

V) *Derecho de la propiedad y derechos reales*

**TERCERÍA DE MEJOR DERECHO. PRIVILEGIOS GENERALES. EFICACIA DE LA PREFERENCIA DEL CRÉDITO ANOTADO PREVENTIVAMENTE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD**

**Comentario a la STS de 13 junio 2000 (RJ 2000, 4412)**

CECILIA GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ

Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Sevilla

*Civil*

*Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela*

*TERCERÍA DE MEJOR DERECHO: PREFERENCIA DE CRÉDITOS: ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO: nada prejuzgan sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos ni alteran la naturaleza de las obligaciones, no constituyendo título traslativo ni produciendo efectos contra terceros cuyo derecho sea anterior a la anotación aunque no hayan sido registrados; PÓLIZAS DE PRÉSTAMOS Y DE CRÉDITO: intervenidas o expedidas por corredor de comercio: equiparación a los créditos que constan en escritura pública; CRÉDITOS PREVENTIVAMENTE ANOTADOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: preferencia «ex» art. 1923.4 CC: sólo juega respecto de créditos posteriores, pero no de los anteriores aun cuando por cualquier causa se haya demorado la anotación del embargo en el Registro.*

*Disposiciones estudiadas: CC, arts. 1923.4 y 1924.3.*

**ANTECEDENTES DE HECHO**

La entidad mercantil «Riegos Lebrija, SA», acreedora de don Julián G. V. en virtud de una letra de cambio que no fue pagada, insta el proceso ejecutivo núm. 459/1992 sobre una finca del deudor, ordenándose mediante Auto la práctica de anotación preventiva a su favor en el Registro de la Propiedad el 18 de marzo de 1993, con Sentencia de remate de 24 marzo de 1993.

En el curso de este procedimiento ejecutivo, la compañía mercantil «Banco de Andalucía, SA», promueve demanda de tercería de mejor derecho contra la entidad mercantil ejecutante, «Riegos Lebrija, SA» y don Julián G. V., en demanda de que se declare su mejor derecho sobre la entidad demandada para la realización de su crédito con el importe obtenido de la venta en pública subasta del bien embargado al deudor, y de que establezca ese orden de preferencia para el pago sobre el importe depositado. La razón de la preferencia la basa en que su crédito, constituido en instrumento público intervenido por Corredor de Comercio colegiado es de fecha anterior (30 noviembre 1992). La entidad tercerista era, a su vez, acreedora ejecutante en otro procedimiento ejecutivo que insta para la satisfacción de su crédito, con anotación preventiva de embargo sobre el mismo inmueble y sentencia a su favor de 22 abril de 1993.

Desestimada la demanda de la entidad tercerista por el JPI, la AP la revoca y declara el mejor derecho de la entidad tercerista para la realización de su crédito sobre el importe obtenido con la venta en pública subasta de la finca embargada, ordenando de este modo la preferencia para el pago sobre el importe depositado. Interpuesto recurso de casación por la entidad «Riegos Lebrija, SA», el TS no da lugar al mismo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO.—El motivo primero del recurso —al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 14 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), en relación con el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375), por cuanto que, según denuncia, la sentencia impugnada consagra una clara discriminación del principio de igualdad al permitir que un acreedor pueda ser despojado del derecho al cobro de su crédito por otro acreedor que, con posterioridad al vencimiento del crédito de aquél y a que el embargo se trabase, e, incluso, se anotase registralmente, ha creado una nueva obligación en contra del deudor articulada en una póliza de comercio— se desestima porque la compañía «Riegos Lebrija, SA» data su crédito en la fecha del vencimiento de letras de cambio, que constituyeron el título por el que instó el juicio ejecutivo, sin embargo el mismo, a los efectos de determinación de las preferencias entre acreedores, tiene vigencia desde el día 24 de marzo de 1993, que fue cuando se dictó Sentencia en el procedimiento ejecutivo 459/1992 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Jerez de la Frontera y se mandó seguir adelante la ejecución, según la línea establecida, aparte de otras, por la STS de 30 de junio de 1994 (RJ 1994, 5995), la cual sienta que no es el crédito en sí lo que concede la preferencia, sino la circunstancia de aparecer éste reflejado en una sentencia de remate de fecha anterior a la que obtuvo el recurrente, de manera que, de una parte, la aducida discriminación no es sino la distinta posición de dos acreedores ante las reglas legalmente establecidas para la determinación de las preferencias y prelaciones en el cobro de créditos, y de otra, dicha situación ha tenido lugar a causa de que la recurrente no ha hecho efectivo un derecho que, al igual que el «Banco de Andalucía, SA», pudo asimismo utilizar, mediante la pública constitución de su crédito por la intervención de fedatario público, al efecto de que el documento resultante tuviera el carácter de escritura pública a los fines de la concreción de preferencias.

