

VI) *Derecho de la propiedad y derechos reales*

COMENTARIOS

«Fiducia Cum Creditore»: acreedores del fiduciario y ejercicio por el fiduciante de la tercería de dominio

Comentario a la STS de 17 septiembre 2003 (RJ 2003, 6419)

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla*

Civil

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros

TERCERÍA DE DOMINIO: improcedencia: titularidad fiduciaria del deudor ejecutado: inoponibilidad a terceros del pacto de fiducia «cum creditore» determinante de la transmisión formal de propiedad del bien embargado.

NEGOCIO FIDUCIARIO: FIDUCIA «CUM CREDITORE»: efectos: transmisión meramente formal de la propiedad, entre partes, pero real, frente a terceros.

PRESCRIPCIÓN Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD: USUCAPIÓN «CONTRA TABULAS»: inexistencia: mantenimiento de la propiedad por el fiduciante: innecesario recurso a la usucapión para justificar su dominio.

ANTECEDENTES DE HECHO

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba, fueron vistos los autos de juicio declarativo de menor cuantía sobre tercería de dominio, instados por D^a. Estíbaliz y D. José Miguel, contra D. Julián, declarado en rebeldía y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. La parte actora formuló su demanda, en la que pedía que se declarara «que el bien objeto de esta demanda no es propiedad de D. Julián, ordenando se alce el embargo trabado y dejando dicho bien a disposición de mis mandantes, con expresa imposición de costas a la parte contraria». Como explica la Sentencia comentada (FD 1^o): «La “causa petendi” de su demanda era la que los actores son propietarios del inmueble por compra de D^a. Estíbaliz y su fallecido esposo, y por sucesión hereditaria en cuanto a la parte indivisa que el hijo común, D. José Miguel, tiene en el mismo, ya que, si bien los cónyuges lo vendieron en escritura pública a D. Julián el 14 de marzo de 1984, no transmitieron su propiedad, sino que se puso a su nombre la misma con objeto de garantizar la devolución de un préstamo que les hizo, comprometiéndose a vendérselos si en el plazo de un año les devolvían la cantidad de 600.000 ptas., plazo prorrogable de mutuo acuerdo. También se estipuló que los cónyuges continuarían ocupando la vivienda, pudiendo disponer de la forma que considerasen oportuna, incluso en favor de su hijo. Todo ello constaba en documento privado de 14 de marzo de 1984. La deuda se canceló en julio de 1985, firmando D. Julián el 27 del mismo mes y año documento privado que así lo reconocía, comprometiéndose al otorgamiento de la escritura pública que lo acreditase

cuando fuese requerido para ello, quedando convenido que todos los gastos de notaría, registro e impuestos serían abonados por el Sr. Jorge (esposo y padre, respectivamente, de los actores)». A pesar de ello, quizá por desconocimiento de estos hechos, la Agencia Tributaria siguió expediente ejecutivo contra el Sr. Julián, en el cual fue embargado el bien litigioso.

Los actores también aducían, a mayor abundamiento, la prescripción, por venir poseyendo con carácter de dueños, de buena fe y justo título por un período superior a diez años.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 13 de junio de 1997, desestimando la demanda, siendo en su consecuencia procedente el mantenimiento del embargo trabado sobre el bien. Se basó en que el documento privado de 14 de marzo de 1984 no podía producir efectos contra terceros, sólo «inter partes». No acogía la prescripción adquisitiva porque no se daba el requisito del justo título, ni la extraordinaria, porque no había transcurrido el tiempo legal.

Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 1ª Instancia, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba con fecha 2 de octubre de 1997, lo desestimó. Calificó al negocio como de «fiducia cum creditore», y entendió que el pacto fiduciario no podía ser opuesto a tercero que lo desconociese.

La parte actora interpuso recurso de casación contra dicha sentencia dictada en grado de apelación; el Tribunal Supremo desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CUARTO.—«Los motivos segundo y tercero, al amparo del art. 1692.4º LECiv (1881) acusan infracción de los arts. 430, 431, 432, 1095 y 1462, todos del Código Civil (motivo segundo), y del art. 1230 del mismo (motivo tercero). En ellos se dice, en esencia, que el Sr. Julián no fue adquirente del dominio, pues no se efectuó la “traditio” en su favor; que los recurrentes siguieron siendo propietarios de la vivienda ante Hacienda y la Comunidad de Propietarios; y que la Hacienda embargante era conocedora de la discrepancia entre la situación real y la registral, puesta de manifiesto en las notificaciones dirigidas personalmente a los recurrentes con respecto al embargo y señalamiento posterior de subasta.

