

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXXII

Enero-Febrero 1956

Núms. 332-333

*Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas **

III

LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS Y LAS ANOTACIONES DE EMBARGO.

La casi unanimidad de los comentaristas convienen en que los principios sustantivos, básicos de nuestro Derecho Inmobiliario, sólo de una manera relativa son aplicables a las anotaciones preventivas de embargo, derivadas de créditos no hipotecarios. Nosotros, apartándonos de la opinión de los tratadistas, entendemos que en nuestro Derecho positivo hay base suficiente para que, en una interpretación benigna, puedan aplicarse algunos de dichos principios a la institución que nos ocupa, como vamos a ver:

A) *La anotación de embargo y el principio de prioridad.*

Entre los principios hipotecarios ocupa lugar preferente el de *prioridad*, base y sustentación de todos los demás, por cuanto determina el orden de aplicación en el tiempo de los asientos del Registro, y su desconocimiento equivale a dejar vacío, vacío y reducido a una entelequia jurídica, nuestro ordenamiento jurídico inmobilia-

* Continuación del número 330-331 de esta Revista.

rio. El principio de prioridad, que se hace patente mediante la presentación de los títulos inscritos en la oficina del Registro, es una proyección en el tiempo de los efectos de todo sistema hipotecario español, y en su función prelativa (la garantía de las anotaciones de embargo siempre juega prelativamente) sirve para determinar el orden de preferencia de los diferentes asientos concurrentes sobre una finca, ya de una manera *definitiva*, a través de los efectos inmunitizadores de la fe pública registral, respecto a los asientos y derechos protegidos por ella, ya de una manera *provisional*, respecto a los asientos o derechos protegidos exclusivamente por la presunción *juris tantum* de la legitimación registral. A nuestro entender, salvo disposición expresa y terminante de la Ley en contrario, todos los asientos hipotecarios están, en principio, protegidos por la prioridad registral, en su manifestación fuerte o débil, y aquellos casos que se presentan como excepciones al principio, son más bien supuestos de no aplicación de la *fides publica*, ya que, como dice el maestro ROCA SASTRE (Ob. cit. T. I, pág. 667), los principios hipotecarios se complementan mutuamente, intercambiando entre sí sustancia jurídica, dentro del círculo de sus respectivas competencias.

Los autores que niegan la aplicación de la prioridad hipotecaria a los asientos de anotaciones de embargo, como SANS (Ob. cit. T. II, página 50), se fundan en que el embargo no modifica la prelación civil de los créditos anotados, según lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria en su relación con el número 4 del artículo 1.923 del Código civil. Aunque esto es cierto, no lo es menos que tal prioridad *sustantiva* de los créditos sólo funciona *a posteriori*, cuando ha mediado una resolución judicial, sobre ello a instancia del tercero, y en principio, la prioridad *registral* del asiento se antepone a aquélla; *ínterin* no media dicha resolución.

Fundamos nuestras proposiciones en estas razones:

a) Que el principio de prioridad, aunque como dice la Resolución de 22 de octubre de 1952, se halla deficientemente regulado en nuestra legislación hipotecaria, faltando una formulación general del mismo, como la contenida en el Anteproyecto de reforma de la legislación hipotecaria de 1944, y ha de inducirse de preceptos aislados, declaraciones jurisprudenciales y afirmaciones doctrinales, es lo cierto que la idea del mismo late en todo nuestro ordenamiento, hipotecario, hasta el punto de haber sido recogido como símbolo del Cuerpo de Registradores de la Propiedad, por lo cual debe declarársele ex-

tensivo a todos los asientos —decimos nosotros— que se practicai en el Registro de la Propiedad, salvo disposición expresa y terminante de la Ley en sentido contrario.

b) Según las prescripciones del número segundo del artículo 1.927 del Código civil, los créditos hipotecarios, los refaccionarios anotados o inscritos y los anotados preventivamente en el Registro de la Propiedad, por *embargo*, secuestros o ejecución de Sentencia, gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad (42). Este precepto, de acuerdo con el carácter propiamente ejecutivo del procedimiento de apremio ordinario, en que no hay fase alguna declarativa ni cognitiva de los derechos concurrentes sobre la finca embargada, se limita a conceder la preferencia al asiento más antiguo, *mientras no sea definida* por los Tribunales la prelación civil de los créditos, según el criterio establecido en el número 4 del artículo 1.923 del mismo Código.

Como en los juicios singulares de apremio de nuestro ordenamiento jurídico, no hay, como en los juicios universales de ejecución; trámite sobre reconocimiento y graduación de créditos, el órgano competente se limita a liquidar los bienes embargados y satisfacer con su importe el crédito del ejecutante. Además, si las expresiones legales han de servir para algo, no puede menos de dársele al precepto comentado la significación que revela su propia letra, sin que sea obstáculo para ello el número 4 del artículo 1.923 del Código civil, dada la compatibilidad de sus doctrinas, según hemos expuesto en otro lugar de este trabajo.

Dicho artículo, como dice MANRESA (Comentarios al Código civil: Tomo XII, edición 1951, página 771), se ha atendido para determinar la preferencia entre esas tres clases de *asientos*, a la prioridad de sus respectivas fechas, conforme al fundamental principio del régimen hipotecario español.

c) Como expresa el insigne procesalista señor PRIETO CASTRO, en Derecho español, aunque no se diga expresamente, rige el principio de prioridad o prevención en los supuestos de ejecuciones singulares, cuando existen pluralidad de embargantes sobre una misma cosa, como resulta de los artículos 1.516 y 1.511 de la Ley de En-

(42) El Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de noviembre de 1928, declara que el número 2.º del artículo 1.927 del Código civil se refiere a los créditos de los números tercero y cuarto del artículo 1.923.

juiciamiento civil, ya que los acreedores posteriores sólo perciben el importe de su crédito en tanto en cuanto quede remanente después de pagado el acreedor-ejecutante.

En el régimen español, añade dicho profesor (43), a diferencia de lo que sucede en el Derecho italiano, en que en todo caso se respeta la preferencia de derecho material, «repercute sobre la ejecución el principio registral *prior tempore, potior jure*, aunque hay atisbos en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, y en la doctrina hipotecaria respecto a una preferencia por razón de la prioridad de derecho material». Y aunque el artículo 1.516 de la Ley de Enjuiciamiento civil, decimos nosotros, se refiere concretamente a la ejecución de un crédito hipotecario, regido exclusivamente por privilegios registrales, al principio debe dársele mayor expansión y aplicarse a los créditos que acudan a la ejecución, cualquiera que sea su naturaleza.

d) Además, la existencia en nuestras normas procesales de un procedimiento especial donde los terceros no intervenientes en la ejecución pueden hacer valer sus derechos y privilegios frente al ejecutante, obliga a mantener la conclusión que propugnamos, pues, preguntamos, ¿para qué sirven entonces los procedimientos de tercerías, si el Juez de oficio, *mot propio*, puede resolver dentro del procedimiento de apremio, la preferencia entre los distintos embargos de una finca? Los terceros, dice el referido profesor, señor PRIETO CASTRO (lug. cit., pág. 11), únicamente disponen entre nosotros para garantizar sus derechos de preferencia en el dominio de la finca embargada, o en el cobro de su crédito, de las tercerías de dominio o de mejor derecho. Así lo reconoce también implícitamente el Decreto resolutorio de competencia de fecha 13 de marzo de 1954, que después comentaremos.

Como en nuestro Derecho positivo las diversas ejecuciones sobre una misma finca actúan independientemente unas de las otras, y cada acreedor puede proceder al cobro de su crédito mediante la venta de la finca embargada, y si ésta tiene lugar por iniciativa de un *segundo o posterior* embargo, se aplica la prioridad registral, ya que del producto de la finca, en el trámite de liquidación de cargas,

(43) «Correcciones al derecho de ejecución forzosa de la Ley de Enjuiciamiento civil». *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, mayo de 1952, páginas 26, 30 y 32 de la separata. Y «Derecho Procesal». Tomo II, páginas 435 y 438.

hay que rebajar las cantidades correspondientes a los embargos anteriores, como resulta del artículo 1.511 de la Ley de Enjuiciamiento civil, después de modificado por la Ley Hipotecaria de 1909 (44).

e) No constituyen argumento en contra de lo que llevamos expuesto las palabras que la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria dedica a la carrera hacia el Registro, por ilógicas y paradójicas. Lo que se considera justificable y normal para el comprador, se estima vituperable y anormal para el acreedor. La referida Exposición de Motivos, refiriéndose a las inscripciones, dice: «... al que se descuida le debe perjudicar su negligencia... la Ley presume que renuncia a su derecho en perjuicio de un tercero». En cambio, con referencia a las anotaciones, dice: «... las hipotecas judiciales que en adelante según el proyecto, llevaran el nombre de anotaciones preventivas, no declaran ningún derecho, ni menos convierten en real al que antes no tenía este carácter. *no puede decirse que son un premio a la carrera*». De manera que si el segundo comprador que ha inscrito antes adquiere la finca en perjuicio del primer adquirente, el segundo acreedor que ha anotado antes no adquiere preferencia alguna frente al primer acreedor que acudió después al Registro, según la técnica de la citada Exposición de Motivos. Si preguntáramos al Tío Celedonio o al Séneca de Pemán sobre este diferente trato, seguramente darían chispeante respuesta.

f) Que, como colofón y argumento final que excluye cualquier otro comentario, basta citar el Decreto de 13 de marzo del pasado año 1954 (B. O. del 18), que al resolver a favor de la jurisdicción ordinaria la competencia promovida por un Delegado de Hacienda para que se reconozca la prelación y competencia de la recaudación de Hacienda para el cobro de débitos correspondiente a la última anualidad vencida y no satisfecha y a la anualidad corriente, sobre los bienes de determinado deudor, y se suspenda la subasta acorada respecto a los mismos en virtud de un embargo judicial de fecha anterior, sentó estas interesantísimas conclusiones: a) «Que ninguno de los preceptos invocados por el requirente contiene esa especial atri-

(44) Las tercerías de dominio constituyen procesos sobre graduación de créditos, muy análogos al concurso de acreedores, habiendo gran similitud entre las tercerías de dominio y de mejor derecho, con los procesos reivindicatorios y concursales. (F. MENÉNDEZ PIDAL: *Elementos de Derecho Procesal civil*. Madrid, 1935, pág. 817.)

bución de competencia a la Administración para qué sea élla la que decida acerca de la prelación de sus créditos, puesto que se limita a afirmar tal prelación, sin que ello signifique la competencia administrativa para atraer las ejecuciones judiciales que coexisteⁿ con la suya, sino que, por el contrario, el criterio que se tiene manteniendo cuando se da esa coexistencia es «conceder la preferencia al embargo más antiguo», como ya se ha declarado en otros casos análogos y señaladamente en los Decretos decisarios de competencia, de 6 de mayo de 1933 y 29 de enero de 1953, según los cuales la preferencia habrá de ser más bien definida por los Tribunales, puesto que de otro modo vendría a resolver la Administración sobre cuestiones de índole especialmente civil; precisándose en esos Decretos que si la Delegación de Hacienda se cree asistida de un derecho preferente, puede hacerlo *valer ante los Tribunales*, pero sin que ésta, en nombre de la Administración, tenga atribuciones para hacer por sí dicha declaración en perjuicio de otros acreedores». b) «Que falta, por consiguiente, una disposición expresa por la que corresponde entender al requirente (la Delegación de Hacienda) en el negocio cuyo conocimiento reclama, necesaria conforme al artículo nueve de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948, y que el hecho de mantener la competencia judicial no significa menoscabo para los créditos fiscales, cuya satisfacción se pretende, puesto que dentro de esa competencia, podrá la Hacienda, hacer valer sus derechos y privilegios frente a los otros acreedores sobre los que tenga derechos preferentes».