TERCERO.—El motivo segundo del recurso —al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por transgresión del artículo 1924.3 del Código Civil, en relación con el artículo 1923.5 del mismo Texto Legal, y de la doctrina jurisprudencial que cita, ya que, como acusa, la sentencia de instancia no ha valorado que el crédito de la compañía «Riegos Lebrija, SA» tiene el carácter de refaccionario y goza de la preferencia atribuida en el artículo 1923.5, que es de aplicación al caso de autos, frente al artículo 1924.3, en que se basa aquella resolución— se desestima porque el recurrente deriva su crédito de la realización de determinadas obras para don Julián G. V. en la finca sobre la que se discute la garantía, con la indicación de que, por su naturaleza, posee carácter de refaccionario, y olvida que proviene de una sentencia dictada en el procedimiento ejecutivo promovido a virtud de una deuda cambiaria documentada en cambiales libradas por «Riegos Lebrija, SA» y aceptadas por don Julián G. V., sin que a los efectos discutidos en el procedimiento de tercería objeto del pleito, tengan virtualidad las eventuales circunstancias preexistentes al nacimiento de la obligación cambiaria o las relaciones causales subyacentes al negocio cambiario, que pudieran haber nacido de la verificación de unas obras.

CUARTO.—El motivo tercero del recurso —al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración del artículo 1924.3 del Código Civil, en relación con el art. 1216 de este ordenamiento, puesto que, según manifiesta, la sentencia de la Audiencia no ha tenido en cuenta que el auto despachando ejecución en el procedimiento ejecutivo seguido a instancia del recurrente, cuya resolución posee el carácter de documento público a los efectos del art. 1924.3 del Código Civil, es de fecha de 16 de octubre de 1992, mientras que la póliza de comercio en que el «Banco de Andalucía» ampara su derecho es de 30 de noviembre de 1992— se desestima porque no cabe atribuir el carácter y los efectos de la sentencia al auto donde se ha despachado ejecución en un procedimiento ejecutivo en virtud del cual se efectúa una anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, pues, como dice el fundamento de derecho segundo de la sentencia de apelación, con seguimiento de la doctrina mantenida, entre otras, por las SSTS de 12 de junio de 1970 (RJ 1970, 2921) y 21 de febrero de 1975 (RJ 1975, 666), «la anotación nada prejuzga sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos ni altera la naturaleza de las obligaciones, no constituyendo título traslativo ni produciendo efectos contra terceros cuyo derecho sea anterior a la anotación aunque no hayan sido registrados».

El artículo 1216 dispone que son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley, pero esta disposición no supone que todos los documentos autorizados por los fedatarios públicos tengan el carácter de escrituras públicas, sino sólo aquellos a los que la ley o la doctrina jurisprudencial conceden tal significación, como reiteradamente ha declarado esta Sala con indicación a las pólizas de préstamo y de crédito, intervenidas o expedidas por Corredor de Comercio, que son equiparadas en este sentido a los créditos que consten en escritura pública (por todas, STS de 7 de abril de 1995 [RJ 1995, 2990]).

En el caso del debate, la póliza de préstamo tiene fecha de 30 de noviembre de 1992 y la Sentencia de 22 de abril de 1993, de modo que para dilucidar la cuestión, no quedaba sino la aplicación del artículo 1924.3 del Código Civil, según el cual los créditos sin privilegio especial que consten en escrituras públicas o en sentencias firmes, si hubieren sido objeto de litigio, tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias, lo que ha sido determinante para la respuesta facilitada por la sentencia recurrida en la resolución del litigio.

QUINTO.—El motivo cuarto del recurso —al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por quebrantamiento del artículo 1924.3 del Código Civil, en relación con los arts. 1923.4 y 1927 de este Cuerpo legal, a causa de que, según reprocha, la sentencia traída a casación no ha valorado que el criterio de prelación dispuesto en el art. 1924.3 lo es respecto de créditos sin privilegio especial alguno, lo que no sucede en el supuesto del debate donde existe privilegio a favor del de la parte recurrente por la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad, que se realizó el 18 de marzo de 1993, antes de que se despachara ejecución y embargo en el procedimiento del «Banco de Andalucía»— se desestima porque la recurrente incide en que resulta de aplicación la preferencia establecida en el artículo 1923.4 del Código Civil, pese a la doctrina jurisprudencial consolidada de que tal preferencia sólo juega respecto de los créditos posteriores, pero no de los anteriores aun cuando por cualquier causa se haya demorado la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad.

## COMENTARIO

I. Dentro de las medidas ejecutivas que tienden a obtener por vía judicial el cumplimiento forzoso de la obligación sobre el patrimonio del deudor, se encuentra el procedimiento de ejecución, que tiende a hacer efectiva la garantía genérica del artículo 1911 CC mediante la realización de los bienes del deudor.

Cuando varios acreedores concurren sobre el patrimonio del mismo deudor, surge el problema de determinar con qué criterio y orden ha de distribuirse el producto obtenido con la venta del bien embargado. En principio, la regla general es que todos los acreedores están en pie de igualdad, en el sentido de que los titulares de los créditos son partícipes del soporte básico de garantía, si bien impropia, que es dicho patrimonio, al que pueden agredir en caso de incumplimiento. Como señala MONTÉS PENADÉS (en LÓPEZ-MONTÉS-ROCA: *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*. Valencia, 2001, pg. 186), «ese patrimonio ha de satisfacer a todos los acreedores, pero si es insuficiente los acreedores “concurren” a la satisfacción repartiéndoselo entre ellos con arreglo a lo que se denomina dividendo, concepto que expresa realmente la reducción proporcional que sufre un crédito por razón de la insuficiencia de los bienes disponibles para el pago». Sin embargo, el principio de igualdad o «par conditio creditorum» conoce importantes excepciones, debido a la existencia de créditos de carácter privilegiado o preferente.

