndose a celebrar una nueva subasta judicial que toma como propietario al deudor ejecutado (no al adjudicatario)<sup>959</sup>.

- Incluso en el caso de pago del precio por parte del rematante, la venta judicial puede suspenderse cuando el Juez de la ejecución considere que el precio finalmente obtenido por el inmueble objeto de venta sea notablemente inferior al que se repute como «justo», *ex art. 586 del CPC*.

En definitiva, sólo con la expedición del «*decreto di trasferimento*», pieza final del *iter* procedimental que conforma la venta judicial, se adquiere el derecho objeto de venta judicial de manera definitiva, pues sólo a partir de dicho momento tiene lugar la «estabilidad» de la transmisión, esto es, la falta de susceptibilidad de la misma de poder resultar suspendida o devenir ineficaz. En otros términos, partiendo de la necesaria estabilidad de la que debe gozar la adquisición del derecho que se venda judicialmente, el efecto traslativo sólo puede cifrarse indefectiblemente en el momento de expedición del «*decreto di trasferimento*»<sup>960</sup>.

---

<sup>959</sup> Hacemos hincapié en este dato que a nuestro juicio resulta de enorme importancia: en caso de suspensión de la venta judicial, por falta de pago del precio, se celebra una nueva subasta, que toma como propietario al deudor ejecutado y no al adjudicatario, lo que demuestra que este último no adquiere derecho definitivo alguno en el momento de la adjudicación. Así lo apunta agudamente TRAMONTANO, R., «La decorrenza dell'effetto traslativo nella vendita forzata immobiliare»..., *cit.*, pp. 1030 y 1031: «Se dunque il prezzo non è pagato, si procede a nuovo incanto ai danni e sotto la responsabilità dell'aggiudicatario inadempiente: ciò significa che la rivendita si svolge a carico del debitore, ma non dell'aggiudicatario, che non ha fruito del trasferimento della proprietà (...)».

<sup>960</sup> El argumento del momento en que tiene lugar la estabilidad o carácter definitivo de la transmisión operada por la venta judicial es empleado por la generalidad de la mejor doctrina italiana, pudiendo destacarse a este respecto y entre otros a los siguientes autores: TRAMONTANO, R., «La decorrenza dell'effetto traslativo nella vendita forzata immobiliare»..., *cit.*, p. 1038, haciendo hincapié que tanto la denominada «*offerta dopo l'incanto*», cuanto la falta de pago del precio del remate, pueden dejar sin efecto la adjudicación inicial, sin que ello encuentre una respuesta adecuada por parte de los partidarios del efecto traslativo con la adjudicación: «La teoria del passaggio di proprietà al momento dell'aggiudicatario incontra poi alcune difficoltà ricostruttive in relazione ad atti che si compiono dopo l'aggiudicazione: l'aumento di sesto e la rivendita. Infatti non è facile ricollegare effetti sostanziali all'aggiudicazione, quando può ancora mutare l'acquirente. Sostenendo infatti che la proprietà si trasferisca con l'aggiudicazione si pe ipotizzata, in caso di offerta dopo l'incanto di cui all'art. 584 CPC, una risoluzione dell'alienazione, che non ha fondamento alcuno perché non c'è un inadempimento dell'aggiudicatario, ma l'aggiudicazione cade a causa della presentazione di una nuova offerta, facendo venire addirittura meno il diritto di proprietà (...) Anche la rivendita forzata, infine, rappresenta un profilo



Los partidarios en cifrar el efecto traslativo en el momento de la adjudicación objetan contra la inteligencia del argumento apenas apuntado que las consecuencias derivadas de la falta de pago del precio, de la válida presentación de una oferta posterior en las condiciones predeterminadas legalmente («*offerte dopo l'incanto*»), de la falta de pago del precio, o de la eventual suspensión de la venta judicial por parte del Juez de la ejecución ante la estimación de lo injusto del precio de remate, lo único que evidencian es que tanto el pago del precio, cuanto la emisión del «*decreto di trasferimento*» constituyen una suerte de condiciones suspensivas a las que se anuda la eficacia de la transmisión, cuyos efectos se retrotraen, no

---

particularmente significativo per lo studio dell'effetto traslativo. Da un punto di vista strettamente sistematico, la tesi qui criticata dell'efficacia traslativa dell'aggiudicazione è assolutamente inconciliabile col fatto che, se il prezzo non è pagato si procede a nuovo incanto ai danni e sotto la responsabilità dell'aggiudicatario inadempiente (art. 587 CPC (...)). En sentido análogo pero refiriéndose ahora a la posibilidad del Juez de la ejecución de suspender la venta judicial por obtención de un precio injusto, también TEDOLDI, A., «Vendita e assegnazione forzata»..., *cit.*, p. 666: «La previsione del potere del giudice dell'esecuzione di sospendere la vendita a prezzo ingiusto rende palese la *voluntas legis* di attribuire al decreto di trasferimento pronunciato dal giudice dell'esecuzione l'efficacia traslativa della proprietà del bene. (...) La vendita forzata (...) è una fattispecie processuale a formazione progressiva che culmina, per i beni immobili, nel decreto di trasferimento: l'aggiudicazione anticipa taluni effetti a favore dell'aggiudicatario (...), però solo con il decreto di trasferimento si compie il principale effetto dell'alienazione, cioè il passaggio della proprietà della res in capo all'acquirente (...)». Del mismo modo, GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, p. 458: «(...) La proprietà del bene non può venire trasferita già con il versamento del prezzo e, a maggior ragione, con l'aggiudicazione –essendo in quella fase la vendita ancora in fieri, al punto di poter essere sospesa a discrezione del giudice». Igualmente, refiriéndose específicamente a la posibilidad con la que cuenta el Juez de la ejecución, una vez pagado el precio, de suspender la venta judicial por precio injusto, SALETTI, A., «Tecniche ed effetti delle vendite forzate immobiliari»..., *cit.*, p. 1049: «Un ulteriore argomento a favore della tesi qui sostenuta deriva, poi, dal potere di sospendere la vendita (...). In presenza del legittimo potere del giudice dell'esecuzione di rifiutarsi di pronunciare il decreto di trasferimento quando ricorrono le condizioni poste dall'art. 586, comma 1° CPC, e quindi di procedere alla vendita, è difficile immaginare che tale atto non rilevi ai fini del trasferimento della proprietà». En sentido análogo al anterior se pronuncia asimismo BONSIGNORI, A., *L'esecuzione forzata*..., *cit.*, p. 270: «(...) La modificazione legislativa della prima parte del comma 1 dell'art. 586 CPC, secondo cui, avvenuto il versamento del prezzo, il giudice dell'esecuzione può sospendere la vendita quando reputa che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto, contraddice apertamente la tesi, qui criticata, secondo la quale l'effetto traslativo della vendita si compierebbe già con l'aggiudicazione». Incidiendo igualmente en la posibilidad con la que cuenta el Juez de la ejecución de la suspender la venta judicial por precio injusto incluso después del pago del mismo, también CAPPONI, B., *Manuale di Diritto dell'esecuzione civile*..., *cit.*, p. 325: «La giurisprudenza si è sempre indirizzata a ritenere che il momento perfezionativo della vendita è nella pronuncia del decreto di trasferimento, e che l'aggiudicazione non vale di per sé a far sorgere nell'offerente una posizione giuridicamente tutelata. Conclusione poi avvalorata dalla riforma dell'art. 586 CPC (legge n. 203/1991), che ha introdotto il potere del giudice dell'esecuzione di sospendere la vendita, se il prezzo offerto è notevolmente inferiore a quello "giusto". Oramai, quindi, anche il versamento del prezzo non dà la garanzia dell'acquisto, la cui concreta praticabilità dietro riscontro della "giustizia" del prezzo, è rimessa ad una finale e risolutiva valutazione del giudice dell'esecuzione». De la misma forma, con enorme claridad igualmente CARPI, F., y TARUFFO, M., «Commentario al articolo 586 del Codice di Procedura Civile», en *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, Padova, 2012, p. 2009: «Nessun effetto giuridico può verificarsi in capo all'aggiudicatario prima del decreto di trasferimento, in quanto costui non si trova in una posizione di relazione diretta con il bene, bensì gode di una mera aspettativa, cioè versa in uno stato di pretesa, tutelata giuridicamente, di ottenere il trasferimento (...). L'ordinanza di aggiudicazione non determina pertanto il trasferimento del diritto di proprietà sul bene pignorato in favore dell'aggiudicatario, essendo a tal fine necessaria l'emissione del decreto ex art. 586, nel senso che l'ordinanza di aggiudicazione è provvedimento privo di decisorietà e di definitività, attesa la possibilità della sua caducación nel caso di nuove offerte dopo l'incanto, o di decadenza dell'aggiudicatario inadempiente all'obbligo del pagamento del prezzo (...)».

obstante, al momento de la adjudicación. Esto es, la transmisión tiene lugar desde la adjudicación, si bien sometida a la condición suspensiva del pago del precio y de la expedición del «*decreto di trasferimento*»<sup>961</sup>. O, visto desde la otra cara moneda, que los eventos que traigan consigo la suspensión de la venta judicial constituyan una suerte de condiciones resolutorias implícitas a las que queda sometida la transmisión del derecho que tiene lugar desde la adjudicación<sup>962</sup>.

Debe recordarse en este punto que las condiciones suspensivas y resolutorias constituyen acontecimientos futuros e inciertos a los que queda sometida, total o parcialmente, la eficacia de un contrato. Particularmente, lo que se somete a dicho acontecimiento son las obligaciones nacidas del mismo, de ahí que suela hablarse por parte de la doctrina de «obligaciones condicionales»<sup>963</sup>. Partiendo de estas afirmaciones generales, lo primero que debe ponerse en duda es si un instrumento propio de la dinámica de la eficacia «contractual» puede o no jugar en los contornos de una figura, la venta judicial, de naturaleza claramente no contractual. Este primer obstáculo quizá podría salvarse indicando que la «condición» es un elemento determinativo de la eficacia de «las obligaciones», como

---

<sup>961</sup> Esta parece ser el razonamiento acogido por el célebre CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Vol. III, Roma, 1956, pp. 700 y ss., tal y como apunta TRAMONTANO, R., «La decorrenza dell'effetto traslativo nella vendita forzata immobiliare»..., *cit.*, p. 1030, si bien indicando que el «*decreto di trasferimento*» no constituiría una condición suspensiva, sino un título acreditativo del acaecimiento de la condición suspensiva del pago del precio: «(...) È stato autorevolmente sostenuto che, nonostante la necessità del provvedimento ora ricordato, la vendita immobiliare assumerebbe i caratteri di una vendita condizionale: in sostanza, la vendita verrebbe compiuta con l'aggiudicazione, che sarebbe atto di per sé idoneo a produrne gli effetti, ma questi sarebbero subordinati alla condizione legale sospensiva del pagamento del prezzo. Il decreto previsto nell'art. 586 CPC conterrebbe un accertamento (relativo all'adempimento della condizione), ma questo sarebbe di carattere costitutivo, data la formula che lo caratterizza, e il fatto che esso costituisca il titolo per la trascrizione della vendita».

<sup>962</sup> La explicación basada en el hecho de constituir los eventos susceptibles de producir la suspensión de la venta judicial condiciones resolutorias es la acogida por JACCHERI, E., «Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflessioni alla luce della modifica dell'art. 586 C.P.C. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)»..., *cit.*, p. 820, tal y como apunta GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, p. 458: «(...) La proprietà del bene non può venire trasferita già con il versamento del prezzo e, a maggior ragione, con l'aggiudicazione —essendo in quella fase la vendita ancora in fieri, al punto di poter essere sospesa a discrezione del giudice. Questa obiezione è, però, facilmente superabile ricostruendo l'incongruità del prezzo —e la conseguente mancata emanazione del decreto di trasferimento come una condizione resolutoria della vendita, già perfettamente valida». Subsunción en la categoría de condición resolutoria también empleada por MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata»..., *cit.*, pp. 272 y 273: «Una tale soluzione, infine, non pregiudica in alcun modo la possibilità di caducazione dell'effetto in caso di mancato pagamento del prezzo, giacché il relativo termine è essenziale e opererebbe pertanto un meccanismo analogo a quello della risoluzione automatica (...)». Esta es asimismo la postura acogida por CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo»..., *cit.*, p. 181: «L'effetto traslativo della vendita forzata, sia mobiliare sia immobiliare, si perfeziona con l'aggiudicazione; da questo momento l'acquirente fa suo il diritto venduto, peraltro esposto a varie vicende di risoluzione».

<sup>963</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «El objeto de la obligación: clases de obligaciones», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., y PARRA LUCÁN, M. A., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2011, p. 99: «Dentro del Derecho de los contratos, se denomina condición al acontecimiento futuro e incierto al que queda sometida, total o parcialmente, la eficacia de un contrato. En la medida en que lo sometido a ese acontecimiento son las obligaciones que derivan del contrato, se puede hablar (...) de obligaciones condicionales, que son aquéllas cuya eficacia queda sujeta -condicionada a dicho acontecimiento futuro e incierto».

acabamos de puntualizar, y éstas no sólo pueden tener como fuente a los contratos, sino también a la propia Ley, de modo que la falta de existencia de un contrato no debe descartar *a priori* su operatividad.

Dicho lo cual, lo que sí parece constituir un argumento definitivo en aras del rechazo de esta tesis de explicación de la posible suspensión de la venta judicial por el acaecimiento de los distintos eventos analizados («*offerte dopo l'incanto*», falta de pago del precio, suspensión judicial de la venta judicial por precio injusto) en base a la subsunción del pago del precio y la expedición del «*decreto di trasferimento*» en la categoría de la «condición suspensiva o resolutoria» (en función de la perspectiva que se acoja), es lo dispuesto por los arts. 2655 y 2659. 2º del CC italiano. En el art. 2655 del CC italiano, en materia de derecho de la transcripción inmobiliaria, establece que toda condición resolutoria impuesta sobre un acto transcrito o inscrito en el Registro de la Propiedad deberá hacerse constar en el mismo, anotándose al margen de la transcripción o inscripción en cuestión<sup>964</sup>; mientras que el art. 2659, párrafo segundo, del CC italiano, por su parte, indica que si la adquisición del derecho queda sometida a término o condición, y ésta aún no se ha cumplido, se deberá reflejar al margen de la nota de la transcripción<sup>965</sup>. De constituir los supuestos que pueden traer consigo la suspensión o ineficacia de la transmisión operada mediante la venta judicial desde la adjudicación hasta la expedición del «*decreto di trasferimento*» sendas condiciones, ya sean suspensivas o resolutorias, según la perspectiva desde la que se mire, necesariamente deberían hacerse constar en el Registro, cosa que no hacen<sup>966</sup>.

La solidez de los distintos argumentos que se han proclamado en torno a la postura de cifrar el efecto traslativo mediante la venta judicial en la expedición del «*decreto di trasferimento*» hacen que constituya la postura actualmente mayoritaria en el seno de la

---

<sup>964</sup> Traducción realizada por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 2655. 1º del CC italiano es el siguiente: «Qualora un atto trascritto o iscritto sia dichiarato nullo o sia annullato, risoluto, rescisso, o revocato, o sia soggetto a condizione risolutiva, la dichiarazione di nullità e, rispettivamente, l'annullamento, la risoluzione, la rescissione, la revocazione, l'avveramento della condizione devono annotarsi in margine alla trascrizione o alla iscrizione dell'atto».

<sup>965</sup> Traducción realizada por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 2659, párrafo segundo, del CC italiano es el que sigue: «Se l'acquisto, la rinuncia o la modificazione del diritto sono sottoposti a termine o a condizione, se ne deve fare menzione nella nota di trascrizione. Tale menzione non è necessaria se, al momento in cui l'atto si trascrive, la condizione suspensiva si è verificata o la condizione risolutiva è mancata ovvero il termine iniziale è scaduto».

<sup>966</sup> Objeción aludida en sentido análogo por GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, pp. 459 y 460: «A nulla poi, varrebbe replicare che l'ordinanza di aggiudicazione non potrebbe essere trascritta, essendo ancora esposta "a varie vicende di risoluzione". Dal tenore dell'art. 2655 CC in base al quale "qualora un atto trascritto o iscritto... sia soggetto a condizione risolutiva... l'avveramento della condizione deve annotarsi in margine alla trascrizione o all'iscrizione dell'atto", si recava che l'atto di trasferimento della proprietà deve comunque essere trascritto, benché sottoposto a condizione risolutiva. Ciò, poi, confermato, peraltro anche riguardo alla condizione suspensiva, dall'art. 2659, 2º comma, CC, nella parte in cui stabilisce che "se l'acquisto, la rinuncia o la modificazione del diritto sono sottoposto a termine o a condizione, se ne deve fare menzione nella nota di trascrizione"».

doctrina italiana, que viene a ser prácticamente unánime en el ámbito de la jurisprudencia italiana<sup>967</sup>.

Llegados a este punto, debemos llevar a cabo una importante puntualización acuñada acertadamente por la jurisprudencia italiana reciente respecto de la postura unánime que individúa el efecto traslativo en la emisión del «*decreto di trasferimento*»: a saber, que partiendo de la naturaleza compleja de la venta judicial, el «*decreto di trasferimento*» no es un elemento que de forma autónoma traiga consigo el efecto traslativo, sino que constituye la culminación de un conjunto de actos procesales, todos ellos necesarios e imprescindibles para la culminación de tal efecto. La adjudicación, el pago del precio por parte del rematante y el resto de actos procesales que integran la venta judicial entendida en sentido amplio y de acuerdo con su compleja naturaleza son esenciales para la culminación del efecto traslativo que encuentra su punto final y definitivo en la expedición del «*decreto di trasferimento*». Sólo puede entenderse el efecto traslativo que tiene lugar mediante la venta judicial como una consecuencia directa de la compleja amalgama de actos procesales formadores del proceso de ejecución en los que encuentra su origen<sup>968</sup>.

Que esta sea la postura que claramente se desprende del conjunto del Ordenamiento italiano no quiere decir, no obstante, que sea la más adecuada desde un punto de vista práctico. En efecto, indica GILI, a nuestro juicio razonablemente, que la afirmación de la transmisión del derecho a través de la venta judicial en el momento de expedición del «*decreto di trasferimento*» conduce a resultados que no responden a la función perseguida por la ejecución forzosa, particularmente en lo que hace a la equidad que debe existir entre las partes integrantes del proceso ejecutivo. Y ello puede apreciarse con notoria claridad en dos ámbitos: en materia de asunción del riesgo por deterioro o pérdida de la cosa, y en sede de imputación de los frutos producidos por el inmueble objeto de venta judicial. Por lo que

---

<sup>967</sup> Pueden citarse, entre otras, las siguientes Sentencias de la *Corte di Cassazione* italiana, así como de otros tribunales regionales, en las que se anuda el efecto traslativo mediante venta judicial al momento de expedición del «*decreto di trasferimento*»: Cass., sez. III, 9 settembre 1953, n. 3005; Cass., Sez. III, 9 settembre 1953, n. 3005; Cass., Sez. III, 17 aprile 1968, n. 1148; Cass., Sez. III, 15 aprile 1980; Cass., Sez. III, 10 novembre 1980, n. 6020; Cass., Sez. III, 18 gennaio 1983, n. 413; Cass., Sez. III, 8 giugno 1985, n. 3447; Cass., Sez. III, 20 maggio 1993, n. 5751; Cass., Sez. III, 9 dicembre 1995, n. 12633; Cass. civ., sez. III, 3 ottobre 2005, n. 19323; Cass. civ., sez. III, 4 aprile 2013, n. 8205 (esta última en sede de momento hasta el cual puede interponerse la «*opposizione di terzo*», equivalente a la *tercería de dominio* española); Corte appello Bari, sez. III, 9 gennaio 2012, n. 11.

<sup>968</sup> Así lo viene expresando reiterativamente la Sección Tercera de la Corte di Cassazione italiana, entre otras en las siguientes sentencias: Cass., sez. III, 19 luglio 2005, n. 15222; Cass., sez. III, 03 ottobre 2005, n. 19323; Cass., sez. III, 24 gennaio 2007, n. 1498; Cass., sez. III, 16 settembre 2008, n. 23709; en las que se afirma literalmente lo siguiente: «In tema di vendita forzata, il trasferimento dell'immobile aggiudicato è l'effetto di una fattispecie complessa, costituita dall'aggiudicazione, dal successivo versamento del prezzo e dal decreto di trasferimento, quest'ultimo con funzione di verifica ed accertamento della sussistenza degli altri presupposti e, quindi, privo di autonoma efficacia traslativa in assenza delle altre condizioni; pertanto, il mancato pagamento del prezzo di aggiudicazione dell'immobile pignorato legittima la revoca, anche d'ufficio, del decreto di trasferimento fino al momento in cui lo stesso venga portato ad esecuzione, che si identifica non con quello della sua emanazione, ma con quello del compimento da parte del cancelliere delle operazioni indicate dall'art. 586 CPC».

respecta al riesgo por deterioro o pérdida de la cosa, haciendo coincidir el momento del efecto traslativo con la emisión del «*decreto di trasferimento*», en aplicación del principio de *res perit domino* propio del Ordenamiento italiano, tales riesgos recaen exclusivamente sobre la persona del deudor ejecutado durante toda la duración del proceso de ejecución. Asimismo, en lo que concierne a la imputación de los frutos, parece poco razonable que el adjudicatario no pueda disfrutar de los mismos hasta la expedición del «*decreto di trasferimento*», una vez que ha efectuado ya el correspondiente pago del precio.

Consecuencias poco equitativas, poco razonables desde un punto de vista práctico que también se darían, si bien en cabeza del adjudicatario, si sostuviésemos la concurrencia del efecto traslativo en el momento de la adjudicación.

Todo ello pone de manifiesto que en atención al *iter* procedimental del proceso de ejecución dineraria italiano que sirve de origen a la venta judicial, el momento más adecuado desde un punto de vista práctico y equitativo para cifrar el efecto traslativo sin duda alguna sería el del pago del precio. Si bien, una cosa es lo que resultaría más adecuado y otra bien distinta lo que se desprende de los datos normativos con los que se cuenta en el Ordenamiento italiano, los cuales llevan a concluir de modo incontrovertido que el efecto traslativo en la venta judicial tiene lugar con la expedición del «*decreto di trasferimento*»<sup>969</sup>.

Hasta aquí la explicación de las distintas posturas existentes en torno al momento en que se cifra el efecto traslativo a través de la venta judicial en el panorama doctrinal y jurisprudencial italiano, pasemos ahora a analizar la importante cuestión del sistema traslativo aplicable a la venta judicial sobre lo que poco se ha reflexionado en Italia (al igual que en España), y con lo que muchas de las dudas y equívocos de la discusión analizada podrían explicarse y despejarse, como ahora tendremos ocasión de comprobar.

---

<sup>969</sup> GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»... *cit.*, p. 458: «La tesi che fa coincidere con l’emanazione del decreto *ex art. 586* il passaggio della proprietà del bene venduto non è affatto “indolore” dal punto di vista del suo impatto pratico, in quanto conduce a risultati in parte non rispondenti alla funzione dell’esecuzione forzata e non del tutto equi per i soggetti del processo. In particolare, se si valuta il modo in cui, in base alla soluzione scelta, viene distribuito il rischio del perimento del bene, si osserva che –facendo coincidere il momento traslativo della vendita forzata con l’emanazione del decreto di trasferimento- tale rischio, in applicazione della regola *res perit domino*, ricade completamente sul debitore, per l’intera durata della procedura. (...) Al tempo stesso l’aggiudicatario che abbia già provveduto a versare il prezzo –pur avendo il vantaggio di non dover sopportare il rischio per il perimento del bene sino al termine del procedimento di vendita- non può fare propri i frutti relativi al bene, quali canoni di locazione, sino all’emanazione del decreto di trasferimento. A conseguenze altrettanto negative condurrebbe l’adesione alla corrente che anticipa gli effetti traslativi della vendita forzata al momento dell’aggiudicazione. (...) La soluzione della traslatività del versamento del prezzo sarebbe stata, invece, quella più equilibrata, in quanto avrebbe consentito di ripartire in modo più equilibrata, in quanto avrebbe consentito di ripartire in modo più equo il rischio per il perimento del bene tra i soggetti del processo. In tal modo, tra l’aggiudicazione e il versamento del prezzo sarebbero stati il debitore e i creditori a subire le conseguenze del perimento del bene. In seguito al pagamento, poi, il rischio sarebbe passato all’aggiudicatario, consentendo ai creditori di soddisfarsi sul ricavato e al debitore di liberarsi dai propri obblighi. Questa soluzione avrebbe, inoltre, evitato di subordinare il passaggio della proprietà del bene all’aggiudicatario, che abbia già provveduto al pagamento, a un atto interante rimesso alla discrezionalità e all’efficienza del giudice dell’esecuzione».

#### **2.2.3.4. Sistema traslativo aplicable a la venta judicial en Italia que puede deducirse de las posturas existentes en torno al momento del efecto traslativo: una cuestión poco debatida que aclararía enormemente la problemática**

Las posturas contractualistas en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial, como tuvimos ocasión de comprobar en el capítulo tercero de la presente obra, partían en todo momento de una equiparación entre la venta judicial y la compraventa contractual. Postura que a pesar de estar plenamente superada en Italia, ha extendido su influencia a autores que *a priori* rechazan la equiparación anterior, pero que incoherentemente la afirman en sede de la transmisión del derecho objeto de venta judicial. Lo que ocurre es que esta influencia no ha sido detectada oportunamente por la mayor parte de la doctrina italiana, lo cual hubiera despejado muchas dudas en la gran controversia que durante años ha venido suscitándose, como acabamos de comprobar, acerca del momento en que debe cifrarse el efecto traslativo que trae consigo la venta judicial. En efecto, la doctrina italiana ha llegado a una posición, a nuestro juicio acertada y acorde con la compleja naturaleza claramente no contractual de la venta judicial, que hoy en día puede calificarse como unánime, si bien sin reflexionar acerca de cuál sea el verdadero origen de los equívocos, particularmente de una postura, con autorizadas voces partidarias: la que trata de individualizar el efecto traslativo en el momento de la adjudicación. El enfoque que nosotros proclamamos es aquél que centra su atención en el sistema traslativo que resulte aplicable a la transmisión que tiene lugar mediante la venta judicial; y es en esta sede donde se detecta, como decimos, una clara reminiscencia de las posturas contractualistas acerca de la naturaleza jurídica de la venta judicial aparentemente superadas. Veamos por qué, reformulando la controversia desde los contornos del sistema traslativo aplicable.

Acabamos de constatar que existen tres posturas fundamentales en torno al momento en que se produce el efecto traslativo con la venta judicial: el de la adjudicación, el del pago del precio y el de la expedición del «*decreto di trasferimento*». Si bien en este debate, la mayor parte de los autores se adscriben a la primera y a la tercera postura, quedando la tesis del pago del precio en manos de una apreciable minoría.

Siendo así, lo primero que debe apuntarse es que de la posición que aboga por cifrar en la adjudicación el efecto traslativo a través de la venta judicial, se deduce claramente la aplicación del sistema traslativo consensualista que rige con carácter general en las transmisiones derivativas a título oneroso en Italia<sup>970</sup> (recogido fundamentalmente en el art.

---

<sup>970</sup> Así se destaca ampliamente por la generalidad de la doctrina italiana, pudiendo destacarse por todos a los siguientes: BIANCA, C. M., «La vendita e la permuta»..., *cit.*, p. 83: «L'effetto traslativo della vendita risponde al generale principio dell'efficacia reale del consenso, espressamente formulato nel nostro ordinamento con riguardo a tutti i contratti aventi ad oggetto la costituzione di un diritto reale o il trasferimento di un diritto (art. 1376 CC). Igualmente, GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II..., *cit.*, pp. 277 y 278: «Nel sistema del

1376 del CC italiano<sup>971</sup>). En efecto, ya sabemos que la transmisión operada mediante la venta judicial es de carácter claramente derivativo y a título oneroso (existe la transmisión de un derecho a cambio del pago de un precio), al igual que lo es la transmisión que se produce con la compraventa contractual; de modo que en consecuencia y coherencia, el sistema traslativo aplicable a dicha transmisión debe ser común a ambos tipos de venta: a saber, el sistema consensualista, recogido en el art. 1376 del CC italiano<sup>972</sup>. Acudiendo a este sistema traslativo consensualista, es la concurrencia del consentimiento de las partes lo que trae consigo la mutación jurídico-real (conforme al principio consensualista, iniciado en Francia, todos los contratos traslativos del dominio y, particularmente, la compraventa es fuente no sólo de obligaciones sino también de derechos reales, no requiriéndose la entrega a tales efectos<sup>973</sup>; de ahí que no se distinga un momento de perfección de otro de consumación en el *iter* traslativo<sup>974</sup>); lo que trasladado a los esquemas de la venta judicial se produce en el

---

codice civile il contratto è fonte di obbligazioni (art. 1173) ed è anche modo di acquisto o, guardando il fenomeno dal punto di vista dell'alienante, modo di trasferimento della proprietà (art. 922) e degli altri diritti, reali o di credito (art. 1376). (...) Il nostro sistema legislativo è retto, in materia di contratti traslativi, dal cosiddetto principio consensualistico, espresso dall'art. 1376, che per i contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, dispone che "la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato". Si diventa proprietari di ciò che si è comperato o permutato o ricevuto in donazione ecc. al momento stesso del contratto, per effetto dell'accordo che perfeziona il contratto; e, se la consegna della cosa è differita nel tempo, al compratore viene consegnata cosa che è già sua; se il pagamento del prezzo è differito nel tempo, egli paga il prezzo di una cosa che è già nel suo patrimonio». Asimismo y monográficamente RUSSO, E., «Vendita e consenso traslativo», en *Contratto e Impresa*, fasc. 3, 2010, p. 617: «L'attribuzione della proprietà avviene automaticamente per il verificarsi di certe circostanze, indipendentemente dalla consegna, e cioè dal connotato esteriore della proprietà costituito dall'acquisto del possesso. (...) L'adozione del principio del consenso traslativo comporta la cancellazione della essenzialità della consegna nelle vicende di alienazione (...). Con l'adozione del principio del consenso traslativo, l'ordinamento può degradare la consegna ad una delle obbligazioni del venditore, appartenente alla parte dispositiva del tipo negoziale, e quindi derogabile dalla contraria volontà delle parti. In linea generale, si può ritenere che la materiale consegna della cosa (la *traditio*) non costituisce più elemento essenziale delle vicende di alienazione».

<sup>971</sup> Afirma el art. 1376 del CC italiano literalmente lo siguiente: «Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato».

<sup>972</sup> Afirma la aplicación del sistema consensualista a las transmisiones de carácter derivativo RUSSO, E., «Vendita e consenso traslativo»..., cit., p. 617: «Tuttavia il principio del consenso traslativo è operante nei limiti della trasmissione di una proprietà derivativa, che abbisogna, per consolidarsi, di essere inserita in un itinerario procedimentale».

<sup>973</sup> A este respecto afirman GRECO, P., y GASTONE, C., «Commentario al articolo 1470 del Codice Civile», en SCIALOJA, A., y BRANCA, G. (Coordinadores), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1981, p. 7: «Due sono o possono essere i momento della compravendita, corrispondenti a due caratteristici effetti di essa: l'effetto obbligatorio, derivante dall'impegno del venditore di trasferire il diritto e di eseguire la consegna di cosa conforme ai requisiti prescritti, e del compratore di pagare il prezzo; l'effetto traslativo, o reale, costituito dal trasferimento del diritto, per cui il compratore diventa proprietario della cosa venduta (o titolare di altro diritto su di essa) e ne assume i rischi (...)». Effetto obbligatorio ed effetto reale qualificano due consecutivi momento del contratto».

<sup>974</sup> Cabe destacarse que en Italia el principio consensualista ha sufrido una evolución nada desdeñable desde su originaria formulación en el CC italiano de 1865 a su vigente plasmación en el CC italiano 1942. Puede decirse a estos efectos que se ha pasado de un sistema puramente consensualista, fiel reflejo al Ordenamiento francés, a

un sistema consensualista que puede calificarse como «matizado», a través de la introducción de la importante figura de la «*vendita obbligatoria*». En efecto, la categoría de la denominada «*vendita obbligatoria*» ha venido a matizar en cierta medida las insalvables incongruencias que el sistema traslativo puramente consensualista trae consigo, específicamente en materia de venta de cosa ajena, que de acuerdo con los cánones del sistema en cuestión se reputa como nula, ya que al ser la compraventa fuente de derechos reales, el poder de disposición pasa a ser un requisito esencial del mismo, cuya ausencia (como es el caso de la venta de cosa ajena) trae consigo la invalidez del contrato. Siendo así, se llega a la incoherencia de afirmar la nulidad radical de la venta de cosa ajena como necesario corolario del sistema traslativo consensualista, si bien paralelamente se la reputa como generadora de efectos jurídicos en sede de la evicción y de la usucapión ordinaria. Ello no es más que un resultado de lo inadecuado del esquema teórico del que parte el sistema consensualista, en el que erróneamente se desdibujan las fronteras entre los derechos de crédito y los derechos reales, entre el plano jurídico-obligacional y el jurídico-real. Conscientes de estas insuficiencias del sistema puramente consensualista, el codificador italiano de 1942 lo «corrige», admitiendo la figura de una compraventa puramente obligacional que admite la proclamación de la validez de la venta de cosa ajena. En efecto en el CC italiano de 1942 el efecto real que deriva de la compraventa es una consecuencia natural del contrato de compraventa, pero no inmediata, en el sentido de que existe obligación de hacer propietario al comprador, pero el hecho de que no llegue a serlo desde el momento de la perfección del contrato no resta un ápice de validez al mismo: la transmisión de la propiedad se convierte así en un elemento de la ejecución del contrato y no de su perfección; lo que lleva a poder afirmar la validez de la venta de cosa ajena (también la de cosa futura), que en principio no genera un supuesto de invalidez contractual, sino de incumplimiento del contrato. Se hace eco de estas reflexiones con meridiana claridad, CUENA CASAS, M., *La función del poder de disposición*, Barcelona, 1996, pp. 89, 90; 130-132; 147 y 148: «La peculiaridad del sistema de transmisión consensual radica en que ha hecho del contrato, no sólo fuente de obligaciones sino fuente generadora autónoma de derechos reales, sin necesidad de ningún elemento ulterior. El consentimiento contractual es suficiente para que se entienda producida la mutación jurídica real, desdibujándose así la frontera entre el derecho de crédito y el derecho real, entre las acciones personales y las acciones *erga omnes*. (...) Pero (...) los problemas de interpretación del sistema adoptado por el Código civil francés, se han originado principalmente con ocasión, no del precepto instaurador del sistema de transmisión *solo consensu* (art. 1138), sino de una regla que parece ser su consecuencia necesaria: la nulidad de la venta de cosa ajena proclamada en el artículo 1599. (...) Así, la venta de cosa ajena es nula absolutamente, no explicándose el mantenimiento de la obligación de garantizar en caso de evicción y su consideración como justo título para la usucapión ordinaria. (...) El Código civil italiano de 1942 consagra en su artículo 1376 el principio de transmisión consensual de los derechos reales siguiendo en este punto la tendencia iniciada por el Código civil francés que también se reflejó en el Código italiano de 1865 (art. 1125). Sin embargo, el legislador italiano de 1942 –sin duda conocedor de las distorsiones que en la práctica tal sistema había originado– ha mitigado sus consecuencias (...). Al lado del que se ha denominado “contrato de efectos reales”, es decir, aquel que provoca la transmisión del derecho real por fuerza del consentimiento contractual (art. 1376), aparece el que se ha denominado el “contrato obligatorio”, categoría en la que se integran todos aquellos supuestos en los que ya sea por la naturaleza de la cosa objeto del contrato (venta de cosa futura, venta de cosa genérica) o bien por la voluntad de las partes, la transmisión de la propiedad no se produce de forma inmediata, es decir, no actúa el sistema de transmisión consensual. (...) Las ventajas de este planteamiento se van a evidenciar precisamente a la luz del tratamiento que ha recibido la venta de cosa ajena en el nuevo *Codice* que, a diferencia del que recibió en el artículo 1459 del texto de 1865, va a considerarse válida. El artículo 1478 del vigente Código establece que si “al momento del contrato la cosa vendida no era propiedad del vendedor, éste está obligado a procurar su adquisición al comprador. El comprador deviene propietario en el momento en el cual el vendedor adquiera la propiedad de su titular”. (...) Sin duda el Código del 42 ha tenido en cuenta algo que le pasó desapercibido al legislador francés: que los contratos son esencialmente fuentes de obligaciones y sólo accidentalmente (...) negocios de disposición. (...) La innovación fundamental del nuevo Código radica en que la transferencia del derecho no es en todo caso un efecto inmediato del contrato de compraventa, bien porque se trate de cosa ajena bien de una prestación compleja en cuanto a su objeto (genérica, alternativa o facultativa) o de cosa futura; cabe incluso que el efecto traslativo de la venta se difiera por voluntad de las partes. (...) El hecho de que el contrato no consume por sí mismo y en su fase de perfección el proceso traslativo, no quiere decir que carezca de naturaleza traslativa; lo que en ningún caso puede ser es dispositiva, pues dotarle de esta naturaleza implica elevar el poder de disposición a requisito de validez del contrato (...). Y esto es precisamente lo que ha sido alterado en el Código de 1942, que no sólo declara válida la venta de cosa ajena (art. 1478), sino que establece entre las obligaciones del vendedor “la de hacer adquirir la propiedad de la cosa o el derecho si la adquisición no es efecto inmediato del contrato” (art. 1478. 2º). No es de esencia a la venta su carácter dispositivo pero sigue siendo traslativa en el sentido romano, es decir, en el sentido de estar



momento en el que el rematante-comprador es elegido en base la mayor puja ofrecida conforme a los plazos y formas predeterminados legalmente en el marco del proceso de ejecución dineraria; a saber, el momento de la denominada «adjudicación»<sup>975</sup>. De ahí que puede concluirse afirmando que la adjudicación es el momento del efecto traslativo que mejor casa con el sistema de transmisión consensualista operante en Italia<sup>976</sup>.

Lo que ocurre es que la inteligencia anterior está viciada de raíz, pues el sistema traslativo consensualista ciertamente es el aplicable con carácter general a las transmisiones derivativas onerosas, si bien en un ámbito material concreto: el puramente contractual, pues presupone la concurrencia del consentimiento del transmitente y el adquirente. La venta judicial no es un contrato, ya que el transmitente (el deudor ejecutado), no emite consentimiento alguno, lo cual hace que deba descartarse por completo la aplicabilidad de este sistema traslativo consensualista. El propio nombre del sistema traslativo lo indica: sistema «consensualista»; y el propio tenor literal del precepto en el que se proclama así lo establece desde el inicio sin ningún género de dudas, en la medida en que se habla de «*los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa determinada*». Pues bien, en la venta judicial no hay consentimiento emitido por ambas partes, ni estamos, pues, en presencia de un contrato. Valga lo dicho como argumento definitivo para descartar la tesis que se empeña por cifrar el momento traslativo en la adjudicación, de ahí que afirmásemos al inicio del presente epígrafe que lo acertado del enfoque de la problemática serviría para despejar numerosas dudas: dirigiendo la atención y reflexión al sistema traslativo aplicable se detecta uno de los orígenes de la controversia y, en definitiva, una de

---

preordenada a la transmisión y servir de causa de la misma. La categoría de la venta obligatoria se acerca al sistema romano y correlativamente se aleja del sistema abstracto alemán (...). Configurada la transmisión como un problema de cumplimiento y no como requisito de validez del contrato (...) se resuelven hasta cierto punto los problemas que plantea la falta de poder de disposición (...). En este mismo sentido, cfr., BIANCA, C. M., «La vendita e la permuta»..., *cit.*, pp. 195 y ss.

<sup>975</sup> Como se acaba de anticipar, es de notar que existen autores que a pesar de proclamar el momento del efecto traslativo en la expedición del «*decreto di trasferimento*», proclaman contradictoriamente la aplicación del sistema traslativo consensualista; así, particularmente, PENASA, L., «Commentario al articolo 2919 del Codice Civile»..., *cit.*, p. 3712: «L'effetto traslativo della vendita forzata si attua nel momento dell'aggiudicazione, seguita dal regolare pagamento del prezzo, nel caso dei vendita mobiliare, e con la pronuncia del decreto di trasferimento di cui all'art. 586 CPC, nel caso di vendita immobiliare. Le regole sui modi d'acquisto della proprietà, sulla portata del principio consensualistico in materia di effetti reali del contratto e sulla conseguente considerazione della natura e della funzione della vendita ad efficacia reale immediata, risultano in via di principio applicabili alla vendita forzata (...)».

<sup>976</sup> Así lo apunta acertadamente GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)»..., *cit.*, p. 449: «La tesi che individua nell'aggiudicazione provvisoria il trasferimento della proprietà del bene espropriato ha senza dubbio il pregio di essere in perfetta sintonia con la disciplina della vendita volontaria. Quest'ultima è un contratto ad effetti reali: la proprietà del bene venduto si trasmette automaticamente, già al momento della manifestazione del consenso delle parti, ex art. 1376 CC. E, inoltre, un contratto consensuale, non essendo necessaria la consegna del bene per il suo perfezionamento. Questo adempimento, insieme al pagamento del prezzo, costituisce un mero obbligo esecutivo di un accordo già raggiunto con l'incontro delle volontà. Applicando tout court queste regole alla vendita forzata, la manifestazione del consenso e, quindi, il trasferimento della proprietà andrebbero localizzati nell'aggiudicazione».

los claros elementos para superarla. En otros términos, la doctrina italiana, al igual que ocurre con la española (como ahora tendremos ocasión de comprobar, aunque sin llegar a resultados satisfactorios por vía exegética como es el caso de Italia), acude al debate del momento en que tiene lugar el efecto traslativo saltándose un paso a la hora de trazar la cuestión, pues olvida toda reflexión necesariamente previa acerca del sistema traslativo que debe resultar de aplicación a la venta judicial.

Descartada la aplicación del sistema traslativo puramente consensualista a la venta judicial, resta por determinar cuál sea el modo traslativo que debe tomarse como referencia, para lo que debemos acudir al art. 922 del CC italiano. El referido precepto análogo al art. 609 del CC español, relata los distintos sistemas o modos transmisivos de la propiedad y demás derechos reales existentes en el Ordenamiento español, afirmando que «*la proprietà se acquiere per occupazione, per invenzione, per accessione, per specificazione, per unione o commistione per usucapione, per effetto di contratti, per successione a causa di morte e negli altri modi stabiliti dalla legge*»<sup>977</sup>. Como puede apreciarse, la transmisión propiamente contractual en la que se enmarca el sistema consensualista no es el único modo traslativo del dominio, antes bien, existen una multiplicidad de sistemas transmisivos distintos, siendo el último de los mencionados en el art. 922 del CC italiano el que nos interesa a los efectos de la venta judicial. En efecto, el art. 922 del CC italiano cuenta con una suerte de cláusula de cierre, haciendo alusión a «la Ley» como fuente autónoma productora de la propiedad y demás derechos reales: es lo que viene a denominarse como el sistema traslativo por ministerio de la Ley. El propio legislador puede anudar a una serie de actos jurídicos la virtualidad creadora de derechos reales, y es eso lo que hace precisamente en sede de venta judicial, cuyo conjunto de actos procesales integrantes de la misma y culminantes con la expedición del «*decreto di trasferimento*», traen consigo la mutación jurídico-real, transmitiendo el derecho real objeto de venta al adjudicatario. Esto es, el sistema traslativo aplicable a la venta judicial, atendiendo a su compleja naturaleza claramente no contractual y partiendo del carácter derivativo de la transmisión llevada a cabo, no es otro que el «sistema traslativo por ministerio de la Ley o *ex lege*», en virtud del cual el efecto real se anuda a lo que la Ley así disponga: en el caso de la venta judicial, el conjunto de actos procesales que trazan el *iter* procedimental integrante de la misma.

El rechazo del sistema traslativo consensualista y la aplicación del sistema de transmisión por ministerio de la Ley trae consigo el rechazo absoluto de la tesis que hace coincidir el efecto traslativo con el momento de la adjudicación<sup>978</sup>, y *a priori*, casaría tanto

---

<sup>977</sup> Traducción llevada a cabo por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 922 del CC italiano es el siguiente: «La proprietà si acquista per occupazione, per invenzione, per accessione, per specificazione, per unione o commistione per usucapione, per effetto di contratti, per successione a causa di morte e negli altri modi stabiliti dalla legge».

<sup>978</sup> Así lo apunta acertadamente SALETTI, A., «Tecniche ed effetti delle vendite forzate immobiliari»..., *cit.*, pp. 1049 y 1050, siendo de los pocos que detecta en la reiterativa aplicación del generalizado sistema traslativo

con la postura del momento traslativo con el pago del precio, cuanto con la expedición del «*decreto di trasferimento*». Esto es, resuelta la cuestión del sistema traslativo aplicable a la venta judicial se da un paso en la resolución de los problemas que encierra la transmisión efectuada mediante la misma, si bien no se trata de un paso definitivo, en la medida en que siguen quedando en el aire dos soluciones posibles acerca del momento en que debe cifrarse dicho efecto traslativo: o el pago del precio, o la expedición del «*decreto di trasferimento*». Y es aquí cuando cobra sentido la exégesis del aparato argumentativo de las referidas posturas, ya trazada con carácter previo, de la que puede deducirse una clara solución actualmente unánime en el panorama doctrinal y jurisprudencial italiano: a saber, que es la expedición del «*decreto di trasferimento*» el momento en que culmina el *iter* traslativo que tiene lugar mediante la venta judicial. Y es precisamente la elección prioritaria de este momento del efecto traslativo, el que en sentido inverso a la lógica por nosotros proclamada arroja el rechazo actual generalizado en Italia del sistema de transmisión consensualista y, en definitiva, del carácter contractual de la venta judicial.

#### **2.2.4. Estado de la cuestión en España: crónica de una falta de uniformidad que parte de la aplicación de un sistema traslativo inadecuado a la venta judicial como consecuencia de una falta de entendimiento en torno a su compleja naturaleza jurídica**

En el Ordenamiento español, al igual que ocurre en el italiano, pero si cabe en mayor medida (ya que existen menos datos normativos concluyentes al respecto), no existe precepto alguno (ni de la Ley procesal ni del Código Civil) donde expresamente se establezca en qué momento tiene lugar el efecto traslativo mediante la venta judicial. Ha tenido que ser, pues, la doctrina y jurisprudencia españolas, las que por vía interpretativa han venido deduciendo diferentes momentos traslativos de diferentes preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como del propio Código Civil, no existiendo a día de hoy una posición uniforme sobre el particular (señaladamente en el seno de la jurisprudencia española), de ahí que rubriquemos el estado de la presente cuestión en España como la «crónica de una confusión generalizada». Enorme grado de confusión, falta de criterios uniformes, que traen causa de un conjunto de circunstancias que pasamos a adelantar:

- En primer lugar, porque el *iter* procedimental que conforma la venta judicial entendida en sentido amplio, a diferencia de lo que ocurre en Italia, ha sido objeto de diferentes reformas de calado a lo largo del tiempo y, particularmente, bajo la

---

consensualista una de las causas principales de los equívocos apreciables en torno al momento del efecto traslativo en la venta judicial: «Queste conclusioni non lasciano dubbi sul fatto che l'aggiudicatario si trovi - anche da questo punto di vista - in una posizione peggiore rispetto al suo omologo nella vendita volontaria: mentre quest'ultimo acquista la proprietà al momento dell'incontro dei consensi formalizzato per iscritto, l'altro non consegue tale risultato neppure con il versamento del prezzo, ma deve ulteriormente attendere. E ciò, sia detto incidentalmente, a mio avviso spiega lo sforzo di larga parte della dottrina per anticipare il momento del passaggio della proprietà rispetto alla pronuncia del decreto di trasferimento».

vigencia de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Ello dificulta enormemente, como puede imaginarse, el establecimiento de criterios uniformes, que a la postre, toman como referencia determinados actos procesales integradores de la venta judicial para anudar a los mismos la consumación del efecto traslativo. Los criterios seguidos antes de 2009, por poner un caso, acerca del momento traslativo en la venta judicial, no resultan de aplicación en la actualidad, ya que el conjunto de actos procesales difiere en cuanto a la denominación y posición sistemática en el conjunto de la tramitación procesal de la venta judicial.

En base a esta circunstancia, trataremos de dar cuenta de las diferentes regulaciones habidas hasta la fecha, para así tratar de obtener una respuesta que parta de los esquemas de la regulación vigente, si bien con un fundamento que posibilite la consecución de criterios con *ratio* similar en el caso de que sobrevengan reformas venideras.

Decimos que a diferencia de Italia, en la medida en que el Ordenamiento transalpino, el aparato procedimiento conformador de la venta judicial lleva siendo el mismo (salvo puntuales reformas de carácter no sustancial).

- En segundo lugar, porque al igual que en Italia, el debate acerca del momento del efecto traslativo en la venta judicial se enfoca erróneamente, o más bien, se intenta llegar a una solución ajustada omitiendo un necesario paso antecedente que debe ser objeto de reflexión, cual es la determinación del sistema traslativo que debe resultar de aplicación a la venta judicial. Si en Italia esta falta de atención al sistema transmisivo hubiera despejado muchas dudas en el proceso que ha llevado a una solución ajustada, uniforme y acorde con la compleja naturaleza de la venta judicial; en España, por el contrario, sigue sin llegarse a una adecuada y unívoca posición acerca del momento del efecto traslativo, precisamente porque la generalidad de la doctrina y jurisprudencia españolas se hallan ancladas en la reafirmación de la aplicación de un inadecuado sistema traslativo a la venta judicial. En Italia el debate nunca ha partido de un intento de adecuación de la postura adoptada a un sistema traslativo preconcebido que parece único e inamovible; mientras que en España la eterna discusión gira en torno a la necesidad de adecuar los esquemas procedimentales de la venta judicial a un sistema traslativo, que si bien es el generalizadamente seguido en sede de las transmisiones derivativas a título oneroso, no es el que se ajusta a la compleja naturaleza no contractual de la venta judicial.

Es el característico sistema de transmisión por «título y modo» el que se aplica reiteradamente a la venta judicial y es éste el núcleo de la eterna espiral en la que se halla inmersa la controversia acerca del momento del efecto traslativo en la venta judicial. Abogamos por descartar de lleno la aplicación de este sistema de transmisión, para lo cual debemos adentrarnos, aunque sea someramente, en el análisis de los elementos que lo conforman, para así demostrar que no casan con la

compleja naturaleza sustantiva-procesal y claramente no contractual que venimos defendiendo en torno a la venta judicial.

- En tercer lugar, la confusión generalizada que sobre el particular impera en España responde a una acusada influencia de las posturas contractualistas sobre la naturaleza jurídica de la venta judicial, que aunque negadas aparentemente por la mayor parte de la doctrina (sobre todo procesalista) sobre el papel, son afirmadas en la práctica de manera indubitada mediante la aplicación de la teoría del «título y el modo» a la venta judicial. Ya anticipamos en el capítulo tercero de la presente obra sobre la naturaleza jurídica de la venta judicial, que se trata de una cuestión poco estudiada en España (particularmente en comparación con Italia) y sobre la que se ha avanzado poco desde el punto de vista del análisis de los componentes sustantivos de la figura, y prueba de ello es la inexistencia (a diferencia de Italia) de un régimen sustantivo específico en el seno de nuestro Código Civil. La falta de estudio de la figura en cuestión y de su naturaleza desde una perspectiva sustantiva hace que las bases del sistema sean más débiles en este punto, cediendo frente a la influencia de corrientes de pensamiento que deberían quedar claramente descartadas de partir de un correcto entendimiento de lo complejo de la venta judicial y de lo alejado que la misma está de los esquemas contractuales.

Expuestos los elementos detonantes de la confusión que caracteriza el estado de la cuestión en España, detallamos a continuación la sistemática a seguir para la obtención de una solución ajustada acerca del momento del efecto traslativo a través de la venta judicial:

- Comenzaremos desarrollando la evolución normativa que la tramitación procesal de la venta judicial ha sufrido en España a lo largo de los últimos años, haciendo hincapié en los momentos conclusivos existentes en cada uno de las etapas más relevantes de dicha evolución.
- Proseguiremos destacando el conjunto de autores y jurisprudencia que mayoritariamente viene afirmando la aplicación de la teoría del título y modo a la venta judicial, así como las diferentes posturas que vienen sosteniéndose acerca del momento del efecto traslativo que tiene lugar a través de la venta judicial (en su práctica totalidad, partiendo del referido sistema traslativo del título y del modo).
- Partiendo de lo anterior, analizaremos en qué consiste el sistema traslativo por título y modo, para lo que nos adentraremos brevemente en sus orígenes y en las diferencias que guarda respecto al sistema consensualista «corregido» italiano. Todo ello será tomado como aparato argumentativo fundado con el que enjuiciar lo acertado de la aplicabilidad del sistema traslativo en cuestión al ámbito de la venta judicial.

- Finalmente, trataremos de desarrollar nuestra postura que parte de la aplicación de un adecuado sistema traslativo a la venta judicial, coherente con su compleja naturaleza no contractual, y abogaremos por un momento traslativo concreto sustentado fundamentalmente en el argumento italiano de la «estabilidad de la adquisición» y del conjunto de imprecisos datos normativos con que en España contamos al respecto.

#### **2.2.4.1. Primer elemento que dificulta la obtención de una solución uniforme acerca del momento del efecto traslativo: el conjunto de reformas normativas en torno al iter procedimental integrante de la venta judicial (diferencias injustificables entre la ejecución ordinaria y la hipotecaria hasta el año 2009)**

Como acaba de advertirse, uno de los primeros elementos que dificulta enormemente la obtención de un criterio uniforme acerca del momento en que tiene lugar el efecto traslativo a través de la venta judicial es el conjunto de reformas sustanciales operadas en el plano de la tramitación procesal integrante de la subasta o venta judicial entendida en sentido amplio. Reformas a las que se añade un elemento distorsionador añadido, a saber, una discordancia injustificable entre el conjunto de actos procesales integrantes de la venta judicial en sede de ejecución dineraria ordinaria y de ejecución hipotecaria, lo cual ha subsistido hasta la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. Demos cuenta de todo ello, remontándonos a la LEC de 1881, vigente con anterioridad a la actual 1/2000, hasta llegar a la explicación de la tramitación procesal actualmente aplicable. Nótese que nos centraremos en los actos procesales finales de dicha tramitación, que son los que nos interesan a los efectos de la determinación del momento del efecto traslativo.

En efecto, las diferentes corrientes doctrinales y jurisprudenciales sobre el momento que tiene lugar la adquisición del dominio y demás derechos reales por venta judicial hunde sus raíces en los **artículos 1503 y 1514 de la LEC de 1881 y en el antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria** (antes de la reforma operada por la LEC 1/2000). Veamos el tenor literal de cada uno de los preceptos enunciados.

El artículo 1503 de la LEC de 1881 (en su versión anterior a la reforma operada por la Ley 10/1992), dispone lo siguiente: *«El acto del remate será presidido por el Juez, con asistencia del Secretario y del subalterno del Juzgado que haya de anunciarlo al público. Se dará principio leyendo la relación de bienes y las condiciones de la subasta. Se publicarán las posturas que se admitan y las mejoras que se vayan haciendo, y se terminará el acto cuando, por no haber quien mejore la última postura, el Juez lo estime conveniente.*

*Acto continuo se anunciará al público el precio del remate y el nombre del mejor postor, cuya conformidad y aceptación se consignará en el acta, que firmará con el Juez el Secretario y el Agente judicial, y, las partes, si concurrieren.*

*Cuando el adjudicatario hubiere hecho la postura por escrito y no asistiere al acto del remate, se le requerirá para que en plazo de tres días acepte la adjudicación. Si no lo hiciere, perderá la cantidad consignada y se estará a lo dispuesto en los párrafos 2.º y 3.º del art. 1500».*

El artículo 1514 de la LEC de 1881, por su parte, disponía que *«consignado el precio, se hará saber al deudor que, dentro de tercero día, otorgue la escritura de venta a favor del comprador. Si no lo verifica, o no pudiera verificarlo por estar ausente, declarado en rebeldía, o por cualquier otra causa, el Juez otorgará de oficio dicha escritura».*

Finalmente, el art. 131 de la Ley Hipotecaria, en sede de ejecución hipotecaria afirma en su apartado 17 lo siguiente (antes de la reforma operada por la LEC 1/2000): *«Verificado el remate o la adjudicación y consignado, en su caso, el precio, se dictará de oficio auto aprobándolos en representación del dueño de los bienes hipotecados y ordenado la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en la regla 4, despachándose al efecto el oportuno mandamiento en el que se hará constar que se hicieron las notificaciones expresadas en la regla 5, que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor, y en el caso de haber superado, que se consignó el exceso en el establecimiento público destinado al efecto, a disposición de los acreedores posteriores. Todas estas circunstancias deberán expresarse en el asiento de cancelación. Será título bastante para la inscripción el testimonio expedido por el actuario, con el visto bueno del Juez, comprensivo del referido auto y de las circunstancias necesarias para verificar aquélla. También se pondrá en posesión judicial de los bienes el adquirente, si lo solicitase».*

De los preceptos expuestos, pueden advertirse tres momentos fundamentales en la tramitación procesal de la venta judicial, a saber: el de la aprobación del remate (la mejor postura) y el del pago del precio del remate; a lo que sigue el título hábil para efectuar la inscripción del derecho adquirido por el adjudicatario mediante la subasta. Lo que ocurre es que cada uno de estos actos queda acreditado de una forma distinta en la ejecución dineraria ordinaria y en la ejecución hipotecaria; en efecto:

- En la ejecución dineraria ordinaria, la aprobación del remate queda reflejada en el acta firmada por el Juez, el Secretario, el Agente judicial y las partes<sup>979</sup>; mientras que

---

<sup>979</sup> Así lo afirman los autores de la época, señaladamente y entre otros: PIETRO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, Vol. 2º, Madrid, 1973, p. 196, quien da resumida cuenta del desarrollo de la subasta

el pago del precio resulta acreditado por la escritura pública de venta que queda el deudor obligado a otorgar en los tres días siguientes a la consignación del precio por parte del adjudicatario, otorgándose de oficio por el Juez en defecto de otorgamiento voluntario. Es esta escritura pública de venta la que serviría de título para la inscripción del derecho adquirido por el adjudicatario.

A destacar que se habla de «venta», de escritura pública, lo cual es una muestra de una clara acogida por parte del propio legislador procesal de la época de la postura puramente «contractualista» de la venta judicial.

- En la ejecución hipotecaria, por el contrario, se dictan de oficio dos autos: uno de aprobación del remate y otro de adjudicación expedido una vez pagado el precio por el adjudicatario<sup>980</sup>. El primero de los autos acredita la aprobación del remate, mientras que el auto de adjudicación da buena cuenta del pago del precio por parte del rematante. Este segundo auto, cuya copia autorizada quedaba documentada mediante el oportuno testimonio, es el que servía de título para la inscripción del derecho del adjudicatario<sup>981</sup>.

---

conforme a la legislación de la época en los términos siguientes: «La celebración de la subasta es presidida por el Juez, con asistencia del secretario y del ejecutor o agente judicial. El primero dirige el acto, el segundo da fe del mismo y el tercero anuncia las posturas y el remate al público. El acto comienza leyéndose la relación de bienes y las condiciones de la subasta. Se dan a conocer las posturas que sean admitidas y las mejoras que se vayan haciendo, y la subasta propiamente dicha termina cuando, por no haber quien mejore la última postura, el Juez lo estime conveniente. Al final se da a conocer al público el precio del remate y el nombre del mejor postor, cuya conformidad y aceptación se consignan en el acta que ha de firmar con el Juez, secretario y ejecutor, y las partes, si concurren».

<sup>980</sup> Nótese que el término «auto de adjudicación» no se menciona con carácter expreso en el art. 131 de la Ley Hipotecaria española, pero parece deducirse claramente de su tenor, así como de lo dispuesto en el art. 233 del Reglamento Hipotecario español, en que se afirma expresamente que «en el **auto de adjudicación de bienes** a que se refiere la regla 17 del artículo 131 de la Ley (...)».

<sup>981</sup> La existencia de esos dos autos no es una cuestión afirmada con gran claridad por parte de la Ley Hipotecaria, aunque según la mejor doctrina así parecía deducirse de lo dispuesto en el art. 131. 15, párrafo primero de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor: «Aprobado el remate, se le hará saber al adquirente, a fin de que, en el plazo de ocho días, contados desde la notificación, consigne la diferencia entre lo depositado para tomar parte en la subasta y el total del precio de aquél. En el mismo plazo deberá aceptar la adjudicación el rematante que hubiere hecho la postura por escrito y efectuarse, en su caso, la cesión del remate. Si el rematante fuera el mismo acreedor, sólo consignará la diferencia entre el importe del remate y la cantidad a que ascienda el crédito y los intereses asegurados por la hipoteca, sin perjuicio de que, cuando se practique la liquidación de costas, se reintegre al acreedor, con lo que haya consignado, del importe de las originadas, hasta la cantidad asegurada por la hipoteca. Lo mismo se hará cuando se adjudiquen la finca o fincas al actor y el importe de su crédito e intereses asegurados por la hipoteca sea inferior al fijado como tipo para la subasta». De la expresión «aprobado el remate», se deduce que lo que lo aprueba no es otra cosa que una resolución judicial que adopta la forma de auto. Asimismo, lo anterior también se deduce del art. 131. 17, en el que se habla de otro auto distinto, el de «verificación del remate, o adjudicación», al que suele denominarse como auto de adjudicación para distinguirlo del de simple aprobación del remate. Esta es la postura acogida por la mejor doctrina española, pudiendo destacarse por todos a GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 56 y 57: «Debe hacerse notar como nota característica de este precepto la especial trascendencia que tiene en él, el auto de aprobación del remate y el auto de ratificación del de aprobación del remate que nunca debe confundirse con aquél. Si bien es cierto que la Ley no expresa que la aprobación del remate deba ser objeto de una resolución especial ya que la regla 15ª. del artículo 131 sólo dice “aprobado el remate”, los efectos que se



En sede de ejecución hipotecaria, pues, no se habla ni de «venta» ni de «escritura pública de venta», sino sólo de autos de aprobación de remate y de adjudicación y de testimonio de este último, lo cual es demostrativo de un acertado alejamiento del legislador hipotecario de las posturas «contractualistas» de la venta judicial.

En 1992, se lleva a cabo una importante reforma de la LEC de 1881, a través de la **Ley 10/1992, 30 abril (BOE de 5 mayo), de Medidas Urgentes de Reforma Procesal**; que da nueva redacción, en lo que a nosotros interesa, a los artículos 1503 y 1514 de la LEC de 1881, que pasan a quedar redactados del siguiente modo:

Artículo 1503 de la LEC de 1881: *«El acto del remate será presidido por el Secretario. Se dará principio leyendo la relación de bienes y las condiciones de la subasta. Se publicarán las posturas que se admitan y las mejoras que se vayan haciendo, y se terminará el acto cuando, por no haber quien mejore la última postura, el Secretario lo estime conveniente.»*

*Acto continuo se anunciará al público el precio del remate y el nombre del mejor postor, cuya conformidad y aceptación se consignará en el acta que firmará el Secretario y las partes, si concurrieren.*

*Cuando el adjudicatario hubiere hecho la postura por escrito y no asistiere al acto del remate, se le requerirá para que en plazo de tres días acepte la adjudicación. Si no lo hiciera, perderá la cantidad consignada y se estará a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 1500».*

El artículo 1514 de la LEC 1881, tras la reforma de 1992, pasa a adoptar el tenor siguiente: *«Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio expedido por el Secretario, con el visto bueno del Juez, comprensivo del auto de aprobación del remate, y en el que se exprese que se ha consignado el precio así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria».*

De la lectura de ambos preceptos, dos son las conclusiones que pueden extraerse a los efectos de la nueva tramitación procesal de la venta judicial tras la reforma operada:

---

derivan de la resolución judicial que acuerda esta aprobación y su misma naturaleza, exigen que se adopte en forma de auto. En otro pasaje posterior de la Ley se dice expresamente en cambio que “verificado el remate... se dictará de oficio auto aprobándolo”. La terminología legal en este punto es deficiente, porque este auto es muy distinto al otro ya referido, único en realidad aprobatorio del remate. El auto a que nos referimos ahora, no es aprobatorio del remate sino confirmatorio o ratificatorio del auto de aprobación del remate. (...) El segundo auto, es decir el de ratificación del remate tiene un especial relieve por sus diferencias con el acto homólogo del proceso de ejecución común singular de inmuebles, ya que mientras en éste se daba una declaración de voluntad emitida en escritura pública en aquél la declaración de voluntad enajenatoria, expresamente ordena la Ley, que adopte la forma de auto».

- En primer lugar, que la aprobación del remate en la ejecución dineraria ordinaria, al igual que venía ocurriendo en la ejecución hipotecaria, queda acreditada con un «auto de aprobación del remate», que aunque no se alude al mismo en el art. 1509 de la LEC de 1881 (cuya reforma sólo se limita a hacer responsable principal del desarrollo de la tramitación de la subasta al Secretario Judicial, sin hacer alusión a dicho auto de aprobación, a nuestro juicio, de manera desacertada), sí parece deducirse su existencia del artículo 1514 de la LEC de 1881.
- En segundo lugar, que deja de existir el otorgamiento de la «escritura pública de venta», sustituyéndose por un testimonio expedido por el Secretario Judicial (similar al que se dicta en el marco de la ejecución hipotecaria).

En definitiva, con la reforma de 1992 parece que el legislador procesal trata de unificar la tramitación procesal de la venta judicial de la ejecución dineraria ordinaria y de la ejecución hipotecaria, siguiendo las pautas de esta última (de ahí que parezca sustituirse la escritura pública por el testimonio del Secretario). Lo que ocurre es que no se trata realmente más que de una declaración de intenciones que no llega a tener un reflejo en la realidad: efectivamente, tanto en la ejecución dineraria ordinaria, cuanto en la ejecución hipotecaria de exigirse el otorgamiento de escritura pública como título necesario para la inscripción del derecho adquirido mediante venta judicial en el Registro de la Propiedad, siendo los respectivos autos debidamente testimoniados los que sirven de título a estos efectos; lo que ocurre es que los autos testimoniados difieren en cada uno de los casos:

- En la ejecución hipotecaria, se testimonia el auto de aprobación del remate, acreditativo del pago del precio.
- Mientras que en la ejecución dineraria se testimonia el auto de aprobación, así como la consignación del precio y demás circunstancias necesarias para la inscripción (extremos que van más allá del auto de aprobación).

Tanto en uno como en otro caso se testimonia el pago del precio, pero mientras que en la ejecución hipotecaria ello es objeto de un concreto auto (el de adjudicación), en la ejecución dineraria se trata de un extremo incorporado en el expediente de la ejecución pero no acreditado con específico auto alguno.

Se trata, claro está, de una cuestión menor, pues reiteramos que los contenidos finalmente testimoniados son los mismos, pero la existencia del auto de adjudicación

únicamente en sede de la ejecución hipotecaria constituye una fuente de confusiones, como tendremos ocasión de constatar particularmente en el ámbito jurisprudencial<sup>982</sup>.

Esta duplicidad de tramitaciones procesales en la ejecución dineraria ordinaria y en la hipotecaria pasa de manera inadvertida a la **vigente LEC 1/2000, de 7 de enero**. Tras la promulgación de la nueva LEC en el año 2000, el art. 1514 de la LEC de 1881 pasa a convertirse en el art. 674 de la LEC 1/2000, mientras que el procedimiento de ejecución hipotecaria previsto en el art. 131 de la Ley Hipotecaria española que reemplazado por el denominado «procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas con hipoteca» regulado en los arts. 681 y ss. de la LEC 1/2000; y, particularmente, la regla especial hasta entonces contemplada en el art. 131.17 de la Ley Hipotecaria española pasa a ser el art. 133 del mismo texto legal. Expongamos el tenor literal de los preceptos enunciados para así constatar la subsistencia de esta dualidad de tramitaciones procesales existentes en sede de ejecución dineraria ordinaria y ejecución hipotecaria:

El art. 674 de la LEC 1/2000 establece lo siguiente (redacción anterior a la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial): *«1. Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el Secretario Judicial, comprensivo del auto de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria.*

*El testimonio expresará, en su caso, que el rematante ha obtenido crédito para atender el pago del precio del remate y, en su caso, el depósito previo, indicando los importes financiados y la entidad que haya concedido el préstamo, a los efectos previstos en el artículo 134 de la Ley Hipotecaria.*

---

<sup>982</sup> MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., pp. 330 y 331, se hace eco de manera muy precisa de estas discrepancias aún existentes tras la reforma operada por la Ley 10/1992 entre la tramitación procesal de la subasta en la ejecución dineraria ordinaria y en la ejecución hipotecaria: «En efecto, tal y como se deduce de la regla 15 del art. 131, habiéndose presentado postura admisible y definitiva en el acto de la subasta para que pueda aprobarse el remate, existe un primer auto dictado por el Juez de adjudicación provisional de la finca, en el que se requiere al adquirente para que en un plazo que no exceda de ocho días consigne la diferencia entre lo depositado para tomar parte en la subasta y el total del precio ofrecido por el bien. (...) El auto regulado en la regla 17 del art. 131 es de adjudicación definitiva, al poner fin al procedimiento judicial sumario hipotecario, una vez que se han cumplido los requisitos que señala la regla 15ª (...). No se exige en el procedimiento de apremio regulado en la LEC un auto análogo al previsto en el art. 131. 17 LH, adjudicando definitivamente el bien y ordenando la cancelación de las cargas no preferentes, sino que basta con el auto de aprobación de remate, único auto que pone fin al mismo». En sentido análogo se pronuncia VERDERA SERVER, R., «Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial»..., cit., p. 86: «Es preciso destacar las diferencias que mediaban entre el sistema consagrado en la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Hipotecaria, una vez se había producido la subastada y redactada en su caso el acta de la subasta. En el planteamiento de la Ley Hipotecaria, existía una primera resolución judicial (el Auto de adjudicación provisional) y, luego, tras la consignación del precio, otro Auto de adjudicación definitiva».

*2. A instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación.*

*Asimismo, se mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados.*

*También se expresarán en el mandamiento las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exija para la inscripción de la cancelación».*

Por su parte, de los diferentes preceptos reguladores de la ejecución hipotecaria, a estos efectos nos interesa exponer lo dispuesto en el art. 691. 4 de la LEC 1/2000, a cuyo tenor: *«La subasta de bienes hipotecados, sean muebles o inmuebles, se realizará con arreglo a lo dispuesto en esta Ley para la subasta de bienes inmuebles».*

Finalmente, el art. 133 de la Ley Hipotecaria (redacción anterior a la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial): *«El testimonio expedido por el Secretario Judicial comprensivo del auto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*El mandamiento judicial de cancelación de cargas y el testimonio del auto de remate o adjudicación podrán constar en un solo documento en el que se consignará, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo anterior y las demás circunstancias que sean necesarias para practicar la inscripción y la cancelación».*

Del análisis de la letra de los preceptos enunciados son varias las conclusiones que pueden extraerse:

- En primer lugar, el legislador procesal de 2000 proclama una uniformidad en torno a la tramitación procesal de la subasta en la ejecución ordinaria y en la hipotecaria, tal y como se desprende de lo dispuesto en el art. 691. 4 de la LEC 1/2000, en el que se afirma que la subasta de los bienes hipotecados se llevará a cabo de acuerdo con lo dispuesto en la LEC para la subasta de bienes inmuebles (en la ejecución ordinaria). Si bien, esta uniformidad no deja de ser más que una proclamación de intenciones que no casa con la realidad de las cosas, particularmente por lo que se desprende de la regulación contenida en la Ley Hipotecaria española.
- En efecto, la segunda cuestión que puede apreciarse es una discordancia, similar a la existente bajo la vigencia de la precedente LEC de 1881, en la tramitación procesal

de la venta judicial en una y otra ejecución: sigue existiendo un auto, el de adjudicación, específicamente destinado a acreditar el pago del precio, que no se contempla en la ejecución dineraria ordinaria.

Con la **reforma de la LEC española 1/2000 operada por la «Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial»** el panorama cambia por completo, lográndose finalmente la uniformidad en la tramitación procesal de la venta judicial entendida en sentido amplio, de la ejecución ordinaria y la hipotecaria. En efecto, con la reforma de 2009 que da la redacción actualmente vigente a la materia objeto de estudio, como ya analizamos en el capítulo cuarto del presente trabajo (relativo al estudio de los elementos subjetivos de la venta judicial), se otorga al Secretario Judicial un enorme protagonismo en el desarrollo de la tramitación procesal de la subasta, de forma que los distintos actos procesales integrantes de la misma son dictados fundamentalmente por él, de ahí que se sustituya, entre otros, al auto de aprobación del remate por el «decreto de aprobación del remate». Pero más allá de esta importante novedad, en lo que a nosotros interesa, se introduce mediante el nuevo apartado octavo del art. 670 de la LEC española 1/2000 por primera vez en el seno del *iter* procedimental de la venta judicial una específica resolución análoga al hasta ahora existente «auto de verificación del remate o adjudicación» propio de la ejecución hipotecaria, acreditativa del pago del precio por parte del rematante, cual es el denominado «decreto de adjudicación». Novedoso «decreto de adjudicación» al que alude igualmente el art. 674 de la LEC española 1/2000 y que ha venido a extenderse asimismo a la tramitación procesal de la ejecución hipotecaria, haciéndose expresa referencia al mismo en el art. 133 de la Ley Hipotecaria española (si bien en estos dos últimos caso, con una redacción que dista de ser lo precisa que debiera como ahora comprobaremos).

Efectivamente, afirma el art. 670 de la LEC española 1/2000 en su vigente redacción que trae causa de la «Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial», que *«aprobado el remate y consignado, cuando proceda, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate, se dictará **decreto de adjudicación en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria**»*. Por su parte, el art. 674 de la LEC española 1/2000, en su párrafo primero dispone que *«será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el Secretario judicial, del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria»*. Y, finalmente, el art. 133 de la Ley Hipotecaria española establece actualmente en su párrafo primero que *«el testimonio expedido por el*

*Secretario judicial comprensivo del decreto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».*

Del tenor literal de los últimos preceptos enunciados puede detectarse una evidente falta de rigor en su redacción: a saber, fundamentalmente, por el hecho de que no existe entre ellos una terminología plenamente armonizada, ya que en el art. 674 de la LEC española 1/2000 se habla del «testimonio del decreto de adjudicación», mientras que en el art. 133 de la Ley Hipotecaria española se hace referencia al «testimonio comprensivo del decreto de remate o adjudicación». Lo correcto hubiera sido aludir en ambos casos al «testimonio del decreto de adjudicación», pues ya no existe decreto de remate, sino decreto de aprobación del remate y decreto de adjudicación. Es evidente que el legislador se ha limitado a reemplazar el término «auto» de remate o adjudicación por el de «decreto», lo cual da buena muestra de la falta de rigor con la que suelen llevarse a cabo las reformas legislativas en tiempos recientes.

Fuera como fuere, lo cierto es que tanto en la ejecución dineraria ordinaria, cuanto en la hipotecaria existen actualmente tres momentos procesales fundamentales constitutivos del *iter* procedimental integrante de la venta judicial, cada uno de los cuales es objeto de una determinada resolución judicial a cargo del Secretario Judicial: la aprobación del remate, que se produce con el denominado «decreto de aprobación del remate»; el pago del precio, que queda acreditado con el denominado «decreto de adjudicación»; y el título con el que se lleva a cabo la inscripción del derecho del adjudicatario en el Registro de la Propiedad, a saber, el «testimonio del decreto de adjudicación».

La evolución normativa que acaba de exponerse guarda enorme relevancia respecto del estudio de las diferentes posiciones existentes en torno al momento en que tiene lugar el efecto traslativo a través de la venta judicial, ya que en función del tiempo en que dicha tesis haya sido pronunciada, así será el entendimiento que deba hacerse de la misma en función de la significación que deba darse al acto procesal al que vayan referida en el conjunto de la tramitación procesal de la que consta la venta judicial (partiendo de las concretas características que ostente en dicho momento histórico).

#### **2.2.4.2. Segundo elemento que dificulta la obtención de una solución uniforme acerca del momento del efecto traslativo: la reafirmación de la aplicación indiscutida del sistema del título y el modo a la venta judicial. Análisis de las diferentes posturas que se erigen en torno al momento del efecto traslativo que tiene lugar mediante la venta judicial**

En el Ordenamiento Jurídico español, siendo fiel a la tradición romanista, las transmisiones derivativas por actos voluntarios, *inter vivos* onerosos de la propiedad y demás derechos reales se rigen generalmente por el sistema traslativo del denominado «título y modo», recogido en los arts. 609 y 1095 del CC español. De acuerdo con este sistema, la mutación jurídico-real necesita de la concurrencia y yuxtaposición de dos elementos recíprocamente conectados entre sí: un válido contrato traslativo (título), y la entrega posesoria que es lo que se conoce como «modo o *traditio*». Ambos elementos resultan indispensables para la transmisión jurídico-real, de manera que hasta que la entrega no se produzca sólo habrán nacido derechos de naturaleza personal o crediticia, de ahí que en el Derecho español los contratos sólo sean fuentes de obligaciones y no de derechos reales. Como bien indica DE COSSÍO a este respecto, «de conformidad con la idea fundamental que rige en nuestro sistema, ni la mera entrega de una cosa es por sí sola suficiente para transmitir el dominio de la misma, ni basta la existencia de un contrato dirigido a operar esa transmisión, si no va seguido de la entrega»<sup>983</sup>. Este modo o entrega, no obstante, ha experimentado un progresivo proceso de espiritualización, en la medida en que son diversos los elementos, que sin suponer un desplazamiento posesorio material, el Ordenamiento ha venido concediéndoles no obstante virtualidad *traditoria*: fundamentalmente, los supuestos contemplados en los arts. 1462 a 1464 del CC español<sup>984</sup>, entre los que se recoge la «entrega de llaves del inmueble transmitido o del lugar donde se hallen los muebles objeto de traslación (art. 1463 del CC español), la entrega de los títulos de pertenencia (art. 1464 del CC español), el acuerdo de las partes en determinados supuestos determinados en el art. 1463 del CC español (si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta, o si éste la tenía ya en su poder por algún motivo -claramente aplicable a la entrega de inmuebles-), así como el otorgamiento de escritura pública al que hace referencia el art. 1462, párrafo segundo del CC español (siempre que de la misma no resultare o se dedujese claramente lo contrario).

Dejando a un lado los orígenes del sistema del título y el modo y su distinción con los grandes sistemas traslativos imperantes en el ámbito continental (particularmente con el

---

<sup>983</sup> DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, II..., *cit.*, p. 560.

<sup>984</sup> Afirman a este respecto DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Tomo I..., *cit.*, pp. 57 y 58: «La tradición en esencia consiste en un traspaso posesorio y su historia está presidida por el signo de la progresiva espiritualización. Originariamente es la simple entrega material de la cosa y posteriormente son puros símbolos e instrumentos los que la constituyen, hasta desembocar en la transmisión del dominio por el puro consentimiento del sistema francés».

sistema consensualista propio de Italia), sobre los que volveremos en el apartado siguiente, baste ahora decir en este punto que tratándose la transmisión del derecho operada mediante la venta judicial de un supuesto de traslación derivativa y a título oneroso, la generalidad de la doctrina española<sup>985</sup> y la práctica unanimidad de la jurisprudencia<sup>986</sup>, aplica sin excepción

---

<sup>985</sup> Son numerosos los autores que dan por sentada la aplicación de la teoría del título y el modo a las ventas judiciales, pudiendo destacarse a este respecto los siguientes: PIETRO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, Vol. 2º..., *cit.*, p. 200: «El otorgamiento de escritura es el acto de consumación de la venta; la aprobación del remate es sólo acto de perfeccionamiento; distinciones éstas que tienen interés para las reclamaciones de terceros y para un posible retracto». Asimismo, SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, *cit.*, pp. 204 y 205: «(...) En nuestra opinión, la transmisión del dominio del inmueble embargado se produce en virtud de su enajenación forzosa, verdadero contrato procesal, con plena aplicación de la teoría del título y el modo (...)». Igualmente, FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, *cit.*, pp. 187 y 191, quien de manera menos expresa, habla de perfección y consumación de la venta, lo que da muestras de la implícita aplicación de la teoría del título y del modo a la venta judicial: «Finalizada la subasta, en el mismo acto el Juez aprobará el remate. La aprobación del remate es la aceptación formal por el Juez de la oferta obtenida a través de la subasta. Significa la confirmación de la regularidad de la subasta y el perfeccionamiento de la venta. (...) Si la venta no llega a consumarse, el ejecutado recobra la posibilidad de librar sus bienes». También, LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, *cit.*, pp. 275 y 276: «Consideramos que los conceptos de perfección y consumación, son perfectamente aplicables a las subastas judiciales, sin que debamos alterar el significado y sentido de estos términos por aplicarlos al ámbito de estas ventas judiciales. De forma que la subasta debemos de entenderla perfeccionada cuando se produzca el acuerdo sobre la cosa y sobre el precio, y esto tiene lugar en el momento en que se aprueba el remate. Por tanto la consignación del precio es un trámite posterior no necesario para la perfección, y perteneciente a la fase de ejecución o consumación junto con la entrega de la cosa». En igual sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución...*, *cit.*, p. 214, quien en materia del plazo para la interposición de una tercería de dominio hace referencia a la exigencia del modo o entrega como elemento de consumación de la venta: «Resulta incuestionable que, en todo caso, la tercería dominical será admisible hasta el momento en que se consumara la enajenación de los bienes adjudicados en pago con la entrega de los mismos al ejecutante adjudicatario, esto es, cuando entrare éste en la posesión jurídica o material de los bienes de que se trate, debiéndose tener en cuenta que, tratándose de cosas muebles corporales, para la consumación de su adjudicación en pago o su venta en subasta es requisito obligatorio la entrega real o material, *ex* artículo 1462. 1º del CC (...)». Siguiendo esta misma línea, CACHÓN CADENAS, M., «Comentario al artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, pp. 2970 y 2971, quien en sede del momento procesal preclusivo para formular la tercería de dominio entiende aplicable el artículo 609 en el que se cifra fundamentalmente la teoría del título y del modo: «(...) Atendiendo a los artículos 609 y 1462 y ss. del Código Civil, creo que tiene trascendencia el momento en que se lleva a efecto la entrega o tradición del bien embargado». Igualmente y con carácter expreso, CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 483: «Como decíamos al comentar el artículo 650, en la enajenación forzosa realizada por medio de la subasta hay que distinguir entre el perfeccionamiento de la venta y la consumación de la transmisión, porque en nuestro sistema jurídico el contrato de compraventa no transmite la propiedad si no va seguido de la tradición; es decir, es aplicable a ella la exigencia general del título y el modo para que se produzca el efecto traslativo de la propiedad (cfr. art. 609. II CC)». También DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados...*, *cit.*, p. 568, quien en sede de la determinación del momento en que se produce el efecto traslativo a través de la venta judicial hace referencia a la aplicación del art. 609 del CC: «En tanto la aprobación del remate constituye un título provisional y meramente obligacional, haciendo del rematante acreedor de dominio de la finca hipotecada y subastada, el auto firme del Juez aprobando la adjudicación constituye un título definitivo de adquisición convirtiendo al rematante o adjudicatario en propietario firme de la finca subastada. Constituye, pues, un título de transmisión del dominio conforme al artículo 609 del Código civil acerca de cuya naturaleza jurídica o causa material a la que responde ha polemizado la doctrina». Asimismo, GARBERÍ LLOBREGAT, *El proceso de ejecución en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: comentarios y jurisprudencia al libro III ("De la ejecución forzosa") de la Ley 1-2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, 2ª Edición, Navarra, 2007, pp. 735 y 736, quien en materia del límite temporal máximo para el ejercicio de la tercería de dominio hace referencia a la necesidad de que se consume la venta, remitiéndose a los preceptos del CC español en los que se regulan las distintas formas válidas de tradición (arts. 1462 y ss.): «En relación con la mencionada exigencia temporal (...)



el tradicional y prototípico sistema traslativo del «título y el modo» a las ventas judiciales, al resultar precisamente acorde con tales características (carácter derivativo, *inter vivos* y oneroso). Sin duda alguna, enorme influencia tiene a tales efectos el propio legislador procesal español, quien hasta 1992 y fruto de una clara tendencia contractualista acerca de la

---

téngase en cuenta lo que disponen los arts. 634, 650, 670 y 674 LEC (...) a propósito, respectivamente, de la entrega de los bienes embargados al ejecutante para hacerse pago con los mismos, y de la adjudicación por subasta de bienes muebles e inmuebles. Y téngase en cuenta, sobre todo, que tratándose la realización de bienes en el procedimiento de apremio de una especie de compra-venta (en la que se entrega la propiedad de un bien a una persona a cambio del pago de un precio o de la renuncia de un crédito), a los efectos de determinar cuándo se produce la transmisión habrá de estarse a lo dispuesto en los arts. 1462 a 1464 del CC (...). En esta misma línea de aplicación del título y modo a la venta judicial también puede verse a MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., pp. 324 y 325, en sede de la explicación de las diferentes posturas existentes en torno al momento en que debe entenderse producido el efecto traslativo en la venta judicial: «(...) Resulta más oportuno considerar que tratándose de subastas judiciales, el acta de remate no conlleva de por sí la transmisión del bien subastado, sino que dentro del sistema traslativo del dominio que acoge nuestro ordenamiento, constituye el título que refleja un momento necesario para llegar a la perfección del contrato y que genera tras la aprobación judicial, la obligación del pago del precio de remate, y permite la entrega del testimonio del auto de adjudicación pero no produce la adquisición derivativa del dominio por el rematante, que únicamente tendrá lugar, como veremos, cuando se opera el modo o tradición (...). Asimismo, VELA SÁNCHEZ, A. J., *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias. Estudio jurisprudencial y doctrinal...*, cit., p. 63: «Como quiera que la adquisición de la titularidad jurídico-real en nuestro ordenamiento jurídico requiere la concurrencia necesaria de los presupuestos de título y modo, surge la trascendental cuestión del cumplimiento de dichos requisitos – indispensables para la consumación (ex arts. 609 y 1095 del CC)-, en las adjudicaciones de inmuebles derivadas de ventas en subasta judicial. En efecto, en la enajenación forzosa realizada por medio de subasta hay que distinguir también entre el perfeccionamiento de la venta y la consumación de la transmisión, porque en nuestro sistema jurídico el contrato de compraventa no transmite la propiedad si no va seguido de la tradición; es decir es aplicable a ella la exigencia general del título y el modo para que se produzca el efecto traslativo de la propiedad». En tiempos más recientes, también LÓPEZ FRÍAS, A., «Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral: supuestos y consecuencias», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 721, 2010, p. 2096: «(...) Se produce una remisión genérica al sistema de transmisión del dominio (refiriéndose al art. 119. 2 del Reglamento General de Recaudación), que regula el Derecho sustantivo, a la hora de precisar el momento de adquisición de la propiedad por parte del adjudicatario, que es la fecha límite para que el tercerista interponga su demanda. Tal remisión se interpreta en el sentido de que también en este ámbito debe regir la teoría del título y el modo, así como, en su caso, las matizaciones a la misma que derivan de la fe pública registral». Igualmente, RIVAS TORRALBA, R., *Aspectos registrales del proceso de ejecución...*, cit., pp. 399 y 400, quien al referirse al momento en que tiene lugar el efecto traslativo distingue los momentos de perfección y consumación en el seno de la venta judicial, propios de la aplicación de la teoría del título y del modo: «(...) La venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación de la venta en un documento público (...).».

<sup>986</sup> El Tribunal Supremo aplica sin excepción la teoría del título y del modo a la venta judicial, desde tiempos inmemoriales, pudiendo destacarse al respecto las siguientes sentencias: SSTS de 1 de junio de 1900, de 28 de junio de 1949, de 17 febrero de 1956, de 29 de febrero de 1960, de 1 de abril de 1960, de 23 de enero de 1971, de 20 de febrero de 1975, de 21 abril de 1975, de 16 de julio de 1982, de 30 de junio de 1986, de 7 de diciembre de 1987, de 28 febrero de 1989, de 28 febrero de 1989, de 30 de octubre de 1990, de 10 de diciembre de 1991, de 1 de julio de 1991, de 11 de julio de 1992, de 14 de julio de 1992, de 23 de diciembre de 1992, de 8 de marzo de 1993, de 25 de marzo de 1994, de 10 de junio de 1994, de 2 de julio de 1994, de 8 de junio de 1995, de 27 de febrero de 1995, de 25 de julio de 1996, de 25 de noviembre de 1996, de 5 de diciembre de 1996, de 1 de septiembre de 1997, de 7 de diciembre de 1998, de 6 de abril de 1999, de 29 de julio de 1999, de 22 de diciembre de 2000, de 5 de abril de 2001, de 4 de abril de 2002, de 14 de octubre de 2002, de 10 de junio de 2003, de 16 de junio de 2003, de 6 de mayo de 2004, de 7 de diciembre de 2005, de 30 de diciembre de 2005, de 25 de mayo de 2006, de 20 de julio de 2006, de 4 de octubre de 2006, de 25 de mayo de 2007, de 14 de diciembre de 2007, de 18 de marzo de 2009, de 2 de noviembre de 2009, de 2 de diciembre de 2009, y de 22 de julio de 2013.

venta judicial, viene exigiendo, como ya se ha analizado, la elevación a «escritura pública» de la adquisición operada mediante la venta judicial, lo cual recuerda enormemente al supuesto de tradición instrumental recogido en el art. 1462, párrafo segundo del CC español, propio del ámbito de aplicación de la teoría del título y del modo. Gran influencia en este sentido ejerce igualmente uno de los comentaristas más autorizados de la pretérita Ley procesal de 1881, a saber MANRESA, quien con palabras absolutamente concluyentes al comentar el art. 1533. 2 de la LEC 1881 afirma que «ha sido y es doctrina corriente, sancionada ahora por el Código Civil, que el contrato de compraventa se perfecciona con el consentimiento de las partes sobre la cosa y el precio, y se consuma con el pago del precio y la entrega de la cosa»; y añade que no debería rechazarse la tercería por el hecho de haber sido aprobado el remate o aceptada la adjudicación en pago: «estos actos implican solamente la perfección del contrato y no su consumación, y la Ley ordena que ésta y no aquélla sirva de límite a la admisión de las tercerías de dominio. Para fijar este límite, se han empleado (...) las palabras después de otorgada la escritura o consumada la venta, en consideración a que la Ley sólo exige la formalidad de la escritura cuando la venta sea de bienes inmuebles, en cuyo caso el otorgamiento de aquélla equivale a la entrega de la cosa, y con él queda consumado el contrato (...). Esta doctrina ha sido sancionada por los artículos 1462 y 1463 del Código Civil»<sup>987</sup>.

Si bien desde 1992, como decimos, las reformas llevadas a cabo en el seno de la tramitación procesal de la venta judicial han venido alejándose cada vez de las configuraciones de tono contractual, aunque la mayor parte de la doctrina y la generalidad de la jurisprudencia parecen resultar ajenas a las tendencias que subyacen bajo el ropaje de estas sucesivas reformas legislativas<sup>988</sup>, de ahí que siga imperando un clima de confusión generalizado en torno al momento en que cifrar el efecto traslativo a través de la venta judicial.

Dos son pues, los elementos fundamentales que caracterizan el panorama doctrinal y jurisprudencial español en lo que respecta al sistema traslativo aplicable a la venta judicial y el momento en que tiene lugar dicho efecto transmisivo a través de la misma:

- Por una parte, como venimos advirtiendo, una reiterada, uniforme e indiscutida aplicación del sistema de transmisión por título y modo a la venta judicial.

---

<sup>987</sup> MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil: reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880*, 7ª Edición aumentada con la jurisprudencia posterior y arreglada a los últimos textos y disposiciones legales que derogan y modifican algunos de los preceptos de dicha Ley por Hilario Dago Sáinz, José de Molinuevo Junoy, Tomo VI, Madrid, 1957, pp. 619 y ss.

<sup>988</sup> Afirma acertadamente VERDERA SERVER, R., «Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial»..., *cit.*, p. 87, a este respecto y refiriéndose al panorama jurisprudencial: «Lamentablemente, (...) las decisiones judiciales no han hecho sino aumentar la confusión que podía derivarse de la dualidad de sistemas de ejecución y no han valorado adecuadamente la trascendencia de los cambios normativos introducidos».

- Y por otra, la falta de existencia de un criterio unívoco acerca del momento en que se produce el efecto traslativo, señaladamente en el ámbito jurisprudencial, como consecuencia del empeño en buscar la concurrencia del título y del modo en el conjunto de actos procesales que integran la venta judicial entendida en sentido amplio.

Sentada la aplicación constante de la teoría del título y el modo a la venta judicial, veamos cuáles son las diferentes posturas que se erigen en torno al momento del efecto traslativo en el ámbito doctrinal y jurisprudencial español.

#### ***2.2.4.2.a) Posturas acerca del momento del efecto traslativo que tiene lugar en la venta judicial en el seno de la doctrina española***

Comenzando por el panorama doctrinal español, pueden constatarse en torno al momento del efecto traslativo dos claras posturas, si bien una de ellas es claramente mayoritaria, proviniendo las restantes de autores que tienden a rechazar la aplicación del sistema del título y del modo.

Comenzando por la **postura mayoritaria**, es aquella que identifica como título dentro del conjunto de actos procesales integrantes de la venta judicial, al auto de aprobación del remate (conforme al texto vigente hasta la reforma de la Ley 13/2009), o al decreto de aprobación del remate (bajo la redacción de la LEC española vigente); y como modo o tradición, la escritura (con anterioridad a la reforma de 1992), el testimonio del auto de aprobación del remate (desde la reforma de 1992 hasta la de 2009), o el testimonio del decreto de adjudicación (desde la reforma de 2009). Dentro de esta posición ampliamente imperante, pueden incluirse a los siguientes autores: PIETRO-CASTRO<sup>989</sup>, SOLCHAGA LOITEGUI<sup>990</sup>, FRANCO ARIAS<sup>991</sup>, LUQUE TORRES<sup>992</sup>, CACHÓN CADENAS<sup>993</sup>, PEÑA BERNALDO

---

<sup>989</sup> PIETRO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, Vol. 2º..., cit., p. 200: «El otorgamiento de la escritura es el acto de consumación de la venta; la aprobación del remate es sólo acto de perfeccionamiento; distinciones éstas que tienen interés para las reclamaciones de terceros y para un posible retracto».

<sup>990</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., pp. 204 y 205: «Ya vimos como en nuestra opinión, la transmisión del dominio del inmueble embargado se produce en virtud de su enajenación forzosa, verdadero contrato procesal, con plena aplicación de la teoría del título y el modo; el primero está constituido por la resolución judicial que aprueba el remate, y el segundo tiene lugar en forma instrumental, en virtud de la escritura pública (...)».

<sup>991</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., pp. 186 y ss.

<sup>992</sup> LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., pp. 275 y 276: «Consideramos que los conceptos de perfección y consumación, son perfectamente aplicables a las subastas judiciales, sin que debamos alterar el significado y sentido de estos términos por aplicarlos al ámbito de estas ventas judiciales. De forma que la subasta debemos de entenderla perfeccionada cuando se produzca el acuerdo sobre la cosa y el precio, y esto tiene lugar en el momento en que se aprueba el remate. Por tanto la consignación del precio es un trámite posterior no necesario para la perfección, y perteneciente a la fase de ejecución o consumación junto con la entrega de la cosa. (...) Cuando el bien embargado y posteriormente subastado sea un inmueble, la puesta en poder y posesión exigida para que se tenga por efectuada la tradición, venía normalmente cumplida por la entrega instrumental, admitida por la Ley y consistente en el otorgamiento

DE QUIRÓS<sup>994</sup>, CORDÓN MORENO<sup>995</sup>, MONDÉJAR PEÑA<sup>996</sup>, VELA SÁNCHEZ (en este caso, de manera matizada, como ahora veremos)<sup>997</sup>, LÓPEZ FRÍAS<sup>998</sup>, DOMÍNGUEZ LUELMO<sup>999</sup> (partiendo de unas premisas aparentemente diversas) y RIVAS TORRALBA<sup>1000</sup>.

---

de escritura pública (art. 1462. 2 CC). Dicha escritura venía a ser requisito imprescindible para poder inscribir en el Registro la transmisión, y así lo confirmaba tanto la DGRN como la jurisprudencia. Tras la reforma de la LEC en el año 1992, en la nueva redacción del art. 1514 se ha suprimido la referencia al otorgamiento de la escritura, aludiendo sólo al testimonio de aprobación del remate. Siendo éste suficiente para obtener la inscripción a favor del rematante».

<sup>993</sup> CACHÓN CADENAS, M., «Comentario al artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 2971: «(...) Cuando los bienes embargados sean inmuebles, creo que la tercería de dominio no se podrá interponer con posterioridad a la expedición del testimonio al que alude el artículo 647. 1 de la LEC, en el que se consigna el auto de aprobación del remate, o la resolución judicial mediante la que se ha adjudicado el bien al ejecutante en pago de su crédito, o la transmisión por convenio o a través de persona o entidad especializada. Hay que tener en cuenta que ese testimonio será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión del bien embargado. Por ello, parece que, con la expedición de dicho testimonio, se produce ya la *traditio* ficta del bien, de forma similar a la prevista en el artículo 1464 del Código Civil».

<sup>994</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Tomo I..., *cit.*, p. 42.

<sup>995</sup> CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 483: «La venta se perfecciona cuando se dicta el auto de aprobación del remate, que constituye el título de la transmisión común a la subasta de muebles y de inmuebles; el modo o “*traditio*”, en cambio, varía en uno y otro caso: la puesta en posesión de los bienes, en el caso que sean muebles (cfr. art. 650. 1) y la entrega del testimonio a que se refiere el artículo que ahora analizamos, cuando se trate de bienes inmuebles».

<sup>996</sup> MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas*..., *cit.*, p. 327: «La aprobación judicial del remate constituye sólo el título de la adquisición, que requiere para su consumación la *traditio* en forma ficta que supone el testimonio, el cual sólo se expedirá una vez efectuado el pago del resto del precio. Tanto el Tribunal Supremo como la doctrina mayoritaria aceptan que el testimonio del auto judicial de adjudicación de bienes equivale a la entrega, al igual que ocurre con la escritura pública».

<sup>997</sup> Nos ocupamos del análisis de su postura seguidamente.

<sup>998</sup> LÓPEZ FRÍAS, A., «Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral: supuestos y consecuencias»..., *cit.*, p. 2100: «A nuestro juicio, no hay argumentos definitivos para decantarse con firmeza a favor de una u otra posición, debido a la dificultad (...) de acoplar el sistema de adquisición derivativa del dominio al *iter* procesal. A pesar de ello, es preciso pronunciarse. Parece claro que en el proceso de ejecución sobre inmuebles, la venta judicial se perfecciona con el auto/decreto de aprobación del remate, pues con anterioridad a ese momento no hay más que una oferta por parte del mejor postor. Lo que puede discutirse es si la tan citada resolución lleva implícita la *traditio* o bien es preciso para que ésta concurra el otorgamiento del título inscribible, o sea, el testimonio. A estos efectos, nos parece importante tener en cuenta que el testimonio es algo más que una copia del auto/decreto, pues no sólo lo incorpora sino que también da fe de su firmeza y del pago del precio (imprescindible para que no se produzca la quiebra de la subasta y, por tanto, su ineficacia). Partiendo de ahí, creemos más acertado pensar que el testimonio constituye el instrumento necesario para completar el mecanismo traslativo, siguiendo la tesis que le da el valor de modo o tradición». En este mismo sentido se pronuncia RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., «Comentario al artículo 1462 del Código Civil», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUERTA FERNÁNDEZ, R. (Directores), *Código Civil comentado*, Vol. IV, 1ª Edición, Navarra, 2011, pp. 84 y 85: «En las ventas judiciales puede considerarse entregada cuando consta el testimonio literal del acta de la subasta, siempre que contenga mención del adjudicatario».

<sup>999</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: el problema de la adquisición en los procesos de ejecución»..., *cit.*, p. 18: «(...) La venta forzosa se perfecciona con la aprobación del remate (que sería el equivalente al título) y se consume con la entrega del bien o con la expedición del testimonio donde se documenta la adjudicación (que haría las veces y tendría la misma finalidad que el modo)».

<sup>1000</sup> RIVAS TORRALBA, R., *Aspectos registrales del proceso de ejecución*..., *cit.*, pp. 399 y 400: «(...) La venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación de la venta en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es testimonio expedido por el secretario judicial.

Estas autorizadas voces doctrinales, partiendo de la tramitación procesal pretérita que exigía el otorgamiento de escritura pública, la cual identifican con la *traditio* instrumental *ex art. 1462. 2º del CC español* propia de la teoría del título y del modo, viene aplicando los mismos esquemas a las sucesivas reformas experimentadas por el *iter* procedimental integrante de la venta judicial, lo cual les lleva en todo caso a equiparar la originaria escritura de compraventa a los sucesivos testimonios, ya sea del auto de aprobación del remate, o del actual decreto de adjudicación. Inteligencia que adolece a nuestro juicio de dos grandes defectos que pasamos a relatar:

- En primer lugar, existe un empeño injustificado y absurdo en identificar el título y el modo en el conjunto de actos procesales integrantes de la venta judicial, cuando dicho sistema de transmisión no es el único aplicable a las transmisiones derivativas *inter vivos* onerosas, ni es el apropiado dada la naturaleza no contractual de la venta judicial. Esta primera objeción es la que guarda una mayor relevancia, de ahí que será objeto de desarrollo específico en el posterior epígrafe del presente capítulo, en el que nos adentraremos en el análisis del origen y significación de la teoría del título y del modo a estos efectos.
- En segundo lugar, puede detectarse una desatención por parte de la doctrina al verdadero alcance que encierran las sucesivas reformas operadas en el seno de la tramitación procesal de la subasta judicial. En efecto, como ha quedado demostrado en sede de la evolución normativa narrada en páginas precedentes, no puede afirmarse que los distintos actos procesales que conforman la venta judicial tengan el mismo significado en función del momento histórico en que nos encontremos; es más, hay determinados actos procesales que se han introducido *ex novo* en el *iter* procedimental de la subasta y ello, increíblemente, parece pasar inadvertido a la mayor parte de la mejor doctrina española. Concretemos nuestra frontal objeción: no puede decirse que la escritura de compraventa que se otorgaba bajo la LEC de 1881 con anterioridad a la reforma de 1992, resulte equiparable al testimonio del decreto de adjudicación que se dicta hoy en día bajo la vigencia de la LEC 2000, tras la reforma operada en 2009; y no resultan equivalentes, pues teniendo presente el verdadero significado del «testimonio», cual copia autorizada con la que se traslada un determinado documento dictado previamente<sup>1001</sup>, realmente se asemejaría a la «copia» de la escritura pública previamente otorgada. Esto es, cifrar en la expedición

---

(...) Tras la Ley 13/2009, en lugar de testimonio del auto de adjudicación hay que entender testimonio del decreto de adjudicación dictado por el secretario judicial».

<sup>1001</sup> El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua establece como segunda acepción del término «testimonio» lo siguiente: «Instrumento autorizado por escribano o notario, en que se da fe de un hecho, se traslada total o parcialmente un documento o se le resume por vía de relación». Consultado en la versión electrónica del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae> (fecha de consulta: el 10 de febrero de 2014).

del testimonio el momento del efecto traslativo sería tanto como afirmar que la consumación de la venta tiene lugar no en el momento del otorgamiento de la escritura, sino cuando se emite la primera copia de la misma. Las reformas procesales operadas tienen una trascendencia que va más allá del puro dato nominalista en muchos de los casos, y ello parece no percibirse por parte de la doctrina española.

Dejando de lado las objeciones nada desdeñables que acaban de apuntarse, lo cierto es que, como decimos, sí puede apreciarse una postura tendencialmente uniforme en el seno de la doctrina, acerca del momento en que se opera el efecto traslativo a través de la venta judicial. Veamos la opinión que nos merece esta postura atendido al conjunto de actos procesales que han venido conformando la venta judicial en los últimos tiempos (con la LEC 1/2000 en su redacción originaria, y tras la reforma de 2009).

Como venimos analizando, son distintos los momentos procesales que guardan una enorme importancia en la tramitación procedimental que conforma la venta judicial, particularmente: la selección del mejor postor o rematante de la subasta y la determinación del precio de remate; así como el pago del precio por parte del sujeto finalmente adjudicatario (que puede coincidir con el rematante inicial, o puede tratarse de otro sujeto, en el caso de cesión del remate); todos ellos momentos necesarios para la consecución del resultado final, a saber, la transmisión del derecho que quedará reflejado finalmente en el Registro de la Propiedad. Pues bien, todos y cada uno de estos momentos no son objeto de sendos y particulares actos procesales, sino que en muchos casos un único acto procesal acredita varios de los referidos momentos procesales; ello es especialmente así bajo la regulación vigente con anterioridad a la reforma de 2009. Hasta la reforma de la Ley 13/2009, la selección del mejor postor o rematante y el precio del remate quedaban acreditados con el «auto de aprobación del remate», mientras que el pago del precio sólo quedaba acreditado específicamente con el «testimonio del auto aprobación», que servía a su vez como título para la inscripción del derecho adquirido en el Registro de la Propiedad. Esto es, el pago del precio no era objeto de un acto procesal independiente, a diferencia de lo que ocurría en el ámbito de la ejecución hipotecaria, donde el auto de adjudicación sí cumplía dicha función. Siendo así, el único acto procesal específicamente previsto en la Ley procesal con el que quedaban acreditados los diferentes elementos necesarios para la adquisición definitiva del derecho adquirido mediante la venta judicial era el referido «testimonio del auto de aprobación del remate»; de ahí que en principio, pueda reputarse (en parte) como razonable la postura doctrinal mayoritaria, si bien en los exclusivos contornos de la ejecución dineraria ordinaria (no en los de la ejecución hipotecaria), matización que no efectúa la generalidad de la doctrina. Y decimos que la reputamos razonable sólo «en parte», ya que si bien el pago del precio no era objeto de un concreto acto procesal visible (fundamentalmente, en forma de auto, tal y como sí ocurría en la ejecución hipotecaria), lo cierto es que ese pago sí tenía lugar, haciéndose constar en el expediente judicial y se ingresaba en la oportuna cuenta bancaria del Juzgado correspondiente; existiendo, pues, un

soporte documental (el propio recibo del ingreso, por poner un caso) acreditativo del pago del precio. De esta forma, si a partir de ese momento podía decirse que se producía la «estabilidad de la venta», no resultando ya susceptible de devenir ineficaz, quizá resultaría más acertado anudar el efecto trasaltivo precisamente a dicho momento (así no se dilataría el efecto transmisivo innecesariamente hasta la expedición del testimonio, que reiteramos, no deja de ser una copia de extremos que ya constan en el expediente judicial de la ejecución)<sup>1002</sup>.

