

De la llamada Tercería registral

Recientemente ha sido rechazada la petición de sobreseimiento de apremio interesado por un titular de dominio inscrito con posterioridad a una anotación de embargo, pero inscrito mediante escritura anterior al embargo. Previamente se dió traslado al ejecutado del escrito solicitando el sobreseimiento, a lo que alegó aquél no ser aplicable el precepto (párrafo tercero del art. 38 de la Ley Hipotecaria), por referirse sólo al caso de estar inscrita la finca a nombre de persona distinta del ejecutado al pretenderse la anotación del embargo, y también la simulación del título que produjo la inscripción del dominio a nombre del extraño; recayendo la aludida resolución negativa, sin fundamentarla, en providencia. Hemos conocido otros casos idénticos con igual petición e igual resultado adverso.

De antiguo nos ha dado que pensar el aparentemente escaso rendimiento del citado precepto, en contraste con la importancia que parecía concedérsele desde que se promulgó su ley, y nos hemos decidido a publicar estas notas para contribuir, aunque sea indirectamente, en la medida de nuestras fuerzas, al progreso del tema.

Tomamos para este pequeño ejercicio la denominación que arriba figura, ya propagada y que parece identificar la finalidad del precepto con la del proceso civil del mismo nombre, y si bien no existe tal identidad a juicio de la mayoría de los autores que

han escrito sobre este punto, según luego veremos, existe para nosotros, que creemos que la consecuencia procesal del principio de legitimación proclamada ahora en el párrafo tercero del artículo 38, desplegará la mayor utilidad en tanto en cuanto se aplique al hecho productor de aquella aludida denegada pretensión.

De tres maneras, en orden al tiempo, puede llegar a encontrarse en el Registro un embargo y el título anterior de la adquisición por un tercero de la misma finca embargada, presentado con posterioridad al mandamiento de embargo para la anotación.

1.º Al pretenderse la anotación de embargo, la finca ya está registrada a nombre de quien no es el demandado. Entonces la regla primera del art. 140 del Reglamento Hipotecario impide la anotación del embargo.

2.º Al anotarse el embargo, aparecía el inmueble en el Registro como del ejecutado, pero ya se había enajenado a un tercero, quien inscribe después de la anotación su título anterior al embargo; y

3.º Después de anotado el embargo sobre la finca inscrita a nombre del deudor, éste la transmite. Desde luego se inscribe la finca a favor del adquirente (art. 71 de la Ley). Para este supuesto, la misma Ley dicta una disposición procesal, cual es que el tercer poseedor, acreditando la inscripción de su título, puede subrogarse en el lugar del deudor (último párrafo del art. 38 en relación con el art. 134).

De no ser el párrafo tercero del art. 38 la norma hipotecaria ajustada al caso 2.º, no existiría una precisa y adecuada al caso, mientras sí existen para los otros dos. Y, sin embargo, las explicaciones y comentarios de los demás restringen la aplicación del precepto en examen (párrafo tercero del art. 38) al caso enunciado bajo el número 1.º, es decir, para que se sobresea la ejecución si la finca consta inscrita con antelación al embargo, como propia de persona extraña al ejecutado. Así, MORELL y LA RICA, en sus respectivos comentarios; e igualmente, PRIETO CASTRO, que en su *Derecho Procesal*, tomo I, pág. 516, sólo dice que el art. 24, hoy 38, «garantiza al titular inscrito frente a un embargo inde-

bido, con la sola presentación de certificado de inscripción». O sea, que únicamente acoge el precepto para rayar un embargo indebido.

ROCA SASTRE, más explícito que los autores citados antes, dice que el párrafo tercero del art. 38, presupone no se ha practicado anotación preventiva del embargo (tomo I, pág. 275).

No vamos a negar que el precepto pueda servir para sobreseer un embargo indebido, o sea de finca inscrita a favor de un tercero y, por tanto, no anotado; pero conviene tener presente, al respecto, que en un juicio bien regido no debe mantenerse el embargo si se rechaza la anotación, siendo ésta constitutiva, como lo es según eminentes autores, de los cuales basta citar al Profesor GUASP, en *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, de CARNELUTTI, nota en la página 548, que se expresa así para el Derecho español: «La eficacia de esta anotación es la que nos da, por tanto, la solución del problema de la eficacia del embargo ordenado»; luego si no hay anotación, no debe tener eficacia alguna el embargo. Oportuno puede ser recordar aquí que, según la sentencia de 18 de diciembre de 1890, la anotación es el complemento del embargo y el modo de hacerlo eficaz.