La tipicidad de los créditos privilegiados constituye uno de sus principales caracteres y supone, por un lado, que la fuente de su determinación es competencia exclusiva del legislador (en los arts. 1922 y ss. CC, fundamentalmente) con exclusión de la autonomía particular; por otro, que su ejercicio se ajuste a unos cauces, ambos judiciales, consistentes bien en la acción concursal universal (adjetivo éste que hace referencia no tanto a que su objeto sea el universo patrimonial del deudor, como que, desde el punto de vista de los sujetos, comprenda a la generalidad de todos sus acreedores), bien en la extraconcursal singular, en el sentido de ser una concurrencia singular entre dos acreedores. Este es el supuesto de la acción de tercería de mejor derecho.

Es sabido que el embargo produce a favor del acreedor ejecutante una fuerte expectativa de que su crédito quedará satisfecho con el importe obtenido con la realización del bien embargado, pero que es provisional, al poder quedar frustrada cuando un tercer acreedor, ajeno al proceso de ejecución entablado, se inmiscuye dentro de éste pretendiendo tener privilegio o mejor derecho para el cobro de su crédito que el ejecutante, sobre el importe obtenido con la realización del inmueble embargado.

Lo dicho se corrobora, respecto al embargo, con lo señalado por el artículo 613.1 LECiv, a cuyo tenor, *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*. Lo reafirma el párrafo segundo del citado precepto, que alude a la posible frustración de ese derecho, pues *sin estar completamente reintegrado el ejecutante del capital e intereses de su crédito y de todas las costas de la ejecución, no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por sentencia dictada en tercería de mejor derecho*. Por último, lo declara expresamente el artículo 614.1 LECiv, al regular la

finalidad de la tercería de mejor derecho: *Quien afirme que le corresponde un derecho a que su crédito sea satisfecho con preferencia al del acreedor ejecutante podrá interponer demanda de tercería de mejor derecho, a la que habrá de acompañarse un principio de prueba del crédito que se afirma preferente.*

En el presente recurso de casación, interpuesto por la entidad en su día ejecutante del procedimiento principal, y que trae causa de la demanda de tercería de mejor derecho en la que fue parte demandada, la cuestión principal se centra en si, por consecuencia de los embargos trabados sobre la finca a favor de ambas partes, tercerista y demandada, la póliza de préstamo en que funda su derecho la entidad tercerista, parte actora, intervenida por Corredor de Comercio colegiado en fecha de 30 de noviembre de 1992, goza o no de preferencia frente a la anotación de embargo de la litigante pasiva, que, derivada del juicio ejecutivo promovido en virtud de impago de letras de cambio, fue efectuada el 18 de marzo de 1993.

Pero el fallo sugiere un primer comentario respecto a la llamada que realiza el recurrente al principio de igualdad del artículo 14 CE, en un contexto jurídico como el de la acción de tercería de mejor derecho, en el que el acreedor tercerista se inserta en el proceso de ejecución principal entablado por el acreedor ejecutante, hoy recurrente en casación, pretendiendo que el crédito del que es titular aparece privilegiado por el legislador, lo que hace pensar, antes que en la igualdad, en la existencia de normas excepcionales que derogan el principio de igualdad de los acreedores.

Según denuncia la parte recurrente, la sentencia impugnada consagra una clara discriminación del principio de igualdad al permitir que un acreedor pueda ser despojado del derecho al cobro de su crédito por otro acreedor que, con posterioridad al vencimiento del crédito de aquél y a que el embargo se trabase, e, incluso, se anotase registralmente, ha creado una nueva obligación en contra del deudor articulada en una póliza de comercio.

Parece evidente que si tal argumentación se ajustara a la realidad, existiría una clara discriminación, no sólo por haberse infringido el principio de prioridad civil, «prior tempore potior iure», sino por la indebida aplicación de los criterios de prelación que el CC establece. Más concretamente, y para el caso de concurrir un crédito dotado de privilegio especial inmobiliario (del que sería titular el recurrente, a tenor de lo dispuesto en el art. 1923.4 CC, por virtud de la anotación preventiva ordenada a su favor), y un crédito general (del que es titular la entidad tercerista, por traer causa de una póliza de préstamo intervenida por Corredor de Comercio colegiado, según el art. 1924.3 CC), el conflicto, a tenor del artículo 1927 CC se debió resolver a favor del primero, con el efecto de excluir la preferencia del segundo hasta donde alcance el valor del inmueble al que la preferencia se refiere.