Con la reforma de 2009, aparece en escena el novedoso «decreto de adjudicación» que ahora sí y con carácter previo al testimonio, tiene por objeto la acreditación del pago del precio por parte del rematante. Así las cosas, la postura hasta entonces mayoritaria (que en base a los concretos actos procesales integrantes de la tramitación procesal de la venta judicial con los que se contaba pudiera ser en parte razonable) debe replantearse, cosa que no hacen los autores en tiempos recientes (señaladamente, DOMÍNGUEZ LUELMO, LÓPEZ FRÍAS y RIVAS TORRALBA, todos partidarios de cifrar el momento del efecto traslativo en la expedición del actual testimonio del decreto de adjudicación). Afirman LÓPEZ FRÍAS y DOMÍNGUEZ LUELMO, que el testimonio del decreto de adjudicación en la actualidad «es algo más que una copia del auto/decreto, ya que no sólo lo incorpora, sino que da fe de su firmeza y del pago del precio (que es imprescindible para que no se produzca la quiebra de la subasta y, por tanto su ineficacia)»<sup>1003</sup>. Como puede deducirse de la propia proclamación de la postura por ellos defendida, parecen equiparar el decreto de adjudicación al antiguo auto de aprobación del remate (indican que el testimonio es algo más que una copia del auto/decreto, con lo que va de suyo que se refieren al auto de aprobación y al actual decreto de adjudicación), lo cual es totalmente desacertado, pues lo comparable al auto de aprobación es el decreto de aprobación del remate, siendo el decreto de adjudicación una figura novedosa que no encuentra parangón en la regulación precedente. Por otra parte, incurren en una imprecisión añadida al afirmar que el testimonio da fe del pago del precio, extremo del que se ocupa el decreto de adjudicación. En definitiva, el sostenimiento de la postura mayoritaria acerca del momento en que tiene lugar el efecto traslativo bajo el texto vigente de la LEC española no es más que un claro reflejo de la denunciada desatención por parte de la doctrina a los importantes cambios que las reformas procesales han traído consigo. Nótese que el alcance que la introducción del decreto de adjudicación comporta a

---

<sup>1002</sup> La postura de cifrar el efecto traslativo en el momento de pago del precio parece ser, por otra parte, la que se desprende de la LEC de 1855, tal y como subraya MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación; con los formularios correspondientes a todos los juicios, y un repertorio alfabético de las voces comprendidas en la misma*, Madrid, 1858, p. 330: «Tanto las tercerías de dominio, como las de mejor derecho pueden deducirse en cualquier estado del juicio ejecutivo, incluso el procedimiento de apremio, siempre que sea **antes de hacer el pago al ejecutante**».

<sup>1003</sup> LÓPEZ FRÍAS, A., «Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral: supuestos y consecuencias»..., *cit.*, p. 2100. Asimismo, haciendo suyas estas palabras, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: el problema de la adquisición en los procesos de ejecución»..., *cit.*, pp. 19 y 20.

los efectos del momento en que se cifre el efecto traslativo será objeto de mayor desarrollo en el epígrafe siguiente en el que daremos cuenta de nuestra postura acerca del particular; baste ahora apuntar la falta de reflexión que la reforma ha suscitado en el conjunto de la doctrina, que parece aplicar los mismos esquemas argumentativos, obviando los nuevos escenarios procedimentales.

Dicho lo cual, pasamos a adentrarnos en las posición de determinados autores que aunque cifran el momento del efecto traslativo en la expedición del testimonio del auto de aprobación, *rectius*, del decreto de adjudicación (equiparación absolutamente desacertada, como acabamos de justificar), parten de unos esquemas aparentemente diversos o matizados. Tal es el caso de DOMÍNGUEZ LUELMO, LÓPEZ LÓPEZ, así como VELA SÁNCHEZ.

Comenzando por DOMÍNGUEZ LUELMO, inicia su postura rechazando expresamente la operatividad de la teoría del título y del modo en el seno de las venta judiciales, si bien a lo largo del desarrollo de su pensamiento parece desdecirse de su rechazo inicial, al distinguir un momento de perfección y otro de consumación en el seno del conjunto de actos procesales que conforman la venta judicial. Afirma el referido autor que «en realidad no se trata de trasladar la teoría del título y el modo a los procesos de ejecución, pero de la regulación de la LEC lo que sí queda claro es que el decreto de aprobación del remate es lo que perfecciona la enajenación realizada. Pero no es suficiente para considerar que la propiedad ha sido transmitida, para eso se exige el testimonio del Secretario judicial»<sup>1004</sup>. Como puede apreciarse, descarta la aplicación de la teoría del título y el modo a la venta judicial y acto seguido se encarga de justificar la existencia de un momento de perfección y otro de consumación en el seno de la misma, lo cual ciertamente supone aplicar el sistema traslativo inicialmente rechazado. ¿Qué sentido tiene buscar un momento de perfección, propio de los contratos y, particularmente de la compraventa contractual, a una institución que carece de carácter contractual? He aquí el planteamiento de DOMÍNGUEZ LUELMO.

LÓPEZ LÓPEZ, por su parte, se centra acertadamente en determinar el concreto instante en que se produce la mutación jurídico-real a través de la venta judicial, sin tener por ello que caer en el error de identificar artificiosamente y con carácter precedente un momento de perfección en el conjunto de actos procesales integrantes de la subasta. Afirma el referido autor que para el caso de la subasta de bienes inmuebles la solución viene dada de modo indirecto por «el art. 674. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el que se indican los requisitos para que el bien inmueble sea título bastante para ser inscrito en el Registro de la Propiedad. Como al Registro de la Propiedad no pueden acceder más que títulos en los que estén ya definitivamente constituidos derechos reales, y hay que descartar, de acuerdo con las reglas generales en materia registral que la inscripción sea constitutiva, será el momento

---

<sup>1004</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: el problema de la adquisición en los procesos de ejecución»..., *cit.*, p. 19.



de la expedición del testimonio por el Secretario Judicial, con el contenido y los requisitos marcados en el artículo 674. 1 de la Ley el que marque el momento del efecto traslativo, debiendo entenderse que con anterioridad, el inmueble sigue siendo titularidad del ejecutado»<sup>1005</sup>. Como puede apreciarse, LÓPEZ LÓPEZ razona en base a los datos normativos de ese tiempo (año 2005), el momento en que debe entenderse producido el efecto traslativo mediante la venta judicial, sin aludir en ningún caso al sistema transmisivo por virtud del título y del modo; esto es, sin distinguir un momento de perfección de otro de consumación de la venta judicial.

Finalmente, VELA SÁNCHEZ se declara partidario de una suerte de «teoría ecléctica», si bien ciertamente podría reputarse como seguidor de la postura mayoritaria sutilmente matizada. En efecto, considera el referido autor que la transmisión del derecho mediante la venta judicial queda sometida al sistema traslativo del título y modo, de manera que la perfección de la venta se produce con el auto de aprobación del remate y queda consumada con el testimonio de dicho auto; salvo en el supuesto en que exista una entrega posesoria anterior, o la posesión esté ya en manos del adjudicatario *-traditio brevi manu-*, en cuyo caso el momento del efecto traslativo tendrá lugar con la entrega posesoria o con la propia expedición del auto de aprobación del remate, respectivamente<sup>1006</sup>. No se trata más que de aplicar la tesis mayoritaria, matizándola en atención a las distintas formas de *traditio* que pueden darse de acuerdo con los arts. 1462 y ss. del CC español.

Junto a la postura mayoritaria que acaba de anunciarse, con sus diferentes matices, existe una **segunda postura claramente minoritaria** que anuda el efecto traslativo al pago del precio. La *ratio* que subyace a este planteamiento es que lo más razonable desde el punto de vista la justicia material es hacer propietario al rematante una vez que ha efectuado ya el pago del precio, no encontrándose justificación a la posposición de la transmisión del derecho hasta el momento de expedición del testimonio del auto de aprobación del remate/decreto de adjudicación. Esta es la posición acogida fundamentalmente por GIMÉNEZ ROIG y VERDERA SERVER, ninguno de los cuales, curiosamente (y no es casualidad) sostienen la aplicación de la teoría del título y del modo a la venta judicial.

GIMÉNEZ ROIG afirma que el legislador configura la venta judicial «como una compraventa especial en tanto el contrato de compraventa es el modelo legal al que se refiere las circunstancias no especiales del cambio y en cuanto al momento de la transmisión de la cosa puede entenderse que es el momento de la entrega del dinero cuando es posterior a la

---

<sup>1005</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «El efecto traslativo de la adjudicación en la subasta en el caso ejecución dineraria tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil»..., *cit.*, p. 2865

<sup>1006</sup> VELA SÁNCHEZ, A. J., *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias. Estudio jurisprudencial y doctrinal...*, *cit.*, pp. 72-75.

perfección de tal compra especial (...)»<sup>1007</sup>. Esto es, considera que el legislador aboga por la naturaleza contractual de la venta judicial, y circunscribe el efecto traslativo en el momento del pago del precio, no dando más argumentos a este respecto; es decir, basa su pobre argumentación en el mero dato de la letra de la Ley.

VERDERA SERVER, por su parte, considera que el efecto traslativo a través de la venta judicial se produce con el auto de aprobación del remate, si bien sometido a la condición suspensiva del pago del precio, en la medida en que la falta de pago del mismo ocasiona la quiebra de la subasta judicial (*ex art. 653 de la LEC española*). Es evidente, añade, «que el decreto de aprobación del remate es insuficiente para transmitir la propiedad, porque de lo contrario carecería de sentido la posibilidad prevista en el art. 107. 12 de la Ley Hipotecaria. En efecto, la posibilidad de hipotecar “el derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial” permite cuestionar fundadamente que el decreto de aprobación del remate sea suficiente para adquirir la propiedad, pues en caso contrario no sería necesaria la previsión de un supuesto especial, ya que bastaría con hipotecar la propiedad ya adquirida»<sup>1008</sup>. He aquí esta original postura, que consideramos acertada en lo que respecta a fijación del pago del precio como momento en que adquiere estabilidad la venta judicial.

#### ***2.2.4.2.b) Posturas acerca del momento del efecto traslativo que tiene lugar en la venta judicial en el seno de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español***

Lo primero que debe hacerse en este epígrafe de análisis de las distintas posturas que en el seno de la jurisprudencia española se erigen en torno al momento en que tiene lugar la transmisión del derecho a través de la venta judicial es recordar que si en el conjunto de la doctrina española la aplicación del sistema traslativo por título y modo constituye una regla general que cuenta con excepciones que la confirman, en el ámbito jurisprudencial español ello constituye una constante inderogable. Baste el pasaje (muchas veces citado) de la Sentencia del Tribunal Supremo español de 29 de julio de 1999 (en materia del plazo para la interposición de una tercería de dominio) para ilustrar la realidad anterior:

«En el supuesto de subasta de bienes inmuebles la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, en tanto que la escritura (que confiere la posesión civilísima) sería la operación de consumación del acto procesal enajenatorio. El criterio expuesto obedece a una larga tradición legal que recoge (con antigüedad de unos doscientos

---

<sup>1007</sup> GIMÉNEZ ROIG, E., *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa (condicionada legalmente a la adquisición por el comprador de la posesión en concepto de dueño de la cosa mediante tradición por el vendedor o supletoriamente mediante la puesta en posesión por el juez, e incondicionada cuando el vendedor está desposeído)*, Madrid, 1991, p. 408.

<sup>1008</sup> VERDERA SERVER, R., «Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial»..., *cit.*, p. 104

años) *Jordán de Asso* citando preceptos de la Nueva Recopilación y párrafos de la *Curia Philipica*, en los siguientes términos: “*en cualquier tiempo de la causa ejecutiva, aún después de la sentencia de remate, con tal que no se haya hecho pago, ni dado la posesión de bienes se ha de admitir la oposición de tercero opositor, que viene pretendiendo el dominio de los bienes executados*” (Instituciones de Derecho Civil de Castilla, primer tomo, año 1786, página 331). La sentencia de esta sala de 5 de enero de 1899 ya expresa con suma claridad “que el artículo mil quinientos treinta y tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil, después de ordenar que las tercerías pueden deducirse en cualquier estado del juicio ejecutivo, establece la limitación de que la de dominio no es admisible después de otorgada la escritura o consumada la venta de los bienes a que se refiere o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante».

Esto es, la aplicación de la teoría del título y modo a las ventas judiciales, según la jurisprudencia española, parece ser una realidad que se remonta a más de doscientos años, misma antigüedad en que puede cifrarse la corriente claramente contractualista imperante en el Ordenamiento español acerca de la naturaleza de la venta judicial. Y decimos que «parece ser» una realidad que se remonta a dos siglos, porque ciertamente no lo es: la venta judicial, tal y como apuntamos en el capítulo concerniente al estudio de su naturaleza jurídica, se concibe como una verdadera modalidad del contrato de compraventa por parte de la doctrina clásica más antigua (tanto la anterior, cuanto la contemporánea al CC español de 1889); pero la proclamación del sistema de título y modo en dicho ámbito no es tan clara, ni se remonta a la fecha aludida. Efectivamente, si acudimos al tenor literal del pasaje citado de la *Curia Philipica*, así como al comentario que del mismo hace JORDÁN DE ASSO, referente al momento de interposición de la entonces denominada «oposición de tercero opositor» (actual tercería de dominio), comprobamos que en ningún caso se habla de sistema de título y modo, ni de diferentes momentos de perfección y consumación<sup>1009</sup>; de hecho, se establece como primer elemento determinante en el momento preclusivo para la mencionada oposición, el del «pago del precio al ejecutante», y sólo en segundo término se alude a la puesta en posesión del bien. Pero en ningún caso, reiteramos, se está hablando de título y modo; de forma que la proclamada «larga tradición» en la aplicación del sistema de título y modo no es tal.

Dejando por sentado lo anterior y partiendo, pues, de la referida teoría del título y del modo que se declara como aplicable, son fundamentalmente dos las posturas

---

<sup>1009</sup> JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, I., DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M., *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Madrid, 1786, p. 331: «En cualquier tiempo de la causa ejecutiva, aun después de la sentencia de remate, con tal que no se haya hecho pago, ni dado posesión de bienes, que viene pretendiendo el dominio de los bienes executados, ó la prelación de la deuda (...)». Así lo expresa igualmente ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Tomo III, Madrid, 1875, p. 536: «En cualquier estado del juicio ejecutivo, aunque sea después de la sentencia de remate, con tal que todavía no se haya hecho el pago al acreedor ó dado al comprado la posesión de los bienes ejecutados, puede salir á los autos ante el mismo juez que conoce del juicio, y prévio el de conciliación, un tercer opositor (...)».

jurisprudenciales erigidas acerca del momento en que debe cifrarse el efecto traslativo mediante la venta judicial. Posiciones jurisprudenciales que pasamos a desarrollar distinguiendo las diferentes etapas normativas que dan lugar a las respectivas tramitaciones procesales de la subasta judicial, narradas con detalle en páginas precedentes.

**Bajo la vigencia de la LEC española de 1881, con anterioridad a la reforma operada por la Ley 10/1992**, puede detectarse una posición prácticamente unánime por parte la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo español acerca del momento en que tiene lugar el efecto traslativo de la venta judicial, que reiteradamente cifra como título adquisitivo al auto de aprobación del remate, y como modo o *traditio*, la escritura pública de venta. Dentro de esta postura uniforme pueden incluirse las siguientes sentencias del Tribunal Supremo español: de 1 de junio de 1900, de 28 de junio de 1949, de 17 febrero de 1956, de 29 de febrero de 1960, de 1 de abril de 1960, de 23 de enero de 1971, de 20 de febrero de 1975, de 21 abril de 1975, de 16 de julio de 1982, de 28 febrero de 1989, de 30 de octubre de 1990, de 10 de diciembre de 1991, de 23 de diciembre de 1992, de 1 de septiembre de 1997, de 7 de diciembre de 1998, de 6 de abril de 1999, de 22 de diciembre de 2000, de 5 de abril de 2001, y de 4 de abril de 2002.

Valga la exposición de un extracto del Fundamento Jurídico Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo español de 1 de septiembre de 1997, dictada en materia de plazo de interposición de la tercería de dominio, para poner de manifiesto la postura enunciada:

«La voluntad que manifiesta la Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 1533, según reitera la más autorizada doctrina científica -y así resulta de su tenor literal- es la de fijar el “*dies ad quem*” eligiendo como punto final el acto de consumación (cuando la cosa pasara a poder del rematante) en vez del acto de “perfeccionamiento” (coincidencia de voluntades) . Con independencia de la impropiedad que suponga el empleo del término “venta” para identificar la enajenación forzosa que se lleva a cabo mediante la subasta judicial, es lo cierto que, en todo caso, el precepto que se examina exige que la repetida enajenación forzosa no sólo se haya perfeccionado sino también que se haya consumado . Y es lógico que así sea puesto que en nuestro sistema jurídico el contrato de compraventa no transmite la propiedad si no va seguido de la tradición. Con razón establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 diciembre 1986 que la venta es por definición un acto de enajenación, puesto que su finalidad es la traslativa del dominio que se consuma mediante la entrega de la cosa. En el supuesto de subasta de bienes inmuebles la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, en tanto que la escritura (que confiere la posesión civilísima) sería la operación de consumación del acto procesal enajenatorio . El criterio expuesto obedece a una larga tradición legal que recoge (con antigüedad de unos doscientos años) *Jordán de Asso* citando preceptos de la Nueva Recopilación y párrafos de la *Curia Philipica*, en los siguientes términos: “*en cualquier tiempo de la causa ejecutiva, aún después de la sentencia de remate, con tal que no se haya hecho pago, ni dado posesión de bienes se ha de admitir la oposición de tercer opositor, que viene pretendiendo el dominio*”

*de los bienes executados*” (Instituciones de Derecho civil de Castilla, primer tomo, año 1786, página 331)».

Como puede apreciarse, se justifica en todo momento la aplicación de la teoría del título y el modo a la venta judicial, acudiendo a los antecedentes remotos ya enunciados, con el curioso dato adicional de enjuiciar el empleo del término «venta» como «impropio», lo cual da muestras de que el Alto Tribunal parece declararse como contrario a la postura contractualista de identificación de la venta judicial con la contractual. A pesar de ello, aplica un sistema traslativo contractualista, contradicción que supone una constante en el seno de la doctrina y jurisprudencia españolas (particularmente, la más reciente); sistema que no se ajusta, reiteramos, a la compleja naturaleza claramente no contractual de la venta judicial, de ahí que no tenga sentido distinguir en su seno un momento de perfección de otro de consumación (con la escritura pública de venta).

Asimismo, en la línea de la objeción manifestada a la similar opinión doctrinal mayoritaria, no puede proclamarse una postura unitariamente aplicable a toda venta judicial, con independencia de que traiga causa de una ejecución dineraria ordinaria o hipotecaria. La tramitación procesal de cada una de estas modalidades ejecutivas difiere notablemente, de ahí que las soluciones que se den en torno al momento del efecto traslativo deban ajustarse a sus específicas características. La solución de cifrar el efecto traslativo en la escritura pública de venta es adecuada en el marco de la ejecución dineraria ordinaria, pero no lo es en el seno de la ejecución hipotecaria, donde existe un auto de adjudicación acreditativo del pago del precio.

A pesar de estas objeciones, reiteramos (al igual que hicimos en sede de la postura doctrinal análoga) que ciertamente los datos normativos parecen inducir fácilmente a adoptar esta postura, al ser la escritura el único momento procesal específicamente previsto en la LEC española para acreditar el pago del precio. No obstante, hacemos extensibles nuestros comentarios sobre el particular: aunque la postura pudiera parecer razonable, lo cierto es que el precio se paga, quedando constancia del mismo en el expediente judicial, de manera que siendo éste el momento en que se alcanza la estabilidad de la venta judicial, entendemos más atinado anudar a dicho instante el efecto traslativo (conforme a los datos normativos y tramitación procesal de la época).

**Desde la reforma operada por la Ley 10/1992 a la LEC de 1881, hasta nuestros días**, la uniformidad que venía imperando en torno al momento del efecto traslativo en la venta judicial se rompe, pasando a ser dos las posiciones que pueden detectarse sobre el particular.

**Una primera postura**, fiel reflejo de la que hasta entonces viene siendo unánime, que en aplicación del «sistema traditorio causalista» considera que el título se da con el auto de aprobación del remate, mientras que el modo o *traditio* se cifra en el momento de expedición del testimonio del auto de aprobación, que se reputa como plenamente equivalente a la

precedente escritura pública de venta en el conjunto de actos procesales integrantes de la venta judicial. Dentro de esta postura pueden incluirse las siguientes sentencias del Tribunal Supremo español: de 29 de julio de 1999, de 10 de julio de 2002, de 20 de julio de 2006, de 4 de octubre de 2006, de 14 de diciembre de 2007, de 2 de noviembre de 2009, y de 2 de diciembre de 2009; las cuales tiene por objeto supuestos de hecho variados, fundamentalmente, ejercicio de derechos de retracto legal, tercería de dominio, doble venta y legitimación en el ejercicio de acciones protectoras del dominio.

Como ejemplo ilustrativo de la presente postura jurisprudencial pasamos a exponer un pasaje del Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 29 de julio de 1999, en materia de plazo para el ejercicio de una tercería de dominio:

«Esta doctrina (refiriéndose a la de identificar el título con el auto de aprobación del remate y el modo con la escritura pública de venta) se ha mantenido continuamente (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1982 y 10 de diciembre de 1991). En la actualidad, después de la Ley 10/1992, la modificación introducida que elimina la “escritura” y revaloriza el auto de aprobación del remate al configurar el testimonio del mismo con las circunstancias que expresa, en “título bastante” para la inscripción registral, no significa que se trastocuen los conceptos legales a que responde el sistema; pues sigue siendo el momento en el que el adquirente entra en posesión civilísima del inmueble el que hace claudicar la oportunidad de la tercería dominio. Así pues, promulgada la Ley 10/1992, la consumación de la enajenación se produce, conforme al artículo 1514, con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos (artículo 1515). La doctrina científica actual al comentar el nuevo artículo 1514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sus diferencias en el artículo 131. 17 de la Ley Hipotecaria mantiene que “salvando las distancias que impone el ámbito procesal en que se desarrolla la subasta judicial, hay que entender que la expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1462. 2 del Código Civil análogamente a como sucedía anteriormente cuando se documentaba mediante escritura pública. Los cambios introducidos por la reforma, no han alterado el momento de perfeccionamiento y tradición. La venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación de la venta en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es un testimonio expedido por el secretario. Así, pues, tanto antes de la reforma como actualmente, la venta se producía con la aprobación del remate plasmándose en el documento público una compraventa ya perfeccionada con anterioridad».

La presente posición jurisprudencial no es más que una prolongación de la que venía imperando conforme a los nuevos esquemas procedimentales de la venta judicial; esto es, sustituyendo nominalmente la «escritura pública de venta» por el «testimonio del auto de aprobación del remate». Siendo así, hacemos igualmente extensibles los comentarios y objeciones que en páginas precedentes se apuntaron acerca de la postura originariamente sostenida por el Tribunal Supremo español: a saber, errónea aplicación de la teoría del título

y modo; e inadecuada equiparación entre el otorgamiento de la escritura y la expedición del testimonio, que realmente se asemejaría a la copia de la escritura previamente otorgada.

Junto a esta primera postura que puede calificarse como claramente minoritaria en la actualidad (prueba de ello es que la última sentencia en que se acoge es anterior a la última reforma procesal operada en 2009), se erige una **segunda postura abrumadoramente mayoritaria**, que en aplicación de la teoría del título y del modo, identifica el primero de los elementos del referido sistema traslativo con el auto/decreto de aprobación del remate, y el modo o tradición con «la adjudicación»<sup>1010</sup>. La referencia a «la adjudicación» pudiera resultar plausible desde la aparición del «decreto de adjudicación», lo que ocurre es que esta doctrina jurisprudencial lleva pronunciándose desde el año 1986, de ahí que no se sepa muy bien a qué concreto acto procesal se refiere el Alto Tribunal con este pronunciamiento.

Veamos con mayor detalle a lo que nos estamos refiriendo exponiendo un pasaje del Fundamento Jurídico Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo español de 11 de julio de 1992, que tiene por objeto un supuesto de ejercicio de retracto legal:

«Aunque no se trata de cuestión pacífica y es cierto que una jurisprudencia relativamente remota (SS. 28-6-1949, 17-2-1956, 29-2-1960, 20-2-1975) ha venido sosteniendo que, en los casos de subasta judicial, el nacimiento de la acción de retracto no se produce hasta la consumación de la venta, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, la más reciente doctrina de esta Sala (contenida en las SS. 30-10-1990 y 1-7-1991) ha venido a cambiar el anterior criterio jurisprudencial, en el sentido de que la aprobación judicial de la subasta, al entrañar la perfección del contrato (como dice la primera de ellas) o la consumación del mismo (como afirma la segunda), determina el nacimiento de la acción de retracto, a lo que puede agregarse, reforzando la argumentación de las expresadas sentencias, que con la aprobación del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato (venta judicial), pues a la referida adjudicación que el Juez hace al rematante no hay obstáculo legal alguno en atribuirle el carácter de tradición simbólica o “*ficta*”, al no ser “*numerus clausus*” la enumeración de formas espiritualizadas de tradición que hacen los arts. 1462. 2º a 1464 del CC (SS. 31-10-1983 y 20-10-1989, entre otras), con lo que, consumada ya la venta por la concurrencia de título (aprobación del remate) y modo (adjudicación al rematante de la finca subastada), el posterior otorgamiento de la escritura pública, aunque imprescindible para otros efectos trascendentes (entre otros, el acceso de la adquisición al Registro de la Propiedad), no será necesaria para que, a los efectos aquí estudiados, concurra el requisito de

---

<sup>1010</sup> En el seno de la doctrina española la presente postura jurisprudencial es acogida plenamente por DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados...*, cit., p. 567: «La aprobación del remate constituye, pues, un título provisional y, por tanto, meramente obligacional y no un título adquisitivo definitivo y de trascendencia real. Por consiguiente, el rematante en ese momento no pasa a ser propietario de la finca subastada, sino que en virtud del remate deviene acreedor de dominio de aquélla, convirtiéndose en propietario firme cuando, tras el cumplimiento de los requisitos legales citados, el Juez dicte auto de adjudicación».

la tradición (la instrumental del art. 1462.2º del CC), al haberse producido ya la misma con anterioridad en la forma “ficta” o simbólica antes expresada , por lo que con arreglo a dicha doctrina, que es la que mantiene esta Sala, la acción de retracto, en caso de subasta judicial, nace desde la celebración de dicha subasta, con aprobación del remate y adjudicación al rematante de la finca subastada (que es la tesis aquí mantenida por el recurrente) (...)).

Corriente jurisprudencial en la que se enmarcan, por otra parte, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo español: de 30 de junio de 1986, de 7 de diciembre de 1987, de 23 de mayo de 1989, de 1 de julio de 1991, de 11 de julio de 1992, de 14 de julio de 1992, de 8 de marzo de 1993, de 25 de marzo de 1994, de 10 de junio de 1994, de 2 de julio de 1994, de 8 de junio de 1995, de 27 de febrero de 1995, de 25 de julio de, de 25 de noviembre de 1996, de 5 de diciembre de 1996, de 14 de octubre de 2002, de 10 de junio de 2003, de 16 de junio de 2003, de 6 de mayo de 2004, de 7 de diciembre de 2005, de 30 de diciembre de 2005, de 25 de mayo de 2006, de 25 de mayo de 2007, de 18 de marzo de 2009, y de 22 de julio de 2013.

Esta novedosa doctrina jurisprudencial merece diversos comentarios, fundamentalmente porque no llega a entenderse verdaderamente su alcance dada la imprecisión que guarda la expresión «adjudicación al rematante» como momento de consumación de la venta judicial.

En efecto, lo primero que ciertamente sorprende de esta mayoritaria postura es que se alude reiteradamente a la «adjudicación al rematante», como válida forma de tradición simbólica, sin que se sepa a qué hace referencia dicha adjudicación en el conjunto de actos procesales integrantes de la venta judicial. Esto es, no existe acto procesal alguno en la tramitación procesal de la subasta (al menos, hasta la reforma procesal de 2009) que se identifique con la susodicha «adjudicación». ¿Es la adjudicación, procesalmente, un acto distinto de la aprobación del remate? Porque hasta 2009, los únicos actos procesales que pueden distinguirse en el *iter* procedimental de la subasta son el auto de aprobación del remate y la escritura/testimonio de dicho auto de aprobación. Por tanto, como bien apunta PARDO MUÑOZ a este respecto, «la artificiosa distinción entre lo que algunas sentencias denominan “aprobación del remate” (título), y la “adjudicación de la finca al rematante” (modo), en realidad es procesalmente inexistente, pues ambas declaraciones son una y la misma y se realizan mediante un único acto judicial»<sup>1011</sup>. Efectivamente, se hace continua alusión a la referida «adjudicación al rematante» como momento en que tiene lugar el efecto traslativo, aunque dicha expresión no encuentra un reflejo en el conjunto de actos procesales que conforman la venta judicial. Si bien todo lo que viene apuntándose debe matizarse en el sentido siguiente: ¿acaso no tiene sentido hablar de adjudicación al rematante como

---

<sup>1011</sup> PARDO MUÑOZ, F. J., «La adquisición de la propiedad en subasta judicial: protección y límites de responsabilidad», en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Coord.), *Propiedad y Derecho Civil*, Madrid, 2006, p. 290.



momento distinto de la aprobación del remate en el seno de la ejecución hipotecaria? Recordemos, que en la ejecución hipotecaria sí existe en todo momento un «auto de adjudicación» acreditativo del pago del precio (hasta la reforma procesal de 2009, en que se sustituye por un decreto de adjudicación), de ahí que en dicho ámbito material la expresión «adjudicación al rematante» sí pueda resultar de recibo. Con ello nos acercamos a la *ratio* que subyace en este erróneo planteamiento.

Ciertamente si se acude a los orígenes de esta doctrina jurisprudencial (fundamentalmente a la Sentencia del Tribunal Supremo español de 7 de diciembre de 1987), puede identificarse inmediatamente que el epicentro de la confusión en la que incurre esta nueva corriente jurisprudencial es que acoge un pronunciamiento inicialmente dictado en sede de ejecución hipotecaria, donde sí cabe distinguir la adjudicación como acto procesal independiente de la aprobación del remate, y lo extiende generalizadamente al ámbito de la ejecución dineraria ordinaria donde dicha distinción (hasta la reforma procesal de 2009) resulta inexistente. Y todo ello, con un más que probable empeño en acoger una solución que resulte más adecuada desde el punto de vista de la justicia material, en la medida en que pagado el precio por parte del rematante lo más equitativo a todos los efectos en el conjunto del proceso de ejecución forzosa (desde la perspectiva de: la distribución del riesgo por deterioro o pérdida de la cosa vendida; de la percepción de los frutos producidos por la cosa objeto de venta; o del plazo en que debe soportarse el riesgo por ejercicio de una tercería de dominio, entre otros múltiples aspectos) es la adjudicación del derecho vendido al rematante lo antes posible (siendo injustificado que deba esperarse hasta la emisión del testimonio correspondiente). Como puede apreciarse, hasta aquí llega la confusión inducida por la inadvertida dualidad de regímenes jurídicos existente en el Ordenamiento español en sede de tramitación procesal de la subasta judicial en la ejecución dineraria ordinaria y la ejecución hipotecaria.

Con la reforma operada por la «Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial», como ya se ha reiterado, el panorama dual hasta la fecha existente desaparece, gracias a la introducción del novedoso «decreto de adjudicación» en el seno de la ejecución dineraria ordinaria; existiendo, ahora sí, un único *iter* procedimental de la subasta, en el que cabe distinguir tres actos procesales fundamentales: el decreto de aprobación del remate, el decreto de adjudicación y el testimonio del decreto de adjudicación. De este modo, a partir de la reforma procesal 2009 puede afirmarse que la doctrina jurisprudencial que venimos a calificar como novedosa y mayoritaria cobra toda vigencia y sentido, no sólo en el marco de la ejecución hipotecaria, sino igualmente en el seno de la ejecución dineraria ordinaria. Si bien, sería de agradecer que el Alto Tribunal fuera más cuidadoso a la hora de adaptar esta doctrina jurisprudencial a los términos técnicos en que se pronuncia la Ley procesal vigente: a saber, que deje de hacer referencia a la «adjudicación al rematante» y pase a hablar de «decreto de adjudicación al rematante», eliminando así todo grado de posible confusión.

En síntesis, la novedosa y mayoritaria tesis jurisprudencial acerca del momento del efecto traslativo en la venta judicial, hasta 2009 sólo resulta en principio aplicable a las ejecuciones hipotecarias, mientras que a partir de la reforma procesal de 2009, recobra toda su vigencia respecto a toda ejecución (ordinaria e hipotecaria), gracias a la aparición del fundamental «decreto de adjudicación», *ex art. 670. 8 de la LEC española*. Doctrina jurisprudencial que ahora sí resulta ajustada al escenario normativo vigente, y que no por ello debemos reputar como adecuada a todos los efectos, principalmente porque sigue partiendo de la distinción entre un momento de perfección y otro de consumación en aplicación de la teoría del título y modo, de cuyo rechazo en el ámbito de la venta judicial pasamos a ocuparnos en el epígrafe siguiente.

### **2.2.5. Nuestra postura acerca del momento del efecto traslativo de la venta judicial**

A lo largo de estas páginas venimos reiterando constantemente, aunque sin detenernos en exceso, que rechazamos la aplicación del sistema traslativo por virtud del título y el modo a la venta judicial, en la medida en que no se ajusta a la compleja naturaleza no contractual de la institución en cuestión. Pasamos ahora a justificar nuestro punto de partida en esta sede de explicación de la postura que acogemos acerca del momento en que tiene lugar la transmisión del derecho objeto de venta judicial.

A tales efectos debemos adentrarnos, aunque sea someramente, en la exposición de la referida teoría del título y del modo, remontándonos a sus orígenes romanos, constatando los diferentes sistemas traslativos que de esos mismos orígenes han florecido en el panorama comparado del ámbito continental (haciendo especial referencia al sistema italiano, por motivos obvios), para finalmente desarrollar la significación de cada uno de los elementos integrantes de este paradigmático sistema traslativo: a saber, en qué consiste el título y en qué el modo, de lo que inmediatamente podrá extraerse la imposibilidad de su identificación en el conjunto de actos procesales que integran la venta judicial entendida en sentido amplio.

#### **2.2.5.1. La teoría del título y del modo: sus orígenes romanistas, los sistemas traslativos surgidos a partir estos mismos antecedentes y la concreta significación de sus elementos constitutivos**

Como ya ha sido puesto de manifiesto en páginas anteriores, la teoría del título del modo constituye el sistema traslativo que rige, por regla general, en las transmisiones derivativas *inter vivos* onerosas, recogida legalmente en los arts. 609, párrafo segundo *in fine*, y 1095 del CC español<sup>1012</sup>. Afirmar el art. 609, párrafo segundo *in fine* del CC español que «la

---

<sup>1012</sup> Vaya por delante que el breve análisis que en estas páginas acometemos acerca del sistema del título y el modo no pretende ser ni mucho menos exhaustivo, no sólo porque excedería de los contornos de nuestro

*propiedad y demás derechos reales se adquiere y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición»; mientras que el art. 1095 del CC español, añade, por su parte, que «el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada». En base a estos preceptos, se dice que son dos los elementos cuya concurrencia y yuxtaposición son necesarios de cara a la transmisión derivativa de un derecho real: a saber, un válido contrato traslativo (título) y una entrega o desplazamiento posesorio (modo).*

### **2.2.5.1.a) Los orígenes romanistas de la teoría del título y el modo**

Esta teoría del título y el modo hunde sus raíces en la *traditio* del Derecho romano, si bien su resultado final está condicionado o mediado por la doctrina escolástica, de los glosadores que recuperan el derecho romano en los Colegios de Bolonia, que dan un marcado causalizado a dicha *traditio* como seguidamente tendremos ocasión de comprobar<sup>1013</sup>.

Siendo así, resulta obligada una breve referencia al Derecho de los romanos, punto de referencia para los juristas de antaño, particularmente para la doctrina escolástica a la que se anuda la construcción de la teoría del título y del modo. A este respecto, resulta muy acertada la frase de BERCOVITZ ÁLAVAREZ, a saber, que «lo que fue justificaría lo que ha de ser»<sup>1014</sup>.

En este sentido, a grandes rasgos puede decirse que en el sistema romano puede distinguirse claramente dos momentos en lo que las formas de transmitir la propiedad derivativamente *inter vivos* se refiere: el del Derecho romano «Clásico» y el del «Posclásico o Justiniano».

---

trabajo (dedicado a los aspectos sustantivos de la venta judicial de bienes inmuebles), sino porque resultaría hasta cierto punto una tarea inabarcable dados los ingentes ríos de tinta que esta teoría ha ocasionado en el seno de la doctrina española. A este respecto, resultan ciertamente atinadas las palabras pronunciadas por MANRESA Y NAVARRO, al iniciar sus comentarios al Libro III del Código Civil: «Tanto se ha escrito sobre la esencia y aplicaciones de esta teoría, y sobre el fundamento de esa distinción (refiriéndose al título y modo), que si hubiéramos de repetir, aun en resumen, cuanto se ha dicho, sería fácil llevar el trastorno y la confusión a la inteligencia más clara» (MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, Tomo V, 3ª Edición, Madrid, 1910, p. 5).

<sup>1013</sup> BERCOVITZ ÁLAVAREZ, G., *Tradicción Instrumental y Posesión*, Pamplona, 1999, p. 29. Del mismo modo, afirma CUENA CASAS, M., *La función del poder de disposición...*, *cit.*, p. 225, que «la construcción científica de la teoría del título y el modo arranca de las elaboraciones doctrinales llevadas a cabo sobre los elementos de la *traditio* romana (y en particular, la *iusta causa*) a lo largo del Derecho intermedio». Indican en este mismo sentido LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, III (Vol. 1º)..., *cit.*, p. 180: «El final del art. 609-2 CC expresa, en efecto, el régimen del Derecho común recibido aquí a través de las Partidas». Igualmente, DE PABLO CONTRERAS, P., «La adquisición derivativa *inter vivos*», en *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales*, DE PABLO CONTRERAS, P. (Coord.), Madrid, 2004, p. 348: «La lectura de los textos romanos con elementos conceptuales aportados por la escolástica y la influencia canónica propicia la aparición, en el Derecho intermedio, de la llamada teoría del título y el modo».

<sup>1014</sup> BERCOVITZ ÁLAVAREZ, G., *Tradicción Instrumental y Posesión...*, *cit.*, p. 30.

Comenzando por el Derecho romano «Clásico», en el existen tres modos fundamentales de transmitir la propiedad: la *mancipatio*, la *in iure cessio* y la *traditio*. La *mancipatio* constituye una forma simbólica y ritual, de transmisión y adquisición del dominio, que se aplica entre ciudadanos romanos respecto de las *res Mancipi* (aquellas de una mayor valor socio-económico). La *in iure cessio*, por su parte, es un modo de transmitir la propiedad (también de las *res Mancipi*), de carácter solemne, que se sirve de una suerte de proceso figurado o simulado frente al magistrado (*in iure*). Mientras que la *traditio* consiste en un modo de adquirir y transmitir el dominio (más bien originariamente, sólo la posesión) de las *res nec Mancipi* (aquellas de menor valor socio-económico), consistente en la entrega o traspaso de la posesión, hecha por el transmitente al adquirente, con la intención de transmitir la propiedad y en virtud de una justa causa (surge inicialmente como una especie de válvula de escape de un sistema rígido y formal).

En el Derecho romano «Posclásico o Justiniano», desaparece la distinción entre las *res Mancipi* y las *nec Mancipi*, así como las solemnes y ritualistas *mancipatio* e *in iure cessio*, de forma que la tradición pasa a constituir el medio generalizado de transmisión y adquisición del dominio mediante la toma de posesión de las cosas. Los requisitos que el Derecho romano exige para que funcione este sistema traslativo son cuatro: que el tradente sea propietario; que se lleven a cabo los actos de entrega o de traspaso de la posesión; que exista una concorde voluntad de las partes de adquirir y transmitir el dominio; y que la tradición esté fundada en una justa causa. No obstante, la configuración y concreto alcance de cada uno de estos requisitos no resulta una cuestión pacífica en el seno de la doctrina; particularmente, por cuanto hace a la justa causa de la tradición, sobre el que se sostienen interpretaciones encontradas<sup>1015</sup>, dando lugar a las denominadas corrientes «causalistas» o «abstractas».

En efecto, con base en textos atribuidos a JULIANO se sostiene la inexistencia del requisito de la justa causa, de manera que la tradición consistiría en un negocio abstracto [Juliano, D.41,1,36 (lib. *XII Digestorum*)]. Y a ello, se oponen otros textos de jurisconsultos romanos, señaladamente el de ULPIANO, que parece fundamentar una transmisión causal, con base en el contrato de compraventa [Ulpiano, D. 12,1,18 (lib. *XXXIII ad Edictum*)]<sup>1016</sup>. Por tanto, como bien indica BELDA MERCADO, quienes mantienen la naturaleza causal, si bien parten de la necesidad de la intención del *tradens* y del *accipiens* en transmitir y adquirir respectivamente el derecho real como elemento esencial, sitúan la intención sobre la base de una relación que la Ley reconoce apta para justificar la transmisión del dominio. El elemento volitivo se unifica en un único concepto, el de la *iusta causa*, y la voluntad de transferir y de adquirir ordinariamente se incorpora a un contrato o a una obligación, de ahí la consideración del negocio obligacional precedente como *iusta causa*. Por su parte, los

---

<sup>1015</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., cit., pp. 860 y 861.

<sup>1016</sup> BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Tradición Instrumental y Posesión...*, cit., p. 31.

partidarios de la naturaleza abstracta de la *traditio* consideran suficiente para que la transmisión produzca la mutación jurídica real, que quede acreditada dicha voluntad de transmitir, con independencia del fundamento jurídico que la justifique; es decir, separan la intención de las partes de transmitir y adquirir la propiedad del requisito de la *iusta causa*<sup>1017</sup>.

En cuanto al requisito de la entrega, resulta igualmente destacable, que es objeto inmediatamente de un proceso de espiritualización. Las exigencias del tráfico jurídico-económico hacen que progresivamente comiencen a admitirse la sustitución de la entrega física de la cosa o de la necesidad de recorrer una finca y realizar actos propios de un dominio, por el simple señalamiento de la finca (*traditio longa manu*); o por el simple acuerdo en cambiar el concepto en que se posee en el caso de la *traditio brevi manu*, o en el del *constitutum possessorium* (a la inversa: quien poseía en concepto de dueño pasa a poseer en concepto distinto –como arrendatario, depositario, etc.-)<sup>1018</sup>.

### **2.2.5.1.b) Los principales sistemas traslativos de Europa continental que parten de los mismos orígenes romanistas**

Sobre las bases que acaban de describirse, como acertadamente apunta DÍEZ-PICAZO, aparecen en la historia y perviven aún en el Derecho comparado tres sistemas traslativos diferentes<sup>1019</sup>:

- El denominado sistema de título y modo, de transmisión mediante *traditio* causalmente enlazada con los negocios jurídicos obligatorios antecedentes. Es un sistema que identifica la justa causa de la tradición con un contrato antecedente con el que se halla inescindiblemente ligado, de forma que si sólo hay contrato traslativo

---

<sup>1017</sup> BELDA MERCADO, J., *Presupuestos romanísticos de la transmisión de la propiedad y compraventa en la dogmática moderna*, Granada, 2001, pp. 64 y 65. En este mismo sentido se pronuncia DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, p. 861: «Para unos, la justa causa es una negocio jurídico antecedente, de carácter obligatorio, que sirve de fundamento a la transmisión del dominio, de manera que la transmisión del dominio está siempre indisolublemente vinculada a ese negocio antecedente (...) para otros en cambio, la *traditio* se desvincula del negocio jurídico obligatorio. El que traspasa la posesión con ánimo de transmitir la propiedad, transmite ésta aunque el negocio fuera irregular o inválido. La causa de la *traditio* es pura y simplemente la voluntad de ambas partes de transmitir y adquirir el dominio».

<sup>1018</sup> BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Tradición Instrumental y Posesión...*, *cit.*, p. 31. Igualmente, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, p. 861: «El planteamiento de los últimos datos del Derecho romano llevaba consigo ya dentro de sí las líneas por la que iba a discurrir la legislación y jurisprudencia posterior. El sistema de la transmisión por *traditio* experimentó en las últimas épocas del Derecho romano, una evidente espiritualización. Había en primer lugar, una serie de excepciones expresamente sustraídas al requisito del a tradición, como eran las donaciones entre padres e hijos u las donaciones a las iglesias y a las ciudades. Los supuestos generales, para los que la *traditio* se exigía, permitían, además, realizar ésta en su forma muy atenuada».

<sup>1019</sup> MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., «Los principales sistemas de transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles en el Derecho europeo», en ORDUÑA MORENO, F., DE LA PUENTE ALFARO, F. (Directores), *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho europeo*, Madrid, 2009, pp. 74, agrupa los principales sistemas de transmisión de la propiedad europeos en cuatro modalidades: el sistema consensualista francés, el sistema abstracto, el sistema traditorio causalista y el Derecho anglosajón.

(sólo hay justa causa) sólo nacerán obligaciones y no derechos reales; mientras que si sólo hay entrega, habrá tenido lugar un mero traspaso posesorio, pero no una mutación jurídico real. Este es el sistema seguido fundamentalmente en España (como ya sabemos) e igualmente en Austria.

- El sistema de transmisión puramente consensual, que aunque tiene fundamento causal, por influjo de las concepciones del Derecho natural racionalista, alcanza un grado de espiritualización máxima, que llega a sustituir la antigua *traditio* por el mero acuerdo de las partes<sup>1020</sup>. En este sistema transmisivo la frontera entre los negocios jurídico-obligacionales y los negocios de disposición, entre las acciones personales y las reales queda desdibujada, siendo los contratos traslativos, no sólo fuente de obligaciones, sino también de derechos reales. Ausencia de fronteras que trae consigo insalvables insuficiencias, fundamentalmente la falta de justificación de clásicos institutos vigentes, tales como la evicción o el justo título de la usucapión ordinaria, ante la afirmación de la nulidad de las adquisiciones *a non domino*. En efecto, si el contrato traslativo es fuente de derechos reales, el poder de disposición pasa a constituir un requisito esencial para la perfección del contrato (no de su consumación, como ocurre en el sistema del título y del modo), que afecta, pues, a la propia eficacia del mismo, lo que lleva a afirmar consecuentemente la nulidad de la venta de cosa ajena. Nulidad, que no obstante, se ven obligados a matizar artificiosamente para justificar, como decimos, institutos clásicos como la evicción y el justo título de la usucapión ordinaria<sup>1021</sup>.

---

<sup>1020</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, p. 865 da buena y resumida cuenta de los orígenes del sistema traslativo puramente consensualista acuñado en Francia: «La doctrina de la transmisión consensual del dominio tiene su origen en la progresiva espiritualización del requisito de la *traditio*, que se fue paulatina y gradualmente experimentando. Al lado de la tradición real, se admitieron muy pronto formas de tradición simbólica, de tradición ficticia o de transferencia de la propiedad sin tradición real (tradición *brevi manu*, *constitutum possessorium*, etc.). Se reemplazaba también, dice PLANIOL, la tradición por una serie de cláusulas contractuales que se hacían equivaler al *constitutum possessorium*. Así las cláusulas por virtud de las cuales el enajenante continuaba en precario o en depósito, o, en el antiguo Derecho francés, la llamada cláusula de *desaisine*, por virtud de la cual el enajenante declaraba que se despojaba de la propiedad de la cosa y la detentaba en adelante por cuenta de otro. De manera que se puede decir que el principio romano de la tradición conservaba un valor puramente teórico pero que en la práctica era la voluntad de las partes el factor determinante de la transmisión».

<sup>1021</sup> Subraya las insuficiencias del sistema traslativo puramente consensualista VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, Tomo II..., *cit.*, p. 151: «El derecho francés, en este punto, es un resto o residuo del idealismo de la revolución, que olvida que el derecho no puede moverse en un medio social sin producir efectos diversos en el resto del organismo que le sirve de campo, y por tanto la voluntad autónoma no puede ser creadora de derechos, sino a condición de obrar con pleno derecho a su vez y cubriéndose de formas protectoras de intereses de otros, que están amparados, como no puede menos, por la sociedad misma. Hace igualmente referencia a las insuficiencias del sistema traslativo puramente consensualista, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, p. 865: «Sin embargo, el principio de la transmisión consensual, como dicen PLANIOL y RIPERT, no fue una panacea. En primer lugar, porque no es aplicable a todo tipo de cosas. Supone una cosa existente y plenamente determinada, de manera que el contrato no opera la transmisión cuando la cosa no está individualizada o no existe, como es el caso de las cosas genéricas o de las cosas futuras. Las partes pueden, además, modificar a través de sus convenciones el momento exacto de la

Prueba de las insuficiencias apuntadas la constituye la propia experiencia del Ordenamiento italiano, cuyo CC de 1942, corrige los excesos del sistema puramente consensualista del CC de 1865, introduciendo, junto a los contratos reales (los que producen el nacimiento del derecho real con carácter inmediato, ex art. 1376 del CC italiano) la figura del «contrato obligatorio»; categoría que acoge todos los supuestos en que, bien sea por la naturaleza de la cosa –si ésta es, por ejemplo, genérica o futura-, bien por la voluntad de las partes, la transmisión queda diferida para un momento posterior. Esta nueva figura permite afirmar la validez de la venta de cosa ajena y con ello quedan justificadas la evicción y el justo título de la usucapión ordinaria<sup>1022</sup>.

---

transmisión, de manera que puede retrasarla, indicando el término en el cual se operará (cláusulas llamadas de protección, venta o pactos de reserva de dominio). Por otra parte, se señala que, el desarrollo del comercio jurídico crea la necesidad de protección de los terceros, de manera que en relación con éstos, las reglas sobre la transmisión deben completarse con las relativas a la transcripción». Del mismo modo, adentrándose detalladamente en los orígenes de este sistema de transmisión de la propiedad y demás derechos reales, DE PABLO CONTRERAS, P., «La adquisición derivativa *inter vivos*», en *Curso de Derecho Civil (III)...*, cit., pp. 345 y 346: «La incorrecta comprensión de la *traditio* romana por la teoría del título y el modo desemboca en la afirmación, por el Código civil francés, de que, en los contratos de finalidad traslativa (compraventa, permuta, donación), el acuerdo de voluntades manifestado por las partes, al mismo tiempo que hacer nacer obligaciones, provoca por sí mismo la transmisión de la propiedad. Eso es lo que preceptúa el artículo 1138 del *Code*, según la cual la obligación de entregar la cosa es perfecta por el solo consentimiento de las partes contratantes y hace al acreedor propietario, correspondiéndole a éste desde entonces soportar los riesgos, excepto que el deudor incurra en mora respecto a su obligación de entrega. En la adopción de esta solución tuvieron mucho que ver las concepciones del Derecho natural racionalista, en cuanto sus seguidores estimaban injusto que, por aplicación de las reglas romanas, los riesgos de la cosa competieran al vendedor hasta la entrega, cuestión que (...) se quería resolver en el sentido opuesto mas sin alterar la regla tradicional *res perit domino*. El mismo origen tiene la crítica que se realiza a la *traditio*, reducida ésta –por simplificación de las soluciones romanas facilitada por los excesos de la teoría del título y el modo- a la simple entrega posesoria de la cosa. (...) El problema de la innovación del Código francés es que se introduce como un cuerpo extraño en un sistema que, por lo demás, continúa respondiendo a los principios del Derecho común romano. En uno y en otro *nemo dat quod non habet*, esto es, para transmitir la propiedad de una cosa es necesario ser dueño de ella; pero en el sistema romano, el momento en que es necesario tener ese poder de disposición es en el de la *traditio*, pues en ésta radica el acto dispositivo el modo de adquirir-, mientras que, en el francés, ese momento no puede ser otro que el de la prestación del consentimiento contractual, o sea, el de la conformación del título, que pasa a explicar por sí mismo la transmisión del dominio. Coherentemente con ello, en Francia la venta de cosa ajena es nula (art. 1599 del *Code*); pero esto deja gravemente dañadas, cuando no sin explicación posible, otras piezas procedentes del Derecho común que sí se mantienen: la obligación de saneamiento por evicción que sigue recayendo sobre el vendedor, cuyo supuesto es, precisamente, que éste no sea dueño (si sorprende que pueda nacer una obligación de garantía de un contrato nulo, más sorprende todavía que la misma se establezca por sí se da el hecho que es precisamente causa de la nulidad); (...) y sobre todo, el mantenimiento mismo de la institución de la usucapión ordinaria (art. 2265), que, al exigir justo título, opera precisamente sobre la hipótesis romana de que, a pesar de haber contrato de finalidad traslativa, la *traditio* no puede operar el efecto adquisitivo por no ser dueño el transmitente».

<sup>1022</sup> Da cuenta detallada de las insuficiencias del sistema consensualista y apunta con enorme claridad las correcciones introducidas por el sistema italiano, CUENA CASAS, M., *La función del poder de disposición...*, cit., pp. 89, 90; 130-132; 147 y 148. También se hace eco de las correcciones del sistema, DE PABLO CONTRERAS, P., «La adquisición derivativa *inter vivos*», en *Curso de Derecho Civil (III)...*, cit., p. 346: «El Código civil italiano de 1865 siguió fielmente el modelo del Código francés, estableciendo el principio de la transmisión consensual de la propiedad y los derechos reales (art. 1125). El Código de 1942 no reniega del sistema, si bien introduce en él significativas correcciones, sin duda motivadas por las antinomias y disfunciones que son inherentes a la solución francesa. La principal de esas innovaciones es la admisión, en este punto, de dos categorías de contratos: los de efectos reales, en los que se produce la transmisión de la

Este el sistema iniciado en Francia y seguido por diversos Códigos Civiles surgidos bajo su ámbito de influencia, tales como el portugués y señaladamente el italiano (con el CC italiano de 1865, pues en el CC vigente de 1942, como acabamos de ver, se corrige dicho sistema notablemente).

- Finalmente, el sistema del llamado acuerdo traslativo abstracto, que requiere para la mutación jurídico-real la antigua *traditio*, pero no fundada en un antecedente negocio obligatorio, sino la pura y simple concorde voluntad de las partes de adquirir y transmitir el dominio. Esto es, la voluntad del transmitente y adquirente resulta preceptiva, pero imbuida en la propia tradición, no quedando identificada en un negocio antecedente con el que debe estar íntimamente ligada<sup>1023</sup>. Este es el sistema seguido fundamentalmente por Alemania, Ordenamiento en el que impera el acuerdo traslativo abstracto, que en materia de transmisión de derechos reales inmobiliarios, debe ir acompañado de su preceptiva inscripción en el Registro de la Propiedad<sup>1024</sup> (*ex* § 873 del BGB)<sup>1025</sup>.

propiedad o del derecho real “por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado” (art. 1376); y los que se han venido en denominar contratos obligatorios (...).»

<sup>1023</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, p. 862.

<sup>1024</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, p. 866: «En el Derecho alemán, según explica WOLFF, la adquisición de la propiedad se produce mediante la transmisión de una propiedad anteriormente existente, que se realiza en virtud de un negocio jurídico, que va seguida de inscripción en el Registro si se trata de bienes inmuebles o de la entrega o transferencia de la posesión de la cosa si se trata de muebles. El acuerdo sobre la transmisión es un contrato real de disposición y debe diferenciarse jurídicamente de los negocios que obliguen a la transmisión (por ej., compraventa), aunque en la vida corriente ambos negocios constituyan un proceso unitario. Tratándose de bienes inmuebles, el acuerdo de transmisión, que recibe el antiguo nombre de *Auflassung*, es un negocio formal, que se realiza ante la oficina del Registro en cuyo distrito esté situada la finca o ante cualquier otra autoridad competente para recibir las declaraciones de voluntad; y es un negocio abstracto, porque la conclusión de un negocio causal válido no es requisito para la validez y eficacia del negocio de disposición». De igual modo, DE PABLO CONTRERAS, P., «La adquisición derivativa *inter vivos*», en *Curso de Derecho Civil (III)*..., *cit.*, p. 347: «En el sistema transmisivo alemán se distinguen nítidamente los negocios obligacionales (cuya eficacia es siempre y solo *inter partes*) y el acto dispositivo (*Verfügung*) por el que se transmite (o se crea, modifica o extingue) el derecho real (eficacia *erga omnes*). Ello sucedía igualmente en la *traditio* romana y sucede en los sistemas de título y modo; pero, respecto a estos, la gran innovación alemana consiste en la abstracción del acto dispositivo. La titularidad real nace exclusivamente de éste, formado por el acuerdo en transmitir y adquirir (*Einigung*) más la inscripción (que es constitutiva), tratándose de inmuebles (§ 873 BGB); y por dicho acuerdo más la entrega de la cosa tratándose de bienes muebles (§ 929 BGB). Y ello con total independencia del negocio obligacional antecedente (la venta, la permuta, la donación), de modo que, si éste adoleciera de algún defecto o llegara a faltar, queda en pie el cambio real, que no depende de él, y únicamente procederá, en su caso, el ejercicio *inter partes* de una acción personal por enriquecimiento injustificado (§ 812 BGB)». Igualmente, con notoria clarividencia DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, II..., *cit.*, p. 561: «El Código alemán, por el contrario, independiza en absoluto del contrato obligatorio la constitución o transmisión del derecho real, distinguiendo entre un consentimiento dirigido a producir simplemente obligaciones vinculantes *inter partes*, del consentimiento encaminado a producir efectos reales, vinculantes *erga omnes*, con lo que en definitiva, (...) no hace sino extraer las últimas consecuencias de la teoría romana de la *justa causa traditionis*». Asimismo, RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993, pp. 107 y 108: «De este modo, se consagra en Alemania una adquisición de la propiedad desvinculada de la suerte del título contractual, producida por un específico negocio dispositivo, ulterior al contrato (*dinglicher Vertrag*), que se llamará acto o



### 2.2.5.1.c) La teoría del título y el modo: análisis de sus elementos

Como acaba de anticiparse el sistema traslativo por título y modo constituye una construcción marcadamente causalizada de la tradición romana que según CUENA CASAS debe su formulación concreta a JOHANN APEL, quien afirma que «una cosa es el dominio y otra la obligación; el primero es algo perfecto; la segunda, en verdad cosa imperfecta. Así como también son diferentes la causa del dominio (es decir, el modo de adquirir) y la causa de la obligación (por ejemplo, el contrato). No hay nada de común entre los modos de adquirir y la obligación a menos que no nos refiramos a que los contratos frecuentemente son causa de la tradición». Esta formulación es recogida a su vez por HEINECCIO, quien sostiene que «no hay que confundir el título y el modo de adquirir, porque dista tanto como el cielo de la tierra. Todo dominio tiene dos causas: una próxima, por la cual se consigue inmediatamente el dominio, y otra remota, por la cual y mediando la cual, se hace uno dueño. (...) Aplicando esto, la causa próxima del dominio se llama modo de adquirir; la causa remota se llama título. También se diferencian en el efecto. Por el título me dirijo

---

negocio traslativo (*Einingung*). Se diseña, por consiguiente, un hiato insuperable entre el contrato (simple fuente de obligaciones y nunca título de adquisición) y este acto traslativo, que, aunque se lleve a cabo en ejecución de la obligación que deriva del precio contrato, es abstracto, puesto que no requiere, para su validez, la sustancial preexistencia de una *causa obligandi* (es válido incluso si el contrato antecedente es posteriormente declarado nulo por falta de falsedad de su causa). Para la validez de este acto traslativo, se exige, pese a todo, una causa, emparentada con la *iusta causa traditionis* del Derecho Romano leída en clave abstracta, e identificada con el *animus transferendi et acquirendi*. En ella encaja perfectamente la *causa solvendi*, que es el alma del negocio jurídico del pago en el sistema alemán, y basta para justificar cualquier desplazamiento patrimonial, aludido con la noción de prestación (*Zuwendung*). En este mismo sentido, WESTERMANN, H., WESTERMANN, H. P., KARL-HEINZ, G., EICKMANN, D., Traducción realizada por CAÑIZARES LASO, A., MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Derechos reales*, Vol. I, 7ª Edición, 1998, pp. 990 y 991: «La particular importancia de la propiedad inmueble conduce a un tratamiento especial de la adquisición negocial de la propiedad frente al resto de los desplazamientos patrimoniales. Así el negocio jurídico obligacional tiene una regulación especial en el § 313 apartado 2 a través del acuerdo abstracto de transmisión (*Auflassung*) y la inscripción; pese a ello, esa subsanación sólo opera en la práctica cuando el contrato se ha autenticado, pero de forma ineficaz, pues el acuerdo abstracto de transmisión (*Auflassung*) exige la presentación del documento del negocio obligacional (...). La disposición está compuesta por acuerdo e inscripción, en cuanto que rige el § 873. Con todo, el § 925 determina que el acuerdo, llamado acuerdo abstracto de transmisión (*Auflassung*), requiere de una determinada forma y no es susceptible de sometimiento a término o condición. De acuerdo con ello, el § 20 de la GBO exige la prueba del acuerdo en lugar del consentimiento unilateral para la inscripción. Con todo ello se logra que, conforme a la importancia del negocio, el negocio obligacional y el negocio dispositivo están sujetos al control estatal».

<sup>1025</sup> Indica agudamente RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad...*, cit., p. 121, que «si dejamos de lado, pues el sistema transmisivo abstracto alemán, columbraremos que las diferencias entre los restantes sistemas transmisivos (sistemas causales) son más bien escasas. Siendo siempre en éstos el válido contrato transmisivo elemento (sólo o acompañado de la entrega o tradición) de un supuesto de hecho cuyo efecto, más o menos inmediato, es la transmisión, la diversidad radica exclusivamente en el cuándo de la concesión legal de tal efecto (perfección del contrato (sistema consensual, que implica una sustancial contextualidad del acto de asunción de la obligación de dar y del acto de su cumplimiento *prima facie*), realización de la entrega (sistema de título y modo))».

contra la persona que contrató conmigo; por el modo de adquirir reclamo la cosa contra cualquier poseedor»<sup>1026</sup>.

Hecha esta breve incursión en los orígenes de la teoría del título y del modo, así como en los principales sistemas traslativos a que a partir de los mismos se han desarrollado en nuestro comparado continental, pasemos ahora analizar en qué consisten cada uno de los elementos conformadores del sistema traslativo objeto de estudio: a saber, en qué consiste el título y en qué el modo o tradición<sup>1027</sup>.

Como venimos diciendo en el *iter* transmisivo, título y modo son elementos distintos, pero íntima y dependientemente ligados entre sí, de forma que las irregularidades de uno repercutirán en las del otro<sup>1028</sup>. Si sólo hay título, reiteramos, sólo habrán nacido obligaciones respecto a cada una de las partes; y si sólo hay entrega, no tendrá lugar más que

---

<sup>1026</sup> CUENA CASAS, M., *La función del poder de disposición...*, cit., p. 226. También da cuenta detallada de los antecedentes de la teoría del título y del modo, entre otros, LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, III (Vol. 1º)..., cit., pp. 180 y 181: «No nos interesa ahora tanto el valor que tuvieron los textos del *Corpus iuris* aquí citados al tiempo de escribirse, cuanto el que les dieron los autores del Derecho común o intermedio. Los cuales, más o menos influidos por el desarrollo de las categorías aristotélicas de posibilidad y efectividad (potencia y acto, en la filosofía de su tiempo), vienen a considerar al contrato antecedente a una transmisión como causa remota de ésta: como la *iusta causa precedens* exigida por los textos romanos para la efectividad de la *traditio*. Si aquél, ésta no surte su efecto transmisivo. Pero el contrato, por sí solo, tampoco: se limita a crear la obligación de transmitir; a ser mero *iustus titulus* de una mutación que va a efectuarse, pero no *causa próxima* de tal mutación, la cual sobreviene ulteriormente a virtud de la tradición, *modo* jurídico de transferir. De donde la transmisión es el resultado de conjugar dos factores o elementos: el título o contrato que la explica y justifica, y el modo o tradición que, potenciado por aquél, le da actualidad y eficacia. Con todo, si el título o causa remota de la transmisión, en principio, no es apto por sí solo para conferir un *ius in re*, sí comunica al adquirente un *ius ad rem*: un derecho a la cosa (no en la cosa), especie de situación intermedia en el *iter* transmisivo, que sale del campo de las meras obligaciones, aun sin llegar a crear un derecho real perfecto. La teoría del título y modo se sigue explicando por los epígonos del Derecho común, lo que sin duda no dejó de tener influencia mediata en nuestros juristas del siglo XIX. (...) En el Derecho español este planteamiento queda como algo inconcuso desde la edad media: lo aceptan los territorios de Derecho romano (no plenamente el Derecho aragonés), y en Castilla, desde las Partidas (3, 281, 46) y sus comentaristas (Gregorio LÓPEZ), toda la doctrina, aunque haciendo notar cómo no hay necesidad de tradición en los derechos reales sin visibilidad posesoria, como la hipoteca o las servidumbres».

<sup>1027</sup> Nótese, como acertadamente apunta CUENA CASAS, M., *La función del poder de disposición...*, cit., p. 228, que el término «tradición», como sinónimo de modo en el sistema traslativo por título y modo induce a cierto confusión teniendo presente sus orígenes: «Con la teoría del título y el modo se produce una cierta confusión terminológica, pues lo que antes era el todo (la tradición como modo) ahora con esta denominación parece tan sólo una parte (la transmisión de la posesión). De aquí parece arrancar la tendencia actual a asimilar la tradición a la mera transmisión de la posesión, es decir, la consideración de la *traditio* como un mero hecho cuya función principal era hacer públicas las adquisiciones de los derechos reales. Asimismo, en este mismo sentido DE LOS MOZOS, J. L., «Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español», en *Anuario de Derecho Civil*, N°4, 1972, p. 1067: «La tradición aparece trivializada al referirla exclusivamente al paso de la posesión, llegándose a materializar este elemento, olvidando su doble función. Esto arranca de la doctrina del Derecho común, por una implicación inadecuada entre *traditio* y *solutio*, en lo que incide después la teoría del título y el modo, con su idea de considerar al título como causa precedente, con lo que la tradición aparece en el lugar del cumplimiento de las prestaciones nacidas de una relación obligatoria y si se la refiere exclusivamente a la posesión, tendremos como consecuencia la descomposición de la unidad del acto traslativo».

<sup>1028</sup> FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, C., *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, p. 105.

mero traspaso posesorio. Sólo la yuxtaposición de ambos elementos, cuando son existentes y válidos determinará la eficaz transmisión del derecho real<sup>1029</sup>. Resulta conveniente, pues, determinar la naturaleza de cada uno de estos elementos y sus requisitos de validez: aquellos que debe reunir el título para constituir una válida *iusta causa traditionis*, así como los necesarios para que la tradición traiga definitivamente la transmisión del derecho real proyectada en el contrato.

Comenzando por el **título**, es evidente, afirma FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, que «comprobado que nuestro Ordenamiento, siguiendo la tradición histórica, se acoge el sistema de título y modo en las transmisiones contractuales, (...) es obvio que se trata de un contrato», y en ello coincide la práctica unanimidad de la doctrina<sup>1030</sup>. Mas no cualquier contrato, sino únicamente aquellos que resulten idóneos, mediante la tradición, para producir el traspaso del derecho real: los denominados contratos traslativos del dominio. El propio codificador español no puede ser más claro a este respecto, ya que el art. 609, párrafo segundo, *in fine*, hace referencia a «ciertos contratos».

Por cuanto respecta a sus requisitos, es en materia de usucapición donde quedan regulados, particularmente en los arts. 1952 y 1953 del CC español, que exigen que el título sea justo, verdadero y válido. Por justo título se entiende, *ex art.* 1952, «el que legalmente basta para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate». Por verdadero, que tenga una existencia real y jurídica. Y, finalmente, debe ser válido, en el sentido de que

---

<sup>1029</sup> Afirma Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, p. 863 a este respecto que «es necesaria, pues, la yuxtaposición de dos elementos en algo que se puede considerar como un supuesto complejo de formación sucesiva: el contrato antecedente y el traspaso posesorio. Sólo la yuxtaposición de ambos elementos, cuando ambos actos jurídicos existen y son válidos, determina la transmisión. Si únicamente ha existido el primero, habrá entre las partes una simple relación con puro valor obligacional. Se habrá adquirido un derecho personal o de crédito, pero no un derecho real. Si ha existido *traditio*, pero no está fundada en un justo título, porque el contrato antecedente no ha existido o es inválido por cualquier razón, habrá un traspaso posesorio, pero no habrá existido una verdadera transmisión de la propiedad, de modo que el tradente sigue siendo propietario, el accipiente no habrá llegado a serlo nunca y el primero podrá ejercitar una acción real reivindicatoria, tanto frente al accipiente como frente los posibles poseedores (subadquirente de éste)». Igualmente, Albaladejo García, M., *Derecho Civil*, III..., *cit.*, p. 130: «Sin modo subsiguiente, el título es insuficiente para producir la adquisición del derecho real. Sin título previo, la entrega (el modo) no transfiere (hace adquirir al que la recibe) el derecho real. (...) El proceso adquisitivo se produce, pues, en dos etapas. En la primera, como consecuencia del título, el futuro adquirente recibe ya un derecho de crédito a que el futuro transmitente le transfiera el derecho real de que se trate. Se está entonces en el campo del Derecho de obligaciones. Uno puede exigir y el otro debe realizar una prestación: la conducta que consiste en transmitir el derecho real. En la segunda etapa, el enajenante cumple su obligación, que consiste en realizar el modo o acto transmisivo del repetido derecho».

<sup>1030</sup> FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, C., *Compraventa de cosa ajena...*, *cit.*, pp. 105 y 106. En este mismo sentido también Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, p. 893: «El llamado título o causa de la adquisición es un previo contrato obligatorio, del cual la adquisición resulta. Ha de ser, además, un contrato que ha de reunir las coordenadas de ser existente, válido y eficaz. Si cualquier de ellas faltara, la transmisión llevada a cabo sobre él sería inefectiva y el dominio no habría sido adquirido por el accipiente, ni transmitido por el tradente». Igualmente, Albaladejo García, M., *Derecho Civil*, III..., *cit.*, p. 132: «Según el artículo 609, y preceptos concordantes del Derecho foral y la jurisprudencia (...), el ámbito a que se extiende la teoría del título y el modo es el de la adquisición de derechos reales por contrato, quedando fuera la que tenga lugar de otra forma».

concurran en él todos los requisitos que la Ley exige a tales efectos: los recogidos en el art. 1261 del CC español, a saber, el válido consentimiento, objeto y causa<sup>1031</sup>.

En lo que hace al **modo o tradición**, constituye siempre ya sea causal o abstractamente, un acto de cumplimiento, solutorio o de pago, esto es, un acto material de traspaso de la posesión de un bien de una persona a otra<sup>1032</sup>. Traslación posesoria que para ser apto instrumento originador de una mutación jurídico-real requiere de una serie de presupuestos a los que recurrentemente hace referencia la doctrina española: la controvertida justa causa, la existencia de una concorde voluntad de las partes de transmitir y adquirir el dominio, la producción del traspaso de la posesión del bien, y la legitimación dispositiva o poder de disposición del transmitente<sup>1033</sup>.

Por lo que respecta a la justa causa de la tradición, de acuerdo con la concepción causalista imperante en nuestro Ordenamiento, de la que trae causa el sistema traslativo por título y modo, consiste en un contrato obligatorio de finalidad transmisiva antecedente y en cuya ejecución se hace la entrega a la que sirve precisamente de causa<sup>1034</sup>. En la ubicación de este requisito es en el que surgen las principales diferencias entre los distintos sistemas traslativos, fundamentalmente entre el sistema causalista español y el abstracto alemán: el sistema alemán, como ya ha quedado dicho, identifica la justa causa con un acuerdo sobre la transmisión que no constituye un negocio jurídico precedente. Por tanto, en el Ordenamiento español la entrega posesoria sólo provocará la traslación del derecho real cuando traiga causa de un válido contrato traslativo precedente, respecto del que se encuentra íntimamente ligado de manera que todo defecto en ese negocio antecedente invalidará la eficacia transmisiva de la entrega<sup>1035</sup>. Prueba de la íntima vinculación que en el sistema español existe entre el

---

<sup>1031</sup> FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, C., *Compraventa de cosa ajena...*, cit., pp. 109 y 110.

<sup>1032</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., cit., p. 871 define la tradición en sentido material del siguiente modo: «(...) La tradición es una investidura de la posesión del adquirente y la creación de un signo objetivo que permite a los demás reconocer que la transmisión de ha producido». En sentido análogo se pronuncia DE PABLO CONTRERAS, P., «La adquisición derivativa *inter vivos*»..., cit., p. 343: «En principio, la *traditio* consiste en un hecho, que no es otro que la entrega de la cosa o, desde el punto de vista del adquirente, en el apoderamiento de la misma». Asimismo, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, III..., cit., p. 130: «Modo es el acto (consistente, como he dicho, en la entrega, con ánimo de transmitirlo, de la posesión del derecho cuya enajenación se estableció), por el que se realiza efectivamente la enajenación por el transmitente, que es adquisición que recibe».

<sup>1033</sup> FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, C., *Compraventa de cosa ajena...*, cit., pp. 110-112.

<sup>1034</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., cit., p. 885: «Con arreglo a una tesis que se puede llamar clásica, justa causa de la tradición es siempre el negocio jurídico obligatorio en ejecución del cual se realiza o lleva a cabo la transmisión de la propiedad (v. gr., una compraventa, una donación, etc.). La doctrina de la justa causa de la tradición se liga de este modo muy estrechamente con la vieja doctrina escolástica del título y el modo: el título es el negocio jurídico obligatorio antecedente, que es la causa de la transmisión; el modo es la forma de llevarlo a cabo mediante la *traditio*. A este forma de dibujar el mecanismo de la transmisión de la propiedad se le califica como concepción causal».

<sup>1035</sup> FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, C., *Compraventa de cosa ajena...*, cit., pp. 113 y 114.

contrato traslativo constitutivo de la justa causa de la tradición y la propia entrega<sup>1036</sup> es que ésta última queda regulada en sede de la compraventa (arts. 1462 y ss. del CC español), contrato traslativo por antonomasia; no gozando, pues, de una regulación jurídica autónoma<sup>1037</sup>.

Cierto sector de la doctrina clásica española, añade como segundo requisito de la tradición, además de la justa causa, un acuerdo de las partes sobre el traspaso del derecho, entendido como elemento aparentemente distinto del anterior. Esto es, se necesita un válido contrato traslativo antecedente y con independencia del mismo y adicionalmente un acuerdo de las partes sobre el hecho mismo de la transmisión jurídico-real: es lo que se conoce como el *animus* de la tradición<sup>1038</sup>. Y he aquí un importante foco de polémica doctrinal, pues este autónomo acuerdo desvinculado del negocio antecedente recuerda mucho al abstracto acuerdo traslativo alemán, de ahí que pueda detectarse en este segundo requisito una clara influencia de las corrientes germánicas en el seno de nuestra doctrina. En efecto, si nuestro sistema de tradición causalizada se caracteriza por identificar la *iusta causa traditionis* con un contrato traslativo antecedente, ¿acaso no va ya implícito el necesario *animus* de la tradición precisamente en dicha justa causa, en ese contrato traslativo previo? Un nuevo acuerdo, pues, siguiendo en este punto FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, «no sería más que una repetición inútil; y en la hipótesis de que dicho acuerdo fuera en una

---

<sup>1036</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, p. 885: «La consideración del negocio antecedente como causa determina una estrecha vinculación entre negocio obligatorio y tradición, de tal manera que la existencia o inexistencia, las vicisitudes o irregularidades del negocio causal afectan directamente e inmediatamente al valor y eficacia de la tradición. Si el negocio jurídico obligatorio es jurídicamente inexistente o nulo, ello significa, como dice U. ÁLVAREZ, que el tradente no ha llegado a perder en ningún momento la propiedad y que el accipiente no ha llegado nunca a adquirirla, aunque se le haya traspasado la posesión. Por tanto, el tradente puede todavía esgrimir una acción real reivindicatoria para recuperar la cosa y esta acción la puede ejercitar no sólo contra el accipiente, sino contra cualesquiera otros terceros cuyos derechos deriven de este último».

<sup>1037</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, p. 891: «Un argumento de alguna fuerza, que favorece la idea de que en nuestro sistema de Derecho positivo tiene vigencia un mecanismo causal de transmisión del dominio, puede extraerse del hecho de que las normas en que se configura la entrega de la cosa (arts. 1462-1464) se incluyen al regular el contrato de compraventa y como consecuencia de él».

<sup>1038</sup> Coinciden en exigir un autónomo acuerdo traslativo aparentemente distinto del que viene dado por el título que sirve de justa causa antecedente, señaladamente: ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, III..., *cit.*, p. 136: «Se distinguen, pues, en la tradición, dos elementos; uno corporal, la transferencia de la posesión; otro espiritual, el acuerdo de ambas partes sobre el traspaso del derecho». Y con especial hincapié, DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, II..., *cit.*, p. 563: «(...) Aun en el caso de que nos encontremos ante un título de finalidad transmisiva, la entrega o tradición puede carecer de efectos transmisivos, cuando las partes, de momento, no haya querido atribuírselos: piénsese en lo que ocurre, por ejemplo, cuando se realiza una venta con pacto de reserva de dominio, en que la transmisión de la propiedad queda condicionada al total pago del precio, o cuando se entrega “a prueba” la cosa vendida, en que sólo cuando el comprador la encuentre satisfactoria llegará a producirse la transmisión, o en aquellos caso en que la cosa vendida se encuentre en poder del comprador por cualquier otro título... Ello nos lleva a la consecuencia de que para que la tradición se produzca es preciso que al mero consentimiento obligatorio se añada un acuerdo de dotar a dicha entrega de efectos reales y transmisivos: es lo que los juristas romanos denominan *iusta causa traditionis*, y que no consiste en otra cosa que en el acuerdo de transmitir la propiedad, o lo que es lo mismo, la voluntad del que entrega la cosa de transmitir el dominio y la voluntad concurrente del que la recibe de adquirir ese dominio que mediante la entrega se le ofrece».

dirección distinta a la del contrato, no podría entonces considerarse justificado en el título precedente; supondría, por tanto, y en todo caso, un nuevo contrato (título)<sup>1039</sup>. En cualquier caso, como decimos, son muchas y autorizadas las voces que proclaman la exigencia de este *animus* o acuerdo sobre el traspaso del derecho como requisito esencial de la tradición entendida como modo traslativo.

En tercer lugar, junto al anterior *animus*, también se necesita, huelga decirlo, el traspaso de la posesión de la cosa (el denominado *corpus*), esencia misma de la tradición<sup>1040</sup>, que como venimos diciendo no es más que esa traslación posesoria unida a los requisitos que venimos analizando (justa causa, *animus* -con las objeciones apuntadas-, y poder de disposición del transmitente). Traspaso posesorio, que como ya ha quedado apuntado, desde los tiempos del Derecho romano ha sido objeto de un progresivo proceso de espiritualización que es acogido por el Derecho histórico español hasta pasar al mismo Código Civil español vigente. En efecto, en el CC español son los arts. 1462 a 1464 los que recogen una enumeración que no constituye un *numerus clausus* de las distintas formas de tradición admitidas, entre las que se recogen además de la entrega material, la elevación a escritura pública, la entrega de llaves, así como el solo acuerdo de los contratantes en los casos en que la cosa vendida no pueda trasladarse al comprador en el instante de la venta o si la tenía ya en su poder por algún otro motivo (todas estas últimas constituyen formas espiritualizadas de tradición, esto es, que se consideran como tales sin implicar traspaso posesorio material).

Finalmente, el último de los presupuestos necesarios para que la tradición surta eficacia transmisiva es la exigencia de que el transmitente esté legitimado para disponer de la cosa transmitida, esto es, que sea dueño de la misma. Esta idea es la que expresa el aforismo latino *nemo dat quod non habet* (Dig. 54, 17, 54), de cuya vigencia como principio general

---

<sup>1039</sup> FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, C., *Compraventa de cosa ajena...*, cit., p. 116. En sentido análogo se pronuncia Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., cit., pp. 877 y 878: «El mero hecho de la entrega de una cosa y el traspaso posesorio son por sí solos hechos incoloros de los que no es posible nunca deducir un índice inequívoco de transmisión dominical. Por ello, se ha venido diciendo que para que exista efecto traslativo es necesario que exista concorde voluntad de las partes de transmitir y de adquirir. (...) En principio cabe pensar que esa concorde voluntad de las partes de adquirir y de transmitir el dominio o de producir una modificación jurídico-real es una voluntad de carácter negocial, determinante, por tanto de un nuevo y especial negocio jurídico, que es distinto del negocio jurídico obligatorio del que la transmisión o la modificación son resultado, de manera que cada uno de ellos está sometido a sus propios requisitos de validez y a sus propios efectos. Esta es, como sabemos, la tesis del Derecho alemán, que separa el negocio obligatorio del negocio real o negocio dispositivo el que se califica como acuerdo traslativo. Siguiendo esta línea habría que buscar la voluntad negocial traslativa con independencia de la voluntad determinante del negocio obligatorio y enjuiciar por separado sus requisitos de validez (...). En nuestro Derecho positivo una escisión tan tajante no tiene apoyo en las normas legales, ni resulta tampoco del modo de operar del tráfico económico. Puede ocurrir -y esto será lo más probable- que el acto traslativo no vaya acompañado de ninguna declaración de voluntad especial, considerada como voluntad negocial traslativa, sino que ésta haya que inducirla de la existencia del negocio jurídico previo del cual la transmisión sea consecuencia. Y puede incluso decirse que, de algún modo, queda embebido en el supuesto completo. Existiendo el negocio previo o antecedente debe presumirse que la entrega se realiza con ánimo traslativo y, por consiguiente, que la voluntad ha existido».

<sup>1040</sup> FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, C., *Compraventa de cosa ajena...*, cit., pp. 117 y 118.

en nuestro Ordenamiento no cabe dudar<sup>1041</sup>. Ciertamente, se trata de una regla que hoy puede verse reflejada en el art. 1160 del CC español, cuando establece que «*en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla. Sin embargo, si el pago hubiera consistido en una cantidad de dinero o cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiere gastado o consumido de buena fe*». El precepto, como indica BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, se aplica únicamente a las obligaciones «en las que la entrega de la cosa corresponde a la transmisión de la propiedad o –por extensión- de un derecho real (la tradición del art. 609 CC)»<sup>1042</sup>. Y como acertadamente apunta CUENA CASAS, «lo que parece deducirse claramente del artículo 1160 del CC es que el poder de disposición no es un requisito del contrato: la función de éste consiste en la mera generación de obligaciones (Base 20, Ley 1888). El poder de disposición constituye un requisito de la tradición, un problema de modo y no de título»<sup>1043</sup>. Inteligencia, continúa afirmando la referida autora, «que aporta argumentos suficientes para no dudar acerca de la validez de los contratos traslativos del dominio aun cuando versen sobre cosa ajena»<sup>1044</sup>. Y, ¿qué ocurre si tiene lugar la entrega de la cosa por parte de un sujeto carente de legitimación para disponer de la misma? Responde tajantemente a esta cuestión FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO quien afirma que «el *accipiens*, en este caso, se convierte en mero poseedor, expuesto a la acción reivindicatoria del *verus dominus*»<sup>1045</sup> (salvo en el caso en que dicho sea subsanado por los instrumentos jurídicos protectores de la buena fe, particularmente en el ámbito inmobiliario, la fe pública registral del art. 34 de la LH española).

---

<sup>1041</sup> DE PABLO CONTRERAS, P., «La adquisición derivativa *inter vivos*»..., *cit.*, p. 355.

<sup>1042</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 1160 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., SALVADOR CODERCH, P., (Directores), *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, p. 175.

<sup>1043</sup> CUENA CASAS, M., *La función del poder de disposición*..., *cit.*, p. 527.

<sup>1044</sup> CUENA CASAS, M., *La función del poder de disposición*..., *cit.*, p. 528. En sentido análogo se pronuncia DE PABLO CONTRERAS, P., «La adquisición derivativa *inter vivos*»..., *cit.*, p. 355: «El precepto se refiere (...) a los casos en que el deudor se obliga, no sólo a entregar la posesión de una cosa, sino a transmitir su propiedad; pero, por lo demás, (...) se trata del único precepto que alude de manera directa al momento en que es necesario el requisito del poder de disposición, que es siempre el del pago o cumplimiento, no aquel en que la obligación se haya contraído, y esto vale también para los contratos de finalidad transmisiva en los que el deudor cumple con la simple entrega, como ocurre en el de compraventa. Por eso no puede dudarse de que en nuestro Derecho es válida la venta de cosa ajena, como lo es también la permuta de cosa ajena (de lo que es prueba irrefutable el art. 1539 CC, que regula sus efectos) y lo son, en general, los demás contratos por los que se contrae la obligación de entregar una cosa o, incluso, de transmitir su propiedad: en este último caso lo que no será válido es el pago (art. 1160 CC), pero sí el contrato o la obligación como tal».

<sup>1045</sup> FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, C., *Compraventa de cosa ajena*..., *cit.*, p. 119.

### 2.2.5.2. Justificación del rechazo a la operatividad de la teoría del título y modo al ámbito de la venta judicial: determinación del sistema transmisivo acorde a la naturaleza no contractual de la venta judicial y selección del momento del efecto traslativo

Analizado con cierto detalle el sistema traslativo del título y el modo imperante con carácter general en las transacciones derivativas *inter vivos* onerosas en España, procede ahora determinar si en atención a las concretas características de los elementos que la componen, resulta o no adecuada su aplicación a las transmisiones operadas mediante la venta judicial.

Venimos reiterando de manera incisiva a lo largo de estas páginas la importancia que guarda la cuestión de la naturaleza jurídica de la venta judicial en la resolución de los distintos aspectos sustantivos que acerca de la misma estudiamos en el presente trabajo; fundamentalmente, como consecuencia de la ausencia de un régimen sustantivo que reglamente positivamente dichos aspectos. Y en el ámbito de selección del sistema transmisivo aplicable a la venta judicial, sobre el que nada dice ni el CC español ni la Ley procesal española, lo anterior recobra aún más vigencia si cabe<sup>1046</sup>. En efecto, si tenemos presente que la venta judicial constituye una institución compleja, que encuentra su origen en el conjunto de actos procesales que conforman el proceso de ejecución, dando lugar a una relación jurídica propia de venta de naturaleza claramente no contractual, pues falta en todo caso la voluntad del «transmitente», la respuesta acerca del particular se obtiene inmediatamente: no cabe aplicar, bajo ningún concepto, la teoría del título y del modo a la venta judicial. Justifiquemos detalladamente el porqué de nuestra afirmación, partiendo del confrontación con los elementos que integran este sistema transmisivo.

Comenzando por el **título**, acabamos de constatar cómo la generalidad de la doctrina española coincide en afirmar unánimemente que el título de transmisión no es otra cosa que un «contrato traslativo del dominio», de ahí que el propio art. 609, párrafo segundo *in fine* del CC español, en el que se recoge la teoría del título y modo, hable de «*ciertos contratos, mediante la tradición*». Nos encontramos, pues, ante un modo o sistema traslativo propio y exclusivo del ámbito contractual<sup>1047</sup>, al que claramente no pertenece la venta judicial.

---

<sup>1046</sup> Así lo apunta acertadamente NAVARRO CASTRO, M., «La adquisición de la propiedad por subasta en los procesos de ejecución. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 24 de junio de 1997», en *Revista de Derecho Privado*, N° 82, 1998, p. 819: «No vamos a examinar detenidamente un problema tan largamente debatido por la doctrina (refiriéndose al problema de la naturaleza jurídica de la venta judicial), aunque la postura que adoptemos es importante para encontrar respuesta al problema de la transmisión de la propiedad, puesto que mientras que si nos inclinamos por las tesis negociales parece necesaria la tradición por aplicación del artículo 609, si pensamos que la transmisión se produce en el ejercicio del poder jurisdiccional del Juez, el efecto transmisivo puede fundamentarse en la decisión de éste».

<sup>1047</sup> Ámbito contractual del sistema traslativo por título y modo afirmado igualmente por parte de la jurisprudencia española, tal y como destaca LÓPE FRÍAS, A., «Comentario al artículo 609 del Código Civil», en PASQUAU LIAÑO, M. (Dir.), *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Tomo II, 2ª Edición, Granada, 2009, p. 1190: «En cuanto al ámbito de la teoría del título y el modo, la STS 10 julio 1997 considera que dicho sistema es aplicable a la adquisición derivativa, no sólo del derecho de propiedad, sino también de los derechos



Bastaría, pues, con esta premisa inicial, para dejar por sentado el justificado e indudable rechazo que venimos predicando acerca de la aplicación del título y modo a las transmisiones operada en virtud de subastas judiciales forzosas. Reiteramos, la venta judicial no es un contrato, de manera que no puede resultarle de aplicación un sistema de transmisión del dominio y demás derechos reales propiamente contractual, cual es el sistema del título y el modo.

Partiendo de lo anterior y en base a la noción causalizada de la tradición propia del Ordenamiento español, conforme a la cual la entrega posesoria debe traer causa y quedar íntimamente ligada a un válido contrato antecedente para producir la mutación jurídico real, de suerte que la ausencia de alguno de estos elementos hará inoperante a cada uno de ellos considerados de forma aislada, no cabe entonces plantearse si el **modo** se ajusta a la naturaleza de la venta judicial: si ya no hay contrato antecedente, por mucho que el modo reúna sus características propias, no existirá traspaso jurídico-real. Pero es que si no hay título, estos presupuestos de validez del modo tampoco se darán: comprobamos que uno de los requisitos esenciales del modo o tradición (segundo de los elementos de la teoría del título y modo) en el Ordenamiento español es precisamente la concurrencia de la denominada «*justa causa traditionis*», identificada con el válido negocio jurídico-obligacional precedente, que en el caso de la venta judicial, insistimos, brilla por su ausencia.

En definitiva, en el seno de la venta judicial, ni hay título traslativo, ni modo o tradición, por lo que no puede resultar aplicable el sistema traslativo por título y modo (de la misma forma en que no resultaba de aplicación a la venta judicial el sistema consensualista en el caso italiano).

Nos queda palmariamente claro que el título y modo no es el sistema transmisivo aplicable a la venta judicial, aunque de lo que no cabe duda es que a través de esta última tiene lugar un traspaso de un derecho real; ¿cuál es, pues, el sistema de transmisión que deberá aplicarse? ¿Existen otros modos o sistemas de traslación del dominio y demás derechos reales contemplados en nuestro Ordenamiento para las transmisiones derivativas *inter vivos* y onerosas que puedan ajustarse a la naturaleza forzosa y no contractual de la venta judicial? Sí lo hay y no hay que irse muy lejos: se contempla en el propio art. 609 del CC español. En efecto, el art. 609 del CC español constituye la disposición preliminar con la que se inicia el Libro Tercero del CC español, sobre «los diferentes modos de adquirir la

---

reales que sean posibles, es decir, aquellos en los que “quepa entrega”; y aclara al mismo tiempo esta sentencia que la teoría del título y el modo no rige para los modos de adquirir que, aun mencionados en el art. 609, carecen de origen contractual, como es el caso de la sucesión o la usucapión. Desde otra perspectiva, y como indica la SAP Granada 2 junio 2006 “nuestro sistema traslativo se encuentra entre los sistemas llamados causales, los cuales requieren que haya un contrato previo capaz de transmitir la propiedad aunque sea necesaria la tradición”. Sin embargo, no establece el Tribunal Supremo la lista o elenco de contratos con eficacia traslativa que han de ir seguidos de la tradición para que opere la transmisión del derecho real».

propiedad» y más allá de las imprecisiones técnicas de las que adolezca (denunciadas reiteradamente por la doctrina española<sup>1048</sup>), recoge un elenco de los modos generales con los que en Derecho español se transmite y adquiere la propiedad y demás derechos reales; analicemos su tenor literal, que viene a ser el que sigue:

*«La propiedad se adquiere por la ocupación.*

*La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.*

*Pueden también adquirirse por medio de la prescripción».*

Descartado el título y modo, así como los restantes sistemas transmisivos que no se ajustan a las características propias de la transmisión operada por la venta judicial, a saber, carácter derivativo, *inter vivos* y oneroso, sólo resta un modo de transmisión que pudiera resultar de aplicación: el sistema de transmisión «*por la Ley*». Ciertamente, la ocupación y prescripción hacen referencia a transmisiones a título originario, la donación a traspasos a título gratuito, y la sucesión testada e intestada a traslaciones *mortis causa*. Resta sólo la transmisión por ministerio de la Ley, pero la pregunta que de inmediato salta a la luz es la siguiente: ¿Puede concebirse a la transmisión *ex lege* a la que se refiere expresamente el párrafo segundo, *ab initio* del art. 609 del CC español, como un modo o sistema autónomo de traslación de la propiedad y demás derechos reales; o se trata más bien de una cláusula de cierre de carácter genérico en el que hasta cierto punto tendrían cabida todos los sistemas de transmisión, que en definitiva vienen a encontrar su causa final en la Ley? De acuerdo con la mejor doctrina española (que no la totalidad de la misma, pues existen voces que ven en la expresión a la Ley por parte del art. 609 una referencia «inútil»<sup>1049</sup>), puede afirmarse que nos encontramos ante un verdadero y autónomo sistema de traslación de la propiedad y demás

---

<sup>1048</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las Leyes Civiles Generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil e historia general de la legislación española*, Tomo III..., *cit.*, p. 204: «La enumeración de los modos de adquirir la propiedad que consigna este artículo, ni es sistemática, ni es perfecta, ni, dado su criterio, es completa, ni, por último, congruente con el contenido del lib. III del Código, que así se titula, y con el carácter general enumerativo del referido art. 609, que constituye una disposición aislada con el nombre de preliminar». En el mismo sentido se pronuncia ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentario al artículo 609 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, M. (Director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VIII, Vol. 1º, Madrid, 1987, p. 3, quien llega a dedicar al asunto un epígrafe denominado «el artículo es inútil, inexacto e incompleto». De manera menos incisiva, también pueden verse a LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, III (Vol. 1º)..., *cit.*, p. 104: «El art. 609 -en su aspecto enumerativo- es de pura ordenación: se limita a ser un índice -además, incompleto- y no comunica virtualidad a las fuentes en él enumeradas ni pretende ser exhaustivo».

<sup>1049</sup> Así se desprende de lo afirmado por ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentario al artículo 609 del Código Civil»..., *cit.*, p. 3: «La Ley nunca produce ella, directamente y sin más, la adquisición o transmisión, sino que (...) se alude a que tales adquisición o transmisión se producen porque se realizan ciertos hechos, distintos de los enumerados singular y específicamente en el artículo, a los que la Ley atribuye la producción automática de la adquisición o transmisión del derecho que sea».

derechos reales en el que tienen precisamente cabida supuestos tales como la transmisión operada en virtud de la venta judicial.

Afirma a este respecto y con razón MIQUEL GONZÁLEZ, que «cuando se menciona la Ley al mismo nivel que los hechos que ella debe determinar se incurre en un defecto de técnica, pero puede cubrir casos no mencionados o bien aludir a casos en que el efecto no se produce por la voluntad de los interesados o del adquirente, sino automáticamente *ipso iure*, incluso sin conocimiento del adquirente»<sup>1050</sup>. Y en sentido análogo indica PARRA LUCÁN que pueden incluirse en el ámbito de aplicación material de este modo transmisivo «una gran variedad de supuestos en los que la adquisición de la propiedad u otros derechos reales no se encuentra conectada de manera causal, o al menos no preponderantemente a un mecanismo negocial»<sup>1051</sup>; pudiendo citarse como ejemplos a tales efectos y siguiendo a la referida autora, a los siguientes: supuestos de asignación a ciertas categorías de sujetos de determinados derechos legales de adquisición preferente (comuneros, colindantes), la adquisición desencadenada por hechos o fenómenos de la naturaleza (adquisición por accesión continua natural o por accesión discreta natural, adquisición por hecho del hombre no negocial (accesión industrial, especificación, creación intelectual), adquisición por voluntad negocial remota (en el régimen de gananciales, adquisición mediata de ciertos derechos legales de adquisición preferente), adquisición a partir de la subsanación de un mecanismo negocial fallido (adquisiciones por usucapión y a “*a non domino*”), adquisición

---

<sup>1050</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario al artículo 609 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., SALVADOR CODERCH, P., (Directores), *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, p. 1544. Ya el propio MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, Tomo V..., *cit.*, p. 17, hacía referencia a la adquisición por ministerio de la Ley como un modo autónomo de transmisión, que si bien susceptible de confundirse con los restantes, encuentra su propia razón de ser: «Entre los modos de adquirir que enumera el art. 609, se encuentra la Ley. No existe título especial que a ella se dedique; sin embargo, la adquisición por la Ley se mezcla con todos los demás modos de adquirir. Hemos visto que el usufructo se constituye por la Ley (art. 468); hemos tratado de las servidumbres legales, y en su lugar examinaremos la materia importante de las legítimas. La materia de las reservas (arts. 968 y 811), la adjudicación de bienes gananciales a falta de contrato sobre los bienes del matrimonio, el derecho a retraer en los artículos 1521 a 1525, las adquisiciones del Estado respecto a bienes mostrencos, etc., son ejemplos de ese especial modo de adquirir».

<sup>1051</sup> PARRA LUCÁN, M. A., «Comentario al artículo 609 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, Valencia, Tomo II, 2013, p. 4649. En sentido análogo también DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al artículo 609 del Código Civil», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, 1ª Edición, 2010, pp. 713 y 714: «La mención de la Ley como medio de adquisición y transmisión de la propiedad y demás derechos reales engloba de manera genérica todos los posibles supuestos en que la adquisición no depende de la voluntad de los interesados o del adquirente, sino que opera automáticamente, *ipso iure*, incluso si conocimiento del adquirente». De la misma forma se pronuncia CUENA CASAS, M., «Comentario al artículo 609 del Código Civil», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Directores), *Código Civil comentado*, Vol. II, 1ª Edición, Navarra, 2011, p. 27: «En cuanto a la adquisición o transmisión por la Ley, debe puntualizarse que la Ley nunca produce ella, directamente y sin más, la adquisición o transmisión, sino que al hablar de «... se adquieren y transmiten por Ley...», se alude a que tales adquisiciones o transmisiones se producen porque se realizan ciertos hechos, distintos de los enumerados singular y específicamente en el artículo, a los que la Ley atribuye la producción automática de la adquisición o transmisión del derecho que sea».

por inscripción constitutiva cuando la Ley configura como requisito para la existencia del derecho y adquisición a partir de una previa habilitación legal (hipotecas legales, servidumbres legales, sucesión legal)<sup>1052</sup>, etc.; entre otros muchos otros casos a los que podría aludirse, que encuentran como denominador común el tratarse de supuestos no negociales<sup>1053</sup>.

Partiendo de las acertadas apreciaciones doctrinales anteriores, **nos atrevemos a afirmar que la transmisión llevada a cabo mediante la venta judicial, es precisamente otro de los supuestos que claramente pueden incluirse bajo el ámbito de aplicación del sistema de transmisión por ministerio de la Ley**, al que no siempre se le ha prestado la importancia que realmente tiene en el conjunto de modos transmisivos contemplados en el art. 609 del CC español. Siguiendo la terminología de MIQUEL GONZÁLEZ, puede decirse que se trata de un caso en que la transmisión del derecho no se produce por la voluntad de los interesados (particularmente del transmitente), sino automáticamente *ipso iure* porque así lo dice la Ley, que viene a anudar el efecto traslativo a un acto jurídico determinado (más bien, a un conjunto de actos procesales, en el caso de la compleja venta judicial).

Y lo que acaba de afirmarse no constituye una novedad en el seno de la doctrina, pues sí existen determinados autores (bien es cierto que muy pocos) que ya han proclamado la aplicación del sistema traslativo por ministerio de la Ley a las transmisiones operadas mediante venta judicial. Siguiendo un orden cronológico, tal es el caso de FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, RUBIO GARRIDO y VERDERA SERVER.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, partiendo de la naturaleza claramente no contractual de la venta judicial, aboga por descartar la aplicación de la teoría del título y el modo a la transmisión que trae causa de la misma, encajando más bien en el sistema traslativo por ministerio de la Ley. En efecto, afirma la referida autora «que no puede afirmarse que la enajenación forzosa tenga la naturaleza de un contrato de compraventa celebrado por el deudor, entre otras razones y como fundamental, porque falta

---

<sup>1052</sup> PARRA LUCÁN, M. A., «Comentario al artículo 609 del Código Civil»..., *cit.*, pp. 4649 y 4650. Para un análisis exhaustivo de los diferentes supuestos que parecen tener cabida en el sistema de transmisión por ministerio de la Ley, cfr., SÁNCHEZ ARISTI, R., «La adquisición por Ley de la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 19, 2000, [consultado en la base de datos www.westlaw.es; fecha de consulta: 01/12/2013].

<sup>1053</sup> De ahí que afirme, a nuestro juicio de forma acertada, SÁNCHEZ ARISTI, R., «La adquisición por Ley de la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes»..., *cit.*, p. 1, que «con esta mención (refiriéndose a la referencia a «la Ley» del art. 609 del CC español) se trata, si no me equivoco, de establecer una contraposición entre la adquisición por Ley y los otros modos de adquirir mencionados en el precepto, a los cuales podríamos denominar, en sentido lato, negociales. Diríase que, mientras que en esos otros modos de adquirir se detecta la presencia de una voluntad negocial por parte del interviniente o intervinientes, lo que significa que el efecto adquisitivo viene desencadenado exclusiva o primordialmente por dicha voluntad negocial, en el caso de la adquisición por ley el efecto adquisitivo deriva de manera más o menos directa de la propia ley, que anuda la adquisición a elementos distintos de la sola voluntad negocial del adquirente (si es modo originario) o del transmitente y adquirente (si es modo derivativo)».

el elemento de voluntariedad imprescindible en el sujeto que resulta obligado a transmitir; y ello aunque nuestro Ordenamiento, y no es ésta una peculiaridad de nuestro Derecho, califique la subasta como “venta” en innumerables artículos. Sentada la naturaleza no contractual de la venta judicial, continúa afirmando que «quizás convendría dejar de empeñarse en buscar la *causa transmissionis* en el contrato y encajarla mejor en otro de los modos de transmitir previstos en el art. 609 CC. Nos referimos concretamente a la Ley; porque bien pensado, es la Ley la que determina la responsabilidad del patrimonio del deudor (art. 1911) y establece el mecanismo de la subasta como el cauce idóneo para la consecución de ese fin ante la reticencia del obligado; el juez no es, en definitiva, sino el brazo ejecutor de lo dispuesto en la norma, el órgano competente para la puesta en práctica del mecanismo legal previsto en defecto de cumplimiento voluntario»<sup>1054</sup>.