Para resolver sobre estos motivos hay que partir de la base de que la sentencia recurrida ha calificado la transmisión dominical al Sr. Julián como un negocio de “fiducia cum creditore”, y tal calificación no se ha impugnado en el recurso. Se trata con ella de garantizar al acreedor el cumplimiento de una obligación mediante la puesta a su nombre de la titularidad de un bien, con la obligación de retransmitir la misma una vez satisfecha dicha obligación. El negocio fiduciario, a los efectos que interesan en este recurso, no transmite más que formalmente la propiedad al acreedor, pero para los terceros de buena fe existe una transmisión real, no han de sufrir las consecuencias de unos pactos internos sobre la auténtica finalidad de aquella transmisión que desconozcan (Sentencias de 15 de junio de 1999, [RJ 1999, 4474], 17 de julio [RJ 2001, 6860] y 5 de diciembre de 2001 [RJ 2001, 9934], entre otras).

Por tanto, se ha de analizar la situación jurídica de la recurrida AGENCIA TRIBUTARIA para ver si el pacto de fiducia interno entre los transmitentes y el adquirente formal del inmueble puede serle opuesto, pues lo conocía y por él ha de pasar, no habiendo podido en consecuencia proceder al embargo del bien porque su titular real no era del deudor tributario Sr. Julián. Por lo que hace a la AGENCIA TRIBUTARIA, no hay ninguna prueba de que conociese el pacto fiduciario ni las sentencias de instancia lo dan por probado. Tampoco se ha articulado ningún motivo casacional por error de derecho en la valoración probatoria, y esta Sala no puede constituirse en un órgano de instancia para llevar a cabo una revisión de toda la prueba; su misión legal es comprobar la aplicación de las leyes y doctrina jurisprudencial exclusivamente. Por todo ello se desestiman ambos motivos».

QUINTO.—«El motivo cuarto, al amparo del art. 1692.4º LECiv (1881), acusa infracción de los arts. 1940, 1952, 1957, todos del Código Civil. Se combate que la sentencia recurrida no haya acogido la prescripción “contra tabulas” alegada por los recurrentes.

El motivo se desestima por la razón básica de que la sentencia recurrida ha calificado al negocio litigioso como “fiducia cum creditore”, que produce esa especie de desdoblamiento de titularidad; la externa, que ostenta el fiduciario frente a todos los terceros a título oneroso y de buena fe, protegidos por ello por la apariencia jurídica, siendo la buena fe sinónimo de desconocimiento del pacto fiduciario, es decir, de que el dominio sigue en realidad perteneciendo al fiduciante, no obstante su transmisión exterior al fiduciario. Así las cosas, carece de sentido hablar de prescripción adquisitiva por el primero, operante

frente a terceros, porque el fiduciante es el verdadero propietario frente al fiduciario, no necesita del mecanismo de la prescripción para volver a adquirir formalmente la titularidad que enajenó, sólo puede exigir del fiduciario que le retransmita aquélla. Por tanto, si no hay adquisición por prescripción, nada puede oponerse a terceros. En fin, la prescripción defiende al propietario contra la actividad dominical de un tercero o del mismo fiduciario, que se arrogan la propiedad, pero en este pleito nada de esto ha sucedido.

La desestimación de este motivo lleva consigo la del quinto y último motivo, en el que se argumenta sobre la posibilidad de usucapión sin que lo pueda impedir la inscripción registral».