El principio de prioridad civil, «prior tempore potior iure», es básico en materia de derechos reales, resolviendo su posible colisión o concurrencia cuando recaen sobre una misma finca bien en el sentido de excluir a uno de ellos, cuando son incompatibles de coexistir al mismo tiempo sobre la misma finca, bien al establecer un orden o prioridad de rango, cuando son susceptibles de coexistir entre sí. En materia de derechos de crédito, aunque por regla general no rige, en cuanto según hemos dicho, todos los acreedores disponen a su favor de la garantía genérica del patrimonio del deudor, con independencia de su fecha, sí tiene en cambio aplicación destacada en el tema de la concurrencia y prelación de créditos; no tanto a la hora de clasificarlos el legislador por grupos, según recaigan sobre bienes muebles, inmuebles o, en general, sobre el patrimonio del deudor, sino más bien para establecer una prelación o prioridad entre ellos, cuando concurren dos créditos ambos privilegiados, pertenecientes al mismo grupo, para decidir cuál de ellos es preferente para el pago sobre el importe obtenido con la realización del bien embargado. A tales efectos, es determinante el principio de prioridad. Principio de prioridad civil que además es fundamental en materia de tercerías de mejor derecho, por la razón de que presupuesto para el ejercicio de la acción es que se acredite la existencia del derecho de crédito tutelado con el privilegio, su certeza, líquido, exigible y preferente, y ello tanto para el que ostenta el tercerista como respecto al del demandado. A los efectos de la preferencia, rige la fecha del título constitutivo del derecho de crédito, aunque en algunos supuestos la fecha que determina la vigencia del crédito a los efectos de su preferencia viene dada por la sentencia y/o, en otros casos, por la fecha de su acceso al Registro de la Propiedad.

Dicho lo anterior y siguiendo con el razonamiento del recurrente, la prioridad civil que resuelve el conflicto entre dos derechos de crédito privilegiados pertenecientes a dos grupos distintos, como es el presente caso, se debe resolver a su favor, no sólo porque su crédito es el primero en la vida civil, sino porque además de ser de fecha anterior, accede el primero al Registro de la Propiedad, y porque su privilegio es especial, y por ello, excluye al general del tercerista, hasta donde alcance su valor. Pero ni

los hechos son como pretende quien recurre, ni la valoración legal de los mismos es la que se ajusta a las normas contenidas en los artículos 1922 y ss. CC.

Del juego de los artículos 1922 y ss. CC resulta que el crédito del recurrente aparece tutelado con un privilegio de los llamados generales, que tienen por objeto cualquiera de los bienes que se hallan en el patrimonio del deudor; no ostenta, en cambio ningún privilegio especial sobre el bien inmueble embargado, porque su crédito no está comprendido en ninguno de los supuestos señalados por el artículo 1923 CC. Es cierto que tiene a su favor anotación preventiva de embargo, y que esta circunstancia encaja dentro del artículo 1923.4 CC. Sin embargo, tendremos ocasión de ver que la preferencia que el citado precepto otorga a aquellos créditos que han sido anotados preventivamente en el Registro de la Propiedad no es de aplicación al supuesto de hecho, al no operar frente a créditos anteriores a la fecha de la misma, como ocurre en el presente conflicto.

Ahora baste indicar que al no ostentar privilegio especial del artículo 1923.4 CC, sólo puede encajar en el artículo 1924 CC, en concreto en su párrafo tercero, que incluye dos supuestos: los créditos que consten en escritura pública y los que han sido reconocidos por sentencia. Correspondiendo la primera situación al crédito del tercerista, puesto que el préstamo a su favor se constituye mediante póliza intervenida por Corredor de Comercio colegiado, la situación del recurrente, de querer encajarla en alguno de ellos, sólo puede ser la correspondiente a un acreedor cuyo crédito consta en sentencia, habida cuenta de que existe sentencia de remate dictada a su favor en el procedimiento de ejecución que como acreedor ejecutante principal entabló para el pago de su crédito.

Si continuamos aplicando las normas sobre preferencia y prelación de créditos, la graduación para el pago, cuando el conflicto se produce entre un crédito constituido en escritura pública y otro derivado de una sentencia, a tenor de lo que ordena el artículo 1929 CC, se hace conforme al orden establecido por el propio artículo 1924 CC, esto es, primero los que consten en escritura pública y después los que resulten de la sentencia, siempre que la fecha de la escritura sea anterior, como ocurre en el presente caso.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, a los efectos de determinar si tiene preferencia el crédito del ejecutante frente al del tercerista, la fecha que fija la de aquél no es la del día en que se produjo la falta de pago, como pretende quien recurre en una visión inexacta de las normas que regulan los privilegios, sino la de la sentencia de remate dictada a su favor en el procedimiento de ejecución entablado. La letra de cambio impagada, título en que se basa la entidad demandada en la tercería para iniciar el procedimiento ejecutivo, tiene carácter extrajudicial, al igual que la escritura pública (art. 517 LECiv); pero a diferencia de ésta, en su constitución no interviene fedatario público que dé certeza de su fecha. De ahí que para la vigencia de su preferencia, a los efectos de la tercería de mejor derecho, deba «contrastarse» judicialmente, en el mismo proceso ejecutivo, mediante la sentencia de remate a su favor, a los efectos exclusivos de fijar la vigencia de su privilegio frente a otros acreedores.