Como se ve, esta interesantísima disposición, que no tiene desperdicio, resuelve de una vez las dudas y vacilaciones de la doctrina hipotecaria sobre el particular, nada menos que frente a créditos singularmente privilegiados, que tienen la categoría de hipoteca legal tácita según el artículo 194 de la Ley Hipotecaria declarando, repetimos: que una cosa es la *afirmación* de la preferencia y otra es la *declaración* de esa preferencia: que esta declaración de preferencia corresponde a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria a instancia de la Hacienda, y que mientras tanto debe mantenerse la preferencia del embargo más antiguo.

Así se deduce también del artículo 1.520 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al disponer que «sin estar reintegrado completamente el ejecutante del capital e intereses y de todas las costas de la ejecución, no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro ob-

jeto que no haya sido declarado preferente por *ejecutoria*, salvo lo prevenido en los artículos 1.516 y 1.517».

B) *Las anotaciones de embargo y la legitimación registral.*

El principio de legitimación registral, derivado de la *gewere* germana establece la investidura formal del Derecho, y aunque nacido en el campo de los derechos reales, extiende más tarde su esfera de acción a todos los actos y relaciones jurídicas que hayan sido debidamente publicadas. La publicidad, sea real (posesión) o del libro (en los sistemas registrales), provoca la apariencia formal del Derecho, con miras a la seguridad del tráfico que a la del Derecho mismo, y aunque la teoría de las apariencias, según la doctrina predominante, sólo se aplica a los supuestos concretos y excepcionales previstos por el legislador, cuando las apariencias del Derecho tienen su base en las inscripciones (*latus sensu*) necesariamente debe extenderse sus efectos no solamente al campo de los derechos reales, sino también a todas aquellas situaciones jurídicas hechas constar en el Registro para conocimiento de terceros, salvo que la ley expresa y terminantemente diga lo contrario.

La teoría de las apariencias (45) adquiere cada día más importancia en la vida moderna, la celeridad del tráfico, la «prisa», en frase de BÉRGAMO, obliga a valorar los derechos por el *lugar* que ocupan en el campo de las relaciones jurídicas, sin perjuicio de las correspondientes acciones de impugnación para colocar cada cosa en el lugar que el derecho material determina.

El principio de legitimación registral, acogido en los artículos 1.º y 32 de la Ley Hipotecaria y desenvuelto con mayor amplitud en el 38 de la misma Ley, establece una vigorosa presunción *juris tantum* de exactitud e integridad de lo que el Registro pregoná, la cual, como dice SANZ (46), actúa desde dos puntos de vista: *procesal*, mediante el desplazamiento de la carga de la prueba, a tenor de los artículos 1.250 y 1.251 del Código civil, y desde el punto de vista *sustantivo* pone al presunto en una situación jurídica privilegiada que permite hacer efectivas todas las consecuencias del derecho ma-

(45) Véase BÉRGAMO (Conferencia en el Colegio Notarial de Valencia: *Anales...*, 1945, pág. 241), y F. GÓMEZ-ACEBO en *Revista de Derecho Privado*, 1952, pág. 219.

(46) Obra citada, tomo I, pág. 306, y especialmente pág. 314.

terial inherente a la relación jurídica presumida, mientras no sea destruída la apariencia legitimadora por la prueba en contrario. La apariencia legitimadora de la presunción del Registro, agrega dicho autor, no es el Derecho mismo, ni se confunde con él, pero es tratada como tal y se le permite producir los efectos mismos de aquél.

¿Es aplicable a las anotaciones de embargo la presunción legitimadora del Registro? La mayoría de los tratadistas contestan negativamente. Así, para SANZ (Ob. cit., T. I, pág. 304) y ROCA SASTRE (Ob. cit., T. I, pág. 236 B.), la presunción legitimadora del Registro no opera respecto a las anotaciones preventivas, salvo aquellas que representan la función de una inscripción provisional del derecho real, como ocurre con las de defectos subsanables, las de legado específico de cosas inmuebles, las de créditos refaccionarios y las de derecho hereditario. Nosotros, apartándonos de la opinión de tan autorizados autores, entendemos que las anotaciones de embargo caen dentro de los límites de la presunción legitimadora del Registro, en mérito de las siguientes consideraciones:

a) Porque las palabras *inscripción* y *derechos reales* que utiliza el legislador al definir la legitimación registral en el párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, hay que entenderla en sentido figurado, como lo revela la equiparación que hace en el último párrafo de dicho precepto de las *anotaciones* (que no son inscripciones) de *créditos personales* (que no son derechos reales) a las inscripciones de hipotecas, en el caso de que los bienes anotados hayan pasado a poder de un tercer poseedor. Y tanto es así, que la mayoría de los tratadistas no han encontrado obstáculos en la dicción de dicho precepto para extender los efectos de la legitimación registral a situaciones jurídicas no reales que se han hecho constar mediante asientos distintos del de inscripción, como sucede, por ejemplo: en las anotaciones de créditos refaccionarios. Y es que todas las anotaciones son precursoras, más o menos directamente, de modificaciones jurídicas de derechos inscritos, y en Derecho Hipotecario la primacía es un grado de preferencia, cuando menos.

b) Porque si la prioridad registral, según hemos demostrado en el párrafo anterior, es aplicable a las anotaciones de embargo, también debe serlo el de presunción del Registro, complemento de aquél, como reconoce el Decreto decisorio de competencia de 13 de marzo del pasado año, que mantiene el estado de derecho proclamado por el asiento anterior, mientras no sea *definida* la preferencia

de los asientos posteriores por los Tribunales de Justicia, una vez hechos *valer* ante ellos los derechos y privilegios.

c) Porque la doctrina restrictiva de la legitimación registral va siendo revisada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Dirección de los Registros —en ocasiones— y aun por el propio Poder Ejecutivo del Estado. Así la interesantísima Sentencia de 21 de mayo de 1953 declara que la presunción del párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ampara todo el contenido del Registro, incluso los datos físicos de la finca, mientras no se pruebe lo contrario. El considerando cuarto de la Resolución de 13 de junio de 1952 aplica el artículo 38 a las anotaciones de embargo cuando la finca ha pasado a poder de un tercer poseedor. Y el Decreto decisorio de competencia, tantas veces citado, dispone terminantemente, frente a créditos singularmente privilegiados de la Hacienda Pública, que tienen la consideración de hipoteca legal, que la anotación de embargo declara un estado de derecho por el orden que ocupa mientras no sean definidos los derechos preferenciales de los asientos posteriores, por los Tribunales de Justicia, a instancia de sus respectivos titulares. Y la Resolución de 17 de diciembre de 1929 declara aplicable la publicidad registral a las anotaciones de embargo.

d) Porque, como dice el profesor PRIETO CASTRO (47), cuando el embargo opera a base de un sistema de Registro, como, según el artículo 1.409 de la Ley de Enjuiciamiento civil sucede en Derecho español, los principios hipotecarios repercuten sobre aquél, dotándole de efectos peculiares.

e) Si examinamos los párrafos finales del artículo 38, tantas veces citado, observamos que la posición jurídica del tercer poseedor de finca embargada es idéntica a la del tercer poseedor de finca hipotecada, y si éste no está amparado por el principio de legitimación registral, por no ser tercero hipotecario (Sentencia de 29 de octubre de 1953), ya que la legitimación se proyecta sobre el futuro registral y no sobre el pasado, tampoco está amparado por dicho principio frente al anotante anterior, y por consiguiente viene constreñido al cumplimiento de la obligación garantizada con la anotación en los términos que resulta del párrafo cuarto del artículo 38 en relación con el 134 y concordantes de la Ley, sin perjuicio de los derechos

(47) Opúsculo citado.

de dicho tercero para ejercitarse ante los Tribunales las acciones de que se crea asistido. (48).

f) Porque las anotaciones preventivas de embargo, en su consideración de gravámenes, que no puede negársele, derivan de la facultad dispositiva del titular registral, proclamada por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, ejercitada no directamente, sino por el Juez o autoridad que tramita el expediente, como «representante legal» suyo, porque si lo es para lo más (otorgar la escritura de venta por consecuencia de la enajenación—artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento civil), debe serlo también para lo menos —el embargo—. Porque si a todos los efectos legales —artículo 38 de la Ley Hipotecaria— se presume que los derechos reales existen y pertenecen a su titular en la forma señalada en el asiento correspondiente, esta presunción trasciende a todos los que adquieran algún derecho sobre la finca y lo hagan constar en el Registro en la forma correspondiente (49).

g) Porque siendo el Registro, según expresión de TRIAS SANCHO (REVISTA CRÍTICA. 1953, pág. 168), un medio de defensa contra lo *desconocido* y *eventual*, el principio de buena fe obliga a extender los efectos protectores del sistema, no solamente a los derechos reales perfectos, sino también a las situaciones jurídicas que, siendo más o menos interino, tienden a tomar posición jurídica sobre la finca.

En resumen, a dos reconducimos las teorías sobre las anotaciones de embargo y el principio de legitimación registral, y ambas conducen a la misma solución práctica. Así:

1.º *Tesis positiva*.—Considerar que el anotante ocupa la misma posición que el acreedor hipotecario, ya que los párrafos finales del

(48) Según ROCA (Ob. cit., tomo III, pág. 413) y PUIG BRUTAU (lug. cit.) el Registro frente al anotante no se presume exacto, principio que a nuestro entender hay que examinarlo con muchas cautelas y prevenciones.

(49) En el campo jurídico pueden darse situaciones muy curiosas, como vamos a ver. Así, las enajenaciones y gravámenes realizados *voluntariamente* por el dueño de una finca, una vez ingresados en el Registro, no son perjudicados por lo no inscrito, ni por las acciones rescisorias o resolutorias derivadas de causas que no figuran explícitamente en el Registro; las enajenaciones realizadas por el Juez de la ejecución —representante legal del deudor— una vez inscritas no son perjudicadas por lo no inscrito ni por las acciones; los gravámenes (no se nos diga que las anotaciones de embargo no lo son) impuestos por el Juez, en garantía del crédito ejecutado, una vez hechos constar en el Registro *pueden ser perjudicados* por lo no inscrito y por las acciones... ¡Y dirán que el derecho no es 'festivo'!.

artículo 38 de la Ley Hipotecaria equiparan ambas figuras jurídicas cuando la finca ha pasado a ser propiedad de un tercer poseedor, aplicando a ambas personas —acreedor y anotante— lo dispuesto en los artículos 134 y *concordando* de esta Ley, y entre éstos conviene resaltar los artículos 127, 132 y párrafo último del 134 de la Ley Hipotecaria y el artículo 143 de su Reglamento, referentes a la *continuación* del procedimiento de apremio no obstante la inscripción del tercer poseedor. Es decir, que el tercer poseedor es perjudicado por el embargo, al menos provisionalmente.