RUBIO GARRIDO, por su parte, insiste en esta misma idea, partiendo de la noción de modo de adquisición, y llegando a la conclusión de que existen modos transmisivos adicionales contemplados en el propio art. 609 del CC, singularmente el sistema traslativo por ministerio de la Ley, que se ajusta claramente a la naturaleza no contractual de la venta judicial. Afirma a este respecto el mencionado autor con enorme claridad que en su opinión, «“modo de adquirir” es el supuesto de hecho [simples hechos naturales (accesión, parcialmente la usucapión), o actos o negocios jurídicos, o la combinación de ellos], al que la ley atribuye el efecto de que un sujeto adquiera un derecho real. Un “efecto real” (adquisición), pues, se producirá sólo cuando concurra uno de tales modos de adquirir. En nuestro ordenamiento, los modos de adquirir son los enumerados en principio por el art. 609 CC (que guarda un cierto paralelismo con el art. 1089 CC). Como el art. 1089, el art. 609 CC es un precepto con escaso valor normativo directo (por ejemplo, la STS 6-5-72 dice que es imposible alegarlo como infringido a efectos del recurso de casación), siendo, más bien, una clasificación “profesoral” del legislador que, como es usual, cuando hace de catedrático, comete algunos errores». Hechas las advertencias relativas al verdadero valor del art. 609 CC, continúa aduciendo RUBIO GARRIDO que le parece muy claro que «el llamado principio del título y modo está sólo previsto ahí para la adquisición en virtud de contrato y que, conforme hemos dicho, la venta judicial no es un contrato». Para la venta judicial, por tanto, concluye el referido autor, «no cree aplicable de manera directa la previsión del título y modo contenida en el art. 609 CC, sino que el efecto adquisitivo que puede producir ha de

---

<sup>1054</sup> FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, C., *Compraventa de cosa ajena...*, cit., p. 301. No obstante, debe notarse que el primer autor que parece acoger esta postura de rechazo del título y el modo y sostenimiento del sistema de transmisión por ministerio de la Ley es GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 102: «El adquirente del bien mueble o inmueble es una figura que aparece en la transmisión judicial forzosa, pero no en otras transmisiones forzosas de carácter no judicial, como la expropiación. En ambas **la transmisión se opera por ministerio de la Ley y están fuera de la norma del título y el modo**; pero, mientras que en la expropiación el adquirente es el propio Estado, para sí o para que un tercero satisfaga un interés público, en la transmisión judicial, el Estado no adquiere para sí, sino que, a través del Juez ejecutor, transmite el dominio a un particular».

ser englobado en la “ley” aludida también por el art. 609 CC [como otro tanto hay que hacer, a su juicio, «con ciertas adquisiciones a título originario que, con terminología ambigua, se denominan adquisiciones *a non domino* (arts. 464. 1º, 1160 CC, 85, 86 y 545 del Código de Comercio, 34 de la Ley Hipotecaria y concordantes), o con la accesión, o con la expropiación forzosa, para afectar el bien y convertirlo en demanial o para atribuirlo a otro sujeto, con los supuestos en que opera el art. 1901 CC, o en los que se acrece tras una renuncia (art. 395. 2º y 556. 5º CC), con el art. 1321 CC, que contempla una atribución legal del ajuar de la vivienda habitual al cónyuge superviviente, aunque fuesen bienes privativos del otro cónyuge, con la adquisición apoyada en la sociedad legal de gananciales por el cónyuge que no actúa en el tráfico como adquirente, y con los derechos de adquisición preferente concedidos por la ley, por poner sólo algunos ejemplos]»<sup>1055</sup>.

VERDERA SERVER, por su lado, aunque con menor grado de desarrollo que los autores anteriores, vuelve a incidir en esta misma posición que venimos defendiendo afirmando que no existiendo en rigor contrato en el caso de la venta judicial, «resulta vano tratar de encajar el fenómeno en los moldes de la teoría del título y modo. El art. 609. 2º del CC propicia que esa situación se califique más adecuadamente como una adquisición por Ley, a pesar del carácter borroso de esa categoría en nuestro sistema. Ello no excluye naturalmente que resulten aplicables analógicamente las reglas sobre la compraventa dispuestas por el Código Civil»<sup>1056</sup>.

Junto los mencionados autores, existen otras voces doctrinales que si bien rechazan la aplicación de la teoría del título y el modo a la venta judicial, o no llegan a ser coherentes en el desarrollo de su postura; o simplemente se empeñan en apuntar dicho rechazo, sin aportar un sistema traslativo alternativo que resulte de aplicación. Tal es el caso de DOMÍNGUEZ LUELMO y de NAVARRO CASTRO, respectivamente.

En efecto, DOMÍNGUEZ LUELMO descarta expresamente la operatividad de la teoría del título y el modo en el ámbito de la venta judicial, declarándose partidario de la aplicación del sistema de transmisión por ministerio de la Ley<sup>1057</sup>, si bien en el desarrollo de su posición (como ya advertimos en páginas precedentes), vuelve a empeñarse en encontrar un momento

---

<sup>1055</sup> RUBIO GARRIDO, T., «Doble ejecución judicial con subasta de cosa inmueble. Doble inmatriculación. Título y modo y venta judicial. Pérdida y consumación de la venta judicial. ¿Aplicabilidad del art. 1473 CC?. Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2009»..., *cit.*, pp. 1577 y 1578.

<sup>1056</sup> VERDERA SERVER, R., «Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial»..., *cit.*, p. 103.

<sup>1057</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: el problema de la adquisición en los procesos de ejecución»..., *cit.*, pp. 17 y 18: «(...) Teniendo en cuenta la naturaleza procesal de la realización forzosa, la explicación de la misma no se puede hacer sobre la base de conceptos procedentes del Derecho civil que a lo sumo podrán utilizarse a título de simple afinidad o analogía. Se trata de un supuesto de adquisición por ministerio de la Ley a los que se refiere con carácter general el art. 609 CC. En este precepto la mención de la Ley como medio de adquisición y transmisión de la propiedad y demás derechos reales engloba de manera genérica todos los posibles supuestos en que la adquisición no depende de la voluntad de los interesados o del adquirente».

de perfección y otro de consumación en el conjunto de actos procesales que conforman la venta judicial, lo cual no es sino aplicar en la práctica el sistema traslativo del título y el modo<sup>1058</sup>.

Por lo que respecta a NAVARRO CASTRO, parte de una premisa a nuestro juicio enormemente acertada, cual es la de identificar el núcleo de la confusión que lleva a la generalidad de la doctrina y jurisprudencia a aplicar un sistema traslativo, el del título y el modo, propio y exclusivo de los contratos; este epicentro de la controversia no es otro que el correcto entendimiento de la naturaleza jurídica no contractual de la venta judicial<sup>1059</sup>. Constata, asimismo, una clara contradicción entre la existencia de una supuesta corriente mayoritariamente procesalista en torno a la configuración de la venta judicial que paralelamente aplica un sistema de transmisión (título y modo) propio de los contratos<sup>1060</sup>. Rechaza, pues, la aplicación del título y el modo a la venta judicial, si bien basando su argumentación en una justificación de la falta de modo o entrega en el seno de la misma<sup>1061</sup>.

---

<sup>1058</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: el problema de la adquisición en los procesos de ejecución»..., *cit.*, p. 18: «(...) Aunque se discuta la naturaleza jurídica de la enajenación forzosa, en lo que sí existe acuerdo es en que la venta forzosa se perfecciona con la aprobación del remate (que sería el equivalente al título) y se consume con la entrega del bien o con la expedición del testimonio donde se documenta la adjudicación (que haría las veces y tendría la misma finalidad que el modo)».

<sup>1059</sup> NAVARRO CASTRO, M., «La adquisición de la propiedad por subasta en los procesos de ejecución. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 24 de junio de 1997»..., *cit.*, p. 818: «(...) Buena parte de la jurisprudencia considera que deben cumplirse los mismos requisitos que para la transmisión de cualquier derecho real mediante compraventa. Esto supondría, por aplicación del artículo 609 del Código Civil, la necesidad de que tenga lugar la tradición de la cosa subastada al adquirente para que de esa forma se consume la adquisición y el comprador se convierta en propietario. Esto lo hace la jurisprudencia equiparando alguno de los actos que tienen lugar en el proceso de ejecución tras la subasta a una *traditio ficta*. Y es en este punto donde queremos centrar nuestro comentario: ¿necesita el adquirente recibir la cosa por tradición para adquirirla o no es necesario? ¿Y, suponiendo que la respuesta sea negativa, lo es porque no se aplica la teoría del título y el modo o porque, aplicándose, alguno de los actos realizados durante el proceso de ejecución sirve como tradición o la sustituye? La raíz del problema está en la naturaleza jurídica de esta enajenación».

<sup>1060</sup> NAVARRO CASTRO, M., «Enajenación judicial en los procesos de ejecución: transmisión de la propiedad y cancelación de inscripciones posteriores. Comentario a la STS de 4 de abril de 2002»..., *cit.*, p. 978: «De hecho, existe una cierta contradicción entre la posición de la mayoría de la doctrina procesalista actual a la hora de calificar la adjudicación como un acto jurisdiccional y, al mismo tiempo, exigir que se den todos los requisitos de una transmisión onerosa por contrato, contradicción que se ha visto reflejada en la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000».

<sup>1061</sup> NAVARRO CASTRO, M., «La adquisición de la propiedad por subasta en los procesos de ejecución. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 24 de junio de 1997»..., *cit.*, pp. 826 y 827: «Nos encontramos ante una transmisión derivativa en la que es la resolución judicial y no la entrega la que produce el efecto transmisivo. Y no creemos que exista dificultad en admitir la no aplicación del artículo 609 del Código Civil si pensamos en el fundamento de este artículo, con el que legislador quiere evitar que se produzca la transmisión de un derecho que tiene eficacia *erga omnes* por la exclusiva voluntad de las partes, sino que exige un cambio posesorio para que los terceros, frente a este acto de exteriorización de la voluntad de las partes, tengan una mayor oportunidad de conocer la existencia de esa enajenación. Pero en el caso que nos ocupa, la publicidad de la transmisión está mejor garantizada con todo el proceso de ejecución que con un simple acto de entrega, por lo que podemos considerar que en el momento del auto la finalidad publicitaria de la entrega está sobradamente cumplida».

Efectivamente, afirma NAVARRO CASTRO que el modo o entrega es «un acto voluntario del poseedor actual, mediante el cual transmite su poder sobre la cosa a otra persona». Acto de entrega que puede consistir, como ya sabemos, en una aprehensión física o en una formalidad u otro evento al que el Ordenamiento atribuye virtualidad transmisiva. En este último supuesto nos encontramos frente a un acto en que la transmisión se produce porque así lo dispone la Ley, «pero seguimos ante un acto de entrega voluntario, porque el poseedor ha podido, con la constatación de su voluntad en contrario, evitar este efecto». Concluye, pues el autor afirmando que «hay transmisión de la propiedad porque de la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil se puede deducir que el legislador considera ya producida la transmisión desde ese momento a pesar de que no haya habido entrega, lo que se puede justificar por entender que no es necesaria la tradición en las enajenaciones forzosas al no ser una venta, sino que se producen los efectos en virtud del poder jurisdiccional del Juez (...)». La adquisición por subasta, añade, «es fruto de un proceso judicial que ha tenido su correspondiente publicidad. Por eso, puesto que con la publicidad judicial se cumple sobradamente la finalidad de la entrega, no vemos justificada esa insistencia en exigir la tradición para la transmisión y, en consecuencia, en tener que ver (...) una aplicación del artículo 1462. 2º que ni encaja en este supuesto ni tiene por qué darse»<sup>1062</sup>.

El planteamiento de NAVARRO CASTRO nos parece acertado y su intento por razonar la inexistencia de modo o tradición puede reputarse como plausible, si bien entendemos que peca por exceso, particularmente porque tanto es su afán por justificar su razonamiento que pierde de vista el argumento fundamental en torno al rechazo de la aplicación de la teoría del título y el modo a la venta judicial: a saber, que no hay «título», porque la venta judicial no es un contrato; y en base a la noción causalizada de la tradición, de acuerdo con la cual la justa causa de la tradición (consistente en el válido contrato traslativo antecedente) se erige en requisito de validez del subsiguiente modo o entrega, basta para dejar por sentado la inexistencia de *traditio*. Por otra parte, en ningún momento hace expresa alusión al sistema de transmisión por ministerio de la Ley como el modo traslativo al que debe regirse la transmisión del derecho real operada por venta judicial<sup>1063</sup>.

---

<sup>1062</sup> NAVARRO CASTRO, M., «La adquisición de la propiedad por subasta en los procesos de ejecución. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 24 de junio de 1997»..., *cit.*, pp. 825 y 826.

<sup>1063</sup> MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II, Valencia, 2004, p. 1629, en sede de la explicación del término preclusivo para la interposición de una tercería de dominio, coinciden igualmente en apuntar el rechazo de la aplicación de la teoría del título y del modo, si bien sin indicar un sistema traslativo alternativo aplicable: «La fórmula legal que la LEC adopta para la determinación del momento final preclusivo para la promoción de la tercería, no hace referencia a ninguna actuación procesal concreta del proceso de ejecución, sino que en ella se ha optado por efectuar una remisión a la legislación civil: ese momento será aquél en el que de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta, hace que se reproduzca aquí todo el debate respecto de la transmisión y la adquisición de los derechos, con las distintas soluciones atendida la naturaleza de éstos, la del bien y el modo de efectuarse la transmisión. Lo peor es que la realización del bien no se resuelve en un contrato, por lo que, por ejemplo, la remisión al artículo 609 del CC (los derechos sobre bienes se transmiten “por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”) carece de sentido en su aplicación



Finalmente, antes de adentrarnos en la defensa del concreto momento en el que sostenemos que debe cifrarse el efecto traslativo a través de la venta judicial, cabe señalar que el hecho de que no se aplique la teoría del título y del modo a esta última no quiere decir que el transmitente, esto es, el deudor ejecutado en la venta judicial no deba ostentar necesariamente poder de disposición para que pueda producirse la transmisión jurídico-real. En efecto, como bien apunta a este respecto FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, «si es indudable que se prescinde de la voluntad del ejecutado, no es así del poder de disposición»<sup>1064</sup>. Constituye requisito *sine qua non* de todo modo traslativo esa facultad en el transmitente, esto es, que sea propietario de la cosa que se transmite. Prueba de lo anterior, en el caso de la venta judicial es que en tanto que no se produzca la adjudicación definitiva al rematante, ante la falta de poder de disposición por parte del deudor ejecutado respecto de la cosa subastada, el *verus dominus* podrá interponer la oportuna «tercería de dominio»; y una vez adjudicación podrá incluso ejercitar una acción reivindicatoria, salvo que la adquisición goce de la protección irreivindicable dada por el art. 34 de la LH española.

Dicho lo cual, concluimos este importante apartado de los problemas que encierra la transmisión del derecho a través de la venta judicial dando cuenta de **nuestra postura acerca del momento del efecto traslativo**.

Partiendo de la aplicación del sistema de transmisión por ministerio de la Ley, ex art. 609. 2º, *ab initio* del CC español, tendremos que determinar, precisamente a qué concreto momento, esto es, a qué concreto acto procesal anuda la Ley la virtualidad traslativa del dominio. Ante todo, debemos advertir que la compleja naturaleza de la venta judicial que venimos defendiendo lo primero que nos debe hacer tener presente es que no es un solo acto aisladamente considerado el que trae consigo el efecto traslativo, sino todos y cada uno de los actos procesales que integran el proceso de ejecución, pues la concurrencia de todos ellos es necesaria para que se llegue al resultado final de adjudicación del derecho objeto de subasta al rematante. No obstante, sí debemos especificar cuál de esos actos procesales finales es el que definitivamente trae consigo la mutación jurídico real.

---

a la enajenación o adjudicación forzosas». En sentido análogo reiteran esta misma idea en MONTERO AROCA, J., FLOR MATÍES, J., *La tercería de dominio...*, cit., p. 170: «Lo peor es que la realización del bien no se resuelve en un contrato, por lo que, por ejemplo, la remisión al artículo 609 del CC (los derechos sobre bienes se transmiten “por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”) carece de sentido en su aplicación a la enajenación o adjudicación forzosas».

<sup>1064</sup> FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, C., *Compraventa de cosa ajena...*, cit., p. 302. Asimismo, DE PABLO CONTRERAS, P., «La adquisición derivativa *inter vivos*», en *Curso de Derecho Civil (III)...*, cit., p. 351, proclama como exigible la tenencia del poder de disposición por parte del transmitente en todos los modos derivativos de adquisición del dominio y los derechos reales: «Para que los modos derivativos de adquisición del dominio y de los derechos reales surtan el efecto que le es propio -o sea, para que el *accipiens* pase a ser dueño o titular del derecho real limitado- es de todo punto imprescindible, como regla, que el sujeto que los transmite (o constituye) tenga poder de disposición sobre la cosa (o sobre el derecho, si el transmitente o constituyente es titular de un derecho real limitado)».

A estos efectos, son tres los momentos finales que tienen un importante reflejo procesal en el *iter* procedimental de la venta judicial bajo la regulación vigente: el momento de aprobación del remate, con el denominado «decreto de aprobación del remate»; el momento de pago del precio, acreditado con el «decreto de adjudicación»; y la expedición del «testimonio del decreto de adjudicación», que sirve de título para la inscripción del derecho adquirido en el Registro de la Propiedad. En atención a los escasos datos normativos con los contamos para determinar el preciso momento en que tiene lugar la mutación jurídico real, es el importante argumento italiano de la «estabilidad de la adquisición» el que nos va servir de referencia para encontrar una adecuada solución al respecto. Esto es, el momento traslativo se producirá cuando la adquisición del derecho en manos del adjudicatario resulte de manera definitiva, no siendo susceptible de quebrar o devenir ineficaz bajo ninguna circunstancia. Analicemos los argumentos normativos que del conjunto de la Ley procesal española (recordamos, único marco normativo con el que la venta judicial cuenta en el Ordenamiento español) pueden erigirse respecto de cada uno de los actos procesales indicados, en aras de la determinación del momento en que tiene lugar esta estabilidad de la adquisición.

Comenzando por el **decreto de aprobación del remate**, como su propio nombre indica, acredita el momento de aprobación del remate, o lo que es lo mismo, la determinación de la persona del rematante (el que presente la puja mayor, cumpliendo con los mínimos legales preestablecidos legalmente *ex art.* 670 de la LEC española) y el precio que finalmente va a pagarse por la cosa. Si hiciésemos un símil con la compraventa contractual, conocida la persona del comprador (rematante) y habiendo quedado su oferta aceptada (aprobación del remate), la compraventa ya quedaría plenamente perfeccionada, naciendo desde ese preciso instante la obligación de entrega de la cosa por parte del transmitente, momento en que se consumaría la venta naciendo el derecho real en manos del comprador. Lo que ocurre es que esta comparación no es aceptable en este ámbito, pues parte de un marco claramente contractual, donde oferta y aceptación de la misma nacen de la voluntad de las partes (inexistente en cabeza del transmitente en la venta judicial).

Siendo así, ¿existe algún dato en la Ley procesal española que pudiera decantarnos a favor de la individualización del efecto traslativo en el momento de expedición del decreto de aprobación del remate? *A priori*, parece ser que sí: el art. 670, apartados 6º y 7º del a LEC española. En el art. 670. 6 de la LEC española, se prevé la posibilidad de que el rematante, aprobado el remate, solicite del Secretario Judicial la expedición del denominado «testimonio del decreto de aprobación del remate» a los efectos de constituir hipoteca, a la que se refiere el art. 107. 12º de la LH española, cuyo objeto fundamental no es otro que el facilitar la obtención de la financiación necesaria por parte del rematante para hacer frente al

pago del precio final del remate<sup>1065</sup>. Mientras que en el art. 670. 7 de la LEC español fija la aprobación del remate como momento preclusivo para la posibilidad con la cuenta el deudor ejecutado de liberar su bien embargado, pagando íntegramente lo que se deba al ejecutante por principal, intereses y costas.

La posibilidad de constitución de hipoteca parece inducir a la idea que desde la aprobación del remate el rematante adquiere un derecho de naturaleza real plenamente formado. Mientras que el hecho de que el deudor no pueda liberar sus bienes a partir de ese mismo momento equivale igualmente a afirmar que ello es así porque desde ese preciso instante el rematante ha adquirido un derecho, del que no puede verse a partir de ese momento despojado.

No obstante, lejos de ser así, acudiendo al argumento de la «estabilidad de la adquisición», puede comprobarse inmediatamente que con posterioridad a la aprobación del remate la adquisición por parte del rematante puede claudicar ante dos eventos fundamentales, siendo el adquirente definitivo del derecho objeto de venta judicial persona distinta al rematante originario:

- En primer lugar, en el caso en que el rematante sea el ejecutante, se haya reservado la facultad de ceder el remate a un tercero, y ejercite finalmente dicha facultad cediendo la condición de rematante a una tercera persona (*ex arts. 655. 2 y 647. 3 de la LEC española*), lo cual puede acaecer con anterioridad o simultáneamente al pago del precio.
- En segundo lugar, en el caso en que el rematante no efectúe el pago del precio del remate, en cuyo caso quebrará la venta judicial, procediéndose a la convocatoria de una nueva subasta judicial (*ex arts. 655. 2 y 653 de la LEC española*).

A la primera objeción cabría oponer que el hecho de que pueda cederse el remate no es sino reflejo de que ya ha sido adquirido un derecho definitivo, que puede ser por tanto objeto de disposición por parte de su titular.

---

<sup>1065</sup> Así lo apunta RAMOS CHAPARRO, E. J., *La garantía real inmobiliaria. Manuel sistemático de la hipoteca*, Navarra, 2008, pp. 487 y 488: «La *ratio* de esta garantía parece ser doble: por un lado, facilitar al rematante la “financiación” u obtención de un préstamo para pagar al contado el precio de su adquisición, cosa que antes sólo podía hacerse en forma de crédito personal (o con garantía real sobre bienes distintos del subastado por no ser éste aún de su propiedad). Por otro lado, se intenta crear un rango superior o preferente a favor de ese prestamista, pues la fecha de constitución de la hipoteca será anterior incluso a la de la efectiva adquisición del bien, quedando aquél por delante de cualesquiera otros acreedores con garantía sobre el inmueble adjudicado». En este mismo sentido también puede verse a DÍAZ FRAILE, J. M., *La ejecución hipotecaria y el mercado secundario*, Madrid, 2008, p. 162: «Con esta norma (refiriéndose al art. 107. 2 de la Ley Hipotecaria española), se facilita en la práctica la financiación del precio del remate, pues, por un lado, se constituye un título inscribible de la hipoteca sobre el remate de formación inmediata por parte del Secretario judicial y, por otra parte, se suspende el plazo de los veinte días que hay para pagar el precio ofrecido hasta la entrega del testimonio al solicitante. Con ello la entidad o persona que financie al rematante podrá contar con una garantía hipotecaria de su derecho a la devolución de lo prestado de carácter ágil e inmediato».

Mientras que por lo respecta a la segunda de las apreciaciones, puede intentar superarse, tal y como hacen NAVARRO CASTRO y VERDERA SERVER, afirmando que el hecho de que la subasta quiebre por falta de pago de precio no es más que reflejo de la existencia de una suerte de condición suspensiva implícita a la que queda sometida la validez de la adquisición que tiene lugar desde el momento de la aprobación del remate<sup>1066</sup>. Debe recordarse que esta es una de las soluciones a la que acuden los partidarios de la tesis italiana del momento del efecto traslativo con lo que ellos denominan «adjudicación», que viene ser equivalente a la aprobación del remate española. Y ya en dicha sede, acogiendo los argumentos de GILI, decíamos que si se tratase de una condición suspensiva, dada su importancia y de acuerdo con la legislación de la transcripción italiana, la misma debería reflejarse en el folio registral oportuno (folio personal, en el caso del sistema italiano). Pues bien, la misma inteligencia puede emplearse en sede del Ordenamiento español: en efecto, conforme al art. 9. 2º de la Ley Hipotecaria española, toda inscripción que se haga en el Registro deberá expresar, entre otros extremos, *«la naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y su valor cuando constare en el título»*. Condición que no se inscribe en ningún caso, lo cual es demostrativo de lo artificial de esta postura. Por otra parte y esto resulta aún más definitivo que lo anterior (también fue apuntado en sede de explicación de las posturas italianas), las condiciones suspensivas y resolutorias constituyen instrumento propio de la dinámica de la eficacia «contractual» puede no o jugar en los contornos de una figura, la venta judicial, de naturaleza claramente no contractual.

En definitiva, lo insalvable, particularmente de la posibilidad de quiebra de la subasta ante el impago del precio del remate demuestra que lo que adquiere el rematante a partir de la aprobación del remate (de ahí la posibilidad de hipoteca y la preclusión del momento a partir del cual puede liberar los bienes el deudor ejecutado) no es otra cosa que un derecho

---

<sup>1066</sup> NAVARRO CASTRO, M., «Enajenación judicial en los procesos de ejecución: transmisión de la propiedad y cancelación de inscripciones posteriores. Comentario a la STS de 4 de abril de 2002»..., *cit.*, pp. 982 y 983: «A nosotros nos parece que el único que reúne las condiciones para considerarlo como transmisivo de la propiedad es el auto de aprobación del remate. El testimonio del auto no es más que la copia del auto redactada por el Secretario. La fuerza transmisiva descansa en la decisión judicial y no en el testimonio que se pueda expedir de dicha decisión. (...) Cuestión distinta es que el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se refiere al testimonio inscribible en el Registro de la Propiedad, establece que el mismo debe ser comprensivo no sólo del auto de aprobación del remate sino también de la circunstancia de haberse consignado el precio. Pero eso no significa que la transmisión se produzca por la expedición del testimonio, sino que los efectos transmisivos del auto se condicionan a la consignación del precio. (...) En conclusión, creemos que el momento en el que se produce la transmisión es el del auto de aprobación del remate o de adjudicación y no el momento en el que se expide el testimonio. Con el auto se pueden entender cumplidos los requisitos que, conforme a la legislación civil, son necesarios para la transmisión de los derechos reales, pero no tanto porque el auto sea una forma de tradición, sino porque, al igual que el Juez sustituye el consentimiento del ejecutado, también sustituye a la voluntad de entrega de la cosa por parte de éste». Igualmente, VERDERA SERVER, R., «Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial»..., *cit.*, p. 104: «En nuestra opinión, la adquisición del adjudicatario se produce con el decreto de aprobación del remate, sometido a la condición suspensiva del abono del resto del precio».

real aún en formación, un *ius ad rem* (de ahí que una vez que el rematante adquiere definitivamente el derecho objeto de venta se dice en el art. 107. 12 de la Ley Hipotecaria española «una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio en favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados»)<sup>1067</sup>, que pone de manifiesto que la transmisión del derecho a través de la venta judicial es consecuencia de un proceso de formación sucesiva que engloba, como ya ha sido apuntado, el conjunto de actos procesales que integran la compleja naturaleza de la venta judicial.

Saltando al tercero de los momentos posibles en los que cifrar el efecto traslativo en la venta judicial, esto es, el de la expedición del «**testimonio del decreto de adjudicación del remate**», son varios los argumentos que puede aducirse en su favor (acudiendo en muchos casos a elementos acuñados por la doctrina italiana ya analizada).

- En primer lugar, el art. 674. 1º de la LEC española, en el que se afirma que el testimonio del decreto de adjudicación expedido por el Secretario Judicial «será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho del adjudicatario. Tratándose de un «título bastante» para la inscripción en el Registro, y en la medida en que a éste sólo acceden mas que derechos reales plenamente constituidos, ello es demostrativo que es en el momento de su expedición cuando debe cifrarse el efecto traslativo.
- Por otra parte, acudiendo al art. 674. 2º de la LEC española, y poniéndolo en relación con el art. 133. 1º de la Ley Hipotecaria española, se llega a la conclusión de que el testimonio del decreto de adjudicación es el título en virtud del cual comienza a tener lugar el importante efecto purgativo de la venta judicial. Al igual que indicábamos en el caso de Italia, siendo el efecto purgativo una consecuencia inmediata del efecto traslativo de acuerdo con la naturaleza derivativa de la transmisión operada por la venta judicial, se llega a la conclusión que el momento en que se produzca el primero de los efectos (el purgativo) debe ser coincidente con el segundo (el traslativo). En efecto, el art. 674. 2º de la LEC española bien es cierto que supedita el mandamiento de cancelación de cargas a su previa solicitud por parte del adquirente, pareciendo ser objeto de un título diverso (mandamiento de cancelación) al del testimonio del decreto de adjudicación. No obstante, si se acude al art. 133 de la Ley Hipotecaria

---

<sup>1067</sup> En relación con la posibilidad de constituir hipoteca sobre el derecho del remate, su explicación en base al hecho de tratarse de un derecho real en formación, un *ius ad rem*, es la dada por RAMOS CHAPARRO, E. J., *La garantía real inmobiliaria. Manuel sistemático de la hipoteca...*, cit., 2008, p. 487: «El derecho subjetivo que se grava en esta nueva figura no puede calificarse como un verdadero derecho real antes del pago del precio de remate y la efectiva entrega de los bienes al adjudicatario, pero se ha considerado como una especie de *ius ad rem*, particularmente seguro, y de ahí su hipotecabilidad. Hay una remota similitud, en el mecanismo de esta garantía, con la hipoteca del derecho de retracto convencional, en el sentido de que también procede una conversión en hipoteca ordinaria después de la inscripción de dominio a favor del rematante».

española, en su primer párrafo, se afirma que «el testimonio expedido por el Secretario judicial comprensivo del decreto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Esto es, que sin mandamiento de cancelación, el testimonio del decreto de adjudicación no resultará inscribible, lo que viene a ratificar lo expresado anteriormente.

- Finalmente, desde el punto de vista de la estabilidad de la adquisición del derecho, sólo es el testimonio el acto procesal que acredita fehacientemente la firmeza del decreto de adjudicación, con la que ya no será posible que claudique el derecho adjudicado al rematante mediante la venta judicial. En la línea de este tercer argumento iban las posturas ya apuntadas de LÓPEZ FRÍAS y DOMÍNGUEZ LUELMO, quienes afirman que el testimonio del decreto de adjudicación en la actualidad «es algo más que una copia del auto/decreto, ya que no sólo lo incorpora, sino que da fe de su firmeza y del pago del precio (que es imprescindible para que no se produzca la quiebra de la subasta y, por tanto su ineficacia)»<sup>1068</sup>.

Llegamos así, al tercero y último de los momentos procesales en que puede cifrarse el efecto traslativo: a saber, el de la expedición del novedoso «**decreto de adjudicación**» del art. 670. 8 de la LEC española. Como sabemos, el decreto de adjudicación se introduce con la reforma operada por la Ley 13/2009, no encontrando parangón en las regulaciones procesales precedentes y asemejándose enormemente al que hemos venido a denominar como «auto de adjudicación» de la tramitación procesal de la venta judicial en el seno de la ejecución hipotecaria. Y al igual que hiciera el mencionado auto de adjudicación, el vigente «decreto de adjudicación» tiene por objeto de la acreditación del pago del precio por parte del rematante. Siendo así, ¿cabría cifrar en el momento de su expedición el efecto traslativo de la venta judicial? Pocos son los elementos normativos con los que se cuenta al respecto, si bien dada la escasez general de los mismos con independencia de la postura que se acoja, como advertimos al iniciar este análisis, es el argumento de la estabilidad de la adquisición del derecho el que debe servirnos fundamentalmente como referencia.

En base al argumento de la estabilidad o carácter definitivo de la adquisición, lo que debemos preguntarnos es si con posterioridad a la expedición del decreto de adjudicación es posible que la adquisición devenga ineficaz. Y la respuesta debe ser afirmativa, pues aunque haya sido ya pagado el precio y no sea posible que quiebre la subasta por la falta de dicho

---

<sup>1068</sup> LÓPEZ FRÍAS, A., «Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral: supuestos y consecuencias»..., *cit.*, p. 2100. Asimismo, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: el problema de la adquisición en los procesos de ejecución»..., *cit.*, pp. 19 y 20.

pago, lo cierto es que el decreto de adjudicación puede ser susceptible de recurso, concretamente de revisión por tratarse de un acto definitivo que pone fin al apremio inmobiliario (*ex art. 454 bis*, apartado 1º, párrafo 2º de la LEC española<sup>1069</sup>).

Conforme a lo expuesto, parecería que la postura más convincente sería la de cifrar el efecto traslativo en el momento de expedición del testimonio del decreto de adjudicación. Pero, al fin y al cabo, partiendo del recurrente argumento del momento en que se obtiene la estabilidad de la adquisición, ¿acaso ello no se produce simple y llanamente con la firmeza del decreto de adjudicación? Esto es, firme el decreto de adjudicación (ya sea porque no se recurra, lo cual es muy frecuente, transcurridos los cinco días que se cuenta para ello), o porque aún recurriéndose se haya ya resuelto desestimándose, ¿por qué debe esperarse a que el Secretario emita el testimonio del decreto de adjudicación? Y es que entre el momento en que deviene firme el decreto de adjudicación y aquél en que se dicta el testimonio de dicho decreto puede mediar un lapso de tiempo ciertamente considerable (algo muy probable teniendo presente los plazos con los que suele funcionar en la Administración jurisdiccional española), lo que irá en detrimento de los intereses del adjudicatario, quien aún habiendo ya realizado el pago del precio, no podrá considerarse propietario del derecho vendido (con todas las repercusiones que ello supone: imposibilidad de percibir los frutos de la cosa hasta el tardío momento de expedición del testimonio del decreto de adjudicación; así como el amplio plazo en el que podrá verse sujeto al ejercicio de una tercería de dominio que pueda hacerle perder su derecho); así como de los intereses del propio deudor ejecutado, particularmente porque, en atención al criterio defendido de distribución del riesgo por deterioro o pérdida de la cosa (el de *res perit domino*, anudado al momento en que tenga lugar el efecto traslativo), deberá pesar sobre el mismo hasta que no se produzca la mutación jurídico-real.

Por todo ello y en base a un argumento de justicia material que puede hacerse prevalecer frente a los escasos y poco concluyentes datos normativos existentes, nos declaramos partidarios de **cifrar el efecto traslativo a través de la venta judicial en el momento en que el decreto de adjudicación devenga firme**; instante en que se alcanzará plenamente la estabilidad de la adquisición, esto es, su carácter definitivo, no siendo susceptible de resultar ineficaz, quebrar, ni claudicar. Ello se tiene lugar transcurridos cinco días desde la expedición del referido decreto (*ex art. 454 bis*. 2 de la LEC española), sin que se haya interpuesto recurso de revisión; o en el que caso que éste llegue a interponerse, cuando se desestime finalmente.

---

<sup>1069</sup> Afirma el art. 454 bis, apartado 1º, párrafo 2º de la LEC española: «Cabrá recurso directo de revisión contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto».

Ya en sede de las posturas italianas hemos constatado que los mismos autores partidarios de la postura mayoritaria (que cifra el momento del efecto traslativo en el final «*decreto di trasferimento*») abogan por introducir reformas de *lege ferenda* que individúen el efecto traslativo en el pago del precio, lo cual resulta, a juicio de los mismos, el criterio más adecuado desde el punto de vista de la equidad y justicia material entre las partes integrantes de la ejecución dineraria. Los concluyentes datos normativos con los que se cuenta en Italia hacen inviable, no obstante, dicha postura; esta fue la conclusión.

En España la falta de datos normativos concluyentes, como hemos tenido ocasión de comprobar, facilita la obtención de una solución que sea la más acorde posible a dicho criterio de justicia material, teniendo siempre presente la fundamental premisa del momento en que se consigue la «estabilidad o carácter definitivo de la adquisición».

Y nótese que no barajamos el momento mismo del pago del precio como posible instante en que tiene lugar el efecto traslativo (a diferencia de lo que sí podía hacerse bajo la regulación anterior a 2009), en la medida en que existe un acto procesal, el decreto de adjudicación, destinado a acreditar este extremo, que puede llegar a recurrirse, de ahí que la estabilidad de la venta judicial no se alcance plenamente, como decimos, hasta la firmeza del decreto en cuestión.

Para reforzar nuestra postura, pueden rebatirse los dos primeros argumentos a favor de la tesis que identifica el efecto traslativo en el momento de expedición del testimonio del decreto de adjudicación (no hacemos referencia al tercero, que alude precisamente a la «estabilidad de la adquisición», que sirve precisamente de base a nuestra tesis):

- Por lo que respecta al art. 674. 1 de la LEC española, en el que se habla de título bastante para la inscripción del derecho, ello no quiere decir más que se trata de un título, que dando cumplimiento al principio de titulación pública propio del sistema registral español (*ex art. 3 de la Ley Hipotecaria española*), incorpora un derecho ya adquirido con carácter previo, desde el momento en que tiene lugar la firmeza del decreto de adjudicación. Es lo mismo que ocurre con la elevación a escritura pública de un contrato de compraventa, que sirva de título para la inscripción de un derecho que haya sido ya adquirido con carácter previo por haber ya entrado el comprador en la posesión del inmueble vendido. La escritura en dicho caso sólo sirve como instrumento de acceso del derecho al Registro de la Propiedad, pero nada repercute en el *iter* transmisivo ya consumado.
- En cuanto al art. 674. 2 de la LEC española, puesto en relación con el art. 133 de la Ley Hipotecaria española, más allá de que para la inscripción del testimonio se exija la incorporación del mandamiento de cancelación, no dejan de ser dos elementos conceptualmente independientes, de ahí que el art. 674. 2 de la LEC supedita la expedición del mandamiento de cancelación a su solicitud por parte del adquirente (no se dicta de oficio) y que el art. 133 de la Ley Hipotecaria española contemple en



su párrafo segundo la incorporación del testimonio y el mandamiento de cancelación en un solo documento como una posibilidad y no como una regla general (*«El mandamiento de cancelación de cargas y el testimonio del decreto de remate o adjudicación podrán constar en un solo documento en el que se consignará, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo anterior y las demás circunstancias que sean necesarias para practicar la inscripción y la cancelación»*).

A modo de conclusión puede recapitularse la cuestión del sistema traslativo y el momento del efecto traslativo a través de la venta judicial en España, afirmando que se aprecia un estado de confusión generalizada, que parte: de una errónea aplicación de un sistema de transmisión puramente contractualista a una institución, la venta judicial, que carece de toda naturaleza contractual; y de la determinación de un momento del efecto traslativo que parece ignorar las últimas reformas procesales acaecidas, señaladamente con la aparición en escena del «decreto de adjudicación», cuya firmeza es lo que trae consigo la estabilidad y carácter definitivo de la adquisición, de ahí que deba ser en ese preciso momento en el que se cifre la mutación jurídico-real.

Finalmente, también resulta destacable que la indiscutida aplicación de la teoría del título y el modo a la venta judicial (particularmente, como hemos visto, en sede jurisprudencial) pone de manifiesto que en la doctrina española, más allá de lo que se proclame, ciertamente sigue imperando una noción claramente contractualista de la venta judicial.



## CAPÍTULO V - EL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN Y VICIOS OCULTOS EN LA VENTA JUDICIAL

### 1. PREMISAS INTRODUCTORIAS

El art. 1461 del CC español (concretado por el art. 1474 del CC español) y el paralelo art. 1476 del CC italiano<sup>1070</sup>, entre las obligaciones que nacen del contrato de compraventa a cargo del vendedor, establecen la denominada obligación «de saneamiento» (por evicción y por vicios ocultos, no aludidos expresamente en el art. 1461 del CC español y sí en el art. 1476 del CC italiano); o lo que es lo mismo, la responsabilidad de éste frente al comprador de «la posesión legal y pacífica de la cosa vendida, así como de los vicios o defectos ocultos que tuviere» (palabras textuales empleadas por el art. 1474 del CC español). A grandes rasgos y sin entrar en mayores detalles de los que exige la presente exposición circunscrita a la venta judicial, baste decir, siguiendo a DÍEZ-PICAZO que existe evicción en el caso en que el comprador se vea privado de todo o parte de la cosa comprada, como consecuencia del ejercicio por parte de un tercero de un derecho que le compete en virtud de una causa anterior a la venta<sup>1071</sup>; mientras que existen vicios o defectos ocultos, cuando éstos resultan

---

<sup>1070</sup> Dispone literalmente el art. 1476 del CC italiano: «Le obbligazioni principali del venditore sono: 1) quella di consegnare la cosa al compratore; 2) quella di fargli acquistare la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto immediato del contratto; 3) quella di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa».

<sup>1071</sup> SANCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las Leyes Civiles Generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil e historia general de la legislación española*, Tomo IV..., cit., pp. 569 y 570: «Consiste esta obligación del vendedor en la de mantener y garantizar al comprador en la pacífica posesión de la cosa vendida, defender su derecho, si se la demanda; y, si fuese vencido por sentencia firme, fuera de ciertos casos de excepción, responder de la evicción que sufriere dicho comprador, mediante la obligación de saneamiento (...). Sanear, equivale a dar cosa sana; es decir, a vender cosa respecto de la cual nadie pueda invocar y obtener el reconocimiento judicial de un derecho superior ni contrario a la integridad del transmitido por el vendedor al comprador, en términos de que sea una realidad definitiva e irrevocable el cumplimiento de los fines de esencia en el contrato de compra-venta, la transmisión del dominio en la cosa vendida, del vendedor al comprador; así como que la cosa vendida no esté sujeta a otras cargas o gravámenes que los que hayan sido declarados al celebrarse la venta, y en los propios términos en que fuera aceptada por el comprador».

desconocidos para el comprador (de ahí que se califiquen como «ocultos») y hagan a la cosa impropia para el uso a que deba destinarse o disminuyen este uso de forma importante<sup>1072</sup>. Y es a estos extremos, como decimos, a los que responde el vendedor desde la perfección de la venta.

En base a lo anterior, lo que nos planteamos precisamente en este epígrafe es la vigencia de esta obligación de saneamiento en el seno de las ventas judiciales; esto es, ¿puede afirmarse la existencia de la garantía de saneamiento por evicción y vicios ocultos en las ventas judiciales? En el caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿cuál deberá ser el régimen jurídico aplicable, así como el sujeto o sujetos que deban responder? Cuestiones de gran importancia sustantiva, merecedoras de gran atención por parte de la doctrina y jurisprudencia italianas, y de muy poca por parte de la doctrinaria española (lo cual no deja de ser una tónica general en materia de las cuestiones sustantivas de la venta judicial).

Operatividad del saneamiento en las ventas judiciales que recibe una expresa regulación positiva no sólo en Italia, sino igualmente en España (he aquí una novedad, pues se trata de los pocos preceptos en los que el CC español hace referencia específica a la venta judicial), aunque con alcance dispar. En efecto, el CC italiano da una respuesta más detallada a la cuestión del saneamiento por evicción y vicios ocultos (determinando su concreto contenido y los sujetos, en su caso, responsables), en los arts. 2921 y 2922, párrafo primero, apartándose (*a priori*, como ahora veremos) del régimen del saneamiento propio de la compraventa contractual; mientras que el CC español, en su art. 1489, se limita a efectuar una remisión general en sede de la venta judicial al régimen jurídico del saneamiento propio de la compraventa contractual (sin especificar su concreto alcance, ni los sujetos responsables). En definitiva, el Ordenamiento italiano dota a la venta judicial de un régimen autónomo de saneamiento, que aunque parte de los mismos presupuestos de hecho (evicción y vicios ocultos), atribuye consecuencias absolutamente diversas a las del saneamiento de la compraventa contractual; a la vez que el Ordenamiento español se limita a remitir con carácter general a la venta judicial el régimen del saneamiento previsto para la venta contractual.

Partiendo de estas premisas, el estudio de la presente cuestión no llevará a adentrarnos en la validez del criterio adoptado por el Ordenamiento italiano, en el que puede constatar un cierto rechazo apriorístico del régimen general del saneamiento propio de la compraventa ordinaria, basado en la naturaleza no contractual de la venta judicial; así como en el concreto alcance de la remisión llevada a cabo por el art. 1489 del CC español. Con ello, pretendemos llegar finalmente a una solución de conjunto, apostando de *lege ferenda* por unos criterios legales que superen las insuficiencias que claramente se desprenden del régimen contemplado en cada uno de los Ordenamientos (italiano y español).

---

<sup>1072</sup> Afirma DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., cit., p. 119.

## **2. EL RÉGIMEN JURÍDICO ITALIANO: UNA EVICCIÓN AUTÓNOMA Y PROPIA DE LA VENTA JUDICIAL Y UNA EXCLUSIÓN DEL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS**

El CC italiano de 1942, como acaba de advertirse, resuelve con carácter expreso una cuestión, la del saneamiento en la venta judicial, sobre la que guardaba silencio el CC italiano de 1865, y que fue objeto de largo debate bajo la vigencia de este último en el seno de la doctrina y jurisprudencia italianas: aquellos que sostenían posturas contractualistas de plena equiparación entre la venta judicial y la contractual afirmaban la aplicación sin más del régimen del saneamiento previsto para esta última; mientras que los partidarios de la naturaleza publicista o procesalista de la venta judicial abogaban por rechazar la operatividad del régimen del saneamiento.

Siendo la postura no contractualista de la venta judicial que claramente inspira a los redactores del CC italiano de 1942, se rechaza en base a la misma y de manera apriorística la aplicabilidad del saneamiento propio de la venta contractual; si bien, en atención a la suprema protección del adjudicatario, se decide ofrecer un régimen autónomo que trata de hacer frente a los mismos supuestos de hecho constitutivos del tradicional saneamiento, aunque con consecuencias dispares en uno y otro caso: previendo acciones específicas para el caso de evicción en el art. 2921, y negándolas para el supuesto de los vicios ocultos en el art. 2922.

Estudiemos por separado cada uno de estos supuestos, tratando de efectuar un juicio del valor de la solución legal italiana, atendiendo particularmente a la razón de ser del instituto del saneamiento, en el sentido tradicional del mismo (el propio de la compraventa contractual).

### **2.1. LA EVICCIÓN DEL ART. 2921 DEL CC ITALIANO: UN *SUPUESTO AUTÓNOMO* QUE PRETENDE APARTARSE DEL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN DE LA COMPRAVENTA CONTRACTUAL**

El art. 2921 del CC italiano dispone que el adjudicatario de la cosa ejecutada que sufra la evicción, tendrá derecho a ser restituido del precio pagado, deducidos los gastos, si aún no ha sido distribuido a los distintos acreedores; y una vez distribuido, podrá repetir el precio pagado frente a cada uno de los acreedores satisfechos (en la parte proporcional a sus respectivos créditos), así como frente al deudor (sólo en el caso en que haya percibido, en su caso, parte del precio obtenido por la cosa -en el caso en que exista residuo, después de haber pagado a los acreedores-); y ello quedando al margen de la eventual responsabilidad del acreedor ejecutante por los daños y los gastos.

En el caso de que la evicción sea parcial, continúa afirmando el art. 2921 del CC italiano, el adjudicatario tendrá derecho a repetir la parte proporcional del precio, mediante la forma y frente a los sujetos anteriormente mencionados. Repetición del precio que tendrá lugar incluso en el caso en que el adjudicatario haya efectuado un desembolso de dinero para evitar la evicción.

Finalmente, se establece que en todos los casos, el adjudicatario no puede repetir el precio pagado frente a los acreedores privilegiados o hipotecarios, a los que la causa de evicción no resulte oponible<sup>1073</sup>.

Lo primero que suele subrayarse por parte de la mejor doctrina italiana es que aunque el precepto hable de «evicción», el único aspecto en común con el tradicional régimen del saneamiento por evicción propio de la compraventa contractual es el supuesto de hecho del que parten y de ahí su común denominación: pérdida del derecho del adjudicatario, como consecuencia del ejercicio de un derecho anterior a la venta por parte de un tercero. Más allá del componente fáctico de cuya protección pretende dotarse al adjudicatario, la evicción contemplada en el art. 2921 CC difiere, como decimos, del saneamiento por evicción de la venta contractual, particularmente en base a tres aspectos esenciales: por lo que respecta a su fundamento, en lo que hace a su contenido y por lo que concierne a los sujetos responsables<sup>1074</sup>.

Comenzando por el **fundamento**, apunta la generalidad de la doctrina italiana (idea con la que discrepamos como seguidamente pondremos de manifiesto), que la tradicional garantía por evicción propia de la venta contractual se funda y presupone la voluntariedad de la transmisión, con la que se hace responsable al vendedor de la obligación de garantizar al comprador la adquisición del derecho objeto de venta. El art. 2921 del CC italiano, por el contrario, partiendo de la falta de voluntariedad característica de la transmisión operada mediante la venta judicial, delinea una figura de naturaleza abstracta, que partiendo del mismo supuesto de hecho -la evicción- no se funda en obligación alguna de garantía a cargo de los sujetos en él mencionados como responsables a tales efectos (acreedor ejecutante, restantes acreedores intervinientes y, en la medida en que participe del precio

---

<sup>1073</sup> Traducción realizada por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 2921 del CC italiano es el siguiente: «L'acquirente della cosa espropriata, se ne subisce l'evizione, può ripetere il prezzo non ancora distribuito, dedotte le spese, e, se la distribuzione è già avvenuta, può ripeterne da ciascun creditore la parte che ha riscossa e dal debitore l'eventuale residuo, salva la responsabilità del creditore procedente per i danni e per le spese.

Se l'evizione è soltanto parziale, l'acquirente ha diritto di ripetere una parte proporzionale del prezzo. La ripetizione ha luogo anche se l'aggiudicatario, per evitare l'evizione, ha pagato una somma di danaro.

In ogni caso l'acquirente non può ripetere il prezzo nei confronti dei creditori privilegiati o ipotecari ai quali la causa di evizione non era opponibile».

<sup>1074</sup> Así lo subraya incisivamente BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»..., cit., p. 104: «(...) La dottrina appare unanime nel mettere in luce le differenze rispetto alla garanzia per evizione nella vendita volontaria, **per difformità di fondamento, di contenuto, e dei soggetti passivamente legittimati**».

recabado ante la existencia de remanente, el deudor ejecutado), sino que trae causa del enriquecimiento injustificado que la evicción conllevaría por parte de dichos sujetos, a costa y en detrimento del adjudicatario. Esto es, la garantía por evicción prevista en el art. 2921 del CC italiano lo que trata de evitar es un enriquecimiento injustificado por parte de los sujetos que indebidamente perciban el precio pagado por el adjudicatario que sufra la evicción; y he aquí su fundamento, reiteramos, a juicio de la doctrina italiana que se ocupa principalmente sobre el particular, plenamente disidente del que sirve como *ratio* al saneamiento de la compraventa contractual. Faltando el elemento voluntarista que imputa al vendedor la responsabilidad por evicción, decae la posibilidad de que el tradicional saneamiento por evicción propio de la venta ordinaria o contractual pueda resultar aplicable en los confines de la venta judicial<sup>1075</sup>.

Es de notar que junto al genérico fundamento apenas subrayado, hay determinados autores, señaladamente BONSIGNORI, que aluden asimismo a las mayores probabilidades de cobro de las partidas previstas en caso de evicción que trae consigo la corresponsabilidad por parte del acreedor embargante y, en su caso, de los acreedores intervinientes y el deudor

---

<sup>1075</sup> Así lo afirman señaladamente y por todos MICHELI, G. A., «Esecuzione forzata»..., *cit.*, pp. 128 y 129: «La garanzia per evizioni, in verità, si fonda sulla volontarietà del trasferimento, e pertanto sulla imputabilità al venditore di una circostanza che nelle vendite giudiziali non può essere affatto addebitata al debitore. (...) Il fondamento della garanzia dovuta dai creditori e dal debitore –in quanto abbia ricevuto il residuo del prezzo– è, dunque, ben diverso dalla garanzia per evizione, che grava il venditore rispetto alla vendita volontaria. Intanto, invero, i creditori hanno la possibilità di soddisfare i propri crediti su prezzo del bene pignorato, in quanto quest’ultimo faccia parte del patrimonio del debitore, o sia, comunque, soggetto alla espropriazione, giusta l’art. 2910. Venendo meno tale condizione, sarebbe ingiusto accollare all’acquirente tutto il peso dell’esecuzione e permettere ai creditori, nonché allo stesso debitore, di lucrare un ingiustificato arricchimento, trattenendo quanto non era dovuto dall’acquirente stesso». Igualmente, MAZZAMUTO, S., «L’esecuzione forzata»..., *cit.*, p. 276: «L’istituto dell’evizione nella vendita ordinaria, infatti, presuppone la volontarietà del trasferimento e si ricollega ad una responsabilità del venditore, all’obbligo su di lui incombente di garantire al compratore l’acquisto della cosa. L’art. 2921 CC, viceversa, delinea una fattispecie astratta –pignoramento e vendita forzata integrano i presupposti mentre l’elemento costitutivo è dato dall’evizione– la quale non fonda alcun obbligo di garanzia in capo ai creditori ed all’esecutato ma ne denuncia piuttosto l’ingiustificato arricchimento secondo i principi dell’indebito (...)». En el mismo sentido se pronuncia también PETITTO, D., «Difetto di qualità essenziali e *aliud pro alio* nella vendita forzata», en *Rivista di Diritto Processuale*, fasc. 3, 1995, p. 764 y 765: «Nessuno spiraglio in questo senso può venire dalla norma dell’art. 2921 CC, intitolato all’evizione che, pur evocando l’omonima garanzia cui è tenuto il venditore nella vendita volontaria (art. 1476 ss. CC), se ne distingue sia per fondamento che per contenuto. (...) Evidentemente, mancando il soggetto venditore che si sia determinato volontariamente alla vendita, a quest’ultima non si ricollega alcun obbligo di garantire l’evizione, dal momento che si deve escludere qualsiasi responsabilità sia del debitore, che subisce coattivamente il trasferimento, sia dell’organo esecutivo (...), sia dei creditori, la cui posizione non è, a maggior ragione, assimilabile a quella del venditore (...). Indubbiamente diverso il fondamento dell’azione di ripetizione designata nell’art. 2921 CC: non si tratta di un’obbligazione legale, ma di una tutela accordata, sulla base dei principi generali dell’indebito, all’acquirente, per evitare che a quest’ultimo venga accollato tutto il peso dell’esecuzione, a ingiustificato vantaggio del debitore e dei creditori, il cui diritto all’adempimento non può prescindere dall’appartenenza del bene espropriato al patrimonio del soggetto debitore». Igualmente, en tiempos más recientes puede verse a PENASA, L., «Commentario al articolo 2921 del Codice Civile», en CIAN, G., TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, 2012, p. 3713: «L’evizione nella vendita forzata trova fondamento esclusivo nel principio che vieta l’indebito arricchimento dei creditori, ed eventualmente del debitore, di coloro cioè che si ripartiscono il prezzo ricavato dalla vendita del bene espropriato e poi tolto all’acquirente. L’evizione nella vendita volontaria, invece, trova fondamento nella volontà del venditore e nell’obbligo su di lui incombente di garantire al compratore l’acquisto della cosa».

ejecutado. Es mucho más factible quedar satisfecho en caso de evicción pudiendo dirigirse frente a los acreedores que exclusivamente respecto al deudor ejecutado, quien suele ostentar tal condición por su penosa situación económica<sup>1076</sup>.

En lo que respecta a lo que se viene a denominar como **«contenido» de la garantía por evicción** específicamente prevista para la venta judicial en el art. 2921 del CC italiano, nos estamos refiriendo a las consecuencias jurídicas que el Ordenamiento anuda al hecho de la evicción en aras de la protección del adjudicatario. Estas consecuencias jurídicas, o lo que es lo mismo, este haz de partidas con las que cuenta el adjudicatario frente a la pérdida de su derecho acaecida la evicción difiere también ampliamente respecto de las que se prevén en sede del régimen jurídico del tradicional saneamiento por evicción propio de la compraventa contractual.

En efecto, en la compraventa contractual, en el caso de evicción, conforme al art. 1483 del CC italiano, que remite a su vez a estos efectos al art. 1479, párrafos segundo y tercero del mismo texto legal, el vendedor quedará obligado a restituir al adquirente: el precio pagado por la cosa vendida (incluso si ésta ha disminuido de valor o ha quedado deteriorada, por causa no imputable al comprador); los gastos efectuados para la celebración del contrato; los gastos necesarios y útiles invertidos sobre la cosa (incluso los de mero recreo, de existir mala fe por parte del vendedor); los frutos o rendimientos, si se le hubiere condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio; así como las costas del pleito seguido contra el vendedor para el saneamiento, y las que, en su caso, haya debido emplear en el juicio que haya motivado la evicción<sup>1077</sup>.

En la venta judicial, de acuerdo con el art. 2921 del CC italiano, en caso de evicción, recordamos que el adjudicatario tendrá derecho a ser restituido del precio pagado, deducidos los gastos, si aún no ha sido distribuido a los distintos acreedores; y una vez distribuido,

---

<sup>1076</sup> BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»..., cit., p. 110: «(...) Infatti, la concessione di un diritto di ripetizione nei confronti del solo debitore espropriato avrebbe cagionato all'aggiudicatario evitto addirittura il pericolo di non potere conseguire nulla, date le presumibili condizioni di dissesto economico dell'espropriato stesso. Así lo apunta igualmente RUBINO, D., *La compravendita*, Milano, 1952, p. 586.

<sup>1077</sup> El tenor del art. 1483 del CC italiano es el siguiente: «Se il compratore subisce l'evizione totale della cosa per effetto di diritti che un terzo ha fatti valere su di essa, il venditore è tenuto a risarcirlo del danno a norma dell'articolo 1479.

Egli deve inoltre corrispondere al compratore il valore dei frutti che questi sia tenuto a restituire a colui dal quale è evitto, le spese che egli abbia fatte per la denuncia della lite e quelle che abbia dovuto rimborsare all'attore».

El art. 1479, párrafos segundo y tercero del CC italiano disponen por su parte: «Salvo il disposto dell'articolo 1223, il venditore è tenuto a restituire all'acquirente il prezzo pagato, anche se la cosa è diminuita di valore o è deteriorata; deve inoltre rimborsargli le spese e i pagamenti legittimamente fatti per il contratto. Se la diminuzione di valore o il deterioramento derivano da un fatto del compratore, dall'ammontare suddetto si deve detrarre l'utile che il compratore ne ha ricavato.

Il venditore è inoltre tenuto a rimborsare al compratore le spese necessarie e utili fatte per la cosa, e, se era in mala fede, anche quelle voluttuarie».



podrá repetir el precio pagado frente a cada uno de los acreedores satisfechos (en la parte proporcional a sus respectivos créditos), así como frente al deudor (sólo en el caso en que haya percibido, en su caso, parte del precio obtenido por la cosa -en el caso en que exista residuo, después de haber pagado a los acreedores-); y ello quedando al margen de la eventual responsabilidad del acreedor ejecutante por los daños y los gastos. Responsabilidad eventual que sólo puede pesar sobre el acreedor ejecutante, en la medida en que éste asume un rol fundamental en la elección de los bienes sobre los que pesará la ejecución, de ahí que en el caso en que pueda probarse que conocía la ajenidad de la cosa elegida que ha dado causa a la evicción, deberá responder de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, así como de los gastos empleados como consecuencia de la evicción en cuestión (costas en los procesos correspondientes)<sup>1078</sup>.

Puede constatarse, pues, que las consecuencias jurídicas que se anudan a la evicción en lo que hace al contenido específico de las partidas a las que tendrá derecho el adquirente, difieren plenamente entre la venta contractual y la judicial<sup>1079</sup>.

Y en tercer lugar, por lo que concierne a **los sujetos responsables de la evicción**, también constituye un extremo sobre el que no coincide el régimen tradicional del saneamiento propio de la venta ordinaria respecto al previsto para la venta judicial en el art. 2921 del CC italiano. Ciertamente, mientras que en la venta contractual la evicción se configura como una obligación de garantía a cargo del vendedor que transmite el derecho, en la venta judicial la garantía por evicción pesa sobre todos aquellos que hayan percibido el precio pagado por la cosa objeto de venta: a saber, el acreedor embargante y, en su caso, los acreedores intervinientes, así como el deudor ejecutado (en este último caso, sólo cuando

---

<sup>1078</sup> MICHELI, G. A., «Esecuzione forzata»..., *cit.*, pp. 127 y 128: «Il creditore procedente, invero, ha nel nostro ordinamento un prevalente potere di scelta del bene sul quale procedersi con l'espropriazione, specie in quella immobiliare, per quanto non sia da escludere a priori una certa responsabilità anche del debitore, date le facoltà riconosciutegli dall'art. 517 CPC».

<sup>1079</sup> Así lo apunta con detalle MICHELI, G. A., «Esecuzione forzata»..., *cit.*, pp. 129 y 130: «La garanzia (...) ha, infatti, una sua ben precisa fisionomia (...) quanto al contenuto della garanzia; (...) mentre il venditore è tenuto, rispetto alla vendita volontaria, a versare il risarcimento dei danni, il valore dei frutti che il compratore evitto deve restituire a colui dal quale è stato evitto e le spese per la denuncia della lite e quelle che il compratore medesimo abbia dovuto rimborsare al terzo attore (art. 1486), i creditori intervenuti e lo stesso debitore -se ha ricevuto un residuo- sono obbligati a restituire quanto è stato loro distribuito, salva la responsabilità del creditore procedente per le spese e per i danni». Igualmente, MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata»..., *cit.*, pp. 276 y 277: «Anche il contenuto della tutela presenta tratti differenziali. È sufficiente ricordare che l'aggiudicatario -in deroga a quanto disposto dall'art. 1479 CC- ha diritto soltanto alla restituzione del prezzo ed al risarcimento del danno ed ancora che, nel caso di evizione parziale, egli non può chiedere la risoluzione né i danni così come stabilisce per la vendita ordinaria l'art. 1486 CC». Asimismo, PETITTO, D., «Difetto di qualità essenziali e *aliud pro alio* nella vendita forzata»..., *cit.*, p. 766: «Nessun punto d'incontro, dunque, tra i due istituti omonimi dell'evizione, se non l'esigenza di tutela dell'acquirente evitto; anche il contenuto della tutela diverge. Basterà ricordare che, mentre il venditore è tenuto, rispetto alla vendita volontaria, a versare il risarcimento dei danni, il valore dei frutti che il compratore deve restituire a colui dal quale è stato evitto e le spese per la denuncia della lite e quelle che il compratore medesimo abbia dovuto rimborsare al terzo attore (art. 1486), i creditori intervenuti e il debitore -che abbia ricevuto un residuo- sono obbligati a restituire quando è stato loro distribuito, salva, come si è più volte detto, la responsabilità del creditore per spese e danni».

haya existido remanente que haya ido a parar al deudor una vez cubierto el importe del crédito inicialmente insatisfecho del que trae causa la ejecución dineraria)<sup>1080</sup>.

La cuestión de los sujetos responsables de la evicción constituyó un extremo largamente debatido por parte de la doctrina y jurisprudencia italianas, girando la polémica en torno a los distintos sujetos que participan activamente en el conjunto de actos procesales integrantes de la venta judicial: ¿debe responder el deudor, los acreedores (embargante y, en su caso, interviniente), o el propio órgano judicial ejecutivo? Excluido el carácter contractual de la venta judicial se dedujo la exclusión de responsabilidad por parte del deudor ejecutado y del órgano ejecutivo en caso de evicción. El deudor no puede resultar responsable respecto de una transmisión que no ha querido (no puede decirse, considera la mejor doctrina, que reciba una suerte de precio al ver saldada su deuda a través de la ejecución dineraria y con ello quedando su patrimonio incrementado activamente), se decía, y aún menos puede serlo el órgano judicial que no actúa en nombre del mismo, ni lo sustituye. En lo que respecta a los acreedores, tampoco pueden reputarse como vendedores por el mero hecho de que sean los que impulsen el proceso de ejecución dineraria en el que se inserta la venta judicial. En definitiva, se llegó a la conclusión mayoritaria de que las características del saneamiento por evicción de la venta ordinaria se enmarcan en esquemas contractuales impropios de la venta judicial, de ahí que debiera proveerse al adjudicatario de una autónoma protección ante el hecho de la evicción, que es la que se recoge precisamente en el art. 2921 del CC italiano. Esto es, fue la polémica cuestión de los sujetos que debían responder frente a la evicción conforme a las características propias del tradicional saneamiento por evicción la que evidenció, a juicio de la doctrina italiana, la imposibilidad de transponer dicho régimen al ámbito de la venta judicial, en la que el supuesto de la evicción debía recibir una respuesta autónoma basada en lo injustificado del cobro del precio por parte de los acreedores y, en su caso, el deudor, en tales casos<sup>1081</sup>. Puede apreciarse, pues, que el rechazo al régimen del

---

<sup>1080</sup> Las diferencias entre el saneamiento por evicción propio de la venta contractual y la garantía por evicción prevista para la venta judicial en el art. 2921 del CC italiano son subrayadas por la generalidad de la mejor doctrina italiana, pudiendo señalarse a este respecto, entre otros, a los siguientes autores: MICHELI, G. A., «Esecuzione forzata»..., *cit.*, pp. 129 y 130: «La «La garanzia (...) ha, infatti, una sua ben precisa fisionomia (...) quanto ai soggetti, la garanzia stessa si fonda sulla ripetizione dell'indebito, eppertanto colpisce i soggetti che hanno indebitamente lucrato somme loro non dovute, cioè i creditori ed il debitore il quale abbia ricevuto il residuo dopo soddisfatti i primi. Per tale via l'articolo in esame ribadisce il principio secondo il quale anche rispetto alla vendita forzata *pretium succedit in locum rei*. I creditori, cioè, in tanto hanno diritto alla distribuzione del ricavo dalla vendita forzata in quanto il prezzo ha surrogato la cosa venduta e, come tale è entrato a far parte del patrimonio del debitore, sia pure gravato del pignoramento che già gravava sulla cosa medesima. Se, pertanto, il prezzo non può surrogare quest'ultima, in quanto essa non era di proprietà del debitore, ne discende che i creditori e lo stesso debitore (in quanto abbia ricevuto il residuo) saranno tenuti a restituire il prezzo ricevuto, poiché a loro non dovuto, rappresentando esso il corrispettivo di un bene che non poteva essere sottoposto all'esecuzione forzata nei confronti di quel debitore».

<sup>1081</sup> Así lo indica detalladamente MICHELI, G. A., «Esecuzione forzata»..., *cit.*, pp. 127 y 128: «(...) Era infatti, assai discusso se ed in quale misura il deliberatario evitto potesse rivalersi nei confronti del debitore o dei creditori soddisfatti. La dottrina e la giurisprudenza risolvevano per lo più questa questione a seconda delle premesse dalle quali partivano. Escluso, infatti, il carattere contrattuale della vendita forzata, se ne è dedotta l'esclusione della responsabilità del debitore o del giudice per evizione della cosa venduta: non è del debitore,

saneamiento por evicción correspondiente a la compraventa contractual, reside en todo momento en un condicionamiento apriorístico de la solución no contractualista dada a la naturaleza jurídica de la venta judicial que en este caso opera como un verdadero *prius* de la solución que se da a este específico problema sustantivo (retomaremos esta crítica al valorar la validez del régimen italiano del saneamiento de la venta judicial en su conjunto).

Expuestos los diferentes factores en los que la mejor doctrina italiana centra las diferencias que pueden apreciarse entre el saneamiento por evicción tradicional de la venta contractual y la autónoma garantía por evicción propia de la venta judicial, cabe hacer referencia a dos cuestiones de suscitan cierta controversia en lo que a la interpretación del art. 2921 del CC italiano se refiere.

Por una parte, suele discutirse si ante la existencia una eventual pluralidad de sujetos responsables de la evicción (acreedor embargante y, en su caso, acreedores intervinientes y deudor ejecutado) deban responder solidaria o mancomunadamente de la garantía por evicción. Ante la inexistencia de una respuesta expresa por parte del art. 2921 del CC italiano acerca del particular, se entiende mayoritariamente que rige la mancomunidad, debiendo responder cada sujeto en la medida de la parte del precio que hayan percibido. Y

---

si è detto, poiché egli non può essere tenuto per un trasferimento che non ha voluto, a meno di ricorrere alla già criticata concezione della vendita come contratto stipulato dall'organo esecutivo, per conto di un incapace (...). Quanto ai creditori, si è giustamente rilevato che essi non sono i veri venditori in quanto essi promuovono l'espropriazione forzata, ma non esercitano in essa un diritto (materiale) alla vendita. Da ciò deriva, però, che i creditori non abbiano alcuna responsabilità per avere mandato alla vendita beni che non erano di proprietà del loro debitore. (...) In questo modo, tuttavia, l'acquirente dovrebbe il più delle volte sopportare tutto il peso dell'evizione, negando anche il nuovo codice alla vendita forzata ogni carattere contrattuale, eppertanto escludendo la possibilità di una garanzia per evizione, gravante il debitore. Né in senso contrario vale osservare, con la recente giurisprudenza, che il prezzo di vendita, all'atto della aggiudicazione diviene parte integrante del patrimonio del debitore in luogo del bene oggetto dell'espropriazione, e come tale viene distribuito fra gli aventi diritto; con la conseguenza che siffatta bilateralità ed onerosità di rapporti costituirebbe il fondamento essenziale dell'obbligo di garanzia, che è elemento naturale nei trasferimenti a titolo oneroso. La garanzia per evizione, in verità, si fonda sulla volontarietà del trasferimento (...).» En sentido análogo se pronuncia igualmente PETITTO, D., «Difetto di qualità essenziali e *aliud pro alio* nella vendita forzata»..., *cit.*, p. 765, haciendo hincapié sobre la imposibilidad de hacer responsable de la evicción al acreedor embargante: «(...) Neanche in capo al creditore precedente si può dir sorto alcun obbligo di garanzia –se non all'assurda condizione di ricollegarlo tout court all'atto processuale di impulso con cui il creditore procede alla scelta dei beni da sottoporre al procedimento espropriativo- ma solo un obbligo risarcitorio, fondato sulla responsabilità eventuale rinvenibile nei limiti e secondo i principi dell'art. 2043 CC». También se expresa de forma similar BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»..., *cit.*, p. 103, haciendo referencia a los orígenes que partiendo de la polémica de los sujetos dieron lugar al vigente del art. 2921 del CC italiano: «L'origine immediata dell'articolo in esame, come al riguardo non si pe mancato di rilevare in dottrina, è dipesa soprattutto dall'esigenza di risolvere la secolare disputa, che si fece animatissima sotto la vigenza dei codice del 1865, relativamente all'individuazione del legittimato passivo dell'azione, nell'ambito di quella tutela giurisdizionale, che non si sarebbe mai potuta negare all'acquirente evitto, pur essendo assai dibattuto se quest'ultimo si potesse rivolgere al debitore, oppure ai creditori soddisfatti, o addirittura al giudice dell'esecuzione. Al riguardo la presente disposizione ha recepito i più significativi risultati, ai quali giunse in passato la dottrina, escludendosi così qualunque responsabilità sia del debitore, che non può essere tenuto per un trasferimento, che coattivamente subisce, sia dell'organo esecutivo, che risponde soltanto per dolo secondo la regola generale dell'art. 55 CPC, mentre, quanto alla situazione dei creditori, si pe disposta una disciplina composita e variegata».

ello, a pesar de que en el Ordenamiento italiano, a diferencia del español, la regla general (salvo disposición en contrario, *ex art.* 1294 del CC italiano) es la solidaridad ante la existencia de una pluralidad de sujetos responsables de una misma deuda; pues así parece derivarse de que conforme al art. 2921 del CC italiano, conforme al cual cada uno debe sólo responder en función de la suma cobrada del conjunto del precio de la venta judicial<sup>1082</sup>.

Finalmente, también suele cuestionarse si el deudor ejecutado, en el caso de resultar responsable de la garantía por evicción en la medida en que haya percibido parte del precio sobrante (una vez satisfechos a los distintos acreedores, embargante e intervinientes), deba o no gozar de una suerte de beneficio de excusión; esto es, ¿sólo podrá el adjudicatario exigir la responsabilidad por evicción al deudor ejecutado una vez que se haya previamente dirigido frente al acreedor embargante y restantes acreedores intervinientes? A ello suele responderse mayoritariamente en sentido negativo, de modo que el deudor no gozará pues, a los efectos de la responsabilidad por evicción en los términos del art. 2921 del CC italiano, de beneficio alguno de excusión, ya que tratándose de un privilegio excepcional, para estimarse así debería quedar expresado en el propio tenor del art. 2921 del CC italiano (cosa que no hace)<sup>1083</sup>.

Analizado el régimen italiano de la garantía por evicción específicamente prevista para la venta judicial en el art. 2921 del CC italiano, pasamos ahora analizar el régimen previsto para los vicios o defectos ocultos, para finalmente hacer una valoración de conjunto del tratamiento que el Ordenamiento italiano da a la cuestión del saneamiento en el ámbito de la venta judicial.

---

<sup>1082</sup> BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»..., *cit.*, pp. 110 y 111: «A me pare (...) che il primo comma dell'articolo qui commentato sia chiaro nel senso di escludere una solidarietà fra creditori soddisfatti, in quanto ciascuno è tenuto a restituire soltanto quello che ebbe a ricevere. La ratio della norma, d'altronde, risulta del tutto perspicuamente dal contesto stesso in cui si trova posta, in quanto vi si mira a tutelare l'aggiudicatario evitto, per rendere più appetibile la vendita forzata, e aumentare così il rendimento dell'espropriazione, ma senza alterare l'equilibrio patrimoniale nei confronti delle parti del processo esecutivo. Per cui ogni creditore risulta tenuto soltanto per ciò che ricevette effettivamente (...)».

<sup>1083</sup> BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»..., *cit.*, p. 113: «Per quel che concerne, infine, l'azione nei confronti del debitore esecutato, per il residuo che gli è stato restituito in sede di riparto, si è scritto che l'aggiudicatario non potrebbe rivolgersi verso di quello, se non dopo avere ottenuto dai creditori in restituzione la parte ricevuta da costoro. Mi pare, tuttavia, che una tale limitazione nell'esercizio dell'azione di ripetizione, oltre a non trovare alcun fondamento nell'articolo qui all'esame, contraddica la funzione stessa della norma in oggetto, che appare quella di fare recuperare all'acquirente evitto tutto quel che pagò in sede di aggiudicazione, restando quest'ultimo libero, poi, di agire contro i creditori, o contro il debitore per il residuo, ma sempre nei limiti di quel che fu a ciascun distribuito in sede di riparto». En sentido contrario se expresa señaladamente RUBINO, *La compravendita...*, *cit.*, p. 586.

## 2.2. EL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS DEL ART. 2922. 1º DEL CC ITALIANO: LA EXCLUSIÓN DE TODA GARANTÍA EN ESTE ÁMBITO

Si el art. 2921 del CC italiano prevé una garantía autónoma frente al hecho de la evicción, el art. 2922, párrafo primero establece que en la venta judicial no hay lugar a garantía alguna por los vicios o defectos de la cosa<sup>1084</sup>. Deberá soportar, pues, el adjudicatario los eventuales vicios que pesen sobre la cosa, no gozando de ningún medio de defensa a tales efectos. Con esta respuesta, el CC italiano de 1942 sigue la estela del art. 1506 del CC italiano de 1865<sup>1085</sup>, en el que expresamente se negaba igualmente la operatividad de las acciones edilicias propias del saneamiento por vicios y defectos ocultos en las ventas judiciales<sup>1086</sup>.

Exclusión de toda garantía por los vicios y defectos ocultos que eventualmente pudiera tener la cosa vendida judicial que la doctrina italiana justifica en base a dos motivos fundamentales: por la falta de adecuación de la naturaleza del saneamiento por vicios ocultos al carácter forzoso de la venta judicial, y en aras de la estabilidad de la venta judicial<sup>1087</sup>.

Al igual que en el caso del saneamiento por evicción, la doctrina italiana que se ocupa del estudio de esta materia en el ámbito de la venta judicial coincide en afirmar que el saneamiento por vicios o defectos ocultos encuentra su fundamento en la voluntad del vendedor y por tanto de la propia transmisión, que es la que hace imputable tal obligación al transmitente. Siendo inexistente dicha voluntad en el caso de la venta judicial, falta consecuentemente, como indica MICHELI, el nexo de voluntariedad necesario para hacer imputable la transmisión y con ella la garantía ante la existencia de vicios o defectos ocultos al vendedor-transmitente<sup>1088</sup>.

En segundo lugar, se añade, que negando toda reclamación frente a la eventual existencia de vicios o defectos, se consigue así una mayor estabilidad de la venta judicial, que de ese modo tendrá menos motivos con los que devenir ineficaz. Siendo el principio de

---

<sup>1084</sup> Traducción llevada a cabo por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 2922, párrafo primero del CC italiano es el siguiente: «Nella vendita forzata non ha luogo la garanzia per i vizi della cosa».

<sup>1085</sup> Así lo destaca MICHELI, G. A., «Esecuzione forzata»..., *cit.*, p. 135: «Il legislatore ha preferito seguire la via già battuta dal Codice Civile 1865, e stabilire che nella vendita forzata non ha luogo la garanzia per i vizi della cosa (...)».

<sup>1086</sup> El tenor literal del art. 1506 del CC italiano era el siguiente: «L'azione redibitoria non ha luogo nelle vendite giudiziali».

<sup>1087</sup> Así lo destaca MARROLLO, A. C., «La vendita di *aliud pro alio* e la tutela dell'aggiudicatario», en *Il Fallimento*, N° 12, 2005, pp. 1384 y ss.: «Secondo la dottrina, la ratio della disposizione del primo comma è duplice. Di natura strutturale e di natura funzionale: nella vendita forzata il trasferimento non è imputabile alla volontà del venditore; inoltre, vi è la opportunità di conferire maggiore stabilità possibile all'espropriazione».

<sup>1088</sup> MICHELI, G. A., «Esecuzione forzata»..., *cit.*, pp. 135 y 136: «Manca, infatti, in quest'ultima (refiriéndose a la venta judicial) quel nesso diretto di volontarietà che può rendere imputabile il trasferimento medesimo al venditore. Data la particolare struttura della vendita in questione (...) è praticamente opportuno che la garanzia per vizi occulti (...) siano esclusi». De igual modo puede verse también a PETITTO, D., «Difetto di qualità essenziali e *aliud pro alio* nella vendita forzata»..., *cit.*, p. 769: «(...) Ancora una volta il fondamento si ritrova nell'assenza di un nesso diretto di volontarietà, che possa rendere imputabile il trasferimento al venditore, e possa, quindi, far sorgere in capo a quest'ultimo alcun obbligo connesso all'effetto traslativo».

estabilidad una piedra angular de todo el régimen jurídico de la venta judicial (recordamos que era el criterio imperante a la hora de determinar el momento en que tenía lugar el efecto traslativo), cobra todo sentido (a juicio de la doctrina italiana) la exclusión del saneamiento por vicios o defectos ocultos<sup>1089</sup>.

Este segundo argumento en que se basa la exclusión del saneamiento por vicios o defectos ocultos resulta un tanto discutible, pues ¿acaso no resulta más estable una venta judicial con mayores garantías a favor del adjudicatario, que una venta en la que los vicios deban ser asumidos por este último, desincentivando así la máxima participación posible de sujetos oferentes? ¿No iría ello consecuentemente en detrimento del ofrecimiento de las condiciones idóneas en aras a la obtención del máximo precio posible por la cosa objeto de venta judicial? No es ésta ni mucho menos la única objeción que puede realizarse a la regulación italiana en lo que al tratamiento del saneamiento en la venta judicial se refiere. Detallemos nuestro parecer al respecto en el siguiente epígrafe.

### **2.3. VALORACIÓN DE CONJUNTO DEL RÉGIMEN ITALIANO DEL SANEAMIENTO EN LA VENTA JUDICIAL: UNA SOLUCIÓN APRIORÍSTICAMENTE CONDICIONADA POR LA POSTURA ACOGIDA EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA VENTA JUDICIAL**

Analizado el régimen jurídico del saneamiento en el ámbito de la venta judicial recogido en los arts. 2921 y 2922 del CC italiano, consideramos que **constituye una disciplina incoherente, de fundamento desacertado en atención a la naturaleza del instituto del saneamiento y que trae causa de una solución apriorísticamente condicionada por la tajante toma de postura acerca de la naturaleza no contractual de la venta judicial.** Justifiquemos los extremos apuntados.

Acabamos de constatar, que el régimen jurídico previsto por el CC italiano para el saneamiento (por evicción y vicios ocultos) se caracteriza por negar en todo momento la operatividad del tradicional régimen del saneamiento propio de la venta voluntaria o contractual en los confines materiales de la venta judicial. Respondiendo el saneamiento, a juicio de los autores italianos que se ocupan de esta materia, a unos esquemas voluntaristas o

---

<sup>1089</sup> MICHELI, G. A., «Esecuzione forzata»..., *cit.*, p. 135: «(...) Si è posto in rilievo che si intende dare alla vendita forzata la massima stabilità, impedendo che essa venga messa nel nulla dall'esperienza di un'azione redibitoria, da una *quanti minoris* (...)». Asimismo, MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata»..., *cit.*, p. 280: «Il problema si pone soprattutto con riguardo al profilo della stabilità degli effetti, e quindi dell'ammissibilità delle ordinarie impugnazioni cui sono esposti i contratti sinallagmatici. L'indagine è sollecitata dallo stesso tenore della disciplina codicistica la quale prospetta una serie differenziata di soluzioni. Essa mostra cioè di non ispirarsi tanto ad un rigoroso criterio dogmatico ma di voler più semplicemente preservare l'equilibrio economico dell'operazione di scambio senza con ciò disattendere la particolare funzione della vendita forzata». También, PETITTO, D., «Difetto di qualità essenziali e *aliud pro alio* nella vendita forzata»..., *cit.*, p. 768: «Certamente incide sulla disposizione l'opportunità di assicurare la maggiore stabilità possibile all'espropriazione, ovvia conseguenza del carattere coattivo del trasferimento (...)».

contractuales, y siendo estos inexistentes en la venta judicial, no puede aplicarse el saneamiento contemplado para la venta ordinaria a esta última. Pero partiendo de estas mismas premisas tanto en el caso de la evicción, cuanto en el de los vicios ocultos (hemos constatado que el fundamento negatorio del que se parte es plenamente coincidente), ¿por qué en un caso se prevé una autónoma garantía y en el otro simplemente se limitan a excluir el régimen tradicional del saneamiento? Frente al hecho de la evicción y ante la imposibilidad de transportar el régimen de la compraventa voluntaria, se opta por dotar al adjudicatario de una garantía de carácter autónomo con la que verse protegido ante tal circunstancia. Mientras que ante la existencia de vicios o defectos ocultos, simplemente se niega la aplicación del régimen del saneamiento por vicios propio de la venta contractual, sin atribuir en dicho caso al adjudicatario garantía alguna. He aquí la **incoherencia**: o se niega en ambos casos la aplicación del tradicional saneamiento frente a la evicción y los vicios ocultos; o se proveen garantías autónomas que protejan al adjudicatario en ambos casos.

Prueba de esta incoherencia, particularmente en lo que hace a la negación de toda garantía frente a la existencia de vicios o defectos ocultos, es la cuestión del tratamiento del *aliud pro alio* en la venta judicial, objeto de enorme controversia en el seno de la doctrina y jurisprudencia italianas. Veamos en qué consiste el *aliud pro alio* para entender así en mejor medida el alcance de la referida problemática suscitada.

En efecto, en el Ordenamiento italiano, suele hacerse referencia por parte de la doctrina a tres institutos jurídicos distintos que parten de la existencia de vicios o defectos ocultos, los cuales, en función de las trascendencia que asuman en el seno del contrato, dan lugar a consecuencias jurídicas distintas: nos estamos refiriendo al saneamiento por vicios o defectos ocultos, la denominada «falta de la cualidad estipulada o de la cualidad esencial de la cosa», así como al denominado *aliud pro alio*. Las dos primeras hipótesis son objeto de regulación positiva por parte del CC italiano, en los arts. 1490 a 1496 y en el art. 1497, respectivamente; mientras que el *aliud pro alio* constituye una figura de cuño doctrinal y jurisprudencial (al igual que sucede en el Ordenamiento español). Siguiendo a BIANCA puede decirse que el «vicio» constituye una imperfección material de la cosa que incide sobre su uso o valor; se trata de una inexactitud de la prestación traslativa que disminuye apreciablemente el valor de la cosa, o bien la hace inidónea para el uso al que se destina (entendiéndose por inidóneo aquel vicio que hace al bien inadecuado para la función a la que esté llamada a cumplir, de acuerdo con los cánones económico-sociales de la época, sin llegar a convertirlo en inutilizable)<sup>1090</sup>. Por su parte, existe falta de cualidad esencial, de

---

<sup>1090</sup> BIANCA, C. M., «La vendita e la permuta»..., *cit.*, pp. 885-887: «Il vizio è un'imperfezione materiale della cosa che incide sulla sua utilizzabilità o sul suo valore. Con riguardo alle cose naturali il vizio consiste più precisamente in un'alterazione patologica del suo stato. Con riguardo alle opere il vizio si ravvisa nelle anomalie di forma, di struttura o di composizione. Il vizio costituisce inesattezza della prestazione traslativa se diminuisce in modo apprezzabile il valore del bene ovvero lo rende inidoneo all'uso cui esso è destinato. (...) La inidoneità del bene dev'essere giudicata in base al criterio della normale adeguatezza alla funzione. Il vizio

acuerdo con GRECO y COTTINO, cuando la cosa vendida pertenezca, por su naturaleza o por los elementos esenciales que la caracterizan, a un tipo o especie diversa a la pactada. Finalmente, siguiendo a los anteriores autores, nos encontramos ante la hipótesis del *aliud pro alio*, cuando se transmite una cosa completamente diversa a la contratada, es decir, perteneciente a un género diverso o que esté privada de la capacidad funcional de satisfacer las concretas necesidades que condujeron al comprador a llevar a cabo la adquisición<sup>1091</sup>. Diversas hipótesis a las que corresponden, como decimos, distintas consecuencias jurídicas: los vicios dan lugar al nacimiento de las acciones edilicias (redhibitoria y *quanti minoris*) de plazos de ejercicio muy perentorios; la falta de cualidad esencial, trae consigo un supuesto de resolución por incumplimiento contractual, también con breves plazos de ejercicio; y el *aliud pro alio* constituye un supuesto genérico de incumplimiento contractual que faculta al comprador a instar la resolución por incumplimiento conforme a los plazos generales de ejercicio de las acciones contractuales<sup>1092</sup>.

---

rende il bene inidoneo all'uso quando appunto ne esclude la norma adeguata alla sua funzione, pur senza renderlo assolutamente inutilizzabile. (...) La normale adeguata dev'essere giudicata rispetto alla funzione che nell'ambiente economico-sociale è riconosciuta al bene o anche a quella particolare funzione prevista dal contratto».

<sup>1091</sup> GRECO, P., y GASTONE, C., «Commentario al artículo 1490 del Codice Civile», en SCIALOJA, A., y BRANCA, G. (Coordinadores), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1981, p. 230: «Si considera vizio l'imperfezione nel processo di produzione, fabbricazione o formazione della cosa. Sussiste invece difetto di qualità, quando la cosa rientri, per la sua natura o per gli elementi che la caratterizzano, in un tipo o specie diversi dal pattuito: ed *aliud pro alio*, allorché la cosa sia completamente diversa da quella contrattata, cioè appartenente a genere diverso o sia priva della capacità funzionale a soddisfare in concreto i bisogni che determinarono l'acquirente a fare l'acquisto». GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II..., *cit.*, p. 595, por su parte, define la hipótesis del *aliud pro alio* del siguiente modo: «(...) L'ipotesi dell'*aliud pro alio*, la quale ricorre quando la cosa trasferita dal venditore è completamente diversa da quella pattuita, o perché appartiene ad un genere merceologico diverso o perché manca delle qualità necessarie per assolvere la funzione economico-sociale cui la cosa pattuita era destinata. Nelle applicazioni pratiche la distinzione conduce a questi risultati: l'inagibilità dell'impianto di riscaldamento di un appartamento, per mancato rilascio del certificato di collaudo dei vigili del fuoco, dà luogo a mancanza di qualità e non ad *aliud pro alio*, giacché è pur sempre un appartamento ad uso abitazione, anche se per un appartamento privo di riscaldamento; l'inagibilità dell'appartamento per mancato rilascio della licenza di abitabilità dà luogo, invece, ad *aliud pro alio*, perché l'immobile non è in grado di assolvere la funzione, ossia la funzione abitativa, cui la cosa venduta era destinata».

<sup>1092</sup> FERRI, B., «La vendita in generale-le obbligazioni del venditori-le obbligazioni del compratore», en RESCIGNO, P. (Dir.), *Trattato di Diritto Privato*, Tomo III, 2ª Edición, Torino, 2000, p. 558, da detallada cuenta de las diferentes consecuencias jurídicas que se derivan de cada una de las figuras a las que hacemos referencia (vicios ocultos, falta de cualidad esencial, *aliud pro alio*): «(...) La distinzione tra vizio della cosa, mancanza di qualità e *aliud pro alio datum* non ha il valore d'una astratta ed accademica distinzione, ma comporta conseguenze di grande rilievo, sul piano della disciplina da applicare. Infatti, qualora si qualifici un determinato difetto della cosa venduta come vizio, potranno trovare applicazione, in alternativa, o l'azione che è redibitoria (pur se viene indicata quale azione di risoluzione) o la *quanti minoris* (prevista nell'art. 1492 CC) e non già la disciplina della risoluzione, prevista dall'art. 1453 CC (che consente la domanda di adempimento o che, comunque, fonda la responsabilità sulla colpa dell'inadempiente). Se tale difetto venisse invece qualificato come mancanza di qualità o come *aliud pro alio datum*, si dovrebbe escludere la *quanti minoris*; si avrebbe in siffatte ipotesi "una vera e propria azione di risoluzione, da costruire in aderenza alle linee dell'istituto generale (art. 1453 e s.)", pur se, nell'ipotesi di mancanza di qualità la risoluzione è soggetta "agli stessi termini di decadenza e prescrizione (art. 1497, 2º comma)" previsti per i vizi della cosa». En el ámbito español, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., y MONDÉJAR PEÑA, M. I., «Comentario al artículo 1461 del Código Civil», en PASQUAU



Conforme a estas premisas y de acuerdo con la proclamada negación del saneamiento por vicios o defectos ocultos en la venta judicial por parte del art. 2922 del CC italiano, la doctrina y en numerosas ocasiones la jurisprudencia italiana se plantea si dicha exclusión alcanza igualmente a la hipótesis del *aliud pro alio*. Esto es, ¿cabe estimarse el *aliud pro alio* en el seno de las ventas judiciales? La suprema protección que merece el adjudicatario en la venta judicial, así como atendiendo a la propia letra del art. 2922 en el que sólo se excluyen con carácter expreso los vicios y no el *aliud pro alio* (que constituye una figura jurídica diversa)<sup>1093</sup>, lleva a la generalidad de los autores y a la jurisprudencia italiana a dar una respuesta afirmativa. Y es precisamente en la consecuencia jurídica que se anuda a la hipótesis del *aliud pro alio* y en su operatividad en el marco de las ventas judiciales, lo que viene a constituir el verdadero caballo de batalla: dado que *aliud pro alio* se identifica con un supuesto de incumplimiento que trae consigo la resolución por incumplimiento y siendo éste un remedio propiamente contractual, no tendría cabida en el seno de las ventas judiciales. Descartada la resolución por incumplimiento, ¿qué remedio podría accionar el adjudicatario frente a la hipótesis del *aliud pro alio*? Tres son las posturas fundamentales que se sostienen al respecto en Italia:

- Una primera, que considera que el *aliud pro alio* comporta un supuesto de vicio del consentimiento que da lugar, pues, a la anulabilidad del negocio jurídico celebrado<sup>1094</sup>.

---

LIANO, M. (Dir.), *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Tomo III, 2ª Edición, Granada, 2009, p. 2973, definen el *aliud pro alio* haciendo referencia a la evolución jurisprudencial española experimentada en esta materia: «En la práctica jurisprudencial se considera que existe incumplimiento de la obligación de entrega no sólo en el caso de omisión de la prestación debida, y cuando se entrega cosa distinta de la pactada, sino también cuando cuando el objeto entregado resulta inhábil para la finalidad contractualmente proyectada, que frustra las legítimas expectativas del comprador incorporadas al contrato, lo que permite la aplicación de las acciones generales derivadas del incumplimiento (SSTS 29 enero 1983, 10 junio 1983, 1 octubre 1991, 5 noviembre 1993, 28 octubre 1994, 10 noviembre 1994, 14 noviembre 1994, 17 mayo 1995, 12 junio 1995, 26 febrero 1996, 22 julio 1998, 2 septiembre 1998, 10 octubre 2000, 15 noviembre 2005 y 6 noviembre 2006. Con esta doctrina el TS ha dado lugar a una jurisprudencia destinada a ofrecer, mediante la admisión de la aplicación de las reglas generales del incumplimiento una mayor protección al comprador de cosas genéricas fabricadas en serie o en masa, frente al fabricante-comerciante vendedor de tales productos. Estamos en presencia de una reelaboración jurisprudencial del régimen de protección del comprador, dada la insuficiencia del sistema previsto en el CC».

<sup>1093</sup> En esta línea se mueve BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»..., *cit.*, p. 134: «(...) Anche la lettera dell'articolo qui commentato non osta all'interpretazione poc'anzi sostenuta, proprio perché non vi si fa alcun riferimento all'alienazione coattiva di un bene diverso da quello pignorato e di cui si ottenne l'ordinanza di autorizzazione alla vendita».

<sup>1094</sup> En el seno de la doctrina italiana este parece ser el razonamiento de SATTA, S., *Diritto Processuale Civile*, Padova, 1981, p. 618; mientras que en el seno de la jurisprudencia, ésta es igualmente la postura seguida fundamentalmente por las Sentencias de la *Corte di Cassazione* italiana: de 24 de marzo de 1981 y de 3 de octubre de 1991.

- Una segunda, que entiende que el *aliud pro alio* trae consigo un caso de falta de objeto de la transmisión operada mediante venta judicial, lo que determina la nulidad sustancial de la adquisición llevada a cabo<sup>1095</sup>.
- Finalmente, ante las insuficiencias de las soluciones anteriores, que parten de los mismos esquemas contractuales que inicialmente hicieron descartar la natural resolución por incumplimiento anudada al *aliud pro alio*, la única alternativa legal existente sería la de subsumir el supuesto de hecho en cuestión en el marco del artículo 2921 del CC italiano, ya que en ambos casos el fundamento perseguido sería el mismo: a saber, impedir un enriquecimiento injustificado por parte del acreedor embargante y, en su caso, de los acreedores intervinientes así como del deudor ejecutado, ya sea por la existencia de evicción o por la entrega de un bien distinto al pactado<sup>1096</sup>.

Como puede apreciarse, una viva discusión, que no trata más que de encontrar una respuesta a la necesaria protección que debe darse al adjudicatario frente a la hipótesis del *aliud pro alio* en el marco de una regulación que niega injustificadamente toda garantía frente a los vicios o defectos ocultos, y de un panorama doctrinal y jurisprudencial que

---

<sup>1095</sup> Esta es la postura acogida por MAZZARELLA, F., voz «Vendita forzata»..., *cit.*, p. 582: «(...) Può anche accadere che il bene presenti difformità non solo quantitative, ma anche qualitative, rispetto alla descrizione contenuta nel provvedimento autorizzativo della vendita o anche nel pignoramento. In tali casi ci si avvicina al confine del *aliud pro alio* e si viene ad intaccare l'oggetto stesso della vendita forzata con negativi riflessi sulla sua validità». Es igualmente la tesis seguida por una corriente jurisprudencial italiana en la que puede enmarcarse, por todas, la Sentencia de la *Corte di Cassazione* italiana de 3 de diciembre de 1983; posición criticada por BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»..., *cit.*, p. 133: «(...) Il ricorso alla categoria della nullità solleva diversi dubbi, in quanto, in primo luogo, potrebbe essere proposta da chiunque vi abbia interesse; inoltre l'azione risulterebbe imprescrittibile; e, infine, vi sarebbe da segnalare una non trascurabile antinomia con la ratio degli artt. 2919-2929 CC, sotto il profilo della tutela della stabilità dell'operazione economica, in cui si sostanzia la vendita giudiziaria».

<sup>1096</sup> Esta es la postura seguida por BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione»..., *cit.*, pp. 132 y ss.: «Piuttosto, mi sembra opportuno segnalare l'ulteriore sviluppo della giurisprudenza, non privo di interesse per la questione all'esame, in quanto, da un lato, si assimila la risoluzione della vendita forzata di un *aliud pro alio* all'azione di ripetizione del prezzo di cui all'art. 2921 CC (...)». Posición acogida inicial y señaladamente por la Sentencia de la *Corte di Appello di Bologna*, de 11 de diciembre de 1978. También es la postura seguida por MARROLLO, A. C., «La vendita di *aliud pro alio* e la tutela dell'aggiudicatario»..., *cit.*, pp. 1384 y ss.: «Che le azioni di risoluzione per inadempimento, di annullamento, di nullità costituiscono i rimedi processuali legati alla natura contrattuale della vendita volontaria è indubbio; ma che all'aggiudicatario, nell'ipotesi di vendita di *aliud pro alio* sia riconoscibile ugualmente un rimedio, è altrettanto cosa acclarata. (...) Il che però, ha indotto parte della dottrina ad individuare un'altra soluzione processuale, consistente nella proponibilità dell'azione per evizione, prevista dall'art. 2921 CC: la norma applicabile alla vendita forzata consente all'acquirente in caso di evizione, di ripetere il prezzo pagato. La soluzione prospettata si basa sulla considerazione che in entrambe le ipotesi, evizione ed *aliud pro alio*, si ha una consegna del bene solo apparentemente soddisfatta. Ne deriva che anche l'aggiudicatario può agire per la restituzione del prezzo versato con l'obbligo ulteriore, però, di restituire il bene aggiudicatogli. A questa conclusione si può agevolmente pervenire anche perché il fondamento dell'azione prevista dall'art. 2921 CC, costituito dal principio che vieta l'arricchimento senza causa poiché, da un lato, i creditori ricevono un indebito vantaggio nel soddisfarsi mediante l'ingiusta espropriazione e, dall'altro, il debitore riceve un ingiusto vantaggio visto che si libera del debito potrebbe ricevere il residuo del prezzo ricavato dalla vendita, a maggior ragione trova giustificazione nell'ipotesi di vendita *aliud pro alio*».

rechaza todo remedio aparentemente contractual como pueda ser la resolución o las acciones de nulidad y anulabilidad<sup>1097</sup>.

Y decíamos, que esta controversia confirma la incoherencia del planteamiento italiano, pues no tiene mucho sentido afirmar el *aliud pro alio*, acudiendo a soluciones ciertamente artificiosas (como la de buscar cobijo en la garantía prevista para la evicción), cuando legalmente se niega la garantía frente a los vicios o defectos ocultos. Es más, se trata de supuestos de hecho que aunque sobre el papel resulten diferenciables, en la práctica son muy difíciles de deslindar, pues el presupuesto del que parten es ciertamente el mismo: la existencia de vicios que hacen a la cosa inservible para al uso a que viniera destinado, que en función de la relevancia que asuman en el conjunto de las prestaciones asumidas por las partes, así dará lugar a una u otra figura jurídica. Son numerosas y muy autorizadas las voces doctrinales italianas y españolas que abogan por unificar estos supuestos bajo una sola categoría que traiga como consecuencia el simple incumplimiento, con el añadido de la posibilidad de rebaja del precio<sup>1098</sup>. Y esta parece ser la tendencia que vienen marcando los

---

<sup>1097</sup> Da muy clara cuenta del panorama existente en Italia acerca de la cuestión del *aliud pro alio* en las ventas judiciales MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata»..., cit., pp. 280 y 281: «Il 1° comma dell'art. 2922 CC, infatti, esclude esplicitamente l'esperibilità delle azioni edilizie ma tace con riguardo alle fattispecie contigue della mancanza di qualità e della consegna di *aliud pro alio*. Il panorama delle opinioni è vario: una parte della dottrina e della giurisprudenza guarda all'aspetto funzionale ed all'esigenza di stabilità e ritiene che il divieto posto dall'art. 2922 si estenda anche alla mancanza di qualità di cui all'art. 1497; altri orientamenti ravvisano un caso di annullabilità nella mancanza di qualità ed un caso di nullità nell'*aliud pro alio*; più recenti indirizzi giurisprudenziali intravedono nella vendita forzata, sulla scorta della disciplina dell'evizione, i tratti del sinallagma sì da giustificare, fuori dall'espressa previsione di cui al 1° comma dell'art. 2922 CC, la prevalenza delle ragioni della risoluzione su quelle della stabilità ed ammettono tout court il rimedio risolutivo sia per la mancanza di qualità che per l'*aliud pro alio*».

<sup>1098</sup> Así lo expresan el seno de la doctrina italiana, entre otros, GRECO, P., y GASTONE, C., «Commentario al articolo 1490 del Codice Civile»..., cit., pp. 230-232: «È noto come questa tripartizione sia stata oggetto di reiterate critiche da parte della dottrina: che ne ha in varia misura contestato la legittimità, sino a negare che essa sia in alcun modo giustificata. Ed in effetti, è indubbio che le tre ipotesi, concettualmente distinte, sfumano, e spesso interferiscono l'una con l'altra, nella pratica. (...) Speso infatti il vizio della cosa si risolve – o pare risolversi – in una mancanza di qualità: e la linea di demarcazione tra il guasto o l'avaria da un lato, il possesso dei requisiti essenziali o promessi dall'altro si fa tenue, per non dire impercettibile. E così d'altro canto è possibile che un difetto di qualità determini alterazioni tali nella cosa che, incidendo sulla destinazione economico-sociale di essa, portino a considerarla come *aliud pro alio*. (...) La dottrina ha posto in luce le incongruenze che la tripartizione in esame determinerebbe in sede di concreta disciplina normativa: e così, se vi è vizio, non sarebbe prevista dalla legge –fuori dell'alternativa redibitoria e *quanti minoris*– l'azione di adempimento, mentre se vi pe difetto di qualità (o vendita di *aliud pro alio*) dovrebbe ritenersi esclusa sempre la *quanti minoris*: d'altro canto non sarebbe soggetto ad alcun onere di denuncia un fenomeno –quale *aliud pro alio*– ben più facilmente accertabile del difetto di qualità. E la responsabilità per vizi –trattandosi di garanzia– sarebbe, a differenza delle ultime due, indipendente dalla colpa. (...) Ora, per quel che concerne la vendita mobiliare internazionale, conclusa cioè tra contraenti che hanno la sede dell'impresa o la residenza abituale in Stati differenti, nei casi indicati nell'art. 1, la già menzionata Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1964 ha segnato una svolta radicale nell'intera materia. L'art. 33, infatti, superando le strettoie, i limiti e le ambiguità della garanzia, considera ipotesi di inadempimento dell'obbligo di consegnare la cosa rimessa di merce quantitativamente insufficiente, diversa da quella prevista nel contratto o di specie differente, non conforme a un campione o modello rimesso o inviato al compratore, priva delle qualità necessarie per il suo normale o la sua utilizzazione commerciale, e, in generale, la rimessa di una cosa che non possiede le qualità e particolarità previste espressamente o tacitamente dal contratto. Si supera in tal modo la distinzione tra vizi, difetto di qualità (e *aliud pro alio*) e, con essa, le strettoie della garanzia. Al compratore l'art. 42 riconosce il diritto di

textos legales a nivel internacional (entre otros, la, Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980; los *Principles of European Contract Law*, el *Draft Common Frame of Reference*, así como la propia Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea) que reconducen los vicios, la falta de cualidad esencial, así como el propio *aliud pro alio* a la categoría de la denominada «falta de conformidad», que no es sino un supuesto de incumplimiento de la obligación nacida del contrato<sup>1099</sup>.

Por otra parte, si se analiza el propio contenido de las acciones edilicias, ¿acaso la acción redhibitoria no es otra cosa que una modalidad de resolución por incumplimiento sometida a un plazo de ejercicio más perentorio<sup>1100</sup>? De hecho, son igualmente autorizadas las voces que ven en el instituto del *aliud pro alio* un simple recurso empleado por la jurisprudencia para escapar de la normativa del saneamiento y aplicar así las reglas generales del incumplimiento de las obligaciones en el caso de existencia de vicios o defectos a los que

---

esperire in alternativa alla risoluzione ed alla riduzione del prezzo l'azione di adempimento (...)». Del mismo modo, aludiendo al hecho de tratarse de varias hipótesis encuadrables en una misma categoría de inexactitud de la prestación que trae consigo el incumplimiento, puede verse a BIANCA, C. M., «La vendita e la permuta»..., *cit.*, p. 901: «In realtà, sia la prestazione di cose viziate o prive di qualità sia la prestazione di cose radicalmente diverse vanno considerate e valutate come inesatta esecuzione del contratto». En el seno de la doctrina española también puede verse señaladamente en esta misma línea a MORALES MORENO, A. M., «Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: La compraventa», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVI, Fasc. IV, 2003, p. 1631, quien aboga directamente por suprimir la categoría del saneamiento por vicios ocultos (y con ello también el *aliud pro alio*), para circunscribirlo a la general y moderna figura de la falta de conformidad: «El artículo 1461 debe ser suprimido. La obligación de saneamiento por evicción y vicios ocultos (arts.1474 a 1499) debe desaparecer y ser substituida por la exigencia de conformidad y de entrega de la cosa libre de derechos y pretensiones de tercero. Estas obligaciones del vendedor han de ser enumeradas en la definición de la compraventa del artículo 1445».

<sup>1099</sup> Puede verse en este sentido a FENOY PICÓN, N., *El sistema de protección del comprador*, Madrid, 2006, pp. 39 y 40, quien alude a la evolución que del conjunto de textos internacionales puede verse, pasando de las tradicionales acciones edilicias del Derecho romano a la categoría de falta de conformidad propia de nuestro tiempo: «Es indudable que el saneamiento por vicios ocultos y la falta de conformidad son dos figuras que solucionan en la compraventa el mismo problema: la entrega de una cosa con anomalías cualitativas. Por supuesto, son dos figuras muy distintas en cuanto a su régimen jurídico, pero, en lo que ahora interesa, en términos generales tiene la misma función. Cada una es el fruto de un determinado momento histórico. En los Códigos civiles del siglo XIX todavía se utiliza la figura tradicional del saneamiento. Es en el siglo XX cuando aparece la falta de conformidad, que implica una superación del saneamiento por vicios ocultos. La falta de conformidad (...) y el régimen que lleva asociado es el resultado de una aproximación entre el sistema anglosajón y los continentales (de raíz germánica, francesa) para la compraventa internacional. Ahora bien, la falta de conformidad progresivamente va alcanzando una mayor expansión».

<sup>1100</sup> Así lo entiende RUBIO GARRIDO, T., «Comentario a la sentencia de 22 de abril de 2004. Saneamiento por vicios ocultos. Resolución del contrato por incumplimiento. Acciones redhibitorias y estimatoria. *Aliud pro alio*. Prueba pericial obligatoria, lucro cesante y daño moral. Saneamiento en compraventa de universalidad de cosas o en globo», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 67, 2005, p. 189: «No me parece pedantería excesiva el recordar que, siempre a mi parecer, la acción redhibitoria, una de las que desde el Derecho romano más clásico se conceden al comprador en el seno del saneamiento por vicios ocultos, no es, bajo su nombre arcano, conservado *amore antiqui mores*, sino una modalidad especial, para los contratos transmisivos onerosos, y con relación a defectos y vicios ocultos imputables legalmente al vendedor, de la general acción de resolución del contrato por incumplimiento».

simplemente se les añade el adjetivo de considerarse graves para los contratantes<sup>1101</sup>. Siendo así, puede constatarse cómo las diferencias tan abismales que a nivel teórico se trazan tradicionalmente entre los vicios y el *aliud pro alio* no son tales. En base a este razonamiento, queda patente que la tendencia a afirmar el *aliud pro alio* en la venta judicial en Italia pone manifiesto que tendría mucho más sentido haber previsto una garantía para el caso de existencia de vicios o defectos ocultos: la *ratio* de ambas figuras es la misma y la aceptación de una debe llevarnos a la paralela admisión de la otra.