Respecto al tercerista, en cambio, y por la razón inversa, la fecha de constitución de la póliza de préstamo a su favor con intervención de fedatario público es la que rige a los efectos de su preferencia frente a otros acreedores. Merece la pena destacar que la póliza de préstamo fue intervenida por Corredor de Comercio colegiado, al que niega el recurrente la condición de Notario a los efectos del artículo 1216 CC, para intentar desvirtuar la aplicación del argumento. El TS lo rechaza pues tiene declarado con reiteración que las pólizas de préstamo y de crédito, intervenidas o expedidas por Corredor de Comercio, son equiparadas a los créditos que consten en escritura pública (por todas, la STS 7 abril 1995 [RJ 1995, 2990]).

Tales reglas son las que aplica el TS, haciéndose eco de lo dispuesto en la STS de 30 junio 1994 (RJ 994, 5995), sientan para las letras de cambio impagadas que la determinación de su preferencia viene dada no por la fecha de constitución del crédito en la vida civil, ni por la fecha de su vencimiento, sino por la circunstancia de aparecer el crédito reflejado en una sentencia de remate de fecha anterior a la que obtuvo el recurrente. En lógica consecuencia, «si en el caso del debate, la póliza de préstamo tiene fecha de 30 noviembre de 1992 y la sentencia de 22 abril de 1993, para dilucidar la cuestión no queda sino la aplicación del artículo 1924.3 del Código Civil, según el cual los créditos sin privilegio especial que consten en escrituras públicas o en sentencias firmes, si hubieren sido objeto de litigio, tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias».

La conclusión es evidente: no existe la discriminación que pretende la parte recurrente porque la Audiencia lo despoje de su derecho al cobro de su crédito por otro acreedor, pues dice el TS «la aducida

discriminación no es sino la distinta posición de dos acreedores ante las reglas legalmente establecidas para la determinación de las preferencias y las prelaciónes en el cobro de créditos». Máxime cuando «dicha situación ha tenido lugar a causa de que la recurrente no ha hecho efectivo un derecho, que, al igual que el tercerista pudo asimismo utilizar, mediante la pública constitución de su crédito por la intervención de fedatario público, al efecto de que el documento resultante tuviera el carácter de escritura pública a los fines de la concreción de preferencia».

En coherencia con los criterios legales, el Tribunal Supremo, atendiendo a la intervención o no de fedatario público, reconoce al crédito documentado en escritura pública un valor «per se», a los efectos del ejercicio del privilegio que lo tutela, del que carece el crédito incorporado en una letra de cambio, a menos que esté reconocido por sentencia de remate, siempre, claro está, que la fecha de la escritura pública sea anterior a la de ésta.

Hay que hacer notar, igualmente, cómo el recurrente pretende obviar el razonamiento pretendiendo otorgar al Auto que ordena la práctica de la anotación a su favor los efectos de la sentencia de remate, para su equiparación a la de documento público judicial del artículo 1216 CC, con la finalidad de centrar el conflicto entre dicha resolución judicial y la póliza de préstamo intervenida por Corredor de Comercio, esto es, entre dos documentos públicos, cuya resolución, conforme al mismo argumento empleado del artículo 1929 CC, se haría atendiendo a sus respectivas fechas. Al ser la del Auto de 16 de octubre de 1992, y la póliza de comercio del tercerista es de 30 noviembre de 1992, vence aquél. Pero el TS tiene muy claro que «no cabe atribuir el carácter y los efectos de la sentencia al auto donde se ha despachado ejecución en un procedimiento ejecutivo en virtud del cual se efectúa una anotación preventiva en el Registro de la Propiedad».

II. Pretende también el recurrente en el segundo motivo de su recurso que el crédito del que era titular su compañía tiene el carácter de refaccionario y, como tal, goza de la preferencia atribuida en el artículo 1923.5 CC, para los privilegios especiales inmobiliarios, que es de aplicación al caso de autos, frente al artículo 1924.3 CC, en que se basa aquella resolución; carácter refaccionario, que deriva de la realización de determinadas obras realizadas en la finca del deudor, para cuyo pago se acordó la firma de la letra de cambio, después impagada. Por ello, en el conflicto frente a otro crédito tutelado con privilegio general, aquél vence a éste en el orden de pago, hasta donde alcance su importe, sobre el producto obtenido con la realización del bien inmueble embargado.

La realización de obras sobre una finca, considerada en abstracto, entra dentro del concepto de crédito refaccionario, aunque no se haya anotado en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con el artículo 1923.5 CC. La idea restrictiva del concepto de «crédito refaccionario» considera como tal solamente al nacido de un préstamo, destinado a la construcción, conservación o reparación de una cosa; aparece fundada en el espíritu de la Ley Hipotecaria que, sin definirlo, habla en el artículo 59 de la anotación que puede pedir el acreedor refaccionario por las cantidades que, de una vez o sucesivamente, «anticipare», recogiendo la postura adoptada por el Derecho Romano y las Partidas, de donde resulta la exclusión del contrato de ejecución de obra, en el que el constructor no concede préstamo alguno al propietario demandado. Para sostenerla, se argumenta igualmente que el principio de la «par condicio creditorum» obliga a interpretar los privilegios de los acreedores restrictivamente.