COMENTARIO

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO
- II. EL NEGOCIO FIDUCIARIO Y SUS EFECTOS. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ACREEDORES DEL FIDUCIARIO
- III. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ACREEDOR EMBARGANTE: NO ES UN TERCERO A LOS EFECTOS DEL ART. 34 LH

I. PLANTEAMIENTO

La Sentencia objeto de nuestro comentario es interesante para determinar cuáles son exactamente los efectos del negocio fiduciario en nuestro ordenamiento. A este respecto, pensamos que la doctrina utilizada por la Sentencia para resolver el litigio básicamente se puede condensar en una frase del FD 5º según la cual la fiducia *cum creditore* produce una especie de desdoblamiento de la titularidad. Una cosa sería la titularidad externa «que ostenta el fiduciario frente a todos los terceros a título oneroso y de buena fe, protegidos por ello por la apariencia jurídica, siendo la buena fe sinónimo de desconocimiento del pacto fiduciario»; mientras que otra cosa sería la titularidad interna: «el dominio sigue en realidad perteneciendo al fiduciante, no obstante su transmisión exterior al fiduciario».

Ahora bien, el problema es cómo aplicar esta doctrina al caso concreto, porque si bien es cierto que la existencia del pacto de fiducia no se puede oponer a los terceros adquirentes de buena fe que traigan causa del fiduciario; en el supuesto, el conflicto se suscitaba con un acreedor del fiduciario, que había obtenido un embargo sobre el bien objeto de la fiducia, por lo que no estábamos ante el típico tercer adquirente de buena fe a título oneroso que inscribe en el Registro.

A nuestro juicio, adelantando conclusiones, la solución correcta en el caso hubiera sido la de dar lugar a la tercería de dominio, porque, una vez demostrada la existencia de una fiducia «cum creditore», el fiduciante se debe tener por verdadero dueño de la cosa. Así lo reconoce la propia Sentencia, como no podía ser menos tras el abandono de la teoría del doble efecto del negocio fiduciario: entendemos que en esta materia no hay más alternativa que la que propone PARA MARTÍN, A. («En torno a la fiducia “cum creditore”», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, I, Madrid, 2003, pg. 732) «de acuerdo con la teoría del doble efecto los acreedores del fiduciario podrían embargar los bienes dados en fiducia por la regla general del artículo 1911 del CC, al ser exclusivamente de su propiedad. De acuerdo con las otras tesis prosperaría la tercería de dominio del fiduciante, pues la propiedad (caso de simulación) o la propiedad material (caso de contrato fiduciario válido) le correspondería. Y no puede embargarse un bien si el deudor no es propietario (caso de simulación), o sólo propietario formal, cuando la titularidad material está atribuida a la persona del fiduciante». Además, frente a lo que pueda parecer en la Sentencia, el acreedor embargante no se puede considerar adquirente en el sentido exigido por el art. 34 LH.

Por otra parte, estamos de acuerdo con la S. en que el problema no se debía plantear en sede de usucapión. Así lo señala el FD 5º «carece de sentido hablar de prescripción adquisitiva por el primero (el fiduciante), operante frente a terceros, porque el fiduciante es el verdadero propietario frente al fiduciario, no necesita del mecanismo de la prescripción para volver a adquirir formalmente la titularidad que enajenó, sólo puede exigir del fiduciario que le retransmita aquélla. Por tanto, si no hay adquisición por prescripción, nada puede oponerse a terceros. En fin, la prescripción defiende al propietario contra la actividad dominical de un tercero o del mismo fiduciario, que se arrogan la propiedad, pero en este pleito nada de esto ha

sucedido». Claro está que este párrafo merece una matización: el fiduciante no es el verdadero propietario sólo frente al fiduciario, sino propietario sin más; otra cosa es que esa condición no pueda impedir que mediante un acto de transmisión del fiduciario a un tercero de buena fe a título oneroso que reúna los requisitos de protección del art. 34 LH ese tercero vaya a adquirir *a non domino* la propiedad de la cosa.