En otro orden de cosas, tampoco consideramos acertado el **fundamento en que se hace residir en el Ordenamiento italiano el rechazo frontal a la operatividad del tradicional saneamiento en el ámbito de las ventas judiciales**. En efecto, la repulsa al tradicional régimen del saneamiento tanto por evicción (de ahí que se diga que se trate de una garantía de carácter autónomo) como por vicios ocultos, se vincula en todo momento a la falta de la necesaria voluntariedad con la que debe contar la transmisión para que tales institutos resulten de aplicación. La garantía que supone el clásico saneamiento por evicción y por vicios ocultos constituye una obligación nacida de la voluntad de la transmisión, se dice, de modo que faltando dicho elemento voluntarista, tal y como ocurre en el caso de la venta judicial, el instituto del saneamiento pierde toda razón de ser.

---

<sup>1101</sup> Así lo apunta claramente RUBIO GARRIDO, T., «Comentario a la sentencia de 22 de abril de 2004. Saneamiento por vicios ocultos. Resolución del contrato por incumplimiento. Acciones redhibitorias y estimatoria. *Aliud pro alio*. Prueba pericial obligatoria, lucro cesante y daño moral. Saneamiento en compraventa de universalidad de cosas o en globo»..., *cit.*, pp. 189 y 190: «(...) La categoría jurisprudencial del *aliud pro alio* me parece sólo un expediente conceptual para permitir que los conflictos de intereses verdaderos puedan sobreponerse a esquemas doctrinales y escolásticos deformantes; para que, en particular, pueda, en un caso litigioso concreto, salir a la luz la verdadera índole de incumplimiento contractual imputable al vendedor que tienen los vicios/defectos/no conformidades ocultos inicialmente y se puedan, de ese modo, pasar por alto las afirmaciones tan extendidas de que no son tal, sino supuestos de naturaleza jurídica distinta e incluso misteriosa (garantías, regulación especial del error en el consentimiento, presuposición, etc.). Para en suma, poder aplicar toda la doctrina general de la responsabilidad contractual, desasiéndonos de la pretendida excepcionalidad de la institución del saneamiento [y, en particular, en casos señaladamente graves, poder saltarse el tribunal el plazo tan breve de caducidad que aún enuncia el art. 1490 CC u otros, igualmente breves o aún más, que dictan o dictaren el Código de comercio o Leyes especiales (...)]». Asimismo, ORTÍ VALLEJO, A., «Los vicios en la compraventa y su diferencia con el *aliud pro alio*: jurisprudencia más reciente», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 1, 1996, p. 41, haciendo referencia a los expedientes empleados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español para escapar del régimen tradicional del saneamiento por vicios o defectos ocultos: «Nuestro Tribunal Supremo, a lo largo de este siglo (...) ha utilizado fundamentalmente dos expedientes técnicos para escapar de la normativa del saneamiento y aplicar las reglas generales del incumplimiento de las obligaciones. En una primera etapa, que se cierra en el año 1982, la vía utilizada fue aplicar la doctrina de la acumulación de acciones en el sentido de atribuir al comprador la facultad de optar entre el ejercicio de las acciones de saneamiento o las generales del incumplimiento. Lo insatisfactorio de esta solución es patente porque aparte de conculcar el principio de que la Ley especial deroga a la general (la normativa edilicia debe primar sobre la general del incumplimiento), tal práctica equivalía a una virtual derogación de la regulación del saneamiento. Afortunadamente, esta doctrina fue abandonada con la Sentencia de 23 de marzo de 1982, en la que, por primera vez (...) el Tribunal Supremo va a limitar la aplicabilidad de las reglas generales del incumplimiento exclusivamente a aquellos supuestos en los que, en atención a la gravedad del defecto de que adolece la cosa vendida, determina que la cosa prácticamente sea distinta a la que debía haber entregado el vendedor, o, en término latino, se trate de un supuesto de "*aliud pro alio*", cercano al verdadero y propio incumplimiento».

Pero, como decimos, discrepamos plenamente de este planteamiento: si se acude a la mejor doctrina civilista, parece existir cierto consenso en subrayar que el saneamiento por evicción y por vicios ocultos constituye un supuesto especial de responsabilidad contractual, de carácter objetivo, esto es, no basado en la noción de culpa, sino en la objetiva insatisfacción que el derecho u el interés contractual del comprador experimente<sup>1102</sup>. Responsabilidad especial a la que se anuda un régimen predeterminado legalmente, que se aleja del propio de la genérica responsabilidad contractual. En definitiva, en lo que a nosotros interesa, lo que queda palmariamente claro es que el saneamiento juega al margen

---

<sup>1102</sup> Así lo entiende DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., *cit.*, p. 120: «La configuración del llamado saneamiento como un régimen típico de responsabilidad contractual, permite entender que el fundamento de esta responsabilidad no está en la culpa del vendedor, que puede no existir, sino en la objetiva insatisfacción que el derecho y el interés contractual de comprador experimente. La posible mala fe del vendedor se tiene únicamente en cuenta para agravar su responsabilidad e imponerle, más allá de los deberes restitutorios tasados, el de resarcir otros daños y perjuicios». Así lo entiende igualmente RUBIO GARRIDO, T., «Comentario a la sentencia de 22 de abril de 2004. Saneamiento por vicios ocultos. Resolución del contrato por incumplimiento. Acciones redhibitorias y estimatoria. *Aliud pro alio*. Prueba pericial obligatoria, lucro cesante y daño moral. Saneamiento en compraventa de universalidad de cosas o en globo»..., *cit.*, p. 188: «(...) El régimen jurídico de la obligación de saneamiento que el CC contiene no es, bajo su denominación críptica, sino un régimen especial de la institución general de la responsabilidad contractual (...). Sirve para abordar, precisamente, casos en que se alegan incumplimientos materiales del vendedor (o, dada su aplicación analógica clara a todo contrato transmisivo a título oneroso, de un enajenante a tal título), para, ulteriormente, determinar si son o no imputables a dicho vendedor y, en última instancia, establecido que no se ha tratado de un problema de riesgo en sentido estricto (*periculum*), sino realmente de un incumplimiento imputable al vendedor (incumplimiento definitivo), para determinar las consecuencias jurídicas que de ello han de seguirse. Habida cuenta, nótese, que cuando el anterior autor habla de «responsabilidad contractual», lo hace en sentido objetivo (calificativo que rechaza); vid. a este respecto RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad...*, *cit.*, pp. 520 y 521: «En cuanto a la noción objetiva de culpa, debemos señalar que, a nuestro juicio, la palabra culpa, por esencia, denota en nuestra cultura un irrenunciable significado subjetivo de incorrección (...). De modo que, cuando se habla de culpa como sinónimo de falta de cumplimiento, basándose en la equivocidad terminológica del término *faute* francés, se está, en realidad, prescindiendo de si medió o no una verdadera culpa. Por ello, como conclusión, podemos decir, con una de las voces más autorizadas en esta materia (refiriéndose a JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 299), que “la doctrina tradicional aferrada al dogma de la culpa, ha pretendido explicar estos supuestos (de responsabilidad objetiva) por la vía de encubrir el cambio operado en los criterios de responsabilidad a través del recurso a los elementos tradicionales, distorsionándolos. Tales son las técnicas de las ficciones de culpa, de la inversión de la carga de la prueba y de la extraordinaria elevación del grado de diligencia exigido. Estas técnicas no son sino el producto de una actitud conservadora de los instrumentos y categorías antiguas, que prefiere trasplantarlos (desfigurándolos) a los nuevos fenómenos, antes que reconocer la necesidad de nuevos instrumentos y categorías de explicación. En realidad, por estas vías indirectas, especialmente la inversión de la carga de la prueba, lo que se hace, es una sustancial afirmación de responsabilidad objetiva, en tanto que la referencia a la culpa no deja de ser un puro obsequio formal a la misma». Postura que niega la exigencia de culpa para apreciar la garantía por evicción o vicios ocultos, afirmada igualmente en Italia; cfr. al respecto en el ámbito de la jurisprudencia italiana, lo dispuesto por la Sentencia de la Corte di Cassazione de 22 de junio de 2006, n. 14431, en la que se afirma lo siguiente: «Pertanto la garanzia –sia quella per evizione e fattispecie assimilabili, che quella per vizi strutturali della cosa di cui agli artt. 1490-1497 CC- sono un rimedio apprestato dall’ordinamento giuridico per eliminare nel contratto di vendita lo squilibrio tra le attribuzioni patrimoniali, determinato dall’inadempimento del venditore. Tale rimedio –che è rafforzativo e non sostitutivo di quello a carattere generale previsto per i contratti in genere – opera, nei limiti del ripristino della situazione economica del compratore (o cessionario) anteriore alla conclusione del contratto, anche in mancanza di colpa del venditore, requisito che è necessario solo allorché il compratore stesso richieda il risarcimento integrale dei danni (cioè comprensivo anche del cosiddetto interesse positivo) e in relazione al quale opera in tal caso la presunzione di cui all’art. 1218 CC, avente carattere generale ed applicabile all’inadempimento contrattuale in genere».

de la voluntad de los sujetos, constituyendo una garantía de origen legal fundada en la mera existencia del hecho de la evicción o en el de los vicios o defectos ocultos<sup>1103</sup>. Prueba de ello es que en el régimen legal del saneamiento previsto tanto en el CC español, cuanto en el italiano, se distinguen las acciones típicas que nacen de la garantía del saneamiento, de la eventual indemnización por daños y perjuicios de la que deba responderse en caso de mediar culpa o mala fe [cfr. el art. 1478, apartados 1º a 4º; y el art. 1478, apartado 5º del CC español, para el caso de evicción; así como el art. 1486, párrafos 1º y 2º del CC español, para el supuesto de los vicios o defectos ocultos. Cfr. igualmente los paralelos arts. 1483, 1479 (párrafos primero y segundo, en relación con el tercero), para el saneamiento por evicción; así como los arts. 1492 y 1493, en relación con el art. 1494 del CC italiano, para el caso de los vicios o defectos ocultos]. Siendo así, ¿por qué debe excluirse del ámbito de las ventas judiciales? ¿Acaso no se da en ellas una transmisión de un derecho a cambio del pago de un precio por parte de un sujeto, que por razón de lo oneroso de su prestación, es merecedor unas garantías en lo que hace a la tenencia legal y pacífica de un bien exento de vicios o defectos ocultos? La propia praxis en el Ordenamiento italiano nos demuestra que el adjudicatario debe quedar protegido antes tales circunstancias, luego para qué insistir en alejarse de las tradicionales garantías por evicción y vicios ocultos, por mucho que en ambos casos se concrete su contenido y sujetos responsables en atención al especial origen de la venta judicial.

Asimismo, especial comentario merecen los sujetos contemplados como responsables de la garantía autónoma por evicción prevista en el art. 2921 del CC italiano. Se dice en el CC italiano que deberá responder en principio el acreedor, y sólo en la medida en que haya existido remanente que vaya a parar a manos del deudor, también resultará responsable este último. Esto es, se hace responsable a todo aquel que haya percibido el precio recabado por la cosa en la venta judicial. Pero pagando el acreedor existe una cuestión adicional que queda sin la necesaria respuesta y justificación por parte del Ordenamiento Jurídico italiano. En efecto, el precio que debe restituir el acreedor en caso de evicción es el que le sirvió para verse resarcido del desequilibrio patrimonial que trajo consigo la lesión de su crédito como consecuencia del incumplimiento del deudor; de modo que restituyéndolo, ¿acaso no vuelve a quedar en la situación de desequilibrio inicial que propició la venta judicial? ¿Deberá en ese caso repetir frente al deudor iniciando un nuevo proceso de ejecución dirigiéndose a

---

<sup>1103</sup> Coincide en afirmar el carácter legal y objetivo (al margen de la culpa del transmitente) del saneamiento por evicción y por vicios ocultos señaladamente MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Compraventa y permuta», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., y PARRA LUCÁN, M. A., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2011, pp. 537 y 541: «La responsabilidad por evicción es de origen legal (el vendedor responde aunque nada se haya dicho en el contrato: art. 1475. 2 CC), aunque los contratantes puedan aumentarla, disminuirla o suprimirla (art. 1473. 3 CC), salvo que haya mala fe del vendedor, en cuyo caso será nulo el pacto que le exima de responder de la evicción (art. 1476 CC). (...) La obligación de saneamiento por vicios ocultos es también de origen legal, e independiente de la buena fe del vendedor, quien responde aunque ignore la existencia de los vicios ocultos (art. 1481. 1 CC)».

otros bienes? Desde un punto de vista técnico, ¿cómo se explica que un crédito ya extinguido, total o parcialmente, vuelva a renacer ante el hecho de la evicción? Interrogantes que no encuentran, como decimos, respuesta alguna y que ponen de manifiesto lo inadecuado de la solución italiana en lo que respecta también a los sujetos que se hacen responsables de la garantía que autónomamente prevén únicamente para el caso de la evicción.

A este último respecto, cabe apreciar que lo que inicialmente pudiera parecer más razonable desde un punto de vista de la justicia material (lo cual podría también discutirse), en la medida en que resultaría excesivo exigir la garantía al deudor que ya ha perdido su bien, acaba redundando en la responsabilidad última por parte del mismo: el resultado final será que el acreedor, de responder, acabará dirigiéndose frente al deudor. Tal solución sólo serviría, entendemos, únicamente para proteger en mayor medida al adjudicatario, que al poder dirigirse contra el acreedor obtendrá presumiblemente más posibilidades de cobro (dada la penosa situación económica que suele atravesar el deudor ejecutado), y por tanto de satisfacción real de la garantía con la que contaría frente al hecho de la evicción.

En definitiva, puede observarse cómo **el Ordenamiento italiano tiende a rechazar de manera apriorística toda solución legal que provenga del régimen jurídico de la compraventa voluntaria**, estando condicionados por su férrea posición no contractualista acogida en torno a la naturaleza de la venta judicial. El hecho de que la venta judicial no sea un contrato no es óbice para que determinados institutos propios de la compraventa contractual no puedan resultar de aplicación: antes bien, habrá que adentrarse en las particulares características de la figura en cuestión, para que una vez enfrentada a la esencia de la venta judicial, pueda adoptarse una adecuada solución que evite la influencia como *prius* de la posición escogida acerca de la naturaleza jurídica de esta última.

### **3. EL RÉGIMEN JURÍDICO ESPAÑOL: UNA EXPRESA REMISIÓN AL RÉGIMEN DEL SANEAMIENTO PROPIO DE LA COMPRAVENTA CONTRACTUAL**

Tal y como ha quedado ya apuntado, la cuestión del saneamiento es de las pocas, por no decir la única, sobre la que el CC español se pronuncia expresamente en materia de aspectos sustantivos de la venta judicial. Y lo hace, concretamente en el art. 1489, a cuyo tenor: «*En las ventas judiciales nunca habrá lugar a la responsabilidad por daños y perjuicios; pero sí a todo lo demás dispuesto en los artículos anteriores*». Esto es, existe una remisión general al régimen del saneamiento propio de la compraventa contractual, claramente en lo que hace a los vicios ocultos (pues constituye un precepto inserto en la sección del saneamiento por gravámenes o defectos ocultos, *ex arts.* 1484 a 1499 del CC español), y con mayores dudas respecto a la evicción. Remisión general que se acompaña de una exclusión de la posible



existencia de responsabilidad por daños y perjuicios en el ámbito de las ventas judiciales, pues parece entenderse (así lo apuntan señaladamente MANRESA Y NAVARRO<sup>1104</sup>, y GARCÍA GOYENA<sup>1105</sup>), que ante la ausencia de voluntad por parte del deudor ejecutado transmitente no puede apreciarse culpa alguna generadora de responsabilidad<sup>1106</sup>.

Justificada en sede de valoración de la reglamentación italiana la admisibilidad del instituto del saneamiento (tanto por evicción, cuanto por vicios ocultos), enjuicamos consecuentemente la remisión del art. 1489 del CC español como acertada en cuanto a la aplicación de la figura del saneamiento a las ventas judiciales, si bien de carácter impreciso en lo que respecta a su concreto contenido y a la determinación de los sujetos responsables; extremos que exigen una especificación en el ámbito de las ventas judiciales, habida cuenta del particular origen (el proceso de ejecución dineraria) del que traen causa.

Siendo así, pasamos a ocuparnos de la necesaria concreción apenas apuntada, determinando qué concretos extremos del contenido propio del tradicional régimen del saneamiento caben en el seno de las ventas judiciales y qué sujetos deben resultar en tales casos responsables (cuestión esta última, que será abordada en tercer lugar y conjuntamente en relación con el saneamiento por vicios ocultos y por evicción).

---

<sup>1104</sup> MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, Tomo X, 2ª Edición, Madrid, 1908, p. 242: «La única que no le afectará será la de daños y perjuicios, en los casos en que los arts. 1484 al 1488, ambos inclusive, la establecen. El motivo de esta excepción, á nuestro juicio, es que como la responsabilidad de daños y perjuicios, cuando el Código la ha fijado, ha sido siempre en los casos en que hay mala fe, el ambiente de publicidad que rodea á las ventas judiciales, de un lado, y de otro y muy principalmente la situación especial del vendedor que no toma parte activa en la venta ni interviene en la determinación del precio, parece que desde luego excluyen el supuesto de la mala fe, único en que los daños y perjuicios son exigibles, según el Código».

<sup>1105</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, comentarios y motivos del Código Civil español*, Tomo III, Madrid, 1852, p. 402: «Nuestro artículo se aparta de los Códigos modernos. Niega así la responsabilidad y acción de daños y perjuicios, porque solo tiene lugar contra el vendedor de mala fe y ésta no puede existir en las ventas judiciales».

<sup>1106</sup> Así lo justifica la generalidad de la doctrina española, pudiendo citarse a este respecto y entre otros a los siguientes autores (aunque con determinadas alusiones no del todo acertadas acerca de quién ostenta la cualidad de transmitente): GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 125 y 126: «La verdadera *ratio* del precepto que exime al dueño de la cosa de responder por daños y perjuicios, está en que según el concepto dado de transmisión, el transmitente no es él, sino el Juez. La adquisición se realiza sin o contra la voluntad del propietario, y cuando para nada se cuenta con él no se pueden tomar en consideración sus conocimientos o manifestaciones acerca de la cosa (...) Sería injusto responsabilizarle de conocimientos en un proceso en que no interviene voluntariamente, y en el que no se le da audiencia para manifestar vicios o defectos o el simple avalúo de la cosa. SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 207: «El fundamento de esta especialidad se ha querido ver en la publicidad y formalidades de la subasta; pero no parece esta razón suficiente; como tampoco lo es la circunstancia de que en la tasación del bien inmueble enajenado puedan intervenir peritos, que advertirían la existencia de los vicios ocultos. Entendemos que el fundamento de esta especialidad debe buscarse más bien, en el carácter coactivo y sustitutivo de la actividad jurisdiccional ejecutiva, que excluye la mala fe del ejecutado». También, BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, Tomo I..., cit., 1995, p. 724: «La excepción se justifica por la necesidad de excluir, debido a la intervención judicial, la existencia de mala fe en el vendedor».

### 3.1. EL CONTENIDO DEL SANEAMIENTO POR VICIOS O DEFECTOS OCULTOS EN EL ÁMBITO DE LA VENTA JUDICIAL EN ESPAÑA

Partiendo de la remisión llevada a cabo por el art. 1489 del CC español al régimen del saneamiento (señaladamente por vicios ocultos) contemplado para la venta contractual, lo primero que debemos analizar es el contenido de dicho marco legal, para así determinar si tiene o no cabida en el seno de las ventas judiciales.

En este sentido, debemos tener presente lo dispuesto en los arts. 1484 a 1488 del CC español:

- El art. 1484 del CC español establece el supuesto de hecho que da lugar al saneamiento por vicios ocultos, a saber, la existencia de vicios o defectos ocultos en la cosa vendida (se excluyen, pues, los vicios o defectos que resulten visibles), que la hagan impropia para el uso a que vaya a destinarse, o disminuyan dicho uso de tal modo que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido, o habría dado menos precio por ella.
- El art. 1485 del CC español dispone que el vendedor deberá responder frente al comprador de los vicios o defectos ocultos, incluso en el caso en que los ignorase. He aquí el claro carácter objetivo de la responsabilidad en que consiste el saneamiento, en este caso por vicios ocultos, que juega al margen de toda voluntad del transmitente, como ya apuntamos en nuestra crítica a la solución italiana; de ahí que tenga sentido que se contemple en el marco de las ventas judiciales.
- El art. 1486 del CC español concreta la extensión de esta responsabilidad, haciendo alusión a las denominadas acciones edilicias con las que cuenta el comprador ante la existencia de vicios o defectos ocultos en la cosa comprada: la denominada «acción redhibitoria», consistente en la posibilidad de desistir o resolver el contrato, abonándose los gastos que pagó; y la alternativa «acción *quanti minoris*», que se cifra en la facultad de obtener una rebaja proporcional del precio pagado por la cosa. Reiteramos, que se trata de dos acciones que pueden ejercitarse alternativamente por parte del adquirente. Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no se los hizo saber al comprador, deberá indemnizarlo por los correspondientes daños y perjuicios (ello con carácter añadido al ejercicio de las acciones edilicias).
- Los arts. 1487 y 1488 del CC español, por su parte, prevén las consecuencias que se derivan de la pérdida de la cosa. Si ésta se produce como consecuencia de los vicios o defectos ocultos, se distinguen dos situaciones: una primera, en el caso en que no fueran conocidos por el vendedor, en cuyo caso quedará obligado a restituir el precio y a abonar los gastos del contrato al comprador; mientras que si el vendedor conocía

los vicios o defectos, no sólo deberá abonar el precio y los gastos del contrato, sino también la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Si la cosa se perdiera después de la existencia de un vicio o defecto oculto (concurrentes al tiempo de la venta), como consecuencia de un caso fortuito o culpa del propio comprador, el vendedor deberá abonar el precio que pagó por la cosa, con la rebaja, en su caso, del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse (siempre que sea menor, claro está).

De todas estas partidas, ¿cuáles resultan aplicables en caso de existencia de vicios o defectos ocultos en el seno de una venta judicial? Todas y cada una de las que no guardan relación con el elemento voluntarista ausente en el caso de la venta judicial: a saber, tendrá derecho a ejercitar las oportunas acciones edilicias (desistimiento del contrato o reducción proporcional del precio); deberá ser restituido del precio y de los gastos empleados en la venta judicial, en el caso de pérdida de la cosa a resultas de los vicios o defectos ocultos; y tendrá derecho a obtener el precio pagado por la cosa, con reducción del valor que tuviera al tiempo de perderse, en el caso de pérdida de la cosa acaecida con posterioridad a la existencia de los vicios o defectos ocultos y como consecuencia de un caso fortuito o culpa del propio adjudicatario. Y en ninguno de los casos, tendrá derecho a percibir indemnización por los daños y perjuicios causados (en las distintas hipótesis analizadas), ya que éstos quedan expresamente excluidos por parte del art. 1489 del CC español<sup>1107</sup>.

A este respecto, se cuestiona agudamente MORALES MORENO si podría existir responsabilidad por dolo por parte del vendedor (en el caso de la venta judicial, el deudor ejecutado, transmitente). Para apreciarlo no bastaría el mero silencio del vendedor acerca de la existencia de los vicios o defectos, a lo cual no está obligado legalmente según la tramitación procesal de la subasta, sino que sería necesario que llevase a cabo una conducta más grave, consistente en maniobras tendentes a engañar a los peritos o adquirentes. Esta actuación ilícita, aunque poco probable en la práctica, daría lugar a la correspondiente responsabilidad por parte del deudor ejecutado, a la que el referido autor entiende que sería de aplicación la regla de responsabilidad extracontractual del art. 1902 del CC, al no intervenir en la venta, teniendo, pues, el supuesto la consideración de dolo de un tercero<sup>1108</sup>.

Hasta aquí el contenido del régimen jurídico del saneamiento por vicios o defectos ocultos en el ámbito de las ventas judiciales en España, concretemos ahora el contenido del saneamiento por evicción en esta misma sede.

---

<sup>1107</sup> Así lo consideran LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., pp. 349 y ss. E igualmente, MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., pp. 215 y ss.

<sup>1108</sup> MORALES MORENO, A. M., «Comentario al artículo 1489 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., SALVADOR CODERCH, P., (Directores), *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, p. 967.

### 3.2. EL CONTENIDO DEL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA VENTA JUDICIAL EN ESPAÑA

A diferencia del saneamiento por vicios ocultos, en el caso de la evicción la remisión llevada a cabo por el art. 1489 del CC español no deja del todo claro si tiene o no cabida en el seno de las ventas judiciales. El precepto, como ya hemos apuntado, se inserta en la sección correspondiente al saneamiento por vicios ocultos y en su genérico tenor no existe alusión expresa alguna a las modalidades de saneamiento a las que la remisión va referida. Este silencio del legislador puede interpretarse en dos sentidos posibles, o como sinónimo de exclusión de la garantía por evicción en la venta judicial, o como simple olvido, siendo plenamente aplicable a este ámbito. Y estas dudas interpretativas se trasladan al panorama doctrinal español, pudiendo encontrarse a autores que se pronuncian en uno y otro sentido.

Comenzando por los que niegan el saneamiento por evicción en el seno de las venta judiciales, puede indicarse señaladamente a ARANDA RODRÍGUEZ, quien fundamenta su negativa en la naturaleza claramente publicista de la venta judicial, lo que trae consigo que todo su régimen jurídico deba quedar determinado en una norma acorde con tal naturaleza: a saber, la Ley procesal civil, en la que nada se dice acerca de la operatividad del saneamiento en el ámbito de las subastas judiciales forzosas. Particularmente, hace recaer la negación del saneamiento por evicción en la venta judicial en la imposibilidad de individuar a un sujeto responsable: tratándose de un acto puramente procesal, no puede calificarse como responsable al deudor ejecutado, que no ostenta la condición de vendedor al no haber intervenido en modo alguno en la subasta judicial; tampoco podrá serlo el acreedor ejecutante, ya que su misión es la de dar efectividad a una decisión judicial, pero no actúa como representante legal ni como sustituto del vendedor, sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Este carácter puramente público de la venta judicial, junto con el hecho de no existir la figura de un vendedor al que pueda imputarse la responsabilidad por el saneamiento, lleva a ARANDA RODRÍGUEZ a proclamar la negación del saneamiento por evicción en las ventas judiciales. Ante el hecho de la evicción, pues, el único mecanismo de defensa con el que cuenta el adjudicatario en nuestro Ordenamiento a tales efectos es el eventual ejercicio de una acción por enriquecimiento injusto<sup>1109</sup> (es lo que fundamentaba, precisamente, la autónoma garantía por evicción prevista en el art. 2921 del CC italiano).

---

<sup>1109</sup> ARANDA RODRÍGUEZ, R., «Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales. Analogías y diferencias entre compraventa y subasta judicial. Estudio a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995»..., *cit.*, pp. 904 y 905: ««El problema es si cabe responsabilidad por evicción y quién debe ser el responsable. La doctrina y jurisprudencia no tienen una posición clara al respecto. Desde el punto de vista del adjudicatario-adquirente es de justicia que si se privado, por sentencia judicial firme, pueda exigir responsabilidad. El problema se plantea al tratar de determinar el sujeto responsable. En la compraventa ordinaria, según el art. 1474 CC, responde el vendedor. Conceptuando la subasta judicial como un contrato forzoso de compraventa se podría afirmar que responde el ejecutado, como titular del bien durante el proceso. El inconveniente de esta respuesta es que el ejecutado no es vendedor ni interviene en la subasta, de manera que no contrae ninguna obligación ni puede ser responsable contractualmente por evicción. El adjudicatario se

En lo que al carácter público de la venta judicial se refiere, cabe replicar lo afirmado acertadamente por LUQUE TORRES: esto es, que con independencia de la naturaleza publicista que pueda sostenerse en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial, «ello no implica que toda la normativa relativa a las mismas debe de comprenderse en Leyes de esta naturaleza, como lo prueba por ejemplo el art. 1489 del CC»<sup>1110</sup>. De hecho, continúa afirmando la autora, «lo lógico y razonable es que sus aspectos sustantivos, que los tiene, sea tratados en normas de esta clase»<sup>1111</sup>. En efecto, la respuesta de ARANDA RODRÍGUEZ adolece de caer en el ya conocido equívoco de aportar soluciones condicionadas por la postura que con carácter previo se haya acogido en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial: es caer en el error de concebir a la naturaleza jurídica de un instituto como un *prius*, al que deben amoldarse con posterioridad los distintos problemas sustantivos que el mismo plantee.

En esta misma línea de negación del saneamiento por evicción en el ámbito de las ventas judiciales puede también situarse a FRANCO ARIAS, quien sostiene su postura en base a dos argumentos fundamentales, uno de los cuales hace referencia a la específica modalidad del saneamiento por gravámenes ocultos: en primer lugar, afirma el referido autor que no cabe la evicción en la medida en que «después del remate no se admitirá al rematante ninguna reclamación por insuficiencia o defecto de los títulos» (ex art. 1469. 2 de la LEC española de 1881, ya derogada); tampoco cabrá saneamiento por gravámenes ocultos, añade, ante «la existencia de un régimen jurídico específico para las ventas del procedimiento de apremio respecto a los gravámenes»<sup>1112</sup>.

Sin embargo, son mayores las voces que abogan por admitir el saneamiento por evicción en las ventas judiciales, pudiendo citarse a este respecto a los siguientes autores: MUCIUS SCAEVOLA<sup>1113</sup>, GUTIÉRREZ DE CABIEDES<sup>1114</sup>, BADENES GASSET<sup>1115</sup>, SOLCHAGA LOITEGUI<sup>1116</sup>, GULLÓN BALLESTEROS<sup>1117</sup>, RODRÍGUEZ MORATA<sup>1118</sup>, LUQUE TORRES<sup>1119</sup>, y

---

ve privado forzosamente de un bien como sanción al incumplimiento de una obligación anterior. De otra parte, tampoco puede afirmarse que el responsable sea el órgano judicial cuya misión es dar efectividad a una decisión judicial pero no actúa como representante legal ni como sustituto del vendedor, sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117 CE). Estas afirmaciones nos llevan a negar la posibilidad de saneamiento por evicción en la subasta judicial. Nos queda por resolver qué ocurre con el adjudicatario cuando se ve privado de la cosa. En mi opinión, el adjudicatario ha realizado una atribución patrimonial sin causa, por lo que puede ejercitar una acción de enriquecimiento injusto frente al deudor ejecutado que, en principio, es la persona que ha experimentado un enriquecimiento injusto (ha visto extinguida su deuda con el importe obtenido en la subasta de un bien ajeno)».

<sup>1110</sup> LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., p. 367.

<sup>1111</sup> LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., p. 367.

<sup>1112</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., pp. 274 y 275.

<sup>1113</sup> MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil comentado y concordado extensamente*, Tomo XXIII, Madrid, 1892, pp. 640 y 641.

<sup>1114</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 130 y ss.

<sup>1115</sup> BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, Tomo I..., cit., pp. 621 y ss.

<sup>1116</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., pp. 207 y ss.

MONDÉJAR PEÑA<sup>1120</sup>. Todos ellos coinciden en afirmar la aplicabilidad del régimen del saneamiento por evicción (aunque con distinto alcance), unos en base a una postura puramente contractualista de mera equiparación entre la venta judicial y la compraventa contractual (tal es el caso del razonamiento de partida de BADENES GASSET<sup>1121</sup>), y otros dando por sentado que el art. 1489 del CC español extiende tácitamente su remisión al régimen propio del saneamiento por evicción<sup>1122</sup>. Si bien, de entre las diferentes opiniones, ciertamente ilustrativos son los argumentos empleados por SOLCHAGA LOITEGUI y por BADENES GASSET para sostener la admisibilidad del saneamiento por evicción en las ventas judiciales.

Comenzando por MUCIUS SCAEVOLA, considera que el hecho de que la venta sea judicial no justifica la exclusión del saneamiento (entendido en sentido genérico, englobando tanto la evicción cuanto los vicios ocultos), tratándose, pues, de una exigencia justísima, ya que el vendedor, entiende, no deja de lucrarse con el precio (aunque se aplique al pago de sus acreedores) y el comprador no sufre perjuicio por los vicios de los que no pudo conocer<sup>1123</sup>.

Comenzando por SOLCHAGA LOITEGUI, la afirmación de la garantía por evicción en la venta judicial constituye una consecuencia necesaria del carácter derivativo de la transmisión que tiene lugar mediante la misma<sup>1124</sup>. Si los derechos anteriores a la venta que pesan sobre la cosa no quedan purgados con posterioridad a la misma, sino que subsisten, resulta perfectamente posible que uno de tales derechos anteriores sea incompatible con el del adjudicatario, venciénole en juicio; esto es, previéndose la existencia de derechos anteriores a la venta judicial, el hecho de la evicción es perfectamente posible, la cual debe gozar de un medio de protección específico a favor del adjudicatario, que en el Ordenamiento español no es otro que el instituto del saneamiento por evicción previsto en los arts. 1475 y ss. del CC

<sup>1117</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual...*, cit., p. 38 y ss.

<sup>1118</sup> RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena y evicción (Estudio de las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa)*, Barcelona, 1990, pp. 155 y ss.

<sup>1119</sup> LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., pp. 363 y ss.

<sup>1120</sup> MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., pp. 514 y ss.

<sup>1121</sup> BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, Tomo I..., cit., 1995, pp. 623 y 624: «(No puede ser excluida en las ventas forzosas la garantía por evicción. Nuestro Código civil no distingue entre ventas forzosas y ventas voluntarias respecto a la garantía por evicción, mientras sí que se refiere expresamente a las ventas judiciales en el art. 1489 al regular el saneamiento por defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida».

<sup>1122</sup> Así lo expresa textualmente GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 131: «Así como la aplicación del saneamiento por vicios o defectos ocultos contaba con el apoyo positivo expreso del artículo 1489 del Código Civil la extensión de la evicción a las enajenaciones judiciales tiene base positiva».

<sup>1123</sup> MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil comentado y concordado extensamente...*, cit., pp. 640 y 641. Así lo sostiene igualmente FENOY PICÓN, N., «Comentario al artículo 1489 del Código Civil», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, 1ª Edición, 2010, p. 1625, quien se alinea al planteamiento en cuestión.

<sup>1124</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 206.

español. Debe recordarse que este mismo razonamiento lo hacíamos invirtiendo el orden de los factores para defender el carácter claramente derivativo de la transmisión que se opera mediante la venta judicial: decíamos, en la medida en que cabe la evicción, la transmisión debe obligatoriamente ostentar naturaleza derivativa, ya que de lo contrario, no existiría derecho alguno anterior que pudiera dar lugar a la pérdida del derecho adquirido por el rematante.

BADENES GASSET, (seguido en este punto fielmente por GULLÓN BALLESTEROS) como ya apuntamos precisamente al defender el carácter derivativo de la transmisión llevada a cabo mediante la venta judicial, señala acertadamente que pese al silencio de la Ley, debe admitirse sin duda alguna el saneamiento por evicción en el ámbito de las ventas judiciales, para lo que basta observar que en nuestro sistema positivo, la garantía por evicción es un elemento natural a toda transmisión a título oneroso<sup>1125</sup>, siendo reconocida en la venta de créditos (*ex art. 1529 del CC español*), en la aportación de cosas ciertas y determinadas a la sociedad (*art. 1681.2 del CC español*), en la donación onerosa (*ex art. 638 del CC español*) y, en la división de cosa común (*ex art. 1069 y 1071 del CC español*)<sup>1126</sup>. Acertada apreciación la del especialista en materia de compraventa, que acudiendo a la naturaleza misma de la figura del saneamiento, observa que no es exclusiva de los contratos, sino de toda transmisión de carácter oneroso, como la que tiene lugar a través de la venta judicial, en la que se enajena (forzosamente) un derecho a cambio del pago de un precio.

A este aparato argumental cabe añadir una razón adicional, que ya adelantamos al valorar la incoherente solución adoptada por el legislador italiano al regular la cuestión del saneamiento (contemplando una garantía para el caso de la evicción y rechazándola en el supuesto de vicios o defectos ocultos). Ciertamente, constituyendo el saneamiento una obligación legal de garantía que con carácter genérico se hace recaer sobre la persona del vendedor, sin distinguir entre la modalidad de la evicción y la de los vicios ocultos [el art. 1461 del CC español afirma que el vendedor «está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta», por lo que hace referencia al instituto del saneamiento como figura genérica que garantiza dos extremos diversos: de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida (saneamiento por evicción) y de los vicios o defectos ocultos que tuviere (saneamiento por vicios o defectos ocultos) -*ex art. 1474 del CC español*-], tampoco tendría

---

<sup>1125</sup> Aunque incluyendo el calificativo «contractual», también anudan la obligación de saneamiento por evicción como elemento natural de las transmisiones onerosas SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las Leyes Civiles Generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil e historia general de la legislación española*, Tomo IV..., *cit.*, p. 570: «La prestación de la evicción y saneamiento constituye una condición natural del contrato de compra-venta, y principalmente de los contratos onerosos en general, y por señalada excepción de algunos, aunque de pocos, contratos lucrativos».

<sup>1126</sup> BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, Tomo I..., *cit.*, 1995, p. 624. Seguido fielmente en este punto, como decimos, por GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual...*, *cit.*, p. 38.

sentido atribuir un tratamiento dispar a cada uno de tales supuestos en sede de la venta judicial: si existe una remisión expresa a «todo lo dispuesto en los artículos anteriores», ello comprenderá no sólo los vicios o defectos ocultos sino igual y coherentemente la evicción.

En definitiva, debe afirmarse el saneamiento tanto por vicios y defectos ocultos, cuanto por evicción en el ámbito de las ventas judiciales, pues como bien indica MORALES MORENO a este respecto, «limitar las garantías para el comprador en las ventas judiciales tiene como efecto hacer menos realizables (o en peores condiciones) los bienes de los deudores; esa medida perjudicaría no sólo al comprador, sino al propio deudor y a sus acreedores»<sup>1127</sup>.

Afirmado el saneamiento por evicción en el marco de las ventas judiciales, nos resta ahora por determinar cuál deba ser el **concreto contenido de tal garantía en este ámbito**. Ello nos obliga, al igual que sucediera con el supuesto de los vicios o defectos ocultos, a analizar el régimen del saneamiento por evicción previsto en los arts. 1475 a 1483 del CC español, par así concretar cuáles son los extremos que deben de resultar de aplicación a la venta judicial, discriminando aquellos que traigan causa del elemento voluntarista.

Los arts. 1475, párrafo primero, 1480 y 1481 del CC español describen los presupuestos de hecho que deben darse para que concurra la evicción: a saber, tiene lugar cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada, debiendo resultar probado que el vendedor quedó notificado de la demanda de evicción a instancia del propio comprador.

Conforme a los arts. 1475, párrafos segundo y tercero, 1476 y 1477 del CC español, el saneamiento por evicción constituye una obligación de origen legal, naturalmente asumida por el vendedor, con independencia de que se pacte o no expresamente en el contrato. No obstante, las partes pueden aumentar, disminuir o suprimir dicha obligación, resultando nulo todo pacto de exención que parta de la mala fe del vendedor. Incluso en el caso de exclusión de la garantía por evicción, ante el hecho de la misma, deberá el comprador responder entregando el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, salvo en el caso en que la exclusión o renuncia se hubiera hecho con conocimiento por parte del comprador de los riesgos asumidos y con asunción expresa de los mismos.

Los hechos constitutivos de la evicción son plenamente aplicables a la venta judicial, mientras que la previsión de posibles pactos en torno a tal garantía legal no goza de operatividad alguna en nuestra sede, habida cuenta de que el transmitente, el deudor ejecutado, no expresa voluntad alguna ni actúa en ejercicio de su autonomía contractual. Lo que único que nos interesa a este último respecto es el carácter legal que tiene el saneamiento por evicción, existiendo al margen de toda voluntad por parte del transmitente y adquirente, de ahí que quede plenamente justificado su vigencia en el seno de las ventas judiciales.

---

<sup>1127</sup> MORALES MORENO, A. M., «Comentario al artículo 1489 del Código Civil»..., *cit.*, p. 966.



El art. 1478 del CC español es el que establece la concreta extensión de la garantía por evicción, esto es, las concretas partidas a la que tendrá derecho el comprador frente al hecho de la evicción. Analicemos las que son y cuáles proceden en el ámbito de la venta judicial:

- En primer lugar, frente a la evicción, el comprador tendrá derecho al precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el que tuviera en el momento de la venta. Esta primera partida es, sin duda alguna, de las más importantes, pues pretende conseguir uno de los objetivos fundamentales de la garantía por evicción, a saber, la recuperación por parte del adquirente del precio que hubiera desembolsado por la cosa (no exactamente el mismo, pues el precio que se recibe va referido, como decimos al valor de la cosa al tiempo de la evicción). Desde esta perspectiva, pues, debe resultar de aplicación a la venta judicial; lo que ocurre es que en atención a los términos en que viene regulada, ello debe ser matizado en el sentido que sigue. En efecto, se dice en el art. 1478 del CC español que deberá restituirse al comprador, no cualquier precio, sino específicamente el que tuviera la cosa al tiempo de la evicción. Si dicho precio es inferior al inicialmente pagado por el comprador, ello no plantea mayores problemas en la venta judicial; la controversia surge cuando el precio sea superior, pues en ese caso, como bien indica MONDÉJAR PEÑA, admitir la aplicación de esta partida implicaría para el responsable de la evicción llegar a pagar al adquirente judicial mucho más del precio pagado por éste, de ahí que en dicho caso resulte más acertado entender que bastaría con que se le restituya el importe realmente satisfecho<sup>1128</sup>.
- En segundo lugar, ante la evicción, el adquirente tendrá también derecho a los frutos o rendimientos producidos por la cosa objeto de venta, sólo en el caso en que haya quedado obligado a entregarlos al que le hubiera vencido en juicio. Partida que resulta plenamente aplicable a las ventas judiciales.

---

<sup>1128</sup> MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., p. 518. En este mismo sentido se pronuncia igualmente LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., pp. 368: «Si el fundamento del saneamiento por evicción es dejar el patrimonio del comprador tal cual si la evicción no se hubiese producido, lo correcto sería abonar el valor que tuviere la cosa. Ahora bien, ese valor es generalmente muy superior al precio del remate (cosa que no suele ocurrir en las ventas contractuales) precio que determina precisamente la porción en la que injustamente se han enriquecido el deudor y el acreedor. De manera que el responsable debería como regla general abonar incluso el doble o el triple del precio pagado. Sin embargo, estimamos que, la responsabilidad del deudor y del resto de los acreedores en caso de evicción, en las ventas forzosas, tiene un fundamento distinto a la responsabilidad por evicción que grava al vendedor en las ventas voluntarias. En este sentido para obviar seguramente estos inconvenientes, los Ordenamientos extranjeros regulan esta responsabilidad en la devolución del precio pagado, basando la prestación en el principio de cobro de lo indebido, en tanto que los acreedores, tienen la oportunidad de satisfacer los créditos con el precio obtenido, en cuanto que éste forma parte del patrimonio del deudor, y, si no forma parte del patrimonio del deudor se está produciendo un corbo indebido que obliga a la restitución. Este criterio lo consideramos más acertado más acertado evitando las consecuencias tan gravosas que la desproporción existente entre el precio del remate, y el precio real de la cosa (aumentado generalmente por el transcurso del tiempo) provocan en el ejecutado, contra el cual al fin y al cabo se impone transmisión».

- En tercer lugar, el comprador tendrá igualmente derecho en el caso de evicción a las costas del pleito que haya motivado la evicción, y, en su caso, las del pleito seguido con el propio vendedor para exigir el saneamiento. De nuevo, se trata de una tercera partida que resulta plenamente compatible con las características propias de la venta judicial.
- En cuarto lugar, en el caso de evicción el adquirente deberá ser igualmente reembolsado de los gastos del contrato, si los hubiese pagado el comprador. En este caso, pudiera parecer que al hablarse de contrato, ello no tendría cabida en la venta judicial, aunque si se acude a la analogía, quizá si podría resultar trasladable a esta última, estimando que el responsable del saneamiento debe hacer frente a los gastos que el adjudicatario hubiera eventualmente empleado como consecuencia de su participación en la subasta judicial (por ejemplo, en el caso en que haya debido pagar determinadas tasas para pujar electrónicamente, o haya recibido asesoramiento de alguna agencia especializada en la participación en subastas, etc.).
- Finalmente, en el caso en que el vendedor haya actuado de mala fe, esto es, siendo conocedor fundamentalmente de que se trataba de un bien propiedad de un tercero, deberá igualmente abonarse al comprador en caso de evicción los daños e intereses, así como los gastos voluntarios, de puro recreo u ornato que este último hubiera llevado a cabo. Esta partida, acudiendo al propio tenor del art. 1489 del CC español parece evidente que no puede encontrar aplicación en el seno de las ventas judiciales, pues faltando la voluntad por parte del deudor ejecutado no puede apreciarse la existencia de mala fe por su parte<sup>1129</sup> (nótese que quedan a salvo las apreciaciones que siguiendo a MORALES MORENO pueden reiterarse en esta sede acerca de la eventual existencia de «dolo» por parte del deudor ejecutado).

Analizada la extensión de la garantía por evicción en el seno de las ventas judiciales, pasamos a adentrarnos en la controvertida cuestión del sujeto que debe resultar responsable frente al saneamiento, ya sea por evicción o por vicios ocultos.

---

<sup>1129</sup> Cfr. el análogo análisis que hacen de las partidas que pueden o no resultar de aplicación en el caso de evicción en las ventas judiciales señaladamente LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., pp. 368 y 369; e igualmente, MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., pp. 518 y 519.

### 3.3. LA CONTROVERTIDA CUESTIÓN DE LOS SUJETOS RESPONSABLES DEL SANEAMIENTO (POR VICIOS O DEFECTOS OCULTOS Y POR EVICCIÓN)

Más allá del contenido y extensión de la responsabilidad por evicción y vicios ocultos en el ámbito de las ventas judiciales, lo cual exige una labor de matización del régimen previsto para la venta voluntaria en atención a las particulares características de la primera (fundamentalmente, la ausencia de voluntad del transmitente), la cuestión verdaderamente problemática en esta sede no es otra que la determinación del sujeto o sujetos que deben afrontar dicha responsabilidad. Y es que el CC español, al igual que hiciera el CC italiano de 1865, guarda absoluto silencio sobre dicho extremo, ante lo cual se suscitan diferentes corrientes interpretativas que giran en torno a cuál de los sujetos intervinientes en el complejo de actos procesales que constituyen la subasta debe responder en el caso de evicción o de vicios o defectos ocultos. Siendo el adjudicatario el destinatario de la garantía, son tres los sujetos restantes que pudieran resultar responsables: a saber, el deudor ejecutado, el órgano judicial ejecutivo y el acreedor embargante (y, en su caso, eventualmente los restantes acreedores ante la existencia de sobrante, perciban parte de la suma recabada por el bien objeto de venta judicial).

En este sentido, son dos las posturas fundamentales que pueden apreciarse en el seno de la doctrina española acerca del sujeto que deba responder del saneamiento en las ventas judiciales: una primera, que podríamos calificar como tradicional y mayoritaria, que considera que es el deudor ejecutado, en su condición de transmitente (con independencia de que lo sea de manera forzosa) el que debe responder de la obligación de saneamiento; y una segunda posición, minoritaria, en la que apreciándose una clara influencia de la solución italiana, aboga por hacer responsable del saneamiento al acreedor embargante en primer término. Así pues, tiende a excluirse la posible responsabilidad del órgano ejecutivo, que salvo supuesto excepcional de reclamación de responsabilidad patrimonial por error judicial o anormal funcionamiento de la justicia (*ex arts. 292 y ss. de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*), al actuar en ejercicio de su potestad jurisdiccional, no forma parte de relación jurídica alguna a la que pueda anudarse dicha responsabilidad.

Comenzando por la **tesis minoritaria**, a saber, la que considera como **sujeto responsable del saneamiento en las ventas judiciales al acreedor ejecutante** (y restantes acreedores, en la medida en que hayan percibido parte del precio del remate, existiendo sobrante), pueden incluirse en ella a GUTIÉRREZ DE CABIEDES, RODRÍGUEZ MORATA y LUQUE TORRES. Veamos el razonamiento empleado por cada uno de estos autores.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, entiende que el deudor no debe responder del saneamiento, pues tal solución es hija de una visión contractualista de la transmisión, punto de vista, a su juicio, totalmente inadmisibles como se ocupa de demostrar a lo largo de su referente obra sobre la enajenación forzosa. La transmisión que se efectúa a través de la venta judicial se lleva a cabo faltando el consentimiento o querer del deudor ejecutado, ¿cómo se le van a imputar, pues, los efectos de un acto en el que él no ha intervenido? La posición del deudor,

continúa afirmando el referido autor, es meramente pasiva, por lo que los efectos desfavorables de la misma se deben cargar a quienes activamente realizan la transferencia, no al sujeto paciente, que respecto a ella es irresponsable. Excluido el deudor por los anteriores motivos, sólo dos sujetos procesales quedan, por exclusión, que puedan responder del saneamiento en general, ya por vicios o defectos ocultos, ya por evicción: se trata del órgano jurisdiccional del Estado y el acreedor.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES descarta que el órgano jurisdiccional del Estado pueda ser el responsable, pues está exento de cualquier género de indemnización que no sea nacida de culpa o negligencia; de modo que si éste aplica la Ley bien y diligentemente, quedan fuera de las posibles consecuencias que de tal aplicación se deriven.

Sólo, pues, afirma el autor, el acreedor instante del proceso de ejecución puede resultar el responsable del saneamiento de la cosa transmitida a tercero. A tales efectos, arguye GUTIÉRREZ DE CABIEDES que su postura activa en el proceso —el embargo y la enajenación se efectúan a su instancia— justifica que los perjuicios que por su postura se sigan, manteniendo una tesis de simple responsabilidad objetiva, sean a él referidos. Solución a la que se llega igualmente desde criterios de justicia y equidad: si hay una prestación del rematante por una cosa que se le entrega, si éste pierde parte o todo el valor de la cosa, hay que reembolsarle satisfactivamente la parte o el todo, para que se cumpla el principio de la equivalencia de las prestaciones. Y ese compromiso de devolver, en el caso de que el adquirente vea minusvalorada o perdida la cosa transmitida corresponde primariamente al acreedor, por ser él el beneficiado directamente con el acto oneroso del adquirente, recogiendo el precio que aquél haya entregado por la cosa, hasta donde llegue su crédito. Es, pues, entre ellos dos (adquirente y acreedor ejecutante) respecto a los que se establecerá el derecho y obligación de cumplimiento, prestación y dación. El cobro de lo indebido a los acreedores, concluye el citado autor, al ser despojado el rematante de todo o parte de la cosa, es la última razón a favor de éste frente a los acreedores que han recibido la suma recabada<sup>1130</sup>.

Valoraremos el posicionamiento de GUTIÉRREZ DE CABIEDES de manera conjunta con el de los restantes autores que se enmarcan en esta tesis de atribución de la responsabilidad por saneamiento a la persona del acreedor ejecutante.

Prosiguiendo con RODRÍGUEZ MORATA, a su juicio, el vendedor debe garantía por saneamiento en cuanto ha percibido el precio y entregado la cosa, de manera que si no ha recibido el precio ni ha efectuado declaración de voluntad no deberá lógicamente prestar garantía alguna. Así, no parecer ser una solución, en palabras del autor, aquella que explica la condición de garante de la evicción para estos casos en la persona que hubiere otorgado la escritura de venta (se está refiriendo, obviamente, al régimen propio de la LEC de 1881, con

---

<sup>1130</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 127 y 128.

anterioridad a la reforma procesal de 1992), pues en principio, ni el Juez ni el deudor, por haber otorgado la preceptiva escritura quedan obligados frente al riesgo de evicción. Antes bien, estima que la solución no puede ser más que la siguiente: demandado de evicción el comprador, éste deberá llamar en garantía al vendedor –acreedor ejecutante- y a todas aquellas personas que hayan recibido un beneficio económico de la venta judicial, pues es dicho beneficio en definitiva el que originó la declaración o promesa de garantía y, consecuentemente, impone la carga de defensa del derecho controvertido.

En este sentido, añade RODRÍGUEZ MORATA, puede ocurrir que todo el precio de la venta de la cosa haya ido a parar al acreedor ejecutante, pero cabe dentro de lo posible que por haberse entablado tercería de mejor derecho haya sido entregado a un tercero acreedor. Y es frecuente en la práctica, además, que el acreedor ejecutante haya percibido únicamente parte del precio de la venta, distribuyéndose el resto entre el mismo deudor ejecutado y los restantes terceros acreedores no preferentes en el embargo. En tal caso, considera el referido autor, que el comprador deberá llamar en garantía a su vendedor y a todas aquellas personas que se lucraron con la venta judicial, que responderán del valor de la cosa vendida al tiempo de la evicción en la porción correspondiente a su respectivo beneficio económico<sup>1131</sup>.

Puede constatarse que RODRÍGUEZ MORATA anuda la obligación de saneamiento a la percepción del precio de la cosa, de modo que deben responder de la misma únicamente aquellos que lo hayan percibido: el acreedor ejecutante en primer término (salvo que haya sido vencido por una tercería de mejor derecho por un tercer acreedor que será en dicho caso quien responda), así como los restantes acreedores y el propio deudor ejecutado, en el caso en que haya existido sobrante que irá a parar a los mismos. Ello no es más que aplicar fielmente la solución italiana prevista en el art. 2921 del CC italiano, en el que el orden de sujetos responsables es precisamente el indicado. El razonamiento de fondo no es otro que tratándose el saneamiento de una obligación legal que se anuda al carácter oneroso de la relación jurídica, sólo deben hacer frente a la misma aquellos que se vean beneficiados por tal onerosidad, lo que traducido en términos de la venta judicial, viene a ser sinónimo de recibir el suma obtenida por la cosa objeto de venta judicial. Al igual que en el caso de GUTIÉRREZ DE CABIEDES son muchas las observaciones que pueden hacerse en torno a este planteamiento, de lo que nos ocupamos en breve al efectuar una valoración de conjunto de este planteamiento que reside en la persona fundamentalmente del acreedor ejecutante la responsabilidad frente a la obligación de saneamiento.

Finalmente, por lo que hace a LUQUE TORRES, en la línea de esta misma inteligencia, se declara expresamente partidaria de la incorporación en España de la solución adoptada por el codificador italiano en sede de la evicción en la venta judicial prevista en el art. 2921

---

<sup>1131</sup> RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena y evicción (Estudio de las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa)*..., cit., pp. 156 y 157.

del CC italiano. A su juicio, ello sería lo más lógico y más práctico, pues hacer responsable al acreedor ejecutante trae consigo mayores probabilidades de satisfacción a favor del adjudicatario, habida cuenta de la situación de previsible insolvencia en la que se encuentran los deudores ejecutados en la mayoría de los casos. En base a este argumento adicional de practicidad la solución que debería aplicarse en materia de saneamiento (la refiere al saneamiento por evicción, aunque bien puede constatarse su postura favorable a su extensión generalizada a todo género de saneamiento), debería ser la siguiente: en primer lugar respondería el ejecutante, y los acreedores posteriores que hubieren tomado parte en el precio; y en segundo lugar, sería responsable el deudor, respecto de la parte sobrante que hubiera ingresado en su patrimonio.

Además, concluye LUQUE TORRES, a la solución anterior podría llegarse con independencia de que se admita o no el saneamiento en el ámbito de las ventas judiciales. Si se admite el saneamiento, se podrán exigir las cantidades fijadas por el CC en cada uno de los casos; mientras que si por el contrario no se admite el saneamiento, el rematante siempre estará legitimado para ejercitar una acción de enriquecimiento injusto frente al acreedor que hubiere cobrado y frente al deudor, reclamándoles en la medida correspondiente<sup>1132</sup>.

Al igual que sucediera con RODRÍGUEZ MORATA, esta vez con carácter expreso puede constarse una clara influencia del planteamiento italiano en el pensamiento de LUQUE TORRES, quien de nuevo anuda la obligación de saneamiento a la percepción del precio de la venta judicial: en la medida en que se reciba la suma obtenida por el bien objeto de venta judicial, así se responderá del saneamiento.

Diversos son, como venimos anticipando, los comentarios, observaciones y particularmente objeciones, que pueden realizarse acerca de la inteligencia de la que parte la tesis que individúa en la persona fundamentalmente del acreedor ejecutante la responsabilidad de la obligación de saneamiento en las ventas judiciales.

Comenzando por los argumentos de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, lo primero que ha de decirse es que la consideración del deudor ejecutado como vendedor no es una consecuencia de una visión contractualista de la venta judicial, pues como hemos tratado de demostrar en sede de nuestra postura acerca de la naturaleza jurídica de la venta judicial, ésta constituye una figura de carácter complejo procesal-sustantivo, que encuentra su origen en el proceso de ejecución y da lugar al nacimiento de una relación jurídica, que puede calificarse como propia de venta, pues ella se cifra en el intercambio de un derecho por un precio en dinero. Siendo así, sí puede hablarse de la existencia de un vendedor, eso sí, judicial o forzoso (como se prefiera), que es el propietario del bien (al menos, debe serlo), el titular del derecho

---

<sup>1132</sup> LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., pp. 358 y 378.

que de su mano pasa directamente a la del adjudicatario, una vez pagado el precio y cumplida la tramitación procesal conformadora de la compleja venta judicial.

Asimismo, razonar en esos términos (rechazando la posibilidad de que el deudor sea responsable, pues ello es consecuencia de una postura contractualista en torno a la venta judicial que rechaza), supone tomar el dato de la naturaleza jurídica como equivocado *prius*, que trata de amoldar la solución de un problema concreto, en este caso el de los sujetos responsables de la evicción, a una concepción teórica preconcebida. Planteamiento que tratamos de rechazar en todo momento a lo largo del presente trabajo, por mucho que seduzca y sirva para resolver con cierta facilidad arduas cuestiones sustantivas en el conjunto de la venta judicial.

Más allá de lo anterior, se sostiene por parte de GUTIÉRREZ DE CABIEDES que la falta de consentimiento con que se efectúa la transmisión del derecho en la venta judicial hace inviable que puedan imputarse al deudor ejecutado un acto en el que no ha intervenido. ¿Pero acaso ello no se explica por el carácter precisamente forzoso de la venta judicial? Si por algo se caracteriza la venta judicial es por anudar a la persona del deudor ejecutado una serie de efectos jurídicos: pérdida del derecho, satisfacción de su deuda, en la medida de la suma que se obtenga de la venta judicial; que sin intervención de su voluntad quedan atribuidos por actuación del órgano judicial ejecutivo en el marco del proceso de ejecución dineraria originado como consecuencia del impago de una deuda de carácter pecuniario. El carácter forzoso de la transmisión no sirve para excluir la imputación de determinados efectos jurídicos que constituyen una constante en el proceso ejecutivo.

Y tampoco se explica cómo puede acudirse a la falta de voluntad por parte del deudor ejecutado, para excluir una garantía que el mismo GUTIÉRREZ DE CABIEDES retiene como objetiva, esto es, independiente de toda culpa o elemento voluntarista. Es precisamente el carácter objetivo de la responsabilidad en que consiste el saneamiento lo que explica que pueda resultar de aplicación en la venta judicial, de ahí que no pueda acudirse a la falta de voluntad del deudor ejecutado como argumento, pues si se emplea, debe empezarse en coherencia por negar en base al mismo el propio saneamiento en este ámbito.

Por lo que respecta al razonamiento de RODRÍGUEZ MORATA, en el que puede igualmente englobarse (matizadamente) el pensamiento de LUQUE TORRES, dos cuestiones son las que pueden rebatirse. En primer lugar, particularmente en el caso de RODRÍGUEZ MORATA, se aprecia una afirmación que causa cierta perplejidad cual es la identificación de la figura del vendedor en la venta judicial con la persona del «acreedor ejecutante». ¿Cómo puede calificarse como vendedor, esto es, transmitente, a un sujeto, que no es titular del derecho que se vende y por cuenta del cual no se realiza el proceso de ejecución que va referido a la persona del deudor ejecutado? El hecho de que el acreedor reciba la suma obtenida de la venta judicial no es más que una consecuencia del proceso ejecutivo, cuyo objetivo primordial no es otro que la satisfacción del crédito del acreedor, pero esta particularidad no altera el hecho de que la relación jurídica de venta se entabla entre el

deudor (que es el titular del derecho que se transmite) y el adjudicatario (que es quien recibe el derecho y paga el precio por el mismo)<sup>1133</sup>. ¿Acaso es el acreedor al que debe considerarse como transmitente a los efectos del impuesto que grave la transmisión operada a través de la venta judicial? Ni mucho menos, pues como ya hemos analizado en sede del estudio de la naturaleza jurídica de la venta judicial, las dudas a este respecto giran exclusivamente en torno a la persona del deudor ejecutado o del órgano judicial ejecutivo, nunca respecto al acreedor<sup>1134</sup>.

Por otra parte, considerar como sujeto responsable de la evicción a aquél que reciba el pago del precio, pues es quien se ve beneficiado por la venta judicial no consideramos que constituya una idea del todo acertada. ¿Puede considerarse como especialmente beneficiado a un sujeto, fundamentalmente el acreedor, por el mero hecho de que va a ver satisfecho su crédito, cuyo incumplimiento inicial por parte del deudor ha sido el que ha originado el proceso de ejecución en el que ha tenido lugar la venta judicial? No olvidemos que para llegar a la venta judicial, ha debido existir una relación obligatoria de carácter pecuniario asumida (voluntariamente, o no) por las partes, que queda incumplida por el deudor, debiendo el acreedor acudir a un remedio frente a dicho incumplimiento cual es la iniciación de un proceso de ejecución forzosa a través del que se pretende obtener una suma de dinero con la que satisfacer el crédito del acreedor inicial. Por esa misma regla de tres igualmente beneficiado estará el deudor, que con independencia de lo patológico del recurso a la ejecución forzosa y al margen de los motivos que le hayan llevado a incumplir, lo cierto es que mediante la suma obtenida a través de la venta judicial va a ver saldada su deuda y, con ello, verá reducido parte del pasivo de su patrimonio. Y puestos a hablar de sujetos beneficiados, la propia dinámica en la que se mueven las subastas judiciales demuestra los precios con los que se suelen adquirir los bienes subastados suelen ser bastante inferiores a los de mercado, luego qué mayor beneficiado que el propio adjudicatario (por no mencionar la figura del conocido «subastero» que suele ser quien opera en el marco de estas ventas judiciales). Luego en base al razonamiento de qué sujeto se ve verdaderamente beneficiado, podríamos incluso llegar a negar la garantía por saneamiento en las ventas judiciales a favor de los compradores de las mismas.

---

<sup>1133</sup> Afirma RUBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, p. 191, acerca del sujeto que debe entenderse como vendedor o transmitente de la venta judicial: «(...) Sean cuales fueren las conclusiones que de las discusiones sobre la naturaleza jurídica de tal acto se extrajeren, lo cierto es quees innegable que los efectos dispositivos que de él se siguen se imputan al vendedor forzoso (...)».

<sup>1134</sup> Puede verse en este sentido nuestro estudio «El transmitente en la subasta judicial: confirmación de una doctrina jurisprudencial uniforme en sede fiscal que resuelve una controvertida cuestión sustantiva», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Nº 31, 2013, pp. 329-346, en el que abordamos precisamente la cuestión del sujeto que debe considerarse como transmitente, esto es, como vendedor, en la venta judicial partiendo de diversos y acertados pronunciamientos jurisprudenciales en sede fiscal.



El saneamiento es un instituto anudado legalmente a la transmisión de carácter oneroso que en la venta judicial se entabla entre el deudor ejecutado y el adjudicatario, con independencia en que por razones de justicia material puedan pensarse soluciones diversas que hagan al acreedor ejecutante también responsable, si bien así debería disponerse legalmente, tal y como ocurre en el caso de Italia. Transportar esta solución al Ordenamiento español se nos antoja un tanto difícil, entre otros motivos porque, como ahora quedará demostrado al analizar la postura mayoritaria a estos efectos, parece evidente que el CC español está pensando en todo momento en que el sujeto responsable debe ser el vendedor, esto es, en la venta judicial el deudor ejecutado.

Por otra parte, la solución italiana (de hacer responsable del saneamiento al acreedor), aunque aparentemente pudiera resultar razonable atendiendo a la penosa situación del deudor ejecutado, debemos recordar que es ciertamente inadecuada y termina haciendo responsable (aunque así no se diga en el CC italiano, pues como advertimos, el legislador italiano se queda a medias en este punto), al deudor ejecutado (al que inicialmente parece mantenerse al margen de toda responsabilidad en materia de saneamiento): ciertamente, debiendo el acreedor restituir el precio con que vio satisfecho su crédito originariamente lesionado, volverá a sufrir la misma situación de desequilibrio patrimonial; a saber, tendrá lugar una suerte de renacimiento (total o parcial) del crédito previamente satisfecho (total o parcialmente, respectivamente) y por tanto, aparentemente extinguido en la medida anterior. No existe, pues, encaje técnico que justifique esta postura y el final al que se llega con la misma será idéntico al que proclamamos: acabará respondiendo presumiblemente el deudor ejecutado; salvo que consideremos que el saneamiento por evicción y vicios ocultos constituye una obligación que corre exclusivamente a cargo del acreedor, lo cual no parece de recibo.

Hechas estas observaciones con la que ya venimos adelantando nuestro posicionamiento, detengámonos ahora en la segunda gran postura acerca del sujeto que debe resultar responsable del saneamiento, a saber, la que hemos venido a calificar como tradicional y mayoritaria, que reputa como responsable al deudor ejecutado en cuanto vendedor y transmitente en la venta judicial. Dentro de ella, pueden incluirse, entre otros y sin ánimo de ser exhaustivos, a GARCÍA GOYENA, MANRESA Y NAVARRO, así como a SOLCHAGA LOITEGUI, FRANCO ARIAS, MORALES MORENO y en tiempos más recientes, MONDÉJAR PEÑA.

Tanto GARCÍA GOYENA, como MANRESA Y NAVARRO, dan buena cuenta de que aunque el CC español no se pronuncie sobre este extremo, es indudable que al remitir la aplicación del régimen del saneamiento propio de la venta voluntaria a la venta judicial, está pensando en cifrar como responsable al vendedor judicial, esto es, al deudor ejecutado. Afirma a este respecto GARCÍA GOYENA, criticando aquellos Ordenamientos (tales como el francés) en los que se niega todo saneamiento en el ámbito de las ventas judiciales, que «*Rogron*, copiando a otros, da por motivo del artículo francés, que, vendiendo la justicia y

no el propietario, no puede haber recurso contra este: si esta razón valiera, tampoco debiera haber lugar al saneamiento por evicción en la venta judicial de bienes inmuebles, cosa que nadie ha dicho: la justicia vende, pero en nombre del propietario»<sup>1135</sup>. Concluye el célebre comentarista, «¿cómo negar la acción de saneamiento al comprador en venta judicial de una finca si después resulta incierta? *Illud sciendum est edictum hoc non pertinere ad venditiones fiscales* (Ley 1, párrafo 3, título 1, libro 21 del Digesto); y aunque el caso no es idéntico, tiene algo de parecido»<sup>1136</sup>.

MANRESA Y NAVARRO, siguiendo esta misma línea, afirma que en la venta judicial «no es la justicia la que vende, sino el ejecutado, si bien lo hace la justicia en su nombre, y en esta venta no cabe introducir más modificaciones a la doctrina general que aquellas que el Código expresamente consigue»<sup>1137</sup>. Por tanto, añade el referido autor, «el que vende, siquiera forzosamente, constreñido por algún acreedor que gestione el cobro de su crédito, estará sujeto a las responsabilidades que se originen del ejercicio de las acciones redhibitoria y *quanti minoris*, y a las que se deriven de los supuestos de pérdida de la cosa de que tratan los arts. 1487 y 1488»<sup>1138</sup>.

Como puede apreciarse, ambos autores, aunque partiendo de una equivocada concepción contractualista en torno a la venta judicial (teoría de la sustitución)<sup>1139</sup>, ponen de

---

<sup>1135</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, comentarios y motivos del Código Civil español*, Tomo III..., *cit.*, p. 401.

<sup>1136</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, comentarios y motivos del Código Civil español*, Tomo III..., *cit.*, p. 402.

<sup>1137</sup> MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, Tomo X..., *cit.*, p. 241.

<sup>1138</sup> MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, Tomo X..., *cit.*, pp. 241 y 242.

<sup>1139</sup> Como ya quedó demostrado en sede del estudio de la naturaleza jurídica, la doctrina clásica española, en la que se inspira claramente el CC español de 1889 acoge una postura claramente contractualista en torno a la venta judicial. Entre otros autores clásicos, pueden citarse a este respecto (siguiendo la configuración puramente contractualista de la venta) a los siguientes: SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las Leyes Civiles Generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil e historia general de la legislación española*, Tomo IV, 2ª Edición, Madrid, 1899, pp. 599 y 600, recoge entre las formas especiales de contrato de compraventa a la venta judicial: «Comprava-venta de cualquiera clase de bienes particulares vendidos por subasta judicial o extrajudicial. La venta en subasta, cualquiera que sea su clase, tiene tres condiciones especiales, a saber: que es pública; que se busca en ella la concurrencia de compradores y la facilidad de obtener el mayor precio que por la misma ofrezcan, con o sin tipos máximo y mínimo, según los casos; y que necesita de anuncio previo del propósito de vender o convocatoria para la venta. La subasta, llamada también almoneda por las leyes, consiste en la venta pública de bienes u objetos que se haga al que ofrezca más por ellos, y tomó el nombre de subasta de la costumbre de los romanos de colocar las cosas que se vendían por este procedimiento al pie de una lanza o pica, enclavada como señal de la venta en el lugar destinado a ella». Tal es el marcado carácter contractual con el que concibe la venta judicial SÁNCHEZ ROMÁN, que incluso admitiendo que no existe en ella consentimiento de ambas partes, lo justifica como un supuesto excepcional de contrato de compraventa sin consentimiento: SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las Leyes Civiles Generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil e historia general de la legislación española*, Tomo IV..., *cit.*, p. 560: «Siendo la compra-venta un contrato esencialmente consensual, su perfección, en orden a los elementos formales, se produce por el mero consentimiento, fuera de ciertos casos de excepción: (...) 2º. En los casos de compraventas especiales, como la de efectos públicos; la de bienes vendidos en subasta pública judicial o extrajudicial

manifiesto que el CC español considera en todo momento como responsable del saneamiento al propietario de la cosa que se transmite, esto es, al verdadero vendedor de la venta judicial, que no es otro que el deudor ejecutado.

SOLCHAGA LOITEGUI, por su parte, considera que la idea de hacer responsable al acreedor del saneamiento en las ventas judiciales constituye una idea totalmente desacertada. Afirma a este respecto el presente autor, que el beneficiado por la realización del inmueble es el acreedor, pero principalmente el ejecutado, ya que si bien aquél tiene interés en cobrar su crédito en vía ejecutiva, lo hace con cargo después de abonar las costas del correspondiente juicio ejecutivo y siempre que no surja un acreedor preferente que plantee con éxito una tercería de mejor derecho, y siempre y cuando el dinero obtenido en la subasta sea suficiente para satisfacer íntegramente el crédito en cuestión. El deudor ejecutado, añade SOLCHAGA LOITEGUI, siempre verá saneado su patrimonio, ya que la deuda que tenía respecto al ejecutante o tercerista quedará extinguida, quedando consecuentemente restablecido el equilibrio patrimonial perturbado por su inicial incumplimiento; de manera que resultará beneficiado por la enajenación judicial, aunque sea a costa del bien inmueble de su patrimonio que se vende en pública subasta. Concluye el citado autor haciendo gala de su posición contractualista en torno a la venta judicial (partidario de la teoría de la sustitución, como vimos en sede del capítulo de la naturaleza jurídica de la venta judicial), afirmando que el ejecutado no es un extraño respecto de la enajenación judicial forzosa, por cuanto la actividad jurisdiccional ejecutiva tiene carácter sustitutivo, de manera que lo actuado por el Juez executor afecta también y directamente al interés del sustituido<sup>1140</sup>.

La postura contractualista de SOLCHAGA LOITEGUI le hace afirmar sin duda alguna la responsabilidad por saneamiento a cargo del deudor ejecutado, al que reputa como vendedor

---

(...)). También contempla la venta judicial como una específica modalidad del contrato de compraventa VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, Tomo III..., *cit.*, p. 411: «Compraventas especiales por la forma. Entre éstas se encuentra la venta en subasta. Ésta, llamada almoneda en nuestras antiguas leyes, consiste, como dice el docto Sánchez Román, en la venta pública de bienes u objetos que se haga al que ofrezca más por ellos. La subasta puede ser judicial o extrajudicial». En este mismo sentido igualmente CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo IV, 8ª Edición, Madrid, 1956, p. 63: «Por su forma, se habla de venta privada, que es la propiamente contractual, que el vendedor celebra con un comprador a su elección, y pública, que es la que se celebra por medio de subasta». En este último caso, al menos se introduce el matiz, de que la verdaderamente contractual es la compraventa privada. En el caso de VALVERDE Y VALVERDE, llama la atención que conciba la venta judicial como una modalidad más del contrato de compraventa, cuando configura la expropiación forzosa, muy similar a la venta judicial en cuanto a su naturaleza (de ahí que la incluya en la misma categoría del «*trasferimento coattivo*»), como un supuesto que entiende que no puede calificarse como «venta forzosa»: VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, Tomo II..., *cit.*, pp. 254 y 255: Según el concepto más antiguo la expropiación tenía la naturaleza de una venta forzosa, pero modernamente no puede admitirse esta naturaleza jurídica, puesto que no existe el consentimiento del propietario al no ser voluntaria la declaración, no existe además la evicción, que es un requisito natural de la venta, y la faltan otras condiciones que en la compra-venta ordinaria se dan, por lo que la doctrina combate esta opinión fijando el verdadero sentido de la expropiación forzosa, que no puede ser otro que el antes expuesto, o sea, un acto de Derecho público derivado de la autoridad del Estado como representante de los intereses colectivos».

<sup>1140</sup> SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, *cit.*, p. 208.

por sustitución, mas la argumentación en la que se apoya no sólo se residencia en tal posicionamiento, pues hace acertada alusión a la cuestión de que beneficiado de la ejecución no lo está especialmente el acreedor, sino igualmente el deudor. Lo que ocurre es que puede observarse un cierto tono de exageración en su planteamiento anterior, pues llega incluso a afirmar que mientras que el acreedor puede no verse íntegramente satisfecho de su crédito en el caso en que el precio obtenido en la venta judicial no lo cubra plenamente, el deudor ve extinguida su deuda; lo cual no es acertado, pues dicha deuda se verá extinguida en la medida en que lo sea el crédito: si éste no lo está plenamente, tampoco lo estará la deuda en cuestión (así se desprende del art. 1157 del CC español).

Más ajustada es la posición de FRANCO ARIAS, quien partiendo de una postura puramente procesalista en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial y a pesar de negar el saneamiento por evicción, en sede del saneamiento por vicios ocultos considera que el sujeto que debe responder en tal caso es el deudor ejecutado. Para ello, FRANCO ARIAS parte del razonamiento que pasamos a exponer. La titularidad sobre el bien vendido pasa directamente del ejecutado al rematante-adquirente, mientras que el adquirente paga el precio; se produce, pues, una sustitución en el objeto afectado, a saber, un bien concreto (el vendido) por una cantidad cierta de dinero (el dinero pagado). Siendo el ejecutado el titular de los bienes vendidos, y siendo el primer beneficiado del precio obtenido en la subasta, ya que el mismo se emplea en primer término a reducir todo o parte del pasivo patrimonial del ejecutado, no puede decirse que exista un especial enriquecimiento sin causa, ni cobro de lo indebido por parte del ejecutante que simplemente se limita a recibir la suma fijada a la que tiene derecho en virtud de su crédito. En definitiva, en la venta del procedimiento de apremio, concluye el referido autor, los efectos de la venta recaen sobre el ejecutado-titular del bien y el saneamiento no puede constituir una excepción a estos efectos. De no ser así, entiende FRANCO ARIAS que el ejecutado lograría un verdadero enriquecimiento sin causa<sup>1141</sup>.

Reitera, pues, FRANCO ARIAS la idea de que el deudor ejecutado no se ve menos beneficiado que el acreedor ejecutante, ya que el precio que se obtiene de la subasta, satisface el crédito de este último, pero también salda la deuda del primero. Añade acertadamente que prueba de que el deudor ejecutado es sin duda alguna el vendedor en la venta judicial, es que el derecho objeto de transmisión pasa de su titularidad directamente a la titularidad del adjudicatario: ni el órgano ejecutivo, ni el acreedor resultan titulares intermedios o finales del derecho en cuestión. Siendo así, la venta judicial va referida al deudor ejecutante, a cuyo patrimonio se acude para realizar forzosamente uno de sus activos, y es a dicho sujeto al que debe venir atribuida la obligación de saneamiento.

---

<sup>1141</sup> FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 277.

MORALES MORENO, por su parte, indica que el ejercicio del saneamiento le corresponde al rematante, y se dirige contra el deudor ejecutado, pues es él quien tiene que hacer frente a dicha obligación. Se plantea igualmente la interesante cuestión de qué ocurrirá en el caso en que el deudor sea insolvente, ¿podrá entonces dirigirse el adjudicatario al acreedor para obtener la garantía por evicción o por vicios o defectos ocultos? Hay quienes consideran que en tales casos el adjudicatario podrá dirigir contra los acreedores una acción por enriquecimiento injusto (así lo apunta GARCÍA CANTERO<sup>1142</sup>), si bien, a su juicio, el ejercicio de una acción de enriquecimiento frente a los acreedores ofrece en este caso dificultades, ya que no puede sostenerse que los acreedores se hayan enriquecido sin causa cobrando su crédito<sup>1143</sup>.

Reitera MORALES MORENO la idea de que ver satisfecho el crédito no supone mayor beneficio que ver saldada la deuda, con la diferencia de que es el deudor ejecutado y no el acreedor ejecutante quien ostenta la condición de transmitente.

Finalmente, en tiempos más recientes, considera MONDÉJAR PEÑA, que «parece más oportuno considerar que en modo alguno el ejecutante asume la obligación de asegurar la reparación del perjuicio que puede sobrevenir en caso de evicción, ya que el transmitente no es él sino el ejecutado, debiendo ser éste quien deba responder en tales situaciones. El acreedor sólo será responsable si indujo maliciosamente a la Administración de Justicia a realizar un embargo indebido. Lo más lógico es entender que el ejecutado es el obligado a sanear, puesto que el acreedor no es el enajenante, ya que si bien insta la venta lo hace en virtud de la legitimación que le proporciona el título de ejecución»<sup>1144</sup>.

Llegados a este punto, podemos recapitular nuestro pensamiento concluyendo lo siguiente:

- Que el CC español, si bien no se pronuncia expresamente acerca de cuál deba ser el sujeto responsable del saneamiento, al remitir el régimen de saneamiento propio de la venta voluntaria, parece evidente que tiene por responsable al vendedor, que en la venta judicial no es otro que el titular del derecho objeto que a través de la misma se transmite, esto es, el deudor ejecutado<sup>1145</sup>.

---

<sup>1142</sup> GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 1489 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, M., DÍAZ ALABART, S. (Directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIX, Madrid, 1991, p. 357.

<sup>1143</sup> MORALES MORENO, A. M., «Comentario al artículo 1489 del Código Civil»..., *cit.*, p. 966.

<sup>1144</sup> MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas*..., *cit.*, pp. 523 y 524.

<sup>1145</sup> Cosa distinta es que esta solución, la más ajustada reiteramos, desde un punto de vista técnico y en atención a la mentalidad del codificador español, no sea útil en la práctica, habida cuenta de la penosa situación en la que presumiblemente se encontrará el deudor ejecutado; así lo destaca DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Comentario al artículo 1489 del Código Civil», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Directores), *Código Civil comentado*, Vol. IV, 1ª Edición, Navarra, 2011, p. 216: «El mantenimiento de la obligación de saneamiento en las ventas judiciales parece lógico, a nivel teórico, pero su efectividad práctica es discutible desde el momento en que el vendedor, esto es, el deudor

- Que el argumento de hacer responsable a aquél sujeto que resulte beneficiado de la venta judicial no puede ser acogido, pues son diversos los sujetos que intervienen en el complejo de actos que conforman la venta judicial, de manera que el beneficio no sólo corre a cargo del que recibe materialmente el precio, sino también por parte del propio deudor que verá saldada su deuda, así como incluso del adjudicatario, quien por regla general suele obtener el bien a un precio muy inferior al de mercado.
- Que en ningún caso entendemos que el acreedor ejecutante pueda considerarse como responsable de la obligación de saneamiento, ya que el resultado final al que llegaríamos con este planteamiento sería que volvería a sufrir el desequilibrio patrimonial causado por la lesión de su crédito por parte del deudor ejecutado; con lo que existirá una suerte de renacimiento (total o parcial) del crédito anteriormente satisfecho (total o parcialmente), que hará en última instancia responsable al deudor ejecutado.
- Que ello no obsta para que pueda llegar a considerarse como responsable al acreedor, si resulta probado que ha incidido en la ocultación negligente de alguno de los motivos que hayan dado lugar, ya sea a la evicción o a los vicios o defectos ocultos del bien objeto de venta judicial. Se tratará, no obstante, de una responsabilidad que jugará al margen de la obligación de saneamiento<sup>1146</sup>.

#### **4. SUPUESTOS EN QUE NO TIENE LUGAR EL SANEAMIENTO A PESAR DE LA EXISTENCIA DE UN DERECHO ANTERIOR POR PARTE DE UN TERCERO: LAS ADQUISICIONES *A NON DOMINO* EN LA VENTA JUDICIAL Y SU POSIBLE CONSOLIDACIÓN POR VÍA DE LA PROTECCIÓN DE LA APARIENCIA JURÍDICA PROPORCIONADA POR EL SISTEMA REGISTRAL**

A lo largo de todo el presente capítulo venimos analizando la posible operatividad que la ordinaria garantía por saneamiento tiene en el ámbito de las ventas judiciales, de manera que

---

ejecutado, normalmente, será insolvente, por lo que no podrá proceder a la restitución del precio o a la reducción del precio».

<sup>1146</sup> Afirma el Auto de 15 de enero de 1999, de la Audiencia Provincial de Valladolid que si los bienes se hubieran sacado a subasta pública a instancia del acreedor sin suplir previamente la falta de títulos de propiedad, haciendo en el anuncio de la subasta las advertencias y prevenciones previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el acreedor ejecutante deberá correr con las consecuencias, responsabilidad y efectos legales procedentes que puedan derivarse de su pretensión en las circunstancias aludidas. Resolución judicial recogida por MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., p. 523, nota al pie n. 992.

en el caso señalado de la evicción, partimos de la presuposición de que se produce ciertamente el hecho de la evicción: esto es, pérdida total o parcial del derecho del adjudicatario, como consecuencia del ejercicio por parte de un tercero de un derecho que le compete en virtud de una causa anterior a la venta.

Pues bien, lo que nos planteamos en este punto es el estudio de la existencia de supuestos en los cuales, a pesar de existir un derecho anterior de una tercera persona sobre el bien objeto de subasta, que pudiera dar lugar al hecho de la evicción, ésta no llega a producirse, adquiriendo su derecho el adjudicatario de manera irrevindicable, como consecuencia del apoyo por parte de este último en el sistema de protección registral.

En efecto, el supuesto prototípico en que el comprador sufre la evicción no es otro que aquél en el que adquiere su derecho en virtud de una venta de cosa ajena, donde el vendedor no es el propietario, careciendo, pues, de poder dispositivo respecto del derecho objeto de venta, singularmente en nuestro caso porque transmitió su derecho previamente a una tercera persona (doble venta que da lugar a una venta de cosa ajena), siendo esta última (primer adquirente) quien provoca la evicción reivindicando el derecho que es de su propiedad. Se trata de una transmisión *a non domino*, que en principio carecería de virtualidad transmisiva y que puede ser constitutiva del hecho de la evicción, pero que no obstante puede consolidarse definitivamente como eficaz en base al sistema de protección de la apariencia jurídica en el ámbito inmobiliario, cual es el sistema registral. Un Registro de la Propiedad que publica situaciones jurídico-reales en el ámbito inmobiliario, cuya confianza por parte de los terceros se ve protegida enormemente por parte del Ordenamiento, hasta el punto de llegar a sanar las adquisiciones que adolezcan de una falta de poder de disposición.

En efecto, como bien apunta DÍEZ-PICAZO, la protección de la apariencia jurídica reviste en materia de relaciones jurídico-reales una gran importancia, pues dada la vocación *erga omnes* característica de todo derecho real, a diferencia de las relaciones obligatorias que quedan limitadas a la esfera de las partes, las relaciones jurídico-reales deben ser tenidas en cuenta por todos los terceros a quienes este tráfico ocupa. Para todos estos terceros, adquirir un cierto conocimiento de las verdaderas titularidades resulta tarea prácticamente imposible, lo que hace paralelamente que el tráfico sea muy inseguro (sería necesaria una rigurosa carga de averiguación de la titularidad que ostentase aquél con quien se contrata). Con el objeto de salvar estas insuficiencias y en aras de la facilitación del tráfico jurídico-real, en ocasiones se hace necesario derogar la máxima según la cual *nemo plus iura in alium transferre potest quam ipse habet* y proteger de la forma más razonable posible la confianza en la apariencia jurídica. Ello es lo que hace que las adquisiciones *a non domino* puedan llegar a prevalecer respecto a las adquisiciones *a domino* del mismo derecho real, pues quien confía en una

situación aparente creada o permitida por otro, debe resultar protegido por el Ordenamiento<sup>1147</sup>.

Apariencia jurídica que en el campo de los derechos reales se encuentra íntimamente ligada a los medios de publicidad, hasta el punto de que siguiendo al mismo Díez-PICAZO puede afirmarse que «todo medio de publicidad crea una apariencia, o viceversa, toda apariencia es ella en sí misma una forma de publicidad»<sup>1148</sup>. ¿Cuáles son las grandes formas de publicidad y de apariencia en materia de derechos reales? En primer lugar, la situación de apariencia de titularidad real que trae causa de la creación de un signo exterior de reconocibilidad en que consiste la posesión, que asume una importancia absoluta en materia mobiliaria con el principio general de que la posesión equivale a título (*ex art. 464 del CC español -en su interpretación germanista- y art. 1153 del CC italiano*); y en segundo lugar, la situación creada por la inscripción (en España) o transcripción (en Italia) en los registros públicos, señaladamente el Registro de la Propiedad<sup>1149</sup>, con los principios protectores anudados a tal inscripción o transcripción, respectivamente (inoponibilidad de inscribible no inscrito, con carácter exclusivo en Italia, y en conjunción con el principio de fe pública registral en el caso de España, cuyo sistema híbrido latino-germánico trae consigo una eficacia no sólo negativa sino verdaderamente positiva de la publicidad registral que se deriva de la inscripción).

Dicho lo cual, y retomando la temática que nos ocupa, lo que nos cuestionamos precisamente en este apartado es la operatividad de este sistema de protección registral en lo que respecta a las adquisiciones *a non domino* en el ámbito de las ventas judiciales. Esto es, dicho en términos más concretos, ¿puede el adjudicatario apoyarse en el sistema de protección registral adquiriendo su derecho de manera inatacable, con independencia de que el deudor ejecutado no sea el verdadero propietario del derecho objeto de subasta judicial? La respuesta a esta cuestión nos obliga a adentrarnos, aunque sea someramente, en los sistemas registrales español e italiano, de características diversas y con alcance protector respecto a los terceros ciertamente dispar; con especial atención al tratamiento que en uno y otro caso se da a las adquisiciones *a non domino*. Cuestión que encierra enorme complejidad en ambos Ordenamientos, particularmente por lo que respecta a la armonización de estos mecanismos de protección registral con los sistemas traslativos imperantes en materia de derechos reales.

Nótese por otra parte, que nos referimos en todo momento a supuestos de venta judicial de cosa ajena en los que la ajenidad tiene su origen en una causa anterior (señaladamente una doble venta) a la traba del embargo, ya que una vez trabado y anotado registralmente, tanto en el caso de España, en que ya no podrá alegarse la buena fe necesaria

---

<sup>1147</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, pp. 335 y 336.

<sup>1148</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, p. 336.

<sup>1149</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, p. 336.



para ser protegido por la fe pública registral (*ex art. 34 de la LH española como ahora tendremos ocasión de ver*); cuanto en el caso de Italia, en que una vez trabado judicialmente el embargo no resultarán oponibles al acreedor embargante y restantes acreedores intervinientes los actos de disposición y enajenación llevados respecto al bien objeto de ejecución, *ex art. 2913 del CC italiano*<sup>1150</sup>.

#### **4.1. EL SISTEMA ITALIANO DE PROTECCIÓN REGISTRAL PROPIO DE ITALIA Y SU POSIBLE APLICACIÓN A LAS ADQUISICIONES QUE TIENEN LUGAR MEDIANTE LA VENTA JUDICIAL**

##### **4.1.1. Las características del sistema registral italiano: el principio de inoponibilidad de lo transcribible no transcrito y su controvertido engarce con el sistema de transmisión consensualista (la insistencia en la negación de la existencia de adquisiciones *a non domino* como equívoca consecuencia del carácter derivativo de la transmisión)**

Lo primero que debemos apuntar es que al sistema registral italiano suele calificársele por parte de la doctrina española como sistema latino de eficacia meramente negativa o preclusiva, que siguiendo la estela del Ordenamiento francés, sólo asegura que quien en él consta como titular no ha transmitido a nadie su derecho, pero no que efectivamente lo sea<sup>1151</sup>. Como bien indica GORDILLO CAÑAS en este punto, «se trata de una publicidad (...) ceñida a hacer inoponible al primero que inscribe cualquier acto de su *causam dans* no publicado, que no le garantiza la titularidad del mismo»<sup>1152</sup>. La consecuencia inmediata que se deriva de este sistema de protección «mínima» es que la nulidad, rescisión o resolución del acto publicado puede perjudicar a tercero aunque la sentencia que la pronuncie no haya sido si quiera anotada<sup>1153</sup>. En otros términos y como bien indica a este respecto VALPUESTA FERNÁNDEZ, «el Registro tiende sólo a resolver el problema de confrontación de títulos de adquisición en la doble venta, o en sucesiva constitución de derechos reales sobre un bien

---

<sup>1150</sup> Dispone, en efecto, el art. 2913 del CC italiano lo siguiente: «Non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione gli atti di alienazione dei beni sottoposti a pignoramento, salvi gli effetti del possesso di buona fede per i mobili non iscritti in pubblici registri».

<sup>1151</sup> DE PABLO CONTRERAS, P., «Las adquisiciones *a non domino*», en DE PABLO CONTRERAS, P. (Coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales*, Madrid, 2004, p. 363.

<sup>1152</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica», en *Anuario de Derecho Civil*, Nº 2, 1994, p. 48.

<sup>1153</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica»..., *cit.*, p. 50. A este mismo respecto afirma DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2ª Edición, Barcelona, 1956, p. 31 y 32, que «(...) la transcripción carece de fuerza probatoria: si hace oponible el título a terceros, no borra los vicios y las causas de resolución que puedan afectar al título del vendedor».

inmueble por la misma persona; por lo que cualquier otra causa de ineficacia del acto no está amparada por la publicidad registral»<sup>1154</sup>. En suma, como subraya LACRUZ BERDEJO, el Registro en el sistema latino «no está dirigido a hacer valer como exactos sus asientos, sino a hacer que no existan, frente a las transcritas, las enajenaciones que no aparecen en él»<sup>1155</sup>.

Sistema registral latino que es de transcripción y no de inscripción (existen no obstante, supuestos excepcionales de inscripción, tales como el de la hipoteca, *ex art.* 2808 del CC italiano), esto es, de copia literal de los documentos que se aportan para inscribir<sup>1156</sup>, sin que exista un control de legalidad o calificación registral de los actos que acceden al mismo; de folio personal, o lo que es lo mismo, cuyos libros registrales se ordenan en torno a la persona de los titulares de los derechos reales y no respecto de las fincas, de manera que no existe un historial completo y accesible de cada una de las fincas a las que van referida las situaciones jurídico-reales que se publican mediante el Registro<sup>1157</sup>.

---

<sup>1154</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., «El Derecho inmobiliario registral», en CLEMENTE MEORO, M. (Coord.) y AA.VV., *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, 2ª Edición, Valencia, 2001, p. 545.

<sup>1155</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, III bis..., *cit.*, p. 17. Así lo destaca en el seno de la doctrina italiana señaladamente GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. I..., *cit.*, p. 798: «Le risultanze dei registri immobiliari non possono, invece, essere invocate quale prova dell'appartenenza di un bene a chi ne risulta intestatario, potendo comunque esserne contestata la proprietà; né fanno presumere la validità dell'atto trascritto, che può comunque essere contestata».

<sup>1156</sup> Afirma a este respecto DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*..., *cit.*, p. 29, que la transcripción consiste «en la copia literal y completa del documento (...) sin abreviación ni omisión alguna, en los libros del Registro (...)». En lo que a la diferencia entre transcripción e inscripción se refiere, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., «El Derecho inmobiliario registral»..., *cit.*, pp. 544 y 545: «Se diferencia la transcripción de la inscripción en el hecho de que la primera consiste en el exacto reflejo del contenido del acto en los libros del Registro, mientras que la segunda supone una selección de ese contenido que, por su eficacia real, debe ser susceptible de publicación. Por la primera puede ser que accedan a los libros del Registro pactos y circunstancias que, por su contenido, carecen de interés para el tercero, en cuanto que no le pueden vincular, en perjuicio del rigor y de la claridad que debe presidir la publicidad inmobiliaria. A esta idea responde, asimismo, el actual asiento de publicación, que consiste, sin más, en la incorporación al Registro de la copia del documento en el que se contiene el acto en su integridad». En este mismo sentido se pronuncian LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, III bis..., *cit.*, p. 5: «En aquéllos (refiriéndose a los sistemas de transcripción) el documento presentado se archiva o se copia íntegramente en los libros registrales. En éstos (haciendo alusión a los sistemas de inscripción) se consigna en extracto lo que tiene en él trascendencia jurídica real».

<sup>1157</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., «El Derecho inmobiliario registral»..., *cit.*, p. 545, da clara cuenta de la diferencia entre los sistemas registrales de folio personal y aquéllos de folio real: «El Registro se ordena mediante el sistema de folio personal (refiriéndose al sistema registral latino, francés e italiano), que se abre a cada uno de los titulares de derechos reales, a diferencia del folio real, referido a cada una de las fincas en cuestión, en el que se refleja de forma sucesiva las diferentes transmisiones y derechos reales constituidos sobre cada finca. La solución francesa dificulta sobremanera el conocimiento completo de la situación jurídica de una finca, pues obliga a una labor de indagación de las distintas personas que puedan tener derechos sobre la misma». Igualmente, LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, III bis..., *cit.*, p. 5: «El sistema de folio real supone la ordenación, sea de títulos o de los derechos reales, por las fincas sobre las que recaen. El Registro se lleva, pues, por fincas: a cada una de ellas se le abre lo que podríamos decir una cuenta, en la que se asientan todas las vicisitudes jurídicas que va sufriendo. El sistema de folio personal

Estas son las características que con carácter general, como decimos, suelen predicarse del sistema registral latino y señaladamente del italiano por parte de los autores españoles<sup>1158</sup>, pero como toda formulación general, suele pecar de ser imprecisa<sup>1159</sup>, existiendo importantísimos matices que sobre todo por vía de la interpretación doctrinal, han de subrayarse y estudiarse con cierto detenimiento a los efectos de la determinación de su posible encaje en el seno de las adquisiciones de derechos reales que tienen lugar a través de las ventas judiciales.

En este sentido, debemos partir de la formulación legal de la proclamada eficacia negativa de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito, recogida en materia inmobiliaria fundamentalmente en el artículo 2644 del CC italiano. Ya puede apreciarse con lo apenas expuesto una primera diferencia sustancial entre el sistema de protección registral italiano y español: mientras que en el primero la materia registral (*della trascrizione*) se contempla en el texto del propio Código Civil, en el caso de España, de todos es sabido que el sistema registral se regula en una Ley especial, la Hipotecaria, cuya vigente redacción obedece a la reforma operada por la Ley de 1944-1946.

supone que los libros no se llevan por fincas, sino por el orden de recepción de los documentos (con índices), o por las personas de los propietarios».

<sup>1158</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, III bis..., cit., p. 15, califican al sistema francés (y con ello a los que siguen su estela, tales como el italiano) del siguiente modo: «(...) Podemos clasificar al francés como un sistema de transcripción (...), de folio personal, y de eficacia negativa del asiento, es decir, de inoponibilidad del documento no registrado frente al que tuvo acceso al Registro».

<sup>1159</sup> A modo de importante ejemplo, puede destacarse que en Italia conviven dos sistemas registrales: el tradicional y mayoritario de la transcripción, contenido en el CC italiano, que rige en la mayor parte de Italia; y el sistema de inscripción (propriadamente austriaco) imperante en las denominadas «nuevas» provincias de Trento, Bolzano, Trieste, Gorizia, así como algunos municipios de la provincia de Udine y de Belluno. Se trata de regiones pertenecientes al Imperio Austro-Húngaro con anterioridad la Primera Guerra Mundial, que transcurrida la misma se anexionaron al Estado italiano, estableciendo el legislador italiano a estos efectos mediante el Real Decreto de 28 de marzo de 1929, n. 499, una expresa remisión a la vigencia del sistema registral que venía imperando hasta la fecha en tales localidades (reiteramos, el sistema registral austriaco); particular sistema registral austriaco que no se rige por el CC italiano, sino por el referido Real Decreto de 28 de marzo de 1929, n. 499. Cfr. a este respecto FEDEL, S., «La pubblicità immobiliare italiana fra trascrizione e regime tavolare», en *Immobili e Proprietà*, N° 1, 2013, pp. 47 y ss.: «In Italia coesistono (...) due sistemi di pubblicità immobiliare, quello della trascrizione, di cui si è detto, e quello tavolare, chiamato anche del Libro fondiario, in vigore nelle “nuove” province di Trento, Bolzano, Trieste, Gorizia nonché in alcuni comuni della provincia di Udine, nel comune vicentino di Pedemonte, nei comuni bresciani di Magasa e Valvestino nonché in alcuni comuni della Provincia di Belluno (es. Cortina d’Ampezzo). Il sistema discende nei suoi principi fondanti dalle consuetudini germaniche che regolavano il sistema delle “Landtafeln”, creato nel XIII secolo. Tale sistema si informava al principio secondo il quale nessun diritto riguardante beni immobili potesse avere riconoscimento giuridico nell’ordinamento se non previa iscrizione nelle tavole, il che obbligava da un lato, alla corretta tenuta delle iscrizioni, ma dall’altro, consentiva una più efficace azione fiscale. Con la Patente sovrana del 22 aprile 1794 fu introdotto l’“Hauptbuch”, il c.d. libro maestro, che spostava il perno delle registrazioni dal contribuente al diritto reale connesso all’immobile; il sistema veniva pertanto improntato su una base squisitamente reale. All’esito della prima guerra mondiale, ed all’annessione di parte dei territori tirolesi allo Stato italiano, il Legislatore, promulgando il R.D. 28 marzo 1929, n. 499, non mutò l’impianto del sistema austriaco, ma anzi esplicitamente lo richiamò».

Afirma el art. 2644 del CC italiano que «los actos enunciados en el artículo precedente (en el que se hace referencia a todos los actos jurídicos que deben acceder al Registro por medio de la transcripción) no producen efecto alguno respecto a los terceros que mediante cualquier título hayan adquirido derechos sobre inmuebles en base a un acto transcrito o inscrito con anterioridad a la transcripción de los primeros.

Efectuada la transcripción, no surtirán efecto frente a aquél que ha transcrito aquellas transcripciones o inscripciones posteriores de derechos adquiridos respecto al mismo autor (se refiere a derechos incompatibles), con independencia de que sean realmente (a efectos extrarregistrales) de fecha anterior»<sup>1160</sup>.

La generalidad de la doctrina italiana suele coincidir en destacar que el art. 2644 del CC italiano sanciona la eficacia típica de la transcripción a través de dos fórmulas, una de carácter negativo contenida en el primer párrafo del referido precepto, y otra de carácter positivo recogida en el segundo párrafo del artículo en cuestión. Ciertamente, el párrafo primero del art. 2644 del CC italiano establece que quien lleve a cabo un acto jurídico sujeto a transcripción, deberá llevarla a cabo tempestivamente si desea que su adquisición pueda resultar oponible a quien haya adquirido, en su caso, el mismo derecho y lo transcriba igualmente. El segundo párrafo, por su parte, subraya la dimensión positiva que se deriva de la transcripción, que consiste en la inoponibilidad, a aquél que transcriba su derecho, de toda adquisición del mismo transmitente que se transcriba con posterioridad, con independencia de que al margen del Registro la transmisión haya tenido lugar con carácter precedente<sup>1161</sup>.

En línea de máxima puede recapitularse lo dispuesto por el art. 2644 del CC italiano, siguiendo a GAZZONI, afirmando que los dos párrafos del referido precepto sancionan la

---

<sup>1160</sup> Traducción llevada a cabo por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 2643 del CC italiano es el siguiente: «Gli atti enunciati nell'articolo precedente non hanno effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi.

Seguita la trascrizione, non può avere effetto contro colui che ha trascritto alcuna trascrizione o iscrizione di diritti acquistati verso il suo autore, quantunque l'acquisto risalga a data anteriore».

<sup>1161</sup> Así lo expresa MARICONDA, G., «La trascrizione», en RESCIGNO, P. (Dir.), *Trattato di Diritto Privato*, Torino, 1985, p. 74: «L'art. 2644 CC sancisce l'efficacia tipica della trascrizione attraverso due formulazioni, l'una di carattere negativo contenuta nel 1° comma e l'altra di carattere positivo contenuta nel 2° comma. Stabilisce il primo che, chi ha posto in essere un atto soggetto a trascrizione, deve effettuarla tempestivamente se vuole che il proprio acquisto possa essere opposto a chi a sua volta abbia acquistato e trascritto. Prevede cioè una rilevante deroga al principio *prior in tempore potior in iure*. Il 2° comma sottolinea l'effetto positivo che segue la trascrizione e che consiste nella inopponibilità, a colui che ha trascritto, di ogni acquisto, dallo stesso comune autore, che sia stato successivamente trascritto; il che comporta che non ha effetto nei suoi confronti l'acquisto effettuato anche precedentemente al proprio ma trascritto successivamente». En este mismo sentido, puede verse igualmente a GAZZONI, F., «La trascrizione immobiliare», en SCHLESINGER, P., (Dir.) *Il Codice Civile Commentario*, Milano, 1991, p. 459: «Si osserva infatti comunemente che il 1° comma illustra l'efficacia negativa della trascrizione ed il 2° comma quella positiva. Pertanto gli atti di cui agli artt. 2643 e 2645, da un lato, non hanno effetto nei confronti dei terzi che hanno acquistato diritti in base ad un atto trascritto o iscritto precedentemente alla trascrizione degli atti medesimi e, dall'altro, una volta trascritti prevalgono sui diritti acquistati verso il comune autore con atti (non trascritti o) trascritti posteriormente, pur se l'acquisto risale a data anteriore».

regla conforme a la cual, en caso de pluralidad de transmisiones por parte de un mismo sujeto de derechos reales incompatibles entre sí y relativos a un mismo y único bien inmueble, prevalecerá aquella adquisición que se transcriba en primer lugar en el Registro, con especificación por parte del segundo párrafo del art. 2644 de que tal regla prevalece en este ámbito respecto a la tradicional de *prior in tempore potior in iure*<sup>1162</sup>.

En definitiva, aquél que transcribe su derecho en primer lugar será el que se verá protegido frente a cualesquiera otros adquirentes del mismo derecho que no hayan aún transcrito su respectivo derecho. En el caso en que el primero que transcriba sea el primer adquirente, ello resulta plenamente coherente con el sistema de transmisión consensualista *ex art. 1376 del CC italiano*: el sujeto protegido por el sistema registral es el mismo que ostenta la condición de adquirente de acuerdo al principio sustantivo de transmisión por virtud del consentimiento. Pero el supuesto que a nosotros realmente interesa, como venimos advirtiendo, es aquél en el que quien transcribe y por tanto se ve finalmente protegido y mantenido en su derecho es el segundo o ulterior adquirente del mismo derecho transmitido por idéntico transmitente. En este caso, es evidente que existe una clara discrepancia entre los naturales efectos que se derivarían del sistema traslativo consensualista y la solución que trae causa del sistema de protección registral: de seguir el sistema traslativo ordinario, el sujeto que debería ser considerado como titular definitivo del derecho objeto de transmisión no es otro que el primer *accipiens*, el único que adquiere verdaderamente *a domino*.<sup>1163</sup> ¿Cómo se explica, pues, la solución a la que se llega en aplicación del principio de inoponibilidad plasmado en el art. 2644 del CC italiano? Y, ¿cómo casa con el sistema de transmisión consensualista? Son diversas las teorías acuñadas por parte de la doctrina italiana a estos efectos, las cuales tratan igualmente de resolver dos controvertidos extremos adicionales: a saber, la cuestión de si la adquisición del derecho es *a domino* o *a non domino*; así como el carácter originario o derivativo de la transmisión que tiene lugar en virtud del sistema de protección registral. Analicemos con cierto detenimiento las referidas

---

<sup>1162</sup> GAZZONI, F., «La trascrizione immobiliare»..., *cit.*, p. 459: «In buona sostanza, dunque, entrambi i commi sanciscono la regola secondo la quale in caso di pluralità di acquisti da uno stesso autore di diritti incompatibili tra loro e relativi ad uno stesso bene immobile prevale chi ha trascritto per primo, con la specificazione, di cui al 2° comma, che tale regola prevale su quella *prior in tempore potior in iure*».