Pero, con respecto al anotante, ¿quién tiene la consideración de tercer poseedor? La Ley y la doctrina llaman tercer poseedor al adquirente a título singular de la finca *hipotecada* (este concepto se ha construido con vistas a la hipoteca) que haya verificado su adquisición antes o después de la hipoteca, haya registrado o no su título adquisitivo. ¿Sirven estas ideas para las anotaciones de embargo? Hay quien dice que no, porque el concepto del tercer poseedor *frente* a la anotación hay que construirlo con vistas a la doctrina del artículo 44 de la Ley Hipotecaria, y por tanto, sólo consideran como tal al que ha adquirido a título singular el dominio de la finca embargada con *posterioridad* a la anotación, por cuanto los adquirentes *anteriores* no son perjudicados por la anotación. Nosotros, una vez más, entendemos lo contrario, porque estando equiparado el anotante al acreedor hipotecario, tratándose de la ejecución de la finca (párrafos finales del artículo 38 de la Ley Hipotecaria), no cabe hacer distinción conforme al conocido aforismo, donde la Ley no distingue... (50).

2.^a *Tesis negativa*.—Si se considera que el anotante no está protegido por el principio de legitimación registral, pero como tampoco el inscribiente *posterior* es tercer adquirente, frente a lo anotado o inscrito con *anterioridad* —que es lo que dice la Sentencia de 29 de octubre de 1953—, no le alcanza la legitimación registral frente a ellos, y en consecuencia las relaciones jurídicas entre ambos se desenvuelven conforme a las normas del Derecho Civil (que es también lo que dijo la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria primitiva), y por consiguiente el adquirente de la finca embargada, *cualquiera* que sea la fecha de su título de adquisición, si quiere defender su dominio no tiene otra solución que utilizar los medios de defensa

(50) Si el embargo, más adelante al tratar de la cancelación de los asientos posteriores a la anotación del ejecutante, y a fines *discursivos*, haremos una distinción entre tercer poseedor y tercer adquirente.

que le concede la Ley de Enjuiciamiento civil, concretamente la tercera de dominio o el juicio declarativo correspondiente. El tercer poseedor puede pedir que se levante el embargo, pero mientras esto no suceda, como la inscripción del mismo no suspende por sí el procedimiento de apremio, éste sigue su curso con todas sus consecuencias, como dice la Resolución de 20 de mayo de 1944.

Por esto hemos dicho anteriormente que la solución es siempre la misma: la iniciativa tiene que partir siempre del propietario de la finca —tercer poseedor— contra el anotante anterior, que es, en sustancia, lo que en el campo procesal significa el principio de legitimación registral.

C) *Las anotaciones de embargo y la fe pública registral.*

En este punto, de acuerdo con la generalidad de los comentaristas, los efectos inmunizadores de la fe pública registral sólo son aplicables a las anotaciones preventivas de embargo de un modo relativo respecto a los créditos y actos dispositivos realizados por el deudor con *posterioridad* a la fecha de la anotación. Respecto a los actos y negocios jurídicos posteriores, las anotaciones de embargo producen los efectos de hipoteca, en virtud de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Hipotecaria.

Los actos y negocios jurídicos ingresados en el Registro con fecha posterior a la anotación, pero en virtud de un título de fecha anterior, sólo provisionalmente (legitimación registral) son perjudicados por el asiento que garantiza el crédito del anotante, según lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria en relación con el número 4 del artículo 1.923 del Código civil y disposiciones concordantes.

IV

EN EL PROCEDIMIENTO DE APREMIO ORDINARIO, ¿PUEDE PRESCINDIRSE DEL TRÁMITE DE LIQUIDACIÓN DE CARGAS ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 1.511 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Los procedimientos de ejecución inmobiliaria de las leyes de Enjuiciamiento civil o Hipotecaria y Estatuto de Recaudación son los siguientes, por lo que a nuestro estudio interesa:

a) En el sistema de la Ley de Enjuiciamiento civil, anterior a la reforma hipotecaria del año 1909, el precio de remate se destinaba, directa o indirectamente, a pagar las cargas y gravámenes existentes sobre la finca subastada: a), «el capital de censos y demás cargas perpetuas» se dejaban subsistentes, previa rebaja o deducción de su importe del precio de remate, en el trámite de liquidación de cargas (art. 1.511); b), las cargas y gravámenes, de otro orden, aunque fueran preferentes al crédito del ejecutante se cancelaban, previo su pago con el importe del precio de remate, en los términos establecidos en los artículos 1.516 y 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento civil (51).

De aquí que según el texto primitivo de la Ley de Enjuiciamiento civil, el precio de enajenación (52) de la finca objeto de la ejecución, se destinaba al pago de las cargas y gravámenes que afectaban al inmueble, si bien en cuanto a la purga o liberación de ellas se seguía un sistema *mixto*: los censos y demás cargas perpetuas quedaban subsistentes, deduciéndose su importe del precio de venta, y quedando responsable de ella la propia finca, e indirectamente su propietario; las demás se cancelaban con el precio del remate, recibiendo el rematante la finca libre de ellas.

b) En el sistema de la Ley de Enjuiciamiento civil, tal como quedaron los artículos 1.511 y 1.516 después de la reforma introducida por los párrafos último y segundo de los artículos 131 y 133 de las Leyes Hipotecarias de 1909 y la vigente, del precio de remate o adjudicación se rebajan las cargas y gravámenes anteriores y preferentes al crédito del ejecutante, fueren o no perpetuos, quedando su importe en poder del adquirente para aplicarlo en su día, como subrogado en ellas, al pago de las mismas. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.519 de la Ley de Enjuiciamiento civil que el considerando segundo de la Resolución de 22 de octubre de 1952 estima vigente.

Aquí se mantiene el sistema de *liquidación* de cargas como *cálculo*

(51) Como dice ROCA (Ob. cit., tomo IV, pág. 811 y ss.), el régimen de purga, liberación o extinción quedaba limitado a las que llama cargas extrínsecas, que son las que desempeñan una función de garantía como las hipotecas, anticresis, anotaciones preventivas en general y anotaciones de embargo en particular.

(52) Este procedimiento sólo se aplicaba cuando hubiere existido rematante en la subasta, pues si la finca se adjudicaba al propio ejecutante subsistían las hipotecas anteriores a la de éste, por lo establecido en el artículo 1.519 de la Ley Procesal.

lo para determinar lo que el adjudicatario o rematante debe consignar, pero no rige el sistema de liberación o purga tratándose de las anteriores o preferentes al crédito del actor. Despues volvaremos sobre esto.

c) En el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, aplicable a la realización de préstamos hipotecarios, cuya realidad y rango están determinados claramente, no existe el trámite de liquidación de cargas, y tanto las anteriores como las de igual rango al crédito ejecutado quedan subsistentes, sin extinguirse a su extinción, directa ni indirectamente, el precio de venta o adjudicación de la finca.

d) En el procedimiento administrativo de apremio del vigente Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948, la determinación del tipo para la subasta se verifica por el ejecutor mediante capitalización al 5 por 100 del líquido imponible en las fincas rústicas, y al 4 por 100 en las urbanas de la riqueza con que figuren amobladas o catastradas las fincas de que se trate, deduciéndolo del capital así obtenido las cargas y gravámenes que consten en la certificación del Registro, y el líquido resultante servirá de tipo para la subasta (art. 101).

Pero como puede suceder que las cargas y gravámenes absorban o excedan del valor fiscal de la finca, o no dejen margen para el pago del débito, se procederá, en dichos casos, por un técnico de la Hacienda o perito práctico a la tasación pericial, por si hubiese ocultación de riqueza. En caso afirmativo, esta tasación servirá de base para la subasta, y si no existiere ocultación, la subasta se verificará sin rebaja alguna por el importe del principal, dietas, costas, recargos y gastos de peritación, que servirán de tipo para la subasta (53) (54).

Como hemos expuesto anteriormente, la legalidad actual, en cuan-

(53) Véamos con un ejemplo: 1.º Sistema de la Ley de Enjuiciamiento civil primitivo. Precio de remate de la finca, 10.000 pesetas; capital de un censo, 500 pesetas; ídem de una primera hipoteca, 1.000. El comprador tiene que consignar 9.500 pesetas (10.000-500). de las cuales destina el Juzgado 1.000 pesetas, a pagar la hipoteca anterior. 2.º Sistema de la Ley de Enjuiciamiento civil, modificada por la Hipotecaria. El rematante tiene que consignar solamente 8.500 pesetas (10.000-500+1.000), reteniendo la diferencia para pagar en su día el censo y la hipoteca preferentes. 3.º Sistema de la Ley Hipotecaria. El rematante tiene que consignar íntegramente las 10.000 pesetas, con lo cual resulta que la finca le ha costado 11.500 pesetas (o sea, 10.000+500+1.000). 4.º Sistema del Estatuto de Recaudación.

to al procedimiento de apremio ordinario de la Ley de Enjuiciamiento civil, después de modificado el artículo 1.511 de dicha Ley por el párrafo último del artículo 131 de la Ley Hipotecaria de 1909 —hoy párrafo segundo del artículo 133 de la vigente—, está contenida en los principios de *subsistencia* de las cargas y gravámenes anteriores o preferente al crédito del actor, y *deducción* del importe de ellas por el Juzgado del precio de remate o adjudicación, para determinar la cantidad que los adquirentes deben consignar en metálico. Pero como las subastas de fincas se verifican generalmente en dicho procedimiento, copiando literalmente en los edictos la regla octava del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, surge la cuestión referente a la aplicación o no de esta norma de Derecho Hipotecario a los apremios regulados por la Ley Procesal, en particular en lo que atañe al último inciso de dicha regla.

Para proceder con orden, en la disposición contenida en la indicada regla, se distinguen tres puntos fundamentales, cuyo examen debe hacerse separadamente para determinar su alcance respectivo en orden al procedimiento ordinario de ejecución, que son, a saber: *subsistencia* de cargas; *subrogación* del adquirente en el importe de ellas, y *no aplicación* a su pago del precio de remate o adjudicación.

1.º En cuanto al primer punto, constituye actualmente una norma de carácter general, aplicable por dicción expresa del referido párrafo segundo del antes citado artículo 133 de la Ley Hipotecaria a todos los procedimientos que produzcan la venta de bienes inmuebles la *subsistencia* de todas las cargas y gravámenes anteriores o preferentes al crédito del ejecutante, cualquiera que sea la naturaleza real o personal de la acción ejercitada. La finalidad del sistema de *subsistencia* de cargas es garantizar los derechos de los titulares de ellas contra los posibles abusos de los deudores, que provocando enajenación forzosa de la finca gravada podían anticipar el vencimiento de la deuda garantizada, rompiendo por ese medio indirecto el vínculo contractual en punto tan importante como la fecha señalada para el pago del débito garantizado, cosa factible en el sistema antiguo de la Ley de Enjuiciamiento civil.

En esto, aunque no en su desenvolvimiento, viene a coincidir con el de la Ley Hipotecaria ya que la finca le cuesta realmente 11.500 pesetas.

(54) Según el artículo 109 del Estatuto anterior de 1928, del tipo de capitalización sólo se deducían las cargas anteriores en un año al débito que se perseguía.

Las disposiciones legales sobre *subsistencia* de cargas (con o sin liquidación) son de carácter *imperativo*, imponiéndose a la voluntad de los litigantes y aun a la propia Autoridad judicial, siendo nulas las subastas anunciatas en contravención de dicha regla, no pudiendo practicarse la cancelación de las anteriores sin consentimiento de sus titulares respectivos, o en su defecto mediante la resolución judicial dictada en el juicio declarativo o de tercería correspondiente, como resulta también del artículo 233 del Reglamento Hipotecario, salvo las excepciones que oportunamente indicaremos.

Están, pues, afectados por el principio *todos* los adquirentes de fincas en los distintos procedimientos de apremio.