La ampliación del concepto, que se abre paso en la más moderna doctrina, atiende a precedentes históricos más próximos, como el artículo 1927, apartado segundo, del Proyecto de 1851, que otorgaba privilegio especial a los «gastos de construcción y reparos mayores... sobre los bienes que los causaron» y el artículo 1874 del propio texto al mencionar como titulares de esos créditos a «los arquitectos, empresarios, oficiales, obreros y los que suministran materiales al propietario para la construcción o reparación de sus edificios u otras obras...». En esta perspectiva, se razona diciendo que una interpretación sistemática del artículo 59 de la Ley Hipotecaria permite también ampliar el concepto primitivo, al contemplar el artículo 60 «la cantidad de dinero o efectos en que consistan los mismos créditos», o que los títulos para que se practique la anotación bastará que contengan «los datos suficientes para liquidar los créditos al terminar las obras contratadas», pudiendo comprenderse en la estructura y objeto del préstamo también los materiales, cual en la Sentencia de 30 de diciembre de 1896, o sustituir la palabra préstamo por la de prestación.

Ello es lógico, por otra parte, de acuerdo con una interpretación sistemática, no tanto literal, que el artículo 1923.3º y 5º no permite, que conduce a buscar coherencia entre los artículos 1922, apartado primero, y 1923, apartados tercero y quinto, refiriéndose aquél a «los créditos por construcción, reparación,

conservación, ...», con la única diferencia de que este último presupone la naturaleza inmueble de los bienes objeto de la refacción, y aquél la mueble, pero la finalidad de la norma sobre la refacción es idéntica en uno y otro caso: no sólo que el patrimonio del deudor recibe una plusvalía que refuerza la garantía de los derechos de los demás acreedores, sino también el fomento de la construcción por el quehacer de quien la lleva a cabo y aplaza la satisfacción de su derecho hasta un tiempo futuro, actividad socialmente beneficiosa, que por serlo debe ser tutelada. La STS 21 mayo 1987 (RJ 1987, 3552) incluye en el concepto el crédito del contratista constructor de un edificio por la parte del precio impagada, quien construyó para el propietario-comitente un edificio industrial.

Por otro lado, la preferencia de los créditos refaccionarios les viene otorgada aunque no figuren anotados ni inscritos en el Registro de la Propiedad, según lo dispone el artículo 1923.5º CC. Si se recuerda el contenido del precepto, resulta que son también preferentes los «créditos refaccionarios no anotados ni inscritos sobre los inmuebles a que la refacción se refiera, aunque la preferencia se reduzca entonces y sólo se produzca respecto de otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anteriores, al no constituir un gravamen real, eficaz «erga omnes», justo por no haberse verificado la inscripción registral, ni haberse procedido siquiera a su anotación, pero que lleva consigo la preferencia que, frente a otros posibles créditos existentes contra el mismo deudor, le conceden los artículos 1922 y 1923 del Código Civil.

En el presente conflicto, el motivo a los efectos de la preferencia pretendida, no prospera, aunque el Tribunal ni rechace ni admita la argumentación de quien recurre respecto a que su crédito, en cuanto derivado de tales obras pudiera merecer el concepto de refaccionario, aunque no esté inscrito. No se puede olvidar que la preferencia de la entidad recurrente, a los efectos de la presente tercería, deriva de haber entablado un procedimiento ejecutivo ante la falta de pago de las letras y sobre la base de las cambiales, sin existir un pronunciamiento judicial que declare la existencia del citado crédito refaccionario por las obras realizadas, en virtud del correspondiente proceso de cognición. Por el contrario, el hoy recurrente entabló el procedimiento de ejecución en virtud de una deuda cambiaria documentada en cambiales aceptadas por el deudor, dictándose sentencia de remate a su favor, título que es el que rige para determinar su preferencia en la presente tercería, tal como se ha razonado con anterioridad.

Con estos datos, el Tribunal Supremo se pronuncia en consecuencia afirmando que a los efectos discutidos en el procedimiento de tercería objeto del pleito, cuya finalidad se centra exclusivamente en la pretensión de que se declare su mejor derecho a cobrar sobre el producto obtenido con la realización del bien embargado, no puedan tener virtualidad alguna las circunstancias preexistentes al nacimiento de la obligación cambiaria o las relaciones causales subyacentes al negocio cambiario, que pudieran haber nacido de la verificación de unas obras.

III. Como última cuestión, pretende la parte recurrente conectar su crédito con el privilegio especial que otorga el artículo 1923.4 CC para los que están anotados preventivamente en el Registro de la Propiedad. En su opinión, al existir anotación preventiva de embargo a su favor, ordenada en el procedimiento de ejecución entablado sobre la base de las cambiales, con fecha 18 de marzo de 1993, su crédito, por esta circunstancia, aparece tutelado con un privilegio especial sobre el bien inmueble embargado, por virtud del cual excluye a cualquier otro crédito para cobrarse con preferencia hasta donde alcance el valor del inmueble afectado.