<sup>1163</sup> Dan buena cuenta de estos extremos MARICONDA, G., «La trascrizione»..., *cit.*, p. 74: «Se nel caso di alienazione, da parte di un medesimo soggetto a favore di due acquirenti, di diritti tra loro incompatibili, chi per primo ha acquistato, per primo trascrivere, è evidente come non vi sia deroga ad alcun principio sostanziale e la trascrizione ha l'effetto di rendere stabile e definitivo un acquisto che non potrà essere posto nel nulla per effetto del successivo atto di trasferimento. Ma se a trascrivere per primo è il secondo acquirente, qui non vi ha dubbio che siamo di fronte ad uno stravolgimento di alcuni principi fondamentali operato dal meccanismo della pubblicità»; y también GAZZONI, F., «La trascrizione immobiliare»..., *cit.*, pp. 460 y 461: «Non può infatti negarsi che la condizione di chi trascrive per primo potendosi avvalere del principio *prior tempore potior in iure* è diversa rispetto a quella di chi, acquistando per secondo, tale principio non può invocare e basa il proprio acquisto sulla priorità della trascrizione. Nel primo caso, infatti, la trascrizione si aggiunge ad un acquisto già operato sul piano sostanziale *ex art. 1375*; nel secondo caso, invece, essa si attegge quale condicio sine qua non dell'effetto acquisitivo, essendo il titolo di acquisto, sul piano sostanziale, inidoneo a determinare di per sé la prevalenza rispetto a quello di data più remota, prima che venga curata la trascrizione».

teorías doctrinales, así como las objeciones que a cada de una ellas suelen plantearse por parte de los autores.

La **primera de las teorías**, sostenida señaladamente por GENTILE<sup>1164</sup> y en cierta medida por CARNELUTTI<sup>1165</sup>, aboga por negar propiamente el sistema puramente consensualista, ya que considera que en materia de derechos reales inmobiliarios rige una suerte de sistema de título y modo, donde el título sería el contrato (con eficacia meramente obligacional) y el modo la transcripción del derecho en el Registro (que es lo que otorga eficacia real). Desde esta perspectiva, la transcripción tendría carácter constitutivo de la adquisición del derecho real, no debiendo plantearse si con ella tiene lugar la protección de una adquisición *a domino* o *a non domino*: la transcripción no es más que el elemento constitutivo de la mutación jurídico-real en el ámbito inmobiliario.

Se trata, sin duda alguna, de una de las teorías más extremas, que no cuenta apenas con adeptos en el seno del panorama doctrinal italiano, entre otros motivos porque se opone frontalmente a la letra del art. 1376 del CC italiano, en el que con carácter expreso se establece que el consentimiento de las partes constituye elemento suficiente para la transmisión de un derecho real. Por otra parte, de acoger la postura en cuestión, se vaciaría de sentido el art. 2644, cuyo propósito no es otro que dirimir un conflicto entre dos o más titulares de derechos reales, no de derechos de crédito<sup>1166</sup>.

Las restantes teorías erigidas en torno a la explicación de la adquisición que tiene lugar en virtud del art. 2644 del CC italiano se mueven en los confines de la admisibilidad del principio de transmisión consensualista, esto es, no lo niegan, sino que tratan de matizarlo.

En efecto, la **segunda de las tesis que pueden encontrarse en el seno de la doctrina italiana** es aquella que habla de dos tipos de propiedad o derecho real: el que nace con el contrato, de acuerdo con el sistema traslativo consensualista de contenido en el art. 1376 del

---

<sup>1164</sup> GENTILE, S. F., *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1961, pp. 65 y ss.; y pp. 663 y ss. Postura expuesta de manera muy precisa por GAZZONI, F., «La trascrizione immobiliare»..., *cit.*, p. 461: «Chi è di questo secondo avviso riproponendo l'antica distinzione tra *titulus* (contratto) e *modus acquirendi* (trascrizione) è in grado di spiegare agevolmente il fatto che colui che trascrive per primo pur avendo acquistato per secondo prevalga rispetto a chi non ha diligentemente curato la trascrizione del proprio prioritario acquisto. Costui, infatti, non pe mai stato titolare di un diritto reale ma solo di un diritto di credito, con la conseguenza che non è nemmeno astrattamente ipotizzabile un conflitto tra più acquirenti dallo stesso autore».

<sup>1165</sup> CARNELUTTI, F., *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, p. 86; cuyo pensamiento es plasmado con gran claridad por MARICONDA, G., «La trascrizione»..., *cit.*, p. 75: «(...) Sotto il vigore del vecchio codice è stato sostenuto che prima della trascrizione il diritto reale non si è trasferito al compratore. Senza la pubblicità il contratto è sì formato ma esso ha solo efficacia obbligatoria tra le parti e non sposta la situazione rispetto ai terzi. Soltanto con la trascrizione può essere riconosciuta efficacia reale al contratto di scambio immobiliare».

<sup>1166</sup> Se opone a la teoría expuesta, acudiendo a este misma objeción apuntada, GAZZONI, F., «La trascrizione immobiliare»..., *cit.*, p. 461: «Senonché questa impostazione teorica è smentita nettamente non solo dalla inequivoca dizione dell'art. 1376, ma anche da quella di cui alla norma in commento (refiriéndose al art. 2643 del CC italiano) là dove chiaramente il legislatore ha dettato una regola volta a dirimere le controversie tra più aventi causa, regola che, se si nega il principio del consenso traslativo, non avrebbe senso alcuno in quanto la vicenda si svolgerebbe a livello non già di acquisti di diritti reali, ma di nascita di diritti di credito».

CC italiano, de eficacia meramente *inter partes*; y el que nace con la transcripción, que conforme al art. 2644 del CC italiano adquiere eficacia *erga omnes*. No se niega, pues, que el mero acuerdo entre las partes sea bastante para que pueda producirse la mutación jurídico-real, pero se tratará de un derecho real con una eficacia relativa, exclusivamente entre las partes que dan lugar a su nacimiento. Será la transcripción la que otorgue eficacia plena y frente a todo tercero al derecho real en cuestión. Título y transcripción, constituyen así, desde esta perspectiva, los elementos necesarios para el nacimiento del derecho real en su sentido más pleno y genuino<sup>1167</sup>.

Esta postura, que cuenta con autorizadas voces doctrinales, señaladamente MIRABELLI<sup>1168</sup> y BARASSI<sup>1169</sup>, resulta no obstante difícilmente sostenible. Y es que se antoja ciertamente inconcebible afirmar que se transmite un derecho real, de eficacia *erga omnes* por naturaleza y definición, que sólo goce de efectos respecto a algunos (los que intervienen como partes en el contrato traslativo) y no respecto a otros (los restantes terceros). No es de recibo que los mismos efectos se produzcan o no en función de los sujetos de que se trate. Tampoco es cierto, por otra parte, que la primera adquisición no transcrita no surta efectos frente a terceros: dejará de surtir efectos en la medida en que exista una segunda transmisión que sí acceda al Registro mediante su oportuna transcripción. Finalmente, no se explica cómo un título *a priori* inidóneo para transmitir un derecho, al tratarse de una adquisición *a non domino*, pueda servir de apoyo a la transcripción en aras de la determinación de la prevalencia del segundo adquirente<sup>1170</sup>.

---

<sup>1167</sup> GAZZONI, F., «La trascrizione immobiliare»..., *cit.*, pp. 462 y 463 da buena cuenta de esta postura en los términos siguientes: «Una prima impostazione, per così dire relativistica, afferma che il titolo contrattuale è bensì in grado di trasferire il diritto reale, ma solo *inter partes*, cosicché la trascrizione avrebbe la funzione di “irradiare su tutti i terzi” la realtà del diritto trasmesso e costituito. Pertanto “titolo e trascrizione costituiscono la fonte creatrice del diritto reale” nella sua completezza e, più precisamente, il titolo per quanto attiene ai rapporti tra le parti e loro aventi causa e la trascrizione “per l’opponibilità ai terzi del già avvenuto trasferimento ecc. del diritto reale. In questo senso completa la formazione di un trasferimento o di una costituzione relativa a un perfetto diritto reale, coordinandosi in un blocco inscindibile col titolo».

<sup>1168</sup> MIRABELLI, G., *Del diritto dei terzi secondo il Codice Civile italiano*, Torino, 1889, p. 130: «La proprietà passa, sì, col semplice consenso ma solo fra le parti e i loro eredi, perché passi anche di fronte a i terzi è necessario che il contratto venga pubblicato».

<sup>1169</sup> BARASSI, L., *Diritti reali e possesso*, Tomo I, Milano, 1952, p. 448.

<sup>1170</sup> Se hace eco de estas críticas GAZZONI, F., «La trascrizione immobiliare»..., *cit.*, pp. 463 y 464: «È peraltro difficile accettare l’idea di un contratto che produce effetti per taluni (parti dell’atto e loro aventi causa) e non per altri (terzi controinteressati). Come è stato giustamente osservato non è concepibile che i medesimi effetti ad un tempo si producano e non si producano a seconda dei soggetti rispetto ai quali vengono in considerazione. Inoltre, non è vero che il primo acquisto non trascritto sia sempre inefficace verso i terzi: lo pe solo in seguito alla trascrizione di un successivo atto di alienazione, prevalendo invece nei confronti di qualsivoglia atto incompatibile non trascritto, sulla base del principio *prior in tempore potior in iure*. (...) In tal modo si dà vita ad una notevole confusione perché si configura la trascrizione quale autonomo modo di acquisto della proprietà, contro ogni evidenza ovvero, in alternativa, non si spiega come un titolo inidoneo come quello a non domino possa far da “appoggio” alla trascrizione, determinando la prevalenza del secondo acquirente».

Existe igualmente una **tercera teoría** acerca de la explicación de la transmisión que finalmente tiene lugar en aplicación del art. 2644 del CC italiano, que parte de la existencia de una legitimación de disponer autónoma que sobrevive en manos del común autor del acto de disposición: una legitimación residual hasta que alguno de los adquirentes transcribe su derecho en el Registro de la Propiedad. Se trata de una tesis que afirma la existencia de una suerte de propiedad relativa anterior a la transcripción, que permite concebir múltiples derechos reales respecto al mismo objeto y en relación a la misma persona. Por lo cual, en el caso de existencia de doble o múltiple transmisión del mismo derecho, todas y cada una de ellas serían *a domino*. Los segundos y ulteriores adquirentes del mismo derecho adquirirían un verdadero real, con título plenamente eficaz. La transcripción tendría así carácter constitutivo, resolviendo un conflicto entre varias adquisiciones *a domino* de derechos reales con el mismo contenido<sup>1171</sup>.

La relatada tesis, sostenida fundamentalmente por FUNAJOLI<sup>1172</sup>, al igual que las anteriores teorías, tampoco está exenta de insalvables críticas. Ante todo, lo verdaderamente inaceptable de esta tesis es la premisa básica de la que parte, la cual concibe el poder o la facultad de disposición desligada del propio derecho real objeto de transmisión; razonamiento superado y actualmente insostenible (tuvimos ocasión de demostrarlo en sede del capítulo concerniente a la naturaleza jurídica de la venta judicial, a la hora de rebatir la tesis de «expropiación del poder de disposición de *Chiovenda*»)<sup>1173</sup>. Asimismo, como bien

---

<sup>1171</sup> GAZZONI, F., «La trascrizione immobiliare»..., *cit.*, pp. 465-467, expone con detalle esta tercera postura doctrinal: «Si parla bensì, da parte di taluni, di proprietà relativa ma non già nel senso che il titolo no trasferirebbe *erga omnes* il diritto reale quanto piuttosto nel senso che sarebbe possibile ipotizzare già prima della trascrizione, nel caso di più acquisti successivi, tanti diritti reali concorrenti di più persone su un oggetto, quasi tante aspettative tutelate, fra cui la trascrizione non costituirà che il criterio di scelta o di prevalenza. (...) Conseguo da ciò che gli acquirenti successivi al primo non sono a non domino ed il loro titolo non è dunque inefficace, almeno *inter partes*, cosicché essi acquistano un vero e proprio diritto reale e non di credito e potrebbero, ad esempio, agire in rivendica contro i terzi che possiedono senza titolo. Viceversa nei rapporti interni i vari acquirenti sono tra di loro in una condizione di parità giuridica, essendo solo ipotizzabile un conflitto di efficacia che è risolto in ogni caso in base al principio di priorità temporale: dell'acquisto, se nessuno trascrive, ovvero, in caso contrario, della trascrizione. (...) Deve inoltre affermarsi che la trascrizione ha sempre efficacia costitutiva, risolvendo un conflitto tra più acquirenti a domino (...). Al fine di motivare questa ricostruzione del fenomeno è peraltro necessario ipotizzare una legittimazione a disporre che sopravviverebbe in capo al comune autore all'atto di disposizione: una "legittimazione residua, finché nessuno trascrive"». De la misma forma, también puede verse a MARICONDA, G., «La trascrizione»..., *cit.*, pp. 74 y 75: «Secondo un'altra opinione, invece, colui che ha disposto di un diritto reale immobiliare con un atto non ancora trascritto conserva un ulteriore potere di disposizione nei confronti dei terzi; solo la trascrizione, mentre da una parte consolida definitivamente l'acquisto effettuato elimina dall'altra quel residuo potere di disposizione che rimaneva nella sfera giuridica dell'alienante».

<sup>1172</sup> FUNAJOLI, C. A., «La cosiddetta proprietà relativa», en *Studi in onore di Cicu*, Vol. I, Milano, 1951, p. 386 y ss.

<sup>1173</sup> GAZZONI, F., «La trascrizione immobiliare»..., *cit.*, pp. 467 y 469: «Senonché è proprio questo il punto inaccettabile della tesi, perché in tal modo si presuppone che il potere (o facoltà) di disposizione sia slegato dal diritto oggetto di alienazione, ciò che non pe possibile. (...) Ciò che appare inammissibile in senso assoluto è ipotizzare una scissione tra titolarità e legittimazione: questa non può circolare indipendentemente da quella, né è ipotizzabile un atto astratto che costituirebbe la base per l'investitura sul piano formale mediante trascrizione a fianco ad un atto causale che attribuirebbe la titolarità».



apunta GAZZONI, sólo en materia de derechos de crédito resulta posible admitir la coexistencia de múltiples negocios con los cuales se asuma la misma obligación y se transmita el mismo derecho personal respecto al mismo objeto, porque en tal caso la facultad de disposición no se consuma<sup>1174</sup>.

Llegamos así a la **tesis que de mayor predicamento goza por parte de la doctrina italiana**, que estima que la transcripción de la segunda adquisición constituye una suerte de condición resolutoria *ex lege* y operante con carácter retroactivo de la primera adquisición no transcrita. De acuerdo con este planteamiento, el segundo adquirente o ulterior adquirente que transcribe, adquiere su derecho inicialmente *a non domino*, pero una vez resuelta la primera adquisición, la posterior deviene una adquisición verdaderamente *a domino*. De ahí que se indique que la resolución es con efectos *ex tunc*, pues acaecida la transcripción de la segunda o ulterior adquisición, las anteriores es como si no hubieran tenido lugar.

Esta tesis es la acogida fundamentalmente y entre otros, por CARNELUTTI (quien parece modular su extrema posición inicial sobre el particular)<sup>1175</sup>, MENGONI<sup>1176</sup>, GAZZONI<sup>1177</sup> y TOMASSETTI<sup>1178</sup>. Todos lo cuales hablan de condición resolutoria *ex lege* de las iniciales transmisiones no transcritas, esto es, ablación de los efectos jurídicos anudadas a las mismas, que pasan a tenerse como inexistentes, cuando lejos de ser así, los diferentes adquirentes que se ven despojados de su derecho adquirido, siguen ostentando una relación crediticia respecto al transmitente múltiple: todos y cada uno de ellos podrán dirigirse frente a aquél que les transmitió exigiendo la correspondiente responsabilidad contractual.

Hay quienes tratan de mitigar la crítica anterior indicando que se trataría de una resolución no del acto de transmisión en sí mismo considerado, sino meramente de los efectos reales que este último trae consigo, dejando inalterada la validez del acto transmissivo a efectos puramente obligacionales<sup>1179</sup>. A nuestro juicio, esta última apreciación no deja ser más que una forzada artimaña que pone de manifiesto lo artificioso de la postura en cuestión.

---

<sup>1174</sup> GAZZONI, F., «La trascrizione immobiliare»..., *cit.*, pp. 469 y 470: «La verità è che, da qualunque prospettiva si intenda prendere le mosse, resta il fatto che solo in materia di diritti di credito e (...) di diritti personali di godimento è possibile ipotizzare la coesistenza di più negozi con i quali si assume la stessa obbligazione o si trasferisce lo stesso diritto personale di godimento sullo stesso bene (art. 1380), perché in tal caso la facoltà di disposizione non si consuma».

<sup>1175</sup> CARNELUTTI, «Occhio ai concetti!», en *Rivista di Diritto Commerciale*, N° 1, 1950, pp. 451 y 452.

<sup>1176</sup> MENGONI, *L'acquisto a non domino*, 3ª Edición, Milano, 1975, pp. 8-11.

<sup>1177</sup> GAZZONI, F., «La trascrizione immobiliare»..., *cit.*, p. 450.

<sup>1178</sup> TOMASSETTI, C., «Garanzia per evizione e doppia alienazione immobiliare», en *Obbligazioni e Contratti*, N° 6, 2007, pp. 538 y ss.

<sup>1179</sup> Da detallada cuenta de la crítica y de su contrarréplica GAZZONI, F., «La trascrizione immobiliare»..., *cit.*, pp. 480 y 481: «Si è sottolineato, ad esempio, che in seguito alla prioritaria trascrizione del secondo acquisto il primo acquirente perde bensì il diritto reale ma mantiene ogni ragione di credito nei confronti del comune dante causa, il quale, con il proprio comportamento, ha determinato tale perdita. Da ciò si deduce che, dunque, il primo atto di acquisto non è risolto se è produttivo di effetti. (...) In ogni modo, ammesso e non concesso che ragioni di credito sopravvivano, la *condicio iuris* risolutiva opererebbe non già rispetto all'atto di alienazione

Finalmente, existe una **quinta formulación doctrinal en torno a la armonización de los efectos de la transcripción ex art. 2644 del CC italiano con el sistema transmisivo consensualista plasmado en el art. 1376 del mismo texto legal**, que constituye una clara variante de la tesis anterior. Se trata de la llamada teoría de la denominada «relevancia procesal de la transcripción», que considera que la transcripción de la segunda transmisión en el Registro constituye ciertamente una suerte de condición resolutoria, pero que no es *ex lege*, sino que trae causa de una expresa manifestación de voluntad por parte del sujeto que practica la transcripción<sup>1180</sup>. La transcripción constituiría una suerte de medio de prueba para el adquirente, que en el caso de juicio en el que se conteste su derecho por eventuales adquirentes precedentes del mismo derecho, será preferido y tutelado en base a la tempestiva transcripción de su derecho<sup>1181</sup>. Es FERRI el principal valedor de esta postura<sup>1182</sup>, que no deja de relevar a la transcripción un rol cuasi constitutivo en la adquisición definitiva del derecho real<sup>1183</sup>.

En todas y cada una de estos posicionamientos doctrinales puede constatarse una tendencia obsesiva a la explicación de los efectos que trae consigo la transcripción en el caso en quien transcriba sea el segundo o ulterior adquirente de un mismo derecho real sobre el mismo bien y respecto al común transmitente, desde el marco del sistema traslativo consensualista. Se intenta encontrar una explicación al hecho de que no sea el primer adquirente el que acabe consolidando su titularidad respecto el derecho real controvertido, sin excepcionar el ordinario sistema traslativo consensualista y, de ahí que se trate en todo momento de hablar de una adquisición *a domino*. Y es que si se admitiese la existencia de una verdadera adquisición *a non domino*, el sistema consensualista resultaría derogado.

---

ma rispetto agli effetti reali da esso prodotti, in tal modo restando perfettamente valido ed efficace l'atto stesso nei rapporti di carattere obbligatorio interni alle parti».

<sup>1180</sup> GAZZONI, F., «La trascrizione immobiliare»..., *cit.*, pp. 487 y 488, expone con la enorme profundidad que le caracteriza la teoría de la relevancia procesal de la transcripción en los términos siguientes: «Secondo una isolata dottrina, invece, la trascrizione della seconda alienazione avrebbe bensì effetto risolutorio ma solo come conseguenza di una manifestazione di volontà in tal senso del terzo interessato, cosicché l'efficacia reale del secondo atto di acquisto sarebbe condizionata sospensivamente non soltanto alla sua trascrizione, ma anche ad un ulteriore evento, individuato appunto in tale manifestazione. (...) Il terzo, dunque, avrebbe un potere, o, si precisa, un diritto potestativo di mutare una situazione giuridica. (...) Il terzo ha diritto a provocare un mutamento giuridico, che gli permetta di raggiungere quell'effetto reale, che la mancanza di legittimazione del suo dante causa aveva impedito che si verificasse».

<sup>1181</sup> Así lo indica, aunque no compartiendo la postura en cuestión, MARICONDA, G., «La trascrizione»..., *cit.*, p. 75: «Una voce, piuttosto isolata in dottrina, tenta una spiegazione del fenomeno della prevalenza del diritto del secondo acquirente che abbia trascritto per primo sul piano processuale. Tale autore sostiene infatti (refiriéndose a FERRI) che il criterio di prevalenza fornito dalla trascrizione operi, quasi alla stregua di una prova, soltanto nell'ipotesi di una lite giudiziaria nella quale quindi sarà il giudice a riconoscere proprietario colui che abbia, attraverso una tempestiva trascrizione, tutelato il suo acquisto "tardivo"».

<sup>1182</sup> FERRI, L., «Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare», en *Studi in onore di Cicu*, Vol. I, Milano, 1951, p. 316.

<sup>1183</sup> Cfr., la obra de FERRANTE, E., *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, pp. 105-137, en las que hace detallado análisis de todas cada una de las posturas doctrinales expuesta acerca del encaje del art. 2644 del CC italiano en el marco del sistema traslativo consensualista.

A nuestro juicio, acudiendo a la mejor doctrina española que se ha ocupado del tratamiento de las adquisiciones *a non domino* y de su relación con el sistema de protección registral<sup>1184</sup>, debemos afirmar que lo que se produce a través de este último es la consolidación o sanación de una verdadera adquisición *a non domino*, en virtud de un criterio legal que protege la apariencia que se deriva del Registro de la Propiedad, en el que el *ex dominus* figura como legitimado para transmitir. El hecho de que el segundo o ulterior adquirente sea el que finalmente resulte titular definitivo del derecho real objeto de múltiple transmisión, en virtud de la tempestiva transcripción de su derecho, no es resultado de la aplicación del ordinario sistema de transmisión derivativa u onerosa (ya sea consensualista matizada, como en Italia; o de título y modo, como en España), sino manifestación de un supuesto de transmisión *ex lege*: es la Ley la que sienta un modo diverso de transmisión de los derechos reales, que se aparta del ordinario y que no puede, pues, explicarse desde los esquemas del mismo. La transmisión que finalmente tiene lugar gracias a la aplicación del sistema de protección registral en manos del segundo o ulterior adquirente es un claro ejemplo de transmisión por ministerio de la Ley, que sana la falta de poder de disposición de la que adolece el transmitente en virtud de la suma protección de la apariencia que se deriva del Registro de la Propiedad. Esta modalidad transmisiva, *ex lege*, como ya hemos tenido ocasión de subrayar en sede del sistema transmisivo aplicable a la venta judicial, se contempla claramente en Italia, en el art. 922 del CC italiano<sup>1185</sup>, y parece no tomarse en consideración por parte de la generalidad de la doctrina italiana, que sigue empeñada en razonar la excepcionalidad del art. 2644 del CC italiano en términos del ordinario sistema consensualista.

Parafraseando respecto a este último punto a GORDILLO CAÑAS, puede decirse que si la intervención de la protección del sistema registral se hace necesaria para salvar la adquisición del tercero por él protegido, implícito está que el mecanismo adquisitivo ordinario (sea cual sea: consensualista o de título y modo) –al cual previamente hubo de someterse la adquisición protegida– no fue bastante para sustentar jurídicamente su validez de forma real y objetiva. Y la razón de que así sea resulta patente: nadie puede adquirir del transmitente lo que éste no tiene; la entrega *a non domino* no puede transmitir el dominio. Con razón, pues, puede sostener la común doctrina el carácter *ex lege* de la adquisición registral *a non domino*<sup>1186</sup>.

---

<sup>1184</sup> Señaladamente GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (II)», en *Anuario de Derecho Civil*, Nº 3, 2008, pp. 1158-1160, como ahora se verá.

<sup>1185</sup> Debe recordarse lo dispuesto por el art. 922 del CC italiano, en el que al igual que el art. 609 del CC español, se menciona a la Ley como modo adquisitivo independiente: «La proprietà si acquista per occupazione, per invenzione, per accessione, per specificazione, per unione o commistione per usucapione, per effetto di contratti, per successione a causa di morte e negli altri modi stabiliti dalla legge».

<sup>1186</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (II)»..., *cit.*, p. 1158; autor que añade en lo que respecta al caso español (p. 1160): «La adquisición del tercero hipotecario es, pues, una adquisición *ex lege*; una adquisición eficaz pero que no es consecuencia de un válido proceso de *transmisión*. Es verdad que el

Por otra parte, se detecta igualmente una generalizada y equívoca identificación entre el carácter *a domino* de la transmisión y la naturaleza derivativa de la misma: en la medida en que el contenido del derecho adquirido finalmente por el sujeto que transcribe es el mismo que ostentara el transmitente múltiple inicial (con sus mismos gravámenes y cargas, en su caso), resulta evidente que la transmisión en cuestión debe ser derivativa; ahora bien, dicho carácter derivativo sólo puede venir de la mano de una adquisición *a domino*, pues los mecanismos de adquisición *a non domino* siempre dan lugar a transmisiones de naturaleza originaria<sup>1187</sup>. He aquí una nueva razón explicativa del planteamiento italiano encorsetado en los confines del sistema traslativo consensualista, que es el que resulta precisamente plenamente coherente con las adquisiciones *a domino*.

Y calificamos la anterior identificación (transmisión *a domino*-carácter derivativo; transmisión *a non domino*-carácter originario) como equívoca, porque ciertamente pueden invertirse el orden de los factores, no alterando al producto final. Para razonar nuestra afirmación, acudiremos de nuevo a GORDILLO CAÑAS, quien brillantemente indica que lo que ocurre en la transmisión que tiene lugar en virtud del sistema de protección registral (en el caso español, de acuerdo con el principio de fe pública registral), es que «el Ordenamiento finge o trata *como* derivativa esta adquisición, no obstante su carácter originario. ¿Por qué? Porque es lo que se aviene a la finalidad de la protección dispensada a la adquisición de buena fe. El tercero se propone adquirir –y cree hacerlo– derivativamente; pretende adquirir el derecho de cuyo contenido y límites le informa el Registro. Al tutelarle en dicha creencia, lógico es que el Ordenamiento le haga adquirir *como si* su derecho derivara realmente de quien en apariencia se lo transmite. El tercero, se ha dicho, adquiere su derecho *ex novo*, pero con idéntico contenido al que tenía en su causante; o adquiere *ex novo* una titularidad calcada sobre el modelo de la precedente»<sup>1188</sup>. El propio GORDILLO CAÑAS ya tuvo ocasión de pronunciarse asimismo sobre el particular en el primero de sus trabajos, concretamente en su obra sobre «La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)» en la que ya calificaba como originaria la adquisición del tercero protegido por la teoría de la apariencia jurídica y añadiendo a dicha calificación

---

tercero creyó adquirir negocialmente, y que efectivamente adquirió; pero en la realidad no lo hizo negocialmente a través del mecanismo del título y el modo sino *alia via* y porque la ley, velando por la seguridad del tráfico y excepcionando el rigor del *nemo plus juris...*, vino eficazmente en su auxilio».

<sup>1187</sup> Así se detecta entre otros y por todos, en la siguiente afirmación de GAZZONI, F., «La trascrizione immobiliare»..., *cit.*, p. 513, en la que subraya esta identificación con independencia de cuál sea la teoría sostenida en torno al engarce del art. 2943 del CC italiano con el sistema traslativo consensualista: «Secondo la giurisprudenza, unanime, e la dottrina assolutamente prevalente l'acquisto del secondo avente causa che trascrive per primo è a titolo derivativo dal comune autore. Si tratta di una logica conseguenza della più generale impostazione di fondo che, per un verso per l'altro, qualifica come a domino il secondo acquisto, vuoi perché il primo acquisto è inopponibile al secondo avente causa, vuoi perché il potere di disposizione del comune autore sopravvive al primo atto di alienazione, vuoi infine, perché il primo atto traslativo è risolto, limitatamente agli effetti reali incompatibili, a seguito della trascrizione del secondo».

<sup>1188</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (II)»..., *cit.*, p. 1164.

la nota de su peculiar configuración y contenido: «se trata de una adquisición originaria en su ser pero *ad instar derivativae* en su funcionamiento»<sup>1189</sup>.

Con ello, queda razonado el encaje del sistema de protección registral de convalidación de las adquisiciones verdaderamente *a non domino*, apartándonos de la inteligencia generalizadamente sostenida por la doctrina italiana<sup>1190</sup>.

#### **4.1.2. Los requisitos necesarios para que el adquirente *a non domino* sea finalmente mantenido en la titularidad de su derecho en virtud del sistema italiano de protección registral: el verdadero alcance de la mala fe aparentemente no exigida a estos efectos**

Analizadas someramente las características generales del sistema registral italiano, así como su mecanismo de protección de las adquisiciones *a non domino* por virtud del principio de inoponibilidad de lo transcribible no inscrito y antes de analizar si tal principio resulta o no de aplicación a las adquisiciones que tienen lugar mediante la venta judicial, debemos adentrarnos en los requisitos que se exigen precisamente para gozar de esta protección.

A este respecto, lo primero que cabe apuntar es que el legislador italiano, a diferencia del español (quizá ello se explique por el mayor grado de protección que proporciona el sistema registral español respecto al italiano), no es muy exigente en lo que a la determinación de los presupuestos necesarios para la protección del sistema registral se refiere: en efecto, del tenor del art. 2644 del CC italiano se deriva que basta con transcribir el derecho con en primer lugar, para devenir titular definitivo del mismo, aunque la transmisión traiga causa de un *non dominus* (más bien, en el marco de la regulación italiana y en lo que a nosotros interesa -no sometimiento al hecho de la evicción por parte del adquirente, con independencia de la existencia de un derecho anterior-, un *ex dominus*). No se exige el carácter oneroso de la adquisición, sino que en principio gozan de tal protección todos los actos a los que hace referencia el art. 2643 del CC italiano; precepto en el que se hace alusión a los actos jurídicos que deben ser objeto de transcripción (se trata, se dice, de una carga y no de una obligación para el sujeto, pues su incumplimiento no lleva aparejada

---

<sup>1189</sup> GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla, 1978, pp. 346 y 347. Versión online consultada en: <http://fondosdigitales.us.es/tesis>; fecha de consulta: 10 de febrero de 2014.

<sup>1190</sup> Cabe indicarse, que sí puede apreciarse en la inteligencia de MARICONDA, G., «La trascrizione»..., *cit.*, p. 106, un razonamiento análogo al que sostenemos, si bien, dista de ser lo contundentemente necesario en lo que a la afirmación de una adquisición *ex lege* se refiere, que sana una verdadera adquisición *a non domino* en el marco de una transmisión de carácter derivativo: «Il principio enunciato dall'art. 2644 CC si riassume in questa conclusione: se un stesso soggetto mediante successivi atti di disposizione trasferisce in altri soggetti diritti immobiliari tra di loro incompatibili, il criterio di preferenza in base al quale il conflitto va risolto è quello della priorità della trascrizione. Il principio più generale in forza del quale il semplice consenso, legittimamente manifestato, produce il trasferimento del diritto dall'alienante all'acquirente ai sensi dell'art. 1376 CC e che comporta, come conseguenza, che una volta trasferito in altri il proprio diritto ogni ulteriore atto di alienazione è, per lo meno, privo di effetti, questo principio, subisce attraverso l'art. 2644 CC un drastico ridimensionamento».

sanción jurídica alguna<sup>1191</sup>; que sí se erige en obligación para el notario que haya participado en la redacción del acto público en cuestión o haya autenticado la escritura pública de que se trata, ex art. 2671 del CC italiano<sup>1192</sup>), de carácter muy variopinto y no caracterizados por reunir la exclusiva nota de la onerosidad (por poner un ejemplo, el art. 2643 del CC italiano, en su párrafo primero somete a transcripción «los contratos que transmitan la propiedad de un bien inmueble»<sup>1193</sup>, entre los que tendrían cabida, pues, no sólo la compraventa, sino igualmente la donación). No se exige en el propio art. 2644 del CC italiano que se adquiera de un sujeto que en el Registro aparezca con facultades para transmitir el derecho, si bien dicha exigencia se deriva del art. 2650 del CC italiano en que se contiene el equivalente el principio registral español del «tracto sucesivo»<sup>1194</sup>. Y lo que más sorprende, es que no se exige (y ello no puede deducirse de precepto adicional alguno) buena fe por parte del sujeto que va a verse protegido mediante la transcripción de su derecho. Parece, pues, que es sólo el hecho de la transcripción el que da lugar al mecanismo de protección registral que consolida la adquisición *a non domino*, salvando la falta de poder de disposición del transmitente.

Este último extremo de no exigencia de buena fe de cara a la protección del sistema registral es sin duda alguna de los que más choca para un estudioso de origen español, en el que todo el sistema de protección registral (español) gira precisamente en torno a dicho elemento: el sujeto se beneficia del imponente sistema de protección registral particularmente porque es merecedor del mismo, de acuerdo con su buena fe. No exigencia de buena fe que no sólo se deduce del tenor del art. 2644 del CC italiano, sino que constituye una cuestión respecto de la que existe una clara unanimidad por parte de la doctrina y jurisprudencia italianas; por tanto, para poner en marcha el mecanismo de protección registral basta practicar la preceptiva transcripción en primer lugar. En efecto, valgan por

---

<sup>1191</sup> Así lo destaca la generalidad de la doctrina italiana, pudiendo subrayarse por todos a BULLO, L., «Commentario al articolo 2643 del Codice Civile», en CIAN, G., TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, 2012, pp. 3395 y 3396: «La necessità della trascrizione per gli atti soggetti a tale formalità è diretta a conseguire una duplice finalità e si presenta sotto diversi aspetti, connessi fra di loro: nei confronti della parte interessata detta necessità si configura, dal punto di vista del diritto sostanziale, come un onere, il cui inadempimento impedisce il verificarsi degli effetti propri della trascrizione (...)».

<sup>1192</sup> GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. I..., *cit.*, p. 806: «La trascrizione degli atti che la legge dichiara soggetti a trascrizione è solo un onere per le parti (che non potranno, in difetto della trascrizione, opporre l'atto ai terzi), ma è un obbligo per il notaio che abbia redatto l'atto pubblico o abbia autenticato la scrittura privata (art. 2671)».

<sup>1193</sup> Traducción llevada a cabo por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 2643. 1º del CC italiano es el siguiente: «Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: 1) i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili».

<sup>1194</sup> El tenor literal del art. 2650 del CC italiano es el siguiente: «Nei casi in cui per le disposizioni precedenti, un atto di acquisto è soggetto a trascrizione, le successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente non producono effetto, se non è stato trascritto l'atto anteriore di acquisto.

Quando l'atto anteriore di acquisto è stato trascritto, le successive trascrizioni o iscrizioni producono effetto secondo il loro ordine rispettivo, salvo il disposto dell'articolo 2644.

L'ipoteca legale a favore dell'alienante e quella a favore del condividente, iscritte contemporaneamente alla trascrizione del titolo di acquisto o della divisione, prevalgono sulle trascrizioni o iscrizioni eseguite anteriormente contro l'acquirente o il condividente tenuto al conguaglio».

todos las palabras pronunciadas por MARICONDA en este sentido, quien afirma tajantemente que «ninguna relevancia reviste la circunstancia de que el tercero preferido sea de buena o mala fe»<sup>1195</sup>. De ahí que no se consienta, añade el citado autor, «ninguna investigación acerca del estado psicológico del tercero, máxima en la coincide unánimemente la jurisprudencia y la doctrina, que hace que pueda llegar a hablarse de una absoluta presunción *iuris et de iure* de que lo transcrito se tiene por conocido y lo no transcrito por ignorado»<sup>1196</sup>.

No obstante, lejos de ser así, la realidad de las cosas pone de manifiesto que la mala fe por parte del tercero protegido sí guarda relevancia en lo que respecta a su grado de protección. En efecto, en sede de los mecanismos de protección con los que cuente el *verus dominus* que se ve despojado de su derecho frente al tercero protegido, se pone de manifiesto a nivel doctrinal y jurisprudencial, que la mala fe de este último sí asume enorme importancia, pues de concurrir, será posible incluso (se llega a afirmar, como ahora comprobaremos) ejercitar una acción revocatoria cuya estimación, de darse los presupuestos necesarios para ello, traerá consigo la ineficacia de la transmisión operada en virtud del sistema de protección registral, así como la restitución del derecho al patrimonio del transmitente originario. Por tanto, no puede negarse que la inatacabilidad del derecho adquirido por el tercero protegido sólo se podrá alcanzar concurriendo buena fe. Conclusión que sorprendentemente, parece pasar inadvertida a la doctrina italiana.

En efecto, en el caso en que exista mala fe por parte del tercero protegido, esto es, en caso en que sea conocedor de la condición de *ex dominus* del transmitente, la generalidad de la doctrina y jurisprudencia italianas estiman que el *verus dominus* a efectos extrarregistrales que se ve despojado de su derecho podrá dirigirse contra el tercero protegido mediante dos vías fundamentales (se ha teorizado mucho sobre estos extremos, pero baste aquí hacer referencia a lo sustancial de la cuestión): a través del ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual, así como mediante el eventual accionamiento de una acción revocatoria. Veamos cuándo se dice que proceden cada una estas acciones.

---

<sup>1195</sup> Traducción llevada a cabo por el autor del presente trabajo. MARICONDA, G., «La trascrizione»..., *cit.*, p. 109: «Nessun rilievo riveste poi la circostanza che il terzo preferito sia in buona o in mala fede».

<sup>1196</sup> Traducción realizada por el autor del presente trabajo. MARICONDA, G., «La trascrizione»..., *cit.*, pp. 109 y 110: «Non è consentita quindi nessuna indagine sullo stato psicologico del terzo e questo principio è unanimemente condiviso dalla giurisprudenza e dalla dottrina sia che esso derivi da una presunzione assoluta *iuris et de iure* per cui ciò che è trascritto è noto e ciò che non è trascritto è ignoto sia che si consideri tale presunzione una inutile sovrastruttura dottrinale e si faccia scaturire quel principio (non dalla presunzione di conoscenza generata dalla trascrizione ma) direttamente dalla trascrizione». Son numerosos los autores que pueden citarse en esta misma línea de negación de la exigencia de buena fe para accionar el mecanismo de protección registral anudado al hecho de la transcripción, pudiendo destacarse a este respecto y entre otros a los siguientes: GAZZONI, F., «La trascrizione immobiliare»..., *cit.*, p. 540: «La buona o mala fede di chi trascrive non rileva infatti in nessun modo ai fini dell'applicazione della regola dettata dall'art. 2644» (...); igualmente, MENGONI, *L'acquisto a non domino*..., *cit.*, pp. 9 y 10: (...) Certo è che l'avente causa preferito acquista il diritto (in via derivativa) direttamente dall'alienante, contro il quale ha trascritto il suo titolo, e lo acquista indipendentemente dalla buona o mala fede, cioè dall'ignoranza o conoscenza in cui versava, al momento del contratto, circa la precedente alienazione».

En el caso en que el tercero protegido sea conocedor de que el derecho adquirido hubiera ya sido objeto de previa enajenación por parte del transmitente, su comportamiento negligente (esto es, la culpa, o lo que en Italia se conoce por «injusticia del daño»), una vez probado, dará lugar al correspondiente resarcimiento por los daños y perjuicios causados por vía extracontractual, *ex art.* 2043 del CC italiano<sup>1197</sup>; precepto en el que al igual que el paralelo art. 1902 del CC español, se establece que todo aquel hecho doloso o culposo que ocasione un daño injusto a una tercera persona, obligará a aquél que haya cometido dicho hecho a resarcir el daño ocasionado<sup>1198</sup>.

Si el tercero protegido no sólo es conocedor de la precedente transmisión del mismo derecho por parte del transmitente, sino que participa activamente y de común acuerdo con este último en el ánimo de defraudar al inicial adquirente y acreedor del transmitente múltiple, aminorando así las posibilidades de satisfacción de su crédito, el *verus dominus* dañado podrá dirigirse frente a dicho tercero protegido, ejercitando una acción revocatoria o pauliana, con que la que instará la ineficacia del fraudulento acto de disposición en cuestión (*ex art.* 2901 del CC italiano).

En efecto, dándose los requisitos previstos en el art. 2901 del CC italiano para el ejercicio de la acción revocatoria, a saber: en primer lugar, la realización por el deudor de un acto de disposición que esté destinado a ocasionar una minoración económica en perjuicio del acreedor (disminuyendo o impidiendo las posibilidades de ver satisfecho íntegramente su crédito) ya sea anterior o posterior al nacimiento del crédito en cuestión; y en segundo lugar, tratándose de un acto a título oneroso, que el tercero sea conocedor del perjuicio ocasionado, actuando de común acuerdo con el deudor en el ánimo de defraudar (que sea parte en el *consilium fraudis*)<sup>1199</sup>. Dándose estos presupuestos, como decimos, el primer adquirente, en

---

<sup>1197</sup> Así lo afirma la generalidad de la mejor doctrina italiana, pudiendo destacarse por todos a de BULLO, L., «Commentario al articolo 2643 del Codice Civile»..., *cit.*, p. 3403: «Per converso, ha natura extracontrattuale la responsabilità del secondo acquirente, il quale, pur conoscendo l'avvenuta vendita del medesimo bene attuata dal proprio alienante, nonché la mancata trascrizione del primo contratto da parte del precedente compratore, abbia trascritto il proprio titolo di acquisto».

<sup>1198</sup> Traducción llevada a cabo por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 2043 del CC italiano es el siguiente: «Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

<sup>1199</sup> Afirma a este respecto el art. 2901 del CC italiano, en el que se establecen los presupuestos para el ejercicio de la acción revocatoria: «Il creditore, anche se il credito è soggetto a condizione o a termine, può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni, quando concorrono le seguenti condizioni:

- 1) che il debitore conoscesse il pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore o, trattandosi di atto anteriore al sorgere del credito, l'atto fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicarne il soddisfacimento;
- 2) che, inoltre, trattandosi di atto a titolo oneroso, il terzo fosse consapevole del pregiudizio e, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, fosse partecipe della dolosa preordinazione.

Agli effetti della presente norma, le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito.

Non è soggetto a revoca l'adempimento di un debito scaduto.



la medida en que es acreedor del transmitente desde el momento en que se perfecciona el contrato, no pudiéndole serle oponible la *exceptio non adimpleti contractus* desde el pago efectivo del precio, podrá ejercitar la acción revocatoria<sup>1200</sup>, cuya estimación traerá consigo, de acuerdo con los arts. 2901 y 2902 del CC italiano, la ineficacia del acto de disposición llevado a cabo, reintegrándose el derecho fraudulentamente vendido en el patrimonio del transmitente. De manera que una vez reintegrado, el tercero defraudado podrá llegar a recuperarlo, dirigiéndose frente al mismo cual parte del activo patrimonial por vía ejecutiva<sup>1201</sup> (ex art. 2902, párrafo primero del CC italiano<sup>1202</sup>).

Si ello es así, puede comprobarse, que mediando mala fe y ánimo fraudulento en la persona del tercero protegido, su adquisición sí podrá verse atacada, con independencia de la transcripción de su derecho, hasta el punto de resultar ineficaz en virtud de la correspondiente acción revocatoria o pauliana. Por tanto, no es tan cierto que la buena fe del tercero protegido no guarde relevancia alguna en lo que a la protección dispensada por el sistema registral se refiere: antes bien, la adquisición sólo adquirirá carácter inatacable cuando concurra esa necesaria buena fe cuyo silencio por parte del codificador italiano lleva al equívoco de darse como sinónimo de no exigirse para resultar protegido por el sistema

L'inefficacia dell'atto non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di revocazione».

<sup>1200</sup> MARICONDA, G., «La trascrizione»..., *cit.*, p. 111 destaca que la generalidad de la doctrina y jurisprudencia italianas admiten el posible ejercicio de la acción revocatoria frente al tercero protegido por el sistema registral, siempre que concurren los requisitos previstos legalmente para ello (los del art. 2901 del CC italiano): «Va subito detto che l'opinione nettamente prevalente sia in dottrina sia in giurisprudenza è nel senso di ammettere, ove ricorrano i presupposti previsti dalla legge, la esperibilità dell'azione revocatoria». Constatación reciente de esta tendencia a admitir el ejercicio de la acción revocatoria frente al tercero protegido constituye la afirmación de BULLO, L., «Commentario al articolo 2643 del Codice Civile»..., *cit.*, p. 3403: «Nell'ipotesi in cui un immobile venga alienato in tempi successivi a due diversi soggetti dei quali solo il secondo trascriva il proprio acquisto rendendolo così opponibile al primo, quest'ultimo ha diritto al risarcimento del danno e, per conservare la garanzia relativa al proprio credito, può esercitare l'azione revocatoria della seconda alienazione; tuttavia, poiché la seconda alienazione è anteriore al credito da tutelare (che nasce solo con la trascrizione), ai fini dell'accoglimento della revocatoria non è sufficiente la mera consapevolezza della precedente vendita da parte del secondo acquirente, ma è necessaria la prova della partecipazione di quest'ultimo alla dolosa preordinazione dell'alienante, consistente nella specifica intenzione di pregiudicare la garanzia del futuro credito». Sobre la cuestión de la acción revocatoria frente al tercero protegido por virtud de la temporánea transcripción, con gran detalle puede verse a: GAZZONI, F., «La trascrizione immobiliare»..., *cit.*, pp. 541 y ss.; también a FERRANTE, E., *Consensualismo e trascrizione*..., *cit.*, pp. 211 y ss.; e igualmente, entre otros a VENTURELLI, A., «La doppia alienazione immobiliare tra risarcimento e restituzioni: la posizione della giurisprudenza», en *Obbligazioni e Contratti*, N° 3, 2005, pp. 232 y ss.

<sup>1201</sup> MARICONDA, G., «La trascrizione»..., *cit.*, p. 112, da cuenta de las consecuencias que se derivan de la estimación de la acción revocatoria ejercitada frente al tercero protegido: «Ammessa quindi, in via di principio, la esperibilità dell'azione revocatoria, occorre di volta in volta che sussistano le condizioni richieste dall'art. 2901 CC e solo ove esse ricorrano, il primo acquirente potrà agire con l'azione revocatoria nei confronti del suo autore e del secondo acquirente. Occorrerà quindi, posta l'immanenza dell'atto di disposizione, il *consilium fraudis* nonché l'insufficienza del rimanente patrimonio del debitore a soddisfare le ragioni del creditore. Esperita con successo tale azione, il primo acquirente avrà a disposizione della propria eventuale azione esecutiva il bene alienato ma non potrà mai soddisfare il suo interesse al recupero del diritto reale perduto».

<sup>1202</sup> El tenor literal del art. 2902, párrafo primero del CC italiano es el siguiente: «Il creditore, ottenuta la dichiarazione di inefficacia, può promuovere nei confronti dei terzi acquirenti le azioni esecutive o conservative sui beni che formano oggetto dell'atto impugnato».

registral. Sólo habrá protección absoluta que haga inatacable el derecho adquirido y transcrito, cuando el tercero protegido sea desconocedor de la existencia de las previas transmisiones del mismo derecho por parte del transmitente: en la medida en que ostente, pues, buena fe.

Por otra parte, la exigencia de buena fe consideramos que es lo que mejor casa con la coherencia del conjunto del Ordenamiento italiano, ya que en sede de doble venta mobiliaria, los criterios de preferencia exigen buena fe; y en materia de usucapión ordinaria (denominada «decennale» en el caso italiano), instrumento que también viene a salvar la falta de poder de disposición del transmitente (análogamente a cuanto lo hace el art. 2644 del CC italiano), la buena fe es igualmente un presupuesto constitutivo aludido expresamente por el art. 1159 del CC italiano.

La experiencia española pudiera resultar de gran apoyo a estos efectos, pues en España la realidad normativa arroja cierta contradicción entre la disciplina contenida en el Código Civil y la recogida en la Ley Hipotecaria: en efecto, el art. 34 de la LH española sienta expresamente la exigencia de buena fe; mientras que el art. 1473 del CC español (destinado a sentar los criterios de preferencia en el caso de doble o múltiple venta) silencia tal presupuesto, si bien la práctica unanimidad de la doctrina y jurisprudencia abogan por exigir la buena fe en todo caso<sup>1203</sup>.

Dicho lo cual, y centrandó nuestra atención en los requisitos exigidos por el Ordenamiento italiano para resultar protegido por el sistema registral por él diseñado, debe concluirse afirmando que el único presupuesto necesario en atención a la letra del CC italiano, así como a juicio de la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia, es la transcripción *ex novo* del derecho adquirido. Si bien, a nuestro entender, dadas las repercusiones que la mala fe trae consigo de cara al tercero protegido, tal y como hemos tenido ocasión de comprobar, de cara al carácter verdaderamente inatacable de la adquisición transcrita, esto es, en aras de la protección integral del tercero, se necesita contar igualmente con buena fe.

---

<sup>1203</sup> Cfr. a este respecto nuestro trabajo: MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «La doble venta inmobiliaria y la buena fe necesaria para ser preferido en la adquisición. La mala fe como elemento constitutivo de una posible simulación absoluta», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N°28, 2012, p. 430: «Dentro de los diferentes criterios de preferencia que recoge el artículo 1473 CC, uno de los elementos recurrentes que debe acompañar a cada uno de ellos es la necesaria buena fe con la que debe contar el adquirente preferido. Ahora bien, cabe puntualizar, que dicho requisito se silencia en el primer criterio de preferencia del apartado segundo en el ámbito de la doble venta inmobiliaria; no obstante, como se declara en nuestra sentencia, se trata de un requisito unánimemente se viene exigiendo en dicho ámbito por la jurisprudencia, desde la STS de 13 de mayo de 1908, hasta nuestros días, pues se trata de un elemento que se deduce de los principios generales del Derecho y de relacionar el artículo 1473 con el artículo 34 LH». En este mismo sentido se pronuncia RUBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición...*, cit., p. 71: «Hemos comprobado que, haciendo caso omiso de significativos silencio que al respecto guarda el art. 1473. 2 CC, doctrina y jurisprudencia concuerdan hoy en exigir en todo caso la buena fe al comprador preferido por este precepto».

Conocidos los presupuestos de la protección del sistema registral, veamos ahora su posible operatividad en el ámbito de las transmisiones que tienen lugar mediante la venta judicial.

#### **4.1.3. La operatividad del sistema de protección registral italiano respecto a las adquisiciones *a non domino* que tenga lugar mediante la venta judicial**

Lo que nos planteamos en este epígrafe es la cuestión que a nosotros verdaderamente nos interesa: a saber, la determinación de si el adjudicatario, transcribiendo su derecho, en caso en que el deudor ejecutado fuera un *ex dominus*, puede entenderse que adquiere su derecho de manera inatacable, en virtud del sistema de protección registral contenido fundamentalmente en el art. 2644 del CC italiano (de inoponibilidad de lo transcribible no transcrito), deviniendo inmune a las eventuales consecuencias derivadas del hecho de la evicción, en el caso en que sean instadas por el *verus dominus* que no transcribió oportunamente su derecho.

Cuestión exenta de toda controversia, a diferencia de lo que sucede en España (como seguidamente tendremos ocasión de ver), en la medida que se deduce con total claridad de la letra de los arts. 2643 y 2644 del CC italiano. Ciertamente, el art. 2644 del CC italiano dispone que no resultarán oponibles los actos transcribibles descritos en el artículo precedente (el art. 2643 del CC italiano), que no hayan sido transcritos frente a aquellos que sí lo hayan sido. Esto es, el art. 2644 del CC italiano remite su ámbito de aplicación a los actos descritos en el precedente art. 2643 del CC italiano; y entre el elenco de actos a los que alude el art. 2643 del CC italiano, en el número seis del referido precepto se incluyen a los procedimientos con los cuales se transfiera la propiedad u otros derechos reales sobre bienes inmuebles en los procesos de ejecución forzosa<sup>1204</sup>. Queda patente, pues, que la protección dispensada por el art. 2644 del CC italiana alcanza evidentemente al ámbito de las ventas judiciales, cuan figura compleja a través de la que se transmiten derechos reales sobre bienes inmuebles susceptibles de transcripción. Es más, debemos recordar en este punto que el propio art. 586, párrafo tercero del CPC italiano afirma en coherencia con lo anterior que el «*decreto di trasferimento*» constituye título hábil para la transcripción del derecho adquirido por el adjudicatario<sup>1205</sup>.

---

<sup>1204</sup> El tenor literal del art. 2643, número seis del CC italiano es el siguiente: «Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: 6) i provvedimenti con i quali nell'esecuzione forzata si trasferiscono la proprietà di beni immobili o altri diritti reali immobiliari, eccettuato il caso di vendita seguita nel processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche a favore del terzo acquirente».

<sup>1205</sup> Afirma el art. 586, párrafo tercero del CPC italiano: «Esso (refiriéndose al «*decreto di trasferimento*») costituisce titolo per la trascrizione della vendita sui libri fondiari e titolo esecutivo per il rilascio».

En definitiva, adquirido el derecho por el adjudicatario a partir del momento de expedición del «*decreto di trasferimento*» y transcrito dicho título en el Registro de la Propiedad, ostentando buena fe, **resultará protegido en su derecho de modo inatacable frente a toda pretensión, incluida la de la evicción**, en el caso en que el deudor ejecutado hubiera transmitido el derecho objeto de venta judicial a otro sujeto con carácter previo al inicio del proceso de ejecución.

## **4.2. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN REGISTRAL ESPAÑOL: LA FE PÚBLICA REGISTRAL Y SU OPERATIVIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS VENTAS JUDICIALES**

### **4.2.1. Las características del sistema registral español: un sistema peculiar, que sin desdibujar las bases fundamentales del Derecho de cosas, proporciona una eficacia aseguradora similar al sistema germánico**

Acogiendo la misma sistemática seguida en el estudio del sistema italiano de protección registral, con el objeto de determinar si el adjudicatario que adquiere un derecho real inmobiliario mediante la venta judicial, puede ser beneficiario de dicha protección, resultando inmune frente a toda pretensión que traiga causa de sucesos al margen del Registro (señaladamente el de la evicción), comenzaremos dando cuenta de las características fundamentales que pueden predicarse de nuestro sistema registral, lo cual contribuirá a adquirir un completo entendimiento de la cuestión objeto de estudio. Analizadas dichas características, pasaremos a enunciar los requisitos necesarios para que entre en funcionamiento el sistema de protección registral, para finalmente adentrarnos en el aspecto que más nos interesa: la operatividad de esta eficacia aseguradora en el ámbito de las ventas judiciales.

Centrándonos en las características generales del peculiar sistema registral español, merece ante todo destacarse que atendiendo a la eficacia obtenida por lo publicado en sus asientos, un Registro puede ser:

- De eficacia negativa o preclusiva, cuando se asegura, como bien indica DE PABLO CONTRERAS y como ya apuntamos en sede de la caracterización del sistema registral italiano, que quien en él consta como titular no ha transmitido a nadie su derecho (o no ha constituido un derecho real limitado), pero no que efectivamente lo sea. Es lo que viene a denominarse como grado mínimo de eficacia registral, y que suele resumirse con el aforismo de que *lo no inscrito no perjudica a terceros*<sup>1206</sup>. Esta es la única eficacia que se dispensa, como hemos tenido ocasión de desarrollar con cierto

---

<sup>1206</sup> DE PABLO CONTRERAS, P., «Las adquisiciones *a non domino*»..., *cit.*, p. 363.

detenimiento, en el sistema registral italiano, que sigue fielmente la estela del modelo francés.

- De eficacia positiva, cuando garantiza al adquirente de un titular registral su adquisición de manera irrevocable, aun cuando dicho titular registral no fuera verdadero titular del derecho. Como bien indica DE PABLO CONTRERAS, se trata del grado máximo de eficacia del Registro, y es la que procura, fundamentalmente y entre otros, el sistema registral alemán<sup>1207</sup>.

Pues bien, en el Derecho español, y de ahí la peculiaridad, conviven ambos sistemas: de eficacia meramente negativa o preclusiva, a la que responden los arts. 606 del CC español y 32 de la LH española; y de eficacia positiva, mediante la denominada «fe pública registral» contenida fundamentalmente en el célebre art. 34 de la LH española, verdadera piedra angular del sistema registral en su conjunto<sup>1208</sup>.

---

<sup>1207</sup> DE PABLO CONTRERAS, P., «Las adquisiciones *a non domino*»..., *cit.*, p. 363.

<sup>1208</sup> Con esta breve formulación estamos abogando implícitamente por acoger la denominada teoría dualista acerca de la coordinación entre los arts. 32 y 34 de la LH española. Se trata de una cuestión que ha sido objeto de verdaderos ríos de tinta por parte de la doctrina española, cuya análisis excedería de los límites materiales de la cuestión que venimos analizando; baste apuntar la clarividente exposición de la polémica en palabras de Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, pp. 544-547: «En la doctrina se han sostenido dos tesis diferentes, a las que se ha llamado respectivamente tesis monista y tesis dualista. La tesis llamada **monista**, defendida especialmente por ROCA SASTRE, es quizás la que goza de mayor favor en la doctrina. Según ella, la norma central de la fe pública del Registro se encuentra en el art. 34. El art. 32 y los demás preceptos han de considerarse concordantes con ella y no hacen otra cosa que llevar a cabo aplicaciones concretas de aquel principio general. (...) La consecuencia inmediata que se saca de este punto de vista es que los arts. 32 y 34 son complementarios y que el 32 debe integrarse en el 34, aplicándose los requisitos o presupuestos exigidos en este último. El tercero del art. 32 debe reunir las mismas condiciones que el del 34. Los arts. 32 y 34 son complementarios. El art. 34 contiene el aspecto positivo de la fe pública. (...) El art. 32 contiene el aspecto negativo de la fe pública. Lo no inscrito es como si fuera inexistente para el tercero, a quien le es inoponible. Lo cual es sólo una particular aplicación del principio general. En conclusión: el art. 34 es de jerarquía superior al art. 32 y éste debe quedar integrado o completado por aquél. La llamada tesis **dualista** fue inicialmente defendida por NÚÑEZ LAGOS y ha sido seguida después por algunos otros autores. Según la tesis dualista, los dos preceptos tienen orígenes históricos distintos y finalidades diferentes. Por consiguiente, de ellos nacen dos sistemas de protección que favorecen a personas distintas. Cabe hablar así de dos tipos distintos de terceros. Las diferencias se pueden observar de diferente modo según NÚÑEZ LAGOS: a) Por la relación jurídica determinante. En el art. 32, la relación jurídica determinante es ajena al Registro, mientras que en el art. 34 tiene que estar dentro del Registro, publicada en el asiento precedente al del tercero. b) Por la llamada conexión transversal *ob rem*. El tercero del art. 32 está conectado con la cosa a través de un título inscrito, que puede ser gratuito u oneroso, y el tercero lo es en tanto que no sea parte, o heredero de parte. El tercero del art. 34 está conectado *ob rem* por la inscripción y sólo por la inscripción. Su título es únicamente un título oneroso. c) Por el sujeto beneficiario. El tercero del art. 32 es un tercero civil que transcribe. Las excepciones reales perjudican directamente al tercero civil salvo que inscriba. El tercero del art. 34 es un tercero meramente hipotecario. (...) Como conclusión (...) puede decirse que hay casos cubiertos simultáneamente por el art. 32 y por el 34; casos cubiertos únicamente por el art. 32 y casos cubiertos únicamente por el 34. Los dos preceptos no son círculos concéntricos ni tampoco círculos tangentes, sino círculos secantes». Sobre esta cuestión del dualismo o monismo de nuestro sistema hipotecario, cfr. con gran detalle y en tiempos más recientes los siguientes trabajos monográficos: GORDILLO CAÑAS, A., «¿Monismo o dualismo hipotecario?: hablen los autores del sistema», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 42, 2004, pp. 95-136; e igualmente, JIMÉNEZ PARÍS, T. A., *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*, Madrid, 2005. En

Sistema peculiar, cuyo calificativo importamos de GORDILLO CAÑAS, quien acuña tal denominación en la medida en que, sin abjurar de los principios rectores del Derecho Patrimonial español: «espiritualismo contractual y causalismo transmisivo (título y modo), logra su finalidad aseguradora del tráfico de buena fe por vías diferentes pero con efectividad igual, al menos, que la obtenida en el sistema germánico»<sup>1209</sup>. Autor que concluye la caracterización del sistema registral español, haciendo extensibles las célebres palabras con las que don JERÓNIMO GONZÁLEZ describe al sistema registral: «nacional y moderno (...) sin dejarse arrastrar por teorías utópicas, conservador y progresivo, germánico en el fondo y latino en la forma, de técnica maravillosa, moralizador y social»<sup>1210</sup>; calificativos a juicio de GORDILLO CAÑAS que «cuadran con mayor razón y justicia» al peculiar Derecho inmobiliario registral español<sup>1211</sup>.

Analizadas las características del sistema registral español desde la perspectiva de su eficacia, baste ahora decir que constituye un sistema de inscripción de carácter declarativo, de folio real (el Registro se ordena en torno a la finca registral, todo aquello que abre folio registral; a diferencia de Italia, cuyo sistema es de finca personal, esto es, el folio lo abre cada titular del derecho que se transcribe), donde las situaciones jurídico-reales que acceden al mismo pasan el filtro del control de legalidad en que consiste la calificación registral.

En definitiva, un sistema registral peculiar, de enorme eficacia aseguradora, no sólo negativa, sino también positiva, cuya piedra angular reside precisamente en la figura de la denominada «fe pública registral», contenida fundamentalmente en el art. 34 de la LH española, en la que centramos ahora nuestra atención, de cara al análisis de los requisitos necesarios para que el adjudicatario, en su caso (de ser aplicable el art. 34 de la LH española al ámbito de las ventas judiciales), pueda adquirir su derecho de modo irreivindicable e inatacable frente a toda pretensión que salga del marco del contenido registral (señaladamente, del hecho de la evicción)<sup>1212</sup>. Instrumento, que de manera mucho más tajante y definitiva que en el caso italiano, salva igualmente la falta de poder de disposición de la que pueda adolecer el transmitente, consolidando verdaderas adquisiciones *a non*

---

el primer caso, acogiendo la postura dualista, aunque matizadamente; y en JIMÉNEZ PARÍS, apostando decididamente por la tesis monista.

<sup>1209</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica»..., *cit.*, p. 65.

<sup>1210</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica»..., *cit.*, p. 81, nota al pie n. 190; con cita de GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Sistemas hipotecarios. El Código Civil suizo», en GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Madrid, 1948, pp. 151 y 152.

<sup>1211</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica»..., *cit.*, p. 81.

<sup>1212</sup> Nótese que no nos adentramos en la controversia ya analizada en sede del sistema registral italiano de la coordinación entre la adquisición *a non domino* que puede consolidarse en virtud de la fe pública registral y el sistema traslativo por título y modo. Al igual que dijéramos en dicho ámbito, abogamos por considerar que se trata de una adquisición *ex lege*, que juega al margen del título y modo, sin llegar a derogarlo y que trae consigo una adquisición de carácter claramente derivativo.

*domino* en aras de la suprema protección de la apariencia que se deriva del Registro de la Propiedad frente a los terceros de buena fe que confíen en su contenido.

#### **4.2.2. Los requisitos de la fe pública registral que consolida de manera inatacable la adquisición a non domino que en ella se ampare**

Lo primero que debemos hacer es enunciar el tenor literal del art. 34 de la LH española: «*El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.*

*La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.*

*Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente».*

Para llegar a una completa comprensión del contenido y alcance del precepto enunciado, debemos adentrarnos en el análisis y desbrozo de su arquitectura interna, esto es, en los requisitos que el artículo presenta para otorgar la mencionada eficacia positiva a los titulares inscritos. Tales requisitos, a grandes rasgos, vienen a ser los que siguen:

- 1º) Existencia de un tercero.
- 2º) Adquisición de un derecho real sobre inmueble.
- 3º) La buena fe del adquirente.
- 4º) Adquisición onerosa.
- 5º) Titularidad registral y poder de disposición del transmitente.
- 6º) Inscripción del derecho adquirido.
- 7º) Validez del título del tercero protegido (*ex art. 33 LH*)

Con esta enunciación puede ya apreciarse una diferencia notable entre el sistema de protección español e italiano: mientras que en el italiano sólo se exigía la práctica de la transcripción, en el caso español el legislador es mucho más exigente, requiriendo la concurrencia de los siete presupuestos expuestos.

##### **4.2.2.1. La existencia de un tercero**

El tercero protegido por la fe pública registral es el «tercero» según el derecho civil puro o general, que a su vez cumpla todos los requisitos expresados en el art. 34 de la LH española. Por ello, es por lo que aunque la existencia misma de ese tercero civil no sea un requisito

expresamente enunciado en el referido precepto, sí es indispensable su previa determinación para poder asimismo concretar la figura del tercero hipotecario<sup>1213</sup>. Siguiendo a DE CASTRO, el tercero hipotecario es tercero civil, del mismo modo que en el Derecho inmobiliario se emplean conceptos propios del Derecho civil general tales como el concepto de bien inmueble, dominio, derechos real, nulidad, anulación..., todos ellos conceptos importados y no creados sino por el propio Derecho civil puro o general.

Resulta igualmente significativo en este punto, señalar lo dispuesto por la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944, en la que se afirma que tercero, a efectos hipotecarios, es «únicamente el tercer adquirente, es decir el causahabiente de un titular registral, por vía onerosa».

Ahora bien, ¿qué debe entenderse, pues, por «tercero civil»? Mucho se ha discutido al respecto en el seno de nuestra doctrina y jurisprudencia, si bien entendemos que para su mejor comprensión debemos partir, siguiendo a ROCA SASTRE, de la distinción entre tercero y parte, conceptos opuestos por el Derecho Civil general. En efecto, tercero desde esta perspectiva es «la persona que no sea parte». En el ámbito del Derecho positivo, hemos de decir que nuestro Código Civil emplea esta oposición de conceptos en diferentes materias, pero significativamente en materia de contratos, concretamente en el art. 1257, *ab initio*, e *in fine*, a cuyo tenor: «Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos [...]. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada». Sin entrar en mayores profundidades acerca del precepto expuesto, baste decir que el mismo nos sirve para reforzar la oposición entre la noción de parte y la de tercero<sup>1214</sup>.

#### 4.2.2.2. Adquisición de un derecho real sobre inmueble

Como vimos en el requisito anterior, tercero hipotecario es el tercero civil que reúne los requisitos determinados por el art. 34 de la LH española. Es decir, no todo tercero civil es tercero hipotecario, sino únicamente aquél que reúne los mencionados requisitos; y precisamente el primero de ellos es el ser un adquirente de “algún derecho de persona que

---

<sup>1213</sup> Tal y como expresan ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÁ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, Tomo II, Vol. 2º, Barcelona, 2008, p. 144: «La noción de tercero no es una creación propia del Derecho inmobiliario registral, pues lo que a éste interesa es el tercer adquirente, concepto que aquél ya lo recibe formado sustancialmente por el Derecho civil». En este mismo sentido, GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)», en *Anuario de Derecho Civil*, Nº 2, 2006, pp. 561 y 562, afirma que «el sujeto de la fe pública registral tendrá que ser, en cuanto tercero, un tercero civil: alguien que, antes de resultar especificado en su peculiar condición de tercero registral o hipotecario, vendrá a compartir con el genérico tercero civil la nota negativa que esencialmente le deslinda y define: la de no ser parte».

<sup>1214</sup> VELA SÁNCHEZ, A., *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias: estudio jurisprudencial y doctrinal...*, cit., p. 98.



en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo”, derecho, que en base a los argumentos que apuntaremos seguidamente, no puede ser otro que de naturaleza real inmobiliaria. El art. 34 de la LH española no especifica la naturaleza jurídica (jurídico-real) del derecho que el tercero hipotecario debe adquirir para obtener la consideración de tal, si bien, este extremo se deduce de los arts. 1. 1º, 2. 1º y 2º, y 5 de la LH española. En efecto, el art. 1. 1º del referido texto legal afirma que «el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles». Por su parte, los apartados 1º y 2º del art. 2 de la LH española establecen que se inscribirán en el Registro de la Propiedad «los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos; y los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales». Y, según el art. 5 de la LH española, «los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles». De todos estos preceptos puede concluirse que la publicidad del Registro lo es de la propiedad y de los derechos reales sobre los bienes inmuebles. De modo que, tercero hipotecario es quien adquiere un derecho real sobre un bien inmueble<sup>1215</sup>.

No parece que en este punto sean muchas las dificultades interpretativas que puedan sustentarse, si bien, la doctrina más autorizada sigue planteándose la siguiente pregunta: ¿por qué sólo en la adquisición de derechos reales puede darse el juego de la fe pública registral, siendo así que la Ley Hipotecaria española llama también y admite al Registro derechos de naturaleza personal, tales como señaladamente los arrendamientos inmobiliarios (*ex art. 2.5º LH*), o la anotación preventiva de embargo? Pues bien, dejando de lado las diversas disquisiciones doctrinales planteadas al respecto, dado que en este punto sólo pretendemos efectuar un planteamiento general de los puntales básicos que configuran el principio de fe pública registral, entendemos, siguiendo a GORDILLO CAÑAS, que en lo que hace al caso de los arrendamientos inmobiliarios, el particular caso de las adquisiciones *a non domino*, su solución no es subsumible al art. 34 de la LH española, sino única y exclusivamente al art. 13. 3 de la Ley española de Arrendamientos Urbanos<sup>1216</sup>. Y por lo que hace a las anotaciones

---

<sup>1215</sup> En este mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, p. 521 afirma que «el tercero a que se refiere el art. 34 LH no es cualquier persona extraña a una relación jurídica, como podría hacer suponer el concepto puramente civil de tercero, sino un adquirente, y un adquirente del dominio de un inmueble o de un derecho real limitativo del dominio». Igualmente, GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, pp. 1059 y 1060 se pregunta: «¿A cualquier adquirente de un derecho, sea cual fuere la naturaleza de éste, le es dado acogerse a la protección registral? A lo que responde que el propio contexto del art. 34 LH permite concretar la dicción inicial del mismo añadiendo a la indicación del algún derecho en ella referida la nota de su carácter real: sólo acerca de los derechos de naturaleza real da noticia el Registro, y sólo derechos reales son los que en él puede inscribir como efectivamente adquiridos el tercero protegido por la fe pública registral».

<sup>1216</sup> Afirma GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, pp. 1060 y 1061 que «en la legislación actual es palmariamente claro y cierto que las cosas no son así: la excepcional y muy peculiar

preventivas de embargo, y en contra de lo que pueda sostener cierto sector doctrinal minoritario<sup>1217</sup>, la verdadera naturaleza y razón de ser de la anotación preventiva de embargo no es provocar el juego de la fe pública registral a favor del anotante, sino evitarlo impidiendo el desconocimiento inculpable (la buena fe) de su beneficiario acerca del derecho anotado<sup>1218</sup>. En definitiva, la anotación preventiva no convierte al acreedor ordinario en tercero hipotecario, ya que le falta la nota de ser un tercero que adquiere un derecho real sobre un bien inmueble. Cosa distinta es que una vez consumado el procedimiento de embargo, adjudicado el bien y posteriormente inscrito, el ahora sí adquirente-adjudicatario pueda gozar de los efectos sanadores de la fe pública registral, siempre que reúna los requisitos determinados en el art. 34 de la LH española.

#### 4.2.2.3. La buena fe del adquirente

Ya hemos visto que para obtener la protección de la fe pública registral se debe ser un tercero, que reúna los requisitos del art. 34 de la LH española. Pues bien, además de la necesidad de adquirir un derecho real sobre inmueble, el referido precepto exige, siendo éste no sólo un requisito sino el fundamento mismo de la fe pública registral, que exista buena fe por parte del sujeto en cuestión. Muchas son las preguntas que se plantean en torno a la buena fe, tanto en su consideración de principio general del Derecho (*ex art. 7. 1 del CC español*), como en su condición de requisito constitutivo para la aplicación de la fe pública registral que es lo que a nosotros nos interesa. Si bien, circunscribiéndose nuestro estudio de los presupuestos de aplicación de la fe pública registral a una aproximación ciertamente básica de la cuestión, en este punto sólo pretendemos plantear dichas preguntas, sin entrar en gran profundidad en torno a sus respuestas.

Comencemos, pues, conceptuando a la buena fe desde la perspectiva registral, para después adentrarnos en el análisis de las principales cuestiones que ésta plantea. La buena fe ha sido definida por muchos autores en el seno de la doctrina española y por muchas resoluciones en el seno de la jurisprudencia española, porque aunque no fue recogida de manera expresa en nuestra legislación hipotecaria como requisito para ser protegido por la

---

adquisición *a non domino* del arrendamiento inmobiliario no discurre por el cauce general del art. 34 LH, sino, en condiciones y con alcance distinto, por el específico del art. 13.3 de la LAU».

<sup>1217</sup> El sector doctrinal opuesto, está encabezado por ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, JA., *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, pp. 155-163; FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, *cit.*, pp. 360 y ss.; y GARCÍA GARCÍA, J. M., «El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VII Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 1988. Hacia una interpretación del efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español, sostienen que el embargo constituiría una forma de garantía real similar a la hipoteca, en la que el acreedor embargante sería un adquirente de derecho real, de modo que la anotación preventiva es considerada como un asiento registral capaz de provocar en su favor el mismo efecto que a la inscripción atribuye el art. 34 de la LH española.

<sup>1218</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, pp. 1065 y 1066.

mecánica del Registro hasta la reforma de 1944-1946<sup>1219</sup>, sí venía siendo exigida en la práctica tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. Y, ¿cómo podemos definirla? Baste enunciar el concepto dado al respecto por DÍEZ PICAZO y por la Sentencia del Tribunal Supremo español de 3 de octubre de 1963. Según DÍEZ PICAZO, la buena fe es «la creencia de que el titular registral es el dueño de la cosa y ostenta un poder de disposición sobre la misma suficiente para transmitir el dominio o constituir un derecho real e, inversamente, la ignorancia de la inexistencia de real titularidad o de cualquier otra circunstancia que pueda hacer ineficaz o limitar la titularidad»; por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 3 de octubre de 1963 afirma que «la buena fe consiste en su aspecto positivo en la creencia por parte de quien pretende ampararse en la protección registral, de que la persona que constituye el derecho real de que se trata, era dueño del inmueble gravado y tenía facultades de disposición manifiestas para constituirlo, como se infiere del art. 1950 CC, y en su sentido negativo en la ignorancia o desconocimiento por su parte de la existencia de inexactitudes, vicios o defectos que afectan a la titularidad del propietario»<sup>1220</sup>. Existe, pues, como se desprende del tenor de ambas definiciones, un doble aspecto de la buena fe, a saber, uno positivo y otro negativo, y ambos deben concurrir para que ésta exista. Se trata de un razonamiento lógico: tengo buena fe porque creo, confiando en el contenido del Registro, que la persona de la que adquiero es verdadero titular del derecho real objeto de transmisión, con lo que ostenta, las facultades (al menos la dispositiva) que integran el derecho real en las condiciones que determine el Registro; y porque ignoro la existencia de vicios o defectos extrarregistrales que invaliden la aparente titularidad de mi transmitente<sup>1221</sup>.

Expuesto el concepto de buena fe en su doble aspecto, demos un paso más y planteemos cuáles son las principales cuestiones que éste ha suscitado en el seno de nuestra doctrina y jurisprudencia. A grandes rasgos, podemos afirmar, que son dos las cuestiones principales que se han planteado en torno a la buena fe en el ámbito de la fe pública registral:

a) ¿Cuál es la configuración general de la buena fe que sigue el art. 34 LH? Existen dos líneas de razonamiento al respecto. Conforme a una de ellas la buena fe es un puro estado psicológico o psíquico, consistente en una mera ignorancia de la realidad (es la denominada «concepción psicológica de la buena fe»). Por el contrario, conforme a la segunda línea de razonamiento, la buena fe no sólo es una mera ignorancia de la realidad sino que exige, además, un cierto elemento de excusabilidad que la haga justificable y, al menos, éticamente disculpable (es la denominada «concepción ética de la buena fe»); desde esta última postura, para ostentar buena fe, por tanto, no sólo es preciso ignorar la realidad,

---

<sup>1219</sup> Para un extenso análisis de la evolución del requisito de la buena fe en el seno de nuestras distintas Leyes Hipotecarias, vid. GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, pp. 572 y ss.

<sup>1220</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, pp. 526 y 527.

<sup>1221</sup> Para un estudio más detallado del doble aspecto de la buena fe en la fe pública registral vid. VELA SÁNCHEZ, A., *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias: estudio jurisprudencial y doctrinal*..., *cit.*, pp. 103 y ss.

sino que además es preciso actuar diligentemente y de acuerdo con unos cánones o criterios de conducta que sean socialmente aceptables<sup>1222</sup>.

Las últimas tendencias jurisprudenciales parecen apostar por la configuración «ética» de la buena del tercero hipotecario, postura a la que nos sumamos y de cuya defensa nos hemos ocupado de argumentar en anteriores trabajos<sup>1223</sup>. Baste apuntar en este punto el definitivo argumento basado en la propia letra de la Ley Hipotecaria española. En efecto, la propia Ley Hipotecaria española vigente incluye expresamente el dato ético de la diligencia entre los elementos necesarios para la concurrencia del requisito de la buena fe del tercero hipotecario, concretamente en su art. 36, en el que se equipara al conocimiento efectivo del dato que puede alertar sobre la inexactitud del Registro, el tener «medios racionales y motivos suficientes» para conocerlo<sup>1224</sup>. Ciertamente, el art. 36 de la LH española afirma en sede en usucapión *contra tabulas*, que para demostrar la mala fe de un adquirente basta con probar que conoció la posesión de hecho de la finca, a título de dueño, por persona distinta de su transmitente, o que tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocerla. Y si se exige buena fe con aditamento de la diligencia en el caso de conflicto entre el tercer adquirente y el beneficiario de una usucapión consumada (que no sea titular registral)<sup>1225</sup>, no hay razón para que otro titular registral tenga un trato de favor por haber adquirido en situación distinta a la de usucapión incoada o terminada<sup>1226</sup>.

---

<sup>1222</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, p. 527.

<sup>1223</sup> MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «La configuración de la buena fe del tercero hipotecario: breves notas en defensa de su concepción “ética”», en MURGA FERNÁNDEZ, J. P., TOMÁS TOMÁS, S. (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho patrimonial desde una perspectiva italo-española*, Valencia, 2013, pp. 103-120.

<sup>1224</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, p. 609.

<sup>1225</sup> VALLET DE GOYTISOLO en cita de Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, p. 528.

<sup>1226</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, III bis..., *cit.*, p. 186. También se muestra partidario de acudir al art. 36 LH como medio para la defensa de la concepción ética de la buena fe PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Tomo II, 3ª Edición, Madrid, 2001, p. 621: «(...) Con mejores argumentos (respecto de los partidarios de la buena fe “psicológica”), Vallet de Goytisolo ha señalado que no es razonable entender que en el conflicto entre el tercer adquirente y el beneficiario de una usucapión consumada, que no es un titular registral, se exija buena fe con el especial aditamento de la diligencia y que esa misma buena fe no se exija frente a otros titulares extrarregistrales, que sean asimismo propietarios y poseedores de la finca». En este mismo sentido, DE PABLO CONTRERAS, P., «Las adquisiciones *a non domino*»..., *cit.*, p. 372: «(...) El error en que consiste la buena fe ha de ser excusable, de modo que es necesario que el adquirente observe un cierto grado de diligencia para conocer la situación real, como demuestra el art. 36 LH, el cual, para que la usucapión perjudique al tercero del art. 34 LH, requiere, no ya la prueba de que éste conocía que la finca era poseída a título de dueño por otro, sino simplemente que “tuvo medios racionales y motivos suficientes” para conocerla». MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Observaciones en torno a la buena fe», en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pp. 504-506, se opone a este argumento, afirmando que la exclusiva *ratio* de aplicación del art. 36 de la LH española es la prescripción adquisitiva, la cual considera que no es extensible al ámbito del art. 34 de la LH española, pues el legislador en el párrafo segundo de dicho precepto parece dejar claro el contenido y configuración del requisito de la buena fe, identificándolo con la «ignorancia de la inexactitud registra». Sostiene MIQUEL GONZÁLEZ, en este sentido, que solamente respecto de la posesión en concepto de dueño se formula por la Ley un criterio más riguroso, pero explicable por no ser controlable por los datos

b) Finalmente, la segunda y última cuestión básica que plantea el requisito de la buena fe en el seno de la fe pública registral es la concerniente al momento en el que ha de existir<sup>1227</sup>: ¿Cuándo es necesaria la buena fe del tercero: cuando el mecanismo adquisitivo se pone en marcha o cuando se consuma? O, en otros términos, ¿cuándo se consuma la adquisición protegida por el principio de fe pública registral: cuando el tercero adquiere o cuando inscribe su adquisición?<sup>1228</sup> ¿Hasta cuándo debe existir la buena fe: hasta el momento en que se da la tradición consumándose el proceso adquisitivo derivativo en atención al art. 609 del CC español, o hasta el momento en que una vez consumado el proceso adquisitivo se inscribe dicha adquisición en el Registro de la Propiedad? De nuevo, su solución no es pacífica dentro de nuestro panorama doctrinal y jurisprudencial, si bien nosotros, en consonancia con SANZ FERNÁNDEZ, nos decantamos por defender que la buena fe debe ostentarse hasta el momento de la inscripción; y ello fundamentalmente en base a los siguientes argumentos<sup>1229</sup>:

- El art. 34 de la LH española no protege una adquisición cualquiera derivada del titular inscrito, sino solamente las adquisiciones según el Registro que son las que requieren, además de la buena fe, del carácter derivativo y de la inscripción previa del transferente, la inscripción del título del adquirente.
- Cuando opera el art. 34 de la LH española, por ser inexacta la inscripción a favor del transferente, subsanando la inexactitud y operando una adquisición *a non domino*, tal

---

registrales. Ahora bien, ¿es cierto que el art. 34. 2 de la LH española sienta con total claridad la configuración del requisito de la buena fe? Reproduzcamos para dar a respuesta a esta pregunta el párrafo segundo del art. 34 de la LH española, a cuyo tenor: «La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro». Como puede comprobarse, en este párrafo únicamente se contiene la presunción de la buena fe con la cuenta a su favor el tercero a proteger, así como el carácter *iuris tantum* de tal presunción, pero poco se dice sobre su concreto contenido y configuración. De ahí que sea útil y necesario acudir al art. 36 de la LH española, que si bien se refiere a la usucapión contra tabulas, no es menos cierto que no deja de constituir un supuesto de adquisición por ministerio de la Ley, lo cual justifica su aplicación por analogía al ámbito del art. 34 de la LH española.

<sup>1227</sup> Esta problemática es planteada de manera muy precisa por CLEMENTE MEORO, M., «Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario», en *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*, CLEMENTE MEORO, M. (Coord.), Valencia, 2002, p. 139, en los siguientes términos: «Conforme al art. 34 LH el principio de fe pública registral sólo protege al tercero de buena fe... Mas dado que en nuestro sistema la propiedad se transmite conforme a la teoría del título y el modo (cfr. arts. 609 y 1095 CC), sólo son inscribibles títulos públicos, y se exige que el tercero hipotecario haya inscrito su título para que resulte protegido (cfr. art. 34. 1º LH), resulta controvertido si la buena fe de éste sólo ha de darse en el momento en el que nace el título, esto es, cuando se contrata; si también en el momento en que se otorgue el título público inscribible; o cuando concurren título y modo, es decir, en el momento de la adquisición; e incluso en el momento de la inscripción». Vid. igualmente al respecto un exhaustivo y reciente trabajo de JIMÉNEZ PARÍS, T. A., *El momento de la buena fe*, Madrid, 2006, en el que se analizan las principales posturas doctrinales existentes acerca del momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario.

<sup>1228</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, pp. 630 y 631.

<sup>1229</sup> Damos detallada cuenta de estos argumentos, así como de la controversia acerca del momento hasta el cual debe ostentarse la buena fe para verse protegido por la fe pública registral, en nuestro estudio: MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007»..., *cit.*, pp. 2011-2015.

efecto se opera únicamente por la inscripción del título del adquirente. En tal caso, el momento de la adquisición no es el del título sino el de la inscripción. Durante el tiempo que media entre la fecha del título y la de la inscripción, el adquirente no tiene todos los requisitos de protección exigidos por el art. 34 de la LH española, puesto que aún no ha inscrito su derecho, y, por ende, podrán ejercitarse contra él todas las acciones que cuando inscriba paralizará la fe pública registral<sup>1230</sup>.

- A estos dos argumentos, añade GÓMEZ GÓMEZ, partidario de esta postura, uno *a fortiori*: si la adquisición *a non domino* es una especie de usucapión inmediata, y si en la usucapión la buena fe necesita ser llevada desde el momento pretendidamente adquisitivo hasta la consumación del plazo temporal necesario de permanencia en la posesión, ¿por qué razón en la adquisición registral *a non domino* va a bastar que la buena fe se dé sólo en el primer momento y que no sea necesaria su prolongación en tanto no se complete y culmine el presupuesto legal de su protección<sup>1231</sup>?

Concluimos el análisis de este requisito de la esencial buena fe con la que debe contar el tercero a proteger, señalando que la razón de ser de estas cuestiones sin respuesta es la inexistencia de solución al respecto en el tenor literal del art. 34 LH, lo que inevitablemente da pie a múltiples interpretaciones posibles al respecto: en el art. 34 LH se habla de buena fe a secas, sin más aditamentos ni calificativos, de ahí que se desconozca su específica configuración y contenido; e igualmente, el artículo de la Ley Hipotecaria se limita a exigir que el tercero adquiera de buena fe, sin que quede claro, pues, el momento en que debe concurrir dicho requisito.

#### 4.2.2.4. Adquisición onerosa

Siguiendo el orden del tenor literal del art. 34 LH, llegamos al cuarto de sus requisitos, a saber, el tercero civil adquirente de un derecho real inmobiliario de buena fe para gozar de la protección que dispensa la fe pública registral necesita además haber adquirido a título oneroso («el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso...»). Y, ¿qué debemos entender por adquisición a título oneroso? Siguiendo a Díez PICAZO, se entiende por título oneroso o negocio con causa onerosa «aquél que haya exigido una contraprestación o un sacrificio patrimonial del adquirente o la realización por éste de una correlativa atribución al transmitente»<sup>1232</sup>.

---

<sup>1230</sup> SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Madrid, 1947, p. 466.

<sup>1231</sup> GÓMEZ GÓMEZ, M., «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 290-291, 1952, pp. 571 y 572.

<sup>1232</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, p. 531.

Este presupuesto de la onerosidad de la adquisición lo confirma igualmente, pero de forma negativa, el párrafo 3º del art. 34 LH, a cuyo tenor: «*Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere el causahabiente o transferente*». De manera que si éste último hubiera sido adquirente a título oneroso, el subadquirente a título gratuito sí estará protegido por la fe pública registral, por lo que no puede afirmarse de manera tajante que los adquirentes a título gratuito estén plenamente excluidos de toda protección.

Resulta destacable que el requisito de la onerosidad de la adquisición es singular del Ordenamiento Jurídico español, en la medida en que no se exige de igual forma en ninguno de los Ordenamientos de nuestro entorno más cercano<sup>1233</sup> (no se exige señaladamente en Italia, como ya hemos tenido ocasión de comprobar). Cabe preguntarse, pues, ¿cuál es su fundamento? Significativas son al respecto las palabras pronunciadas en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944, en las que se afirma lo que sigue: «*es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente*». En otros términos y haciendo nuestras las palabras de GORDILLO CAÑAS, la razón que justifica la existencia de este requisito es que las adquisiciones gratuitas son ajenas a la idea del tráfico jurídico cuya seguridad y tutela asume como tarea suya el Registro de la Propiedad<sup>1234</sup>. Es decir, las necesidades del tráfico jurídico no demandan la protección de las adquisiciones a título gratuito.

#### 4.2.2.5. Titularidad registral y aparente poder de disposición del transmitente

El art. 34 de la LH española dispone expresamente que para gozar de su protección, el tercero civil, adquirente de un derecho real sobre inmueble, de buena fe, debe adquirir el derecho en cuestión «*de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo*». Es decir, el tercero debe haber adquirido de un titular inscrito. Este presupuesto es consecuencia del propio sistema registral pues, primero, sólo el titular registral se encuentra legitimado para disponer de los derechos inscritos (ex art. 38 de la LH española), y, segundo, es un corolario imprescindible del principio hipotecario de tracto sucesivo contenido en el art. 20 de la LH española<sup>1235</sup>.

---

<sup>1233</sup> En Francia, a partir de la reforma de 1953, la inoponibilidad propia de los sistemas latinos que late en nuestro art. 32 LH, se brinda por igual a todo adquirente, sin reparar en la onerosidad o gratuidad del título de su adquisición. En Italia, salvo contadas excepciones, ocurre lo mismo. E igualmente puede decirse de Alemania (§ 892 BGB) y Suiza (art. 973 ZGB), en los que el efecto protector de la fe pública registral genuina de tales sistemas se extiende tanto a las adquisiciones gratuitas como a las onerosas. Vid. a este respecto a GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, pp. 1083 y 1084.

<sup>1234</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, pp. 1084 y 1085.

<sup>1235</sup> El art. 20 LH dispone: «*Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente*

El fundamento de esta exigencia reside en que solamente se puede y debe proteger a quien confíe en las declaraciones registrales, en la presunción de exactitud del Registro y en la fuerza legitimadora de una inscripción previa de la que se deduce que el que tiene un derecho inscrito a su favor puede disponer válidamente del mismo, cualquiera que sea la realidad extrarregistral concordante o no con el Registro<sup>1236</sup>.

Son diversas las cuestiones que igualmente se plantean en torno a esta exigencia, si bien desde esta perspectiva meramente enunciativa sólo nos referiremos a la que a nuestro entender constituye la más trascendente, a saber, la concerniente al momento en que debe existir la inscripción a favor del disponente. Existen al respecto dos posturas fundamentales en nuestra doctrina: una primera, que considera que la inscripción a favor del transmitente deberá existir en el momento en el que el tercero a proteger contrata con él y perfecciona su negocio adquisitivo (postura encabezada por ROCA SASTRE<sup>1237</sup>); mientras que una segunda, sostiene que para alcanzar la protección del art. 34 no sería necesario que la inscripción del derecho del transmitente sea anterior a la realización del acto adquisitivo del tercero, sino que bastaría con que se la hubiera practicado antes de que este mismo tercero y causahabiente lleve al Registro su adquisición (postura encabezada por SANZ FERNÁNDEZ<sup>1238</sup>).

*inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada [...]”.* Ahora bien, como bien indica GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario al artículo 34 de la Ley Hipotecaria», en ALBALADEJO García, M., y DÍAZ ALABART, S. (Directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por, Tomo VII, Vol. 4, Madrid, 1999, pp. 457 y ss: «No se puede confundir el requisito de previa inscripción del art. 34 LH, con el requisito de previa inscripción del art. 20 LH. Este art. 20 LH contempla la previa inscripción como un requisito para poder practicar la inscripción siguiente. En cambio, el art. 34 LH contempla la previa inscripción como uno de los requisitos para producir el efecto de dar protección al tercero que se apoya en la legitimación dispositiva del titular registral».

<sup>1236</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, p. 532. En este mismo sentido, GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, p. 1068, afirma que «lo que el principio de fe pública registral se propone no es otra cosa que la protección de la confianza puesta por el tercero en el registro cuando para adquirir con seguridad y conforme a Derecho se deja guiar por lo que el mismo Registro publica».

<sup>1237</sup> ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÁ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, Tomo II, Vol. 2º..., *cit.*, pp. 294 y 295: «El art. 34, párrafo 1º, de la Ley Hipotecaria exige para la protección que establece, que el tercero adquiere del titular registral según el Registro, lo que presupone que al tiempo de la adquisición por el tercero ya ha de aparecer del Registro como titular del derecho enajenado». Siguiendo esta misma postura, GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, pp. 1070 y 1071: «Tampoco podemos compartir este criterio (refiriéndose al criterio sostenido por SANZ FERNÁNDEZ) (...), ya que está en oposición con la *ratio* del principio de fe pública registral: la previa inscripción es necesaria en tanto que sobre ella debe apoyarse la buena fe animadora y cualificadora del acto adquisitivo que el principio de fe pública va a proteger». Igualmente, aunque de manera un tanto más indecisa, cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., *cit.*, p. 533.

<sup>1238</sup> SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I..., *cit.*, pp. 430 y 431: «La necesidad de la previa inscripción del transferente, no debe ser interpretada en el sentido de que el transferente del derecho haya de tener el suyo inscrito en el momento de realizar el acto o contrato de transmisión, cosa que literalmente parece exigir el art. 34. Basta que el disponente sea titular inscrito en el momento en que el acto o contrato se inscribe, de forma que la cadena de transmisiones se desenvuelva normalmente, cumpliéndose el art. 20, y, que



A nuestro entender, la tesis más acertada es sin duda la primera, ya que si el principio de fe pública registral se fundamenta en la protección de quien confía de buena fe en la apariencia jurídica dada por el Registro, dicho presupuesto no concurre si en el momento de contratar la apariencia protegida no existe. Resulta por otra parte dudable que exista buena fe en su aspecto positivo (creencia de que el titular registral es el dueño de la cosa y ostenta un poder de disposición sobre la misma suficiente para transmitir el dominio o constituir un derecho real), si en el momento de contratar, que como vimos es el momento en el que hasta al menos debe existir la buena fe, no hay titularidad registral de la que obtener creencia alguna.

Finalmente, baste apuntar, que como consecuencia lógica de este requisito se desprende con toda claridad que no puede ser nunca tercero protegido el inmatriculante, esto es, el sujeto que practica la primera inscripción ingresando la finca en el Registro. Es evidente, si el tercero hipotecario para serlo tiene que adquirir el derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, el inmatriculante no puede serlo nunca, ya que no puede confiar en ningún asiento anterior, porque es inexistente. Ahora bien, lo dicho no obsta para que el adquirente del inmatriculante sí pueda beneficiarse de la fe pública registral, siempre que transcurran los dos años de plazo que al respecto establece el art. 207 de la LH española. Del mismo modo, lo expuesto no significa que el inmatriculante carezca de toda protección registral; antes bien, sí la tiene, conforme al art. 32 de la LH española que sienta el principio de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito, propio del sistema latino, en virtud del cual no le podrá ser opuesto derecho alguno que no conste en el Registro de la Propiedad<sup>1239</sup>.

#### 4.2.2.6. Inscripción del título

Para obtener el efecto sanante y protector de la fe pública registral, al tercero no le basta con reunir los requisitos hasta ahora expuestos, sino que además, deberá inscribir su derecho adquirido en el Registro de la Propiedad. Así lo determina expresamente el propio art. 34 de la LH española, al afirmar que «*será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho*»; tesis que confirma, entre otros, el art. 36. b) LH, que, refiriéndose al tercero del art. 34 de la LH española, habla del «*adquirente inscrito*»<sup>1240</sup>.

El fundamento de esta exigencia guarda toda lógica, a saber, si la fe pública registral protege la confianza que un tercero pone en la apariencia dada por lo publicado por el

---

remontando el título en virtud del cual tiene el derecho el transferente, se llegue a un titular inscrito (...). Es pues, indiferente que la previa inscripción se practique antes o después de realizarse el acto o contrato: únicamente es necesario que la inscripción se practique en forma normal y corriente».

<sup>1239</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III..., cit., pp. 533 y 534).

<sup>1240</sup> VELA SÁNCHEZ, A., *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias: estudio jurisprudencial y doctrinal...*, cit., p. 137.

Registro, haciéndole prevalecer frente a aquél que aun siendo anterior en su adquisición no haya inscrito, necesariamente deberá seguir confiando en el Registro mediante su consiguiente inscripción del derecho que adquiera. Es decir, la confianza en la apariencia registral no es plena, no se consuma, hasta que el tercero que pretenda beneficiarse de ella no inscriba a su vez su derecho adquirido en el Registro de la Propiedad. Haciendo nuestras las palabras de ROCA SASTRE, «la exigencia de este requisito es lógica: el sistema debe proteger la adquisición a cuyo título acude a él y no a la que lo rehúye»<sup>1241</sup>.

Una vez que conocemos la razón de ser de este requisito necesario para que opere la fe pública registral, debemos preguntarnos, cuáles son las cuestiones interpretativas controvertidas que éste plantea. Sin entrar en más detalle que los procedentes en un apartado introductorio, baste decir, que son dos las cuestiones que este requisito plantea: de un lado, si la adquisición *a non domino* que el art. 34 de la LH española ampara sólo se produce desde que se inscribe el derecho adquirido, o si por el contrario la adquisición *a non domino* se produce antes de que éste requisito se dé, siendo la inscripción posterior a la propia adquisición; y, de otro lado, y en consonancia con la cuestión anterior, ¿qué carácter debe atribuirse a la inscripción en este supuesto: declarativa, de acuerdo con su valor ordinario en nuestro sistema, o excepcionalmente constitutiva? Abordemos sucintamente cada una de las cuestiones, apuntando nuestro parecer al respecto.

En lo que hace a la primera de las cuestiones planteadas, tal y como hemos puesto de manifiesto en su propia enunciación, existen dos posturas destacadas en nuestra mejor doctrina: una primera, encabezada por ROCA SASTRE y VALLET DE GOYTISOLO, que considera que el requisito de la inscripción del derecho adquirido es el único de los cuales que puede ser cumplido después de efectuada la adquisición; es decir, que la adquisición *a non domino* se produce con anterioridad a la inscripción, siendo ésta consecuentemente posterior a la propia adquisición del derecho en cuestión. Y una segunda postura, encabezada por SANZ FERNÁNDEZ y NÚÑEZ LAGOS, que sostiene, por el contrario, que la adquisición *a non domino* que el art. 34 LH viene a proteger no se produce de manera efectiva hasta que se inscribe el derecho adquirido.

---

<sup>1241</sup> ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÁ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, Tomo II, Vol. 2º..., *cit.*, p. 306, que sigue señalando: «Las ventajas del principio de fe pública registral son tan importantes, y el esfuerzo que significa es tan trascendental, que su protección es lógico que no deba prodigarse, sino que ha de estar condicionada al cumplimiento de requisitos determinados, entre los cuales figura naturalmente que el tercero que pretenda el mantenimiento de su adquisición se ponga a cobijo del Registro, mediante hacerla acceder a éste». En este mismo sentido, GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, pp. 1124 y 1125, se pregunta lo siguiente: «¿cómo va brindar su protección al adquirente que se deja guiar por la información que le proporciona el Registro, pero que se desinteresa de contribuir a su exactitud publicando en él su propia adquisición? Con razón pudo decir NÚÑEZ LAGOS que el tercero del art. 34 LH es un tercero de doble inscripción o de “sobreinscripción”: la previa o de su causante, lo genera o concibe; la suya propia, lo alumbra y cobija; es un tercero que sólo existe por y desde el Registro». Igualmente, p. 534 afirma: «para obtener la protección registral no solamente le basta al tercero contratar confiado en el Registro, sino que, una vez que ha contratado, debe seguir confiando en la institución registral e inscribir él a su vez su propia adquisición».

Los principales argumentos dados al respecto para sostener cada una de las posturas, son fundamentalmente los siguientes:

a) Los partidarios de la «primera postura», apuntan que es la más acorde con la redacción literal del art. 34 de la LH española («*será mantenido en su adquisición*») y con el sistema de inscripción declarativa y adquisición mediante el mecanismo del título y el modo adoptado por nuestro Derecho (la adquisición se produce desde que concurren el título y el modo que en este caso se da de manera instrumental mediante el otorgamiento de la escritura). En definitiva, es la inscripción de la adquisición una simple *condicio iuris* para el mantenimiento de aquélla, cuya eficacia se retrotrae al momento de la misma<sup>1242</sup>.

b) Los partidarios de la «segunda postura» apuntan, por el contrario, que dado que el art. 34 de la LH española no protege una adquisición cualquiera, sino que opera una adquisición *a non domino*, cuyo efecto se produce precisamente con la inscripción del derecho adquirido, el momento de la adquisición en tal supuesto no es el del título, sino el de la propia inscripción<sup>1243</sup>.

---

<sup>1242</sup> ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÁ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, Tomo II, Vol. 2º..., *cit.*, pp. 303-306: «A diferencia de los demás tres requisitos exigidos por el art. 34, párrafo 1º, para la protección del tercero, el que ahora nos ocupa sólo puede ser cumplido normalmente después de efectuada la adquisición, salvo en la hipoteca (...). Si bien la fe pública registral no entra en juego hasta que los cuatro requisitos quedan cumplidos, cuando la inscripción se produce, la fe pública registral desenvuelve su función protectora en orden a la adquisición del tercero, si bien remontándose al tiempo en que tuvo lugar el acto adquisitivo. (...) En realidad, hay que distinguir entre el momento de la adquisición del dominio o derecho real inmobiliario y el inicio de la protección registral derivada de la fe pública. El momento de la adquisición hay que referirlo al tiempo en que se realizó el acto adquisitivo, con excepción de los casos de inscripción constitutiva (hipoteca, derecho de superficie, adquisición de inmuebles por extranjeros)». En esta misma línea, VALLET DE GOYTISOLO, J., *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid, 1986, pp. 367 y 368, afirma: «el momento de la adquisición *a non domino* es el del otorgamiento del título con valor de tradición a favor del tercero de buena fe y no el momento de la inscripción. (...) La inscripción del título no representa más que un requisito a posteriori para que se mantenga la adquisición realizada anteriormente. Así resulta de los propios términos del art. 34 LH. La adquisición se operó antes de la inscripción; ésta es sólo una *condicio iuris* para que la eficacia de aquélla sea mantenida». Para la explicación de estos argumentos, vid. GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, pp. 1127 y ss.

<sup>1243</sup> SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I..., *cit.*, p. 466. Siguiendo esta misma postura, NÚÑEZ LAGOS, R., «Buena fe y fraude en el Registro de la propiedad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Nº 1, 1950, p. 604, quien afirma: «el tercero del art. 34 sólo existe desde la inscripción, es decir, una vez que haya inscrito su derecho el tercero». Igualmente, siguiendo esta postura, GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, pp. 1127 y 1128: «No creemos que sea ésta la mejor interpretación del requisito de la inscripción (refiriéndose a la que hemos venido a denominar como “primera postura”). (...) Porque la adquisición que es efecto de la protección deparada al tercero por el principio de fe pública registral, al no ser una adquisición derivativa ordinaria, no puede ser gobernada y determinada por el mecanismo del título y el modo. Es, por el contrario, una adquisición especial *a non domino* y, como tal, queda sometida al cumplimiento de los requisitos que le impone el art. 34, de los cuales, el de la inscripción viene a ser el último». También VELA SÁNCHEZ, A., *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias: estudio jurisprudencial y doctrinal...*, *cit.*, p. 137, se suma a esta postura, al afirmar: «Se trata del último de los requisitos para la aplicación del principio de fe pública registral, sin que pueda decirse que la inscripción revista el carácter de simple *condicio iuris* para su virtualidad, (...) y ello porque ésta no es derivativa ordinaria regulada por el mecanismo del título y el modo del art. 609 CC, sino especial *a non domino* y sometida al cumplimiento de las exigencias contenidas en el propio art. 34 LH».

Entendemos que la postura que mejor se adecúa al sistema de protección instaurado por la fe pública registral a través del art. 34 de la LH española es la segunda. En efecto, consideramos que si el art. 34 de la LH española ampara una adquisición anómala como es la procedente de un *non dominus*, salvando el defecto de titularidad del transmitente necesario para la validez de la *traditio*, a su vez componente necesario para la adquisición derivativa de los derechos reales (título y modo, *ex art. 609 del CC español*), no podemos obviar los requisitos que este precepto impone para llevar a cabo dicho efecto sanador. En otros términos, no nos parece convincente invocar la concurrencia de los requisitos necesarios para la consumación de las adquisiciones derivativas ordinarias, para afirmar que el requisito de la inscripción es posterior a la propia adquisición, en la medida en que la adquisición que ampara el art. 34 de la LH española no es una adquisición ordinaria, sino anómala, necesitada de su efecto sanante, efecto que no se da hasta que concurra el último de los requisitos establecidos de modo expreso por el precepto, el de la posterior inscripción del derecho adquirido por el tercero. Siendo ello así, podemos concluir afirmando que la adquisición *a non domino* que el art. 34 de la LH española ampara no se da hasta que no concurren todos y cada uno de los requisitos impuestos por el mismo, entre los que se encuentra la inscripción del título, momento en el cual ya sí se da la adquisición y no antes. Ciertamente es que el propio art. 34 de la LH española, en su expresión «*será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho*», parece sentar que la adquisición ha sido previa a la inscripción, pero atendiendo al espíritu sanador y excepcional de la norma debemos entender esta expresión como sinónimo de lo siguiente: «el tercero verdaderamente adquirirá *a non domino* una vez que haya inscrito su derecho». Queda claro, pues, que la adquisición no se da hasta la concurrencia de este último requisito expresado por el art. 34 de la LH española, el de la inscripción del derecho adquirido en el Registro de la Propiedad.