2.º En lo tocante a la doctrina del penúltimo inciso de la expresa regla octava del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que se refiere, como es sabido, a la *subrogación* del adquirente de la finca hipotecada, en las responsabilidades de las hipotecas y cargas anteriores y preferentes al crédito que provoca la enajenación del inmueble, para determinar el alcance de la subrogación de los procedimientos de apremios, hemos de ocuparnos previamente de la extensión de dicha subrogación en la venta voluntaria de finca hipotecada, ya que los problemas están tan concatenados, que para resolver los unos hay que tener presente los otros.

En toda relación jurídica, según la doctrina moderna (55), hay que distinguir dos elementos, fundidos entre sí y que primitivamente actuaron con independencia: el *débito*, o sea el deber de realizar una determinada prestación por parte del deudor, y la *responsabilidad*, o sea el poder que el derecho concede al acreedor de realizar por equivalencia sobre el patrimonio del deudor el valor de la prestación que le es debida y que no ha sido espontáneamente realizada (RUGGIERO y MAROI). Y esta responsabilidad puede ser general (artículo 1.911 del Código civil) o especial, sin que el establecimiento de la segunda (prenda e hipoteca, por ejemplo), excluya, por regla general, la primera, como proclama el artículo 105 de la Ley Hipotecaria. La distinción entre el débito y la responsabilidad (real) aparece recogida en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria, que ha abordado y resuelto algunas de las cuestiones derivadas de la transmisión de fincas hipotecadas, llenando un vacío que se notaba en nuestra legislación.

(55) Véase CASTÁN: *Derecho Civil*, 7.ª edición. Tomo III, págs. 138-159.

Nuestro ordenamiento jurídico inmobiliario, a partir de la reforma hipotecaria de 1909, y de la última, que ha regulado la cuestión (que el art. 131 de la Ley de 1909 se limitó solamente a enunciaria), admite la transmisión pasiva de las obligaciones aseguradas con hipotecas, cargas o gravámenes inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad a través de la venta o enajenación de la finca afectada por ellos, y sin recurrir al fenómeno de la novación, se sustituye al deudor primitivo de la relación jurídica contemplada por el adquirente o adjudicatario del inmueble gravado. La transmisión de la finca hipotecada (o gravada) viene a constituir una forma directa o indirecta de transmitir las obligaciones (¿el débito?, ¿la responsabilidad?, ¿ambas cosas?, ¿con o sin liberación del primitivo deudor?) garantizadas con ellas, presumiéndose, en principio, realizada la subrogación por dicho hecho, aunque los efectos pueden ser distintos según medie o no convenio expreso entre el vendedor y el comprador, y según preste o no su asentimiento a dicha sustitución el acreedor hipotecario, titular de las cargas que gravan la finca transmitida. Pero bien entendido que, si otra cosa no se conviene, la responsabilidad del asumiente queda limitada al máximum de responsabilidad de la finca en cuestión.

A) *Transmisión voluntaria de finca hipotecada.*

Transmitido el dominio de una finca, el adquirente se subroga, por ministerio de la Ley, en las *responsabilidades* derivadas de las hipotecas y cargas que la afectan, ya que por definición legal (artículo 104 de la L. H. y 1.876 del Código civil) la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cuáquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad fué constituida. Y lo que se dice para las hipotecas es aplicable a las demás cargas y gravámenes que afecten a la finca.

Pero lo que discutía la doctrina, y ha sido resuelto por la última reforma hipotecaria, si bien no con absoluta claridad, es la subrogación del comprador (56) en la *deuda* garantizada con la hipoteca.

(56) Aunque la Ley se refiere solamente a la compraventa, según SANZ se aplica la misma solución a las siguientes figuras jurídicas: a), la permuta, donación onerosa y adjudicación en pago de deudas; b), transmisión a título de herencia, cuando el heredero que recibió la finca no se haya hecho cargo de la obligación garantizada, por haber correspondido ésta a

- Los artículos 118 y 230 de la Ley y Reglamento Hipotecario, dedicados al particular, regulan tres supuestos, a los que la doctrina agrega un cuarto caso, que pasamos a examinar bajo las siguientes rúbricas :

a) Compraventa con pacto de asunción de deuda.

Cuando el vendedor y el comprador, dice el párrafo primero del artículo 118 de la Ley Hipotecaria, hubieren convenido que el segundo se subrogara no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la *obligación personal* con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestaré su consentimiento expreso o tácito.

La naturaleza de este pacto, como reconoce unánimemente la doctrina, es una asunción o toma interna de deuda, que sólo produce efectos entre las partes contratantes, y para que quede vinculado el acreedor, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.205 del Código civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 16 de julio de 1908, 28 de octubre de 1910, 22 de junio de 1911 y 8 de junio de 1929, entre otras) y el texto hipotecario antes citado, es necesario que éste lo consienta expresa o tácitamente. El adquirente, en virtud de este pacto, no adquiere la cualidad de tercer poseedor.

Por consecuencia de dicho convenio, el acreedor puede utilizar, para la efectividad del crédito, además de la acción real derivada de la hipoteca : a), la personal contra el deudor de la obligación garantizada con la hipoteca, ya que la liberación de éste no surge hasta que lo consienta ; b), la personal contra el asumiente, si bien con alcance y significación distintos, según la clase de acción que se ejercente ; si es la *directa*, nos encontramos ante un consentimiento tácito de la subrogación hecha a su espalda ; si es la *indirecta* o *subrogatoria* del artículo 1.111 del Código civil, entonces la relación jurídica primitiva se conserva intacta, excepto en cuanto a su extensión objetiva, por razón de los pagos que se hubieran hecho.

b) Compraventa con descuento o retención del importe de la obligación garantizada del precio de la venta, sin pacto de asunción de deuda.

otro o a todos los herederos ; c), transmisión en virtud de legado, en el caso del artículo 867 del Código civil ; d), transmisión en virtud de donación (arts. 642 y 643 del Código civil). (*Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, págs. 351 y ss.).

Esta figura jurídica resulta deficientemente regulada en la legislación hipotecaria, porque el párrafo segundo del artículo 118 de la Ley Hipotecaria y el 230 de su Reglamento solamente recogen un aspecto del problema, referente a los derechos del vendedor-deudor, cuando paga el importe de la deuda descontada o retenida por el comprador. Así, dice el primero de dichos preceptos: «Si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere *descontado* su importe del precio de la venta, o lo hubiere *retenido* y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado.»

Para nosotros, siguiendo el parecer de SANZ (lugar últimamente citado, pág. 361), descuento y retención tienen la misma consideración jurídica, porque todo descuento implica tácitamente una retención, y toda retención implica tácitamente una operación de descuento (57), y la naturaleza jurídica de ambas operaciones, a falta de una estipulación en contrario, es la de una asunción tácita, por parte del comprador, de la obligación personal asegurada con la hipoteca. Esta es la doctrina del Tribunal Supremo en su interesantísima Sentencia de 22 de noviembre de 1943, a cuyo tenor (considerando tercero) «la circunstancia de haber *retenido* el comprador la cantidad necesaria para hacer frente a la hipoteca, demuestra que *tácitamente asumió* la obligación de satisfacer la deuda, y, consiguientemente, al pagarla actuó por cuenta propia y pagó con dinero propio, pues que en momento alguno salió de su patrimonio para entrar en el del vendedor...» (58).

(57) Para Roca, descuento y retención tienen consideración y significados jurídicos distintos. La retención equivale a una asunción de cumplimiento o a un mandato de pago con provisión de fondos, y el retentor no tiene la consideración legal de tercer poseedor. El descuento tiene consideración distinta, y el acreedor adquiere la condición jurídica de tercer poseedor.

(58) La doctrina de esta Sentencia es interesante, no solamente porque fija la posición del Supremo en cuanto a la naturaleza jurídica de la retención, sino porque desvanece la opinión de algún autor sobre la posibilidad de embargar el precio retenido por el comprador por deudas y obligaciones del vendedor distintas de la asegurada con la hipoteca. Si se considera como un mandato de pago con provisión de fondos, como éstos son del vendedor, que recae en depósito el comprador, técnicamente no hay obstáculo para su embargo para satisfacer otros créditos, lo cual es injusto, porque de prosperar esta opinión el comprador pagaría dos veces. En cambio, en caso de asunción de deuda, como el dinero retenido por el comprador es suyo, no hay posibilidad de embargarlo por deudas de otro.

En consecuencia, a nuestro parecer, las relaciones jurídicas entre comprador y vendedor son las mismas que las derivadas de la asunción expresa de deuda, como también son las mismas las relaciones entre vendedor y comprador con el acreedor hipotecario de la finca transmitida, remitiéndonos a lo expuesto en el apartado anterior sobre las acciones que puede ejercitar el acreedor y el significado de cada una de ellas (59).

Ahora bien, si la cantidad descontada no la retiene el comprador, sino un tercero, lo cual no se presume, salvo prueba en contrario, el adquirente se convierte en tercer poseedor, por no ser deudor personal de la deuda garantizada con la hipoteca.

c) Compraventa sin descuento, retención ni asunción expresa de deuda.

Cuando en la escritura de compraventa no se ha tenido en cuenta la hipoteca en la fijación del precio, entonces la cuestión se complica, y aunque desde el punto de vista del derecho material, como dice SANZ (pág. 363), debe presumirse, de acuerdo con la realidad de la vida práctica y el criterio interpretativo del artículo 1.289 del Código civil, que el comprador solamente ha pagado por la finca el pre-

(59) SANZ, que, como hemos dicho, considera las figuras examinadas, como asunción tácita de deuda, al fijar la posición del comprador (pág. 366), indica que éste se mantiene extraño a la relación personal garantizada con la hipoteca, y el acreedor solamente puede utilizar contra él, bien porque descontó o retuvo, bien porque dejó aplazado, la acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código civil, y si paga al acreedor hipotecario este pagará la consideración legal de pago hecho por un tercero, y en consecuencia el comprador queda en la situación legal de tercer poseedor de la finca hipotecada, con todos sus derechos y obligaciones. Para las jurisprudencias francesa e italiana, según BONET (*Revista de Derecho Privado*, 1944, página 48), sólo el comprador que ha descontado adquiere la condición de tercer poseedor pero cuando ha asumido la deuda garantizada, o cuando ha *retenido* el importe de ella, la situación varía. En el primer caso —asunción— habrá una asunción de deuda y, por tanto, el tercer poseedor dejará de ser tal para convertirse en deudor personal. En el segundo —retención— se producirá una especie de asunción imperfecta o tácita de deuda, pendiente únicamente de la aceptación del acreedor; pero entonces, tanto si se le considera como asunción de deuda como si se ve en la retención una especie de depósito (que será irregular), el tercer poseedor asume la obligación de satisfacer la deuda, y, por tanto, puede el acreedor dirigirse contra él, tratándolo como deudor personal. Para la citada Sentencia de 22 de noviembre de 1943, «... en el terreno práctico, el tercer poseedor, titular de la finca gravada, está frente al acreedor en situación análoga a la de un *deudor subrogado* en la posición hipotecaria del prestamista respecto al pago del crédito... como consecuencia del principio de inseparabilidad del crédito y de la hipoteca, según puede colegirse del artículo 134 de la Ley Hipotecaria, siquiera sus términos literales aluden a la subrogación procesal».

cio neto de ella, y ya habrá tenido cuidado de deducir del valor íntegro del inmueble las hipotecas y cargas que pesen sobre el mismo. Para dicho autor se produce una situación igual a la del caso de haberse descontado del precio de venta las hipotecas y cargas anteriores, correspondiendo probar lo contrario a aquel que lo alegue.