Ahora bien, también pensamos que no se puede rechazar teóricamente que un problema de este tipo se solucione mediante la alegación de la usucapión extraordinaria por el fiduciante. Lo que es incongruente, ciertamente, es que se declare probado que ha existido un negocio fiduciario y, simultáneamente, que el fiduciante ha usucapido la cosa objeto de la misma: si vale lo primero no puede valer lo segundo, pues simultáneamente no se puede reconocer esa duplicidad de títulos de propiedad. Pero, suponiendo indemonstrada la realidad de la fiducia, cosa que fácilmente se puede producir por las dificultades de sacar a la luz lo que se planeó como oculto, nos parece claro que el sedicente propietario podría justificar su derecho mediante la usucapión (justamente una de las finalidades de la usucapión es la defensa del derecho de propiedad cuando resulta difícil de acreditar: por eso en el supuesto la defensa jurídica del actor había planteado de modo subsidiario la consumación de la usucapión). En cambio, en el supuesto de la S., a pesar de que el TS reconoce la realidad de la fiducia, y de la propiedad del fiduciante, no saca de ese pronunciamiento todas sus consecuencias (señaladamente la posibilidad de ejercitar la tercería de dominio, como una de las acciones básicas que protegen a cualquier propietario); por lo cual nos parece absurdo que no se admita tampoco la alegación de la usucapión (que podía haber sido el mecanismo para no dejar indefenso al verdadero propietario).

II. EL NEGOCIO FIDUCIARIO Y SUS EFECTOS. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ACREEDORES DEL FIDUCIARIO

La descripción exhaustiva y pormenorizada de los posibles efectos de la venta en garantía probablemente sea un empeño vano, habida cuenta de que la figura viene a producir en los bienes efectos jurídico-reales, precisamente en virtud del principio de autonomía privada en la constitución de los derechos reales (*numerus apertus*); por lo que no se puede buscar una tipicidad donde no la hay, a no ser que se la encuentre en la propia práctica social (y parece que esa práctica no impone unos determinados efectos que se puedan considerar típicos, desde este punto de vista social). Como hemos dicho en otro lugar, el hecho de que se vea «en los efectos de la venta en garantía una concreta manifestación del numerusaperturismo de nuestro sistema jurídico-real, debería inmunizar al intérprete contra la fatal atracción que en esta materia ejercen los derechos reales típicos, que en demasiadas ocasiones vienen siendo considerados como el punto de referencia ineludible para la determinación de los efectos de la garantía instaurada mediante la aparente compraventa; ¿no resulta más coherente buscar dichos efectos en la voluntad de las partes que hacerlo en las reglas de los regímenes típicos?» (así en: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Autonomía privada y garantías reales», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, III, Madrid, 2003, pg. 3767; en este trabajo pueden buscarse otras referencias doctrinales).

El negocio fiduciario «se caracteriza por la incongruencia del medio jurídico elegido (enajenación) y el fin económico o práctico perseguido (garantía...)» (Así, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1991, pg. 383). Por ese motivo la actual doctrina reconoce que el fenómeno sólo puede arraigar en suelo propicio en aquellos sistemas que reconocen el negocio abstracto y formalista, y repugna naturalmente a los ordenamientos que, como el nuestro, siguen una orientación realista y causalista en que prevalece siempre lo verdaderamente querido, y la relación causal básica (DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., pgs. 379 y ss. En este mismo sentido, rectificando una postura anterior, se pronuncia JORDANO BAREA, J.B., «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», *ADC*, 1983, pgs. 1435 y ss., en especial, pg. 1437).

Hoy la doctrina dominante, siguiendo las ideas de D. Federico DE CASTRO, considera que el fiduciario no adquiere la propiedad plena y definitiva de la cosa (Así DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., pg. 388; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, Madrid, 1999, pg. 355).

¿Cuáles son, en general, los efectos de la venta en garantía y cuáles nos pueden afectar en el problema que estamos tratando ahora? En general debemos reafirmar lo que ya hemos señalado en otro lugar: la venta en garantía pretende poner la cosa a disposición del acreedor, en garantía de que cobrará y hasta tanto que cobre. De esa forma se bloquea, sólo externamente, la titularidad del fiduciante, con lo que el acreedor se asegura de que el deudor no pueda enajenar esos bienes y evita que otros acreedores puedan

actuar fácilmente sobre ellos. El «vendedor» y el «comprador» quedan vinculados por la situación creada, es decir, el vendedor debe respetar el bloqueo externo de su titularidad; mientras que el comprador no se podrá considerar verdadero titular dominical, ni ejercitar facultades de disposición sobre la cosa, sino tan sólo aquellas facultades expresamente concedidas en el negocio. Habida cuenta de la indudable trascendencia real de estos efectos nos parece claro que la «venta en garantía» origina una situación jurídico-real que constituye una garantía para el acreedor.