La segunda de las cuestiones controvertidas que este requisito plantea, es la del carácter declarativo o constitutivo de la inscripción en este supuesto. Se trata de una cuestión que viene de la mano con la anterior dada su íntima relación. Siguiendo la inteligencia marcada por las dos posturas fundamentales que se erigen en relación con la anterior cuestión, parecería lógico concluir que la denominada «primera postura», que considera la adquisición previa a la inscripción en el ámbito del art. 34 de la LH española consideraría en consonancia a la inscripción en este caso con el mismo carácter que se configura de manera ordinaria en nuestro ordenamiento, esto es, declarativa<sup>1244</sup>; mientras que los partidarios de la denominada «segunda postura», según la cual la adquisición *a non domino* no se da hasta el momento de la inscripción, consideraría que en dicho caso la inscripción es de carácter

---

<sup>1244</sup> ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÁ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, Tomo II, Vol. 2º..., *cit.*, p. 216): «Creemos que se incurre en una lamentable confusión al involucrar en el ámbito de las inscripciones constitutivas, en el sentido propio, al actuar dentro de la esfera del principio de inscripción, unos resultados que son privativos del principio de fe pública registral».

constitutivo, en la medida en que sin ella la adquisición no llega a darse<sup>1245</sup>. Pues bien, en efecto, esta es a grande rasgos la lógica dogmática seguida por la doctrina al respecto, si bien contamos con notorias excepciones: cierto sector doctrinal, que a pesar de acogerse a la segunda de las posturas, considera que la inscripción no deja por ello de seguir siendo declarativa y no constitutiva, porque no deja de ser tan publicadora como normalmente la entiende nuestro Derecho, que aunque es necesaria para adquirir, no deja de ser un co-elemento necesario del normal mecanismo de transmisión de los derechos reales; mantener lo contrario, se dice, supone desenfocar el concepto técnico de la inscripción constitutiva, confundiendo los efectos del principio de inscripción con los del principio de fe pública registral<sup>1246</sup>.

Entendemos, por el contrario, que la lógica en los planteamientos anteriormente defendidos nos lleva a sostener el carácter constitutivo de la inscripción en el supuesto del art. 34 de la LH española. Constitutivo, porque se erige en elemento determinante sin el cual la adquisición *a non domino* no llega a «constituirse», no llega efectivamente a producirse. Ciertamente es, que no deja de ser un elemento más, que junto con los restantes hasta ahora analizados determinan la definitiva adquisición. Pero también es ese el caso de la inscripción en el ámbito del derecho real de hipoteca: la inscripción en ese caso se dice, con cierta unanimidad por doctrina y jurisprudencia que es de carácter constitutivo, porque sin ella el derecho real de hipoteca no nace; y no nace sólo con la inscripción, se necesita un crédito al que garantizar, un bien al que gravar, un bien necesariamente inscrito... Del mismo modo que en el ámbito del art. 34 de la LH española se necesita un transmitente previamente inscrito, buena fe, adquisición onerosa... son todos requisitos adicionales al de la inscripción, pero que sin la cual no llega a darse la adquisición amparada por el precepto en cuestión. Partiendo de este argumento, nos parece más sólido defender el carácter constitutivo de la inscripción en el caso que nos ocupa, precisamente porque sin ella la adquisición *a non domino* amparada por el art. 34 de la LH española no llegará a darse.

#### 4.2.2.7. Validez del título del tercero protegido

Finalmente, el tercer adquirente de buena fe de un derecho real sobre inmueble a título oneroso y que posteriormente inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad, para ser

---

<sup>1245</sup> Así, GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario al artículo 34 de la Ley Hipotecaria»..., cit., p. 472, afirma: «Por tanto, la inscripción opera aquí como un supuesto de inscripción constitutiva (...)». Igualmente, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario...*, cit., p. 612: «La inscripción es constitutiva cuando es uno de los requisitos esenciales (una forma esencial) de la adquisición o modificación del derecho real. Son supuestos excepcionales de inscripción constitutiva: 1º. La adquisición amparada en el art. 34 LH».

<sup>1246</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., cit., pp. 1129 y 1130. Igualmente, VELA SÁNCHEZ, A., *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias: estudio jurisprudencial y doctrinal...*, cit., pp. 138 y 139.

protegido por la fe pública registral deberá además haber adquirido mediante acto o contrato válido. Esta exigencia no está recogida expresamente en el propio art. 34 de la LH española, pero sí se deriva de su precedente art. 33 de la LH española, a cuyo tenor: «*La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*». Es decir, si el negocio jurídico adquisitivo del tercero resulta nulo (ahora entraremos a ver qué se entiende por «nulidad»), la protección de la fe pública registral deja de actuar.

¿Cuál es la razón de ser que justifica la existencia de este precepto enunciado? Ciertamente ilustrativas nos parecen en este punto las palabras expresadas por GÓMEZ DE LA SERNA, y hechas suyas por GORDILLO CAÑAS: «La inscripción no sana los actos ni contratos nulos porque su objeto no es dar fuerza a los actos que por sí mismos no la tienen, sino publicarlos para que sobre ellos no pueda ser inducido a error quien no fue parte en su otorgamiento»<sup>1247</sup>. Es decir, la eficacia publicadora de las inscripciones registrales opera al margen de la propia validez del acto o contrato que publica, porque es ese única y exclusivamente el papel de la eficacia de nuestro sistema de publicidad registral.

Sentado lo anterior, la aplicación del art. 33 de la LH española en el sistema registral español, peculiar y mixto, de publicidad registral inmobiliaria, ha provocado los más dispares juicios, interpretaciones y problemas<sup>1248</sup>. No es momento de detenerse en el desarrollo de cada uno de esos problemas exegéticos, baste aquí apuntar los principales.

Dos han sido los problemas principales que se han suscitado al respecto: de una parte, si al hablar el precepto de actos y contratos nulos, ¿se está refiriendo sólo al presupuesto obligacional de las adquisiciones inmobiliarias (el título del sistema transmisivo), o se extiende también al acto de entrega (*traditio* o modo de la teoría del título y el modo), que inmediatamente produce la adquisición?<sup>1249</sup>; de otra parte, al hacer referencia el precepto al término nulidad, ¿se está refiriendo exclusivamente al supuesto de nulidad radical, o incluye también las diferentes formas de ineficacia o invalidez de los negocios jurídicos (no sólo nulidad, sino también anulabilidad)?

La primera de las cuestiones controvertidas, implica una correcta interpretación sistemática y conjunta de los arts. 33 y 34 de la LH española, ya que en función de la respuesta que se dé, así será más o menos amplio el ámbito operativo del art. 34 de la LH española. Si entendemos que la nulidad se refiere tanto al título, como al modo, limitaremos enormemente el ámbito de aplicación del art. 34 de la LH española; mientras, que si por el contrario, entendemos aplicable la nulidad únicamente al título, el ámbito de operatividad del art. 34 de la LH española será mucho mayor, en la medida en que incluirá igualmente los supuestos de ventas de cosa ajena por parte de un *non dominus*, defecto que se circunscribe

---

<sup>1247</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, pp. 1100 y 1101.

<sup>1248</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, p. 1098.

<sup>1249</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, p. 1107.

al modo y no al título. Es precisamente ésta una de las cuestiones que más dudas ha suscitado precisamente en el ámbito de las ventas judiciales procedentes de embargos sobre inmuebles de un *non dominus*, materia que nos ocupa; y es precisamente la resolución definitiva de esta cuestión, uno de los extremos de los que se ocupa la célebre Sentencia del Tribunal Supremo de 5 marzo de 2007, en la que de manera definitiva deja sentado que la nulidad a la que se refiere el art. 33 de la LH española es exclusivamente la atinente al título traslativo y no al modo<sup>1250</sup>, cuyo defecto en lo que a la falta de poder dispositivo se refiere, es precisamente lo que viene a salvar el art. 34 de la LH española<sup>1251</sup>.

En lo que hace a la segunda de las cuestiones controvertidas, a saber, la concerniente al alcance del término «nulidad», siguiendo la opinión mayoritaria hemos de concluir que dentro del término nulidad, no sólo debe entenderse incluido el supuesto de nulidad radical, sino todos y cada uno de los supuestos de invalidez de los negocios jurídicos. El argumento principal que sirve de sustento a esta postura es que bajo la rúbrica del Capítulo VI («De la nulidad de los contratos») del Título II («De los contratos») del Código Civil español, se regulan todos los supuestos de ineficacia negocial existentes en nuestro Ordenamiento.

Analizados con cierto detalle los requisitos exigidos para la aplicación de la protección derivada de la fe pública registral, conforme al art. 34 de la LH española, es hora de que nos adentremos en la operatividad de esta figura en el ámbito de las ventas judiciales, para lo cual deberemos comprobar si tales requisitos se ajustan o no a las características propias de tales ventas; de lo que nos ocupamos en el epígrafe siguiente.

#### **4.2.3. La operatividad de la fe pública registral en el ámbito de las ventas judiciales: ¿alcanza su protección al adjudicatario?**

Atendiendo a la letra del art. 34 de la LH española, puede comprobarse que las adquisiciones que se dan a través de las ventas judiciales se ajustan (o pueden ajustarse, más bien) plenamente a los presupuestos en él exigidos: se trata de una adquisición *inter vivos*, derivativa, onerosa, que suele traer causa por lo general de un titular registral (en la mayor parte de los casos, el inmueble subastado constará en el Registro, de ahí que se prevea expresamente en la LEC española la expedición de la denominada certificación de dominio y cargas por parte del Registrador encargado del Registro de la Propiedad en que radique el inmueble objeto de subasta, *ex art. 656 de la LEC española*), que en caso de inscripción por

---

<sup>1250</sup> Afirma, en este sentido, el Tribunal Supremo español en el Fundamento Jurídico séptimo de la Sentencia de 5 de marzo de 2007, lo siguiente: «Este precepto ampara las adquisiciones a non domino precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta Sala».

<sup>1251</sup> Vid. a este respecto nuestro estudio: MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007»..., *cit.*, pp. 1982-1988.

parte del adjudicatario del derecho adquirido, en principio debería verse amparado por la protección dispensada por la fe pública registral.

No obstante, al no existir precepto alguno en el seno del Ordenamiento español (debemos matizar esta afirmación en el sentido que ahora veremos, pues con la entrada en vigor de la vigente LEC 1/2000, la inexistencia apuntada no es del todo cierta), del que a diferencia del Ordenamiento italiano, pueda deducirse con notoria claridad la aplicación de la protección registral al adquirente mediante venta judicial. Ello ha traído consigo, como hemos apuntado en trabajos precedentes, y como consecuencia las dispares soluciones erigidas en torno al particular en los sistemas jurídicos de los países de nuestro entorno continental, una gran controversia en el seno de la doctrina y jurisprudencia españolas, en las que pueden encontrarse posturas favorables a la aplicación del art. 34 de la LH española al ámbito de las ventas judiciales<sup>1252</sup>, y posiciones que rechazan la inteligencia anterior negando la protección registral de los adjudicatarios<sup>1253</sup>.

---

<sup>1252</sup> Se muestran favorables a la admisibilidad de la fe pública registral en el ámbito de las ventas judiciales, entre otros los siguientes autores: GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, p. 1076: «En todo caso, la adquisición del adjudicatario es una adquisición derivativa *inter vivos* y onerosa; y eso es lo que en nuestro Derecho basta para su protección registral. Esta tesis, secundada además por varios otros autores, es la que entre nosotros ha abierto el camino a la redacción del artículo 594 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. A partir de él es ya legalmente cierto que el mismo adjudicatario –no sólo el subadquirente que de él traiga causa– es un tercero adquirente alcanzado por el efecto protector del artículo 34 LH». Igualmente, TALMA CHARLES, J., *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Madrid, 2001, p. 564: «Si el tercer adquirente en la subasta judicial cumple con los requisitos exigidos por el artículo 34 LH (en especial habrá que fijarse en su buena fe), entonces tal titular inscrito habrá adquirido una posición inatacable configurándose como un verdadero tercer hipotecario». Asimismo, BUSTOS PUECHE, J. E., «El sujeto beneficiario de la protección registral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 679, 2003, p. 2639: «¿Por qué [...] se mantiene en su adquisición al adjudicatario de la subasta? Porque confió en un presupuesto material u objetivo, conformado por la información registral y la misma actuación judicial, apto para ser creído por el postor. Y como, además, concurrían los otros requisitos [...] que exige la doctrina de la apariencia jurídica para su aplicación, el rematante podrá perfectamente invocar esta institución, cuya eficacia consiste en provocar los mismos efectos sustanciales [...] que si la situación jurídica aparente hubiera sido real: si el embargo realmente hubiera recaído sobre cosa propiedad del ejecutado»; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La buena fe requerida por el adquirente en remate “*a debitore no domino*”: comentario a la STS de 5 de marzo de 2007», en *Revista de Derecho Patrimonial*, N°19, 2007, p. 330: «Parece más lógico entender, con la doctrina de esta Sentencia, que la adquisición del adjudicatario en el procedimiento de apremio puede reunir los requisitos propios de la protección del Registro: adquiere de quien aparece en él como titular, mediante una contra- prestación, sin que en el Registro figuren las causas que permitan dudar de la titularidad del transmitente y sin conocerlas de otro modo, y, finalmente, inscribe su derecho»; igualmente por parte de este último autor, anteriormente, *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, *cit.*, pp. 239-246.

<sup>1253</sup> Se muestra contraria a la protección registral de las adquisiciones que tienen lugar mediante venta judicial señaladamente aquellos autores de inspiración germánica, pudiendo destacarse por todos a este respecto a GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Principios Hipotecarios*, Madrid, 1931, p. 163: «Quedan fuera también los adquirentes a título lucrativo y aún los que lo fueron por ministerio de la Ley o sentencia judicial, porque el sistema tiende primordialmente a favorecer la negociación inmobiliaria». En esta misma línea aunque con razonamiento ciertamente chocante (por no decir absolutamente insostenible), ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «Crítica de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 5 de marzo de 2007», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 721, 2010, p. 2055, quien señala al respecto que el remate es aleatorio por la falta de correspondencia entre el precio y el valor, razón por la cual se justifica la rebaja drástica de los precios de adjudicación; no es asimilable, por tanto, a una venta onerosa. Y tampoco se cumple el requisito de provenir de



En efecto, como apunta GORDILLO CAÑAS en alusión al Derecho comparado, «en Alemania se excluye la protección registral del adjudicatario, porque se la considera como una forma de adquisición no negocial, extraña, por ello, al campo de las adquisiciones por negocio jurídico que, en cuanto instrumento de a seguridad del tráfico, el Registro de la Propiedad se propone asegurar y proteger»<sup>1254</sup>. Ahora bien, añade el referido autor, «que no sea ésta una solución a la que necesariamente aboque la naturaleza de esta adquisición ni, sobre todo, la delimitación del ámbito de la protección registral, se comprueba con la sola observación de que en el Derecho suizo se entiende establecida justamente la contraria: el adquirente en subasta ejecutiva queda amparado por la fe pública registral»<sup>1255</sup>.

Destacable es igualmente el razonamiento acogido por la jurisprudencia española que ha negado la protección registral del adjudicatario, la cual, de manera ciertamente errónea, ha acudido al art. 33 LH para sustentar este posicionamiento: en efecto, a juicio de esta doctrina jurisprudencial, el procedimiento ejecutivo sería nulo si la cosa embargada no es propiedad del deudor. De acuerdo con ello, la adquisición de él derivada sería una adquisición aquejada de una nulidad que su inscripción no podría sanar: el adjudicatario que la inscribiera seguiría expuesto e inerte frente a la reivindicación del dueño, aunque éste no hubiera interpuesto oportunamente la correspondiente tercería de dominio<sup>1256</sup>.

Como apuntamos anteriormente, por fortuna el razonamiento anterior ha sido completamente superado a partir de la importante Sentencia del Tribunal Supremo español

---

titular inscrito, pues realmente proviene del juez. A nuestro juicio, ambas apreciaciones son objetables: en primer lugar, porque el remate no es un acto aleatorio, sino conmutativo, pues en el momento de su perfección las partes determinan de manera inmodificable cada una de las prestaciones, no estando sujeta a ninguna circunstancia incierta; y, en segundo lugar, aunque se reputase aleatorio desde la perspectiva del autor, no dejaría de ser un acto oneroso, pues es una subcategoría del mismo, por lo que entraría bajo la *ratio* del art. 34 de la LH española. Cfr. una amplia crítica a este planteamiento en nuestro estudio, MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007»..., *cit.*, pp. 2019-2021. El mismo ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., «Crítica de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 5 de marzo de 2007»..., *cit.*, pp. 2055 y 2056, también alude a un argumento adicional para negar la operatividad de la fe pública registral en el ámbito de las ventas judiciales: alude el citado autor a que la naturaleza procesal de la adquisición que tiene lugar mediante venta judicial está en contradicción del tercero hipotecario. También nos ocupamos de la crítica de este último argumento, claramente rebatible en base a la postura que venimos vertiendo a lo largo del presente trabajo en torno a la compleja naturaleza jurídica de la venta judicial (no sólo procesal, sino también sustantiva, en la medida en que da lugar al nacimiento de una verdadera relación jurídica de venta: cosa a cambio de precio), en nuestro estudio, MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007»..., *cit.*, pp. 2021 y 2022.

<sup>1254</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, pp. 1073 y 1074.

<sup>1255</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, p. 1074.

<sup>1256</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)»..., *cit.*, p. 1075, quien destaca al efecto las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo español en las que se acoge este equivoco razonamiento: de 8 de marzo de 1993 y 31 de mayo de 1999.

de 5 de marzo de 2007<sup>1257</sup>, con la que se zanja dos extremos fundamentales ya apuntados por nosotros en precedentes trabajos, a saber:

- De una parte, que el artículo 34 LH ampara las adquisiciones *a non domino*, precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente. En efecto, siendo el sistema de transmisión derivativa de los derechos reales de naturaleza causal, el adquirente de un bien puede no llegar a adquirir por dos razones: la primera por una irregularidad en su título, en su contrato; la segunda, por una irregularidad que afecta al modo de adquirir (art. 433 del CC español), es decir, a la falta de poder de disposición del transmitente. Pues bien, esta última irregularidad es la que trata de subsanar el principio de fe pública registral. A este respecto, puede añadirse un argumento basado en la analogía, a saber, en la propiedad inmobiliaria inscrita el principio de fe pública registral juega el mismo papel que tiene la usucapión ordinaria: subsanar la falta de poder de disposición del transmitente, aunque con la particularidad de que no se requiere en este caso ni transcurso del tiempo ni posesión del adquirente. En definitiva, el artículo 34 de la LH española salva el poder de disposición que es una irregularidad exclusiva del modo del sistema traslativo no atinente al título o contrato<sup>1258</sup>.
- Y, de otra parte, se fija el alcance del artículo 33 de la LH española, que no debe considerarse excepcionado por el artículo 34 de la LH española, ya que de ser así, entenderíamos que la falta de poder de disposición es requisito de validez del título, cuya nulidad excepcionalmente salva el artículo 34 de la LH española. Antes bien, el artículo 34 de la LH española no es una excepción del artículo 33 del mismo texto legal, pues lo que se quiere evitar con este último precepto es que por el hecho de la inscripción lo nulo civilmente se trasmute en válido registralmente. El artículo 33 de la LH española no salva la venta nula de cosa propia y sí la venta formalmente válida de cosa ajena. Desde esta perspectiva, el artículo 33 de la LH española reafirma la validez de la venta judicial de cosa ajena y la presupone, significando el precepto que el Registro purga los defectos del modo pero en ningún caso los del título<sup>1259</sup>.

---

<sup>1257</sup> Cfr. los importantes comentarios que a este Sentencia del Tribunal Supremo efectúan: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La buena fe requerida por el adquirente en remate “*a debitorum non domino*”: comentario a la STS de 5 de marzo de 2007»..., *cit.*, pp. 404-414; y GORDILLO CAÑAS, A., «Sentencia de 5 de marzo de 2007: Fe pública registral: protección de la adquisición *a debitorum non domino* en procedimiento de apremio. Fijación de la doctrina jurisprudencial al respecto», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 75, 2007, pp. 1429 y ss.

<sup>1258</sup> CUENA CASAS, M., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007. Alcance del art. 34 LH en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral», en YZQUIERO TOLSADA, M. (Dir.), *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 1° (2005-2007), Madrid, 2008, pp. 365-368.

<sup>1259</sup> MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007»..., *cit.*, p. 1986.

Esta misma Sentencia del Tribunal Supremo español de 5 de marzo de 2007 ha venido a sentar igualmente la aplicación indubitada del art. 34 de la LH española al ámbito de las transmisiones que tienen lugar mediante venta judicial. Y es que a esta conclusión no sólo se llega desde la letra del propio art. 34 de la LH española, sino igualmente en base a datos normativos a través de los cuales puede llegarse a esta misma conclusión. Nos estamos refiriendo a la LEC española 1/2000, [señaladamente a los arts. 594 y 674 del referido texto legal (si bien en mayor medida en lo que respecta al primero de los preceptos enunciados)] y el art. 464 del CC español; de aquí la matización que hacíamos anteriormente acerca de la inexistencia de preceptos, de los que al igual que en Italia, puedan deducirse la extensión de la protección registral a los adjudicatarios de ventas judiciales.

En efecto, por lo que hace al art. 594 de la LEC española, merece la pena que recordemos lo dispuesto por su párrafo primero, a cuyo tenor: *«El embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irrevindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva»*.

Como ya hemos tenido ocasión de subrayar a lo largo del presente trabajo, aunque no gran desarrollo, el enunciado precepto sienta dos extremos fundamentales:

- De un lado, que el embargo trabado sobre una cosa no perteneciente al deudor, y consecuentemente la venta judicial que traiga causa del mismo, esto es, la venta judicial de cosa ajena, resultan plenamente eficaces. Con ello, ya no cabe ningún género de duda acerca de la inaplicabilidad en base a la ajenidad de la cosa objeto de venta judicial del art. 34 de la LH española, en virtud del art. 33 de la LH española: antes bien, es precisamente esa falta de poder de disposición la que vendrá a sanar la fe pública registral.
- De otra parte, que si el *verus dominus* no ejercita temporáneamente la oportuna tercería de dominio, perderá toda posibilidad de recuperar su derecho impugnando la enajenación judicial, en el caso que el adjudicatario adquiera su derecho de manera irrevindicable; y he aquí la clave: en la expresión «adquisición de manera irrevindicable de acuerdo con la legislación sustantiva», resulta fuera de toda duda que el legislador procesal se está refiriendo a la adquisición que tenga lugar conforme a los requisitos exigidos por la fe pública registral, principal instrumento del conjunto del Ordenamiento español que hace inatacable la adquisición *a non domino* con apoyo en la misma<sup>1260</sup>.

---

<sup>1260</sup> Alude incisivamente a los efectos de admitir la aplicación de la fe pública registral a las adquisiciones que tengan lugar mediante venta judicial señaladamente GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral

Por lo que respecta al art. 674 de la LEC española, de manera no tan evidente como el art. 594 de la LEC también constituye, a nuestro juicio, un claro indicio del sometimiento de las adquisiciones operadas mediante venta judicial al ámbito protector del registro. En efecto, el art. 674 de la LEC española hace expresa referencia al título que servirá al adjudicatario para inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad; pues bien, si la propia Ley procesal prevé la inscripción del derecho del adjudicatario en el Registro de la Propiedad, esto es, su sometimiento al sistema registral, ¿acaso no resulta incoherente negar la protección que de dicho sistema se deriva? Y es que la fe pública registral no es sino un efecto de la inscripción registral de un acto jurídico a título oneroso: previéndose la inscripción del derecho del adjudicatario, debe admitirse necesariamente los efectos jurídicos anudados a la inscripción en cuestión.

Y por lo que respecta al art. 464 del CC español, que viene a ser el paralelo al art. 34 de la LH española en el ámbito de los bienes muebles, extiende su ámbito de aplicación en su párrafo segundo a la denominada «venta pública» (que puede entenderse como comprensiva de la venta judicial), lo cual es ciertamente indicativo de que por coherencia debe admitirse el juego de la protección registral sanadora de la adquisición *a non domino* en el ámbito de las ventas judiciales<sup>1261</sup>.

Más allá de los citados argumentos, reiteramos que resulta ciertamente definitivo la apreciación de que los requisitos exigidos por la letra del art. 34 de la LH española se ajustan plenamente a las características propias de la venta judicial: a través de la misma se produce

---

(I)»..., *cit.*, pp. 1076 y 1077: « A partir de él es ya legalmente cierto que el mismo adjudicatario –no sólo el subadquirente que de él traiga causa– es un tercero adquirente alcanzado por el efecto protector del artículo 34 LH. e infravalora, a nuestro juicio, el artículo 594 LEC cuando se le presenta como una norma que no hace por sí misma irreivindicables los bienes adquiridos en pública subasta, sino que se limita a enunciar, tautológicamente, una irreivindicabilidad producida *alio capite* y al margen de ella en razón de causas, principios y normas ajenas a aquél. Es cierto que la irreivindicabilidad sancionada en este precepto no es una irreivindicabilidad absolutamente necesaria; pero el hecho de que así sea no resta un ápice de valor al mandato que la enuncia: es la simple y necesaria manifestación de que en la protección de la adquisición *a non domino* no es suficiente haber adquirido de quien no es dueño, sino que tal adquisición debe producirse siempre encuadrada en un conjunto de circunstancias sin las cuales no se justificaría su protección. Ello supuesto, el solo dato de que el precepto legal cuente con la posibilidad de que el adquirente de bienes embargados pueda adquirir irreivindicablemente –mucho más cuando expresamente se afirma que esa irreivindicabilidad puede venir de la mano del artículo 34 de la Ley Hipotecaria – basta para que se reconozca al artículo 594 LEC la importancia que corresponde a una norma que viene a declarar y sancionar ahora lo que hasta este momento sólo constituía una opinión discutible: que la adquisición en pública subasta entra en el campo al que alcanza el efecto sanante del principio de fe pública registral». También dimos cuenta de esta postura en nuestro estudio: MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007»..., *cit.*, p. 1996: «Con este último pasaje resaltado en negrita (refiriéndonos a la expresión «*los hubiera adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva*»), la Ley de Enjuiciamiento Civil se está refiriendo, sin duda alguna, a la adquisición mediante la protección del artículo 34 LH, único modo de adquirir irreivindicablemente bienes inmuebles habiéndolo hecho de un *non dominus*, pues es el único mecanismo que valida la adquisición que adolece de tal defecto de manera irrefutable».

<sup>1261</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil..., *cit.*, p. 102.

una adquisición derivativa, inter vivos y onerosa y he aquí los pilares básicos de los que el ámbito de aplicación material de la fe pública registral. El art. 34 de la LH no habla en ningún momento de venta, y ello no debe desdeñarse: habla ciertamente de «adquisición onerosa»; de modo que si el legislador no discrimina positivamente las adquisiciones onerosas forzosas, tampoco debemos hacerlo nosotros. Contra esta inteligencia podría objetarse que aunque el legislador hipotecario hable de adquisición onerosa, ciertamente está pensando en la adquisición onerosa por antonomasia, a saber, en la venta contractual; pero aunque ello pudiera compartirse, no es menos cierto, que acudiendo al mismo pensamiento del legislador de la época, hemos tenido ocasión de demostrar que esos mismos legisladores conciben a la venta en términos puramente contractualistas, esto es, como sinónimo de la venta contractual. Queda desmotado así todo atisbo de réplica acerca del rechazo de la aplicación de la fe pública registral al ámbito de las ventas judiciales.

En definitiva, el tercero adjudicatario que adquiera un derecho mediante venta judicial de un deudor ejecutado que figure en el Registro como titular del derecho en cuestión, reuniendo buena fe e inscribiendo su derecho en el Registro de la Propiedad, se verá protegido en la titularidad de su derecho de modo inatacable; esto es, aunque el deudor ejecutado hubiera transmitido su derecho con anterioridad al inicio del proceso de ejecución a otro sujeto (que no inscribió su derecho en el Registro de la Propiedad), este último no podrá dirigirse en ningún caso y bajo ningún concepto frente al adjudicatario; tampoco pues, accionando las consecuencias que se deriven del eventual hecho de la evicción.



## CAPÍTULO VI – CUESTIONES PATOLÓGICAS: LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y LA RESCISIÓN POR LESIÓN

### 1. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN LA VENTA JUDICIAL

La resolución por incumplimiento o facultad resolutoria constituye un medio de tutela de la lesión del crédito previsto tanto por el Ordenamiento español, cuanto por el italiano, en el marco de las relaciones jurídicas obligatorias de carácter recíproco o sinalagmático. Frente al incumplimiento de este tipo de obligaciones, caracterizadas por ser aquellas en las que los sujetos están recíprocamente obligados de modo correlativo, de manera que la obligación asumida por una parte es causa de la obligación asumida por la otra, siendo ambas partes a la vez y por la misma razón acreedora y deudora la una de la otra<sup>1262</sup>, el Ordenamiento permite no sólo la exigencia del cumplimiento forzoso (*in natura* o por equivalente), cual remedio general frente a todo incumplimiento obligacional, sino alternativamente la posibilidad de deshacer el vínculo que recíprocamente les une<sup>1263</sup>.

La facultad resolutoria se recoge en el art. 1124 del CC español y en el art. 1453 del CC italiano, si bien con una ubicación sistemática en el conjunto del Código absolutamente diversa: mientras que el art. 1124 del CC español se enmarca en el Título I del Libro IV, concerniente a «las obligaciones»; el art. 1453 del CC italiano se recoge dentro del Título II

---

<sup>1262</sup> DE PABLO CONTRERAS, P., «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., y PARRA LUCÁN, M. A., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2011, pp. 212 y 213.

<sup>1263</sup> DE PABLO CONTRERAS, P., «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual»..., *cit.*, p. 216. CLEMENTE MEORO, M. E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998, p. 27, afirma a este respecto que la resolución por incumplimiento «es uno de los medios de tutela de que dispone el acreedor en los contratos en que surjan obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes. Frente al incumplimiento de su deudor, el acreedor puede optar por exigir el cumplimiento, pero también puede escoger poner fin a la relación obligatoria, y es a esta extinción sobrevenida de la relación obligatoria instada por el acreedor con base en el incumplimiento del deudor a lo que llamamos resolución por incumplimiento; medio de tutela del crédito que se encuentra recogido, con carácter general, en el art. 1124 del CC».

del Libro IV, relativo a «los contratos en general». Distinta ubicación que no es baladí a los efectos de lo que a nosotros interesa, a saber, la posible operatividad de esta facultad resolutoria en el ámbito de las ventas judiciales, como seguidamente tendremos ocasión de comprobar.

Como decimos, la facultad resolutoria es propia de aquellas obligaciones que tienen carácter recíproco, de ahí que constituya un remedio general aplicable a los contratos de compraventa, cuya relación jurídica guarda desde todo punto dicho carácter sinalagmático o recíproco. Partiendo de estas premisas, lo que pretendemos plantearnos precisamente en este apartado es la vigencia que esta resolución por incumplimiento tiene en el seno de las ventas judiciales. Esto es, ¿puede el deudor ejecutado o el adjudicatario ejercitar la facultad resolutoria en el marco de la venta judicial? La respuesta a esta cuestión nos obliga a adentrarnos en el ámbito de aplicación de la figura, consecuentemente, en el análisis de los presupuestos necesarios para que ésta tenga lugar, poniéndolos en relación con las específicas características de la venta judicial. Así, partiremos de la definición legal de la figura en cuestión; determinaremos a partir de la misma el ámbito material en que se desenvuelve; para finalmente analizar los requisitos no sólo legales, sino sobre todo doctrinales y jurisprudenciales que han venido construyéndose para que pueda tener lugar la resolución por incumplimiento, constatando si los mismos concurren o no en las ventas judiciales.

### **1.1. LA DEFINICIÓN LEGAL DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN ESPAÑA Y EN ITALIA COMO PUNTO DE PARTIDA QUE YA DA MÚLTIPLES RESPUESTAS SOBRE EL PARTICULAR**

Acabamos de indicar que la resolución por incumplimiento es una figura recogida, fundamentalmente, en el art. 1124 del CC español y en art. 1453 del CC italiano, ambos con una ubicación absolutamente dispar en el conjunto de la estructura del Código Civil.

Afirma el art. 1124 del CC español: *«La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.»*

*El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.*

*El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo.*

*Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.»*



El art. 1453 del CC italiano, por su parte dispone: *«En los contratos con prestaciones correspectivas, cuando uno de los contratantes no cumple su obligación, el otro puede, a su elección, exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, a salvo en ambos casos, el resarcimiento del daño.*

*La resolución también puede ejercitarse cuando haya sido ya exigido previamente en juicio el cumplimiento; aunque no puede exigirse el cumplimiento cuando haya sido ya instada la resolución.*

*Desde el momento en que se inste la resolución el incumplidor no podrá ya cumplir su propia obligación»<sup>1264</sup>.*

Más allá de la distinta ubicación en la que se enmarcan cada uno de los preceptos en los respectivos Códigos Civiles, en el español en sede de las obligaciones y en el italiano en el ámbito del contrato, la cual ya resulta ilustrativa, el propio tenor literal de los preceptos arroja una diferencia esencial entre la figura de la resolución por incumplimiento en España e Italia: mientras que en España la resolución por incumplimiento se contempla como un medio de tutela propio de las «obligaciones recíprocas», en Italia se prevé como remedio frente al incumplimiento de los «contratos con prestaciones correspectivas». En España el adjetivo, contractual brilla por su ausencia tanto en la ubicación, cuanto en la definición de la figura; si bien en Italia no se concibe más allá de los confines de los contratos. Ciertamente, como ahora tendremos ocasión de comprobar, en España en sede doctrinal y jurisprudencial parece darse por hecho de que se trata de un remedio de las obligaciones recíprocas nacidas de los contratos, pero no es menos cierto que el texto legal en ningún momento alude al contrato y no debe olvidarse que de acuerdo con el art. 1089 del CC español, el contrato no es la única fuente de las obligaciones, siéndolo también la Ley.

¿Qué importancia tiene la apreciación anterior a los efectos de la operatividad del instituto de la resolución por incumplimiento en las ventas judiciales? Toda, pues, no siendo claramente la venta judicial un contrato, resulta evidente que la resolución por incumplimiento, de acuerdo con su configuración legal en Italia, no puede resultar de aplicación. Y aquí no estamos pecando de quedar condicionados por la cuestión de la naturaleza jurídica, antes bien, la naturaleza contractual de la figura en cuestión constituye un extremo afirmado legalmente por activa y por pasiva. De hecho, gozando el Ordenamiento italiano de una expresa regulación sustantiva de la venta judicial en los arts. 2919 y ss. del CC italiano, no existe precepto alguno en el que se contemple la resolución

---

<sup>1264</sup> Traducción llevada a cabo por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 1453 del CC italiano es el siguiente: «Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno.

La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione.

Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione».

por incumplimiento como remedio aplicable a la venta judicial. Ni siquiera aplican institutos similares al de la facultad resolutoria como pueden ser la acción redhibitoria propia del saneamiento por vicios o defectos ocultos, que como sabemos, queda excluido con carácter expreso del ámbito de las ventas judiciales. Y es ésta, por otra parte, la opinión unánime de la doctrina italiana, que aunque no se ha ocupado con carácter monográfico de esta cuestión, tiende a negar la operatividad de la resolución por incumplimiento con carácter recurrente en otras sedes materiales, tales como la del *aliud pro alio* ya analizado, en el que siendo la resolución por incumplimiento la consecuencia que trae consigo a favor del comprador en las ventas voluntarias, se niega su vigencia en el ámbito de las ventas judiciales, buscándose soluciones alternativas a tales efectos (recordamos, fundamentalmente, aplicar el específico remedio previsto en el art. 2921 del CC italiano para el caso de la evicción al supuesto de *aliud pro alio*).

Si ello no es contemplable en el escenario italiano, en el marco del Ordenamiento español, sí cabe que nos planteemos la posible aplicación de la resolución por incumplimiento a las ventas judiciales: en España, reiteramos, constituye una figura propia de las obligaciones (no necesariamente contractuales, por mucho que así se reitere), lo que deja la puerta abierta a su discusión.

## **1.2. LOS REQUISITOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN ESPAÑA: SU ESTUDIO A LA LUZ DE LAS ESPECÍFICAS CARACTERÍSTICAS DE LA VENTA JUDICIAL**

De acuerdo con la letra del art. 1124 CC, el ejercicio de la facultad resolutoria en él prevista exige únicamente la concurrencia de dos requisitos: a saber, que entre las partes exista una relación obligatoria de carácter recíproco o sinalagmático, y que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. Sin embargo, como bien apunta DÍEZ-PICAZO, la reiterada aplicación del precepto ha dado lugar a una copiosísima jurisprudencia, que obliga a matizar esa inicial simplicidad<sup>1265</sup>. Una jurisprudencia que ha ido introduciendo adicionales requisitos para la correcta aplicación de la facultad resolutoria concedida por el art. 1124 CC, que pueden resumirse como siguen atendiendo a la Sentencia del Tribunal Supremo español de 13 de mayo de 2004:

- a) La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron.
- b) La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad.

---

<sup>1265</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, 6ª Edición, Navarra, 2008, p. 816.

- c) Que el demandado haya incumplido de forma grave lo que le incumbía.
- d) Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta de éste que de un modo indubitado, definitivo e irreparable lo origine.
- e) Que quien ejercita la acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es lo que motiva el derecho a la resolución de su adversario y lo libera de su compromiso.

ÁLVAREZ VIGARAY, por su parte, afirma que los requisitos para la resolución por incumplimiento que pueden extraerse del desarrollo jurisprudencial experimentado por el art. 1124 CC, vienen a ser los siguientes:

- a) Reciprocidad de las obligaciones.
- b) de una o varias de las obligaciones contractuales.
- c) Previo cumplimiento del actor.
- d) Existencia en el deudor demandado de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o aparición de un hecho que de modo definitivo e irreformable lo impida<sup>1266</sup>.

Todo lo expuesto, entendemos que puede recapitularse afirmando los siguientes requisitos necesarios para el nacimiento de la facultad resolutoria del art. 1124 CC:

- a) Existencia de un vínculo contractual, vigente, exigible y de carácter recíproco o sinalagmático.
- b) Incumplimiento por una de las partes, que debe ser imputable, específicamente culpable (esta nota de la necesaria imputabilidad en base a la culpa parece eliminarse actualmente por la más reciente jurisprudencia y doctrina), y además revestir cierta gravedad.
- c) Previo cumplimiento del actor.

Analicemos el contenido y significación de cada uno de estos presupuestos, así como su alcance en el seno de las ventas judiciales.

---

<sup>1266</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 2009, pp. 140 y ss.

### 1.2.1. Existencia de un vínculo contractual vigente, exigible y de carácter recíproco o sinalagmático

Deberá existir, suele afirmarse con carácter reiterado por doctrina y jurisprudencia, un vínculo contractual vivo y existente, ya que si éste es inexistente o nulo, no producirá ningún efecto que pueda extinguirse para lo sucesivo<sup>1267</sup>. Vigencia o existencia que también se dice que parece significar que el contrato no ha de haber sido consumado, de manera que si ambas partes han cumplido con sus respectivas obligaciones, no hay nada que quepa resolver<sup>1268</sup>.

Con la exigibilidad parece requerirse algo que resulta bastante obvio, a saber, que mientras que no pueda instarse su cumplimiento no cabe pedir la resolución, pues no puede haber todavía incumplimiento.

Y en tercer lugar, en cuanto al carácter recíproco o sinalagmático de dicho vínculo, sin duda alguna constituye uno de los presupuestos de mayor relevancia en este ámbito, pues es de los pocos contemplados específicamente en la letra del art. 1124 del CC, esencia de este medio de tutela frente a la lesión crediticia. Requisito que trae consigo importantes implicaciones, fundamentalmente las siguientes:

- En primer lugar, que quedan excluidos del ámbito de la resolución por incumplimiento aquellas relaciones obligatorias unilaterales, esto es, con obligaciones para una sola de las partes; así como respecto de aquellas relaciones obligacionales bilaterales imperfectas, esto es, aquellas en la que las obligaciones a cargo de una de las partes no guardan relación de interdependencia con la de la otra<sup>1269</sup>.
- En segundo lugar, la reciprocidad exige no sólo la existencia de prestaciones a cargo de ambas partes, sino igualmente que cada una de ellas resulte como equivalente de la otra, con lo que debe existir entre ellas una mutua condicionalidad<sup>1270</sup>.

---

<sup>1267</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II..., cit., p. 817. Igualmente, CLEMENTE MEORO, M., *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Barcelona, 2009, pp. 14.

<sup>1268</sup> CLEMENTE MEORO, M., *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño...*, cit., pp. 14 y 15; y las sentencias por este autor recogidas a tales efectos: Sentencias del Tribunal Supremo español de 9 de diciembre de 1948, de 20 de diciembre de 1977, de 29 de febrero de 1988, de 16 de abril de 1991, de 4 de enero de 1992, de 21 de marzo de 1994 y de 30 de abril de 1994, entre otras.

<sup>1269</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II..., cit., p. 818. También CLEMENTE MEORO, M. E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento...*, cit., p. 92.

<sup>1270</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento...*, cit., p. 142.

Partiendo de este primer presupuesto en que se hace referencia a la existencia de un vínculo «contractual» y no dando lugar la venta judicial a un vínculo contractual, podríamos ya aparcar la cuestión negando la operatividad de la resolución por incumplimiento en el ámbito de las ventas judiciales. Lo que ocurre, es que no ha de olvidarse que nos enfrentamos a requisitos de cuño singularmente jurisprudencial, extraídos, pues, de los concretos casos a los que el Alto Tribunal español se ha venido enfrentando a lo largo de los años. Supuestos de hecho donde se suscita la problemática jurisprudencial que en su práctica totalidad van referidos a relaciones contractuales. Que ello sea así, no debe hacernos obviar los requisitos verdaderamente legales, cuales son la existencia de una relación obligatoria de carácter recíproco y el cumplimiento de la obligación por parte del sujeto que insta la resolución. Son estos requisitos y no otros los que deben hacernos decantar por una u otra postura acerca de la posible admisibilidad de la resolución por incumplimiento en las ventas judiciales; al margen de que por su importancia doctrinal y jurisprudencial, vayamos a contrastar todos y cada uno de los presupuestos añadidos a los que hemos hecho referencia.

Partiendo de ello, lo primero que debemos plantearnos, pues, es si en la venta judicial existen o no obligaciones. Entendemos que sí existen dos obligaciones fundamentales nacidas de la venta judicial cuales son la entrega de la cosa objeto de venta y el pago del precio; obligaciones de origen no contractual, sino legal (*ex art. 1089 ab initio*, en el que se cita a la Ley como fuente primaria de obligaciones<sup>1271</sup>), en atención a la compleja naturaleza de la subasta cuyo origen se encuentra en el propio proceso de ejecución. Llegados a este punto, justifiquemos en mayor medida la existencia de las obligaciones nacidas de la venta judicial.

Comenzando por la obligación nacida a cargo del vendedor, a saber el deudor ejecutado, consideramos que puede afirmarse que pesa sobre el mismo, al igual que en la venta voluntaria, no sólo la obligación de saneamiento (como ya hemos defendido), sino igualmente la **obligación de entrega de la cosa**. Así se desprende del art. 675 de la LEC, en el que expresamente se establece el derecho del adjudicatario a entrar en la posesión del bien adquirido, previéndose el lanzamiento del ocupante que no disponga de título suficiente para poseer el bien en cuestión (como es el caso del deudor ejecutado)<sup>1272</sup>. Esto es, se establece

---

<sup>1271</sup> Afirma a este respecto DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, I, Madrid, 1975, pp. 240 y 241: «Las obligaciones pueden tener su origen en una disposición de la Ley o en un acto de la autonomía de los particulares: la Ley y la voluntad privada aparecen como los dos polos opuestos entre los que se distribuye la competencia en la creación de relaciones obligatorias. Dentro de esta línea de pensamiento se presenta la clasificación de Gayo de las fuentes de las obligaciones, distinguiendo aquellas que nacen *ex contractu* de las nacidas *ex delicto*».

<sup>1272</sup> CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Navarra, 2001, p. 490: «Cuando el bien esté ocupado por el ejecutado o por un tercer poseedor, esta puesta en posesión comporta su desalojo inmediato, porque ambos están sujetos al acreedor ejecutante) y pudieron intervenir en ella para evitarlas: el ejecutado pagando y el tercero poseedor liberando el bien en los términos del artículo 662. 3».

una medida ejecutiva específica, cual es el referido lanzamiento ordenado por el Secretario Judicial, en el caso en que la entrega posesoria no tenga lugar a favor del adjudicatario.

Esta obligación de entrega es de notar que juega al margen de los efectos jurídicos-reales de la venta judicial, los cuales se anudan, como hemos tenido ocasión de demostrar, al conjunto de actos procesales que concluyen con la firmeza del decreto de adjudicación. A este respecto, resulta destacable que es reiterada la doctrina y jurisprudencia que deslinda la obligación de entrega nacida de la venta, cifrada en la realización de los actos necesarios para que la cosa vendida se transfiera a la posesión del comprador (posesión pacífica y legal)<sup>1273</sup>; del acto jurídico al que la Ley otorgue la virtualidad de modo transmisivo de la propiedad u otro derecho real. Esto es, como bien indica ESPEJO LERDO DE TEJADA, «la entrega, en primer lugar, es un elemento de la prestación: una conducta que debe ser cumplida por el vendedor para dar satisfacción al comprador en aspectos tales como el uso, goce y disposición del bien»; (...) Pero, en segundo lugar, la entrega es un requisito de la transmisión del derecho real sobre la cosa vendida (cfr. art. 1095 CC): el “modo de adquirir” necesario para la adquisición real»<sup>1274</sup> en el sistema traslativo por título y modo. Es frecuente que ambos elementos se den de forma simultánea a través de un solo acto, aunque pueden darse por separado<sup>1275</sup>, de ahí que en el plano obligacional, la falta de entrega posesoria pueda ser objeto del recurso a la resolución por incumplimiento, mientras que en el plano jurídico-real habiendo adquirido la propiedad el comprador (por ejemplo, mediante el otorgamiento de escritura pública), podrá reclamarse mediante la oportuna acción reivindicatoria. Este es el motivo que explica que la elevación a escritura pública de un contrato de compraventa futura transmita la propiedad del bien, dándose la entrega posesoria en un momento posterior. En la venta judicial, en la que la transmisión de la propiedad opera *ex lege*, al margen del título y el modo, es evidente que la entrega posesoria sólo constituirá una obligación a cargo del vendedor, y nunca un acto con trascendencia traslativa en el ámbito jurídico-real; sólo habrá entrega en el primero de los sentidos analizados.

---

<sup>1273</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)», en *Anuario de Derecho Civil*, N° 1, 2001, pp. 177 y 178. También CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales...*, cit., p. 253.

<sup>1274</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «En qué casos la escritura pública no equivale a entrega», en CARRASCO PERERA, A. (Dir.), *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Vol. 2, Valencia, 2013, p. 1203.

<sup>1275</sup> GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., «Comentario al artículo 1462», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, Valencia, 2013, pp. 10318 y ss. Igualmente, de nuevo GORDILLO CAÑAS, A., «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)»..., cit., pp. 177 y 178. También JEREZ DELGADO, C., *Tradición y Registro*, Madrid, 2004, pp. 97 y ss. Asimismo, MORALES MORENO, A., *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, pp. 214-215 y 229. En el seno de la jurisprudencia, por todas puede verse la STS 11 octubre 2006 (RJ 2006\6693) en la que se afirma que la entrega tiene «un doble significado, pues en el ámbito obligacional constituye un acto debido o de cumplimiento (artículos 1156 y 1160 del Código Civil) y, en el real, el modo complementario del título o contrato (artículos 609 y 1095 del Código Civil)».

Por lo que respecta al adjudicatario, resulta con mayor claridad si cabe (dada su intervención voluntaria) que tiene la **obligación de pagar el precio** por la cosa objeto de venta judicial, de manera que si no lo hace se prevé la sanción de la pérdida de la caución depositada como garantía para licitar *ex art. 653 de la LEC española*.

Existiendo obligaciones, éstas pueden incumplirse, claro está, lo que hace que quepa plantearse si ante tal caso cabe o no la facultad resolutoria. De hecho así puede deducirse igualmente del art. 1090 del CC español, en el que se establece que las obligaciones derivadas de la Ley se regirán *«por los preceptos de la Ley que las hubiera establecido; y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del presente libro»* (relativo a las obligaciones y contratos): esto es, el propio CC español prevé la posibilidad de que, tratándose de una obligación de origen legal, le resulten de aplicación las mismas disposiciones que a las restantes obligaciones, entre las que se incluye ciertamente la figura de la resolución por incumplimiento.

Salvado lo anterior, tiene sentido que nos planteemos si los requisitos aludidos para que tenga lugar la resolución por incumplimiento se dan o no en el seno de la venta judicial, desquitándolos del calificativo del necesario carácter contractual, que atención al tenor legal reiteramos que no es necesario.

Comenzando, pues, por este primer requisito de la vigencia y exigibilidad, puede decirse que puede predicarse de la venta judicial: en principio ésta es válida (siempre que se den los presupuestos legales y la tramitación procesal necesaria para que así lo sea) y una vez que se culminan todos y cada uno de los actos procesales que la integran, las obligaciones nacidas de la misma resultan plenamente exigibles (habrá que esperar, pues, a tal momento).

Por lo que hace al fundamental requisito del carácter recíproco de la relación obligacional en cuestión, es evidente que ésta se da en la venta judicial: en ella existe una plena interdependencia entre la transmisión del derecho titularidad del ejecutado y el pago del precio por parte del rematante, siendo una causa de la otra con carácter recíproco. El derecho se transmite en la medida en que se paga el precio, hasta el punto de constituir dicho pago un presupuesto procesal necesario para que la transmisión tenga lugar, luego la reciprocidad es aún más intensa si cabe que en la venta voluntaria. Se constata así, que la relación jurídica nacida de la venta judicial es plenamente equiparable a la nacida de una venta contractual: cosa (más bien derecho) a cambio de pago del precio, relación jurídica de venta, que si es apta para dar lugar a la facultad resolutoria en un caso debería serlo igualmente en el otro.

### 1.2.2. Incumplimiento por una de las partes, que debe ser imputable (resulta controvertido si específicamente culpable), y además revestir cierta gravedad

El segundo requisito esencial que debe darse para que pueda tener lugar la facultad resolutoria no es otro que **la existencia precisamente del incumplimiento** de la alguna de las obligaciones asumidas con carácter recíproco por las partes. Éste tiene lugar, siguiendo a DE PABLO CONTRERAS, «en caso de omisión o inejecución de la prestación convenida, y también en el de realización de una prestación diversa de la pactada (*aliud pro alio*), cuando resulte totalmente inhábil para el fin a que se destine, causando la insatisfacción del acreedor»<sup>1276</sup>. A lo que el mismo autor añade dos eventualidades calificables como incumplimiento: de un lado, el incumplimiento parcial de la obligación, siempre que la parte no ejecutada determine la ruptura de la correspectividad de la de las prestaciones; y de otro, lo que viene a denominarse como ejecución cualitativamente defectuosa, siempre que la prestación muestre deficiencias que la hagan objetivamente inhábil para satisfacer el interés del acreedor, o reduzcan enormemente su utilidad o valor, no habiéndola aceptado el acreedor en esas condiciones con efectos solutorios<sup>1277</sup>.

Incumplimiento que hasta tiempo reciente venía afirmándose que tenía que resultar imputable específicamente en atención al presupuesto de la culpa. Veamos cuál ha sido la evolución a este respecto.

Señala DÍEZ-PICAZO, que a partir de la década de los cuarenta hizo fortuna, y se ha mantenido así durante casi cincuenta años, la tesis de que la viabilidad del ejercicio de la acción resolutoria del contrato exige que quede demostrada una «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido» (Sentencia del Tribunal Supremo Español de 12 de abril de 1945)<sup>1278</sup>. Máxima jurisprudencial que vino operando como una suerte de norma abstracta de muy difícil explicación, pues no se entendía muy bien qué quería decirse con la necesaria existencia de una «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento», pudiendo llegar a entenderse como equivalente al dolo en el incumplimiento, lo cual a juicio de DÍEZ-PICAZO parece antojarse a todas luces excesivo, pues no hay razón alguna para que el llamado «incumplimiento imputable» obedezca sólo a dolo, no pudiendo ser causado por falta de diligencia (culpa) o por cualquier otra causa que sea imputable al demandado<sup>1279</sup>.

Este criterio jurisprudencial, no obstante, ha sido superado en los últimos tiempos, en los que puede encontrarse una línea de mayor objetivación del incumplimiento

---

<sup>1276</sup> DE PABLO CONTRERAS, P., «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual»..., *cit.*, pp. 218 y 219.

<sup>1277</sup> DE PABLO CONTRERAS, P., «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual»..., *cit.*, p. 219.

<sup>1278</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II..., *cit.*, p. 834.

<sup>1279</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II..., *cit.*, p. 835.



resolutorio<sup>1280</sup>, la cual encuentra su raíz en la idea de la frustración del fin del contrato<sup>1281</sup>. A este respecto, pueden citarse Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2003, 15 de julio de 2003, 5 de febrero de 2007, 3 de abril de 2007, 31 de mayo de 2008, entre otras; en las que se afirma que «ni siquiera es exigible una voluntad de incumplir, sino sólo el hecho objetivo del incumplimiento, no justificado o producido por causa imputable al que pide la resolución»<sup>1282</sup>. En definitiva, como señala Díez-PICAZO a este respecto, no se resuelven las

---

<sup>1280</sup> Da detallada cuenta de inicio de esta tendencia al abandono por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español de la exigencia de la «voluntad rebelde» como presupuesto de la acción de resolución por incumplimiento JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*, Madrid, 1992, pp. 163-166, abogando por la supresión de todo requisito subjetivista o voluntarista en la imputación del incumplimiento de cara al ejercicio de la resolución por incumplimiento: «El nuevo movimiento jurisprudencial superador de la “voluntad rebelde”, no ha supuesto cambio real alguno en los verdaderos criterios de decisión del Tribunal Supremo –las razones por las que se desestima o acoge la acción resolutoria por incumplimiento son exactamente las mismas–, sino una mutación terminológica, nacida del (buen) deseo de evitar el riesgo (...) de que, por el fuerte acento subjetivista de la terminología tradicional, pudiera pensarse que es el dolo del deudor incumplidor del criterio distintivo entre los incumplimientos resolutorios y los no resolutorios: que, en suma, sólo el incumplimiento doloso sea un incumplimiento resolutorio. La quiebra (sólo terminológica, no en los reales criterios de decisión) de la doctrina tradicional de la “voluntad rebelde”, se ha producido en forma de dos subcorrientes, dentro del nuevo movimiento jurisprudencial: a) Una primera, menos radica, que sustituye el viejo fetiche de la “voluntad rebelde”, por terminologías igualmente subjetivas per más suavizadas (“voluntad obstativa al cumplimiento”, “voluntad de incumplir”) –a rey muerto, rey puesto–, respecto de las cuales cabe decir exactamente lo mismo que de su antecesora y dante causa: tampoco entrañan la exigencia de un verdadero, autónomo requisito de la resolución por incumplimiento, sino que apuntan, negativamente (ausencia de), a la falta, o (más raramente), positivamente (existencia de), a la presencia, de otros (verdaderos) requisitos de la resolución por incumplimiento. B) Una segunda más decidida, que lleva la ruptura terminológica hasta el extremo, pues prescinde de toda calificación voluntarística relativa a la persona del incumplidor, y que se limita a subrayar la presencia o la ausencia de los verdaderos requisitos de la resolución por incumplimiento (en particular, el incumplimiento mismo, inequívoco, objetivo, grave e imputable al deudor incumplidor, y el cumplimiento de sus obligaciones por parte del resolvente). Que no haya habido ruptura del nuevo movimiento jurisprudencial, respecto del tradicional, en la sustancia (en los verdaderos criterios de decisión), es algo que se demuestra directamente, según creo, en el análisis jurisprudencial previamente realizado (...). El común denominador que da pie a la acción de resolución por incumplimiento, tanto en el ámbito del artículo 1124, como en el del 1504, es el verdadero y propio incumplimiento, y es su falta, la que impide su éxito (...). El falso requisito de la “voluntad rebelde” es un “espejismo”, o, digo yo, es una pantalla, que esconde detrás de sí algo insospechado: para mí, no tanto una remisión al arbitrio judicial (...), cuanto una real aplicación de los verdaderos requisitos de la acción de resolución por incumplimiento».

<sup>1281</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II..., cit., p. 836.

<sup>1282</sup> Hay determinados autores, señaladamente CASTILLA BAREA, M., «Resolución de contrato de compraventa de fincas adjudicadas en pública subasta por incumplimiento basado en motivos urbanísticos. El incumplimiento imputable, la frustración del fin del negocio, la desaparición sobrevenida de la causa del contrato y los motivos causalizados como posibles causas de la resolución contractual. La congruencia de la sentencia recurrida. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2006», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 75, 2007, pp. 1147 y 1148, que llegan a negar la exigencia de que el incumplimiento deba ser imputable al incumplidor para que pueda tener lugar la acción resolutoria: «La Sentencia que comentamos pone nuevamente sobre el tapete cuestiones recurrentes en torno a la resolución contractual: la de cuál o cuáles son los supuestos de hecho que cabe entender subsumidos en la letra del art. 1124 CC y, en relación con ello, cuáles son los requisitos exigibles para que la acción interpuesta prospere. Al respecto cabe defender, básicamente, dos posturas: a) El art. 1124 CC contempla una acción de resolución por incumplimiento contractual en sentido estricto, que supone la necesidad de establecer la imputabilidad de tal incumplimiento a la parte contratante demandada de resolución. B) El art. 1124 CC permite resolver el contrato bilateral también en aquellos casos en que el incumplimiento no es imputable al incumplidor, como sucede, señaladamente, en los supuestos de imposibilidad sobrevenida de una de las prestaciones involucradas en un contrato bilateral; así como también en aquellos supuestos en que, sin haber estrictamente imposibilidad, no

obligaciones porque los incumplimientos hayan sido culpables, sino porque (y cuando) la resolución es un **remedio perfectamente razonable frente al incumplimiento, lo cual ocurre lo mismo si el incumplimiento es culpable, que si no lo es**<sup>1283</sup>.

Finalmente, debe tratarse igualmente de un **incumplimiento que revista cierta gravedad e importancia**, ya que sería contrario a la buena fe, que debe presidir el desenvolvimiento de las relaciones contractuales, el que una parte solicitara una medida tan radical y rigurosa como es la resolución del contrato por infracciones de la otra parte que desempeñe un papel muy secundario dentro de la totalidad de la economía de la relación obligatoria bilateral<sup>1284</sup>. Se trata, por otra parte, de una exigencia derivada del principio de conservación de los contratos, que en algunas ocasiones la jurisprudencia denominó de fidelidad del contrato<sup>1285</sup>. Es decir, debe tratarse de un incumplimiento que tenga entidad suficiente como para impedir la satisfacción económica de los intereses de las partes<sup>1286</sup>.

Cabe destacar en este punto, que DÍEZ-PICAZO prefiere hablar de necesario carácter esencial de la obligación y de su correlativo incumplimiento, más que de gravedad del mismo, pues una vez construida la categoría de incumplimiento esencial, al que se debe dotar de un régimen específico, la figura del incumplimiento grave sólo presenta utilidad en

cabe exigir al contratante cumplidor que permanezca en una situación expectante de la que se ignora el momento final (imposibilidad sobrevenida transitoria), o incluso cuando se ha frustrado para éste el fin del contrato, sin que ello pueda achacarse a una causa estrictamente imputable al otro contratante. (...) Los argumentos que nos llevan a defender esta segunda postura y que, fundamentalmente, en cuanto a lo que aquí interesa, se basan en la literalidad del art. 1124 CC, que no exige la imputabilidad del incumplimiento y que permite optar por la resolución también cuando el cumplimiento resulte imposible». Razonamiento que la referida autora aborda con detenimiento en su obra: CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid, 2000, pp. 470 y ss.

<sup>1283</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II..., *cit.*, p. 821. Así lo apunta igualmente GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., «Comentario al artículo 1124 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Valencia, 2013, p. 8823: «(...) Desde los años 80 del pasado siglo, el TS vino matizando su importancia. En los últimos años es frecuente aludir claramente al abandono del “requisito subjetivista”, en el sentido de no exigirse actitud dolosa del deudor, criterio sustituido por el de “impago objetivo”, más conforme con los tiempos actuales. Lo que, a veces, se base en una interpretación del art. 1124 CC en relación con los “modernos planteamientos” reflejados en la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980, así como en los textos de Derecho contractual europeo, que conducen a la resolución cuando “se priva sustancialmente al contratante de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato». Asimismo se pronuncia CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, *cit.*, p. 1116: «Para que la resolución proceda no se exige que exista dolo ni culpa por parte del deudor. Cuando se haya dicho lo contrario, y se ha sostenido que la fuerza mayor excluye la posibilidad de una voluntad rebelde por parte del deudor, en realidad se trataba de que el incumplimiento no tenía importancia resolutoria, tomando en consideración las circunstancias del caso. La frustración de la finalidad del contrato puede provenir de imposibilidad sobrevenida inimputable a ninguna de las partes, y la pretensión resolutoria procederá aunque no concurren las condiciones para exigir un resarcimiento de los perjuicios derivados del incumplimiento. Basta un incumplimiento material que sea grave y esencial, que frustre la finalidad del contrato, -si es inimputable a la parte deudora- y que sea sufrido por el acreedor antes de que se le haya transferido el riesgo de la contraprestación».

<sup>1284</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento...*, *cit.*, p. 168.

<sup>1285</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II..., *cit.*, p. 842.

<sup>1286</sup> Nótese, que DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II..., *cit.*, p. 851 prefiere hablar de

sentido negativo para excluir de la resolución lo que la STS de 10 de mayo de 1989 llamó «las infracciones mínimas»<sup>1287</sup>.

En efecto, la distinción entre gravedad y levedad del incumplimiento, según el referido autor, no puede ser acogida, ya que introduce en el esquema normativo un elemento arbitrario que impide dibujar con nitidez la aplicación de la regla. Los problemas que, a través de la idea de gravedad, se pretenden resolver, pues, pueden encontrar más adecuada solución por otras vías<sup>1288</sup>.

En cualquier caso, ya se hable de gravedad del incumplimiento o de carácter esencial de la obligación incumplida, lo que debe tenerse presente es que el incumplimiento que faculta para resolver ha de suponer la falta de obtención de la finalidad perseguida por las partes mediante el contrato; o la frustración de las legítimas expectativas de las partes, de sus aspiraciones o del fin del contrato; o la quiebra de la finalidad económica del contrato; o la frustración del fin práctico perseguido por el negocio o un interés atendible; o ser de tal importancia en la economía del contrato que justifique la resolución<sup>1289</sup>.

Llegados a este punto, pasamos a cuestionarnos la concurrencia de este segundo gran presupuesto (y sus respectivos matices de cuño jurisprudencial y doctrinal) en el marco de las ventas judiciales.

Lo primero que cabe que nos planteemos es si puede darse el incumplimiento de las esenciales obligaciones que nacen de la venta judicial. A lo que cabe responder afirmativamente sin ningún género de dudas: existiendo obligación, cabe perfectamente que pueda darse su incumplimiento. Ahora bien, ¿se prevén legalmente específicos remedios frente a tales incumplimientos que alejan la venta judicial de la posibilidad de ejercicio de la facultad resolutoria? ¿Acaso no llegan a darse dichos incumplimientos en la práctica, lo que haría intrascendente la cuestión que venimos planteándonos?

A lo anterior puede responderse indicando que de las dos obligaciones fundamentales que nacen, una de ellas, la del pago del precio, tiene prevista una consecuencia legal específica para el caso de su incumplimiento: en efecto, acabamos de anticipar, que ante la falta de pago del precio, la Ley procesal española, en el art. 653 prevé la denominada quiebra de la subasta; con la consiguiente pérdida de la caución que debiera haber depositado para

---

<sup>1287</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II..., *cit.*, p. 851.

<sup>1288</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento...*, *cit.*, pp. 171 y 172, recogiendo la postura de Díez-PICAZO. Acerca de la necesaria esencialidad de la obligación incumplida y su relación con el carácter principal o accesorio de la obligación que se incumpla en aras del posible ejercicio de la acción de resolución por incumplimiento, puede verse nuestro trabajo: MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «Resolución contractual por incumplimiento y obligaciones accesorias. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1a) núm. 568/2012 de 1 de octubre (RJ 2012, 9024)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N° 30, 2013, pp. 299-320.

<sup>1289</sup> CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento...*, *cit.*, pp. 252 y 253, en la que recoge todos estos términos extraídos del exhaustivo examen jurisprudencial que realiza en dicha obra sobre el particular.

participar como licitador en la subasta. Desde esta perspectiva, pues, puede decirse que la resolución por incumplimiento no es un medio de tutela que pueda ejercitar el deudor ejecutado, ya que a la falta de pago del precio viene vinculada un medio diverso de protección del transmitente, cual es, reiteramos la quiebra de la subasta. No obstante, en lo que respecta a la obligación de entrega de la cosa, entendida en toda su complejidad, a diferencia del caso anterior, su incumplimiento no tiene previsto en todos los casos medios específicos de protección en la venta judicial.

Ciertamente, la falta de entrega de la cosa ante la existencia de un ocupante indebido se ventila mediante el lanzamiento decretado por el Secretario Judicial (ex art. 675 de la LEC española). Ahora bien, el incumplimiento de la obligación de entrega puede revestir múltiples caras, que perfectamente pueden darse en la venta judicial. Nos estamos refiriendo, fundamentalmente, a todos aquellos casos en los que la cosa entregada no reúna las condiciones descritas en los correspondientes edictos en los que se publiquen las condiciones específicas de la subasta en cuestión (ex art. 646 de la LEC española). En la medida en que esa discordancia entre lo que se describe en dichos edictos y lo que finalmente se entrega al adjudicatario revista la suficiente «gravedad» o carácter esencial, estaremos de frente a un claro supuesto de incumplimiento de la obligación de entrega del bien objeto de venta. En efecto, pueden darse casos de *aliud pro alio* en el marco de las ventas judiciales, o de falta de cualidades de tal importancia que hagan al objeto inhábil para satisfacer el interés perseguido por el adjudicatario. Piénsese, a modo de ejemplo, en el caso de una finca descrita en los edictos como edificable, que realmente no ostenta tal condición; o en un inmueble que carece de licencia de primera ocupación, eventualidad muy recurrente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en los últimos tiempos en el ámbito de las ventas voluntarias, que viene reputándose como equivalente a una falta de cumplimiento que da lugar al nacimiento de la facultad resolutoria por parte del comprador<sup>1290</sup>, etc.; entre otros muchos casos que pueden perfectamente darse en el seno de las subastas judiciales, debiendo en dichos supuestos los adjudicatarios gozar de la posibilidad de instar la resolución por

---

<sup>1290</sup> Pueden citarse en materia de resolución por incumplimiento por falta de licencia de primera ocupación, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo español: de 6 de marzo de 2013, de 11 de marzo de 2013, de 20 de marzo de 2013, de 10 de junio de 2013, y de 14 de noviembre de 2013; en todas las cuales viene a reiterarse la misma doctrina que pasamos a reproducir: «(...) Cabe atribuir eficacia o valor resolutorio a todo incumplimiento del vendedor que prive sustancialmente al comprador del derecho a disfrutar la cosa, por cuanto que su entrega en tiempo, lugar y forma y en condiciones para ser usada con arreglo a su naturaleza constituye la obligación esencial y más característica del vendedor, y que, incumbiendo a la promotora vendedora gestionar y obtener la licencia de primera ocupación ( artículo 1258 CC ), la falta de cumplimiento de ese deber solo se valorará como esencial de haberse pactado como tal en el contrato, o, en su defecto, “en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente”, correspondiendo a la vendedora probar el carácter accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia mediante la prueba de que la falta de obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado».

incumplimiento ante la existencia de un medio de tutela específicamente prevista en la Ley a tales efectos. La inteligencia de nuestro planteamiento se ve reforzada por lo dispuesto en el ya aludido art. 1090 del CC español, en el que se establece que las obligaciones legales en principio deben regirse por las Leyes por las que se hubieran establecido y, en su defecto, por las restantes disposiciones del Código en materia de obligaciones y contratos; disposiciones entre las que se incluye la resolución por incumplimiento que cobra toda vigencia a favor del adjudicatario, reiteramos, ante la inexistencia de un remedio expresamente previsto ante la eventualidad del incumplimiento de la entrega del derecho a su favor en la Ley procesal.

Siendo posible el incumplimiento y la gravedad necesaria del mismo, cabe hacer por último referencia a la tendencia observada en la actualidad de objetivar el incumplimiento susceptible de resolución, no siendo necesaria la concurrencia de una imputación dolosa o culpable a la persona del vendedor. Descartada la necesidad de todo elemento voluntarista por parte del vendedor para que pueda apreciarse un incumplimiento conforme al que pueda instarse la correspondiente resolución, cobra con ello pleno sentido la posible aplicación de tal instituto en el ámbito de las ventas judiciales donde precisamente dicho elemento resulta inexistente por parte del deudor ejecutado transmitente. Lo cual también repercutirá, como ahora veremos, en los efectos que se deriven de la resolución, pues difícilmente podrá estimarse en el seno de las ventas judiciales el resarcimiento por daños y perjuicios, al menos, a cargo del deudor ejecutado (no queda obligado a dar cuenta de las características del bien embargado y posteriormente subastado en el marco de la tramitación procesal de la venta judicial; aunque sí podría eventualmente estimarse responsabilidad y por tanto resarcimiento de daños y perjuicios, a cargo del acreedor ejecutante o del propio órgano ejecutivo, en el caso en que el incumplimiento traiga causa de una actuación negligente o dolosa por su parte).

### **1.2.3. El previo cumplimiento del actor**

Finalmente, la resolución por incumplimiento sólo va a poder lícitamente exigirse por aquel que haya cumplido su respectiva obligación, siendo un requisito a todas luces imprescindible a estos efectos.

No obstante, lo anterior presenta una excepción: la jurisprudencia señala que no queda impedido el ejercicio de la acción resolutoria cuando el demandante ha incumplido también la obligación que le concernía, pero lo ha hecho como consecuencia de un incumplimiento anterior del demandado<sup>1291</sup>.

---

<sup>1291</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II..., cit., p. 821.

Llevando este requisito al plano de la venta judicial, dado que la resolución por incumplimiento sólo puede darse frente al incumplimiento de la obligación de transmisión efectiva del derecho objeto de venta, constituyendo un recurso exclusivo del adjudicatario, y dado que el pago del precio es un requisito procesal preceptivo para que pueda darse dicha transmisión, va de suyo que en las ventas judiciales, el sujeto que inste la resolución por incumplimiento siempre dará cumplida cuenta de este requisito. El adjudicatario que inste la resolución siempre habrá cumplido previamente con el pago del precio, pues de lo contrario ésta no resultará estimable, ante todo, porque la obligación de transmisión del derecho será inexigible.

### **1.3. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN LA VENTA JUDICIAL Y RECAPITULACIÓN DE NUESTRO PLANTEAMIENTO**

Acabamos de sostener que la resolución por incumplimiento sí tiene cabida en la venta judicial en España, pudiendo resumirse nuestro planteamiento en los siguientes extremos con los que damos cuenta igualmente de los efectos que este remedio de tutela del crédito trae consigo en este ámbito:

- La resolución por incumplimiento tiene lugar en el marco de las subastas judiciales, ya que de ellas nacen dos obligaciones fundamentales de origen legal, a saber, de un lado la transmisión del derecho y, de otro, el pago del precio.
- Estas obligaciones de origen legal tiene carácter recíproco, cumpliendo, pues con uno de los principales requisitos exigidos a tales efectos por el art. 1124 del CC español, que en ningún caso circunscribe el instituto de la resolución a las obligaciones recíprocas de origen contractual. De todos es sabido que las obligaciones, de acuerdo con el art. 1089 del CC español no sólo nacen de los contratos, sino también de la Ley, de ahí que el carácter no contractual de la venta judicial no excluye la operatividad *a priori* de este instituto. Y decimos que no sólo existen obligaciones, sino que también son de carácter recíproco, en la medida en que existe una relación jurídica de venta análoga a la de la venta voluntaria, en la que la entrega del derecho y el pago del precio actúan como causa de manera recíproca la una de la otra.
- Existiendo obligaciones de carácter recíproco, puede darse el incumplimiento de las mismas, y de hecho se da, particularmente en lo que respecta a la íntegra obligación de entrega o transmisión del derecho a favor del rematante. Incumplimiento que reúne todos los requisitos necesarios para que pueda observarse la resolución: a saber, fundamentalmente, su carácter esencial; y que se cifra en una discordancia entre la descripción que de la cosa subastada se da en los edictos que anuncian la subasta y la propia realidad.

- No siendo necesario una imputación subjetiva del incumplimiento a la persona del vendedor para apreciar la resolución según tendencia doctrinal y jurisprudencial más reciente, el remedio resolutorio cobra aún más sentido en las ventas judiciales.
- Hay quienes pudieran abogar por excluir la resolución en las ventas judiciales en base a la circunstancia de que ante el impago del precio por el rematante, la propia Ley procesal prevé un remedio específico, cual es la quiebra de la subasta. Ello no supone más que una consecuencia legalmente prevista para el incumplimiento de una de las obligaciones, la del pago del precio; pero fuera de dicho ámbito, esto es, ante el incumplimiento de la obligación de entrega o transmisión del derecho, no existe remedio alguno previsto por parte de la Ley; de modo que es precisamente en este último ámbito donde tiene cabida la resolución por incumplimiento. Por otra parte, ¿acaso la quiebra de la subasta no recuerda mucho a la resolución? Se rompe la relación jurídica hasta entonces existente con el rematante, restituyendo las cosas a como estaban previamente: convocándose nueva subasta.
- Estimándose la resolución por incumplimiento como medio de tutela a favor del adjudicatario, en caso de que la ejercite, los efectos serán los siguientes:
  - Deberá reintegrarse el precio que hubiera abonado por la cosa al adjudicatario, lo cual sólo en la persona del deudor ejecutado, por ser él la contraparte de la relación jurídico-obligatoria de venta, que asume la obligación legal de entrega de la cosa.
  - En principio, habrá igualmente lugar al resarcimiento por daños y perjuicios a cargo del vendedor, deudor ejecutado, ya que nos encontramos en el marco de un supuesto de responsabilidad objetiva, tal y como hemos destacado en estas páginas. Ello no obsta a que el acreedor ejecutante (*ex art. 1902 del CC español*), o el propio órgano ejecutivo (reclamación de responsabilidad patrimonial por error judicial o anormal funcionamiento de la justicia, *ex arts. 292 y ss. de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*), puedan reputarse como responsables de dicho resarcimiento en el caso en que quede demostrado que su actuación contribuyó al incumplimiento de la obligación de correcta entrega o transmisión del derecho.

## **2. LA RESCISIÓN POR LESIÓN EN LA VENTA JUDICIAL**

En este último de los apartados del presente capítulo sobre análisis de las más importantes cuestiones sustantivas que se suscitan en el ámbito de la venta judicial de bienes inmuebles, nos planteamos la posible operatividad de la clásica figura de la «rescisión por lesión» como posible mecanismo de defensa frente a la obtención en el seno de las ventas judiciales de un

precio notablemente inferior al de mercado, lo cual irá en perjuicio particularmente del deudor ejecutado aunque también del propio acreedor que verá de ese modo disminuidas las posibilidades de satisfacción íntegra de su crédito.

La cuestión de la obtención por la cosa objeto de venta judicial de un precio claramente inferior al de mercado constituye un mal endémico característico de este tipo de ventas, que viene acompañándole durante siglos, tanto en España, como en Italia. Las diversas reformas procesales operadas en cada uno de los respectivos Ordenamientos siempre han pretendido subvertir esta situación, aunque la realidad de las cosas demuestra que se ha quedado sólo en eso, en un mero propósito, en una buena intención. La situación de grave crisis económica que venimos padeciendo en el mundo occidental (señaladamente en los denominados «países del sur», entre los que se encuentran España e Italia), no ha hecho sino acentuar esta penosa realidad que caracteriza a las subastas judiciales forzosas, pues son numerosos los procesos de ejecución dineraria que llegan día a día a los Tribunales de Justicia, siendo ingentes el número de subastas judiciales en las que, en la mayor parte de los casos ni siquiera existen licitadores, o si los hay, suelen ostentar la condición de profesionales del gremio: los denominados subasteros. El legislador sigue empeñado en acometer reformas de cierto calado en el ámbito hipotecario español, pero la situación dista mucho de ser la que debiera.

Ante tales circunstancias, nos planteamos en este punto si un instituto jurídico históricamente destinado a paliar el desequilibrio entre las prestaciones asumidas por las partes, señaladamente ante la compraventa de un bien por un precio que roce lo irrisorio en términos de mercado, pudiera servir como último recurso balsámico frente a estas situaciones narradas.

Para ello, partiremos de su breve conceptualización, del estudio de su configuración en el Ordenamiento español e italiano, para en base a dichas premisas analizar su posible alcance en el marco de las ventas judiciales. Sirva de advertencia que el panorama legislativo español e italiano limita enormemente el juego de la institución en cuestión, pero no adelantemos acontecimientos y vayamos por partes.

## **2.1. LA RESCISIÓN POR LESIÓN: BREVES NOTAS ACERCA DE LA CATEGORÍA DE LA RESCISIÓN EN EL MARCO DE LA INEFICACIA CONTRACTUAL ASÍ COMO DE LOS ORÍGENES DE LA ESPECÍFICA RESCISIÓN POR LESIÓN**

Afirma DÍEZ-PICAZO que la rescisión constituye «el remedio jurídico para la reparación de un perjuicio económico que el contrato origina a determinadas personas,



consistente en hacer cesar su eficacia»<sup>1292</sup>, por lo que se trata de un supuesto de ineficacia sobrevenida. Esto es, el contrato se tiene como válido, pero en razón de aquel perjuicio, y siempre que no exista otro remedio para obtener su reparación, se concede a las personas perjudicadas la denominada «acción rescisoria»<sup>1293</sup>.

En sentido análogo aunque con mayor amplitud y con referencia a la configuración legal de la figura en el Ordenamiento español, indica LACRUZ BERDEJO, que «el negocio rescindible es un negocio válidamente celebrado, pero que produciendo perjuicio a una de las partes o a un tercero (perjuicio que la Ley considera especialmente injusto, y para el que no hay otro recurso legal de obtener su reparación), podrá ser declarado ineficaz (o reducida su eficacia) a petición del perjudicado. Se señala de este modo que la rescisión supone la validez y opera únicamente sobre la eficacia (negándola o reduciéndola); que esta privación de eficacia se logra con el ejercicio de un poder de impugnación concedido a ciertos perjudicados; que el perjuicio, actual o en potencia, es lo que aúna todos los supuestos de rescisión, sirviéndoles de fundamento común; y, por último, que el remedio de la rescisión sólo se ofrece como subsidiario, para cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio»<sup>1294</sup>.

Sentado el concepto general de «rescisión», puede decirse que son diversos los casos en que tiene lugar la rescisión, erigiéndose en prototípico aquel que tiene presente la lesión, esto es, el perjuicio consistente en una determinada diferencia, en contra del protegido por la norma, entre la prestación por él realizada y la contraprestación percibida<sup>1295</sup>. Como indica a este mismo respecto LANZILLO, la disciplina de la rescisión por lesión trata precisamente de encontrar solución al problema de la tutela del contratante lesionado por un contrato celebrado bajo condiciones económicas desproporcionadas<sup>1296</sup>.

Y es tal la importancia de esta modalidad rescisoria, que la propia categoría de la rescisión hunde sus orígenes en la misma. En efecto, los autores coinciden en señalar que el origen del moderno instituto de la rescisión se encuentra en un rescripto atribuido en la Compilación justiniana a los emperadores Diocleciano y Maximiano, en el año 285 (C. 4, 44, 1, 2). De este texto del rescripto (conocido luego como *lex secunda*) resulta que, por razones de equidad (*humanum est*), es posible deshacer la venta de un fundo cuando el

---

<sup>1292</sup> DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tomo I..., *cit.*, p. 103.

<sup>1293</sup> DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tomo I..., *cit.*, p. 103.

<sup>1294</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, II, Vol. 2º, Barcelona, 1987, p. 398.

<sup>1295</sup> DE PABLO CONTRERAS, P., «Ineficacia e invalidez de los contratos», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., y PARRA LUCÁN, M. A., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2011, p. 494.

<sup>1296</sup> LANZILLO, R., y RICCIO, A., «Recissione del contratto», en SCIALOJA, A., BRANCA, G. (Coordinadores), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 2005, p. 1: «La disciplina della rescissione del contratto esprime i termini in cui il Codice Civile italiano del 1942 ha dato soluzione al problema della tutela del contraente leso da un contratto concluso a condizioni economiche gravemente sperequate».

precio pagado es inferior a la mitad de su valor, mediante el ejercicio de una acción judicial y permitiendo al comprador mantener el contrato pagando el complemento del precio<sup>1297</sup>.

Lo que ocurre es que más allá del enorme peso histórico de la figura, su configuración legal en los Códigos modernos deja de ser uniforme: antes bien, por cuanto respecta a España e Italia, el tratamiento y alcance legal que se da a la figura difiere plenamente.

## 2.2. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA RESCISIÓN POR LESIÓN EN ESPAÑA E ITALIA

Interviniendo lesión en **España** resultan rescindibles los contratos específicamente determinados en el art. 1291 del CC español, apartados primero y segundo, que abarcan los siguientes supuestos:

- a) *«Los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubieren sido objeto de aquéllos».*
- b) *«Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior».*

Fuera de los casos anteriores, de acuerdo con el art. 1293 del CC español, ningún contrato podrá rescindirse por lesión.

Habida cuenta de los antecedentes, indica LACRUZ BERDEJO, que el precepto se dirige sin duda alguna a excluir la rescisión por lesión *ultra dimidium* en los contratos, de modo tan absoluto, que los casos que dice salvar (art. 1291. 1º y 2º del CC español) corresponden a otro círculo de problemas: a saber, la protección de menores y pupilos mediante la lesión *in integrum*<sup>1298</sup>.

La doctrina española, como apunta DE PABLO CONTRERAS, pone de manifiesto, sin embargo, la incoherencia del propio código, que luego sí admite la rescisión por lesión en la

---

<sup>1297</sup> En este sentido, en tiempos recientes y por todos puede verse con enorme detalle a ABRIL CAMPOY, J. M., *La rescisión del contrato por lesión -enfoque doctrinal y jurisprudencial-*, Valencia, 2003, pp. 17 y ss. Igualmente con enorme precisión a este respecto cfr., LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, II, Vol. 2º..., *cit.*, pp. 398 y ss.

<sup>1298</sup> QUICIOS MOLINA, S., «La rescisión», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de Contratos*, Tomo I, 2ª Edición, Valencia, 2013, p. 1453: «La lesión económica que puede sufrir un contratante al celebrar un contrato, porque paga más de lo que vale el bien o servicio adquirido (esto es, más del precio objetivamente justo), no es causa de rescisión del contrato como regla general (art. 1293 CC). Sólo si el contrato lo celebró un tutor, en nombre de un menor o incapacitado, o el representante de un ausente, podrá rescindirse aquél si la lesión sufrida por el representado supera la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto del contrato. Pero como todavía se limita más el ámbito de aplicación de la rescisión, al referirse exclusivamente a los contratos que pueden celebrar estos representantes sin autorización judicial (arts. 1291. 1º y 1296 CC), resulta que la incidencia práctica de la rescisión por lesión es prácticamente nula».

partición hereditaria (art. 1073 del CC español), a cuyo régimen global se remiten otros preceptos varios: el art. 406 del CC español, en materia de división de la cosa común; el art. 1708 del CC español, relativo a la partición entre socios tras la disolución de la sociedad; y el art. 1410 del CC español, sobre división resultante de la disolución de la sociedad de gananciales. Pero debe concluirse en el sentido de que para el legislador estos casos no constituyen verdaderas excepciones al principio general de exclusión de la rescisión por lesión en los contratos, que es el que ciertamente impera en el Ordenamiento español (en el territorio de Derecho común, como ahora veremos), que se funda en la convicción de que las cosas valen tanto cuanto alguien voluntariamente esté dispuesto a pagar por ellas, pues ello no alcanza a los negocios divisorios (en los que sí resulta razonable exigir una cierta equivalencia entre las porciones asignadas y que, con toda seguridad y aparte disquisiciones sobre su naturaleza jurídica, el legislador no contempló como contratos<sup>1299</sup>.

Este principio de exclusión de la rescisión por lesión suele indicarse que va ciertamente en contra de la mayor parte de nuestra tradición histórica. En efecto, señala ABRIL CAMPOY a este respecto, el CC español al ordenar la exclusión de la rescisión por lesión, «suprimió un instituto, como la rescisión por lesión *ultradimidium*, que se había gestado en el Derecho romano, evolucionado y desarrollado extraordinariamente por los glosadores, comentaristas, decretistas y canonistas, así como por los autores de la Edad Moderna, y que, como forma de ineficacia contractual, había sido acogida por el Derecho Histórico castellano hasta la Novísima Recopilación de 1805, a la par que en otros Derechos propios, como el catalán o el navarro»<sup>1300</sup>. Fue precisamente el Proyecto de CC español de García Goyena de 1851 el que apostó por esta ruptura con nuestra tradición histórica, posicionamiento que fue tomado como referente por la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, así como por el Proyecto de bases de Silvela de 1885, hasta pasar el vigente CC español de 1889<sup>1301</sup>. Y en este sentido, GARCÍA GOYENA justifica su postura fundamentalmente en base al siguiente razonamiento: «*cualquiera que esté medianamente versado en la materia, sabe la infinidad de cuestiones que la embarazaban, y convertían en un manantial perenne de pleitos difíciles de resolver: este manantial queda cegado*»<sup>1302</sup>. Esto es, se trata de una mera

---

<sup>1299</sup> DE PABLO CONTRERAS, P., «Ineficacia e invalidez de los contratos»..., *cit.*, p. 495. En este mismo sentido puede verse a LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, II, Vol. 2º..., *cit.*, pp. 403 y 404, quien incide en resaltar la contradicción en la que incurre el CC español en esta materia, negando en principio la rescisión por lesión de los contratos con carácter general, salvo los supuestos excepcionales del art. 1291, apartados primero y segundo, y afirmándolo sin embargo en otras materias tales como la de la partición hereditaria y las restantes a que hemos hecho referencia.

<sup>1300</sup> ABRIL CAMPOY, J. M., *La rescisión del contrato por lesión -enfoque doctrinal y jurisprudencial-...*, *cit.*, pp. 69 y 70.

<sup>1301</sup> ABRIL CAMPOY, J. M., *La rescisión del contrato por lesión -enfoque doctrinal y jurisprudencial-...*, *cit.*, p. 69.

<sup>1302</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, comentarios y motivos del Código Civil español*, Tomo III..., *cit.*, p. 181.

opción de política legislativa, que excluye una clásica e histórica institución en base a la difícil controversia que suele plantear en la práctica; a todas luces, un argumento ciertamente pobre.

Acabamos de advertir que este principio de exclusión general del principio de rescisión por lesión de los contratos rige en el Ordenamiento español, si bien únicamente en el territorio de Derecho común. En efecto, en los Derechos forales de Cataluña y de Navarra, fieles a la tradición histórica española, sí se contempla la figura de la rescisión por lesión *ultradimidium*. Sin entrar en el detallado análisis de los preceptos de las respectivas Compilaciones forales en la que el instituto se contempla, baste enunciar los más ilustrativos en este punto.

En Cataluña, la rescisión por lesión se contempla en los arts. 321 a 325 del Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña. Expongamos el primero de los preceptos referidos, el 321, párrafo primero, en el que se establece la configuración general de la rescisión por lesión desarrollada en los restantes preceptos:

*«Los contratos de compra venta, permuta y demás de carácter oneroso, relativos a bienes inmuebles, en que el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, serán rescindibles a su instancia, aunque en el contrato concurren todos los requisitos necesarios para su validez».*

Por lo que hace a Navarra, la rescisión por lesión viene recogida ampliamente en las Leyes 499 a 507 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Baste enunciar a este respecto, la primera de las citadas Leyes (la 499):

*«Quien haya sufrido lesión enorme, a causa de un contrato oneroso que hubiere aceptado por apremiante necesidad o inexperiencia, podrá pedir la rescisión del mismo.*

*Se entenderá por lesión enorme el perjuicio de más de la mitad del valor de la prestación, estimada al tiempo del contrato. Si el perjuicio excediere de los dos tercios de aquel valor, la lesión se entenderá enormísima».*

Con carácter general, puede decirse que en el caso de Cataluña, los presupuestos de la rescisión por lesión son los siguientes:

- a) Por lo que hace a los contratos rescindibles, únicamente serán aquellos en que se transmitan bienes inmuebles que estén ubicados en Cataluña.
- b) La causa por la que se puede instar la rescisión, es objetiva: que el precio o el valor de transmisión sea inferior en más de la mitad al valor de mercado del inmueble. El justo precio, a los efectos de la rescisión por lesión, es el valor en venta que las cosas

tuvieran. No, por tanto, el valor de uso, o el calculado mediante capitalización de las rentas o frutos, y mucho menos el precio de afección<sup>1303</sup>.

- c) Las personas legitimadas activamente para instar la acción de rescisión son exclusivamente los transmitentes o sus herederos, nunca los adquirentes.
- d) La acción para rescindir por lesión una transmisión de inmueble tiene un plazo de caducidad de cuatro años desde la fecha del contrato de transmisión.

En lo que respecta a los requisitos de la rescisión por lesión en el territorio de Navarra, siguiendo a LACRUZ BERDEJO éstos vienen a ser los siguientes: «son rescindibles los contratos onerosos, a solicitud de la parte en los mismos que haya sufrido perjuicio en más de la mitad del valor de la prestación (lesión enorme) o en más de dos tercios de aquel valor (lesión enormísima), siempre que hubiere aceptado el contrato lesivo por apremiante necesidad o inexperiencia. Cuando el contrato tenga por objeto bienes muebles, sólo cuando se estime justificada la acción en consideración al valor de los mismos y al perjuicio causado por el contrato en relación al patrimonio. En ningún caso podrá pedir la rescisión quien, profesional o habitualmente, se dedique al tráfico de las cosas objeto del contrato o fuere perito en ellas»<sup>1304</sup>.

En el **Ordenamiento italiano**, a diferencia del español, la rescisión por lesión *ultradimidium* sí se contempla con carácter general, concretamente en los arts. 1448 a 1452 del CC italiano. Es particularmente el art. 1448 del CC italiano en el que se formula este principio general, estableciendo:

*«Si hubiere desproporción entre la prestación de una de las partes y la de la otra y la desproporción dependiese del estado de necesidad de una de ellas, de la que se ha aprovechado la otra para obtener ventaja, la parte dañada podrá demandar la rescisión del contrato.»*

*La acción no resulta admisible si la lesión no excede de la mitad del valor que la prestación asumida o prometida por la parte dañada tuviera al tiempo del contrato.*

*No puede rescindirse por causa de lesión los contratos aleatorios.*

*Quedan a salvo las disposiciones relativas a la rescisión de la división»<sup>1305</sup>.*

---

<sup>1303</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, II, Vol. 2º..., *cit.*, p. 412.

<sup>1304</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, II, Vol. 2º..., *cit.*, p. 416.

<sup>1305</sup> Traducción del primer párrafo recogida de LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, II, Vol. 2º..., *cit.*, p. 400; y traducción de los restantes párrafos realizada por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 1448 es el siguiente: «Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa

Partiendo de este precepto, la generalidad de la doctrina italiana coincide en afirmar que para obtener de la autoridad judicial correspondiente la rescisión del contrato por lesión, son necesarios tres requisitos: el estado de necesidad de una parte, el aprovechamiento de tal estado de necesidad por la contraparte, y la denominada lesión *ultra dimidium*<sup>1306</sup>.

Analicemos brevemente el contenido de cada uno de los tres requisitos enunciados para que pueda tener lugar la rescisión por lesión en Italia.

Comenzando por el primero de los requisitos, el del estado de necesidad, no debe entenderse como una situación de indigencia absoluta, sino como situación de dificultad económica que incida sobre la libre determinación de aquello que se contrata, y funcione como motivo de la aceptación de la desproporción entre las prestaciones<sup>1307</sup>.

En cuanto al segundo de los presupuestos, a saber, el aprovechamiento del estado de necesidad por la contraparte, se considera que concurre cuando subsiste el doble conocimiento de la circunstancia del estado de necesidad del otro contratante y de la grave desproporción existente entre las prestaciones, de modo que queriendo el contrato bajo tales características equivale a aprovecharse precisamente del estado de necesidad de la contraparte<sup>1308</sup>.

Finalmente, por lo que respecta al tercero de los requisitos para que pueda tener lugar la rescisión por lesión en el Ordenamiento italiano, la lesión *ultradimidium*, constituye un elemento fijado por la Ley con carácter objetivo que sirve para determinar cuándo existe

---

dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.

L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto.

La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta.

Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori.

Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione».

<sup>1306</sup> Por todos puede verse en este sentido a LANZILLO, R., y RICCIO, A., «Recissione del contratto»..., *cit.*, p. 82 y las referencias bibliográficas en dicha obra citadas: «Per poter chieder ed ottenere dall'autorità giudiziaria la rescissione del contratto ai sensi dell'art. 1448 sono necessari tre requisiti: lo stato di bisogno di una parte, l'approffittamento di tale stato della controparte, la lesione *ultra dimium*». En este mismo sentido también GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II..., *cit.*, p. 548: «(...) Se c'è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dalla situazione, anche momentanea, di bisogno economico di una parte, della quale l'altra parta ha approfittato, la prima può chiedere la rescissione del contratto (art. 1448, comma 1º). È la così detta rescissione per lesione (...)».

<sup>1307</sup> GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II..., *cit.*, p. 548: «L'estremo dello stato di bisogno non è inteso nel senso di indigenza assoluta, ma "come situazione di difficoltà economica che incida sulla libera determinazione contrattuale e funzioni come motivo della accettazione della sproporzione fra le prestazioni». Sobre este primer requisito puede verse con gran amplitud a LANZILLO, R., y RICCIO, A., «Recissione del contratto»..., *cit.*, pp. 82-88.

<sup>1308</sup> GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II..., *cit.*, p. 548: «L'altro estremo, quello dell'approffittamento, è ritenuto presente quando sussiste la duplice consapevolezza dello stato di bisogno dell'altro contraente e della grave sproporzione esistente fra le prestazioni, sicché volere il contratto equivale a profittare del predetto stato di bisogno». Sobre este primer requisito puede verse con gran amplitud a LANZILLO, R., y RICCIO, A., «Recissione del contratto»..., *cit.*, pp. 88-93.

desproporción entre las prestaciones asumidas por las partes y, por tanto la correspondiente lesión susceptible de rescisión. Debe tratarse de una lesión de más de la mitad, *ultra dimidium*; esto es que la prestación recibida sea inferior a la mitad del valor que la misma tuviera al tiempo de celebración del contrato. Desproporción que para dar lugar a rescisión debe permanecer desde dicho momento de perfección del contrato hasta el instante en que se interponga la oportuna acción rescisoria (*ex. Art. 1448, párrafo tercero del CC italiano*)<sup>1309</sup>.

Analizado el contenido de cada uno de los requisitos, baste decir para finalizar, que el plazo para el ejercicio de la acción rescisoria en Italia es de un año, a contar desde la celebración del contrato, de acuerdo con el art. 1449, párrafo primero del CC italiano.

Llegados a este punto, puede recapitularse lo expuesto afirmando que ha quedado plenamente demostrado que no cabe la rescisión por lesión en España, salvo en los territorios de la Comunidad Autónoma de Cataluña y de Navarra (en los términos contemplados en sus respectivas Compilaciones forales), mientras que sí resulta una institución plenamente vigente en Italia, en que se regula con gran detalle.

El siguiente paso consistirá precisamente en cuestionarse si en Cataluña, Navarra e Italia resulta operativa la rescisión por lesión ante la obtención de un precio inferior *ultradimidium* al de mercado en las ventas judiciales, de lo que nos ocupamos en el siguiente epígrafe.

### **2.3. LA RESCISIÓN POR LESIÓN COMO POSIBLE MECANISMO PALIATIVO FRENTE A LA OBTENCIÓN DE UN PRECIO NOTABLEMENTE INFERIOR (*ULTRADIMIDIUM*) AL DE MERCADO EN LA VENTA JUDICIAL**

Lo primero deberíamos plantearnos, *a priori*, es si los presupuestos constitutivos de la rescisión por lesión analizados para cada uno de los respectivos Ordenamientos (forales e italiano) concurren o no en la venta judicial. Lo que ocurre es que si acudimos a la propia regulación del instituto en cuestión para constatar si se menciona algún extremo acerca de la operatividad del mismo en el ámbito de las ventas judiciales, comprobamos que en todos ellos existe un pronunciamiento a tales efectos, siendo coincidente en todos los casos la exclusión de la posibilidad de instar la rescisión por lesión en dicha sede.

En efecto, tanto en la Compilación foral de Cataluña, cuanto en la de Navarra (con carácter menos expreso), así como en el Ordenamiento italiano, existe una negación expresa

---

<sup>1309</sup> GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. II..., *cit.*, p. 549: «Qui la legge fissa però un criterio per stabilire quando c'è sproporzione fra le prestazioni e, quindi, lesione (ossia danno) per la parte che ha contrattato in stato di bisogno: occorre una lesione oltre la metà (*ultradimidium*); la prestazione ricevuta deve essere inferiore alla metà del valore che la prestazione eseguita aveva al tempo del contratto (art. 1448, comma 2°); e questa sproporzione ne deve perdurare fino al momento in cui è proposta l'azione di rescissione (art. 1448, comma 3°)». Sobre este primer requisito puede verse con gran amplitud a LANZILLO, R., y RICCIO, A., «Rescissione del contratto»..., *cit.*, pp. 93-98.

a que la venta judicial pueda resultar rescindible por lesión. Analicemos a cada uno de los casos.

En **Cataluña**, el propio art. 321 del Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, con el que se inicia la regulación de la rescisión por lesión *ultradimidium*, en su párrafo segundo, se establece *ab initio* que «no procederá esta acción rescisoria en las compraventas o enajenaciones hechas mediante pública subasta».

Acerca de esta exclusión indica ABRIL CAMPOY, que no se trata de una cuestión sobre la que existiera consenso en el seno de la doctrina catalana clásica, existiendo partidarios de ambas posturas. Si bien, se llegó a la conclusión mayoritaria de que no podría rescindirse la venta judicial, por varios motivos fundamentales:

- a) Porque la intervención de la autoridad judicial en este tipo de ventas lleva a presumir la falta de lesión.
- b) En segundo lugar, en la medida en que en las enajenaciones mediante subasta pública se arbitra un mecanismo de pujas que se orienta a la obtención del mayor valor del bien, con lo que, desde un punto de vista conceptual, la existencia de lesión deviene inviable, por cuanto el valor que se ha obtenido es el mayor posible.
- c) No obstante, si fallan los referidos presupuestos anteriores, lo que de ordinario suele acontecer en las subastas judiciales, la verdadera razón de la excepción parece consistir en el interés social en la estabilidad de los remates<sup>1310</sup>.

Al margen de estos clásicos argumentos, en opinión del mismo ABRIL CAMPOY, referente reciente en el estudio monográfico de la figura de la rescisión por lesión en el ámbito de las ventas judiciales, «la excepción sólo se justifica hoy en día desde un punto de vista práctico, en aras al mantenimiento de las adquisiciones realizadas en pública subasta, y dotarlas así de una cierta dosis de seguridad jurídica, toda vez que el fundamento teórico, según el cual no existe lesión en las subastas judiciales, porque a través de ellas se obtiene el mayor valor del bien, no se adecúa en demasía con el panorama práctico del funcionamiento de las subastas judiciales en España. Y esa justificación práctica, si se desea mantener, no es sino una decisión de política legislativa, puesto que nada impediría, decaído el fundamento teórico de la exclusión, la viabilidad de la acción rescisoria en estos supuestos, con base en la falta de onerosidad material, pues no es viable, desde un punto de vista estrictamente objetivo, sustentar que cuando la enajenación se lleva a cabo en pública subasta y el enajenante padece lesión en más de la mitad del precio justo, ésta no es rescindible, máximo

---

<sup>1310</sup> Cfr., ABRIL CAMPOY, J. M., *La rescisión del contrato por lesión -enfoque doctrinal y jurisprudencial-...*, cit., pp. 167-174.



cuando en este caso se constata la quiebra práctica de la función perseguida con la realización de la subasta»<sup>1311</sup>.

Esto es, en atención a los presupuestos de la rescisión por lesión en Cataluña, tendría todo sentido que operara en el marco de las ventas judiciales, si bien la clara exclusión legal de la figura en este ámbito lo impide, debiendo abogarse de *lege ferenda*, pues, por la supresión de este extremo en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña. Quizá así se haga cuando llegue a aprobarse el último de los Libros (el sexto) del Código Civil de Cataluña que restan por promulgarse.

En el caso de **Navarra**, por su parte, es la de la Ley 503, párrafo primero, de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, de la que puede deducirse igualmente el rechazo a la posibilidad de rescindir por lesión una venta judicial. En efecto, se establece en el referido precepto que *«no tendrá lugar la rescisión en los contratos de simple liberalidad, aleatorios o sobre objeto litigioso»*. Es en esta última expresión «objeto litigioso», en la que puede cifrarse la aludida negación a la operatividad de la rescisión por lesión en las ventas judiciales, al enmarcarse la venta judicial en un litigio, el proceso de ejecución.

Exclusión del instituto rescisorio en el ámbito de las ventas judiciales, que por otra parte, merece destacarse que ya en la propia **legislación histórica española pre-codificada** (en la que sí se contemplaba la rescisión por lesión como remedio jurídico general frente a la injusticia del precio) constituía una constante. En efecto, apunta MONTERO HIDALGO, que el texto de la Ley 2ª, del Título 1º, del Libro 10 de la Novísima Recopilación, en su primera parte prevenía que *«si el vendedor o comprador fue engañado en más o menos de la mitad del justo precio, estén obligados cada uno en su caso á suplir ó devolver la diferencia hasta quedar reducido al verdadero de la cosa, o a devolver ésta, lo cual debe también observarse en los arrendamientos, permutas y demás contratos semejantes, aunque se haga por almoneda, del día que fueron hechos fasta en cuatro años y no después»*. Y en su segunda parte, continuaba diciendo: *«Y mandamos que esta ley se guarde, salvo si la vendición de los tales bienes se hicere contra la voluntad del vendedor y fueren compelidos y apremiados compradores para la compra, y fueren vendidos por apreciadores y públicamente, que en tal caso, aunque haya engaño de mas de la mitad del justo precio, no haya lugar esta ley»*. Última parte del precepto, del que MONTERO HIDALGO afirma que se desprende claramente que no tiene lugar «el recurso rescisorio en las ventas por remate público, acordado por la justicia, (...) previa tasación pericial de la cosa, y contra la voluntad del propietario»<sup>1312</sup>.

---

<sup>1311</sup> ABRIL CAMPOY, J. M., *La rescisión del contrato por lesión -enfoque doctrinal y jurisprudencial-...*, cit., p. 175.

<sup>1312</sup> MONTERO HIDALGO, C., «La rescisión de las ventas judiciales», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. XXVI, 1865, p. 202. Nótese que el referido autor puntualiza que el precepto verdaderamente se está refiriendo a la exclusión del instituto resarcitorio en el concreto ámbito de las ventas judiciales

Finalmente, por lo que respecta al **Ordenamiento italiano**, el art. 2922, párrafo segundo del CC italiano excluye igualmente con carácter expreso la posibilidad de que la venta judicial resulte rescindible por lesión. En efecto, el art. 2922 del CC italiano (el mismo que en su párrafo primero negaba el saneamiento por vicios o defectos ocultos en la venta judicial) establece en su párrafo segundo que «ésta no puede ser impugnada por causa de lesión»<sup>1313</sup>.

La razón de ser de esta negación de la posibilidad del ejercicio de la rescisión por causa de lesión en la venta judicial suele anudarse con carácter unánime por parte de la doctrina italiana en la protección de la necesaria «estabilidad» de la que debe gozar todo lo posible la venta judicial<sup>1314</sup>.