Además, por otra consideración, no debe proseguir el embargo si el titular inscrito no es el ejecutado: por ser la inscripción equivalente a la posesión (art. 38 L. H.) y ser principio inconcuso en lo procesal que no pueden embargarse otros bienes que los poseídos por el ejecutado. «El embargo de una cosa requiere como requisito previo sea poseída por el deudor, y si en el Registro resulta un derecho inscrito que se opone a la enajenación de la finca (v. gr. propiedad), ha de sobreseerse el procedimiento»; así se produce GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, págs. 637 y 682.

Pero si, a pesar de lo que acabamos de decir en los dos párrafos anteriores, se mantuviera un embargo extrarregistral contra tercero inscrito anterior, el precepto que nos ocupa del art. 38 pone en sus manos un medio expeditivo para terminar con el embargo, y así se evitará la tercera de dominio, o el incidente que admite el Tribunal Supremo en caso de ejecución ilícita o indebida, con objeto de dejar sin efecto la posesión acordada para el demandante, si extendiera dicho Tribunal a los juicios ejecutivos la aludida jurisprudencia, cosa por demás dudosa, a causa

de la prohibición de incidentes en el juicio ejecutivo, mas no imposible.

Por otra parte, a juicio de ROCA SASTRE, casi será innecesario el sobreseimiento en el caso que nos ocupa, porque al titular «le queda la firme garantía registral de que la enajenación forzosa de los bienes ejecutados no podrá inscribirse, pues no habiendo sido él parte en el procedimiento, el art. 20 impedirá la inscripción», con lo cual estamos conformes; si bien insistimos en conceder eficacia al precepto para conseguir el sobreseimiento del embargo, en el supuesto improbable e incorrecto de la prosecución del apremio, sin anotación, contra tercero inscrito con anterioridad, según hemos dicho.

Vemos, pues, que los autores, en buen número, no paran mientes en el caso figurado en el número 2.º, no obstante ser este supuesto el que ofrece campo para una abundante utilización del precepto, donde su empleo dará, por de pronto, el mismo resultado que una sentencia favorable de tercera. Se ha repetido con insistencia que el art. 24 antiguo y 38 moderno suprimían para el futuro las tercerías de dominio si el tercerista era un titular registral. Pues bien: el verdadero tercerista es el propietario distinto del ejecutado, que ya era dueño al producirse el embargo (lícito, no indebido) de su finca; que tan propietario y tercerista sigue siendo con o sin anotación del embargo; y lo que hace la Ley Hipotecaria es brindar un procedimiento nuevo al tercerista que ha inscrito su dominio, para conseguir instantáneamente la liberación de lo suyo trabado por deuda de otro. Aquel precepto, sin tocar a la eficacia civil que la Ley Hipotecaria y el Código atribuían a la anotación de embargo, trajo una mejora de brevedad y seguridad procesales. Claro es que siempre que en atención a la fecha de su título, anterior al embargo, sea el titular un verdadero tercerista, es decir, si la fecha del título de tercero es anterior al embargo; por esta sola circunstancia de tiempo, la inscripción prevalece y la anotación se extingue.

Si, en contra de esta última afirmación, se adujera el propio principio de legitimación del que deriva el precepto que estudiamos, objetando que con la solución que defendemos se retrotrae la eficacia de la inscripción a la fecha del título inscrito y se concede a esta fecha una fe incontrovertible en el apremio, habría

que responder que con ello ninguna norma se quebranta, dada la preponderancia que el título goza en el régimen hipotecario español, hasta el punto de que se ha dicho por SANZ, *Instituciones*, cap. I, pág. 310, que la legitimación registral consiste en la presunción de que el título existe, es válido y está vigente; y como el título—documento público—hace fe de su fecha, la inscripción, encajando el título en el sistema registral, le refuerza en lo que por sí mismo vale, con la eficacia de que le dota la inscripción.