Aunque esta interpretación está de acuerdo con la presunción establecida en el artículo 100, apartado 3.º, del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, creemos que debe asignarse al comprador la condición jurídica de tercer poseedor, con los derechos y obligaciones concedidos por la legislación hipotecaria.

d) Cuando se trata de cargas intrínsecas (por ejemplo, censos), o de aquellas que siendo extrínsecas tienen un deudor fungible (por ejemplo, hipotecas de responsabilidad limitada), la transmisión voluntaria de la finca supone también la transmisión de las deudas y obligaciones de dichas clases garantizadas con ella quedando librado el antiguo o primitivo deudor.

B) *Transmisión forzosa de la finca hipotecada*

Cuando la finca se ha transmitido en el procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria para la efectividad de una segunda o posterior hipoteca, la posición jurídica del comprador o adjudicatario es la de *subrogado* en los débitos y en las responsabilidades de las cargas y gravámenes que quedan subsistiendo sobre la finca en cuestión.

La subrogación en las *responsabilidades* garantizadas deriva de los artículos 1.876 del Código civil y 104 de la Ley Hipotecaria, y en particular de las reglas octava, décima y trece del artículo 131 de esta Ley, según las cuales las cargas o gravámenes continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en las responsabilidades de los mismos.

La subrogación en las *obligaciones* garantizadas con dichas cargas y gravámenes es una consecuencia de la doctrina contenida en el artículo 118 de la Ley, siendo la posición jurídica del adquirente la de un comprador que ha *descontado* o le han descontado las expresadas cargas del valor de la finca transmitida, porque, como dice la Sentencia de 7 de febrero de 1942, confirmando la doctrina de la Resolución de 4 de diciembre de 1929, en «el procedimiento sumario son los interesados los que tasan la finca por el valor efectivo,

deduciendo o debiendo deducir del valor económico integral las cargas preferentes». De aquí que como en estos casos el precio real de la finca viene determinado por el precio en que ha sido rematada o adjudicada, más las hipotecas y cargas preferentes, que continúan subsistentes, que han sido descontadas para fijar el tipo de subasta y remate, la naturaleza jurídica es la de *asunción expresa* de deuda, ya que el rematante, para que le sea admitida la postura (regla 13 del artículo 131 de la L. H.) tiene que aceptar expresamente las obligaciones consignadas en la regla octava, entre las cuales figura la subsistencia de las cargas anteriores y preferentes —si las hubiere— al crédito del actor y la subrogación en la obligación de satisfacerlas (reglas octava y décima).

Por dichas razones, como la subasta de fincas en los procedimientos de apremio conduce a un contrato, entre cuyas estipulaciones figuran las condiciones de los edictos de subasta, el caso contemplado se asimila al regulado en el párrafo primero del artículo 118 de la Ley, con los efectos especificados en el apartado a), epígrafe A), número 2 de este capítulo.

Ahora bien, a nuestro juicio, en contra del parecer de ROCA, SANZ y otros autores (60), la subrogación del rematante o adjudicatario en las obligaciones garantizadas por las cargas y gravámenes que quedan subsistentes, no lleva aneja la liberación del deudor constituyente de dichas cargas, excepto si son de las denominadas por ROCA *intrínsecas*, o de deudor fungible, sino que continúa vinculado al cumplimiento de la obligación por él constituida, a menos que el acreedor lo consienta expresa o tácitamente: 1.º, por razón de analogía, porque si la transmisión voluntaria de fincas hipotecadas no supone la liberación del primitivo deudor, a no ser con consentimiento expreso o tácito del acreedor (párrafo 1.º, art. 118), tampoco hay razón para que se produzca tal liberación cuando la transmisión es forzosa, venciendo la voluntad rebelde del deudor ejecutado; 2.º, porque según la doctrina del artículo 1.205 del Código civil, confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 28 de octubre de 1910) y por el parecer de la mayoría de los civilistas, para que la transmisión de deuda (el hecho de tener carácter legal no cambia su naturaleza jurídica) obligue al acreedor, se requiere necesariamente que éste lo consienta expresa o tácita-

(60) Sobre la posición de la doctrina, véase ROCA. Ob. cit. Tomo IV, páginas 123 y ss.

mente ; 3.º, porque la liberación del antiguo o primitivo deudor pue-
de suponer perjuicio para el titular de dichas cargas y gravámenes,
y envolver un posible fraude para el mismo ; 4.º, porque si la cons-
titución de hipoteca no supone una excepción, por regla general,
al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 105 de
la Ley Hipotecaria), prácticamente podría quedar limitada la respon-
sabilidad del deudor a la finca hipotecada mediante la transmisión
de la misma a un comprador insolvente ; 5.º, porque siendo nece-
sario para la validez de los procedimientos de apremio (art. 126 y
regla tercera del 131 de la Ley) el requerimiento de pago al *deudor*
y al *tercer poseedor* (art. 143 del R. H.), no tendría razón el reque-
rimiento al primero si el segundo le hubiera sustituido en el pago
de las obligaciones garantizadas con las cargas que quedan subsis-
tentes.

C) *¿Son aplicables estas normas al procedimiento de apremio de la Ley de Enjuiciamiento civil?*

Dichas reglas, por consecuencia de lo dispuesto en el párrafo se-
gundo del artículo 133 de la Ley Hipotecaria, son aplicables a todos
los procedimientos que produzcan la venta de bienes inmuebles y en
especial al ejecutivo ordinario y al administrativo de apremio, por-
que en ambos, en aquél *a posteriori* y en éste *a priori*, se practica
la liquidación de cargas para obtener el precio *neto* de venta me-
diante descuento y retención por el adquirente del importe de las
que quedan subsistentes.

Son aplicables a estos procedimientos las consideraciones ante-
riormente expuestas para el judicial sumario de la Ley Hipotecaria.

3.º En cuanto a si la locución final de la regla octava del artícu-
lo 131 de la Ley Hipotecaria, consistente en que el precio del remate
no se destinará a la extinción de las cargas anteriores o preferentes
al crédito del actor es o no aplicable al procedimiento de apremio de
la Ley de Enjuiciamiento civil, el criterio de la doctrina es distin-
to según la época en que nos situemos.

Antes de la reforma hipotecaria de 1909, el problema no se plan-
teaba : el precio del remate se destinaba directa e indirectamente a
la extinción de las cargas preferentes en el trámite de liquidación
de cargas establecido en el artículo 1.511 de la Ley Procesal. Des-

pués de la inovación introducida en el procedimiento de apremio ordinario por la reforma hipotecaria de 1909 (párrafo final del artículo 131) y antes de la Sentencia del Tribunal Supremo, fecha 7 de febrero de 1942, predominaba en la doctrina científica y en la práctica forense la idea, aún no desterrada, de que la susodicha regla octava, en la parte que comentamos, era aplicable al procedimiento ordinario de ejecución, y puesto que era *obligatorio* insertar en los anuncios de subasta las prevenciones contenidas en dicho precepto, y como el rematante o adjudicatario se subrogaba en las responsabilidades de las cargas y gravámenes anteriores, se entendía que el artículo 1.511 de dicha Ley había quedado derogado y desaparecido el trámite de liquidación de cargas.

Después de dictada la Sentencia de 1942 cambia de signo la doctrina predominante, habiendo declarado el Tribunal Supremo «que si en el procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria está justificado que en los anuncios de subasta 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, tal advertencia no es aplicable al procedimiento ordinario», porque su finalidad se suple con el trámite de liquidación de cargas perpetuas y temporales, previsto en el artículo 1.511 de la Ley de Enjuiciamiento civil, modificado por el párrafo final del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, debido a «la marcada diferencia entre ambos procedimientos en cuanto al modo de fijar el tipo mínimo de la oferta de subasta, pues mientras en el procedimiento ordinario se fija por tasación pericial del valor económico íntegro de la finca (Resolución de 4 de diciembre de 1929), en el sumario son los propios interesados los que la tasan por su valor efectivo, deduciendo o debiendo deducir del valor integral las cargas 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 que subsistan —pagadero en su día— y señalar la cantidad de pago inmediato, evitando así duplicidad de pago, mientras que en el procedimiento sumario carece de finalidad el trámite de liquidación de cargas, según quedó bien esclarecido en la discusión parlamentaria de la reforma de 1909 y confirmó de modo indirecto la Resolución de 4 de diciembre de 1929».

ROCA (61) y BENEDICTO BLÁZQUEZ (62) son de este último parecer, si bien el primero indica la «conveniencia de que en los anuncios de subasta se exprese tal subsistencia de cargas y la subrogación en ella por el rematante —aunque no lo estime necesario la Sentencia de 7 de febrero de 1942—, así como conviene que se advierta en ellos que el precio tipo de subasta, así como el de remate, constituirá el precio *bruto*, del cual habrá de rebajarse, en la correspondiente diligencia de liquidación de cargas, el importe de los censos, hipotecas y demás gravámenes (perpetuos o temporales, intrínsecos y extrínsecos) que por ser anteriores deben subsistir a pesar de la ejecución. En todo procedimiento ejecutivo ordinario, incluso que sea por un crédito hipotecario, dicha diligencia de liquidación de tales cargas es indispensable».

A nuestro juicio, salvando los respetos que nos merecen las decisiones de nuestro más Alto Tribunal, como el criterio de los autores anteriormente citados, aunque estimamos que lo oportuno es anunciar las subastas en los términos indicados por ROCA, en cambio, apartándonos del parecer de BLÁZQUEZ, no consideramos nulas las subastas anunciadas en la forma de la regla octava del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, alegando en justificación de ello :

a) Que una Sentencia no constituye doctrina legal, según tiene declarado reiteradamente el mismo Tribunal Supremo en Sentencias de 7 de noviembre de 1885, 7 de marzo de 1933, 29 de octubre de 1934 y 28 de marzo de 1936, entre otras.

b) Que no existiendo en la Ley de Enjuiciamiento civil, a diferencia de lo que sucede en la Hipotecaria (párrf. primero del artículo 129), un precepto que prohíba alterar las condiciones legales de la subasta, la disposición del artículo 1.511 de la Ley Procesal la consideramos de carácter dispositivo, pudiendo modificarse, a voluntad de las partes, los términos y condiciones de la subasta, sin que estas alteraciones afecten a la validez del procedimiento (63).

c) Porque siendo las condiciones de la subasta otras tantas es-

(61) Obra citada, tomo IV, pág. 730 en donde puede leerse un buen resumen de las diferentes opiniones. Véase también el folio 131.

(62) En esta misma Revista, 1944, págs. 227 y ss.