No obstante, debe notarse, que el precepto en cuestión puede reputarse como superfluo o redundante, en la medida en que si se acude a los presupuestos trazados para la rescisión por lesión en el art. 1448 del CC italiano, se constata que existe un requisito que difícilmente se dará en las ventas judiciales: a saber, el del aprovechamiento del estado de necesidad por la contraparte; ¿acaso el adjudicatario se aprovecha del estado de necesidad del deudor ejecutado por el mero hecho de actuar como licitador en la subasta? Resulta difícilmente sostenible y su afirmación llevaría a predicar la rescisión de todas y cada uno de las ventas

realizadas en interés rentístico o fiscal, lo cual se desprende de la alusión al hecho de que los compradores fueran «apremiados» para la compra. Ciertamente en este tipo de subastas judiciales «se elegía una de las personas acomodadas de la población, y se le obligaba a la compra de los bienes sacados a remate, si voluntariamente no se presentaban licitadores. No obstante, esta circunstancia del apremio al comprador a juicio de MONTERO HIDALGO, «sólo constituye un mero accidente, que en nada altera ni afecta a la sustancia o esencia del precepto legal». Es más, añade el mencionado autor, «se incurriría en un contrasentido jurídico, al conceder el recurso rescisorio a los licitadores voluntarios, y negárselo a los compradores apremiados. (...) Si en algún caso pudiera recomendarse por sí mismo dicho recurso rescisorio, es precisamente en aquellos en que los compradores forzados, sin tener libertad de elección, ni sobre la cosa, ni sobre el precio. De negárselo a éstos, no puede menos de concluirse por negárselo a los licitadores voluntarios (...). (MONTERO HIDALGO, C., «La rescisión de las ventas judiciales»..., *cit.*, pp. 203 y 204.

<sup>1313</sup> Traducción llevada a cabo por el autor del presente trabajo. El tenor literal del art. 2922. 2º del CC italiano es el siguiente: «Essa non può essere impugnata per causa di lesione».

<sup>1314</sup> También la doctrina española parecía anudar, en la época pre-codificada, la exclusión del remedio de la rescisión en el ámbito de las ventas judiciales a la necesaria estabilidad de estas últimas; vid. a este respecto a MONTERO HIDALGO, C., «La rescisión de las ventas judiciales»..., *cit.*, pp. 204 y 205: «El ánimo se asusta y sobrecoge ante la idea del sinnúmero de pleitos por recurso rescisorio que la administración pública en sus diferentes ramificaciones había de sostener, si se abriera la puerta al remedio indicado en las infinitas ventas de bienes nacionales, en los contratos para servicios y obras públicas, y en los remates que se celebran por interés de la Hacienda, o por exigencia de la administración de justicia, como todos los días estamos presenciando. ¡Cuánta *inestabilidad* en una parte tan considerable de la riqueza pública, y qué embarazos para el poder público en el orden gubernativo y en judicial, una vez otorgado el remedio rescisorio a los compradores voluntarios, y a los que se les vendían los bienes forzadamente para ejecutar condenas pecuniarias. (...) Ni debe, por último, perderse de vista, que la doctrina rescisoria es materia *especial* y odiosa, como que introduce la *inestabilidad* de los contratos, perturba la propiedad, mata el comercio y la industria, dificulta las transacciones, y da origen a un semillero de pleitos difíciles de resolver, y que no pueden menos de embargar y complicar las funciones del poder ejecutivo y de los Tribunales de justicia. Y bien es sabido es que las materias *especiales*, y por añadidura odiosas, deben interpretarse siempre en sentido restrictivo, según la máxima tan sabida: *Odiosa restringenda sunt*».

judiciales celebradas<sup>1315</sup>. De ahí que, reiteremos, que ni siquiera ante la ausencia del art. 2922. 2º del CC italiano, podría establecerse la operatividad de la rescisión por lesión ante la obtención de un precio notablemente injusto *ultradimum* en la ventas judiciales<sup>1316</sup>.

En definitiva, no se erige, pues la rescisión por lesión en un mecanismo paliativo viable frente a la patología de obtención de precios manifiestamente injustos en las ventas judiciales. La *ratio* de la problemática no es otra que la tramitación procesal que conforma la venta judicial, y es en ella y de *lege ferenda* en la que se tiene que actuar para superar esta penosa realidad archiconocida por todos los agentes sociales.

En el caso italiano, existiría un mecanismo alternativo, que no encuentra parangón en España, que parece no emplearse en absoluto: debe recordarse, que de acuerdo con el art. 586 del CPC, el Juez de la ejecución no dictará el denominado «*decreto di trasferimento*» si estima que el precio por la venta es notablemente inferior al que debe reputarse como justo. Teniendo este instrumento el órgano ejecutivo en su mano, no se trataría más que de emplearlo de manera efectiva.

---

<sup>1315</sup> En este sentido se pronuncia MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata»..., *cit.*, p. 280: «Nell'affrontare il profilo dell'impugnazione per lesione, la dottrina osserva con argomenti convincenti che il disposto del 2º comma dell'art. 2922 è pressoché superfluo, dal momento che mancherebbe qui in ogni caso quell'elemento soggettivo (abuso dello stato di bisogno della parte danneggiata) che è presupposto ineliminabile della rescindibilità del contratto». Llegando a esta misma conclusión, si bien en base a la errónea consideración del órgano jurisdiccional como transmitente, al que no puede imputarse el necesario abuso del estado de necesidad, puede verse a MICHELI, G. A., «Esecuzione forzata»..., *cit.*, p. 136: «In particolare, rispetto alla impugnativa della vendita per causa di lesione si è preferito mantenere fermo l'atto rescindibile, poiché non è possibile riferire al venditore la volontà di sorprendere o di approfittare del compratore giusta l'art. 1448. 2 "venditore" qui è l'organo giurisdizionale, eppertanto chi offre deve ritenere che il prezzo per cui il bene è aggiudicato costituisca il giusto prezzo, senza incorrere nel pericolo di un'azione di rescissione per lesione (...)».

<sup>1316</sup> Acerca de todos estos extremos cfr., LANZILLO, R., y RICCIO, A., «Recissione del contratto»..., *cit.*, pp. 125 y 126.



## CONCLUSIONI

1<sup>a</sup>. La vendita giudiziale costituisce una **complessa figura giuridica, di carattere eminentemente processuale, che presenta tuttavia importanti aspetti sostanziali che non hanno ricevuto l'attenzione che meritano da parte del legislatore e della dottrina, in particolare spagnoli**. Effettivamente, già la sua denominazione e collocazione legale dimostrano quanto affermato, in quanto essa è regolata con carattere esclusivo dal Codice di Procedura Civile spagnolo ed è generalmente nota con il nome di *subasta judicial* («asta giudiziaria»). È vero che la vendita giudiziale ha la sua origine e si sviluppa nell'ambito del processo di espropriazione forzata, ma questo non giustifica la negazione della dimensione sostanziale e civile di questa figura, che sembra essere monopolio della disciplina processuale (a livello legislativo e dottrinale, specialmente, ribadiamo, in Spagna). Propendiamo, dunque, ad affermare decisamente l'esistenza di aspetti puramente sostanziali della vendita giudiziale e preferiamo assegnarle tale denominazione, poiché la riteniamo la più illustrativa per descrivere il complesso carattere sostanziale-processuale che la caratterizza (vendita-giudiziale, rispettivamente).

2<sup>a</sup>. **La lacuna normativa e fortemente dottrinale in cui si imbatte l'analisi e la soluzione delle questioni sostanziali che suscita la vendita giudiziale in Spagna fa sì che la determinazione della sua controversa natura giuridica rivesta una speciale rilevanza**. Occorre stabilire lo schema al quale si adatta nel miglior modo la vendita giudiziale, tra tutti quelli esistenti rispetto alle figure definite e delimitate sostanzialmente. Dunque, è necessario trovare la stessa identità di ragione che giustifica il ricorrere all'analogia rispetto alle figure sostanziali menzionate, per cui risulta imprescindibile distinguere le caratteristiche essenziali della vendita giudiziale. E ciò con la pretesa di non cadere nell'equivoco di tentare di trovare una sorta di formula magica che colmi i vuoti legali che questa figura presenta in ambito sostanziale, ma solo di raggiungere una guida interpretativa per la risoluzione dei problemi concreti che si presentano, applicando l'insieme dei dati normativi che abbiamo a disposizione (pretendiamo che la soluzione riguardo all'importante natura giuridica della vendita giudiziale sia, dunque, un *posterius* e non un *prius* che condizioni artificialmente le soluzioni adottate).

3<sup>a</sup>. Lo **studio della natura giuridica della vendita giudiziale** è stato oggetto di analisi dettagliata e perfino esagerata da parte della dottrina italiana, e dunque non è casuale che il CC italiano vigente dal 1942 dedichi cinque articoli alla regolazione positiva degli aspetti

sostanziali della vendita giudiziale (artt. 2919 a 2924 del CC italiano). Ne deriva l'**interesse comparativo** che è alla base di tutta la nostra ricerca: il riferimento a un ordinamento, quello **italiano**, nel quale si contemplan, si studiano e si regolano normativamente gli effetti civili della vendita giudiziale. Dottrina italiana che, agli albori dell'entrata in vigore del nuovo CC italiano vigente dal 1942, si trova enormemente divisa sulla definizione della natura giuridica della vendita giudiziale, tanto che si possono distinguere a effetti sistematici **tre grandi categorie o correnti di pensiero** sulla questione: le cosiddette teorie privatistiche o contrattualistiche, le pubblicistiche o processualistiche, e quelle che tentano di omogeneizzare gli aspetti processuali e sostanziali della vendita giudiziale affermando la sua complessa natura. Tali tesi dottrinali trovano un comune denominatore nello svolgimento di un esercizio di permanente confronto tra la vendita giudiziale e la vendita ordinaria, basandolo sulle loro evidente similitudini.

Le **tesi contrattualistiche** sono quelle che identificano la vendita giudiziale con un contratto, concretamente con quello di compravendita, in accordo con l'identità di funzione economica esistente tra le due (entrambe consistono nello scambio di una cosa per un prezzo), dalla quale deriva una conseguente identità di funzione giuridica, in modo tale che la natura contrattuale della vendita volontaria determinerebbe la natura altrettanto contrattuale della vendita giudiziale. A questa corrente aderisce la dottrina italiana più tradizionale, una parte importante della dottrina civilistica spagnola, la maggior parte della giurisprudenza spagnola ed è da questa che trae ispirazione l'intenzione del codificatore spagnolo del secolo XIX. Non deve sorprendere dunque che il dato normativo e la frequente denominazione con il termine di «vendita» della figura in questione costituiscano gli assi portanti argomentativi (insieme alla menzionata identità di funzione economica) sui quali si appoggiano fondamentalmente i sostenitori di questa tesi privatistica o contrattualistica. In definitiva, per i sostenitori di questa teoria, la vendita giudiziale non sarebbe altro che una modalità della generica compravendita ordinaria. Questa suggestiva posizione si scontra però con un'insuperabile difficoltà, ossia con la spiegazione dell'assenza di volontà del venditore, e pertanto debitore esecutato nella vendita giudiziale: effettivamente, partendo dalla nozione fondamentale di contratto, in base alla quale questo si costituisce con la coesistenza di, almeno, due volontà (nel caso della compravendita, la volontà del venditore e quella del compratore), come si spiega la denominazione di contratto per un istituto, la vendita forzata, nella quale la volontà di colui che si ritiene essere il venditore –il debitore esecutato –non esiste? Inoltre, la vendita giudiziale non solamente è decretata dall'assenza della menzionata volontà del debitore, ma perfino contro alla stessa. Il carattere insuperabile dell'ostacolo in questione si manifesta anche per l'artificiosità delle molteplici teorie che proliferano nel tentativo di salvare l'assenza di volontà menzionata, assegnando la posizione del venditore all'organo giudiziale esecutivo, o al creditore istante. Ciò che risulta indubbio è che la vendita giudiziale non è, sicuramente, un contratto.

Le carenze insuperabili, come dimostrato, che derivano dalla pretesa di includere la vendita giudiziale negli schemi del contratto di compravendita provocano l'affermazione di altre posizioni, oggi maggioritarie, che tentano di comprendere e definire l'essenza della vendita giudiziale esclusivamente in base al processo di esecuzione, rimarcando l'elemento di imperio che distingue l'azione dell'organo esecutivo. Ne deriva la loro denominazione: «**teorie pubblicistiche o processualistiche**». All'interno di questa seconda linea di pensiero possiamo distinguere ugualmente diverse posizioni in funzione del minor o maggior grado di rilevanza che si voglia assegnare agli aspetti sostanziali innegabili della vendita giudiziale. Esistono così: tesi puramente processualistiche che partono solamente dal processo e concedono rilevanza solamente all'azione dell'organo esecutivo, così da qualificare la vendita giudiziale come una sorta di atto processuale svolto in forma unilaterale dall'organo esecutivo, attraverso il quale si produce la consegna della cosa al terzo aggiudicatario; le teorie pubblicistiche che, pur concependo la vendita giudiziale in termini esclusivamente processuali, lasciano aperta una porta alla possibile applicazione per analogia della normativa sostanziale (specificamente il regime della compravendita ordinaria, data l'identità di funzione economica esistente) nei casi in cui esista una lacuna nella regolazione processuale; e le teorie che, partendo dal processo, iniziano a concedere una vera rilevanza agli aspetti o effetti sostanziali, al di là dell'ammissibilità dell'applicazione puntuale del regime sostanziale di figure analoghe, tra le quali si trova l'importante pensiero di PUGLIATTI (il quale sostiene l'esclusione di ogni approccio privatistico o contrattualistico, senza negare la sua complessa natura prevalentemente processuale e in minor misura sostanziale, creando a tali effetti una categoria generale *ad hoc*, ossia, quella del cosiddetto «*trasferimento coattivo*», nella quale non rientra la vendita giudiziale, ma anche tutti i casi in cui si verifica il trasferimento di un diritto senza tener conto della volontà del suo titolare, in virtù dell'azione di un organo con la potestà pubblica di svolgerla).

A nostro avviso, tanto le teorie privatistiche, quanto quelle pubblicistiche (indipendentemente dalle relative sfumature) incorrono in eccessi notevoli che devono essere superati, propendendo per affermare la complessa natura giuridica della vendita giudiziale, che ha aspetti sia processuali che sostanziali. Effettivamente, le teorie privatistiche o contrattualistiche esaltano all'eccesso il fenomeno dello scambio di una cosa per un prezzo, mentre quelle pubblicistiche o processualistiche centrano l'attenzione esclusivamente sul potere pubblico, in maniera tale che entrambe si rivelano insufficienti: le prime perché la vendita giudiziale non può essere spiegata a partire dal contratto, nella misura in cui non si può giustificare la mancanza di volontà del venditore, né può essere relegata a un ruolo meramente strumentale all'azione dell'organo esecutivo; e le seconde perché il processo non può assorbire assolutamente tutto, in particolar modo la posizione rilevante del terzo offerente che pretende di essere l'aggiudicatario del bene. Giungiamo così a quella che consideriamo la posizione più convincente riguardo alla spiegazione della natura giuridica della vendita giudiziale: una posizione sincretica, nella misura in cui non pretende di costituire un semplice termine medio conciliatore ma inesatto, bensì un superamento degli

equivoci estremi delle diverse posizioni menzionate, presentando quella che consideriamo una soluzione utile; una **posizione che tenta di omogeneizzare gli aspetti processuali e sostanziali dell'istituzione** oggetto di studio, formulando i seguenti ragionamenti essenziali:

- a) Nella analisi dettagliata della vendita giudiziale occorre partire dalla distinzione necessaria tra l'atto costitutivo e la relazione giuridica che ne sorge; nel caso della vendita giudiziale, l'atto costitutivo è il processo di esecuzione e la relazione giuridica che nasce è proprio quella di vendita: lo scambio tra un diritto e un prezzo in denaro. Ovvero, il processo esecutivo, con l'insieme di atti processuali che lo costituiscono dà luogo alla nascita di una relazione giuridica privata, che possiamo qualificare come propria della vendita, nella misura in cui quest'ultima fa riferimento al «*vinculum iuris*» che si instaura tramite la consegna di un diritto in cambio di un prezzo in denaro. Si giustifica così pienamente la denominazione che stiamo elaborando riguardo alla figura oggetto di studio: vendita giudiziale, in quanto relazione giuridica di vendita sorta da un processo giudiziale; in opposizione alla vendita contrattuale, che include questa stessa relazione giuridica di vendita sorta malgrado il contratto.
  
- b) La relazione giuridica di vendita si instaura tra il titolare del diritto trasferito e il soggetto che lo acquisisce tramite il pagamento del prezzo: ossia, tradotto all'ambito della vendita giudiziale, la relazione si instaura tra il debitore esecutato e l'aggiudicatario. Dunque, né l'organo giudiziale esecutivo né il creditore istante possono essere qualificanti come trasferenti, non essendo titolari né originari né finali del diritto oggetto di alienazione.
  
- c) Per quanto riguarda il **corpo legale che applicheremo laddove esistano lacune nella regolazione positiva esistente della vendita giudiziale** (nel caso specificamente spagnolo), quanto esposto ci permette di concludere che esiste una vera identità di ragione (*ex art. 4.1 del CC spagnolo*) tra queste e la compravendita contrattuale, che giustifica il ricorso all'applicazione analogica del suo completo regime giuridico. In entrambe esiste una relazione giuridica di vendita che consiste nella consegna di un diritto in cambio del pagamento di un prezzo; e la posizione dell'acquirente, compratore o ultimo offerente-aggiudicatario, a seconda che si tratti di una vendita contrattuale o giudiziale, rispettivamente, risulta essere la stessa, in quanto sia in un caso che nell'altro si tratta di una persona che volontariamente vuole acquistare una cosa, offrendo per essa un determinato prezzo. Questa applicazione analogica dovrà discriminare tutte le regole o conseguenze che si fondano sulla volontà del trasferente, elemento inesistente da parte del debitore esecutato nella vendita giudiziale, visto il suo carattere forzato. Troviamo qui l'elemento fondamentale della presente ricerca, ossia la risoluzione dei problemi principali che la vendita giudiziale presenta, appoggiandoci all'applicazione analogica del regime



giuridico della compravendita volontaria, che terrà sempre presente l'assenza di volontà del trasferente, pertanto, la differenza più rilevante tra la vendita contrattuale e quella giudiziale; con il continuo riferimento comparativo con il regime giuridico italiano, che risolve molte questioni sostanziali, ma non tutte e non sempre giungendo ai migliori risultati, così che le sue soluzioni saranno altresì oggetto di dibattito.

4<sup>a</sup>. Uno degli aspetti nei quali si può esaminare in maggior misura l'origine processuale della vendita giudiziale riguarda i **soggetti** che partecipano alla sua configurazione, in quanto, per conseguenza, in uno degli elementi segnalati si constata una chiara distinzione rispetto alla compravendita contrattuale. Mentre in quest'ultima i soggetti coinvolti sono solamente due, il venditore e il compratore, quali parti del contratto celebrato, nel caso della vendita giudiziale i soggetti intervenenti sono quattro: ossia il creditore istante, l'organo giudiziale esecutivo, il debitore esecutato e l'aggiudicatario. Il creditore istante è colui che dà inizio al processo di esecuzione nel quale si svolge la vendita giudiziale, richiedendo il suo avvio con la finalità di ottenere il reintegro del disequilibrio patrimoniale provocato come conseguenza della lesione del credito del quale è titolare. Il debitore esecutato, dal canto suo, è la persona che tramite l'inadempimento della sua obbligazione lede il credito dal quale deriva il processo esecutivo, e di conseguenza il suo patrimonio è sottoposto all'azione dell'esecutore. D'altro lato, l'organo giudiziale esecutivo è colui che renderà efficace la pretesa dell'istante, rivolgendosi, in virtù della sua potestà giurisdizionale (nella sua modalità esecutiva) e in accordo con il suo *ius imperii*, contro quegli attivi patrimoniali del debitore che ritenga sufficienti a coprire l'ammontare per cui si provvede all'esecuzione; organo giudiziale esecutivo che concepiamo con carattere generico, ossia, come sinonimo di tutti i soggetti che giurisdizionalmente assumono un ruolo attivo nello svolgimento del processo di esecuzione. È precisamente su questo ultimo punto che, nella sede dell'organo giudiziale esecutivo, si manifesta una delle caratteristiche proprie del modello processuale esecutivo dominante in Spagna, chiaramente distinto da quello italiano: mentre in Spagna le azioni esecutive si assegnano a organi puramente giurisdizionali, specificamente al giudice dell'esecuzione e in gran misura, dopo la riforma processuale realizzata nel 2009, al *Secretario Judicial*, in Italia, il ruolo di protagonista nei compiti che compongono il processo di esecuzione è svolto da un funzionario indipendente, il cosiddetto «ufficiale giudiziario», che non trova paragoni, come abbiamo affermato, nell'ordinamento spagnolo. Infine, l'aggiudicatario è il soggetto che fa le veci del compratore nella vendita giudiziale, il quale, dopo l'offerta di un determinato prezzo per il diritto oggetto di vendita, diventa aggiudicatario poiché la sua offerta è la migliore o l'unica esistente; l'offerente che presenta la migliore offerta diventa aggiudicatario (*rematante*) quando il prezzo offerto è scelto come prezzo finale di aggiudicazione, e che finisce per essere definitivo aggiudicatario quando acquisisce il diritto oggetto della vendita giudiziale. In definitiva, la vendita giudiziale è originata dal creditore istante, che dà luogo alla nascita di una relazione giuridica di vendita stabilita tra il debitore esecutato e l'aggiudicatario in virtù del

trasferimento forzato svolto sotto l'auspicio della suprema potestà giurisdizionale dell'organo giudiziale esecutivo.

5<sup>a</sup>. Insieme ai soggetti che intervengono attivamente nella costituzione della vendita giudiziale, vale la pena di rimarcare l'eventuale esistenza di «**terzi**» che possono avere una grande importanza nell'ambito del processo di esecuzione e, pertanto, della vendita giudiziale. Ci stiamo riferendo ai terzi della *tercería de mejor derecho* (singolare in Spagna), della *tercería de dominio* («opposizione di terzo»), e, per il caso particolare ed esclusivo dell'Italia, ai cosiddetti «terzi creditori intervenuti». Il terzo della *tercería de mejor derecho* può comparire quando ostenta un credito con privilegio di riscossione rispetto a colui per il quale si provvede all'esecuzione, e ciò comporterà un evidente cambiamento nella persona del creditore istante, che riscuoterà per primo nel processo di esecuzione (*ex artt.* 614 e ss. del Codice di Procedura Civile – LEC – spagnolo); questo terzo è singolare in Spagna, nella misura in cui in Italia la prelazione creditizia si notifica con avviso precettivo al titolare del credito preferente (sempre che la sua prelazione risulti in un registro pubblico) dall'avvio del processo esecutivo (il suo carattere precettivo è tale che senza l'attestato di questa notificazione non sarà possibile procedere alla successiva vendita giudiziale o assegnazione forzata, *ex art.* 498 del CPC italiano). Il terzo de la *tercería de dominio* entra in scena, fondamentalmente, quando il diritto oggetto di pignoramento appartiene a una persona distinta da quella del debitore esecutato; in tal caso, il vero titolare del diritto che può in tal modo attestarlo presenterà l'opportuna *tercería de dominio*, o la corrispondente «opposizione di terzo» nel caso italiano, procedendo alla sospensione dell'esecuzione riguardo al diritto al quale si riferisce, *ex artt.* 595 e ss. della LEC spagnola e artt. 404 e ss. del CPC italiano (dovrà verificarsi nei confronti di un altro diritto dell'attivo patrimoniale del debitore esecutato, che sarà sottoposto all'esecuzione e conseguente vendita forzata). Infine, i cosiddetti «terzi creditori intervenuti» costituiscono una figura propria dell'ordinamento italiano, la cui importanza giunge all'estremo di dar luogo all'esistenza di una fase autonoma del processo di espropriazione forzata che si frappone a quella del pignoramento e dell'ingiunzione. La figura del creditore intervenente risponde al rigore con il quale in Italia si concepisce il dogma della *par condicio creditorum* proprio dei diritti di credito, che si considera inalterato a causa del pignoramento: ossia, nell'ordinamento italiano, il fatto di essere creditore non concede una sorta di prelazione per la riscossione dell'ammontare che si ottiene dall'esecuzione; in caso contrario, ogni creditore dello stesso debitore esecutato avrà la possibilità di aderire al processo di esecuzione già iniziato nella cosiddetta «fase di intervento dei creditori» (*ex artt.* 563 e ss. del CPC italiano nell'ambito dell'espropriazione forzata immobiliare), in modo tale che, una volta inserito nel processo in questione, a parità di rango creditizio, acquisirà uguali diritti di riscossione rispetto alla somma ottenuta tramite l'esecuzione. In Spagna, al contrario, l'esistenza di una pluralità di creditori risulta essere una situazione associata solamente all'ambito dell'esecuzione fallimentare (sebbene non si tratti di un requisito né oggettivo né soggettivo del concorso fallimentare), nella quale la *par condicio creditorum* agisce in tutto il suo splendore. Forse

avrebbe senso che l'ordinamento spagnolo assomigliasse su questo aspetto a quello italiano, poiché in entrambi vige *a priori* lo stesso principio della *par condicio creditorum*, indipendentemente dalla modalità di esecuzione (signolare o fallimentare) di fronte alla quale ci troviamo.

6<sup>a</sup>. Come è già stato anticipato, uno degli elementi principali in cui consiste l'identità di ragione tra la vendita contrattuale e la vendita giudiziale è l'esistenza di una relazione giuridica comune di vendita, che non è altro che lo scambio di un diritto per il pagamento di un prezzo. Ossia, gli **elementi oggettivi** dell'una e dell'altra sono sicuramente comuni: un diritto che si trasmette e un prezzo che si paga in cambio. Nonostante l'origine diversa della vendita giudiziale, il processo di esecuzione aggiunge importanti peculiarità sia alla determinazione tanto del diritto quanto del prezzo.

7<sup>a</sup>. Partendo dalla **determinazione del diritto**, occorre tenere presenti i requisiti obiettivi e soggettivi che questo deve possedere affinché sia oggetto valido della vendita giudiziale, e ciò significa indagare sui presupposti oggettivi e soggettivi della vendita forzata e, risalendo a un passo anteriore, della stessa responsabilità patrimoniale universale. E solo ciò che potrà realizzarsi effettivamente in maniera forzata potrà considerarsi elemento valido e suscettibile di responsabilità patrimoniale. Non bisogna dimenticare, d'altro lato, che la vendita giudiziale ha come oggetto un diritto concreto o un insieme determinato di diritti, previamente identificati per via del pignoramento, e conseguentemente dovranno essere tenuti presenti anche i requisiti oggettivi e soggettivi di quest'ultima figura. Ne deriva che lo studio del diritto oggetto di vendita giudiziale obblighi a uno studio dettagliato delle condizioni oggettive e soggettive generiche dell'oggetto di esecuzione e specifiche del pignoramento. Queste, cominciando da quelle con carattere oggettivo sono: la necessaria patrimonialità del diritto, la sua alienabilità, la sua non dichiarazione di impignorabilità, la determinazione del pignoramento e la sua sufficienza; e, sul piano soggettivo, il presupposto comune di appartenenza e disponibilità del diritto da parte del debitore esecutato.

Il diritto oggetto della vendita giudiziale dovrà essere di contenuto patrimoniale o economico, che è quanto impone la finalità stessa della espropriazione forzata, ossia, l'ottenimento di denaro per il pagamento di un creditore insoddisfatto. Tale diritto patrimoniale deve essere altresì suscettibile di alienazione o vendita, vale a dire che deve poter essere trasferito a un'altra persona, sia questa un terzo (offerente aggiudicatario), o un creditore-istante (aggiudicazione forzata), senza che si verifichi la perdita del suo contenuto; in quanto la vendita giudiziale consiste precisamente nel trasferimento forzato di un diritto in cambio del pagamento di un prezzo, in modo tale che non avrebbe alcun valore un diritto di contenuto economico che però non risultasse trasferibile (ne deriva che non risultano suscettibili di vendita giudiziale i diritti dichiarati inalienabili per disposizione legale, es. beni di dominio pubblico-, i diritti accessori che risultano inalienabili indipendentemente da quello principale –es. servitù, diritti reali di garanzia, ecc.-). E il diritto patrimoniale trasferibile che non deve essere stato oggetto di dichiarazione di impignorabilità, come

avviene nell'ambito immobiliare con gli immobili sacri destinati al culto delle religioni registrate legalmente.

Il diritto suscettibile di vendita giudiziale che infine sarà oggetto di esecuzione forzata sarà specificato in virtù dell'atto processuale in cui consiste il pignoramento, e ne risulta che questo debba essere determinato (non potrà riferirsi a diritti esistenti al momento del pignoramento, né generalmente a diritti che costituiscono l'attivo patrimoniale del debitore) e anche sufficiente: vale a dire, che potrà estendersi soltanto riguardo a quei diritti che giungono a rispondere delle quantità per la quale si avvia l'espropriazione forzata (né più – poiché darebbe luogo a una possibile riduzione del pignoramento, - né meno- in quanto comporterebbe l'aumento o miglioramento del pignoramento-), bensì deve esistere una piena corrispondenza tra entrambi i valori (quello dei diritti pignorati e venduti giudizialmente e la quantità per la quale si dà avvio all'esecuzione).

8ª. Al margine di quanto esposto precedentemente, per quanto concerne i presupposti obiettivi del diritto venduto giudizialmente, esiste un caso specificamente spagnolo da segnalare, quello delle cosiddette *prohibiciones de disponer*, («proibizioni di disporre»). Le «proibizioni di disporre» costituiscono casi di privazione totale e completa della facoltà dispositiva che spetta al titolare del diritto, che possono essere imposte per via legale o giudiziale oppure per via convenzionale, e la cui scarsa regolazione legale è contenuta nella LH (Legge Ipotecaria) spagnola e non nel CC. Le proibizioni legali e giudiziali non subiscono ulteriori limitazioni per la loro validità ed efficacia reale, mentre quelle convenzionali saranno opponibili *erga omnes* solo quando sono a titolo gratuito e non superano i limiti temporale fissati dall'art. 785 del CC spagnolo. Poiché il pignoramento e la vendita forzata costituiscono atti di disposizione, l'esistenza di un diritto sottoposto a proibizione di disporre presenta una questione controversa: tale diritto non sarà dunque suscettibile di espropriazione forzata? La proibizione di disporre che grava su un diritto esclude la possibilità che questo sia sottoposto ad azione esecutiva? Si tratta di un'accesa polemica oggetto di posizionamenti diversi solamente da parte della cosiddetta «giurisprudenza registrale» emessa dalla *Dirección General de los Registros y del Notariado* la cui posizione, mantenuta praticamente all'unanimità dal 1989 (Risoluzione del 22 febbraio) consiste nel considerare genericamente che le proibizioni di disporre non riguardino né il pignoramento né l'alienazione per esecuzione forzata, poiché imposto dalla supremazia del principio di responsabilità patrimoniale universale, che può essere eccettuato da una norma che lo disponga espressamente. Questa è la posizione maggioritaria seguita altresì dalla più autorevole dottrina spagnola. Tuttavia, riteniamo di dover precisare tale affermazione generale nel senso seguente:

- a) Le proibizioni di disporre non risulteranno efficaci in nessun caso in presenza di atti di disposizione di natura forzata, poiché la volontà di un singolo non può escludere il principio essenziale della responsabilità patrimoniale, la cui deroga può essere svolta solamente mediante una legge che lo esprima e lo disponga chiaramente.

- b) Neppure le proibizioni di disporre di origine legale, così come quelle giudiziali e amministrative, possono risultare efficaci nei confronti di atti di disposizione di carattere forzato, a meno che in esse non si disponga in maniera esplicita e indubbia, nel caso in cui, essendo salvaguardate da una norma di rango legale, possano escludere in modo valido il principio di responsabilità patrimoniale universale: esse impediranno pertanto, in forma valida, il pignoramento e la vendita giudiziale sul diritto in questione.
- c) Una volta aggiudicato il diritto soggetto a proibizione di disporre tramite vendita giudiziale, la limitazione dispositiva graverà dunque sul diritto nelle mani dell'ultimo offerente solamente in due casi: nel caso in cui si tratti di una delle proibizioni definite «non pure», quando la stessa si traduce in un diritto soggettivo corrispettivo per una terza persona, poiché imposto dalla protezione suprema del terzo in questione; oppure nel caso in cui, trattandosi di una proibizione legale, la disposizione normativa che la stabilisce dichiara in forma esplicita la sua sopravvivenza sul diritto venduto giudizialmente.

**9<sup>a</sup>.** La **determinazione del prezzo** che si pagherà infine per il diritto oggetto della vendita giudiziale ci obbliga ad addentrarci nell'**iter processuale che costituisce la vendita giudiziale** (sia in Spagna che in Italia), in quanto l'insieme degli atti processuali che costituiscono la vendita giudiziale intesa in senso lato hanno come fine ultimo nell'ambito dell'espropriazione forzata la conversione definitiva del diritto oggetto di esecuzione in denaro. Tali atti processuali serviranno inoltre e con maggior importanza, se possibile, a inquadrare le soluzioni che si forniranno rispetto ai concreti problemi sostanziali che la vendita giudiziale presenta, nel caso concreto, oggetto fondamentale della nostra ricerca. Tra gli svariati atti processuali che costituiscono la vendita giudiziale in Spagna e in Italia meritano una speciale rilevanza, agli effetti della vendita stessa, quelli che riguardano la fase finale dell'esecuzione forzata del diritto oggetto di esecuzione. Occorre ribadire la varietà delle forme di realizzazione forzata che costituiscono la vendita giudiziale intesa in senso generico, sebbene riconduciamo la nostra esposizione al caso di vendita giudiziale più frequente, quello dell'asta giudiziaria. Dunque, gli atti di iter di procedura ordinaria che rivestono maggior importanza riguardo alla possibile soluzione di questioni sostanziali provocate dalla vendita giudiziale sono i seguenti:

- a) Nel caso dell'Italia, in primo luogo la cosiddetta «ordinanza di aggiudicazione», con la quale si approva il prezzo finale di aggiudicazione che si pagherà per la cosa; risoluzione di carattere provvisorio, nella misura in cui durante i dieci giorni successivi all'approvazione dell'aggiudicazione e alla conclusione della celebrazione della vendita giudiziale, l'art. 584 del CPC italiano prevede la possibilità che si presentino offerte che superano il prezzo di aggiudicazione (che si conoscono come

«offerte dopo l'incanto»), in modo tale che, nel caso in cui un'offerta superi di almeno un quinto il prezzo di aggiudicazione, quest'ultimo perderà la sua validità. Se non esiste alcuna offerta successiva che rispetti le condizioni precedenti, il prezzo di aggiudicazione iniziale diventerà il prezzo definitivo della vendita giudiziale.

Una volta pagato il prezzo di aggiudicazione e a meno che il giudice dell'esecuzione non lo ritenga notevolmente inferiore a quello giusto, si emetterà il cosiddetto «decreto di trasferimento», che compie due funzioni principali: attestare il pagamento del prezzo da parte dell'aggiudicatario e costituire titolo per la trascrizione del diritto acquisito dall'aggiudicatario nel registro immobiliare (*ex art. 586 del CPC italiano*).

- b) Nel caso della Spagna, in seguito alla riforma processuale del 2009, il prezzo finale di aggiudicazione è approvato tramite il cosiddetto *decreto de aprobación del remate* («decreto di approvazione del prezzo di aggiudicazione») emesso dal *Secretario Judicial*, che avrà, diversamente da quanto avviene in Italia, carattere definitivo (*ex art. 670. 1 della LEC spagnola*). Questo prezzo di aggiudicazione, una volta soddisfatto dall'aggiudicatario, darà luogo all'emissione da parte del *Secretario Judicial* del cosiddetto *decreto de adjudicación* («decreto di aggiudicazione») (*ex art. 670. 8 della LEC spagnola*). Costituirà titolo valido per l'iscrizione del diritto dell'aggiudicatario il cosiddetto *testimonio del decreto de adjudicación* («attestato del decreto di aggiudicazione») (*ex art. 674. 1 della LEC spagnola*).

**10<sup>a</sup>.** Una volta definita la complessa natura giuridica della vendita giudiziale, analizzata la pluralità dei soggetti che, in accordo con la loro origine processuale, intervengono nella sua formazione e studiata la determinazione dei suoi elementi oggettivi (diritto e prezzo), rimarcando specialmente gli atti processuali più rilevanti che costituiscono la vendita giudiziale in senso lato, occorre addentrarsi nei principali problemi sostanziali che essa presenta. Questioni civili e sostanziali che, dalla prospettiva degli effetti sorti dalla relazione giuridica di vendita e mantenendo come orizzonte la compravendita contrattuale, sono fundamentalmente due: ossia, **il trasferimento del diritto e la garanzia per evizione e per i vizi**, considerando che gli aspetti relativi al pagamento del prezzo sono superati dall'analisi dell'insieme degli atti processuali che conducono alla loro determinazione definitiva (quelli già analizzati). Si tratta di questioni riguardanti il trasferimento del diritto oggetto della vendita giudiziale e l'eventuale garanzia rispetto al fatto dell'evizione e dei vizi occulti, la cui risoluzione applicherà lo strumento, giustificato, dell'analogia con il regime giuridico della compravendita contrattuale, inserendola nell'iter procedurale che costituisce la vendita giudiziale. Il trasferimento del diritto oggetto della vendita giudiziale presenta tre assi problematici fondamentali: il carattere originario o derivativo del trasferimento, il sistema traslativo applicabile alla vendita giudiziale riguardo alla risposta precedente e il momento in cui si determina definitivamente l'effetto traslativo. Mentre la garanzia per vizi occulti ed evizione, d'altro canto, suscita quattro questioni essenziali: l'eventuale operatività

della garanzia per i vizi ed evizione proprio della compravendita contrattuale nell'ambito della vendita giudiziale; nel caso concreto, il contenuto specifico di tali garanzie; i soggetti che dovranno risultare responsabili di tale regime di garanzia; e, infine, lo studio dei casi in cui, nonostante esistano i presupposti propri dell'evizione (in particolare nel caso in cui esista un'acquisizione *a non domino*), essa non abbia luogo per l'applicazione del regime di protezione dell'apparenza registrale.

**11<sup>a</sup>. Il trasferimento del diritto che ha luogo tramite la vendita giudiziale ha un evidente carattere derivativo**, poiché in tal modo si afferma espressamente in sede positiva in Italia (nell'art. 2919 del CC italiano), e così si deduce con ancora maggior chiarezza in Spagna. Effettivamente, l'art. 2919, *ab initio*, del CC italiano dichiara recisamente che la trasmissione del diritto oggetto di vendita giudiziale è di natura derivativa, nella misura in cui l'aggiudicatario riceve il diritto nello stesso stato (con gli stessi diritti annessi e gravami) in cui si trovava nelle mani del debitore esecutato al momento dell'inizio dell'espropriazione forzata; ossia, la perdita del diritto da parte del debitore è in piena corrispondenza con l'acquisizione dello stesso da parte dell'aggiudicatario. Tuttavia, la proclamazione menzionata non trova un fedele riflesso nella pratica, in quanto esistono determinate situazioni che contraddicono tale carattere derivativo del trasferimento: poiché non si trasferiscono gli effetti del possesso di buona fede e non risultano opponibili all'aggiudicatario quei diritti di terzi che non risultano opponibili al creditore istante o ai creditori intervenenti (compresi quelli anteriori al trasferimento, che *a priori* dovrebbero risultare opponibili all'acquirente), *ex art.* 2919 del CC italiano (trattandosi di un'acquisizione puramente derivativa, tanto gli effetti del possesso di buona fede quanto tutti i diritti a favore di terzi che passassero al diritto oggetto prima del trasferimento del diritto dovrebbero risultare opponibili all'aggiudicatario); e nella misura in cui l'effetto purgativo nell'ordinamento italiano agisce in modo assoluto (*ex art.* 586, primo paragrafo *in fine* del CPC italiano), vale a dire, una volta aggiudicato definitivamente il diritto, si ordina la cancellazione di tutte le annotazioni di pignoramento (trascritte in conformità al sistema di registro italiano) e iscrizioni ipotecarie che gravano sull'immobile oggetto dell'asta, sia precedenti sia successive al pignoramento, tranne quelle che si riferiscono a obbligazioni assunte con carattere esplicito dall'aggiudicatario.

Nel caso dell'ordinamento spagnolo, come abbiamo già accennato, sebbene non esista un precetto analogo all'art. 2919 del CC italiano nel quale si proclama espressamente la natura derivativa del trasferimento realizzato tramite vendita giudiziale, si deduce con maggior chiarezza, poiché esistono contraddizioni minime che si oppongono a tale carattere. Sicuramente, la natura derivativa del trasferimento realizzato tramite vendita può essere dedotto con enorme chiarezza da tre elementi:

- a) Dal modo in cui opera in Spagna l'effetto purgativo della vendita giudiziale, nella misura in cui, una volta trasferito il diritto all'aggiudicatario, si procede solamente con carattere generale alla cancellazione dei gravami successivi al pignoramento (*ex*

artt. 668. 3°, 669. 2, 670. 5 e 674 della LEC spagnola). Di tal forma, l'aggiudicatario riceve il diritto oggetto della vendita giudiziale nello stesso stato in cui si trovava nelle mani del debitore esecutato al tempo del pignoramento, il quale si adatta pienamente al carattere derivativo del trasferimento realizzato tramite tale vendita giudiziale: l'acquirente riceve lo stesso diritto di cui dispone il trasferente, con gli stessi accessori e tutti i suoi oneri e gravami; la misura di quanto acquisito dall'aggiudicatario dipende da ciò di cui dispone il debitore esecutato, ossia, *nemo plus iuris in aliis transferre potest quam ipse haberet*.

- b) Dall'importante e innovativo art. 594 della LEC española, il quale supera l'affermazione dell'efficacia del pignoramento sulla cosa altrui, lascia intravedere che il vero titolare della cosa oggetto della vendita giudiziale può, in principio, rivendicarla, a meno che l'aggiudicatario l'abbia acquisita in maniera irrivendicabile appoggiandosi sugli strumenti sostanziali di convalida delle acquisizioni *a non domino*; ossia, in ambito immobiliare, sul fondamentale art. 34 della LH spagnola. Ammettere la possibile rivendicazione da parte del vero titolare dell'immobile indebitamente venduto all'asta comporta la conferma della natura derivativa del trasferimento realizzato tramite la vendita giudiziale poiché, se questa fosse originaria, l'acquirente otterrebbe una titolarità «*ex novo*», in modo tale che qualsiasi pretesa del proprietario precedente avrebbe un effetto puramente risarcitorio. Ammettere che il vero titolare possa esercitare azioni protettive del suo dominio una volta avvenuta la vendita giudiziale è sinonimo, dunque, di affermare il carattere derivativo del trasferimento realizzato tramite la vendita giudiziale.
- c) Dall'applicazione del regime giuridico di garanzia per evizione alla vendita giudiziale, secondo opinione autorevole della dottrina spagnola: poiché se esiste evizione è perché l'acquisizione non svincolata dalla sua titolarità precedente, ma si fonde con essa, in modo tale che i diritti anteriori alla vendita continueranno a esistere e potranno essere esercitati in modo valido sull'immobile venduto fino al punto di condurre alla perdita del diritto oggetto di vendita nelle mani del compratore (nel caso in cui si tratti di un trasferimento *a non domino*, a meno che non si appoggi sugli strumenti di convalida di tale mancanza di potere dispositivo, ossia, nell'ambito immobiliare come stiamo ribadendo, la fede pubblica registrale contenuta nell'art. 34 della LH spagnola). Affermare l'evizione è confermare la possibile rivendicazione da parte di un titolare precedente alla vendita: è sottomettere il trasferimento alla regola *nemo plus iuris aliis transferre potest quam ipse haberet*, caratteristica della sua natura derivativa.

Da questa prospettiva sulla natura derivativa del trasferimento operato non esiste alcuna distinzione tra la vendita giudiziale e la compravendita contrattuale: esiste qui un



nuovo elemento che giustifica l'identità di ragione necessaria per l'applicazione analogica del regime della seconda rispetto alla prima.

**12ª. Il sistema traslativo e il momento dell'effetto traslativo sono questioni da analizzare in maniera congiunta**, poiché ciò è imposto dalla circostanza per cui l'apparato argomentativo al quale si fa riferimento nell'ambito della dottrina e della giurisprudenza (spagnola e italiana) ruota esclusivamente intorno al secondo degli aspetti menzionati; da esso deriva la base della maggior parte degli equivoci che si rilevano sulla questione, nella misura in cui **ogni appropriata soluzione al momento dell'effetto traslativo passa a determinare con carattere previo il sistema traslativo che deve essere applicato**, poiché solo in tal modo conosceremo i presupposti specifici che dovranno esistere affinché il trasferimento del diritto abbia luogo definitivamente attraverso la vendita giudiziale. Ciò ci obbliga a invertire i termini dell'analisi, così che dobbiamo partire dallo studio del momento in cui si tende a determinare l'effetto traslativo della vendita giudiziale, per constatare successivamente il sistema traslativo che se ne deduce. Dunque, occorre giustificare l'importanza della tematica, oltre che analizzare lo stato della questione in Italia (dove esiste una risposta unanime e adatta a tale riguardo, seppure da un approccio errato che avrebbe chiarito molti equivoci da tempo) e in Spagna (dove impera uno stato di confusione generalizzata).

**13ª. Il momento in cui ha luogo l'effetto traslativo tramite la vendita giudiziale riveste un'importanza fondamentale**, come dimostra la grande quantità di conseguenze in ambito sostanziale e processuale che ne derivano, e precisamente le seguenti:

- a) Determina chi sarà autorizzato attivamente all'esercizio valido delle azioni protettive del dominio acquisito.
- b) Concretizza altrettanto la validità degli atti di disposizione che si realizzano rispetto al diritto oggetto della vendita giudiziale: se continua sotto la titolarità del debitore esecutato, potrà continuare a disporre del suo diritto con totale validità (il pignoramento non esclude il potere di disposizione dell'esecutato riguardo all'oggetto pignorato), esercitando tutti gli atti di disposizione che ritenga opportuni: potrà alienare l'immobile, gravarlo con la costituzione di diritti reali su di esso, o potrà perfino ipotecarlo; se invece l'immobile è già passato nelle mani dell'aggiudicatario, solamente questi ne potrà disporre validamente.
- c) Determina la pertinenza dell'oggetto venduto alla massa attiva del debitore esecutato, o dell'aggiudicatario, nel caso della dichiarazione di fallimento di alcuni di loro.
- d) Chiarisce a chi spetteranno i frutti (naturali e civili) prodotti dall'immobile oggetto di vendita (*ex artt. 348. 1º del CC spagnolo e il corrispondente art. 832 del CC italiano*).

- e) Unicamente in Italia determina il soggetto che dovrà assumere i rischi dovuti al deterioramento o alla perdita della cosa venduta giudizialmente, in quanto nell'ordinamento italiano vige il criterio *res perit domino* nella distribuzione dei rischi nella compravendita contrattuale, applicabile pienamente anche alla vendita giudiziale (nella quale si trasferisce altresì la proprietà della cosa venduta). Neanche in Spagna, così come in Italia, esiste una regolamentazione positiva della distribuzione dei rischi per deterioramento o perdita della cosa nell'ambito della vendita giudiziale, in modo tale che dobbiamo applicare per analogia il regime proprio della compravendita contrattuale (sebbene si definisca contrattuale), che individua l'assunzione del rischio in capo al compratore dal preciso momento in cui nasce la sua obbligazione di pagamento, e ciò, condotto al campo della vendita giudiziale, deve corrispondere, a nostro avviso, al momento dell'emissione del «decreto di approvazione dell'aggiudicazione», nel quale si stabilisce definitivamente il prezzo dell'aggiudicazione e l'aggiudicatario è obbligato a effettuarne il pagamento. In tal modo, il trasferimento della proprietà risulta decisivo soltanto agli effetti della distribuzione del rischio per deterioramento o perdita della cosa nel caso dell'Italia.
- f) Stabilisce il momento preclusivo o *dies ad quem* per la presentazione della *tercería de dominio* nel caso della Spagna (*ex art. 596 della LEC spagnola*), o la corrispondente «*opposizione di terzo*» propria dell'Italia (*ex artt. 619, comma primo e 620 del CPC italiano*). Nel caso in cui, erroneamente, si effettui il pignoramento di un bene non appartenente al debitore esecutato, il terzo proprietario può far valere il suo diritto, richiedendo la sospensione del pignoramento, evitando così la vendita giudiziale di cosa altrui, tramite la presentazione dell'opportuna *tercería de dominio* od opposizione di terzo; il termine per la presentazione della *tercería de dominio* e della corrispondente opposizione di terzo conclude proprio nel momento in cui il diritto oggetto di vendita passa nelle mani dell'aggiudicatario.

**14ª. Il momento in cui ha luogo l'effetto traslativo nella vendita giudiziale costituisce una questione sulla quale esiste un'uniformità pratica in seno alla dottrina e, in particolare, della giurisprudenza italiane**, giungendo a una posizione adeguata sulla questione per via interpretativa (non esiste alcun precetto dell'ordinamento italiano che risolva la questione del momento dell'effetto traslativo), pur non partendo dall'approccio più adeguato, in quanto trascura completamente l'attenzione nei confronti del sistema traslativo che deve essere applicato all'ambito della vendita giudiziale. Tale soluzione italiana è adeguata nel momento in cui si stabilisce il trasferimento del diritto nella vendita giudiziale, di enorme interesse rispetto alla soluzione della questione in Spagna, in quanto, come abbiamo precisato, si giunge a questa soluzione tramite la via interpretativa, senza che esista (così come accade in Spagna) una soluzione di diritto positivo a tale riguardo.

In Italia le posizioni da valutare rispetto al momento in cui ha luogo il trasferimento del diritto tramite la vendita giudiziale sono tre, ovvero: quella che sostiene che l'effetto traslativo si produce con l'aggiudicazione (concretamente, con la cosiddetta «ordinanza di aggiudicazione» -*ex art. 571 del CPC italiano*-, nel caso di vendita giudiziale con asta; o con il «decreto di vendita» -*ex art. 571 del CPC italiano*- nel caso di vendita giudiziale senza asta); quella che individua il trasferimento del diritto oggetto di vendita giudiziale con il pagamento del prezzo; e, infine, quella che considera che il momento dell'effetto traslativo ha luogo con l'emanazione del cosiddetto «decreto di trasferimento» (*ex art. 586 del CPC italiano*). Questa terza posizione può essere considerata vigente e uniforme, poiché attraverso di essa si formulano quattro argomenti fondamentali, che illustriamo di seguito:

- a) Il testo dell'art. 586 del CPC italiano, nel quale si afferma esplicitamente che, una volta pagato il prezzo, il giudice dell'esecuzione procede a sospendere la vendita giudiziale nel caso in cui ritenga ingiusto il prezzo offerto, oppure a pronunciare il «decreto di trasferimento» con il quale trasferisce il bene alienato all'aggiudicatario. Nella misura in cui il legislatore utilizza ricorrentemente il termine «bene» come sinonimo del diritto reale che grava su di esso in quanto ciò che si trasferisce sono i diritti sui beni e non i beni considerati materialmente, è evidente con notevole chiarezza che il legislatore processuale italiano stabilisce che con il «decreto di trasferimento» si trasferisce il diritto oggetto di vendita all'aggiudicatario.
- b) Il testo dello stesso art. 586, 3° del CPC italiano, messo a confronto con quanto previsto dall'art. 2643, 6 del CC italiano: l'art. 586 del CPC italiano, nel suo terzo comma, stabilisce che il «decreto di trasferimento costituisce il titolo per la trascrizione della vendita giudiziale nei libri fondiari»; mentre, nella prima parte dell'art. 2643, 6 del CC italiano, d'altro canto, si stabilisce che «si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione i provvedimenti con il quali nell'esecuzione forzata si trasferiscono le proprietà di beni immobili o di altri diritti reali immobiliari (...)». Partendo dai precetti citati, si giunge alla seguente conclusione: se il «decreto di trasferimento» costituisce il titolo con il quale si trascrive il diritto acquisito mediante vendita giudiziale e il CC italiano richiede che si trascrivano i titoli dell'ambito del processo di esecuzione forzata attraverso i quali si trasferisce la proprietà o altri diritti reali, è evidente che il «decreto di trasferimento» non può essere altro che il titolo traslativo del dominio tramite vendita giudiziale nel quale si determina, dunque, il momento del trasferimento del diritto oggetto di vendita.
- c) In accordo con il momento in cui inizia a verificarsi l'effetto purgativo, il quale va collegato, secondo l'art. 586 del CPC all'emanazione del «decreto di trasferimento», che, abbinato inesorabilmente al trasferimento del diritto, ci fornisce un nuovo argomento a favore di questa posizione: se il «decreto di trasferimento» determina il

momento dell'effetto purgativo, deve decretare parallelamente il momento dell'effetto traslativo.

- d) Infine, l'argomento più forte, ossia, quello riguardante il momento in cui si produce la stabilità o il carattere definitivo del trasferimento del diritto operato tramite la vendita giudiziale: tale stabilità non si verifica con l'aggiudicazione, in quanto se non si pagasse il prezzo fallirebbe la vendita giudiziale; né con il pagamento intero del prezzo di aggiudicazione, poiché se si avvanzerà un'offerta successiva che superi di un quinto il prezzo di aggiudicazione entro dieci giorni a partire dalla sua approvazione, la vendita giudiziale perderà la sua efficacia a favore dell'ultimo offerente iniziale; oppure, al di là del caso precedente, si può sospendere la vendita se il giudice dell'esecuzione ritiene che l'ultimo prezzo ottenuto per l'immobile oggetto della vendita sia notevolmente inferiore a quello «giusto», *ex art. 586 del CPC*. Pertanto, solamente pronunciando il «decreto di trasferimento», passo finale dell'iter procedurale che costituisce la vendita giudiziale, si acquisisce il diritto oggetto della vendita giudiziale in modo definitivo, poiché solamente a partire da questo momento ha luogo la «stabilità» del trasferimento, ossia, la mancanza di suscettibilità della stessa di poter risultare sospesa o diventare inefficace.

Esiste un ulteriore argomento non menzionato dalla dottrina italiana che deriva proprio dal rifiuto nei confronti di quei sistema traslativi che si adattano alla natura della vendita giudiziale: considerando il carattere non contrattuale della vendita giudiziale, è possibile affermare indubbiamente il rifiuto della posizione che individua l'effetto traslativo nel momento dell'aggiudicazione, poiché questo significa applicare il sistema traslativo puramente consensualistico proprio dei contratti. Ecco dunque la prova dei produttivi risultati che comporta la precedente e corretta determinaizone del sistema traslativo che occorre applicare alla vendita giudiziale.

**15ª. In Spagna la determinazione del momento in cui si individua l'effetto traslativo che ha luogo tramite la vendita giudiziale costituisce una questione non risolta in sede di diritto positivo (così come avviene in Italia) e che è oggetto di uno stato di confusione generalizzata sia nella dottrina che nella stessa giurisprudenza.** Tale enorme grado di confusione si spiega enunciando le seguenti cause:

- a) Il grande insieme delle riforme sostanziali svolte sul piano dell'iter processuale che costituisce la vendita giudiziale intesa in senso lato, il cui corretto approccio e significato (soprattutto negli ultimi tempi) è passato inosservato alla dottrina e alla giurisprudenza spagnole. A tali riforme si aggiunge un ulteriore elemento di distorsione, vale a dire un'ingiustificabile discordanza tra l'insieme degli atti processuali che costituiscono la vendita giudiziale in sede di espropriazione forzata ordinaria ed esecuzione ipotecaria, che si è mantenuta fino alla riforma realizzata con la Legge spagnola 13/2009, del 3 novembre, di riforma della legislazione processuale per l'inserimento del nuovo ufficio giudiziale. Sotto la

vigenza della LEC spagnola del 1881 e della LEC 1/2000 (prima della riforma processuale del 2009), nella vendita giudiziale che costituisce l'espropriazione forzata ordinaria l'unico titolo formale che attestava il pagamento del prezzo era: in primo luogo (fino alla riforma processuale del 1992) la scrittura del provvedimento di approvazione dell'offerta e, in secondo luogo (a partire dalla riforma processuale del 1992) l'attestato del provvedimento di approvazione dell'aggiudicazione; mentre nella vendita giudiziale relativa all'esecuzione ipotecaria il pagamento del prezzo era attestato in qualsiasi momento da un titolo specifico diverso da quello richiesto per l'iscrizione del diritto acquisito nel *Registro de la Propiedad*, vale a dire il cosiddetto *auto de adjudicación*, «provvedimento di aggiudicazione». Con la riforma effettuata dalla Legge 13/2009, del 3 novembre, questo dualismo nell'iter processuale della vendita in sede di espropriazione forzata e di esecuzione ipotecaria si esaurisce, nella misura in cui, a partire da questo momento, in entrambi i casi esistono si prevede il cosiddetto *decreto de adjudicación* («decreto di aggiudicazione»), con il quale si attesta il pagamento del prezzo da parte dell'aggiudicatario.

Il raggiungimento di questa evoluzione normativa passa sorprendentemente inosservato dalla maggior parte della dottrina e giurisprudenza spagnole, che continuano ad applicare le stesse soluzioni, facendo riferimento a risoluzioni remote, dettate sotto l'imperio di iter processuali di carattere (per quanto riguarda i requisiti formali richiesti) assolutamente distinto in riferimento alla sede in questione (espropriazione forzata ordinaria o esecuzione ipotecaria).

Dunque è possibile constatare una posizione maggioritaria nell'ambito della dottrina spagnola che individua l'effetto traslativo della vendita giudiziale nel momento dell'emanazione del *testimonio del auto de aprobación/decreto de adjudicación* («attestato del provvedimento di approvazione»/«decreto di aggiudicazione»), che è valido fino al momento presente, senza prestare la dovuta attenzione all'enorme rilevanza delle riforme operate nell'iter processuale della vendita giudiziale. Questa posizione proviene dall'erronea equiparazione della scrittura pubblica di vendita (che esisteva fino al 1992 sotto la vigenza della LEC spagnola del 1881, nella quale si identificava la «presunta» consumazione della vendita giudiziale) e l'attestato del decreto/provvedimento di aggiudicazione, quando tale attestato assomiglierebbe piuttosto alla «copia» della scrittura previamente data.

Per quanto riguarda la giurisprudenza spagnola, la posizione dominante in un primo momento è la stessa che in sede dottrinale, sebbene si stia cominciando ad accogliere una corrente (da considerarsi attualmente maggioritaria) che tende a individuare l'effetto traslativo nella cosiddetta e incerta «aggiudicazione» (con «aggiudicazione» non si sa esattamente a quale concreto atto processuale, dell'insieme degli atti che costituiscono la vendita giudiziale, si stia riferendo). L'indagine sulle origini di quest'ultima mette in evidenza che si tratta di una corrente iniziata sui confini dell'esecuzione ipotecaria, nella quale è sempre esistito un titolo esclusivamente probativo del pagamento del prezzo,

independentemente dal titolo valido per l'iscrizione del diritto nel *Registro de la Propiedad*: l'*auto de adjudicación* (il «provvedimento di aggiudicazione»). Ne risulta che la sua trasposizione all'ambito dell'espropriazione forzata ordinaria risulti sicuramente artificiosa fino alla riforma processuale del 2009: fino a quel momento non esisteva nell'espropriazione forzata alcun titolo che ricordasse pur lontanamente tale denominazione, né che risultasse equiparabile al «provvedimento di aggiudicazione» proprio dell'esecuzione ipotecaria. Può avere un senso a partir dalla Legge 13/2009, del 3 novembre, che si individui comunemente l'effetto traslativo nell'«aggiudicazione», sia nell'espropriazione forzata sia nell'esecuzione ipotecaria. Tuttavia, la terminologia dovrebbe essere più precisa, e non si dovrebbe parlare semplicemente di «aggiudicazione», bensì di «decreto di aggiudicazione».

b) Il secondo elemento che consideriamo di distorsione nell'ottenimento di una soluzione appropriata riguardo al momento in cui ha luogo l'effetto traslativo è certamente l'erronea riaffermazione dell'indiscussa applicazione del sistema del *título y del modo* alla vendita giudiziale. Effettivamente, sia la dottrina sia la giurisprudenza spagnole applicano alla vendita giudiziale, senza eccezione e in ogni momento, il sistema traslativo «per titolo e modo», proprio dei trasferimenti onerosi derivativi e *inter vivos*, che sono precisamente quelli che si verificano in virtù delle vendite giudiziali. Tuttavia, sembrano dimenticare il concreto ambito materiale in cui opera questo sistema traslativo: quello specifico dei contratti, e dunque che nello stesso testo dei proceetti nei quali esso trova la sua formulazione (e precisamente l'art. 609 del CC spagnolo) si parla testualmente di «certi contratti tramite la *traditio*» Un ambito, quello contrattuale, assolutamente estraneo alla vendita giudiziale che è tutt'altro che un contratto. In tal caso, si spiega automaticamente l'artificioso tentativo di far quadrare i momenti del perfezionamento e della consumazione nell'insieme di atti processuali che costituiscono la vendita giudiziale: qual è il senso e quale la importanza reale dell'individuare il momento del perfezionamento nella vendita giudiziale? Forse uno dei molteplici atti processuali che compongono la vendita giudiziale può essere considerato un titolo, dunque, un contratto? Assolutamente no e questo rappresenta uno dei pilastri dell'equivoco scenario nel quale ancora si muove la maggior parte della dottrina e della praticamente unanime giurisprudenza spagnole. Questo equivoco risulterebbe evitabile se l'approccio allo studio della questione del momento dell'effetto traslativo fosse svolto nell'ordine dovuto che stiamo affermando: partendo dunque con carattere previo e necessario dalla determinazione dell'adeguato sistema traslativo da applicare alla vendita giudiziale.

c) Lo scenario confuso al quale abbiamo fatto riferimento deriva dall'influsso che ancora esercita l'erronea posizione «contrattualistica» riguardo alla vendita giudiziale, presente nell'idea del legislatore e codificatore del secolo XIX e che ancora sta esercitando il suo influsso sul panorama attuale. Altrimenti non si spiegherebbe il perché della reiterata e indiscussa applicazione della teoria del titolo e del modo nell'ambito delle vendite giudiziali.

**16<sup>a</sup>.** Giungiamo così alla **nostra posizione riguardo al momento dell'effetto traslativo e al sistema traslativo applicabile alla vendita giudiziale**. In base all'ordine dei fattori che stiamo difendendo, consideriamo che il sistema traslativo per titolo e modo non sia applicabile alla vendita giudiziale: perché non esiste il titolo, nella misura in cui nessuno degli atti costitutivi della vendita giudiziale, né la stessa vendita giudiziale nel suo insieme costituiscono un contratto traslativo del dominio, in quanto manca in qualsiasi momento la volontà del trasferente (debitore esecutato); né esiste il modo o *traditio*, in quanto in base alla nozione causalizzata della *traditio* propria dell'ordinamento spagnolo, secondo la quale la consegna del possesso deve derivare e restare intimamente legata a un contratto valido previo affinché si verifichi la mutazione giuridico-reale, l'assenza di uno di questi elementi renderà inoperativo ognuno di essi se considerati isolatamente: dunque, se non esiste il titolo, mancano i presupposti della validità del modo.

Rifiutata la teoria del titolo e del modo, consideriamo che il sistema traslativo che deve derivare dall'applicazione alla vendita giudiziale sia in Spagna che in Italia sia il cosiddetto «**sistema traslativo ope legis**», previsto espressamente sia dall'art. 609, secondo comma, *ab initio* del CC spagnolo, sia dall'art. 922, *in fine* del CC italiano; sistema vero e autonomo di traslazione della proprietà e degli altri diritti reali nel quale rientrano perfettamente casi come il trasferimento realizzato in virtù della vendita giudiziale. Effettivamente, se si tratta di un caso in cui il trasferimento del diritto non si verifica per la volontà degli interessati (in particolar modo del trasferente), ma automaticamente *ipso iure* perché è quanto previsto dalla legge, che in tal modo riconduce l'effetto traslativo a un atto giuridico determinato (o meglio a un insieme di atti processuali, nel caso della complessa vendita giudiziale).

Con l'applicazione del sistema traslativo *ex lege*, secondo l'attuale iter processuale che costituisce la vendita giudiziale, in Spagna si svolge, a nostro avviso, con **la fermezza del decreto di aggiudicazione con il quale si attestano il prezzo dell'aggiudicazione e il suo pagamento**: a partire da questo preciso momento, avrà luogo **la stabilità dell'acquisizione del diritto oggetto della vendita giudiziale**; ossia, dal momento in cui non sarà più suscettibile di diventare inefficace o di essere sospeso per una determinata causa.

**17<sup>a</sup>.** Lo svolgimento della garanzia per vizi occulti ed evizione nell'ambito della vendita giudiziale costituisce una delle poche questioni apparentemente risolte dal CC spagnolo, precisamente nel suo art. 1489; tuttavia solo apparentemente, poiché poco si dice a tale riguardo, ma ci si limita a realizzare un rinvio generale al regime di garanzia proprio della compravendita contrattuale, lasciando in sospeso così tre grandi interrogativi: il suo concreto raggiungimento, poiché l'art. 1489 del CC spagnolo si situa in sede di garanzia per vizi occulti, e dunque non si conosce se il rinvio comprenda anche l'evizione; il suo contenuto specifico; e anche il soggetto che deve rispondere della garanzia che ne deriva.

**18<sup>a</sup>.** Ci risulta poco utile l'ordinamento italiano per rispondere a questi interrogativi, poiché ben lungi da quanto si può dedurre dalla lista dei precetti destinati alla regolazione degli aspetti sostanziali della vendita giudiziale, tra i quali l'art. 2921 del CC

italiano riferito all'«evizione», è pur vero che il codificatore italiano, condizionato aprioristicamente riguardo alla soluzione accolta sulla natura giuridica della vendita giudiziale, rifiuta l'operatività della classica garanzia edilizia (sia per vizi occulti, sia per evizione), prevedendo in maniera incomprensibile una garanzia autonoma creata *ad hoc* per il solo fatto dell'evizione (così la contempla l'art. 2921 del CC italiano, mentre l'art. 2922 del CC italiano nega qualsiasi garanzia in caso di vizi occulti). Ci risulta incomprensibile in quanto non si spiega perché, per coerenza, non si preveda altrettanto una garanzia autonoma in caso di vizi occulti. Un'unica garanzia per il singolo caso di evizione, di carattere autonomo e non equiparabile alla garanzia tradizionale per evizione propria della compravendita contrattuale, che consiste nella restituzione diretta del prezzo pagato, se questo non è stato ancora distribuito tra i vari creditori; oppure, una volta distribuito, nella ripetizione di tale pagamento nei confronti dei vari creditori soddisfatti (proporzionalmente ai loro rispettivi crediti), così come nei confronti del debitore (solamente nel caso in cui sia stata percepita, in tal caso, parte del prezzo ottenuto per la cosa –nel caso in cui esista un residuo, dopo aver pagato i creditori-). La prova dell'inappropriatezza della soluzione italiana è la risposta che dal punto di vista dottrinale e giurisprudenziale si fornisce alla questione dell'*aliud pro alio* nell'ambito della vendita giudiziale, che si sta affermando con carattere praticamente uniforme sulla base dell'artificioso argomento secondo il quale non costituisce un caso escluso dal Codice dall'ambito della vendita giudiziale. Ciò è artificioso perché l'*aliud pro alio* non è altro che un caso di vizi o difetti della cosa, che assumono tale importanza da meritare una risposta giuridica che sfugge alle perentorie azioni edilizie, identificandosi, dunque, con un caso di vero inadempimento suscettibile del rimedio risolutorio (la dottrina e la giurisprudenza attuale coincidono nell'individuare la difficoltà della demarcazione tra le due figure, e dunque i testi internazionali ed europei propendono a ricondurre la figura dei vizi, la mancanza della qualità essenziale e lo stesso *aliud pro alio* alla categoria del cosiddetto «difetto di conformità», ma non è altro che un caso di inadempimento dell'obbligazione sorta dal contratto). *Aliud pro alio* la cui risposta si incanala nella strada della garanzia autonoma per evizione prevista dall'art. 2921 del CC italiano. Con ciò si evidenzia che si tratta di trovare una risposta urgente a una situazione, quella dei vizi occulti, carente, ingiustificatamente, di ogni tipo di garanzia nell'ambito della vendita giudiziale.

La risposta italiana alla questione della garanzia nella vendita giudiziale ci risulta non solamente incoerente, ma anche **erroneamente fondata**. Effettivamente, il rifiuto del regime tradizionale della garanzia sia per evizione sia per vizi occulti è vincolato sempre alla mancanza della necessaria volontà sulla quale deve far conto il trasferimento affinché tali istituti risultino applicabili. La garanzia che suppone la classica garanzia per evizione e per vizi occulti costituisce un obbligo che sorge dalla volontà di trasferimento, in modo tale che, in mancanza di tale elemento volontaristico, così come avviene nel caso della vendita giudiziale, l'istituto di garanzia perde la sua ragion d'essere. Dissentiamo completamente da questo approccio: se si ricorre alla migliore dottrina civilistica, sembra esistere un certo



consenso nel sottolineare che la garanzia per evizione e per vizi occulti costituisce un caso speciale di responsabilità contrattuale, di carattere oggettivo, dunque non fondato sulla nozione di colpa, bensì sull'insoddisfazione oggettiva subita dal diritto o dall'interesse contrattuale del compratore. A tale responsabilità speciale è vincolato un regime predeterminato legalmente, che si allontana da quello proprio della responsabilità contrattuale generica. In definitiva, per quanto è di nostro interesse, la garanzia agisce al margine della volontà dei soggetti, costituendo una garanzia di origine legale basata sulla mera esistenza del fatto della evizione o su quella dei vizi o dei difetti occulti. Ne è prova il fatto che nel regime legale della garanzia previsto sia nel CC spagnolo che in quello italiano si distinguono le azioni tipiche che nascono dalla garanzia edilizia, dall'eventuale risarcimento per danni del quale si deve rispondere nel caso in cui esista colpa o mala fede [cfr. l'art. 1478, comma da 1° a 4°; e l'art. 1478, comma 5° del CC spagnolo, nel caso dell'evizione; inoltre l'art. 1486, comma 1° e 2° del CC spagnolo, per il caso di vizi o difetti occulti. Cfr. anche i corrispondenti artt. 1483, 1479 (comma primo e secondo, riferito ai terzi), per la garanzia per evizione; inoltre, gli artt. 1492 e 1493, in relazione all'art. 1494 del CC italiano, per il caso di vizi e difetti occulti]. Dunque, consideriamo che non si debba escludere il regime tradizionale di garanzia per vizi occulti ed evizione dall'ambito delle vendite giudiziali, in quanto in esse si verifica il trasferimento di un diritto in cambio del pagamento di un prezzo da parte di un soggetto, il quale, poiché la sua prestazione è onerosa, merita alcune garanzie (per lo meno analoghe a quelle esistenti in sede di vendita contrattuale) per quanto riguarda il possesso legale e pacifico di un bene esente da vizi o difetti occulti.

In definitiva, è possibile osservare come l'ordinamento italiano tenda a rifiutare in maniera aprioristica ogni soluzione legale che provenga dal regime giuridico della compravendita volontaria, essendo condizionato dalla sua ferrea posizione non contrattualistica accolta riguardo alla natura della vendita giudiziale: tutto ciò che «sa di» vendita contrattuale sembra essere rifiutato in pieno, quando il fatto che la vendita contrattuale non sia un contratto non deve essere d'ostacolo affinché determinati istituti propri della compravendita contrattuale possano essere applicati: piuttosto, occorrerà addentrarsi nelle particolari caratteristiche della figura in questione, affinché, una volta affrontata l'essenza della vendita giudiziale, si possa adottare la soluzione adeguata che eviti l'influsso come *prius* della posizione scelta riguardo alla sua natura giuridica.

**19<sup>a</sup>.** In base a quanto affermato in precedenza, **riteniamo che la risposta spagnola alla questione della garanzia nella vendita giudiziale, sebbene sia scarsa, risulti più adeguata rispetto a quella adottata in Italia**, la cui soluzione non può, a nostro avviso, essere presa come riferimento. Il regime spagnolo, come abbiamo precisato precedentemente, lascia aperti tre fondamentali interrogativi, ai quali rispondiamo:

- a) La determinazione rispetto al fatto se il rinvio realizzato dall'art. 1489 del CC spagnolo debba intendersi in modo tale da riguardare solamente i vizi occulti o anche

l'evizione. A ciò replichiamo in senso affermativo: ossia, **il rinvio comprende non solamente la garanzia per vizi occulti, ma anche la garanzia per evizione**; ciò in base ai seguenti argomenti:

- Poiché costituisce una conseguenza necessaria del carattere derivativo del trasferimento che ha luogo attraverso di essa: se i diritti che precedono la vendita e che gravano sulla cosa non sono purgati posteriormente ad essa, ma permangono, risulta perfettamente possibile che uno di tali diritti anteriori sia incompatibile con quello dell'aggiudicatario e di conseguenza questi sia vinto in un'eventuale causa; dunque, il fatto dell'evizione è perfettamente possibile, ed essa deve disporre di un mezzo di protezione specifico a favore dell'aggiudicatario, che nell'ordinamento spagnolo non è altro che l'istituto della garanzia per evizione previsto dagli artt. 1475 e ss. del CC.
- Poiché nel sistema positivo spagnolo, la garanzia per evizione è un elemento naturale per ogni trasferimento a titolo oneroso (come lo è la vendita giudiziale), essendo riconosciuta nella vendita di crediti (*ex art. 1529 del CC spagnolo*), nel conferimento di cose vere e determinate alla società (*ex art. 1681.2 del CC spagnolo*), nella donazione onerosa (*ex art. 638 del CC spagnolo*) e nella divisione della cosa comune (*ex art. 1069 e 1071 del CC spagnolo*).
- Poiché, visto che la garanzia costituisce un'obbligazione legale di garanzia che, con carattere generico, si fa ricadere sulla persona del venditore, che non distingue tra la modalità dell'evizione e quella dei vizi occulti [l'art. 1461 del CC spagnolo afferma che il venditore «è obbligato alla consegna e alla garanzia della cosa oggetto di vendita», per cui fa riferimento all'istituto della garanzia come figura generica che garantisce due casi estremamente diversi: il possesso legale e pacifico della cosa venduta (garanzia per evizione) e i vizi o difetti occulti che potrebbe avere (garanzia per i vizi o difetti occulti) -*ex art. 1474 del CC spagnolo*-], neanche avrebbe senso attribuire un diverso trattamento a ogni caso in sede di vendita giudiziale: se esiste un rinvio esplicito a «tutto quanto sia disposto negli articoli precedenti», ciò dovrà comprendere non solamente i vizi o difetti occulti, ma anche l'evizione, in maniera uguale e coerente.

b) La seconda grande questione che occorre risolvere riguardo alla garanzia nell'ambito delle vendite giudiziali è quella del **contenuto concreto in cui deve consistere la garanzia in ognuno dei casi** (vizi occulti ed evizione). A ciò replichiamo che in principio risulteranno applicabili tutte le voci previste nel regime generale di garanzia per vizi occulti ed evizione, fatta eccezione per quelle che hanno una certa relazione con l'elemento volontaristico assente nel caso della vendita giudiziale. Pertanto:

- Nel caso di garanzia per i vizi, l'aggiudicatario avrà diritto a esercitare le opportune azioni edilizie (recesso dal contratto o riduzione proporzionale del prezzo); dovrà essere restituito il prezzo e le spese sostenute nella vendita giudiziale, nel caso di perdita della cosa per vizi o difetti occulti; e avrà diritto a ottenere il prezzo pagato per la cosa, con la riduzione del valore che aveva al momento della sua perdita, nel caso in cui la perdita della cosa sia avvenuta successivamente all'esistenza di vizi o difetti occulti o come conseguenza di un caso fortuito o per colpa del proprio aggiudicatario. In nessun caso, questi avrà diritto a percepire un indennizzo per i danni causati (nelle diverse ipotesi analizzate), poiché questi sono esclusi, espressamente e adeguatamente (non casualmente) dall'art. 1489 del CC spagnolo.
  - Nel caso di garanzia per evizione, l'aggiudicatario avrà diritto: alla restituzione del prezzo che la cosa venduta aveva al momento dell'evizione, fosse questo maggiore o minore di quello corrispondente al momento della vendita (sempre che questo non sia superiore al prezzo pagato inizialmente dall'aggiudicatario; precisazione che, a nostro avviso, occorre includere nell'ambito della vendita giudiziale); ai frutti o redditi prodotti dalla cosa oggetto di vendita, solo quando sia obbligato a consegnarli a colui che lo ha vinto nel processo; alle spese della causa che ha motivato l'evizione ed, eventualmente, a quelle della causa eseguita nei confronti del medesimo venditore per esigere la garanzia; a ricevere anche il rimborso delle spese sostenute inizialmente come conseguenza della sua partecipazione alla vendita giudiziale (per esempio, se ha dovuto pagare determinate tasse per rilanciare sull'offerta elettronicamente o per ricevere consulenze da un'agenzia specializzata nella partecipazione in vendite all'asta, ecc.). Non avrà diritto a percepire un risarcimento per danni causati da un'azione di mala fede del venditore, poiché nella vendita giudiziale, essendo il venditore o trasferente il debitore esecutato, tale mala fede non è valutabile per la mancanza di volontà di quest'ultimo e in accordo con la chiara esclusione sostenuta a questo proposito dall'art. 1489 del CC spagnolo da osservare in questa sede.
- c) La terza e ultima questione controversa che suscita la garanzia nell'ambito delle vendite giudiziali, una volta verificato, è quella riguardante il **soggetto o i soggetti che devono risultare responsabili di tali garanzie**. Propendiamo per rendere responsabile il soggetto che dispone della condizione di trasferente, ossia, il debitore esecutato; e ciò in base ai seguenti argomenti e con le precisazioni che riportiamo di seguito:

- Che il CC spagnolo, pur non pronunciandosi esplicitamente riguardo a quale sia il responsabile della garanzia, con il rinvio del regime di garanzia proprio della vendita volontaria, risulta evidente che considera responsabile il venditore, che nella vendita giudiziale non è altri che il titolare del diritto che si trasmette attraverso di essa, ossia, il debitore esecutato.
- Che l'argomento secondo il quale si rende responsabile il soggetto che risulta beneficiario dalla vendita giudiziale non può essere accolto, poiché i soggetti che intervengono nel complesso degli atti che costituiscono la vendita giudiziale sono diversi, in modo tale che il beneficio non è ottenuto da colui che riceve materialmente il prezzo, ma anche dallo stesso debitore che vedrà il suo debito saldato, così come dall'aggiudicatario, che in generale ottiene il bene a un prezzo molto inferiore a quello di mercato.
- Che in nessun caso intendiamo che il creditore istante possa considerarsi responsabile dell'obbligazione di garanzia, in quanto il risultato finale al quale si giungerebbe con questo approccio sarebbe che il menzionato creditore subirebbe nuovamente lo squilibrio patrimoniale causato dalla lesione del suo credito da parte del debitore esecutato; esisterebbe pertanto una sorta di rinascita (totale o parziale) del credito anteriormente soddisfatto (totalmente o parzialmente), che renderà finalmente responsabile il debitore esecutato.
- Che ciò non costituisce un ostacolo affinché il creditore possa essere considerato il responsabile, se risulta dimostrato che ha esercitato un influsso nell'occultamento colpevole di alcuni dei motivi che hanno dato luogo all'evizione o ai vizi o difetti occulti del bene oggetto della vendita giudiziale. Tuttavia, si tratterà di una responsabilità che agirà al margine dell'obbligo di garanzia.

**20ª.** Esistono determinati **casi nei quali, nonostante esistano le condizioni necessarie affinché abbia luogo il fatto dell'evizione, questa infine non ha luogo in virtù della protezione concessa dal registro immobiliare.** Ci stiamo riferendo ai casi nei quali, nonostante esista un diritto precedente di una terza persona sul bene oggetto della vendita, che può dar luogo al fatto dell'evizione, questa non si verifica, e l'aggiudicatario acquisisce il suo diritto in maniera irrevocabile, come conseguenza dell'appoggio da parte di quest'ultimo nel sistema di protezione registrale. Effettivamente, il caso emblematico in cui il compratore subisce l'evizione è quello in cui acquisisce il suo diritto in virtù della vendita di cosa altrui, dove il venditore non è il proprietario, non avendo potere dispositivo rispetto al diritto oggetto di vendita, solamente nel caso in questione per aver trasferito previamente il suo diritto a una terza persona (doppia vendita che dà luogo alla vendita di cosa altrui), ed è quest'ultima (primo acquirente) che provoca l'evizione, rivendicando il diritto di sua proprietà. Si tratta di un'acquisizione *a non domino*, che in un principio non dispone di virtualità trasmissiva e che può determinare l'evizione, ma che tuttavia può essere reputata

efficace sulla base del sistema di protezione della apparenza giuridica in materia immobiliare, quale è sistema di registro.

La questione che ci poniamo è se tale protezione registrale garante delle acquisizioni *a non domino* operi o no nell'ambito dei trasferimenti avvenute mediante vendita giudiziale, ma non senza menzionare prima brevemente le caratteristiche essenziali dei sistemi di registro italiano e spagnolo, chiaramente distinti.

Il **sistema registrale italiano** costituisce un sistema tra quelli definiti 'latini', con efficacia meramente preclusiva, che sulla scia dell'ordinamento francese, assicura solamente che colui che risulta titolare non abbia trasferito a nessuno il suo diritto, ma non che lo sia effettivamente. Così il principio di protezione registrale fondamentale nell'ordinamento italiano è contenuto nell'art. 2644 del CC italiano, nel quali a grandi linee si dichiara la «inopponibilità» di quanto è trascrivibile non trascritto, in modo tale che colui che trascrive in primo luogo il suo diritto nel registro, pur provenendo da un *non dominus*, consolida la sua acquisizione in maniera definitiva, senza che a tale scopo si richiedano ulteriori requisiti (è significativo che neanche si esiga la buona fede). Tuttavia, ben lungi da ciò, la realtà delle cose rivela che la mala fede da parte di un terzo protetto è invece rilevante per quanto riguarda il suo grado di protezione; poiché, in sede dei meccanismi di protezione sui quali si basa il *verus dominus* che si vede privato del proprio diritto di fronte al terzo protetto, è evidente a livello dottrinale e giurisprudenziale che la mala fede di quest'ultimo assume invece un'enorme importanza, poiché se ciò si presenta, sarà perfino possibile esercitare un'azione rivendicatoria la cui valutazione, nel caso esistano i presupposti necessari, comporterà l'inefficacia del trasferimento operato in virtù del sistema di protezione registrale, così come la restituzione del diritto al patrimonio del trasferente originario. Pertanto, l'inattuabilità del diritto acquisito dal terzo protetto potrà essere raggiunta solamente mediante buona fede; e tale conclusione sembra passare sorprendentemente inosservata alla dottrina italiana.

Dunque, l'operatività di questa protezione registrale riguardo alla vendita giudiziale nell'ambito italiano si può affermare senza indugio, poiché si deduce chiaramente dal testo degli artt. 2643 e 2644 del CC italiano. Sicuramente l'art. 2644 del CC italiano dispone che non saranno opponibili gli atti trascrivibili descritti nell'articolo precedente (l'art. 2643) che non siano stati trascritti rispetto a quelli che lo sono stati. Dunque, l'art. 2644 del CC italiano rinvia il suo ambito di applicazione agli atti descritti nel precedente art. 2643 del CC italiano; e all'interno dell'elenco degli atti enunciati nell'art. 2643 del CC italiano, nel numero 6) del menzionato articolo si includono «i provvedimenti con i quali nell'esecuzione forzata si trasferiscono la proprietà di beni immobiliari o altri diritti reali immobiliari». È evidente, dunque, che la protezione offerta dall'art. 2644 del CC italiano riguarda l'ambito delle vendite giudiziali, e che un'acquisizione *a non domino* derivante da una vendita giudiziale può essere consolidata tramite un meccanismo di tempestiva trascrizione del

diritto nel registro immobiliare (oltre alla necessaria buona fede di cui difendiamo l'esistenza).

Il **sistema registrale spagnolo** è sicuramente peculiare, nella misura in cui costituisce un sistema con efficacia meramente negativa o preclusiva (*ex artt. 606 del CC e 32 della LH spagnola*); e con efficacia positiva, tramite la cosiddetta *fe pública registral* («fede pubblica del registro») contenuta fondamentalmente nell'art. 34 della LH spagnola, vera pietra miliare del sistema di registro nel suo insieme, attraverso la quale si garantisce all'acquirente da un titolare registrale la sua acquisizione in modo intaccabile, anche nel caso in cui tale titolare registrale non sia il vero titolare del diritto. Attenendosi al massimo grado di protezione positiva fornita dal sistema registrale spagnolo, i requisiti fondamentali che devono esistere affinché l'acquirente *a non domino* sia consolidato nel suo diritto in modo intaccabile sono precisamente i seguenti: ossia, l'acquisizione onerosa, da titolare registrale che compaia nel registro con facoltà dispositive rispetto al diritto trasmesso, di buona fede, mediante un titolo valido, con iscrizione precettiva del diritto nel *Registro de la Propiedad*.

L'operatività di questo principio di fede pubblica registrale nell'ambito delle vendite giudiziali costituisce una questione oggetto di enorme controversia dottrinale e giurisprudenziale, sebbene l'attuale posizione maggioritaria (praticamente unanime) affermi senza dubbio l'applicazione dei principi di protezione registrale (oltre al potente strumento dell'art. 34 della Legge Ipotecaria spagnola) nell'ambito delle vendite giudiziali (precisamente in ambito giurisprudenziale, attraverso l'importante sentenza del *Tribunal Supremo* del 5 marzo 2007); ciò si basa sui seguenti argomenti fondamentali:

- a) Il trasferimento del diritto che ha luogo tramite la vendita giudiziale si può adattare pienamente alla lettera dei presupposti richiesti dal sistema di protezione registrale: si tratta di un'acquisizione «onerosa», che deriva da un titolare registrale con facoltà di disporre, che può essere svolta in buona fede, mediante un titolo valido (in tal caso, la stessa vendita giudiziale intesa in senso lato) e nel caso in cui il diritto acquisito si possa iscrivere nel registro tramite la testimonianza del decreto di aggiudicazione.
- b) È quanto si deduce con somma chiarezza dall'art. 594 della LEC spagnola, nella quale si afferma l'efficacia del pignoramento realizzato su una cosa non appartenente al debitore, e si stabilisce che se il *verus dominus* non esercita temporaneamente l'opportuna *tercería de dominio*, questi perderà ogni possibilità di recuperare il suo diritto impugnando l'alienazione giudiziale, nel caso in cui l'aggiudicatario acquisisca il suo diritto in maniera irrivendicabile. In questo consiste l'aspetto fondamentale della questione: con l'espressione «acquisizione in maniera irrivendicabile d'accordo con la legislazione sostanziale», è indubbio che il legislatore processuale si stia riferendo all'acquisizione che ha luogo in base ai requisiti richiesti dalla fede pubblica registrale, unico strumento dell'insieme

dell'ordinamento spagnolo che rende inattaccabile l'acquisizione *a non domino* che si fonda su essa.

- c) L'art. 464 del CC spagnolo, corrispondente all'art. 34 della Legge Ipotecaria spagnola in riferimento ai beni mobili, estende il suo ambito di applicazione nel secondo paragrafo alla cosiddetta «vendita pubblica» (che può essere intesa come comprensiva della vendita giudiziale), e ciò è certamente indicativo del fatto che, per coerenza, si debba ammettere il gioco della protezione registrale garante dell'acquisizione *a non domino* nell'ambito delle vendite giudiziali.

**21<sup>a</sup>.** Esistono **due situazioni patologiche** di grande importanza che possono verificarsi nella vendita giudiziale: **l'eventuale inadempimento delle obbligazioni sorte da essa (se si può parlare veramente di nascita di obbligazioni nell'ambito in questione) e il frequente ottenimento di un prezzo per il diritto venduto che sia notevolmente inferiore a quello di mercato.** Vale la pena chiedersi se esistono rimedi giuridici che possano risolvere queste eventualità patologiche nell'ambito delle vendite giudiziali.

**22<sup>a</sup>.** Partendo dalla **risoluzione per inadempimento**, la prima cosa che dobbiamo affermare è che la vendita giudiziale dà luogo alla nascita di vere obbligazioni, in quanto queste non derivano solamente dai contratti ma anche dalla legge (*ex artt. 1089, ab initio* del CC spagnolo, e 1173 *in fine* del CC italiano), che è quanto accade proprio nel caso della vendita giudiziale. Dalla vendita giudiziale sorgono dunque obbligazioni di origine legale, che sono fondamentalmente il trasferimento del diritto e il pagamento del prezzo (così come nella compravendita contrattuale); di carattere reciproco, nella misura in cui esiste una piena interdipendenza tra le due, essendo una la causa dell'altra. Poiché esistono obbligazioni di carattere reciproco, l'inadempimento di una di esse può dar luogo all'importante istituto della risoluzione per inadempimento proprio di tale ambito (*ex art. 1453 del CC italiano e art. 1124 del CC spagnolo*): può applicarsi nell'ambito della vendita giudiziale? La risposta è negativa nel caso italiano, in quanto il rimedio risolutorio è contemplato come meccanismo specifico ed esclusivo delle obbligazioni sorte da un contratto (e la vendita giudiziale, chiaramente, non lo è); nel caso spagnolo, invece, la risposta è affermativa, in quanto lo strumento risolutorio è contemplato come azione generale di ogni genere di obbligazioni (non solamente contrattuali), anche se nei termini e gradi che enunciamo di seguito:

- a) I presupposti essenziali per l'operatività dell'istituto della risoluzione per inadempimento si compiono abbondantemente nell'ambito delle vendite giudiziali: esistono obbligazioni (legali) di carattere reciproco che possono non adempiersi. Infatti, non essendo necessaria un'imputazione soggettiva dell'inadempimento nei confronti della persona del venditore per valutare la risoluzione secondo la tendenza dottrinale e giurisprudenziale più recente, il rimedio risolutorio riveste un'importanza ancora maggiore nelle vendite giudiziali.

- b) Il rimedio della risoluzione per inadempimento nel caso delle obbligazioni legali è possibile soltanto nei casi in cui la stessa legge non preveda una conseguenza specifica al fatto dell'inadempimento (*ex art. 1090 del CC spagnolo*); di conseguenza, in caso di inadempimento dell'obbligazione di pagamento del prezzo non sarà possibile il rimedio risolutorio, in quanto lo stesso Codice di Procedura Civile spagnolo (*ex art. 653 della LEC*) prevede una determinata conseguenza in caso di tale inadempimento: il cosiddetto fallimento della vendita giudiziale.
- c) Dunque, la risoluzione per inadempimento avviene nell'ambito della vendita giudiziale solamente in caso di inadempimento dell'obbligazione di consegna del diritto oggetto della vendita, e ciò può succedere perfettamente proprio nei casi di *aliud pro alio* assimilati a veri inadempimenti.
- d) Considerando la risoluzione per inadempimento come un mezzo di tutela a favore dell'aggiudicatario, nel caso in cui questi la eserciti, gli effetti saranno i seguenti:
- Dovrà essere restituito il prezzo pagato per la cosa all'aggiudicatario, e ciò deve ricadere soltanto sulla persona del debitore esecutato, essendo questi la controparte della relazione giuridico-obbligatoria di vendita, che assume l'obbligo legale di consegna della cosa.
  - L'aggiudicatario, dal suo canto, dovrà reintegrare la cosa ricevuta.
  - In un principio, avverrà ugualmente il risarcimento per danni a carico del venditore, debitore esecutato, poiché ci troviamo nell'ambito di un caso di responsabilità oggettiva, così come abbiamo rimarcato precedentemente. Ciò non costituisce un ostacolo affinché il creditore istante (*ex art. 1902 del CC spagnolo*), o lo stesso organo esecutivo (reclamazione di responsabilità patrimoniale per errore giudiziale o anormale funzionamento della giustizia, *ex artt. 292 e ss. della Legge spagnola 6/1985, del 1 luglio, del Potere Giudiziario*), possano considerarsi responsabili di tale risarcimento nel caso in cui si dimostri che la loro azione contribuì all'inadempimento dell'obbligazione di consegna corretta o trasferimento del diritto.

**23ª. La rescissione per lesione** non costituisce un meccanismo che possa essere usato come paliativo dell'ottenimento di un prezzo notevolmente inferiore a quello di mercato nella vendita giudiziale:

a) In **Spagna**, essendo la rescissione per lesione *ultra dimidium* non si contempla come rimedio generale nel territorio del diritto comune, poiché l'ordinamento spagnolo si basa sulla convinzione che le cose valgano quanto qualcuno sia disposto a pagare volontariamente per averle.



Non si può ipotizzare neppure negli ordinamenti forali (Catalogna e Navarra), dove si tratta la rescissione per lesione *ultra dimidium* come principio generale in materia di contratti, in quanto in entrambe le compilazioni forali si esclude esplicitamente l'operatività del rimedio rescissorio nell'ambito delle vendite giudiziali (cfr. l'art. 321 del Decreto Legislativo 1/1984, del 19 luglio, con il quale si approva il Testo Consolidato della compilazione del diritto civile della Catalogna; e la Legge 503, primo paragrafo, della Legge 1/1973, del 1 marzo, con la quale si approva la compilazione del diritto civile forale della Navarra).

b) In **Italia**, in quanto l'art. 2922 del CC italiano, comma secondo, esclude esplicitamente l'istituto della rescissione per lesione dall'ambito delle vendite giudiziali. Tale esclusione esplicita può essere considerata superflua o ridondante, nella misura in cui se si ricorre ai presupposti delineati per la rescissione per lesione nell'art. 1448 del CC italiano, si constata che esiste un requisito che si verificherà difficilmente nelle vendite giudiziali: vale a dire, quello dell' approfittarsi dello stato di necessità da parte della controparte: l'aggiudicatario si approfitta forse dello stato di necessità del debitore esecutato per il semplice fatto di agire come offerente nella vendita forzata? È difficilmente sostenibile e tale affermazione condurrebbe ad affermare la rescissione di tutte le vendite giudiziali realizzate.

La suprema stabilità che deve vigere nelle vendite giudiziali sembra essere alla base del rifiuto del meccanismo della rescissione per lesione nell'ambito in questione (negli ordinamenti in cui è contemplato come principio generale).



## CONCLUSIONES

1ª. La venta judicial constituye una **compleja figura jurídica, de carácter eminentemente procesal, que presenta no obstante importantes aspectos sustantivos que no han recibido la merecida atención por parte del legislador y doctrina, señaladamente españolas.** En efecto, ya su propia denominación y ubicación legal dan muestras de lo anterior, pues se regula con carácter exclusivo por la Ley procesal española y suele conocerse con el nombre de «subasta judicial». Y cierto es que la venta judicial encuentra su origen y se desenvuelve en el marco del proceso de ejecución dineraria, pero ello no justifica la negación de la dimensión sustantiva y civil de la figura, que parece ser monopolio de la disciplina procesal (a nivel legislativo y doctrinal, señaladamente, reiteramos, en España). Abogamos, pues, por afirmar rotundamente la existencia de aspectos puramente sustantivos de la venta judicial y preferimos anudarle tal denominación, ya que consideramos que es la más ilustrativa a los efectos de la descripción del complejo carácter sustantivo-procesal que la caracteriza (venta-judicial, respectivamente).

2ª. **La laguna normativa y marcadamente doctrinal que encuentra el tratamiento y solución de las cuestiones sustantivas que suscita la venta judicial en España, hace que cobre especial relevancia la ajustada determinación de su controvertida naturaleza jurídica.** Debe fijarse el molde al que mejor se ajuste la venta judicial de entre los distintos existentes respecto a las figuras sí definidas y delimitadas sustantivamente. Esto es, debe encontrarse la necesaria identidad de razón que justifique el recurso a la analogía respecto de las referidas figuras sustantivas, para lo que resulta imprescindible diseccionar las características esenciales de la venta judicial. Y ello con la pretensión de no caer en el equívoco de tratar de encontrar una suerte de fórmula mágica que llene los vacíos legales que esta figura presenta en el ámbito sustantivo, sino tan solo de lograr una guía interpretativa para la resolución de los concretos problemas que se suscitan mediante la aplicación del conjunto de datos normativos con los que sí contamos (pretendemos que la solución en torno a la importante naturaleza jurídica de la venta judicial sea, pues, un *posterius* y no un *prius* que condicione artificialmente las soluciones adoptadas).

3ª. El **estudio de la naturaleza jurídica de la venta judicial** ha sido objeto de pormenorizado y hasta cierto punto exagerado análisis por parte de la doctrina italiana, de ahí que no sea casualidad que el CC italiano vigente de 1942 destine cinco artículos a la regulación positiva de los aspectos sustantivos de la venta judicial (arts. 2919 a 2924 del CC italiano). Y he aquí el **interés comparativo** que preside toda nuestra investigación: la toma

de referencia de un Ordenamiento, el **italiano**, en el que sí se contemplan, estudian y regulan normativamente los efectos civiles de la venta judicial. Doctrina italiana que, en los albores de la entrada en vigor del nuevo CC italiano vigente de 1942, se encuentra enormemente dividida a la hora de definir la naturaleza jurídica de la venta judicial, pudiendo distinguirse a efectos sistemáticos **tres grandes categorías o corrientes de pensamiento** en torno al particular: las denominadas teorías privatistas o contractualistas, las publicistas o procesalistas y aquellas que tratan de homogeneizar los aspectos procesales y sustantivos de la venta judicial afirmando su compleja naturaleza. Tesis doctrinales que encuentran como denominador común el llevar a cabo un ejercicio de permanente comparación entre la venta judicial y la venta ordinaria, debido a sus evidentes similitudes.

Las **tesis contractualistas** son aquellas que identifican la venta judicial con un contrato, concretamente con el de compraventa, de acuerdo con la identidad de función económica existente entre las dos (entrambas consisten en un cambio de cosa por precio), de la que se deriva una consecuente identidad de función jurídica, de forma que la naturaleza contractual de la venta voluntaria determinaría la naturaleza igualmente contractual de la venta judicial. A esta corriente se alinea la doctrina italiana más tradicional, una parte importante de la doctrina civilista española, la generalidad de la jurisprudencia española y es la que inspira igualmente la inteligencia del codificador español decimonónico. De ahí que no extrañe que el dato normativo y la frecuente denominación con el término «venta» de la figura, constituyan los fundamentales ejes argumentativos (junto la mencionada identidad de función económica) en los que se apoyan fundamentalmente los partidarios de esta tesis privatista o contractualista. En definitiva, para los partidarios de esta teoría, la venta judicial no sería más que una modalidad de la genérica compraventa ordinaria. Lo que ocurre es que esta sugerente postura encuentra un dificultad insuperable, cual es la explicación de la ausencia de voluntad del vendedor, a la sazón, deudor ejecutado en la venta judicial: en efecto, partiendo de la noción básica de contrato, conforme a la cual éste viene constituido por la concurrencia de, al menos, dos voluntades (en el caso de la compraventa, la voluntad del vendedor y la del comprador), ¿cómo se explica la calificación como contrato de una institución, la enajenación forzosa, en la que la voluntad del que se tiene por vendedor -el deudor ejecutado- no existe? Es más, la venta judicial, no sólo se decreta con ausencia de la referida voluntad del deudor, sino incluso en contra de la misma. Lo insuperable del obstáculo en cuestión se desprende igualmente por lo artificioso de las múltiples teorías que proliferan tratando de salvar la referida ausencia de voluntad, anudando la posición de vendedor al órgano judicial ejecutivo, o al acreedor ejecutante. Y es que lo que queda fuera de toda duda es que la venta judicial ciertamente no es un contrato.

Las deficiencias demostradamente insuperables que se derivan de la pretendida inclusión de la venta judicial en los esquemas del contrato de compraventa, provocan que comiencen a erigirse otras posturas hoy mayoritarias que intentan comprender y definir la esencia de la venta judicial en base exclusivamente al proceso de ejecución, haciendo

hincapié en el elemento de imperio que distingue la actuación del órgano ejecutivo; de ahí su denominación: «**teorías publicistas o procesalistas**». Dentro de esta segunda línea de pensamiento pueden distinguirse igualmente diversas posturas en función del menor o mayor grado de relevancia que otorguen a los innegables aspectos sustantivos de la venta judicial; existen así: tesis puramente procesalistas que sólo parten del proceso y sólo otorgan relevancia a la actuación del órgano ejecutivo, de manera que califican la venta judicial como una suerte de acto procesal llevado a cabo de forma unilateral por el órgano ejecutivo, a través del cual se produce la entrega de la cosa al tercero adjudicatario; aquellas teorías publicistas que aunque conciben la venta judicial en términos exclusivamente procesales, dejan una puerta abierta a la posible aplicación por analogía de la normativa sustantiva (señaladamente el régimen de la compraventa ordinaria, dada la identidad de función económica existente), en aquellos supuestos en los que exista una laguna en la regulación procesal; y las teorías que partiendo del proceso, comienzan a otorgar verdadera relevancia a los aspectos o efectos sustantivos que la venta judicial, yendo más allá de la admisibilidad de la puntual aplicación del régimen sustantivo de figuras análogas, entre las que se sitúa el importante pensamiento de PUGLIATTI (apuesta por excluir todo planteamiento privatista o contractualista, sin negar su compleja naturaleza predominantemente procesal y en menor medida sustantiva, creando a tales efectos una categoría general *ad hoc*, a saber, la del denominado «*trasferimento coattivo*», en la que no sólo tiene cabida la venta judicial, sino todos aquellos casos en los que se produce una transmisión de un derecho sin contar con la voluntad de su titular, en virtud de la actuación de un órgano con potestad pública para llevarlo a cabo).

A nuestro juicio, tanto las teorías privatistas, cuanto las publicistas (con independencia de sus matices) incurren en notables excesos que deben superarse, abogando por afirmar la compleja naturaleza jurídica de la venta judicial, que tiene tanto de procesal como de sustantivo. En efecto las teorías privatistas o contractualistas exaltan en demasía el fenómeno de cambio de cosa por precio, mientras que las publicistas o procesalistas centran la exclusiva atención en el poder público; de manera que ambas se revelan insuficientes: las primeras, porque la venta judicial no puede explicarse desde el contrato, en la medida en que no puede justificarse la falta de voluntad del vendedor, ni puede relegarse a un papel meramente instrumental a la actuación del órgano ejecutivo; y las segundas porque el proceso no puede absorber absolutamente todo, particularmente la relevante posición del tercero oferente que pretende ser adjudicatario del bien. Llegamos así a la que enjuicamos como la posición más convincente en torno a la explicación de la naturaleza jurídica de la venta judicial: una postura sincrética, que no ecléctica, en la medida en que no pretende constituir un simple término medio conciliador pero inexacto, sino antes bien, una superación de los equívocos extremos de las distintas posturas relatadas, llegando a lo que nosotros reputamos como solución útil; una **posición que trata de homogeneizar los aspectos procesales y sustantivos de la institución** objeto de estudio, llegando a los siguientes razonamientos esenciales:

- a) En la disección de la venta judicial debe partirse de la necesaria distinción entre el acto constitutivo y la relación jurídica nacida del mismo; en el caso de la venta judicial, el acto constitutivo es el proceso de ejecución y la relación jurídica nacida es la propia de venta: un cambio de un derecho por un precio en dinero. Esto es, el proceso ejecutivo, con la amalgama de actos procesales que lo integran da lugar al nacimiento de una relación jurídica privada, que podemos calificar como propia de venta, en la medida en que esta última hace referencia al «*vinculum iuris*» que se entabla a través la entrega de un derecho a cambio de un precio en dinero. Se justifica así plenamente la denominación que venimos acuñando en torno a la figura estudiada: venta judicial, cual relación jurídica de venta nacida de un proceso judicial; en oposición a la venta contractual, comprensiva de esa misma relación jurídica de venta nacida no obstante del contrato.
- b) La relación jurídica de venta se entabla entre el titular del derecho transmitido y el sujeto que lo adquiere mediante el pago del precio: esto es, traducido al terreno de la venta judicial, la relación se establece entre el deudor ejecutado y el adjudicatario. Así las cosas, ni el órgano judicial ejecutivo, ni el acreedor ejecutante pueden calificarse como transmitentes, pues no son titulares ni originarios ni finales del derecho objeto de enajenación.
- c) Por lo que respecta al **cuerpo legal que aplicaremos ante la existencia de lagunas en la regulación positiva existente de la venta judicial** (señaladamente en el caso español), lo anterior nos permite concluir que existe una verdadera identidad de razón (*ex art. 4.1 del CC español*) entre éstas y la compraventa contractual, que justifica el recurso a la aplicación analógica de su completo régimen jurídico: en ambas existe una relación jurídica de venta consistente en la entrega de un derecho a cambio del pago de un precio; y la posición del adquirente, comprador o rematante-adjudicatario, según se trate de la venta contractual o judicial, respectivamente, en esencia viene a ser la misma, ya que tanto en uno como en otro caso se trata de una persona que voluntariamente quiere adquirir la cosa, ofreciendo un determinado precio por ella. Aplicación analógica que deberá discriminar todas aquellas reglas o consecuencias que encuentren su fundamento en la voluntad del transmitente, elemento inexistente por parte del deudor ejecutado en la venta judicial habida cuenta de su carácter forzoso. He aquí el objeto fundamental de la presente investigación, a saber, la resolución de los principales problemas sustantivos que presenta la venta judicial apoyándonos en la aplicación analógica del régimen jurídico de la compraventa voluntaria, que tendrá siempre presente la ausencia de la voluntad del transmitente, a la sazón, la diferencia más notable existente entre la venta contractual y la judicial; con la continua referencia comparada al régimen jurídico italiano, que sí resuelve muchas de estas cuestiones sustantivas, aunque no todas y no siempre con los

mejores resultados, de ahí que sus soluciones deban ser también objeto de cuestionamiento.