Para contrarrestar su radical opinión negativa citada y no dejar sin ayuda procesal derivada de la inscripción del titular tercerista referido, ROCA SASTRE (tomo III, pág. 485) propone la aplicación del medio que el art. 198 del Reglamento Hipotecario dispone para el caso de existir inscripciones posteriores a la anotación de demanda, pero con títulos anteriores a la misma; aplicación difícil de aceptar, pues en un caso, en el de anotación de demanda, ha de apreciarse la fuerza y valor al respecto de cada sentencia según la naturaleza de la acción ejercitada y demás circunstancias concurrentes, exigiéndose a veces el consentimiento de los adquirentes, posteriores a la anotación, y en otras, no, como dice la Resolución del 4 de julio de 1919, razón por la que el Reglamento ordena el procedimiento—declarativo—a seguir. Y en el otro, en el de embargo, se trata de una simple comprobación del fundamental requisito del pleito de tercería de dominio, a saber: la existencia de un documento, título de adquisición, que sea anterior a la anotación del embargo, circunstancia ésta cuya existencia se aprecia con la sola lectura de la certificación del Registro que ha de presentarse para obtener el sobreseimiento. Puede decirse que sólo se trata de una confrontación de fechas, la del embargo y la del documento público, título del tercer adquirente, pues el otro requisito de la tercería forzosamente ha de existir, porque sin identidad entre la descripción de la finca en el embargo y en el título del nuevo dueño, no se hubiera inscrito éste. El Tribunal Supremo, repetidamente, ha considerado que a la fecha del título se subordina el fallo en la tercería de dominio, muy explícitamente en la sentencia de 5 de marzo de 1928.

El ilustre autor citado lleva al tercero a un juicio declarativo, siquiera breve, y, además, le hace correr otro riesgo, porque como el tercer poseedor ha de dejar pasar el tiempo oportuno de enta-

blar la tercería civil, está expuesto a que los Tribunales—y la Dirección de los Registros acaso—no crean aplicable al embargo la regla del art. 198 del Reglamento, y ya transferida la finca, se empeore su situación. Claro es que en las vicisitudes de un asunto, en trance de ser cancelada la inscripción del tercer poseedor, la solución ideada por ROCA SASTRE podría ser el último recurso de aquél, si el Juez y la calificación registral coincidieran con la opinión del prestigioso tratadista.

No han faltado quienes se explicaran al respecto en el sentido que aquí sostenemos. Ya hace más de cuarenta años, GAYOSO, *No-ciones de Legislación Hipotecaria*, II, pág. 310, tratado del precepto en cuestión, decía: «Si se enajena la finca antes de la anotación..., el adquirente no se perjudica por ella, aunque no inscribiera, y por esto se haga la misma, puede inscribir después y se sobreseerá el apremio, o no inscribir y salir en tercería». Expone sucintamente el derecho vigente acerca del caso, como sin considerarlo susceptible de otra interpretación ni fuente de problemas, a pesar de ver tantos por doquier el autor.

Ultimamente, CHINCHILLA, en una exposición de temas de legitimación («R. C. D. I.», mayo-junio de este año), tomando la positiva opinión que defendemos como pacífica, admitida por todos o predominante y que acepta, sólo cita el sobreseimiento hipotecario del párrafo tercero del art. 38, para determinar el instante en que debe constar en autos la certificación del Registro para que el verdadero dueño, tercer adquirente, logre el levantamiento del embargo.

Además de dichas dos opiniones tan valiosas, que refuerzan la nuestra más modesta, no conocemos otras, aunque a otras aluda MAZUELOS, también en esta revista, marzo-abril, 1956. Pero de las que limitan más o menos claramente la aplicación del precepto al caso primero, si podría presentarse una copiosa cita de autores desde 1909, pues la de GAYOSO, no controvertida directamente por nadie, pero tampoco por nadie apoyada, y que antaño, a la sazón, hubimos de creer sería la corriente y general, no fué admitida por toda la doctrina, que desde los primeros expositores del precepto (MARTÍNEZ PARDO y ARAGONÉS, si no recordamos mal), terminando en los más modernos, con la excepción indicada, parece circunscriben la aplicación del precepto a la hipótesis primera de las tres

formuladas por nosotros, con la particularidad de que ninguno de los que tocaban el tema, exponía las razones de su restrictivo criterio, como si la evidencia estuviera de su lado y como si la tercera de dominio tuviera por único objeto el levantamiento de un embargo irregular; irregular por recaer fincas, cuya posesión, su inscripción equivalente, la tiene un extraño al deudor. Así se ocasionaba una contradicción entre lo que prometían, la sustitución de la tercera de dominio por un sobreseimiento instantáneo y lo que patrocinaban, excluyente de la base de la tercera.

¿Es que nuestra opinión no es la que emana del precepto según su misma letra y conforme con los correspondientes principios normativos en vigor? La dicción del texto legal es sumamente clara, imperativa, y sus términos comprensivos, sin exclusiones: «se sobreseerá todo procedimiento de apremio... en el instante en que conste en autos por certificación del Registro de la Propiedad que dichos bienes o derechos costan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo». No limita, con relación al embargo, el momento en que han de estar inscritos los bienes a favor de la aludida persona extraña; la frase es universal. La única excepción surge del propio orden jurídico, de la preferencia que tiene el embargo anotado sobre cualquier derecho adquirido con posterioridad, y por esto si la inscripción de adquisición es de adquisición posterior a la anotación, no cabe el procedimiento; he aquí la única excepción al mandato de la Ley, prevista en el último párrafo del art. 38 y encauzada por camino distinto al sobreseimiento. A través de la diáfana letra del texto legal se transparenta su espíritu, «favorecer al dueño inscrito, librándole del embargo enseguida», como dice Gayoso (obra citada, pág. 193), o, lo que es lo mismo, sin discusión.