(63) Como dice el profesor GUARS (en esta Revista, 1941, pág. 480), en Derecho Procesal hay normas de índole muy diversas: preceptos que son de observancia inmodificables por las partes; preceptos que, por el contrario, permite a los sujetos privados estipulaciones en contra de su contenido; es decir, que son reglas de derecho absoluto y de derecho dispositivo.

tipulaciones del futuro contrato de compraventa a que conduce la enajenación judicial de la finca embargada, cuyo contrato se encuentra sometido a las prescripciones del Código civil sobre las obligaciones y contratos en general, y a las especiales de los contratos de compraventa, el destino que ha de darse al precio del remate no puede incluirse entre los pactos prohibidos por el artículo 1.255 del Código civil, no siendo contrario a la Ley debido al carácter dispositivo que asignamos a la disposición contenida en el artículo 1.511 de la Ley Rituaria.

d) Porque si los contratos han de interpretarse conforme al tenor literal de sus cláusulas (art. 1.281 del Código civil), sin que sea lícito alterar su sentido con interpretaciones que las desvirtúe cuando son claras (Sentencia de 5 de octubre de 1905), resulta absurdo e incongruente consignar en los anuncios de subasta que «el precio del remate no se destinara a la extinción de las cargas anteriores y preferentes», y después deducir dichas cargas, cuyo proceder no puede sancionarse por ser incongruente con la oferta del contrato, pudiendo dar lugar a manejos y confabulaciones del acreedor, deudor y terceros.

e) Porque el hecho de que el tipo de subasta se fije por el valor íntegro de la finca, sin baja ni deducción alguna, porque los peritos que realizan el avalúo no se encuentran autorizados para decidir sobre la subsistencia de las cargas que afectan a la finca (Resolución de 28 de mayo de 1929), que por ser una operación eminentemente jurídica escapa a su competencia, no quiere decir que no pueda prescindirse del trámite de liquidación de cargas, porque sabiendo los licitadores con lo que *cargan* y que el precio del remate no se destina al pago de los gravámenes que quedan subsistentes, tendrán sumo cuidado en examinar los autos y los antecedentes del Registro para fijar el límite de sus proposiciones, y si no lo hacen, a nadie pueden culpar de los daños y perjuicios que pueda sobrevenirles por su negligencia. Aunque en el procedimiento sumario de ejecución de la Ley Hipotecaria el tipo de subasta viene determinado por el precio *neto* de la finca, en la práctica muchas veces no es así, sobre todo tratándose de segundas o posteriores hipotecas, en que se fija como tipo de subasta de los posteriores gravámenes cantidades muy superiores a la de las primeras o anteriores hipotecas, como si estos gravámenes no absorbieran parte del valor del inmueble (64).

(64) Como dice el maestro J. GONZÁLEZ, «nada hay menos formal en

Como la fijación del tipo de subasta y la determinación de las cargas y gravámenes que han de quedar vigentes son conceptos íntimamente enlazados, lo lógico sería, como sucede en el procedimiento administrativo de apremio y en algunas legislaciones extranjeras, que la rebaja, descuento o liquidación de cargas se practicara por el Juzgado *a priori*, antes de fijar el precio de subasta, y que en los anuncios de subasta se expresara el *valor íntegro* en que la finca había sido apreciada por los peritos, las cargas y gravámenes que *quedan subsistentes*, con expresión de su valor, y el *precio neto* o tipo que ha de servir de base para que los licitadores hagan sus ofertas.

De aquí, que a nuestro modo de ver, el procedimiento de apremio ordinario de la Ley de Enjuiciamiento civil presenta dos variantes, según la forma en que haya sido anunciada la subasta: *a*), cuando la subasta se ha anunciado insertando literalmente la regla octava del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, su locución final u otra fórmula que claramente exprese que el precio del remate no se destinará a pagar las cargas y gravámenes anteriores o preferentes al crédito del actor, el trámite de liquidación de cargas es innecesario y si se practica su finalidad no será la de rebajar del precio del remate las que subsistan, sino solamente para precisar y puntualizar las que asume el rematante, como subrogado en las responsabilidades de ellas, y *b*), en cambio, cuando dicha regla no se inserta en los anuncios de subasta, rige íntegramente el artículo 1.511 de la Ley procesal, practicándose la liquidación de cargas, rebajándose del precio del remate el importe de las que subsistan —pagadero en su día—, para señalar la cantidad de pago inmediato que, dentro del plazo legal, debe consignar el comprador o adjudicatario de la finca subastada.

la transmisión de inmuebles por medio de subasta pública que la subsistencia de cargas, gravámenes y derechos oscuros o de valor desconocido. El mejor postor compra un *caballo de gitano*, y a las dificultades de esta clase de contratación, en la que el Juez muchas veces vende sin la garantía del Estado y casi sin la del deudor rebelde, hay que añadir el cálculo de probabilidades de la vigencia y extensión de los derechos preferentes». «El sistema de subsistencia —añade—, por su misma simplicidad hace inútil los datos y valoraciones, porque el mejor postor carga con todo, y ya ha echado sus cuentas antes de tomar parte en la subasta» (pág. 143). El mismo autor nos habla de las curiosas prácticas seguidas para la determinación del precio que ha de servir de tipo en la subasta. (*Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*. Tomo II, págs. 139 y ss.).

V

CONSTITUCIÓN Y EFECTOS DE LAS ANOTACIONES DE EMBARGO

Después de las consideraciones hechas en los apartados anteriores vamos a ocuparnos brevemente de la constitución de las anotaciones de embargos, para detenernos en los efectos de las mismas.

1.^a CONSTITUCIÓN A).--*Elementos personales*

a) En cuanto al *órgano*, corresponde decretar el embargo al Juez, autoridad o funcionario que esté conociendo del correspondiente procedimiento, pero cuando los bienes embargados sean inmuebles o derechos reales inmobiliarios, el mandamiento para la anotación del embargo practicado será expedido por el Juez, Tribunal o Autoridad en cuya jurisdicción radique el Registro donde deba tomarse la anotación preventiva, al que exhortarán con tal objeto los demás Jueces y Tribunales (art. 165 del Reglamento Hipotecario). Cuando se trate de embargos practicados en los expedientes o procedimientos administrativos de apremio, dentro de la demarcación de cada zona no tendrá competencia, así para el cobro en período voluntario como para el ejecutivo, más que el Recaudador titular de ella, o, en su caso, el que interinamente la desempeñe (art. 20, núm. 3, del Estatuto de Recaudación), cuyos embargos se practicarán en la forma ordenada en los artículos 78 y 79 del Estatuto. Los Jueces militares y los de Marina pueden dirigirse directamente al Registrador. Rige el principio de territorialidad atendiendo al lugar del Registro.

b) Están legitimados *activamente* para pedir el embargo las personas autorizadas para ello según las Leyes y los Reglamentos, correspondiendo apreciar este punto a la Autoridad que tramita el expediente. No se exige capacidad especial para pedir la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, aplicándose las disposiciones contenidas en los artículos 6 de la Ley y 39 del Reglamento Hipotecario, sobre las personas que pueden pedir las inscripciones.

c) Desde el punto de vista registral, que aquí interesa, están legitimados *pasivamente*, la persona o personas a cuyos nombres

aparezcan inscritas las fincas o derechos embargados, ya que, según el artículo 140 del Reglamento Hipotecario, sólo se hará anotación preventiva de embargo sobre la finca o fincas que aparezcan inscritas a nombre de la persona contra quien se hubiere decretado el embargo.

Pero el principio del trato sucesivo, fundamental también en materia de anotaciones, presenta ciertas modalidades que pasamos a examinar :

1.º *Embargo sobre bienes gananciales.*

El nuevo Reglamento Hipotecario, en su artículo 144, cuyos precedentes se encuentran en las Resoluciones de 12 de enero de 1913, 27 de junio de 1916, 4 de noviembre de 1926, 10 de julio de 1935 y 16 de enero de 1941, contiene una disposición destinada especialmente a regular las anotaciones preventivas de embargo sobre bienes gananciales, por deudas y obligaciones a cargo de la sociedad conyugal, distinguiendo según que el embargo se haya decretado antes o después de disuelta la sociedad de gananciales. En el primer caso (durante la sociedad de gananciales) podrá anotarse el embargo, según dicho precepto, sobre los bienes inscritos a nombre de la mujer, del marido o de ambos indistintamente, que hubieren sido embargados, siempre que la adquisición hubiere sido a título oneroso durante el matrimonio y no conste la pertenencia exclusiva del dinero de uno de los cónyuges. En el segundo caso, cuando se ha disuelto la sociedad de gananciales, hay que subdistinguir: si se hubiere inscrito la partición de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiere dirigido contra los respectivos adjudicatarios; si no se hubiere inscrito la partición, podrá ser anotado el embargo, si la demanda se hubiere dirigido conjuntamente contra el cónyuge supérstite y los herederos del pre-muerto.

Pero como este precepto, al ponerse en contacto con los artículos 95, 96 y 140 del Reglamento Hipotecario, y en particular con los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, básicos en materia de trato sucesivo, sobre todo cuando la naturaleza jurídica de los bienes no está perfectamente definida en los asientos del Registro, pue-de suscitar ciertas dificultades de índole registral, vamos a examinarlos a través de las anotaciones preventivas de embargo y en relación con el carácter que tengan los bienes en el Registro de la Propiedad, distinguiendo :

a) Bienes inscritos a nombre de mujer casada, como parafernales o dotales.

Cuando la adquisición se ha verificado constante matrimonio por título de herencia, legado o donación, su naturaleza jurídica es clara y diáfana. En cambio, cuando la adquisición se ha verificado a título oneroso durante el matrimonio, para que puedan inscribirse como dotales o parafernales es necesario que se acredite que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad y libre disposición de la mujer, según dispone el número primero del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

Como estos bienes pertenecen privativamente a la mujer, solamente pueden ser enajenados y gravados por ella (artículo 1.361 y 1.387 en relación con los artículos 61 y 68 del Código civil, y artículo 96 del Reglamento Hipotecario) con licencia o poder marital, o habilitación judicial en ciertos casos, o bien por el marido u otra persona como apoderado de la misma, y como las anotaciones suponen un gravamen y una enajenación en potencia, para que pueda anotarse el embargo practicado sobre estos bienes es necesario que se haya decretado en procedimiento seguido contra la propietaria, denegándose en otro caso la anotación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 96 y 140 del Reglamento Hipotecario y 20 de la Ley, aun en aquellos casos en que los bienes dotales y parafernales están sujetos (artículos 1.362 y 1.385 del Código civil) al levantamiento de las cargas del matrimonio. En cambio, si la reclamación la ha formulado el acreedor contra la mujer, aun en el supuesto de que sus bienes no sean responsables de la deuda reclamada, puede practicarse la anotación decretada sobre ellos, sin perjuicio de las acciones o excepciones que puedan asistirle para pedir que se levante y cancele el embargo practicado.

b) Bienes adquiridos como privativos por mujer casada, pero no inscritos con este carácter por no justificarse la procedencia del precio o contraprestación.

En este caso, como dispone el número 2 del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, los bienes se inscriben a nombre de la mujer, pero haciéndose constar en el asiento que no se ha demostrado la procedencia del dinero, y si el marido asevera o no que el precio o la contraprestación es de la propiedad exclusiva de la mujer, sin que prejuzgue la inscripción la naturaleza ganancial o privativa de los bienes.

Aunque la condición jurídica de tales bienes es ambigua, ya que frente al marido y sus herederos voluntarios, si aquél aseveró que el precio o contraprestación era de la exclusiva propiedad de su esposa, los bienes se consideran como dotales o parafernales (Sentencias de 30 de junio de 1948 y 2 de febrero de 1951; según proceda, y frente a terceros (acreedores, legitimarios, y el mismo marido si no hizo aseveración alguna sobre la procedencia del dinero) los bienes se consideran como civilmente gananciales por la presunción del artículo 1.407 del Código civil, los poderes dispositivos, desde el punto de vista registral, para los actos de enajenación y gravamen, residen en la mujer con consentimiento (65) de su marido, según dispone el artículo 96 del citado Reglamento Hipotecario. De esta manera se armonizan los poderes dispositivos que según el artículo 20 de la Ley Hipotecaria corresponden a la mujer como propietaria y titular registral de dichos bienes (art. 38 de la Ley), con los que el artículo 1.415 del Código civil atribuye al marido como administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvándose así los intereses de ambos cónyuges, sin perjuicio real y efectivo para los terceros (66).