4ª. Uno de los aspectos en los que puede apreciarse en mayor medida el origen procesal de la venta judicial es en el de los **sujetos** que participan en su conformación, siendo consecuentemente uno de los señalados elementos en los que se constata una clara distinción respecto a la compraventa contractual. Mientras que en esta última son únicamente dos los sujetos implicados, vendedor y comprador, cuales partes del contrato celebrado; en el caso de la venta judicial son cuatro los sujetos cuya intervención resulta preceptiva: a saber, el acreedor ejecutante, el órgano judicial ejecutivo, el deudor ejecutado y el adjudicatario. El acreedor ejecutante es el que inicia el proceso de ejecución en el que se desenvuelve la venta judicial, instando su despacho con el objeto de lograr la reintegración del desequilibrio patrimonial causado como consecuencia de la lesión del crédito del que es titular. El deudor ejecutado, por su parte, es la persona que mediante el incumplimiento de su obligación lesiona el crédito del que trae causa el proceso ejecutivo, quedando, por ello, su patrimonio sometido a la acción del ejecutor. Por su parte, el órgano judicial ejecutivo es quien hará efectiva la pretensión del ejecutante, dirigiéndose en virtud de su potestad jurisdiccional (en su modalidad ejecutiva) y de acuerdo con su *ius imperii*, contra aquellos activos patrimoniales del deudor que estime como suficientes para cubrir el montante por el que se despacha la ejecución; órgano judicial ejecutivo que concebimos con carácter genérico, esto es, como sinónimo de todos los sujetos que jurisdiccionalmente asumen un rol activo en el desenvolvimiento del proceso de ejecución. Y es precisamente en este último punto, esto es, en sede del órgano judicial ejecutivo donde se vislumbran una de las características genuinas del modelo procesal ejecutivo imperante en España, el cual se distingue claramente del de Italia: mientras que en España las acciones ejecutivas se encomiendan a órganos puramente jurisdiccionales, señaladamente el Juez de la ejecución y en mayor medida desde la Reforma procesal operada en 2009, el Secretario Judicial; en Italia, el protagonismo en las tareas del proceso de ejecución las asume un funcionario independiente, el denominado *ufficiale giudiziario*, que no encuentra parangón, como decimos, en el Ordenamiento español. Finalmente, el adjudicatario es el sujeto que hace las veces de comprador en la venta judicial, quien después de licitar ofreciendo un determinado precio por el derecho objeto de venta, deviene rematante por ser su oferta la mejor o única de las existentes; licitador cuando presente la oferta, que se convierte en rematante ante la selección del precio ofrecido como precio final de remate, y que acaba siendo adjudicatario cuando adquiere el derecho objeto de venta judicial. En definitiva, venta judicial originada por el acreedor ejecutante, que da lugar al nacimiento de una relación jurídica de venta entablada entre el deudor ejecutado y el adjudicatario en virtud de la transmisión forzosa llevada a cabo bajo el auspicio de la suprema potestad jurisdiccional del órgano judicial ejecutivo.

5ª. Junto a los sujetos que intervienen activamente en la conformación de la venta judicial, merecen destacarse la eventual existencia de «**terceros**» que pueden asumir una gran importancia en el seno del proceso de ejecución y, por tanto, de la venta judicial. Nos estamos refiriendo a los terceros de la tercería de mejor derecho (singular de España), de la tercería de dominio, y particular y exclusivamente en el caso de Italia, a los denominados «terceros acreedores intervinientes». El tercero de la tercería de mejor derecho puede aparecer cuando ostente un crédito con preferencia de cobro respecto a aquél por el que se esté despachando la ejecución, lo que traerá consigo un evidente cambio en la persona del acreedor ejecutante que cobrará en primer término en el proceso de ejecución (*ex arts. 614 y ss. de la LEC española*); tercero singular de España, en la medida en que en Italia la preferencia crediticia se despacha con la preceptiva notificación al titular del crédito preferente (siempre que su preferencia conste en un registro público) del despacho del proceso ejecutivo (tal es su carácter preceptivo, que sin acreditación de dicha notificación, no podrá procederse a la posterior venta judicial o adjudicación forzosa, *ex art. 498 del CPC italiano*). El tercero de la tercería de dominio aparece fundamentalmente en escena cuando el derecho objeto de embargo pertenezca a persona distinta de la del deudor ejecutado; en dicho caso, el verdadero titular del derecho que así pueda acreditarlo interpondrá la oportuna «tercería de dominio», o la paralela «*opposizione di terzo*» en el caso italiano, procediéndose a la suspensión de la ejecución respecto del derecho a que se refiera, *ex arts. 595 y ss. de la LEC española y arts. 404 y ss. del CPC italiano* (deberá actuarse frente a otro derecho del activo patrimonial del deudor ejecutado, que será sometido a la ejecución y posterior enajenación forzosa). Finalmente, los denominados «terceros acreedores intervinientes» constituyen una genuina figura del Ordenamiento italiano, cuya importancia llega al extremo de dar lugar a la existencia de una autónoma fase del proceso de ejecución dineraria que se interpone a la del embargo y el apremio. Figura del acreedor interviniente que responde a la rigurosidad con que en Italia se concibe el dogma de la *par condicio creditorum* propio de los derechos de crédito, que se considera inalterado por el hecho del embargo: esto es, en el Ordenamiento italiano, el hecho de ser acreedor embargante no otorga una suerte de preferencia para el cobro del montante que se obtenga de la ejecución; antes al contrario, todo acreedor del mismo deudor ejecutado tendrá la posibilidad de sumarse al proceso de ejecución ya iniciado en la denominada «fase de intervención de los acreedores» (*ex arts. 563 y ss. del CPC italiano en el ámbito de la ejecución dineraria inmobiliaria*), de forma que una vez incorporado a dicho proceso, ante igualdad de rango crediticio, adquirirán iguales derechos de cobro respecto de la suma obtenida mediante la ejecución. En España, por el contrario, la existencia de una pluralidad de acreedores parece ser una situación asociada únicamente al ámbito de la ejecución concursal (si bien no se trata de un presupuesto ni objetivo ni subjetivo del concurso), en la que la *par condicio creditorum* sí opera con todo su esplendor. Quizá tendría sentido que el Ordenamiento español se asemejase en este punto al italiano, pues en ambos rige *a priori* el mismo principio de la *par condicio creditorum*, con independencia de la modalidad ejecutiva (singular o concursal) ante la que nos encontremos.



6ª. Como ya ha sido anticipado, uno de los principales elementos en los que se cifra la identidad de razón entre la venta contractual y la venta judicial es la existencia de una común relación jurídica de venta, que no es más que el cambio de un derecho por el pago de un precio. Esto es, los **elementos objetivos** de una y otra son ciertamente comunes: derecho que se tramite y precio que a cambio del mismo se paga. Si bien el diverso origen de la venta judicial, el proceso de ejecución, tiñe de importantes especialidades tanto la determinación del derecho, cuanto la concreción del precio.

7ª. Comenzando por la **determinación del derecho**, deben tenerse presente los requisitos objetivos y subjetivos que éste debe reunir para ser válido objeto de la venta judicial, lo cual es sinónimo de indagar los presupuestos objetivos y subjetivos de la ejecución dineraria y yendo a un eslabón anterior, de la propia responsabilidad patrimonial universal. Y es que sólo aquello que pueda efectivamente realizarse forzosamente podrá entenderse como elemento hábil susceptible de responsabilidad patrimonial. No debe olvidarse, de otra parte, que la venta judicial tiene por un objeto un concreto derecho o conjunto determinado de derechos, previamente individualizados por razón del embargo, de ahí que también deban tenerse presentes los requisitos objetivos y subjetivos de esta última figura. Así las cosas, el estudio del derecho objeto de venta judicial obliga a hacer detenido estudio de las condiciones objetivas y subjetivas genéricas del objeto de la ejecución y las específicas del embargo; cuales son, comenzando por las de carácter objetivo: la necesaria patrimonialidad del derecho, su alienabilidad, su embargabilidad, la determinabilidad o concreción del embargo y su suficiencia; y en el plano subjetivo, el común presupuesto de la pertenencia y disponibilidad del derecho por parte del deudor ejecutado.

El derecho objeto de venta judicial deberá ser de contenido patrimonial o económico, pues así lo impone la finalidad misma de la ejecución dineraria, a saber, la obtención de dinero para hacer pago al acreedor insatisfecho. Derecho patrimonial que debe ser también susceptible de alienación o enajenación, esto es, debe poder transmitirse a otra persona, bien sea ésta un tercero (rematante), o bien sea el acreedor-ejecutante (adjudicación forzosa), sin pérdida de su contenido; pues la venta judicial consiste precisamente en la transmisión forzosa de un derecho a cambio del pago de un precio, de modo que de nada valdría un derecho de contenido económico que sin embargo no pueda resultar transmisible (de ahí que no resulten susceptibles de venta judicial los derechos declarados inalienables por disposición legal –vgr., bienes de dominio público-, los derechos accesorios que resultan inalienables con independencia del principal -vgr., servidumbres, derechos reales de garantía, etc.-). Y derecho patrimonial, transmisible, que no ha debido ser objeto de declaración de inembargabilidad, tal y como ocurre en el ámbito inmobiliario con los inmuebles sacros dedicados al culto de las religiones legalmente registradas.

El derecho susceptible de venta judicial que será finalmente objeto de realización forzosa quedará especificado en virtud del acto procesal en que consiste el embargo, de ahí que éste deba ser determinado (no podrá referirse a derechos inexistentes en el momento de

la traba, ni a una generalidad de derechos integrantes del activo patrimonial del deudor), y también suficiente: es decir, que sólo podrá proyectarse respecto de aquellos derechos que alcancen a responder por las cantidades por las que se despache la ejecución dineraria (ni más -lo que daría lugar a la posible reducción del embargo-, ni menos -lo que puede traer consigo el aumento o mejora del embargo-), debiendo existir, pues, una plena correspondencia entre ambos valores (el de los derechos embargados y vendidos judicialmente y la cantidad por la que se despacha la ejecución).

8ª. Al margen de lo anterior, en sede de presupuestos objetivos del derecho vendido judicialmente, existe un supuesto genuinamente español que merece destacarse, cual es el de las denominadas «**prohibiciones de disponer**». Las prohibiciones de disponer constituyen supuestos de privación total y completa de la facultad dispositiva que corresponde al titular del derecho, que pueden venir impuestas legal o judicialmente o por vía convencional, cuya escasa regulación legal viene dada por la Ley Hipotecaria española y no el por el CC español. Las legales y judiciales no encuentran mayores limitaciones para su validez y eficacia real, mientras que las convencionales sólo serán oponibles *erga omnes* cuando sean a título gratuito y no traspasen los límites temporales marcados por el art. 785 del CC español. Constituyendo la traba del embargo y la enajenación forzosa actos de disposición, la existencia de un derecho sometido a prohibición de disponer plantea una controvertida cuestión, ¿tal derecho no será susceptible, pues, de ejecución dineraria? ¿Excluye la prohibición de disponer que pese sobre un derecho la posibilidad de que éste se someta a una actuación ejecutiva? Se trata de una viva polémica objeto de diversos posicionamientos singularmente por parte de la denominada «jurisprudencia registral» emanada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuya postura que viene manteniendo con carácter prácticamente unánime desde 1989 (Resolución de 22 de febrero) es la de considerar genéricamente que las prohibiciones de disponer no alcanzan al embargo ni a la enajenación por ejecución forzosa, pues así lo impone la supremacía del principio de responsabilidad patrimonial universal, que sólo puede venir exceptuado por una norma que expresamente lo disponga. Ésta viene a ser la postura mayoritaria seguida igualmente por la mejor doctrina española. No obstante, creemos que tal afirmación general debe matizarse en el sentido:

- a) Las prohibiciones de disponer voluntarias no resultaran eficaces en ningún caso frente a los actos de disposición de naturaleza forzosa, porque la voluntad de un particular no puede exceptuar el esencial principio de la responsabilidad patrimonial, cuya derogación sólo puede llevarse a cabo mediante Ley que expresa y claramente así lo disponga.
- b) Las prohibiciones de disponer de origen legal, así como las judiciales y administrativas, tampoco pueden resultar eficaces frente a los actos de disposición de carácter forzoso, salvo que así se disponga en ellas de manera expresa e indubitada,

en cuyo caso, al quedar amparadas por norma con rango legal sí pueden exceptuar válidamente el principio de responsabilidad patrimonial universal: impedirán por ello, válidamente, la traba del embargo y la venta judicial sobre el derecho en cuestión.

- c) Adjudicado el derecho sujeto a prohibición de disponer mediante venta judicial, la limitación dispositiva únicamente seguirá pesando sobre el derecho ahora en manos del rematante en dos supuestos: en el caso de que se trate de una prohibición de las calificadas como «no puras», en los que la misma se traduce en un correspondiente derecho subjetivo para una tercera persona, pues así lo impone la suprema protección de ese tercero; o bien en el caso en que tratándose de una prohibición legal, la disposición normativa que la establezca declare de modo expreso su subsistencia sobre el derecho vendido judicialmente.

**9ª. La concreción del precio** que se pagará finalmente por el derecho objeto de venta judicial obliga a adentrarse en la **tramitación procesal que conforma la venta judicial** (tanto en España, cuanto en Italia), en la medida en que el conjunto de actos procesales que integran la venta judicial entendida en sentido amplio persiguen como fin último en el marco de la ejecución dineraria la conversión definitiva del derecho objeto de ejecución en dinero. Actos procesales que servirán además y con más importancia si cabe para encajar adecuadamente las soluciones que se irán dando en relación a los concretos problemas sustantivos que suscita la venta judicial, a la sazón, objeto fundamental de nuestra investigación. De entre todo la amalgama de actos procesales conformadores de la venta judicial en España e Italia, especial relevancia merecen a los efectos de esta última los concernientes a la fase final de realización forzosa del derecho objeto de ejecución. Nótese que son variadas las formas de realización forzosa que integran la venta judicial entendida en sentido genérico, si bien referimos nuestra exposición al supuesto de venta judicial más frecuente, que viene a ser el de la subasta judicial. Así las cosas, los actos de trámite que guardan una mayor importancia de cara a la posterior resolución de las cuestiones sustantivas suscitadas por la venta judicial vienen a ser los siguientes:

- a) En el caso de Italia, en primer lugar la denominada «*ordinanza di aggiudicazione*», con la que se aprueba el precio final de remate que se pagará por la cosa; resolución de carácter provisional, en la medida en que durante los diez días posteriores a la aprobación del remate y finalización de la celebración de la subasta judicial, el art. 584 del CPC italiano prevé la posibilidad de que se presenten ofertas que superen el precio de remate (lo que se conoce como «*l'offerta dopo l'incanto*»), de manera que concurriendo alguna que supere en al menos un quinto el precio del remate, dejará sin efectos a este último. De no existir oferta posterior alguna que cumpla con las anteriores condiciones, el precio de remate inicial devendrá precio definitivo de la venta judicial.

Pagado el precio por parte del rematante, y siempre que el Juez de la ejecución no estime que el mismo sea notablemente inferior al que debe considerarse como precio justo, se expedirá el denominado «*decreto di trasferimento*», que viene a cumplir dos funciones principales: dará cuenta acreditada del pago del precio por el rematante y servirá de título para la inscripción del derecho adquirido por el adjudicatario en el Registro de la Propiedad (*ex art. 586 del CPC italiano*).

- b) En el caso de España, tras la reforma procesal de 2009, el precio final de remate queda aprobado mediante el denominado «decreto de aprobación del remate» expedido por el Secretario Judicial, que tendrá, a diferencia de Italia, carácter definitivo (*ex art. 670. 1 de la LEC española*). Precio de remate que una vez satisfecho por el rematante dará lugar a la emisión también por parte del Secretario Judicial del denominado «decreto de adjudicación» (*ex art. 670. 8 de la LEC española*). Título hábil para la inscripción del derecho del adjudicatario será el testimonio del referido «decreto de adjudicación» (*ex art. 674. 1 de la LEC española*).

**10<sup>aa</sup>.** Definida la compleja naturaleza jurídica de la venta judicial, analizada la pluralidad de sujetos que de acuerdo con su origen procesal intervienen en su formación y estudiada la determinación de sus elementos objetivos (derecho y precio), con especial hincapié en los actos procesales más relevantes que conforman la venta judicial entendida en sentido amplio, procede adentrarse en los principales problemas sustantivos que ésta encierra. Cuestiones civiles o sustantivas, que desde la perspectiva de los efectos nacidos de la relación jurídica de venta, y teniendo como horizonte la compraventa contractual son fundamentalmente dos: a saber, **la transmisión del derecho y el saneamiento por evicción y vicios ocultos**, habida cuenta de que los aspectos concernientes al pago del precio quedan superados con el análisis del conjunto de actos procesales que llevan a su determinación definitiva (los ya analizados). Cuestiones concernientes a la transmisión del derecho objeto de venta judicial y la eventual garantía ante el hecho de la evicción o los vicios ocultos, cuya resolución empleará el justificado instrumento de la analogía en relación con el régimen jurídico de la compraventa contractual, con un ajustado encaje en el *iter* procedimental integrante de la venta judicial. La transmisión del derecho objeto de venta judicial presenta tres ejes problemáticos fundamentales: el carácter originario o derivativo de la transmisión, el sistema traslativo aplicable a la venta judicial en atención a la respuesta anterior, y el momento en que se cifra definitivamente el efecto traslativo. Mientras que el saneamiento por vicios ocultos y evicción, por su parte, suscita cuatro cuestiones esenciales: la eventual operatividad del saneamiento por vicios ocultos y evicción propio de la compraventa contractual en el ámbito de la venta judicial; en su caso, el específico contenido de dichas garantías; los sujetos que deberán resultar responsables de tal régimen de garantía; y, finalmente, el estudio de aquellos supuestos en los que a pesar de concurrir los presupuestos

propios de la evicción (señaladamente ante la existencia de una adquisición *a non domino*), no haya lugar a la misma en aplicación del régimen de protección de la apariencia registral.

**11ª. La transmisión del derecho que tiene lugar mediante la venta judicial tiene un claro carácter derivativo**, ya que así se afirma con carácter expreso en sede positiva en Italia (en el art. 2919 del CC italiano), y así se deduce con incluso mayor claridad en España. En efecto, el art. 2919, *ab initio*, del CC italiano proclama tajantemente que la transmisión del derecho objeto de venta judicial es de naturaleza derivativa, en la medida en que el adjudicatario recibe el derecho en el mismo estado (con sus mismos derechos anejos y cargas) en que se encontrase en manos del deudor ejecutado al tiempo del inicio de la ejecución dineraria; esto es, la pérdida del derecho por parte del deudor tiene una plena correspondencia con la adquisición del mismo por parte del adjudicatario. No obstante, la referida proclamación no encuentra un fiel reflejo en la práctica, en la medida en que existen determinadas situaciones que vienen a contradecir el referido carácter derivativo de la transmisión: porque no se transmiten los efectos de la posesión de buena fe y no resultan oponibles al adjudicatario aquellos derechos de terceros que resulten inoponibles al acreedor embargante o a los acreedores intervinientes (incluso aquellos que sean anteriores a la transmisión, que *a priori* deberían resultar oponibles al adquirente), *ex art.* 2919 del CC italiano (de tratarse de una adquisición puramente derivativa, tanto los efectos de la posesión de buena fe, cuanto todos los derechos a favor de terceros que pasasen sobre el derecho objeto con anterioridad a la transmisión del derecho deberían resultar oponibles al adjudicatario); y en la medida en que el efecto purgativo en el Ordenamiento italiano opera de un modo absoluto (*ex art.* 586, párrafo primero *in fine* del CPC italiano), es decir, adjudicado definitivamente el derecho, se ordena la cancelación de todas las anotaciones de embargo (transcritos, conforme al sistema registral italiano) e inscripciones hipotecarias que pesen sobre el inmueble subastado, tanto las anteriores como posteriores a la traba del embargo, salvo aquellas que se refieran a obligaciones asumidas con carácter expreso por el adjudicatario.

En el caso del Ordenamiento español, como se ha anticipado, aunque no existe precepto análogo al art. 2919 del CC italiano en el que expresamente se proclame la naturaleza derivativa de la transmisión operada mediante la venta judicial sí se deduce con mayor claridad, pues no existen contradicciones que se opongan a dicho carácter. Ciertamente, la naturaleza derivativa de la transmisión operada mediante venta puede deducirse con enorme contundencia de tres elementos:

- a) Del modo en que opera en España el efecto purgativo de la venta judicial, en la medida en que transmitido el derecho al adjudicatario, sólo se procede con carácter general a la cancelación de las cargas posteriores a la traba del embargo (*ex arts.* 668. 3º, 669. 2, 670. 5 y 674 de la LEC española). De esta forma, el adjudicatario recibe el derecho objeto de venta judicial en el mismo estado en que se encontrase en manos del deudor ejecutado al tiempo de la traba del embargo, lo cual se ajusta plenamente

al carácter derivativo de la transmisión operada mediante dicha venta judicial: el adquirente recibe el mismo derecho que ostenta el transmitente, con sus mismos accesorios y con todas sus cargas y gravámenes; la medida de lo adquirido por el adjudicatario depende de lo que ostenta el deudor ejecutado, esto es, *nemo plus iuris in aliis transferre potest quam ipse haberet*.

- b) Del importante y novedoso art. 594 de la LEC española, el cual va más allá de la afirmación de la eficacia del embargo sobre cosa ajena, pues deja entrever que el verdadero titular de la cosa objeto de venta judicial puede en principio reivindicarla, salvo que el adjudicatario la haya adquirido de manera irreivindicable con apoyo en los instrumentos sustantivos de convalidación de las adquisiciones *a non domino*; a saber, en el ámbito inmobiliario, el fundamental art. 34 de la LH española. Y es que admitir la posible reivindicación por parte del verdadero titular del inmueble indebidamente subastado supone confirmar la naturaleza derivativa de la transmisión operada mediante la venta judicial, ya que de ser originaria, el adquirente obtendría una titularidad «*ex novo*», de manera que cualquier pretensión del anterior propietario sólo tendría alcance meramente indemnizatorio. El hecho de que se admita que el verdadero titular puede ejercitar acciones protectoras de su dominio una vez acaecida la venta judicial es sinónimo, pues, de la afirmación del carácter derivativo de la transmisión llevada a cabo por la venta judicial.
- c) De la aplicación del régimen jurídico del saneamiento por evicción a la venta judicial, cuan autorizada opinión de la doctrina española: ya que si existe evicción es porque la adquisición no nace desligada a su titularidad anterior, sino que se funda en la misma, de manera que los derechos anteriores a la venta seguirán subsistiendo y podrán ejercitarse válidamente sobre el inmueble vendido hasta el punto de poder hacer perder el derecho objeto de venta en manos del comprador (en el que caso de se trate de una transmisión *a non domino*, salvo que se apoye en los instrumentos de convalidación de tal falta de poder dispositivo, a saber, en el ámbito inmobiliario como venimos reiterando, la fe pública registral contenida en el art. 34 de la LH española). Afirmer la evicción es confirmar la posible reivindicación por parte de un titular anterior a la venta: es someter la transmisión a la regla *nemo plus iuris aliis transferre potest quam ipse haberet*, característico de la naturaleza derivativa de la misma.

Desde esta perspectiva de la naturaleza derivativa de la transmisión operada no existe distinción alguna entre la venta judicial y la compraventa contractual: he aquí un nuevo elemento justificativo de la identidad de razón necesaria para la aplicación analógica del régimen de la segunda respecto de la primera.

**12ª. El sistema traslativo y el momento del efecto traslativo son cuestiones que deben analizarse conjuntamente**, pues así lo impone la circunstancia de que el aparato argumental con el que se cuenta en el seno de la doctrina y jurisprudencia (española e italiana) gire exclusivamente en torno el segundo de los mencionados aspectos; y de ahí precisamente la base de la mayor parte de los equívocos que se detectan sobre el particular, en la medida en que **toda ajustada solución respecto al momento del efecto traslativo pasa por determinar con carácter previo el sistema traslativo que debe resultar de aplicación**, ya que sólo así sabremos los específicos presupuestos que deben concurrir para que la traslación del derecho tenga definitivamente lugar a través de la venta judicial. Ello nos obliga a invertir los términos del análisis, de modo que debemos comenzar por el estudio del momento en que tiende a cifrarse el efecto traslativo de la venta judicial, para posteriormente constatar el sistema traslativo que se deduce a partir de este último. Dicho lo cual, procede justificar la importancia de la temática, así como analizar el estado de la cuestión en Italia (donde existe una respuesta unánime y ajustada al respecto, si bien desde un desacertado enfoque que hubiera despejado muchos equívocos desde tiempos pretéritos) y España (donde impera un estado de confusión generalizada).

**13ª. El momento en que tiene lugar el efecto traslativo a través de la venta judicial guarda una importancia fundamental**, como pone de manifiesto la gran cantidad de consecuencias en el ámbito sustantivo y procesal que se derivan del mismo, señaladamente las siguientes:

- a) Determina quién estará legitimado activamente para ejercitar válidamente las acciones protectoras del dominio adquirido.
- b) Concreta igualmente la validez de los actos de disposición que se lleven a cabo respecto del derecho objeto de venta judicial: si sigue bajo la titularidad del deudor ejecutado, podrá seguir disponiendo de su derecho con total validez (la traba del embargo no excluye el poder de disposición del ejecutado respecto del objeto embargado), ejercitando cuantos actos de disposición estime oportunos: podrá enajenar el inmueble, gravarlo con la constitución de derechos reales sobre el mismo, o incluso podrá hipotecarlo; mientras que si el inmueble ha pasado ya a manos del adjudicatario, sólo será éste el que podrá disponer válidamente del mismo.
- c) Determina la pertenencia del objeto vendido a la masa activa del deudor ejecutado, o del adjudicatario, en el caso de la declaración en concurso de alguno de ellos.
- d) Aclara a quién deberán atribuirse los frutos (naturales y civiles) que produzca el inmueble objeto de venta (*ex arts. 348. 1º del CC español y el respectivo art. 832 del CC italiano*).

- e) Únicamente en Italia determina el sujeto que deberá asumir los riesgos por el deterioro o la pérdida de la cosa vendida judicialmente, al regir en el Ordenamiento italiano el criterio *res perit domino* en la distribución de los riesgos en la venta contractual, plenamente aplicable igualmente a la venta judicial (en la que también se transmite la propiedad de la cosa vendida). En España, al igual que en Italia, tampoco existe una regulación positiva de la distribución de los riesgos por deterioro o pérdida de la cosa en sede de la venta judicial, de modo que debemos aplicar por analogía el régimen propio de la compraventa contractual (por mucho que se le califique como contractual), que anuda la asunción del riesgo a favor del comprador desde el mismo instante en que nace su obligación de pago, lo que llevado al campo de la venta judicial entendemos que debe cifrarse en la expedición del «decreto de aprobación del remate» en el que se fija definitivamente el precio de remate quedando el rematante obligado a afrontar su pago. De este modo, la transmisión de la propiedad sólo resulta decisiva a los efectos de la distribución del riesgo por deterioro o pérdida de la cosa en el caso de Italia.
- f) Cifra el momento preclusivo o *dies ad quem* para la interposición de la tercería de dominio en el caso de España (*ex art. 596 de la LEC española*), o la paralela «*opposizione di terzo*» propia de Italia (*ex arts. 619, párrafo primero y 620 del CPC italiano*). En el caso en que erróneamente se trabe el embargo sobre un bien no perteneciente al deudor ejecutado, el tercero propietario puede hacer valer su derecho, instando el alzamiento del embargo y evitando así la venta judicial de cosa ajena, mediante la interposición de la oportuna «tercería de dominio» u «*opposizione di terzo*»; tercería de dominio y paralela «*opposizione di terzo*» cuyo plazo de interposición finaliza precisamente en el momento en que el derecho objeto de venta pase a manos del adjudicatario.

**14ª. El momento en que tiene lugar el efecto traslativo en la venta judicial constituye una cuestión sobre la existe una práctica uniformidad en el seno de la doctrina y, particularmente, de la jurisprudencia italianas**, llegando a una adecuada postura sobre el particular por vía interpretativa (no existe precepto alguno del Ordenamiento italiano que resuelva la cuestión del momento del efecto traslativo); si bien no con el mejor de los enfoques, pues descuidan toda atención previa respecto al sistema traslativo que debe resultar de aplicación al ámbito de la venta judicial. Ajustada solución italiana sobre el momento en que se cifra la traslación del derecho en la venta judicial de enorme interés de cara a la resolución de la cuestión en España, en la medida en que, como acaba de apuntarse, llegan a la misma por vía interpretativa, careciendo (al igual que en España) de una solución de Derecho positivo al respecto.

Tres son las posturas barajadas en Italia en torno al momento en que tiene lugar la traslación del derecho mediante la venta judicial, a saber: aquella que sostiene que el efecto



traslativo se produce con la adjudicación (concretamente, con la denominada «*ordinanza di aggiudicazione*» -ex art. 571 del CPC italiano-, en el caso de la venta judicial con subasta; o con el «*decreto di vendita*» -ex art. 571 del CPC italiano- en el caso de la venta judicial sin subasta); la que individúa la transmisión del derecho objeto de venta judicial con el pago del precio; y, finalmente, aquella que considera que el momento del efecto traslativo tiene lugar con la expedición del denominado «*decreto di trasferimento*» (ex art. 586 del CPC italiano). Es esta tercera postura la que puede reputarse como vigente y uniforme, llegándose a la misma a través de cuatro argumentos fundamentales, que vienen a ser los que siguen:

- a) El tenor literal del art. 586 del CPC italiano, en el que se afirma expresamente que una vez pagado el precio, el Juez de la ejecución procede a suspender la venta judicial en el caso de reputar al precio obtenido como injusto, o bien a expedir el «*decreto di trasferimento*» con el que transmite el bien enajenado al adjudicatario. En la medida en que el legislador emplea recurrentemente el término «bien» como sinónimo del derecho real que pesa sobre el mismo, pues lo que se transmiten son los derechos sobre los bienes y no los bienes materialmente considerados, es evidente que con notoria claridad el legislador procesal italiano establece que con el «*decreto di trasferimento*» se transmite el derecho objeto de venta al adjudicatario.
- b) En base al mismo tenor del art. 586. 3º del CPC italiano, puesto en relación con lo dispuesto en el art. 2643. 6 del CC italiano: afirma el art. 586 CPC italiano, en su párrafo tercero, que el «*decreto di trasferimento* constituye el título para la transcripción de la venta judicial en los libros del Registro de la Propiedad»; mientras que en la primera parte del art. 2643. 6 del CC italiano, por su parte, se establece que «deben hacerse públicos por medio de la transcripción los procedimientos mediante los cuales en la ejecución forzosa se transfiera la propiedad u otros derechos reales sobre inmuebles (...)». Partiendo de estos preceptos enunciados, se llega a la siguiente conclusión: si el «*decreto di trasferimento*» constituye el título con el que se transcribe el derecho adquirido por el adjudicatario mediante venta judicial y el CC italiano insta a que se transcriban los títulos del seno del proceso de ejecución forzosa por los que se transmita la propiedad u otros derechos reales; es evidente que el «*decreto di trasferimento*» no puede ser más que el título traslativo del dominio mediante venta judicial en el que se cifra, pues, el momento de transmisión del derecho objeto de venta.
- c) De acuerdo con el momento en que empieza a producirse el efecto purgativo, el cual va ligado según el art. 586 del CPC a la expedición del «*decreto di trasferimento*», que yendo aparejado inexorablemente a la transmisión del derecho nos da un nuevo argumento a favor de esta postura: si el «*decreto di trasferimento*» determina el momento del efecto purgativo, debe necesariamente decretar paralelamente el momento del efecto traslativo.

- d) Finalmente, el argumento más contundente, a saber, el del momento en que se produce la estabilidad o carácter definitivo de la transmisión del derecho operada mediante la venta judicial: estabilidad que no se produce con la adjudicación, pues en caso de no pagarse el precio quebrará la venta judicial; ni con el íntegro pago del precio del remate, ya que puede presentarse una oferta posterior que superando en un quinto el precio del remate dentro de los diez días siguientes a la aprobación de este último, dejará sin efecto la venta judicial a favor del rematante inicial; o fuera del caso anterior puede suspenderse la venta por estimar el Juez de la ejecución que el precio finalmente obtenido por el inmueble objeto de venta sea notablemente inferior al que se repute como «justo», *ex art. 586 del CPC*. Por tanto, sólo con la expedición del «*decreto di trasferimento*», pieza final del *iter* procedimental que conforma la venta judicial, se adquiere el derecho objeto de venta judicial de manera definitiva, pues sólo a partir de dicho momento tiene lugar la «estabilidad» de la transmisión, esto es, la falta de susceptibilidad de la misma de poder resultar suspendida o devenir ineficaz.

Existe un argumento adicional no aducido por la doctrina italiana que trae precisamente causa del rechazo a aquellos sistemas traslativos que se ajusten a la naturaleza de la venta judicial: habida cuenta del carácter no contractual de la venta judicial puede afirmarse indubitadamente el rechazo a la postura que cifra el efecto traslativo en el momento de la adjudicación, pues ello es sinónimo de aplicar el sistema traslativo puramente consensualista propio de los contratos. He aquí la prueba de los fructíferos resultados que arroja la correcta y precedente determinación del sistema traslativo que debe aplicarse a la venta judicial.

**15ª. En España la determinación del momento en que se cifra el efecto traslativo que tiene lugar mediante la venta judicial constituye una cuestión no resuelta en sede de Derecho positivo (al igual que sucede en Italia), y que es objeto de un estado de confusión generalizada tanto en la doctrina cuanto señaladamente en la jurisprudencia.** Enorme grado de confusión que se explica en base a las siguientes causas:

- a) El gran conjunto de reformas sustanciales operadas en el plano de la tramitación procesal integrante de la subasta o venta judicial entendida en sentido amplio, cuyo correcto alcance y significación (sobre todo en los últimos tiempos) ha venido pasando inadvertido para la doctrina y la jurisprudencia españolas. Reformas a las que se añade un elemento distorsionador adicional, a saber, una discordancia entre el conjunto de actos procesales integrantes de la venta judicial en sede de ejecución dineraria ordinaria y ejecución hipotecaria, que ha subsistido hasta la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. Bajo la vigencia de la LEC española de 1881, así como de la LEC 1/2000 (con

anterioridad a la reforma procesal de 2009), en la subasta judicial integrante de la ejecución dineraria ordinaria el único acto procesal previsto en la Ley procesal española para acreditar el pago del precio era: en primer término (hasta la reforma procesal de 1992) la escritura del auto de aprobación del remate, y en un segundo momento (a partir de la reforma procesal de 1992) el testimonio del auto de aprobación del remate; mientras que en la subasta judicial integrante de la ejecución hipotecaria el pago del precio quedaba acreditado en todo momento con un título específico, a saber, el denominado «auto de adjudicación». Con la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, esta dualidad en la tramitación procesal de la subasta en sede de ejecución dineraria ordinaria y de ejecución hipotecaria llega a su fin, en la medida en que a partir de dicho momento, tanto en un caso como en otro, se prevé el denominado «decreto de adjudicación» destinado a acreditar el pago del precio por parte del rematante.

El alcance de esta evolución normativa sorprendentemente pasa inadvertido para la generalidad de la doctrina y jurisprudencia españolas, que siguen aplicando las mismas soluciones, con remisión a pronunciamientos pretéritos dictados bajo el imperio de tramitaciones procesales de configuración (en lo que a la titulación formal se refiere) absolutamente dispar en atención a la sede de que se trate (ejecución dineraria ordinaria o ejecución hipotecaria).

Así las cosas, puede constatarse una postura mayoritaria en el seno de la doctrina española que cifra el efecto traslativo de la venta judicial en el momento de expedición del «testimonio del auto de aprobación/decreto de adjudicación», que sigue manteniéndose hasta el momento presente, desatendiendo la enorme relevancia de las reformas operadas en la tramitación procesal de la venta judicial. Y es que esta postura trae causa de la errónea equiparación de la escritura pública de venta (que se otorgaba hasta 1992 bajo la vigencia de la LEC española de 1881, en la que se cifraba la «supuesta» consumación de la venta judicial) y el testimonio del decreto/auto de adjudicación, cuando el testimonio más bien se asemejaría a la «copia» de la escritura previamente otorgada.

Por lo que respecta a la jurisprudencia española, la postura mayoritaria en un primer momento ha venido a ser la misma que en sede doctrinal, si bien ha comenzado a abrirse paso una corriente (que actualmente puede considerarse como mayoritaria) que tiende a individuar el efecto traslativo en la denominada e incierta «adjudicación» (por «adjudicación» no se sabe ciertamente a qué concreto acto procesal del conjunto de los integrantes de la venta judicial se está refiriendo). La indagación en los orígenes de esta última pone de manifiesto que se trata de una corriente iniciada en los confines de la ejecución hipotecaria, en la que siempre ha existido un título exclusivamente acreditativo del pago del precio e independiente del título hábil para la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad: el «auto de adjudicación». De ahí que su transposición al marco de la

ejecución dineraria ordinaria resulte ciertamente artificiosa hasta la reforma procesal operada en 2009: hasta ese momento ningún título existía en la ejecución dineraria que remotamente recordase a dicha denominación, ni que resultase equiparable al «auto de adjudicación» propio de la ejecución hipotecaria. Sí puede tener sentido a partir de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que comúnmente se cifre el efecto traslativo en la «adjudicación», tanto en la ejecución dineraria ordinaria, cuanto en la hipotecaria; si bien debería precisarse en mayor medida la terminología, en el sentido de no hablar de «adjudicación» a secas, sino propiamente de «decreto de adjudicación».

b) El segundo gran elemento que reputamos como ciertamente distorsionador en la obtención de una ajustada solución acerca del momento en que tiene lugar el efecto traslativo es la errónea reafirmación de la indiscutida aplicación del sistema del título y el modo a la venta judicial. En efecto, tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia españolas aplican casi sin excepción en todo momento a la venta judicial el sistema traslativo por título y modo, propio de las transmisiones onerosas, derivativas e *inter vivos* que son precisamente las que se dan en virtud de las ventas judiciales. Lo que ocurre es que parecen olvidar el concreto ámbito material en que este sistema traslativo opera: el específico de los contratos (transmisiones voluntarias, no forzosas), de ahí que en el propio tenor literal de los preceptos en que se formula (señaladamente, el art. 609 del CC español) se hable textualmente de «ciertos contratos mediante la tradición». Un ámbito, el contractual, absolutamente extraño a la venta judicial, que tiene de todo menos de contrato. Siendo así, se explica automáticamente el artificioso intento por encajar los momentos de la perfección y la consumación en el conjunto de actos procesales integrantes de la venta judicial: ¿qué sentido y qué relevancia real tiene individuar un momento de la perfección en el ámbito de la venta judicial? ¿Acaso alguno de los múltiples actos procesales conformadores de la venta judicial puede reputarse como título, esto es, como contrato? Bajo ningún concepto, y he aquí uno de los pilares del equívoco panorama en el que sigue moviéndose el conjunto de la mayor parte de la doctrina y la práctica unanimitad de la jurisprudencia españolas. Equívoco que resultaría evitable si el enfoque en el estudio de la cuestión del momento del efecto traslativo se hiciera en el orden debido que venimos proclamando: se debe partir con carácter previo y necesario de la determinación del adecuado sistema traslativo que resulte de aplicación a la venta judicial.

c) Confuso panorama que trae igualmente causa de la influencia que sigue ejerciendo la errónea postura «contractualista» en torno a la venta judicial, presente en la inteligencia del legislador y codificador decimonónico y que sigue alargando su influencia en el panorama actual. De otra manera no se explicaría el por qué de la reiterada e indiscutida aplicación de la teoría del título y el modo al ámbito de las ventas judiciales.

**16ª.** Llegamos así a **nuestra postura acerca del momento del efecto traslativo y el sistema traslativo aplicable a la venta judicial**. Siguiendo el orden de los factores que

venimos defendiendo, consideramos que el sistema traslativo por título y modo no resulta aplicable a la venta judicial: porque no concurre el título, en la medida en que ninguno de los actos integrantes de la venta judicial, ni la propia venta judicial considerada en su conjunto constituyen un contrato traslativo del dominio, ya que falta en todo momento la voluntad del transmitente (deudor ejecutado); ni existe el modo o *traditio*, ya que en base a la noción causalizada de la tradición propia del Ordenamiento español, conforme a la cual la entrega posesoria debe traer causa y quedar íntimamente ligada a un válido contrato antecedente para producir la mutación jurídico-real, la ausencia de alguno de estos elementos hará inoperante a cada uno de ellos considerados de forma aislada: esto es, si no hay título, los presupuestos de validez del modo tampoco se darán.

Rechazada la teoría del título y modo, entendemos que el sistema traslativo que debe resultar de aplicación a la venta judicial tanto en España cuanto en Italia es el denominado «**sistema traslativo por ministerio de la Ley**» o «*ex lege*», previsto con carácter expreso tanto en el art. 609, párrafo segundo, *ab initio* del CC español, cuanto en el art. 922, *in fine* del CC italiano; verdadero y autónomo sistema de traslación de la propiedad y demás derechos reales en el que tienen precisamente cabida supuestos tales como la transmisión operada en virtud de la venta judicial. Efectivamente, se trata de un caso en que la transmisión del derecho no se produce por la voluntad de los interesados (particularmente del transmitente), sino automáticamente *ipso iure* porque así lo dice la Ley, que viene a anudar el efecto traslativo a un acto jurídico determinado (más bien, a un conjunto de actos procesales, en el caso de la compleja venta judicial).

En aplicación del sistema traslativo por ministerio de la Ley, el efecto traslativo, en atención a la vigente tramitación procesal integrante de la venta judicial, consideramos que en España tiene lugar con **la firmeza del decreto de adjudicación con el que quedan acreditados el precio del remate y el pago del mismo**: a partir de ese preciso instante tendrá lugar **la estabilidad de la adquisición del derecho objeto de venta judicial**; esto es, el momento en el cual ya no será susceptible de devenir ineficaz o suspenderse por causa alguna.

**17ª. El juego del saneamiento por vicios ocultos y evicción en el ámbito de la venta judicial** constituye una de las pocas cuestiones aparentemente resueltas por el CC español, concretamente en su art. 1489; pero sólo aparentemente, porque muy poco se dice al respecto, limitándose a efectuar una remisión general al régimen del saneamiento propio de la compraventa contractual, dejando en el aire con ello tres grandes interrogantes: su concreto alcance, pues el art. 1489 del CC español se ubica en sede del saneamiento por vicios ocultos, de ahí que no se sepa si la remisión comprende igualmente la evicción; su específico contenido; así como el sujeto que debe responder de la garantía en que consiste el saneamiento.

**18ª. Poco nos sirve el Ordenamiento Jurídico italiano a los efectos de resolver estos interrogantes**, pues lejos de lo que pueda deducirse de la rúbrica de los preceptos

destinados a la regulación de los aspectos sustantivos de la venta judicial, entre cuyos preceptos, el art. 2921 del CC italiano va referido a «la evicción», lo cierto es que el codificador italiano, preso de un condicionamiento apriorístico acerca de la solución acogida respecto a la naturaleza jurídica de la venta judicial, rechaza la operatividad del clásico saneamiento (tanto por vicios ocultos, como por evicción), previendo incomprensiblemente una autónoma garantía creada *ad hoc* para el sólo hecho de la evicción (el art. 2921 del CC italiano así la contempla, mientras que el art. 2922 del CC italiano niega toda garantía ante la circunstancia de los vicios ocultos). Incomprensible, pues no se explica por qué en coherencia no se contempla igualmente una autónoma garantía para el supuesto de los vicios ocultos. Una única garantía frente al sólo hecho de la evicción, de carácter autónomo y no equiparable al tradicional saneamiento por evicción propio de la compraventa contractual, consistente en la restitución directa del precio pagado, si aún no ha sido distribuido entre los distintos acreedores; o, una vez distribuido, en la repetición de dicho precio pagado frente a los distintos acreedores satisfechos (en la parte proporcional a sus respectivos créditos), así como frente al deudor (sólo en el caso en que haya percibido, en su caso, parte del precio obtenido por la cosa -en el caso en que exista residuo, después de haber pagado a los acreedores-). Prueba de lo desacertado de la solución italiana es la respuesta que doctrinal y jurisprudencialmente viene dándose a la cuestión del *aliud pro alio* en el ámbito de la venta judicial, que viene admitiéndose con carácter prácticamente uniforme en base al artificioso argumento de no constituir un supuesto que la letra del Código excluya del marco de la venta judicial: y es artificioso porque el *aliud pro alio* no es más que un supuesto de vicios o defectos de la cosa, que asumen tal relevancia que se consideran merecedores de una respuesta jurídica que escapa de las perentorias acciones edilicias, identificándose, pues, con un caso de verdadero incumplimiento susceptible del remedio resolutorio (la doctrina y jurisprudencia actual coincide en apuntar la dificultad del deslinde de ambas figuras, de ahí que los textos internacionales y europeos aboguen por reconducir la figura de los vicios, la falta de cualidad esencial, así como el propio *aliud pro alio* a la categoría de la denominada «falta de conformidad», que no es sino un supuesto de incumplimiento de la obligación nacida del contrato). *Aliud pro alio* cuya respuesta se canaliza por la vía de la autónoma garantía por evicción prevista por el art. 2921 del CC italiano. Con ello se pone de manifiesto que se trata de encontrar una respuesta desesperada a una situación, la de los vicios ocultos, carente injustificadamente de toda garantía en el marco de la venta judicial.

Respuesta italiana a la cuestión del saneamiento en la venta judicial que reputamos no sólo como incoherente, sino igualmente como **erróneamente fundada**. En efecto, la repulsa al tradicional régimen del saneamiento tanto por evicción como por vicios ocultos, se vincula en todo momento a la falta de la necesaria voluntariedad con la que debe contar la transmisión para que tales institutos resulten de aplicación. La garantía que supone el clásico saneamiento por evicción y por vicios ocultos constituye una obligación nacida de la voluntad de la transmisión, se dice, de modo que faltando dicho elemento voluntarista, tal y como ocurre en el caso de la venta judicial, el instituto del saneamiento pierde toda razón de

ser. Discrepamos plenamente de este planteamiento: si se acude a la mejor doctrina civilista, parece existir cierto consenso en subrayar que el saneamiento por evicción y por vicios ocultos constituye un supuesto especial de responsabilidad contractual, de carácter objetivo, esto es, no basado en la noción de culpa, sino en la objetiva insatisfacción que el derecho o el interés contractual de comprador experimente. Responsabilidad especial a la que se anuda un régimen predeterminado legalmente, que se aleja del propio de la genérica responsabilidad contractual. En definitiva, en lo que a nosotros interesa, el saneamiento juega al margen de la voluntad de los sujetos, constituyendo una garantía de origen legal fundada en la mera existencia del hecho de la evicción o en la de los vicios o defectos ocultos. Prueba de ello es que en el régimen legal del saneamiento previsto tanto en el CC español, cuanto en el italiano, se distinguen las acciones típicas que nacen de la garantía del saneamiento, de la eventual indemnización por daños y perjuicios de la que deba responderse en caso de mediar culpa o mala fe [cfr. el art. 1478, apartados 1º a 4º; y el art. 1478, apartado 5º del CC español, para el caso de evicción; así como el art. 1486, párrafos 1º y 2º del CC español, para el supuesto de los vicios o defectos ocultos. Cfr. igualmente los paralelos arts. 1483, 1479 (párrafos primero y segundo, en relación con el tercero), para el saneamiento por evicción; así como los arts. 1492 y 1493, en relación con el art. 1494 del CC italiano, para el caso de los vicios o defectos ocultos]. Siendo así, consideramos que no debe excluirse el tradicional régimen del saneamiento por vicios ocultos y evicción del ámbito de las ventas judiciales, ya que en ellas se da una transmisión de un derecho a cambio del pago de un precio por parte de un sujeto, que por razón de lo oneroso de su prestación, es merecedor unas garantías (al menos análogas a las existentes en sede de la venta contractual) en lo que hace a la tenencia legal y pacífica de un bien exento de vicios o defectos ocultos.

En definitiva, puede observarse cómo el Ordenamiento italiano tiende a rechazar de manera apriorística toda solución legal que provenga del régimen jurídico de la compraventa voluntaria, estando condicionado por su férrea posición no contractualista acogida en torno a la naturaleza de la venta judicial: todo aquello que «huele» a venta contractual, parece rechazarse de plano, cuando el hecho de que la venta judicial no sea un contrato no debe ser óbice para que determinados institutos propios de la compraventa contractual puedan resultar de aplicación: antes bien, habrá que adentrarse en las particulares características de la figura en cuestión, para que una vez enfrentada a la esencia de la venta judicial, pueda adoptarse una adecuada solución que evite la influencia como *prius* de la posición escogida acerca de la naturaleza jurídica de esta última.

**19ª.** En base a lo anterior, **consideramos que la respuesta española a la cuestión del saneamiento en la venta judicial, aunque escasa, resulta más acertada que la adoptada por Italia**, cuya solución entendemos que no puede acogerse como referencia. Un régimen español, que como apuntamos previamente, deja abiertos tres interrogantes fundamentales que pasamos a responder:

- a) La determinación de si la remisión que el art. 1489 del CC español lleva a cabo debe entenderse que alcanza sólo los vicios ocultos o también la evicción. A lo que replicamos en sentido afirmativo: esto es, **la remisión abarca no sólo el saneamiento por vicios ocultos, sino también al saneamiento por evicción**; y ello en base a los siguientes argumentos:
- Porque constituye una consecuencia necesaria del carácter derivativo de la transmisión que tiene lugar mediante la misma: si los derechos anteriores a la venta que pesan sobre la cosa no quedan purgados con posterioridad a la misma, sino que subsisten, resulta perfectamente posible que uno de tales derechos anteriores sea incompatible con el del adjudicatario, vencién-dole en juicio; esto es, el hecho de la evicción es perfectamente posible, la cual debe gozar de un medio de protección específico a favor del adjudicatario, que en el Ordenamiento español no es otro que el instituto del saneamiento por evicción previsto en los arts. 1475 y ss. del CC español.
  - Porque en nuestro sistema positivo, la garantía por evicción es un elemento natural a toda transmisión a título oneroso (tal y como lo es la venta judicial), siendo reconocida en la venta de créditos (*ex art. 1529 del CC español*), en la aportación de cosas ciertas y determinadas a la sociedad (*ex art. 1681.2 del CC español*), en la donación onerosa (*ex art. 638 del CC español*) y, en la división de cosa común (*ex art. 1069 y 1071 del CC español*).
  - Porque constituyendo el saneamiento una obligación legal de garantía que con carácter genérico se hace recaer sobre la persona del vendedor, que no distingue entre la modalidad de la evicción y la de los vicios ocultos [el art. 1461 del CC español afirma que el vendedor «está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta», por lo que hace referencia al instituto del saneamiento como figura genérica que garantiza dos extremos diversos: de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida (saneamiento por evicción) y de los vicios o defectos ocultos que tuviere (saneamiento por vicios o defectos ocultos) -*ex art. 1474 del CC español*-], tampoco tendría sentido atribuir un tratamiento dispar a cada uno de tales supuestos en sede de la venta judicial: si existe una remisión expresa a «todo lo dispuesto en los artículos anteriores», ello deberá comprender no sólo los vicios o defectos ocultos sino igual y coherentemente la evicción.
- b) La segunda gran cuestión que debe resolverse acerca del saneamiento en el ámbito de las ventas judiciales es la del **concreto contenido en que debe consistir la garantía por saneamiento en cada uno de los casos** (vicios ocultos y evicción). A lo que cabe responder que en principio resultarán de aplicación todas y cada una de las partidas previstas en el régimen general del saneamiento por vicios ocultos y



evicción, salvo aquellas que guarden alguna relación con el elemento voluntarista ausente en el caso de la venta judicial; por tanto:

- En el caso del saneamiento por vicios ocultos, el adjudicatario tendrá derecho a ejercitar las oportunas acciones edilicias (desistimiento del contrato o reducción proporcional del precio); deberá ser restituido del precio y de los gastos empleados en la venta judicial, en el supuesto de pérdida de la cosa a resultas de los vicios o defectos ocultos; y tendrá derecho a obtener el precio pagado por la cosa, con reducción del valor que tuviera al tiempo de perderse, ante el evento de pérdida de la cosa acaecida con posterioridad a la existencia de los vicios o defectos ocultos y como consecuencia de un caso fortuito o culpa del propio adjudicatario. Y en ninguno de los supuestos, tendrá derecho a percibir indemnización por los daños y perjuicios causados (en las distintas hipótesis analizadas), ya que éstos quedan expresa y acertadamente excluidos (no casualmente) por parte del art. 1489 del CC español.
  - En el caso del saneamiento por evicción, el adjudicatario tendrá derecho: a la restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el que tuviera en el momento de la venta (siempre que no sea superior al inicialmente pagado por el adjudicatario; matiz que consideramos que debe introducirse en el marco de la venta judicial); a los frutos o rendimientos producidos por la cosa objeto de venta, sólo cuando haya quedado obligado a entregarlos al que le hubiera vencido en juicio; a las costas del pleito que haya motivado la evicción, y, eventualmente, las del pleito seguido con el propio vendedor para exigir el saneamiento; a ser igualmente reembolsado de los gastos que eventualmente hubiera empleado como consecuencia de su participación en la subasta judicial (por ejemplo, cuando haya debido pagar determinadas tasas para pujar electrónicamente, o haya recibido asesoramiento de alguna agencia especializada en la participación en subastas, etc.). Y no tendrá derecho a percibir indemnización por los daños y perjuicios causados por la actuación de mala fe del vendedor, pues en la venta judicial, teniendo por vendedor o transmitente al deudor ejecutado, dicha mala fe no resulta apreciable ante la falta de voluntad de este último, y de acuerdo con la clara exclusión que en este ámbito predica el art. 1489 del CC español que en esta sede debe también observarse.
- c) La tercera y última controvertida cuestión que suscita el saneamiento en el marco de las ventas judiciales, una vez afirmado, es la del **sujeto o sujetos que deben resultar responsables de tales garantías**. Nosotros abogamos por hacer responsable al sujeto que ostenta la condición de transmitente, a saber, al deudor ejecutado; y ello en base a los siguientes argumentos y de acuerdo con los siguientes matices:
- Que el CC español, si bien no se pronuncia expresamente acerca de cuál deba ser el sujeto responsable del saneamiento, al remitir el régimen de

saneamiento propio de la venta voluntaria, parece evidente que tiene por responsable al vendedor, que en la venta judicial no es otro que el titular del derecho que a través de la misma se transmite, esto es, el deudor ejecutado.

- Que el argumento de hacer responsable a aquél sujeto que resulte beneficiado de la venta judicial no puede ser acogido, pues son diversos los sujetos que intervienen en el complejo de actos que conforman la venta judicial, de manera que el beneficio no sólo corre a cargo del que recibe materialmente el precio, sino también por parte del propio deudor que verá saldada su deuda, así como incluso del adjudicatario, quien por regla general suele obtener el bien a un precio muy inferior al de mercado.
- Que en ningún caso entendemos que el acreedor ejecutante pueda considerarse como responsable de la obligación de saneamiento, ya que el resultado final al que llegaríamos con este planteamiento sería que volvería a sufrir el desequilibrio patrimonial causado por la lesión de su crédito por parte del deudor ejecutado; con lo que existirá una suerte de renacimiento (total o parcial) del crédito anteriormente satisfecho (total o parcialmente), que hará en última instancia responsable al deudor ejecutado.
- Que ello no obsta para que pueda llegar a considerarse como responsable al acreedor, si resulta probado que ha incidido en la ocultación negligente de alguno de los motivos que hayan dado lugar, ya sea a la evicción o a los vicios o defectos ocultos del bien objeto de venta judicial. Se tratará, no obstante, de una responsabilidad que jugará al margen de la obligación de saneamiento.

**20ª.** Existen determinados **supuestos en los que a pesar de concurrir las condiciones necesarias para que tenga lugar el hecho de la evicción, ésta finalmente no tiene lugar en virtud de la protección dispensada por el sistema registral.** Nos estamos refiriendo a aquellos casos en los cuales, a pesar de existir un derecho anterior de una tercera persona sobre el bien objeto de subasta, que pudiera dar lugar al hecho de la evicción, ésta no llega a producirse, adquiriendo su derecho el adjudicatario de manera irrevocable, como consecuencia del apoyo por parte de este último en el sistema de protección registral. En efecto, el supuesto prototípico en que el comprador sufre la evicción es aquél en el que adquiere su derecho en virtud de una venta de cosa ajena, donde el vendedor no es el propietario, careciendo de poder dispositivo respecto del derecho objeto de venta, singularmente en nuestro caso porque transmitió su derecho previamente a una tercera persona (doble venta que da lugar a una venta de cosa ajena), siendo esta última (primer adquirente) quien provoca la evicción reivindicando el derecho que es de su propiedad. Se trata de una adquisición *a non domino*, que en principio carece de virtualidad transmisiva y que puede ser constitutiva del hecho de la evicción, pero que no obstante puede consolidarse definitivamente como eficaz en base al sistema de protección de la apariencia jurídica en el ámbito inmobiliario, cual es el sistema registral.

La cuestión que nos planteamos es si dicha protección registral sanadora de las adquisiciones *a non domino* opera o no en el ámbito de las transmisiones acaecidas mediante venta judicial, no sin antes hacer breve mención a las características esenciales de los sistemas registrales italiano y español, claramente dispares.

El **sistema registral italiano** constituye un sistema de los denominados latinos, de eficacia meramente negativa o preclusiva, que siguiendo la estela del Ordenamiento francés, sólo asegura que quien en él consta como titular no ha transmitido a nadie su derecho, pero no que efectivamente lo sea. Así, el principio de protección registral básico en el Ordenamiento se contiene en el art. 2644 del CC italiano, donde a grandes rasgos viene a proclamarse la «inoponibilidad de lo transcribible no transcrito», de suerte que aquél que transcribe en primer lugar su derecho en el Registro, a pesar de provenir de un *non dominus*, consolida su adquisición de manera definitiva, no exigiéndose requisito ulterior para ello (llamativamente, suele decirse que tampoco se exige buena fe). No obstante, lejos de ser así, la realidad de las cosas pone de manifiesto que la mala fe por parte del tercero protegido sí guarda relevancia en lo que respecta a su grado de protección; ya que en sede de los mecanismos de protección con los que cuente el *verus dominus* que se ve despojado de su derecho frente al tercero protegido, se pone de manifiesto a nivel doctrinal y jurisprudencial, que la mala fe de este último sí asume enorme importancia, pues de concurrir, será posible incluso ejercitar una acción revocatoria cuya estimación, de darse los presupuestos necesarios para ello, traerá consigo la ineficacia de la transmisión operada en virtud del sistema de protección registral, así como la restitución del derecho al patrimonio del transmitente originario. Por tanto, la inatacabilidad del derecho adquirido por el tercero protegido sólo se podrá alcanzar mediante buena fe; conclusión que sorprendentemente, parece pasar inadvertida a la doctrina italiana.

Dicho lo cual, por lo que respecta a la operatividad de esta protección registral en el ámbito de la venta judicial, en el marco italiano puede afirmarse sin ambages, pues así se desprende con notoria claridad de la letra de los arts. 2643 y 2644 del CC italiano. Ciertamente, el art. 2644 del CC italiano dispone que no resultarán oponibles los actos transcribibles descritos en el artículo precedente (el art. 2643 del CC italiano), que no hayan sido transcritos frente a aquellos que sí lo hayan sido. Esto es, el art. 2644 del CC italiano remite su ámbito de aplicación a los actos descritos en el precedente art. 2643 del CC italiano; y entre el elenco de actos a los que alude el art. 2643 del CC italiano, en el número seis del referido precepto se incluyen a los procedimientos con los cuales se transfiera la propiedad u otros derechos reales sobre bienes inmuebles en los procesos de ejecución forzosa. Queda patente, pues, que la protección dispensada por el art. 2644 del CC italiano alcanza al ámbito de las ventas judiciales, pudiendo consolidarse una adquisición *a non domino* procedente de una venta judicial mediante el mecanismo de la tempestiva transcripción del derecho en el Registro de la Propiedad (más la necesaria buena fe cuya exigencia defendemos).

El **sistema registral español** es ciertamente peculiar, en la medida en que constituye un sistema de eficacia meramente negativa o preclusiva (*ex arts. 606 del CC español y 32 de la LH española*); y de eficacia positiva, mediante la denominada «fe pública registral» contenida fundamentalmente en el art. 34 de la LH española, verdadera piedra angular del sistema registral en su conjunto, por la que se garantiza al adquirente de un titular registral su adquisición de manera inatacable, aun cuando dicho titular registral no fuera verdadero titular del derecho. Ciñéndonos al máximo grado de protección positiva dispensada por el sistema registral español, los requisitos fundamentales que deben reunirse para que el adquirente *a non domino* se vea consolidado en su derecho de manera inatacable son señaladamente los siguientes: a saber, la adquisición onerosa, de titular registral que figure en el Registro con facultades dispositivas respecto al derecho transmitido, de buena fe, mediante título válido, con preceptiva inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad.

Por lo que respecta a la operatividad de este principio de fe pública registral en el ámbito de las ventas judiciales, constituye una cuestión objeto de enorme controversia doctrinal y jurisprudencial, si bien la postura mayoritaria (prácticamente unánime) en la actualidad viene a afirmar sin duda alguna el juego de los principios de protección registral (también el fuerte instrumento del art. 34 de la LH española) en el marco de las ventas judiciales (señaladamente en el ámbito jurisprudencial, a través de la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 5 marzo de 2007); y ello en base a los siguientes argumentos fundamentales:

- a) La transmisión del derecho que tiene lugar mediante la venta judicial se puede ajustar plenamente a la letra de los presupuestos exigidos por el sistema de protección registral: se trata de una adquisición «onerosa», que proviene de un titular registral con facultades para disponer, que puede llevarse a cabo de buena fe, mediante título válido (en este caso, la propia venta judicial entendida en sentido amplio), y pudiendo inscribir el derecho adquirido en el Registro mediante el testimonio del decreto de adjudicación.
- b) Así se desprende con total claridad del art. 594 de la LEC española, en el que se afirma la eficacia del embargo trabado sobre cosa no perteneciente al deudor, y se establece que si el *verus dominus* no ejercita temporáneamente la oportuna tercería de dominio, perderá toda posibilidad de recuperar su derecho impugnando la enajenación judicial, en el caso que el adjudicatario adquiriera su derecho de manera irrevindicable; y he aquí lo fundamental: con la expresión «adquisición de manera irrevindicable de acuerdo con la legislación sustantiva», resulta fuera de toda duda que el legislador procesal se está refiriendo a la adquisición que tenga lugar conforme a los requisitos exigidos por la fe pública registral, único instrumento del conjunto del Ordenamiento español que hace inatacable la adquisición *a non domino* con apoyo en la misma.

- c) El art. 464 del CC español, que viene a ser el paralelo al art. 34 de la LH española en el ámbito de los bienes muebles, extiende su ámbito de aplicación en su párrafo segundo a la denominada «venta pública» (que puede entenderse como comprensiva de la venta judicial), lo cual es ciertamente indicativo de que por coherencia debe admitirse el juego de la protección registral sanadora de la adquisición *a non domino* en el ámbito de las ventas judiciales.

**21ª.** Existen **dos situaciones patológicas** de gran importancia que pueden suscitarse en la venta judicial: **el eventual incumplimiento de las obligaciones nacidas de la misma (si es que puede hablarse verdaderamente del nacimiento de obligaciones en dicho ámbito) y la frecuente obtención de un precio por el derecho vendido notablemente inferior al de mercado.** Merece plantearse si existen remedios jurídicos que puedan paliar estas eventualidades patológicas en el marco de las ventas judiciales.

**22ª.** Comenzando por la **resolución por incumplimiento**, lo primero que debemos afirmar es que la venta judicial sí da lugar al nacimiento de verdaderas obligaciones, pues éstas no emanan sólo de los contratos sino también de la Ley (*ex arts. 1089, ab initio* del CC español, y 1173 *in fine* del CC italiano), que es lo que precisamente sucede en el caso de la venta judicial. Nacen, pues, de la venta judicial obligaciones de origen legal, cuales son fundamentalmente la entrega de la cosa, y el pago del precio (al igual que en la compraventa contractual); de carácter recíproco, en la medida en que existe una plena interdependencia entre ambas, siendo una la causa de la otra. Existiendo obligaciones de carácter recíproco, el incumplimiento de una de ellas puede dar lugar al importante instituto de la resolución por incumplimiento propio de tal ámbito (*ex art. 1453* del CC italiano y *art. 1124* del CC español); ¿cabe ejercitarse en el ámbito de una venta judicial? La respuesta es negativa en el caso italiano, pues el remedio resolutorio se contempla como mecanismo específico y exclusivo de las obligaciones nacidas de un contrato (y la venta judicial claramente no lo es); mientras que en el caso español la respuesta es afirmativa, ya que el instrumento resolutorio sí se contempla como acción general de toda clase de obligaciones (no sólo contractuales), si bien en los términos y con los matices que proclamamos a continuación:

- a) Los presupuestos esenciales para la operatividad del instituto de la resolución por incumplimiento se cumplen sobradamente en el ámbito de las ventas judiciales: existen obligaciones (legales) de carácter recíproco, que pueden incumplirse. De hecho, no siendo necesario una imputación subjetiva del incumplimiento a la persona del vendedor para apreciar la resolución según tendencia doctrinal y jurisprudencial más reciente, el remedio resolutorio cobra aún más sentido en las ventas judiciales.
- b) El remedio de la resolución por incumplimiento en el caso de las obligaciones legales sólo cabe en aquellos casos en los que la propia Ley no prevea una consecuencia específica al hecho del incumplimiento (*ex art. 1090* del CC español);

consecuentemente, ante el incumplimiento de la obligación de pago del precio no cabrá el remedio resolutorio, ya que la propia Ley procesal (*ex art. 653 de la LEC española*) prevé una determinada consecuencia frente a tal incumplimiento: la denominada quiebra de la subasta.

- c) Así las cosas, la resolución por incumplimiento sólo cabe en el ámbito de la venta judicial ante el incumplimiento de la obligación de entrega del derecho objeto de venta, lo cual puede perfectamente suceder señaladamente en los supuestos de *aliud pro alio* asimilados a verdaderos incumplimientos.
- d) Estimándose la resolución por incumplimiento como medio de tutela a favor del adjudicatario, en caso de que la ejerce, los efectos serán los siguientes:
- Deberá reintegrarse el precio que hubiera abonado por la cosa al adjudicatario, lo cual sólo debe recaer en la persona del deudor ejecutado, por ser él la contraparte de la relación jurídico-obligatoria de venta, que asume la obligación legal de entrega de la cosa.
  - En principio, habrá igualmente lugar al resarcimiento por daños y perjuicios a cargo del vendedor, deudor ejecutado, ya que nos encontramos en el marco de un supuesto de responsabilidad objetiva, tal y como hemos destacado en estas páginas. Ello no obsta a que el acreedor ejecutante (*ex art. 1902 del CC español*), o el propio órgano ejecutivo (reclamación de responsabilidad patrimonial por error judicial o anormal funcionamiento de la justicia, *ex arts. 292 y ss. de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*), puedan reputarse como responsables de dicho resarcimiento en el caso en que quede demostrado que su actuación contribuyó al incumplimiento de la obligación de correcta entrega o transmisión del derecho.

**23ª. La rescisión por lesión** no constituye un mecanismo que pueda emplearse como paliativo de la obtención de un precio notablemente inferior al de mercado en la venta judicial:

En **España**, porque la rescisión por lesión *ultra dimidium* no se contempla como remedio general en el territorio de Derecho común, ya que el Ordenamiento español se funda en la convicción de que las cosas valen tanto cuanto alguien voluntariamente esté dispuesto a pagar por ellas.

Ni si quiera en los Ordenamientos forales (Cataluña y Navarra) donde sí se recoge la rescisión por lesión *ultra dimidium* como principio general en materia de contratos puede hipotizarse, ya que en ambas Compilaciones forales se excluye con carácter expreso la operatividad del remedio rescisorio en el marco de las ventas judiciales (cfr. el art. 321 del Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la

## CONCLUSIONES

Compilación de Derecho Civil de Cataluña; y la Ley 503, párrafo primero, de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra).

En **Italia**, porque el art. 2922 del CC italiano, párrafo segundo, excluye expresamente el instituto de la rescisión por lesión del ámbito de las ventas judiciales. Expresa exclusión que puede reputarse como superflua o redundante, en la medida en que si se acude a los presupuestos trazados para la rescisión por lesión en el art. 1448 del CC italiano, se constata que existe un requisito que difícilmente se dará en las ventas judiciales: a saber, el del aprovechamiento del estado de necesidad por la contraparte; ¿acaso el adjudicatario se aprovecha del estado de necesidad del deudor ejecutado por el mero hecho de actuar como licitador en la subasta? Resulta difícilmente sostenible y su afirmación llevaría a predicar la rescisión de todas y cada una de las ventas judiciales celebradas.

La suprema estabilidad que debe presidir las ventas judiciales parece estar detrás del rechazo del mecanismo de la rescisión por lesión en dicho ámbito (en los Ordenamientos donde se contempla como principio general).





## BIBLIOGRAFÍA

ABRIL CAMPOY, J. M., *La rescisión del contrato por lesión -enfoque doctrinal y jurisprudencial-*, Valencia, 2003.

ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentario al artículo 609 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, M. (Director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VIII, Volumen 1º, Madrid, 1987, pp. 1-21.

ALBALADEJO GARCÍA, M., «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Nº 1, 1947, pp. 409 y ss.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil III. Derecho de bienes*, 10ª Edición, Madrid, 2004.

ALLORIO, E., «Questioni in tema di decreto di trasferimento nell'esecuzione forzata immobiliare», en *Rivista di Diritto Processuale*, fasc. 1, 1980, pp. 182-217.

ALLORIO, E., COLESANTI, V., voz «Esecuzione forzata (Diritto Processuale Civile)», en *Novissimo Digesto Italiano*, Volumen VI, Torino, 1960, pp. 724-746.

ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en contrato de compraventa*, Madrid, 1972.

ALONSO SÁNCHEZ, B., *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procesos de ejecución*, Madrid, 1999.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 672, 2002, pp. 1485-1510.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «Los límites a la eficacia de la inscripción del remate. (Crítica de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 5 de marzo de 2007)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 721, 2010, pp. 2045-2078.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*, Granada, 1995.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, JA., *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986

ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 2009.

AMORÓS GUARDIOLA, M., «Las cargas posteriores en la ejecución hipotecaria (Comentario Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1963)», en *Anuario de Derecho Civil*, Nº 4, 1963, pp. 1266-1269.

AMORÓS GUARDIOLA, M., «Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente (Comentario Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1963)», en *Anuario de Derecho Civil*, Nº 4, 1965, pp. 953-988.

ANDREOLI, G., «Riflessioni sulla surrogazione a favore del terzo acquirente dell'immobile ipotecato e del terzo datore di ipoteca», en *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, I, Napoli, 1972.

ARANDA RODRÍGUEZ, R., «Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales. Analogías y diferencias entre compraventa y subasta judicial. Estudio a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995», en *Anuario de Derecho Civil*, Nº 2, 1996, pp. 885-906.

ARCOS VIEIRA, M. L., «Criterios jurisprudenciales acerca del ejercicio de la acción de retracto legal en supuestos de venta por subasta pública judicial», en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. I, 1996, [consultado en la base de datos <http://www.westlaw.es>; fecha de consulta: 12 de diciembre de 2012].

ÁVILA NAVARRO, P., «La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación en el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 657, 2000, pp. 643-664.

BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, Tomo I, 3ª Edición, Barcelona, 1995.

BALENA, G., *Istituzione di diritto processuale civile*, Volumen III, 2ª Edición, Bari, 2012.

BARASSI, L., *Diritti reali e possesso*, Tomo I, Milano, 1952.

BARBERO, D., *Sistema del Diritto Privato Italiano*, Volumen II, Torino, 1962.

BELDA MERCADO, J., *Presupuestos romanísticos de la transmisión de la propiedad y compraventa en la dogmática moderna*, Granada, 2001.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Tradición Instrumental y Posesión*, Pamplona, 1999.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., «Comentario al artículo 1160 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., SALVADOR CODERCH, P., (Directores), *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991.

BIANCA, C. M., «La vendita e la permuta», en VASSALLI, F., *Trattato di Diritto civile italiano*, Vol. VII, Tomo 1º, Torino, 2ª Ed., 1993.

- BIGLIAZZI-GERI-BUSNELLI-FERRUCCI (Coord.), *Commentario del Codice Civile*, Libro IV, Tomo IV, Torino, 1980
- BONGIORNO, voz «Espropiación inmobiliaria», en *Digesto*, Tomo IV, Sezione Civile, Torino, 1992, pp. 34-68.
- BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione», en SCHLENSINGER, P. (Dir.), *Il Codice Civile Commentario*, Milano, 1988.
- BONSIGNORI, A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano, 1962.
- BONSIGNORI, A., *L'esecuzione forzata*, 3ª Edición, Torino, 1996.
- BOVE, M., CAPPONI, B., MARTINETTO, G., y SASSANI, B., *L'espropriazione forata*, Torino, 1988.
- BOVE, M., CAPPONI, B., MARTINETTO, G., y SASSANI, B., *L'espropriazione forata*, Torino, 1988.
- BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958.
- BUCOLO, F., *Il processo esecutivo ordinario*, Padova, 1994.
- BUCOLO, F., *La sospensione nell'esecuzione*, Milano, 1972.
- BUSTOS PUECHE, J. E., «El sujeto beneficiario de la protección registral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 679, 2003, pp. 2583-2654.
- CACCHINI ROSELL, «La causa lícita que justifica las prohibiciones de disponer sobre los inmuebles (a propósito de la STS de 11 de diciembre de 2001)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 675, 2003, pp. 203-224.
- CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, Barcelona, 1991.
- CALAMANDREI, P., *Istituzione di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo Codice*, II, Padova, 1943.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Tomo V, Granada, 1969.
- CANCIO FERNÁNDEZ, R. C., «Régimen tributario de las transmisiones forzosas de bienes mediante subasta judicial: Valor Añadido vs. Transmisiones Patrimoniales», en *Quincena Fiscal Aranzadi*, Nº 10, 2010, p. 1 [consultado en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), el 17-05-2013].
- CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 44, Nº 4, 1991, pp. 1453-1528.
- CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Directores), *Código Civil comentado*, Vol. II, 1ª Edición, Navarra, 2011.
- CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Directores), *Código Civil comentado*, Vol. IV, 1ª Edición, Navarra, 2011

CAPILLA RONCERO, F., «Prohibición de disponer impuesta en testamento», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 20, 1989, pp. 387-398.

CAPPONI, B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 2ª Edición, Torino, 2012.

CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, Traducción de ALBALADEJO GARCÍA, M., Madrid, 1956.

CARNACINI, T., *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padova, 1936.

CARNELUTTI, «Occhio ai concetti!», en *Rivista di Diritto Commerciale*, Nº 1, 1950, pp. 450-452.

CARNELUTTI, F. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Volumen III, Roma, 1956.

CARNELUTTI, F., *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, Tomo II, Padova, 1931.

CARNELUTTI, F. *Lezioni di Diritto Processuale Civile. Processo di esecuzione*, Tomo II, Padova, 1932

CARNELUTTI, F., *Instituciones del Proceso Civil*, Vol. III, traducción SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1960.

CARNELUTTI, F., *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933.

CARPI, F., y TARUFFO, M., *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, Padova, 2012.

CARPINO, B., «Del pagamento con surrogazione», en GALGANO, F. (Coord.), *Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca*, Libro IV, Bologna-Roma, 1988.

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, 1ª Edición, Navarra, 2010.

CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957

CARRERAS LLANSANA, J., *La tutela de terceros acreedores en el proceso de ejecución forzosa singular*, Barcelona, 1951.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español común y foral*, Tomo I, 7ª Edición, Madrid, 1949.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español común y foral*, Tomo III, 9ª Edición, Madrid, 1958.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo IV, 8ª Edición, Madrid, 1956.

CASTILLA BAREA, M., «Resolución de contrato de compraventa de fincas adjudicadas en pública subasta por incumplimiento basado en motivos urbanísticos. El incumplimiento imputable, la frustración del fin del negocio, la desaparición sobrevenida de la causa del contrato y los motivos causalizados como posibles causas de la resolución contractual. La

congruencia de la sentencia recurrida. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2006», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 75, 2007, pp. 1127-1154.

CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid, 2000.

CENDON, P., *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Milano, 2012.

CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo», en *Rivista di Diritto Civile*, fasc. 2, 1980, pp. 152 y ss.

CERINO-CANOVA, A., *Offerte dopo l'incanto*, Padova, 1975.

CHIOVENDA, G., «Sulla natura dell'espropriazione forzata», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Nº2, 1926, pp. 85-104.

CIAN, G., TRABUCCHI, A. (Coordinadores), *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, 2012.

CICU, A., MESSINEO, F., *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Vol. XXIII, Milano, 1971.

CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid, 1959.

CLEMENTE MEORO, M. (Coord.) y AA.VV., *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, 2ª Edición, Valencia, 2001.

CLEMENTE MEORO, M., «Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario», en CLEMENTE MEORO, M. (Coord.), *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*, Valencia, 2002, pp. 139-164.

CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998.

CLEMENTE MEORO, M., *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Barcelona, 2009.

COMOGLIO L. P., CONSOLO C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Vol. V, Torino, 2013.

CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Volumen II, Navarra, 2001.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, 4ª Edición, Valencia, 2010.

CUBELLS ROIG, E., «La subasta y el retracto *ex lege*», en *Revista General del Derecho*, Nº 584, 1993, pp. 4371-4384.

CUENA CASAS, M., *La función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 2002 (reimpresión).

DE COSSÍO Y CORRAL, A., «La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo I, 1945, pp. 183-206.

DE COSSÍO Y CORRAL, A., «Los riesgos de la compraventa civil y en la mercantil», en *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 361 y ss.

DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Volumen I, Madrid, 1975.

DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Volumen II, Madrid, 1975.

DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2ª Edición, Barcelona, 1956

DE DIEGO, C., *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. II, Madrid, 1959

DE LA OLIVA SANTOS, A., DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., y BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2001.

DE LA OLIVA SANTOS, A., DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 3ª Edición, Madrid, 2005.

DE LA OLIVA SANTOS, A.; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J. *Derecho Procesal. Introducción*, 3ª Edición, Madrid, 2008.

DE LA PLAZA, M., *Derecho Procesal Civil Español*, II, 2ª parte, 3ª Edición, Madrid, 1955.

DE LA SERNA BOSCH, J., *La subasta judicial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª Edición, Barcelona, 2012.

DE MARTINI, A., «Profili contrattuale della vendita forzata nella esecuzione singolare e fallimentare», en *Giurisprudenza Completa della Cassazione Civile*, N° 3, 1948.

DE MARTINO, F., RESTA, R., JARICI, P., PUGLIESE, G., «Libro terzo. Proprietà. Art. 810-956», en SCIALOJA, A., BRANCA, G. (Coordinadores), *Commentario del Codice Civile*, 4ª Edición, Bologna-Roma, 1946.

DE PABLO CONTRERAS, P. (Coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales*, Madrid, 2004

DE STEFANO, F., «Gli effetti della vendita forzata dopo la riforma del processo esecutivo», en *Esecuzione Forzata*, N° 4, 2007, pp. 657 y ss.

DENTI, V., voz «Negozio processuale», en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXVIII, 1978, pp. 138-145.

DI PIRRO, M., *Codice di Procedura Civile illustrato. Dottrina, giurisprudenza, schemi, mappe e tabelle*, Piacenza, 2012.

DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, Madrid, 2000.

DÍAZ FRAILE, J. M., *La ejecución hipotecaria y el mercado secundario*, Madrid, 2008.

- DÍAZ MARTÍNEZ, A., *La ejecución forzosa sobre inmuebles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Aspectos civiles y registrales*, Navarra, 2001.
- DÍEZ-PICAZO, L., «Los llamados contratos forzosos», en *Anuario de Derecho Civil*, Nº 1, 1956, pp. 85-117.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, 6ª Edición, Navarra, 2007.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, 6ª Edición, Navarra, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, 5ª Edición, Navarra, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV, 1ª Edición, Navarra, 2010.
- DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tomo I, 8ª Edición, Madrid, 2012.
- DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Tomo I, 8ª Edición, Madrid, 2012.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, 1ª Edición, 2010.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: el problema de la adquisición en los procesos de ejecución», en *Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios Europeos y Draft*, GÓMEZ LAPLAZA, M. C. (coord.), Madrid, 2012, pp. 13-43.
- ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I-2º (Parte General), Traducción de la 39ª Edición alemana de PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Barcelona, 1950.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «En qué casos la escritura pública no equivale a entrega», en CARRASCO PERERA, A. (Dir.), *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Vol. 2, Valencia, 2013, pp. 1203-1214.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La tercería de dominio contra el embargo anotado por créditos de las Administraciones Públicas y de la Seguridad Social», en *Notario del Siglo XXI*, Nº 47, 2013, pp. 39-41.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La buena fe requerida por el adquirente en remate “*a debitore non domino*”. Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007», en *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº 19, 2007, pp. 393-414.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Remate de un inmueble transmitido anteriormente a un tercero por el deudor ejecutado: ¿adquisición de la propiedad por el rematante? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2004 (RJ 2004, 4427)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº 15, 2005, pp. 321-333.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo de bienes inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2005.

ESPÍN CÁNOVAS, D., *Derecho Civil Español, Vol. III, Obligaciones y Contratos*, 3ª Ed., Madrid, 1969

ESTRUCH ESTRUCH, J., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1995», en *Revista General del Derecho*, Nº 613-614, 1995.

FEDEL, S., «La pubblicità immobiliare italiana fra trascrizione e regime tavolare», en *Immobili e Proprietà*, Nº 1, 2013 (consultado en la base de datos <http://www.iusexplorer.it>, el 09 de julio de 2013).

FENECH y NAVARRO, M., *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1979.

FENOY PICÓN, N., *El sistema de protección del comprador*, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Barcelona, 2001

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Barcelona, 2001.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, C., *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ARÉVALO, F., «La facultad de disposición», en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 3, Nº 4, 1950, pp. 1025 y ss.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil, III, La ejecución forzosa. Las medidas cautelares*, 4ª Edición, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *La tercería de dominio*, Madrid, 1980.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1992.

FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A., «La división en volúmenes de la propiedad pública en el ámbito urbanístico», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, Nº 78, 2010, pp. 157-190.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, J. F. (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2001.

FERRANTE, E., *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008.

FERRI, B., «La vendita in generale-le obbligazioni del venditori-le obbligazioni del compratore», en RESCIGNO, P. (Dir.), *Trattato di Diritto Privato*, Tomo III, 2ª Ed., Torino, 2000.



- FERRI, L., «Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare», en *Studi in onore di Cicu*, Volumen I, Milano, 1951, pp. 295-376.
- FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987.
- FUNAJOLI, C. A., «La cosiddetta proprietà relativa», en *Studi in onore di Cicu*, Volumen I, Milano, 1951, pp. 103 y ss.
- GALGANO, F., *Tratatto di Diritto Civile*, Volumen I, 2ª Edición, Padova, 2010.
- GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Volumen II, 2ª Edición, Padova, 2010.
- GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Volumen III, 2ª Ed, Padova, 2010.
- GARBERÍ LLOBREGAT, *El proceso de ejecución en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: comentarios y jurisprudencia al libro III (“De la ejecución forzosa”) de la Ley 1-2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Volumen II, 2ª Edición, Navarra, 2007.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Derecho Procesal Civil*, 1ª Edición, Barcelona, 2011
- GARCÍA AMIGO, M., «Transmisión de las obligaciones nacidas de un contrato», en *Revista de Derecho Privado*, 1963, pp. 25-45.
- GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 1484-1490 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, M., DÍAZ ALABART, S. (Directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIX, Madrid, 1991, 385-386.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario al artículo 34 de la Ley Hipotecaria», en ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por, Tomo VII, Vol. 4, Madrid, 1999 (consultado en <http://www.vlex.com>).
- GARCÍA GARCÍA, J. M., «El tópic de los efectos limitados de las anotaciones de embargo», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VII Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 1988.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, II, Madrid, 1993
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, comentarios y motivos del Código Civil español*, Madrid, Tomo III, 1852.
- GARCÍA-TREVIJANO RODRÍGUEZ, L., y GÓMEZ GARCÍA, I. M., «La realización judicial de viviendas protegidas: ¿un portillo abierto en su régimen de protección?», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, N° 8, 2009 (consultado en <http://www.laleydigital.laley.es>, el 9 de julio de 2013).
- GAZZONI, F., «La trascrizione immobiliare», en SCHLESINGER, P., (Dir.) *Il Codice Civile Commentario*, Milano, 1991.
- GENTILE, S. F., *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1961.

GIL RODRÍGUEZ, J., *Garantías por insolvencia pública en la delegación y en la cesión*, Madrid, 1989.

GILI, A., «Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)», en *Rivista di Diritto Processuale*, Nº 2, 2000, pp. 437-466.

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

GIMENO PÉREZ LEÓN, F. J., «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la subasta (procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria. Adjudicación en primera subasta de la finca y aprobación del remate. Posterior comparecencia del deudor hipotecario aportando documentos privados justificativos del pago de la deuda y ulterior otorgamiento de carta de pago por entidad acreedora)», en *La Ley*, Nº 552, 1990 (consultado en <http://www.laleydigital.laley.es>).

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Comentario al art. 26. 1º de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VII, Vol. 4º, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., Madrid, 1999, pp. 172-194.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Comentario al art. 26. 3º de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VII, Vol. 4º, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., Madrid, 1999, pp. 212-219.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Comentario al art. 27 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VII, Vol. 4º, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., Madrid, 1999, pp. 220-233.

GÓMEZ GÓMEZ, M., «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 290-291, 1952, pp. 558-580.

GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Madrid, 1976.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Sistemas hipotecarios. El Código Civil suizo», en GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Madrid, 1948.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Principios Hipotecarios*, Madrid, 1931.

GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., «Comentario al artículo 1124 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Valencia, 2013, pp. 8213-8261.

- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Las prohibiciones de disponer y su inscribibilidad en el registro de la propiedad. especial referencia a las contenidas en un crédito hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 695, 2006, pp. 1200-1204.
- GORDILLO CAÑAS, A., «¿Monismo o dualismo hipotecario?: hablen los autores del sistema», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 42, 2004, pp. 95-136.
- GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)», en *Anuario de Derecho Civil*, N° 2, 2006, pp. 509-656
- GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (II)», en *Anuario de Derecho Civil*, N° 3, 2008, pp. 1057-1216.
- GORDILLO CAÑAS, A., «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica», en *Anuario de Derecho Civil*, N° 2, 1994, pp. 21-82.
- GORDILLO CAÑAS, A., «Sentencia de 5 de marzo de 2007: Fe pública registral: protección de la adquisición *a debitore non domino* en procedimiento de apremio. Fijación de la doctrina jurisprudencial al respecto», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 75, 2007, pp. 1393-1412.
- GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla, 1978.
- GRECO, P., y GASTONE, C., «Vendita. Libro quarto: obbligazioni. Art. 1470-1557», en SCIALOJA, A., y BRANCA, G. (Coordinadores), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1981.
- GUASP DELGADO, J., «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 164, 1942, pp. 8-16.
- GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil, Madrid*, 1955.
- GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Madrid, 2006.
- GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 1790 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, M., DÍAZ ALABART, S. (Directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXII, Vol. 1º, Madrid, 1967, pp. 320 y ss.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa*, Pamplona, 1966.
- HERCE QUEMADA, V., y GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, Madrid, 1979

- JACCHERI, E., «Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflessioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)», en *Rivista di Diritto Processuale*, fasc. 3, 1993, pp. 793-1020.
- JIMÉNEZ CONDE, F., GARCÍA ROSTÁN-CALVÍN, G., TOMÁS TOMÁS, S., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 1ª Edición, Murcia, 2011.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A., *El momento de la buena fe*, Madrid, 2006.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A., *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*, Madrid, 2005.
- JORDANO BAREA, J., «Una relección sobre la posesión», en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 39, Nº 4, 1986, p. 1035-1058.
- JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*, Madrid, 1992.
- JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987.
- KOHLER, J., *Prozessesrechtlich forschungen*, 1882
- LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1968.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, II, Vol. 2º, Barcelona, 1987.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, III (Vol. 1º), Madrid, 2008.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, III bis, 2ª Edición, Madrid, 2003.
- LACUEVA BERTOLACCI, R., «Los Secretarios Judiciales y la ejecución civil: la reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial», en *Diario La Ley*, Nº 7191, año XXX, 2009.
- LANZILLO, R., y RICCIO, A., «Recissione del contratto», en SCIALOJA, A., BRANCA, G. (Coordinadores), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 2005.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo II, 11ª Edición, Barcelona, 2007.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo III, 8ª Edición, Barcelona, 2004.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo IV, 5ª Edición, Barcelona, 2005.
- LOIS ESTÉVEZ, J., «Teoría de la expropiación procesal», en *Revista de Derecho Privado*, 1948.

- LÓPEZ FRÍAS, A., «Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral: supuestos y consecuencias», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 721, 2010, pp. 2079-2126.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «El efecto traslativo de la adjudicación en la subasta en el caso ejecución dineraria tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. II, Murcia, 2004, pp. 2859-2866.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *Fundamentos de Derecho Civil*, Valencia, 2012.
- LÓPEZ LÓPEZ, A., «Comentarios al artículo 1452 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991.
- LÓPEZ ORTIZ, L., «Los contratos procesales», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Nº 197, 1954, pp. 55-85.
- LORCA GARCÍA, J., *Derecho Procesal Civil*, II, Madrid, 1973
- LORCA NAVARRETE, A. M., GUILARTE GUTIÉRREZ, V., y AA.VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, 2000.
- LUISO, F. P., *Diritto Processuale Civile*, Vol. III, *Il Processo Esecutivo*, 6ª Ed., Milano, 2011
- LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios*, Granada, 1999.
- MAGAZZÙ, A., voz «Surrogazione per pagamento», en *Enciclopedia del Diritto* (consultado en la base de datos [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), el 9 de julio de 2013).
- MANDRIOLI, C., «Leggittimazione ad agire in executivis e successione nel credito», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, pp. 1351-1376.
- MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di diritto processuale civile*, Vol. III, 10ª Edición, Torino, 2012.
- MANDRIOLI, C., *Corso di Diritto Processuale Civile*, III, Torino, 2011.
- MANDRIOLI, C., voz «Opposizione all'esecuzione», en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXX, Milano, 1980 (consultado en la base de datos <http://www.iusexplorer.it>, el 1 de julio de 2013).
- MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, Tomo V, 3ª Edición, Madrid, 1910.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, Tomo X, 2ª Edición, Madrid, 1908
- MARICONDA, G., «La trascrizione», en RESCIGNO, P. (Dir.), *Trattato di Diritto Privato*, Torino, 1985, pp. 65-161.

- MARROLLO, A. C., «La vendita di *aliud pro alio* e la tutela dell'aggiudicatario», en *Il Fallimento*, Nº 12, 2005, pp. 1384 y ss.
- MARTÍN BRICEÑO, M. R., «Interés económico y social de las prohibiciones voluntarias de disponer: su validez y eficacia jurídica», en *Actualidad Civil*, Nº 6, 2010 (consultado en la base de datos <http://www.laleydigital.es>; fecha de consulta: 13/08/2013).
- MARTÍN BRICEÑO, M. R., *La prohibición testamentaria de dividir la herencia*, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., y PARRA LUCÁN, M. A., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2011.
- MASSUCCI, «Sul mancato versamento del prezzo nella vendita mobiliare all'incanto», en *Rivista di Diritto Processuale*, Nº 2, 1947.
- MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata», en *Trattato di Diritto Privato*, diretto da RESCIGNO, P., 2ª Edición, Torino, 1998.
- MAZZARELLA, F., voz «Vendita forzata», en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XLVI, Milano, 1993, pp. 552-584.
- MENGONI, *L'acquisto a non domino*, 3ª Edición, Milano, 1975.
- MICHELI, G. A., «Esecuzione forzata», en SCIALOJA, A., BRANCA, G. (Coordinadores), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1964.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario al artículo 609 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., SALVADOR CODERCH, P., (Directores), *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, pp. 1543 y ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Observaciones en torno a la buena fe», en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pp. 497-508.
- MIRABELLI, G., *Del diritto dei terzi secondo il Codice Civile italiano*, Torino, 1889.
- MIRABELLI, G., *Del diritto dei terzi*, Torino, 1889.
- MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas*, Madrid, 2008.
- MONTERO AROCA, J., FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II, Valencia, 2004.
- MONTERO AROCA, J., FLOR MATÍES, J., *La tercería de dominio*, Valencia, 2004.
- MONTERO HIDASCO, C., «La rescisión de las ventas judiciales», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. XXVI, 1865, pp. 200-206.
- MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles*, Barcelona, 2000.

MORALES MORENO, A. M., «Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: La compraventa», en *Anuario de Derecho Civil*, fasc. IV, 2003, pp. 1609-1652.

MORALES MORENO, A. M., «Comentario al artículo 1489 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., SALVADOR CODERCH, P., (Directores), *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, pp. 965 y ss.

MORENO CATENA, V., y AA.VV., *Derecho Procesal*, Tomo I (Vol. II) Proceso Civil, Valencia, 1992.

MORENO MURCIANO, H., «Cargas y gravámenes en las subasta judiciales de inmuebles», en *Revista Jurídica de Catalunya*, Nº 1, 2001, pp. 303-308.

MORTARA, L., *Manuale della procedura civile*, II, Torino, 1929.

MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil comentado y concordado extensamente*, Tomo XXIII, Madrid, 1892.

MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «El transmitente en la subasta judicial: confirmación de una doctrina jurisprudencial uniforme en sede fiscal que resuelve una controvertida cuestión sustantiva», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Nº 31, 2013, pp. 329-346.

MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «La configuración de la buena fe del tercero hipotecario: breves notas en defensa de su concepción “ética”», en MURGA FERNÁNDEZ, J. P., TOMÁS TOMÁS, S. (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho patrimonial desde una perspectiva italo-española*, Valencia, 2013, pp. 103-120.

MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «La doble venta inmobiliaria y la buena fe necesaria para ser preferido en la adquisición. La mala fe como elemento constitutivo de una posible simulación absoluta», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Nº 28, 2012, pp. 419-434.

MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 732, 2012, pp. 1969-2044.

MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «Prohibición legal de vender y ejecución hipotecaria: comentario a la resolución de la DGRN (propiedad) núm. 6710 de 13 abril (RJ 2012, 7745)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Nº 29, 2012, pp. 509-526.

MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «Resolución contractual por incumplimiento y obligaciones accesorias. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1a) núm. 568/2012 de 1 de octubre (RJ 2012, 9024)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Nº 30, 2013, pp. 299-320.

NADAL GÓMEZ, I., *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Madrid, 2001.

- NAVARRO CASTRO, M., «Enajenación judicial en los procesos de ejecución: transmisión de la propiedad y cancelación de inscripciones posteriores. Comentario a la STS de 4 de abril de 2002», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº60, 2002, pp. 967-984.
- NAVARRO CASTRO, M., «La adquisición de la propiedad por subasta en los procesos de ejecución. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 24 de junio de 1997», en *Revista de Derecho Privado*, Nº 82, 1998, pp. 815-827.
- NICOLÒ, R., «Della responsabilità patrimoniale», en SCIALOJA, A., BRANCA, G. (Coordinadores), *Commentario al Codice Civile*, Bologna-Roma, 1958.
- ORTELL RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, 2ª Edición, Navarra, 2001.
- ORTELLS RAMOS, M., y AAVV., *Derecho Procesal Civil*, 8ª Edición, Navarra, 2008.
- ORTÍ VALLEJO, A., «Los vicios en la compraventa y su diferencia con el *aliud pro alio*: jurisprudencia más reciente», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 1, 1996, pp. 41-60.
- PAPAGNI, V., «L'acquisto di un bene in sede di esecuzione forzata ha natura derivativa», en *Diritto e Giustizia*, Nº 1, 2010, (consultado en la base de datos <http://www.dejure.giuffre.it>, el 11 de octubre de 2013).
- PARDO MUÑOZ, F. J., «La adquisición de la propiedad en subasta judicial: protección y límites de responsabilidad», en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Coord.), *Propiedad y Derecho Civil*, Madrid, 2006, pp. 283-308.
- PARRA LUCÁN, M. A., «Comentarios al artículo 609 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, Valencia, 2013.
- PASQUAU LIAÑO, M. (Dir.), *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Tomo II, 2ª Edición, Granada, 2009.
- PASQUAU LIAÑO, M. (Dir.), *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Tomo III, 2ª Edición, Granada, 2009.
- PATTI, A., «Effetto traslativo nella vendita immobiliare ed obbligo di custodia», en *Il Fallimento*, Nº 10, 1995, pp. 103 y ss.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 2001.
- PETITTO, D., «Difetto di qualità essenziali e *aliud pro alio* nella vendita forzata», en *Rivista di Diritto Processuale*, fasc. 3, 1995, pp. 760 y ss.
- PIETRO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, Madrid, 1973.
- PIETRO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª Edición, Pamplona, 1984.
- PLANCHADELL GARGALLO, A., *La tercería de dominio*, Valencia, 2001.



- PROSPERETTI, M., «Del pagamento con surrogazione», en RESCIGNO, P. (Dir.), *Trattato di Diritto Privato*, IX, Tomo 1, Torino, 1984.
- PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II, Barcelona, 1956.
- PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español*, T. III, Vol. I, Barcelona, 1966.
- PUNZI, C., «Responsabilità patrimoniale e oggetto dell'espropriazione», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 3, 1989, pp. 735-818.
- QUICIOS MOLINA, S., «La ineficacia contractual», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de Contratos*, Tomo I, 2ª Edición, Valencia, 2013, pp. 1450 y ss.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Cáceres, 1997.
- RAMOS CHAPARRO, E. J., *La garantía real inmobiliaria. Manuel sistemático de la hipoteca*, Navarra, 2008.
- REDENTI, E., *Diritto Processuale Civile*, Tomo III, Milano, 1957.
- RESCIGNO, P. (Dir.), *Trattato di Diritto Privato*, Vol. 20, Tomo II, 2ª Edición, Torino, 1998.
- RIVAS TORRALBA, R., *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, Barcelona, 2012.
- ROBLEDO VILLAR, A., *La subasta judicial: el remate*, Barcelona, 1998.
- ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, VI, 8ª Edición, Barcelona, 1997.
- ROCA SASTRE, RM., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÁ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, Tomo II, Vol. 2º, Barcelona, 2008.
- ROCCO, A., *Il fallimento*, (ristampa dell'edizione del 1917), Milano, 1962.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Las prohibiciones de disponer voluntarias: estudio de sus efectos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 554, 1983, pp. 9-56.
- RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena y evicción (Estudio de las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa)*, Barcelona, 1990.
- RUBINO, D., *La compravendita*, Milano, 1952.
- RUBIO GARRIDO, T., «Comentario a la sentencia de 22 de abril de 2004. Saneamiento por vicios ocultos. Resolución del contrato por incumplimiento. Acciones redhibitorias y estimatoria. *Aliud pro alio*. Prueba pericial obligatoria, lucro cesante y daño moral. Saneamiento en compraventa de universalidad de cosas o en globo», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 67, 2005, pp. 183-196.
- RUBIO GARRIDO, T., «Doble ejecución judicial con subasta de cosa inmueble. Doble inmatriculación. Título y modo y venta judicial. Pérdida y consumación de la venta judicial.

¿Aplicabilidad del art. 1473 CC?. Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2009», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 84, 2010, pp. 1569-1586.

RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993.

RUBIO GARRIDO, T., *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994.

RUSSO, E., «Vendita e consenso traslativo», en *Contratto e Impresa*, fasc. 3, 2010, pp. 599-618.

SABATER SABATÉ, J. M., *La liquidación de cargas en el proceso de ejecución civil*, Madrid, 2013.

SALAS CANCELLER, A., «Ejercicio del retracto legal en los supuestos de venta en subasta pública», en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, N°7, 2008 [consultado en la base de datos <http://www.westlaw.es>; fecha de consulta: 12 de diciembre de 2012].

SALETTI, A., «Tecniche ed effetti delle vendite forzate immobiliari», en *Rivista di Diritto Processuale*, fasc. 4, 2003, pp. 1038-1062.

SALETTI, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. I, 2ª Edición, Padova, 2010.

SAMANES ARA, C., «Las partes en el proceso civil», en DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (Coord.), *Colección Ley de Enjuiciamiento Civil 2000*, I., Madrid, 2000.

SÁNCHEZ CALERO, F. J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil III. Derechos Reales y Registral Inmobiliario*, Valencia, 2004.

SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las Leyes Civiles Generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil e historia general de la legislación española*, Tomo IV, 2ª Edición, Madrid, 1899.

SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las Leyes Civiles Generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil e historia general de la legislación española*, Tomo III, 2ª Edición, Madrid, 1900.

SANCHO REBULLIDA, F. A., «Comentario al art. 1203 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, pp. 294-296.

SANCHO REBULLIDA, F. A., «Comentario al art. 1209 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, pp. 310-312.

SANCHO REBULLIDA, F. A., «Comentario al art. 1210 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, pp. 312-314.

- SANCHO REBULLIDA, F. A., «Comentario al art. 1211 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, pp. 315-316.
- SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio*, Granada, 1998.
- SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Tomo I, Madrid, 1947.
- SATTA, S., «L'esecuzione forzata», en VASALLI, F. (Dir.), *Trattato di Diritto Civile*, Vol. XV, 4ª Edición, Torino, 1963.
- SATTA, S., *Diritto Processuale Civile*, Padova, 1959.
- SATTA, S., *Diritto Processuale Civile*, Padova, 1967.
- SATTA, S., *Diritto Processuale Civile*, Padova, 1981.
- SATTA, S., *L'esecuzione forzata*, Milano, 1937.
- SATTA, S., *La rivendita forzata*, Milano, 1933.
- SCARDACCIONE, «Sugli effetti dell'estinzione del processo esecutivo», en *Rivista di Diritto Civile*, N° 2, 1960, pp. 488-491.
- SEOANE CACHARÓN, J., «El Secretario Judicial ante la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal (civil y penal) para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial», en *Diario La Ley*, N°7561, año XXXII, 2011 (consultado en <http://www.laleydigital.laley.es>, el 9 de mayo de 2013).
- SERRERA CONTRERAS, P. L., «La liquidación de cargas en el apremio de bienes inmuebles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 613, 1992.
- SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*, Navarra, 1986.
- TALMA CHARLES, J., *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Madrid, 2001.
- TEDOLDI, A., voz «Vendita e assegnazione forzata», en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, Tomo XIX, Torino, 1999, pp. 653-682.
- TÉLLEZ LAPEIRA, A., «Ensayo sobre la naturaleza jurídica de la venta judicial inmobiliaria», en *Revista La Ley*, 1996, T. I, pp. 1739-1753.
- TENDI, G. B., *Trattato teorico pratico della compravendita*, Vol. II, Firenze, 1906.
- TOMASSETTI, C., «Garanzia per evizione e doppia alienazione immobiliare», en *Obbligazioni e Contratti*, N° 6, 2007, pp. 538 y ss.
- TOMÉ PAULÉ, J., «El ejercicio del retracto legal frente a las ventas judiciales», en *Revista de Derecho Privado*, 1965, pp. 99 y ss.
- TRABUCCHI, A., *Istituzioni di Diritto Civile*, Vol. I, Padova, 1990.

- TRAMONTANO, R., «La decorrenza dell'effetto traslativo nella vendita forzata immobiliare», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Nº 3, 1994, pp. 1029-1061.
- TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 3, 1995, pp. 1129-1143.
- TRAVI, A., voz «Espropriazione forzata in genere», en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VI, Torino, 1960, pp. 895-902.
- TRAVI, A., voz «Espropriazione immobiliare», en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1981, pp. 902-920.
- TRAVI, A., voz «Vendita dei beni pignorati», en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. 20º (UN-Z), AZARA, A., y EULA, E. (Directores), Torino, 1975, pp. 636-641.
- USÓN DUCH, L., *La subasta judicial*, Barcelona, 1993.
- VALLET DE GOYTISOLO, J., *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid, 1986.
- VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, Tomo I, 4ª Edición, Valladolid, 1935.
- VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, Tomo II, 4ª Edición, Valladolid, 1936.
- VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, Tomo III, 4ª Edición, Valladolid, 1937.
- VEGAS TORRES, J., *El reembargo*, Madrid, 2004.
- VELA SÁNCHEZ, A. J., *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias. Estudio jurisprudencial y doctrinal*, Navarra, 2009.
- VELA TORRES, P. J., «La pluralidad de acreedores como requisito del concurso», en *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 11, 2007, 221-228.
- VELLANI, «Un nuovo caso di sospensione dell'aggiudicazione immobiliare», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 1, 1992, pp. 107-122.
- VENTURELLI, A., «La doppia alienazione immobiliare tra risarcimento e restituzioni: la posizione della giurisprudenza», en *Obbligazioni e Contratti*, Nº 3, 2005 (consultado en la base de datos <http://www.iusexplorer.it>, el 10 de septiembre de 2013).
- VERDE, G., voz «Pignoramento», en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXXIII, 1983, (consultado en la base de datos <http://www.iusexplorer.it>, el 10 de agosto de 2013).
- VERDERA SERVER, R., «Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial», en *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº 25, 2010, pp. 81-106.

## BIBLIOGRAFÍA

WESTERMANN, H., WESTERMANN, H. P., KARL-HEINZ, G., EICKMANN, D., Traducción realizada por CAÑIZARES LASO, A., MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Derechos reales*, Vol. I, 7ª Edición, 1998.

YZQUIERO TOLSADA, M. (Dir.), *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 1º (2005-2007), Madrid, 2008.

ZANZUCCHI, M. T., *Diritto Processuale Civile*, Vol. III, Milano, 1964.

ZANZUCCHI, M. T., *Manuale di Diritto Processuale Civile*, III, Milano, 1945.

ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto Processuale Civile*, III, Milano, 1964.