Ningún trastorno de los cánones hipotecarios se produce con la aplicación de dicho precepto en la forma que preconizamos para el caso en examen; antes, al contrario, se observan con toda fidelidad, pues no se hace otra cosa sino—como en el art. 41—mantener al titular en la integridad hipotecaria de su inscripción al cancelar la anotación de embargo, impotente para perjudicar otros derechos que no sean los posteriores exclusivamente (art. 44 L. H. y 1.923 C. C.) y por no gozar la anotación de la energía legitimadora, que sólo ampara a las inscripciones; invirtiendo así en el admitido

debate posterior la posición de las partes interesadas, haciendo del ejecutante, que sería el demandado en la tercera civil, el demandante, con la consiguiente carga de la prueba, típico efecto de la presunción legitimadora.

Si volvemos la vista hacia el legislador, no puede creerse haya cifrado su pensamiento en el primer supuesto de los establecidos en nuestra clasificación, en un embargo indebido, por recaer sobre finca inscrita, desde antes, a nombre de un tercero, supuesto hartamente improbable y en el que el titular cuenta con defensas poderosas del sistema inmobiliario; el supuesto es anómalo e insólito; ¿o por ventura es corriente la prosecución de un apremio sobre bienes inscritos con antelación a nombre de un extraño, y, por tanto, con denegación de la anotación preventiva de embargo? ¿Iba a cotizar tan improbable hipótesis con olvido de la frecuente y natural, que da lugar a la tercera de dominio? ¿Iba el legislador a formular un nuevo procedimiento de protección a un titular ya protegido por su sola condición de tal, y mientras a abandonar al verdadero tercerista a un imprescindible pleito declarativo reivindicatorio?

El problema se halla en situación estacionaria y lo confirman las conclusiones a que llega MAZUELOS («R. C. D. I.», año 1956, página 171), pues tras negar eficacia civil—no sólo hipotecaria, como ROCA SASTRE—al embargo sin anotación contra adquirente anterior, inscrito con posterioridad a aquélla, y tras caracterizar al precepto de automático, inflexible y expeditivo, no lo acepta con tales características y busca una tramitación con audiencia e intervención de las partes, que cree encontrarla en la propuesta por ROCA SASTRE (pero a modo de incidente antes del remate), como si el precepto lo fuera de valoración de una prueba en juicio y no en sí una tramitación: «se sobreseerá en el instante», y no fuera prohibitivo de toda oposición en aquel procedimiento, puesto que el mismo párrafo del art. 38 la remite a otro juicio que promueva al efecto el ejecutante.

Falto de elucidación en la doctrina, el precepto parece desatendido en la práctica—como también se infiere de lo expuesto—, especialmente en su aplicación principal, la de suplir a la tercera de dominio frente a un embargo lícito; hasta un profesional de los procedimientos judiciales, SUREDA, en su *Derecho Procesal Hi-*

potecario, entre las acciones *ordinarias*, dimanantes de los preceptos sustanciativos de la Ley Hipotecaria, incluye a la acción de sobreseimiento frente al ejercicio de acciones precautorias, ejecutivas o de apremio contra bienes no inscritos a favor del deudor. Habría que disponer de estadísticas o contar con experiencia forense bastante para hablar sobre seguro de la suerte del precepto en la vida judicial y conocer hasta qué punto ha sido recibido por los Tribunales. Pero difícil parece negar que la literatura jurídica se muestra, en general, recelosa o refractaria y poco interesada en tal procedimiento de tercera, que el profesor GUASP, en el *Tratado de Derecho Procesal Civil*, que acaba de salir, lo pasa en silencio.

El sobreseimiento registral da lugar a cuestiones de orden procesal e hipotecario relacionadas con el estado del apremio cuando se pide aquél; no las examinamos, porque nuestro objetivo no es otro que sostener procede el sobreseimiento instantáneo como manda la Ley, supliendo a la tercera, aunque el asiento del tercer adquirente sea posterior al embargo, con tal de que su título sea anterior; posibilidad, según hemos visto, no siempre aceptada así.

ENRIQUE MOLINA Y RAVELLÓ

Notario.