Pero si tratándose de actos y negocios jurídicos de carácter voluntario la cuestión aparece resuelta mediante la intervención de ambos cónyuges, tratándose de actos de carácter necesario o forzoso, se plantea el problema referente a si la doctrina del artículo 144 de Reglamento Hipotecario es aplicable a los bienes adqu:
dotales o parafernales e inscritos sin este carácter por no justificarse la procedencia del precio o contraprestación y, por consiguiente,

(65) ¿Cómo habrá de prestarse este consentimiento? SANZ (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 120), contestando a esta pregunta, manifiesta: «Que puesto que el Reglamento Hipotecario no distingue, no parece que haya inconveniente en que sea expreso o tácito. Habrá consentimiento tácito cuando el marido preste su licencia o autorización en términos que permitan darle el alcance de un consentimiento efectivo. Así ocurrirá si el marido comparece en el mismo acto dispositivo y presta su licencia para él, o si el marido concedió licencia a la mujer por acto separado y anterior para realizar actos dispositivos respecto de aquella finca. En estos casos, la intervención directa del marido permite que la licencia sea considerada como verdadero consentimiento, al menos como un consentimiento tácito.»

(66) VALLET DE GOYTISOLO (*Anuario de Derecho Civil*, 1949, pág. 655), sostiene que una vez disuelto el matrimonio puede disponer la viuda de tales bienes por sí sola, sin necesidad del consentimiento de los herederos de su marido, cuya opinión no compartimos.

si es anotable el embargo de ellos en procedimiento seguido exclusivamente contra *uno* de los cónyuges.

Reconocemos que la cuestión es dudosa. Si por un lado los precedentes jurisprudenciales y la consideración de que la afirmación de la mujer sobre la procedencia del dinero, como la confesión o aseveración del marido, no producen efectos contra los acreedores de la sociedad conyugal, inclina a una contestación de carácter afirmativo; el carácter particular de la regla contenida en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, que constituye una excepción al principio de trato sucesivo, fundamental en nuestra legislación hipotecaria, conduce a una solución de tipo contrario, sobre todo teniendo en cuenta que los bienes inscritos al amparo del núm. 2 del artículo 95 del citado Reglamento no se encuentran comprendidos en la excepción que examinamos, como vamos a ver.

En efecto, los requisitos exigidos para la aplicación del artículo 144 antes citado, son fundamentalmente los siguientes: a) Que la deuda u obligación determinante del procedimiento de apremio en que se haya decretado el embargo sea a cargo de la sociedad de gananciales. b) Que se hayan embargado bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, inscritos en el Registro a nombre de la mujer, del marido o de ambos indistintamente, siempre que la adquisición hubiere sido a título oneroso durante el matrimonio y *no conste* la pertenencia del dinero de uno de los cónyuges.

La calificación del primer requisito corresponde a la Autoridad que tramita el expediente de apremio, con vista de los documentos presentados y del título de ejecución, sin perjuicio de los derechos de impugnación que puedan asistir a cualquiera de los cónyuges.

El segundo requisito se divide en dos: a) Que el embargo se haya decretado «sobre bienes pertenecientes a la sociedad conyugal». De los términos de la inscripción, los bienes que nos ocupan no puede decirse que sean típicamente gananciales, sobre todo teniendo en cuenta la declaración final del número 2 del artículo 95 del Reglamento Hipotecario. La presunción legitimadora de titularidad mixta o compleja de los bienes adquiridos como propios e inscritos sin este carácter impide, según hemos dicho, catalogarlos en el aspecto registral en el grupo de los gananciales (67); como el subsodicho ar-

(67) Debido a la titularidad mixta o compleja de estos bienes, no consideramos aplicable a los mismos lo dispuesto en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

título 96 no distingue entre actos dispositivos voluntarios y forzados y como la inscripción no *prejuzga* la naturaleza ganancial o privativa de tales bienes, si se permitiera su anotación preventiva en virtud de embargo practicado en procedimiento seguido exclusivamente contra el marido, de facto *quedaría prejuzgado* el carácter ganancial de ellos, en contra de los designios del legislador. b) Que en la inscripción *no conste* la pertenencia exclusiva del dinero de uno de los cónyuges. Precisamente lo que caracteriza a estos bienes es que en la inscripción se hace constar, por exigencias del número 2 del artículo 95, que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad de la mujer. El Reglamento no exige que la inscripción acredite la propiedad exclusiva de los bienes de cualquiera de los cónyuges, sino solamente que en la inscripción *no conste haberse adquirido* con bienes privativos, y como una cosa es la constancia o manifestación de un hecho y otra es la justificación de dicho hecho, desde el punto de vista registral, que es lo que interesa, los bienes en cuestión no se encuentran comprendidos en la excepción del artículo 144 del texto reglamentario.

Quedan, pues, exceptuados del citado artículo 144, no solamente los bienes inscritos como privativos de la mujer (núm. primero del artículo 95 del Reglamento Hipotecario), sino también los adquiridos como privativos e *inscritos* sin este carácter (núm. 2 del artículo 95 del Reglamento Hipotecario), y por consiguiente los bienes de esta segunda clase solamente pueden embargarse en procedimiento seguido conjuntamente contra el marido y la mujer, titular registral de estos bienes. Y si se permitiera la anotación del embargo de estos bienes en procedimiento seguido exclusivamente contra el marido de la titular registral, sería para asegurar provisoriamente los derechos del acreedor; pero para la inscripción de la venta o adjudicación de ellos en procedimientos de apremios sería en todo caso necesario el consentimiento de la mujer.

La solución adoptada por la jurisprudencia hipotecaria (Resoluciones de 13 de enero de 1913 y 10 de julio de 1935, entre otras) ha perdido eficacia en virtud de la innovación introducida en nuestro ordenamiento registral por los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario.

c) Bienes inscritos a nombre de mujer casada, adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, con o sin licencia mari-

tal (68), sin decirse nada sobre la procedencia del dinero con que se realizó la adquisición.

En este caso, como en el anterior, existe una divergencia entre las declaraciones formales del Registro a favor de la mujer (artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria) y las del derecho material en favor del marido (arts. 1.415 y siguiente del Código civil), y aunque todos los autores están conformes en que los bienes adquiridos e inscritos en esta forma son presuntivamente gananciales (art. 1.407 del Código civil), como nada dicen sobre ellos los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario, la doctrina discute sobre la capacidad dispositiva de estos bienes.

DÁVILA GARCÍA sostiene, que como los bienes así adquiridos son típicamente gananciales por la presunción del artículo 1.407 del Código civil, y como el Reglamento Hipotecario no ha variado el régimen anterior sobre disposición de los bienes gananciales, ni puede derogar al Código civil sobre esta materia, debe aplicarse a tales bienes el régimen de los gananciales puros, y por tanto el marido por sí solo puede disponer de ellos o la mujer con poder (no licencia) del esposo. Otros autores, como CABELLO DE LA SOTA (69), VALLET de GOYTISOLO (70) y LA RICA (71), con indudable acierto opinan que el marido no podrá realizar actos dispositivos, por sí solo, ya que el principio de trato sucesivo y la titularidad registral exigen que la mujer preste su consentimiento para que la transmisión sea inscribible, añadiendo LA RICA que esto no implica una desviación de lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código civil, ya que la razón estriba en que el Código regula las facultades civiles de disposición y el Reglamento Hipotecario de potestad registral de disposición, o sea de otorgar actos dispositivos que sean inscribibles.

Pero como el Reglamento Hipotecario contiene un precepto especial, el artículo 144, destinado a las anotaciones de embargo sobre bienes inscritos a nombre del marido o de la mujer, sin constar la pertenencia exclusiva del dinero de uno de los cónyuges, en nuestro concepto para llegar a la solución del problema que suscita la dis-

(68) La falta de licencia marital no impide la inscripción, según el artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

(69) En esta misma Revista, 1947, pág. 201.

(70) En *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pág. 655.

(71) Obra cit., tomo I, pág. 81.

ponibilidad de los bienes inscritos sin aludirse para nada a la procedencia del dinero, es necesario establecer una distinción entre enajenaciones voluntarias y las de carácter necesarias o forzosas, impuestas por decisiones de las autoridades.

A) Tratándose de enajenaciones y gravámenes de carácter *voluntario*, rige la doctrina expuesta anteriormente, y por tanto, para que sean inscribibles es necesario que medie el consentimiento de ambos cónyuges, ya que como dijo la Resolución de 7 de septiembre de 1921 «la divergencia entre las declaraciones formales del Registro a favor de la mujer y los derechos sustantivos del otro cónyuge, que en los actos de enajenación se salva con la comparecencia de ambos cónyuges ante el Notario para que aquélla asuma el papel de transferente, en consecuencia con los precedentes de la inscripción realizada, y el marido preste su consentimiento en el doble concepto de jefe de la sociedad conyugal e interesado directo en la transferencia». De este modo, como dice CABELLO DE LA SOTA, no puede haber perjuicio para tercero, ni se prejuzga el carácter ganancial o parafernal de los bienes matrimoniales (72).

En su virtud, los actos de disposición realizados exclusivamente por el marido no serían inscribibles.

B) Cuando los actos dispositivos, sean de enajenación o gravamen, tienen carácter de necesarios o *forzados*, impuestos por decisiones de los Jueces, Tribunales o de las autoridades competentes, según dispone expresamente el artículo 144 del Reglamento, se produce una aplicación irregular del principio de tracto sucesivo, por exigirlo razones de justicia y tanto las embargos preventivos, como

(72) El proyecto de Reglamento Hipotecario elaborado por la Comisión redactadora era más completo que el que fué aprobado siguiendo el informe del Consejo de Estado, disponiendo la forma de disposición de los bienes inscritos a nombre de mujer casada: a), si se acreditará que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad de la mujer, se inscribirán como dotales o parafenciales, según proceda, y su disposición se regiría por las normas de los bienes dotales o parafenciales; b), si el marido aseverara que el precio o la contraprestación es de la exclusiva propiedad de la mujer y, sin embargo, no se probare la procedencia del dinero, se harán constar ambas circunstancias en la inscripción y el otorgamiento de los actos de disposición y gravamen corresponderá a la mujer, con licencia marital; c), si el marido no aseverara que el precio o contraprestación es de la propiedad exclusiva de la mujer y tampoco demostrarare la procedencia del dinero, se consignará en la inscripción ambas circunstancias, y la facultad dispositiva de estos bienes correspondería también a la mujer, pero con consentimiento del marido. (Tomado de CABELLO DE LA SOTA. Esta Revista, 1947, pág. 239.)

las ventas o enajenaciones producidas a consecuencia de los mismos; son anotables o inscribibles sobre los bienes que figuren registrados a nombre de la mujer, aunque la demanda en que el acreedor ejercite su acción se haya dirigido contra el marido, siempre que concurren los siguientes requisitos: a), que las deudas y obligaciones reclamadas, contraídas por el marido o la mujer, en su caso, sean a cargo de la sociedad de gananciales y anteriores a la disolución de la misma; b), que la finca figure inscrita a nombre de la mujer, sin aludirse para nada a la procedencia del dinero; c), que del Registro no resulten antecedentes contrarios al régimen de gananciales. (Sobre este último extremo hay que tener en cuenta las particularidades forales.)

Cuando las deudas y obligaciones determinantes del procedimiento sean a cargo de uno de los cónyuges, rige la regla general, y en consecuencia solamente podrá ser anotado el embargo sobre las fincas o derechos inscritos a nombre de la persona contra quién se ha practicado el embargo.