En particular puede ser problemática la posición de los que traigan causa del fiduciario, adquirentes e, incluso, acreedores del mismo. La cuestión que se nos plantea en el caso de la Sentencia comentada, no consiste en el abuso de la posición del fiduciario como titular formal, mediante la enajenación del bien transmitido. Está claro que en un caso de ese tipo, en la medida que esa enajenación comporte una adquisición por parte de un tercero que deba quedar protegido, ese tercero será inatacable por el fiduciante. En ese sentido se debe entender la afirmación del FD 4º: «el negocio fiduciario, a los efectos que interesan en este recurso, no transmite más que formalmente la propiedad al acreedor, pero para los terceros de buena fe existe una transmisión real, no han de sufrir las consecuencias de unos pactos internos sobre la auténtica finalidad de aquella transmisión que desconozcan».

En cambio, caso diferente es el de los acreedores del fiduciario, porque en ellos no se da la condición de terceros adquirentes de buena fe a título oneroso; por tanto la solución será que aunque embarguen el bien, no quedan protegidos frente al fiduciante, que podrá ejercitar con éxito la tercería de dominio. Así lo reconoce la mejor doctrina: DE CASTRO Y BRAVO, F. (*El negocio jurídico*, cit., pg. 414); CARRASCO PERERA y otros (*Tratado de los Derechos de Garantía*, Pamplona, 2002, pg. 1069); en el mismo sentido también habría que incluir a BADOSA COLL, F. («Examen de tres “esquemas fiduciarios” en el Derecho español». [La venta en garantía, la legitimación sobre bienes con titular y la gestión de patrimonios sin titular]; en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, I, Madrid, 2003, pgs. 223 y ss.), pues entiende que la venta en garantía no transmite la propiedad: «si los acreedores del fiduciario embargan el bien vendido en garantía, el fiduciante podrá ejercitar con éxito una tercería de dominio. Se evita de este modo que el deudor-fiduciante pierda un bien de su propiedad que está en poder del acreedor fiduciario» (cosa, esta última que no sucedía en el caso comentado en que el bien se encontraba en manos del fiduciante, que nunca había perdido la posesión del mismo, lo que le movió a intentar, subsidiariamente que se estimara la usucapión del mismo por su parte). Es cierto que CARRASCO PERERA añade que no cabe desconocer «las dificultades que la tercería de dominio puede encontrar, especialmente en el supuesto de que el bien vendido en garantía esté inscrito en el Registro a favor del acreedor embargado (arg. art. 593 LECiv). En la fase de prueba del juicio ordinario por el que se tramita la tercería de dominio el fiduciante tendrá que demostrar que el contrato celebrado entre él y el embargado no es una compraventa habitual, sino un negocio fiduciario, por lo que no se ha producido una verdadera transmisión de la propiedad al acreedor embargado; razón por la cual debe estimarse la tercería de dominio, levantando así el embargo trabado». Cabe pensar si no es éste el problema que verdaderamente subyacía en el problema enjuiciado en nuestra S., a pesar de que el TS acepte la calificación del negocio que había realizado la S. de apelación; de ser así, el problema estaría en la falta de prueba de que existió una venta en garantía, con lo que no resultaría acreditada la propiedad del fiduciante. No nos cabe duda de que el problema será importante en la práctica, sobre todo por la falta de documentación pública de la finalidad de garantía, aunque la frecuente falta de posesión por parte del fiduciario obrará habitualmente como un enérgico mecanismo de prueba.