Su argumentación no es sino su propia interpretación acerca de los efectos que, en orden a la prioridad o preferencia produce la anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad del artículo 1923.4 CC; visión personal, en el sentido de la más adecuada a sus propios intereses, que el TS rechaza, «pues, de acuerdo con el fundamento de derecho segundo de la sentencia de apelación, con seguimiento de la doctrina mantenida, entre otras, por las SSTS de 12 de junio de 1970 (RJ 1970, 2921) y 21 de febrero de 1975 (RJ 1975, 666), «la anotación nada prejuzga sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos ni altera la naturaleza de las obligaciones, no constituyendo título traslativo ni produciendo efectos contra terceros cuyo derecho sea anterior a la anotación aunque no hayan sido registrados»».

El artículo 1923.4 CC contempla las típicas anotaciones de garantía, estableciendo un derecho de preferencia sobre bienes inmuebles respecto a otros créditos posteriores. La más amplia de todas las categorías de anotaciones de garantía la constituyen las de embargo. Como señala GULLÓN BALLESTEROS (*La prelación de créditos en el Código Civil*. Barcelona, 1962, pg. 91), cuando se decreta un embargo de cualquier naturaleza sobre un bien inmueble determinado, su complemento natural es la anotación preventiva del mismo en el Registro de la Propiedad para evitar que la efectividad de aquél se esfume en el

momento en que entre en juego un tercero protegido por la fe pública registral. Pero la preferencia actúa sólo en cuanto a créditos posteriores (art. 1923.4 CC).

Practicada la anotación, el acreedor cuyo crédito es objeto de la ejecución habrá gozado, sucesivamente, de la prioridad procesal que conlleva el acto del embargo, y de la prioridad registral que le supone la entrada en el Registro de la Propiedad a través del asiento de anotación preventiva. Supuesto que entre en colisión con otro crédito, habrá que jugar, además, con la prioridad material, a la que se refiere el artículo 1923.4 CC, que tutela dicho crédito con un privilegio al crédito siempre que sea respecto de otros créditos posteriores.

Es sabido que el simple ejercicio judicial de su derecho al cobro por un acreedor (privilegiado materialmente o no privilegiado), le otorga una expectativa procesal coincidente con el acto del embargo por el órgano judicial, que tiene por contenido que, concurriendo los restantes presupuestos generales para entrar en la vía de apremio o para proseguir el desarrollo de esta fase procesal, los bienes embargados deben ser destinados a satisfacer la pretensión deducida por dicho acreedor (art. 613.1 LECiv), con carácter prioritario o preferente –aunque provisional– frente a cualquier otro acreedor, aun privilegiado, en tanto no haya hecho valer su preferencia a través de la oportuna tercería de mejor derecho. Debemos hablar, entonces, con CACHÓN CADENAS (en LORCA NAVARRETE [dir.] y GUILARTE GUTIÉRREZ [coord.]: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III. Valladolid, 2000, pg. 3095), de una prioridad procesal, para distinguirla de la prioridad o preferencia material regulada por el Código Civil. A tenor de lo dispuesto en el artículo 587 LECiv, «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. Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de las normas de protección del tercero de buena fe que puedan ser aplicadas».

A su vez, para lograr la plena efectividad de su derecho y evitar la entrada en juego de las normas de protección del tercero, se procede a la anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad, logrando así la eficacia «erga omnes» del derecho de crédito del acreedor ejecutante; obtiene de este modo una prioridad registral, que coincide con la fecha del asiento de presentación de anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad, reconocida por el artículo 44 LH y que constituye ella misma, un privilegio crediticio a favor del ejecutante que la ha obtenido a su favor aunque sólo «frente a créditos posteriores», según lo establece el artículo 1923.4 CC.

Anotado preventivamente el embargo ordenado, gozará el ejecutante de la prioridad procesal derivada del embargo practicado a su favor; además, de la prioridad material-registral, que podrá oponer frente a cualquier acto dispositivo y frente a cualquier crédito posterior al suyo, tanto en la vida civil, como por supuesto, posterior desde el punto de vista del Registro. La prioridad registral de la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad viene, pues, a añadirse a la que establece el artículo 613.2º LECiv, que cobra así todo su sentido, al disponer: «Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser protegidos». La DGRN diferencia nítidamente las tres nociones, prioridad civil, procesal y registral en Res. 3 junio 1996 (RJ 1996, 4910).

En la interpretación de la expresión final «sólo en cuanto a créditos posteriores» del citado artículo 1923.4 CC, se ha entendido que la preferencia que se otorga al crédito anotado viene determinada por la fecha de su nacimiento en la vida civil, en virtud del principio de prioridad civil, aunque también se ha optado por entenderla referida a la fecha de su entrada en el Registro, aplicando ahora la llamada prioridad registral. A nuestro entender, debe prevalecer siempre la prioridad civil, pues es notoriamente injusto que la preferencia sea el premio que se otorgue al que primero llega al Registro, sobre todo en materia de tercerías de mejor derecho, basadas en un privilegio que es una facultad accesoria al derecho de crédito; de aceptarse otra cosa, se estaría otorgando a la anotación preventiva la virtud de transformar retroactivamente en real la naturaleza personal del derecho de crédito.

Desde este punto de vista, creemos que el acreedor preferente en la vida sustantiva, que sin embargo, se ve postergado por un embargo y consiguiente anotación preventiva anterior, pero ordenados para realizar un crédito de fecha civil posterior, puede alterar el orden de prelación entablando una tercería de mejor derecho, ya que es el medio concebido para lograr la preferencia de créditos que por ser anteriores en el tiempo de su constitución al que se intenta ejecutar, deben ser declarados preferentes.