Si la sociedad conyugal ha sido disuelta, el párrafo segundo del antes citado precepto distingue según se haya o no inscrito la partición de bienes. En el primer caso, sólo podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiere dirigido contra los respectivos adjudicatarios. En el segundo, podrá ser anotado el embargo, si la demanda se hubiere dirigido conjuntamente contra el cónyuge *supérstite* y los herederos del premuerto.

En este último caso, aunque la anotación puede practicarse sin necesidad de que se justifique la cualidad de los herederos del cónyuge premuerto, para que pueda inscribirse la escritura de venta o el testimonio del auto de adjudicación de la finca embargada, por analogía con la que se expresa en el apartado siguiente y la doctrina de la Resolución de 3 de marzo de 1903, es necesario que se presenten en el Registro los documentos oportunos para saber si las personas contra quienes se ha seguido el procedimiento son o no herederos del cónyuge premuerto, si bien no es necesaria la previa inscripción en favor de éstos (tracto abreviado) para que pueda inscribirse el título del adquirente, si media dicha justificación.

2.º Anotaciones de embargo en procedimientos seguidos contra los herederos del titular registral, por deudas del causante o de los propios herederos.

En este caso el artículo 166, número primero del Reglamento

Hipotecario, contiene algunas particularidades referentes a la práctica de estas anotaciones, referentes a dispensar provisional o definitivamente del requisito de la previa inscripción a favor de los herederos y a no exigirse la justificación documental de la cualidad de herederos, para que puedan practicarse dichas anotaciones, como vamos a ver:

a) Cuando el procedimiento se hubiere seguido contra herederos del título registral (73) para hacer efectivas deudas y obligaciones del causante, hay que subdistinguir: a), cuando el procedimiento se sigue contra herederos *indeterminados* del deudor se expresará en la anotación la fecha del fallecimiento del mismo; b), cuando el procedimiento se hubiere seguido contra herederos ciertos y *determinados* del deudor, se consignarán, además, las circunstancias personales de aquéllos.

En el primer caso, para que pueda anotarse el embargo e inscribirse en su día la enajenación forzosa consecuencia del mismo, no es necesario ni la previa inscripción en favor de los herederos ni justificarse documentalmente quiénes son los herederos del deudor, los cuales, por ser personas inciertas e indeterminadas, serán citados por edicto. En el segundo caso, para que pueda inscribirse la enajenación forzosa no es necesario la previa inscripción en favor de los herederos (Resolución de 22 de diciembre de 1927), pero sí es necesario acompañar los correspondientes títulos sucesorios para calificar si las personas contra quienes se ha seguido el procedimiento son o no los verdaderos herederos del deudor. Esta previa justificación no es necesaria para la anotación del embargo, a fin de facilitar el aseguramiento de los derechos del acreedor debido al carácter provisional del embargo. Sin embargo, la Resolución de 1.º de diciembre de 1927, fundándose en que el artículo 20 de la Ley Hipotecaria no tolera más excepciones que las que taxativamente señala y que su doctrina es aplicable tanto a las ena-

(73) El caso contemplado en el artículo reglamentario es distinto del supuesto examinado en el número tercero del penúltimo párrafo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que es el siguiente, según ROCA (Ob. cit. T. primero, pág. 755): seguido contra un deudor un procedimiento ejecutivo que termina con una sentencia condenándole, encontrándose ésta ya en trámite de ejecución, y después de celebrada la subasta en la vía de apremio, llega el momento de otorgar la escritura de venta o de dictar el auto de adjudicación, resultando entonces que el deudor ha fallecido, y en tal caso la escritura se otorga o el auto se dicta en nombre de los herederos del ejecutante, en caso de rebeldía.

jenaciones voluntarias como a las forzosas, exigió la previa inscripción en favor de los herederos para que pudiera inscribirse el título del adquirente.

b) Cuando el procedimiento se ha seguido para hacer efectivas deudas y obligaciones del demandado, el párrafo segundo de la indicada regla primera del artículo 166 del Reglamento Hipotecario dispone que las anotaciones se practicarán sobre los inmuebles o derechos que especifique el mandamiento en la parte correspondiente al derecho hereditario del deudor, haciéndose constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos y de los certificados del Registro general de actos de última voluntad y de defunción del causante.

Así como en el caso anterior lo que se embarga son cosas específicas y determinadas del patrimonio del causante, aquí lo que se embarga y constituye el objeto de la anotación son los derechos pertenecientes al deudor en la herencia del finado, planteándose el problema de si es necesaria la previa inscripción del derecho hereditario del deudor para que pueda anotarse el embargo practicado. Dos son las posiciones de los autores:

a') *Tesis positiva.*—Los partidarios de la opinión afirmativa se fundan: a), en que no encontrándose el caso comprendido en ninguna de las excepciones o modalidades del trácto sucesivo, hay que estar a la regla general del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y, por consiguiente, para que pueda anotarse el embargo del derecho hereditario del deudor es necesaria la previa registración del mismo a favor del demandado, y b), en que siendo necesaria providencia judicial para la anotación del derecho hereditario cuando es solicitada por quien acredite un interés legítimo en el derecho que se trate de anotar, según los artículos 46 y 57 de la Ley Hipotecaria, este mandato judicial no existe si el embargo se anota directamente, sin constar previamente anotado el derecho embargado.

b') *Tesis negativa.*—Otros autores, cuya opinión compartimos, sostienen que no es necesaria la previa anotación del derecho embargado a nombre del deudor para que pueda ser anotado el embargo practicado, fundándose: a), en razones históricas, ya que bajo el régimen de la Ley Hipotecaria de 1909 así se hacía en la práctica; b), en que carecería de sentido el párrafo segundo de la regla primera del artículo 166 del Reglamento Hipotecario, porque si los derechos del deudor están ya registrados no sería necesario presentar los documentos justificativos de la cualidad de heredero (testa-

mento, defunción y última voluntad), y cuando dicho precepto lo exige claramente da a entender que no es necesaria dicha previa anotación, y c), lo que sucede es que nos encontramos ante una situación de trato sucesivo comprimido o abreviado, al solo efecto de la anotación, y en el mismo sentido se anota el embargo del acreedor y el derecho hereditario del deudor, y como esto se hace en virtud de resolución judicial, las exigencias de los artículos 46 y 57 del Reglamento Hipotecario quedan virtualmente cumplidas.

Ahora bien, este embargo, como todo lo que se refiere al derecho hereditario, queda sujeto a la resulta de la partición, pues, como dice el número 10 del artículo 206 del Reglamento Hipotecario, si la finca sobre que resulte anotado el embargo se adjudica a persona distinta del deudor, procede cancelar la anotación tomada.

B) *Elementos reales*

Siendo el embargo un derecho de realización de valor, sólo son susceptibles de anotación los embargos practicados sobre bienes y derechos *enajenables* que figuren inscritos en el Registro de la Propiedad, diciendo MORELL que son embargables los mismos bienes que son objeto de la hipoteca, debiendo, en este particular, tenerse presente las disposiciones contenidas en los artículos 106 al 108 de la Ley Hipotecaria, en cuanto puedan aplicarse teniendo en cuenta los caracteres específicos del asiento objeto de nuestro estudio.

C) *Elementos formales*

Los requisitos formales exigidos para constitución de las anotaciones de embargo se concretan en dos: título anotable y circunstancias de las anotaciones.

a) Según el párrafo primero del artículo 165 del Reglamento Hipotecario, «toda anotación preventiva que haya de hacerse por resolución judicial se verificará en virtud de la presentación de mandamiento del Juez o Tribunal, en el que se insertará literalmente el particular de la resolución judicial que se haya dictado y su fecha» (74).

(74) Sobre los requisitos de los mandamientos de embargos, derivados del procedimiento administrativo de apremio, véanse los artículos 96 y 97 del Estatuto de Recaudación.

c) Dicho mandamiento, que se presentará por duplicado, contendrá, además, las circunstancias exigidas por la Ley y el Reglamento Hipotecario. El Registrador devolverá uno de los ejemplares con la nota que proceda, y archivando el otro ejemplar, extendiendo en él una nota rubricada igual a la que hubiere puesto en el ejemplar devuelto (art. 257 de la Ley).

b) Son *circunstancias* de las anotaciones de embargo las generales de los artículos 9 de la Ley y 51 del Reglamento Hipotecario, y en especial las determinadas en los artículos 72 de la Ley y 166 del Reglamento antes citados.

2.º *Efectos de las anotaciones de embargo.*—Distinguiremos:

A) Con relación a la *mecánica* registral pueden darse las siguientes situaciones, según los artículos 20 y 38 de la Ley y 140 del Reglamento Hipotecario, principalmente:

a) Si la propiedad de la finca embargada aparece inscrita o anotada a nombre del deudor y si no hay defectos que lo impidan se hará la anotación preventiva.

b) Si la propiedad de la finca embargada apareciese inscrita a favor de una persona que no sea aquella contra quien se hubiere decretado el embargo, se denegará o suspenderá la anotación, según los casos (regla primera del art. 140 del R. H.).

c) Si la propiedad de los bienes embargados no resultare inscrita, se suspenderá la anotación del embargo y en su lugar se tomará anotación de suspensión por término de sesenta días (regla tercera del art. 140 del R. H.).

B) Con relación al *acreedor* anotante. Como las anotaciones de embargo producen los efectos de la hipoteca, el acreedor tiene derecho a promover la venta de los bienes embargados para cobrar con el importe de los mismos en la cuantía y límite que proceda. Sin embargo, no puede disponer hipotecariamente del crédito anotado.

C) Con relación al *deudor*. Según resulta del artículo 71 de la Ley Hipotecaria y se deduce del párrafo último del artículo 38 de la misma Ley, los bienes y derechos anotados podrán ser enajenados y gravados, sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación.

Se exceptúan de dicha regla las anotaciones de embargo practica-

das cuando el demandado haya sido declarado en rebeldía, que según el artículo 764 de la Ley de Enjuiciamiento civil lleva aneja la prohibición absoluta de vender o gravar los bienes embargados.

D) Con relación a *terceros*. Para la opinión que podemos llamar clásica, como el principio *prior tempore potior iure* no funciona de un modo absoluto, ni la anotación cambia la naturaleza de los créditos o derechos anotados, los derechos del anotante frente a los créditos y actos dispositivos del deudor, se determinan con arreglo a este dístico: a), los actos dispositivos y créditos *anteriores* a la anotación que sean preferentes al crédito anotado según las normas del Derecho Civil puro, continúan manteniendo su preferencia como si la anotación no se hubiera practicado, ya que, dicen, el Derecho Hipotecario nos remite al Derecho Civil, por la invocación del artículo 44 de la Ley Hipotecaria al artículo 1.923 del Código civil; b), en cambio los actos dispositivos y créditos posteriores a la anotación son perjudicados por ella, prevaleciendo el crédito anotado sobre las enajenaciones, gravámenes y demás débitos del deudor posteriores a la fecha de la propia anotación.

Para nosotros, según resulta del curso de este trabajo, las anotaciones de embargo, como las hipotecas, son gravámenes que al hacerse públicos por el Registro adquieren eficacia y preferencia contra los terceros adquirentes, terceros poseedores y los restantes acreedores del deudor que han ingresado en el Registro con posterioridad a la fecha de la anotación, si no actúan con la debida diligencia en defensa de los derechos que sean preferentes conforme las normas del derecho sustantivo, mediante el ejercicio de la correspondiente acción ante los Tribunales de Justicia. Más adelante, en el apartado VI, 2.º, volveremos a tratar de los efectos de las anotaciones.

JUAN M.º MAZUELOS
Registrador de la Propiedad

(Continuado).