Justamente la falta de prueba de la venta en garantía fue la conclusión en el caso de la S. 12 febrero 1988 (RJ 1988, 942) en la que el tercerista alegaba que la transmisión de la que traía causa el titular registral embargado había sido fiduciaria, cosa que el pretendido fiduciario no logró acreditar en el proceso de manera suficiente, con lo que la tercería estaba abocada al fracaso; de todos modos la Sentencia añadió algunas consideraciones que ya no son tan correctas: «el Banco de Fomento, con base en esa exactitud registral, anotó en abril de mil novecientos ochenta y uno el embargo practicado sobre la finca, cuya titularidad aparecía y sigue apareciendo inscrita a favor del ejecutado, hay que declarar existente y en vigor tal anotación preventiva, pues, como la misma parte recurrente reconoce, “los actos dispositivos que realice el fiduciario, aparente titular dominical, serán plenamente eficaces en favor del tercero de buena fe por título oneroso, que haya inscrito su adquisición, en virtud de la responsabilidad del fiduciante, al haber creado, e incluso el haber admitido, aunque sea fruto de su agobiante situación dicha simulación”, opinión perfectamente aplicable a la anotación del embargo preventivo que aquí se discute, y aseveradora del decaimiento de este motivo». No podemos estar de acuerdo con estas últimas afirmaciones; en esta materia las opciones serían o considerar válida la transmisión, con lo cual el embargo por parte de los acreedores del adquirente es perfectamente posible, o considerar que se ha demostrado judicialmente la inexistencia

de auténtica transmisión (es decir, que se ha demostrado que el negocio fue fiduciario), con lo que ese embargo deberá ser levantado.

En cualquier caso lo que no vemos admisible es decir que el acreedor del fiduciario puede embargar los bienes transmitidos fiduciariamente, sin que se le pueda oponer por el fiduciante la tercería de dominio: o no hay fiducia y cabe el embargo, o la hay y el embargo debe ser levantado. Para que fuera admisible declarar simultáneamente la existencia de transmisión fiduciaria y el mantenimiento del embargo, dicho embargante debería poder ser considerado tercero protegido y ello no es así en nuestro ordenamiento. En palabras de la S. comentada (FD 5º) la titularidad externa del fiduciario sólo se produce frente a «los terceros a título oneroso y de buena fe, protegidos por ello por la apariencia jurídica, siendo la buena fe sinónimo de desconocimiento del pacto fiduciario». Pensamos que se puede fácilmente demostrar, lo haremos en el apartado siguiente, que el acreedor embargante no es un adquirente en el tráfico y mucho menos a título oneroso, por lo que no se encuentra protegido por la apariencia jurídica. En consecuencia, lo único que podría embargar la Agencia Tributaria sin oposición del fiduciante sería el crédito del fiduciario, mientras dicho crédito subsista, que es lo único que se encuentra en el patrimonio de su deudor: además ese crédito contaría con la garantía representada por la transmisión fiduciaria, por lo que dicha garantía accesoria quedaría embargada conjuntamente con el crédito.

III. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ACREEDOR EMBARGANTE: NO ES UN TERCERO A LOS EFECTOS DEL ART. 34 LH

Las afirmaciones realizadas en el último párrafo del apartado anterior deben ser confirmadas desde otro punto de vista, que es el de la naturaleza que cabe atribuir a la posición jurídica del acreedor embargante. Según una reiterada doctrina jurisprudencial el acreedor anotante de embargo no puede ser considerado tercero hipotecario, con lo que se evita que la traba sobre un bien que no sea propiedad del deudor embargado, deje inerte al *versus dominus* frente al embargante (esta doctrina se mantiene incluso cuando el embargo ha causado una anotación preventiva en el Registro de la Propiedad).

En la doctrina científica hay también un sustancial acuerdo sobre la conclusión acabada de exponer (cfr., por todos, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, III, bis, Barcelona, 1984, pg. 226; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, cit. pg. 602: «con el embargo, no hay adquisición de un nuevo derecho y menos adquisición a título oneroso»), a pesar de que algunas voces aisladas sostengan que este efecto es incoherente con la naturaleza real del embargo: la más señalada la de GARCÍA GARCÍA (en «El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo, hacia una interpretación del efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VII Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 1988, pgs. 237, 269 y 274). Dice literalmente (en pg. 237): «hay sentencias recientes que sientan claramente el carácter real de la anotación preventiva de embargo, aunque luego, en cuanto a los efectos, no saquen las consecuencias lógicas de tal calificación»; cuáles sean esas consecuencias se deducen, por ejemplo, de lo que dice en pg. 274: «es evidente que los “derechos reales anotados” ... perjudican al tercero que no inscribió». No podemos estar de acuerdo con esta tesis, pues no vemos correcto entrelazar la naturaleza del embargo (para nosotros obviamente real) con su posible constitución *a non domino*. Este último efecto constituye una forma de protección del tráfico jurídico, que el legislador no está obligado a establecer como efecto general de cualquier acto de transmisión o constitución de un derecho real.