Cuando el conflicto surge entre dos anotaciones de embargo sucesivas, el artículo 1927.2 ordena resolverlo según el orden de antigüedad de las respectivas anotaciones en el Registro de la Propiedad.

Ahora bien, siempre que el segundo embargo anotado corresponda a un crédito que sea también posterior en la vida civil al del embargo primeramente anotado. De lo contrario, se estaría alterando la regla de que las anotaciones preventivas obtienen prioridad desde su fecha sólo en cuanto a créditos posteriores.

Así, practicada anotación preventiva de embargo sobre determinados bienes del deudor, si con posterioridad se anota sobre los mismos un segundo embargo acordado en otro juicio ejecutivo, interponiendo el actor de este segundo procedimiento tercería de mejor derecho contra el actor y el demandado del primer juicio ejecutivo, puede recaer sentencia estimatoria firme en la que se declare el mejor derecho del tercerista frente al acreedor que promovió éste para resarcirse con el producto de los bienes embargados al deudor en el citado procedimiento. El supuesto de hecho fue el objeto de un pronunciamiento de la DGRN de fecha 3 junio 1996 (RJ 1996, 4910) en el que la Dirección General recuerda que el embargo es un acto procesal de trascendencia jurídico-real, pero cuyo objetivo no es el de constituir una garantía directa y exclusiva en favor del crédito que lo motiva, sino el aseguramiento del buen fin de la ejecución en curso mediante la afección «erga omnes» del bien trabado al procedimiento en el que se decreta, sin prejuzgar el modo de reparto del precio obtenido en la venta de aquél; el precio obtenido con la enajenación del bien embargado no se destinará necesariamente al pago preferente del crédito que determinó la incoación del procedimiento en el que se acordó la traba, pudiendo ocurrir que, con dicho importe, se paguen de modo preferente otros créditos del ejecutado, quedando el del actor insatisfecho.

Cuando la situación conflictiva surge entre dos créditos que no gozan de privilegio especial sobre bienes muebles o inmuebles, con respectivas anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad, la cuestión litigiosa no puede ser resuelta acudiendo al artículo 1923.4 del Código, sino que ha de serlo con aplicación del artículo 1924.3, que regula la preferencia entre los créditos que no gozan de un privilegio especial, es decir, acudiendo a las normas sobre concurrencia y prelación de créditos del Código Civil, no a la fecha de las respectivas anotaciones en el Registro de la Propiedad.

En este conflicto, pueden darse, a su vez, dos situaciones:

- que los créditos confrontados procedan ambos de letras de cambio, supuesto en el que no siempre la primera anotación de embargo ha de ser preferente, siendo por ello las fechas de las sentencias en que fueron reconocidos los créditos controvertidos las determinantes de la preferencia, Sentencia 6 junio 1996 (RJ 1996, 4823). Procede, pues, la tercería de mejor derecho por créditos que no constan en escritura pública y han sido objeto de litigio, determinándose la preferencia por las fechas de las sentencias en que fueron reconocidas, no por las de las respectivas anotaciones –pues éstas sólo otorgan preferencia sobre los actos dispositivos y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de su anotación–, ni tampoco por la fecha de su vencimiento –pues no es el crédito en sí lo que concede la preferencia, sino la circunstancia de aparecer éste reflejado en una sentencia de remate–.
- que uno de ellos conste en escritura pública y el otro haya sido objeto de litigio, que se resuelve atendiendo a la fecha de aquélla siempre que sea anterior a la sentencia de remate. Es la «ratio decidendi» del presente fallo. En conclusión, si uno solo de los créditos consta en escritura pública, el orden se hará conforme previene el artículo 1924 CC, esto es, primero los que consten en escritura pública y después los que resulten de la sentencia, siempre que la fecha de la escritura sea anterior, como ocurre en el presente caso.

En definitiva, se interpreta en todo caso lo dispuesto en el artículo 44 de la LH, a cuyo tenor, el acreedor que obtenga a su favor anotación, en los casos de los núms. 2º, 3º y 4º del artículo 42 del mismo texto legal, tendrá, para el cobro de su crédito, la preferencia establecida en el artículo 1923 del CC, precepto que, a su vez, establece que gozan de preferencia los créditos anotados preventivamente en el Registro de la Propiedad en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestros o ejecución de sentencias sobre los bienes anotados y sólo en cuanto a créditos posteriores. Por esta razón, la garantía de la anotación preventiva de embargo sólo otorga preferencia sobre los actos dispositivos y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación y así tiene declarado reiteradamente la Sala que «la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene la preferencia respecto de otros anteriores, ya que, como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho, función propia de la sentencia, que sería, en

su caso, el verdadero título a estos efectos, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía este carácter, ni produce otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido, en cuanto a los bienes anotados, solamente respecto de los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación» (S. 14 junio 1988 [RJ 1988, 4876], y las en ella citadas, pronunciándose en igual sentido las de 7 abril 1989 [RJ 1989, 2998] y 12 febrero 1992 [RJ 1992, 1272]).