Desde el punto de vista que defendemos, se debe hacer notar que, aunque se admita que el embargante adquiere con la traba un derecho nuevo sobre el bien embargado, ni mucho menos realizaría una adquisición a título oneroso. El criterio legal es mantener en su adquisición a quien confiando en el contenido del Registro adquiere un derecho sobre un bien cuya titularidad es inexacta, y para ello realiza una contraprestación patrimonial. Pero eso no sucede en el embargo como sostiene una reiterada jurisprudencia. Con SARMIENTO RAMOS (*En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, Madrid, 1993, pgs. 213-214, n. 4) se puede sostener que «creemos acertada tal posición jurisprudencial, tanto desde una perspectiva legal como desde un enfoque de pura justicia material. Desde una perspectiva legal, porque como ya hemos apuntado reiteradamente, ni el embargante adquiere con la traba un derecho nuevo sobre el bien trabado, ni menos aún, es adquisición a título oneroso. Desde una perspectiva material, no es el alzamiento del embargo -si se demostrare la pertenencia del bien a un tercero- lo que causa perjuicio al actor, sino la insolvencia misma del deudor (el no tener otros bienes que perseguir); pero tal riesgo es ajeno al Registro y preexistía ya al momento mismo del embargo y de su anotación. El Registro no puede proteger contra el riesgo de insolvencias ensombrecidas por sus pronunciamientos; tal protección sería desmedida y acabaría anulando

el propio instrumento registral: se puede mantener la inexactitud registral en favor de quien confiado en ella adquiere un derecho sobre ese bien concreto al que se refiere la inexactitud, y experimentando un sacrificio patrimonial concreto en contraprestación; pero es demasiado mantener tal inexactitud en favor de quien únicamente tiene interés en esa titularidad porque es la única que parece ostentar el deudor, y, además, no realiza desembolso patrimonial adicional en consideración al contenido del pronunciamiento registral inexacto. Y no se diga que la apariencia de solvencia que dio el Registro pudo ser la causa de la concesión del crédito, pues de sobra se sabe que: quien es insolvente al contraer una deuda puede no serlo al tratar de cobrársela; que el nacimiento de una deuda no limita la disponibilidad de los propios bienes; y que para ello está la garantía real y la acción revocatoria».

Por otra parte, el acreedor embargante no realiza al embargar una adquisición en virtud de un negocio jurídico del tráfico, sino como fruto de un acto judicial constitutivo de un derecho real: no estamos en el ámbito del tráfico jurídico y por ello esta hipótesis no entraría en el campo protegido por el art. 34 LH. La opción legislativa sobre el embargo fue la de no dar ventajas al acreedor más diligente: si ello motivó que ni siquiera se le concede preferencia frente a otros acreedores, cuánto más llevará consigo que no pueda sobreponerse ante el titular extrarregistral del bien embargado. Como se ha dicho: «el conceder tal valor a la anotación, anteponiéndola a todos los derechos que lleguen con posterioridad al Registro, cualquiera que sea la fecha de su constitución y su preferencia jurídica, equivaldría a establecer un premio demasiado grande a la carrera, a la velocidad, de lo que quiso huir, previsoramente, la primitiva Ley» (literalmente, DE LA RICA Y ARENAL, «Meditaciones hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas», RCDI, 1958, pg. 792 n. 36)

Por tanto, a nuestro juicio acierta plenamente la abundante jurisprudencia que entiende que el anotante de embargo no resulta protegido por el Registro frente al titular extrarregistral, criterio que ha mantenido constantemente el Tribunal Supremo desde antiguo, salvo muy contadas excepciones, a las que después nos referiremos.

Exponentes de esa jurisprudencia mayoritaria son las SS. 17 junio 1875 (JC núm. 251), 5 enero 1876 (JC núm. 25), 19 febrero 1886 (JC núm. 70), 12 mayo 1886 (JC núm. 205), 25 octubre 1895 (JC núm. 23), 7 marzo 1896 (JC núm. 103), 28 enero 1903 (JC núm. 29), 12 julio 1904 (JC núm. 150), 20 octubre 1908 (JC núm. 39), 2 marzo 1910 (JC núm. 63), 17 diciembre 1928 (JC núm. 131), 29 noviembre 1962 (RJ 1962, 4749), 14 diciembre 1968 (RJ 1968, 5859), 12 junio 1970 (RJ 1970, 2921), 2 febrero 1973 (RJ 1973, 402), 8 julio 1975 (RJ 1975, 2946), 31 enero 1978 (RJ 1978, 229), 26 febrero 1980 (RJ 1980, 534), 13 diciembre 1982 (RJ 1982, 7476), 8 julio 1983 (RJ 1983, 4122), 3 noviembre 1984 (RJ 1984, 5364), 15 enero 1985 (RJ 1985, 174), 7 marzo 1985 (RJ 1985, 1131), 26 septiembre 1985 (RJ 1985, 4473), 16 febrero 1990 (RJ 1990, 692), 19 noviembre 1992 (RJ 1992, 9243), 30 diciembre 1993 (RJ 1993, 9908), 10 mayo 1994 (RJ 1994, 3896), 23 febrero 1995 (RJ 1995, 1701), 24 febrero 1995 (RJ 1995, 1642), 14 junio 1996 (RJ 1996, 4772), 19 mayo 1997 (RJ 1997, 3887), 18 abril 1998 (RJ 1998, 2507), 5 julio 2000 (RJ 2000, 5926) y 21 marzo 2003 (RJ 2003, 2915).

Las razones que justifican la conclusión de que el acreedor anotante no alcanza la condición de tercero hipotecario están mejor o peor destacadas en cada caso, pero en el conjunto de la Jurisprudencia se puede decir que están claras. A modo de síntesis, destacaríamos las razones alegadas por las SS. 14 diciembre 1968 y 19 noviembre 1992 (obviamente no son las únicas que argumentan de esta forma). Dice la primera de ellas: «aunque la anotación preventiva de embargo implica la constitución de un derecho real de realización de valor al servicio de la garantía del pago de una deuda dineraria, y viene a ser como una hipoteca judicial, sin embargo, no le otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación y no en cuanto a los actos de disposición ni tampoco sobre los créditos anteriores de carácter preferente al del embargo anotado; consiguientemente, el favorecido por la anotación, no goza, respecto a tales actos, de los beneficios protectores de la fe pública registral, que otorgan los arts. 32, 34 y 37 de la LH, y sólo se antepone en absoluto a los títulos otorgados con posterioridad a ella, pero sin que prevalezcan sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente aunque no están inscritos, ni atribuya por sí solo, rango preferente, al crédito objeto de la anotación respecto de los créditos o negocios obligacionales preferentes». Por su parte la segunda Sentencia que arriba hemos citado insiste en que: «en modo alguno tiene el titular del embargo la condición de tercero a los efectos del art. 34 de la Ley Hipotecaria, porque no ha adquirido en las condiciones por él definidas ningún derecho real sobre la cosa».

No obstante la abrumadora cantidad de Sentencias que apoyan la conclusión anterior, hay que decir que existen algunas pocas Sentencias que parecen separarse de esta línea mayoritaria y reconocen la

cualidad de tercero frente al dueño extraregistro del acreedor embargante que ha anotado su derecho. Así sucede en la S. 20 junio 1975 (RJ 1975, 2518): «conforme a lo dispuesto en el art. 32 de la citada LH, los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad no perjudicarán a tercero y a estos efectos hay que considerar como tal a todo aquel que no haya intervenido en el contrato sobre el que se funda la acción ejercitada ni haya tenido conocimiento de su existencia y contenido ..., añadiendo el art. 34 en su párrafo 3º que la buena fe del tercero se presupone siempre mientras no se demuestre lo contrario».

La S. 26 junio 1975 (RJ 1975, 2519) reitera esta última tesis, aunque a poco que se profundice en los hechos se advierte que la adquisición de la finca embargada por el tercerista es posterior a la anotación preventiva de embargo, por lo que la S. es equívoca en este punto, tal como puede apreciarse del siguiente pasaje de la misma: «el adquirente del dominio de una finca posteriormente a la anotación del embargo sobre la misma ha de respetar el derecho del anotante y ha de tenerse en cuenta, también, que si a todos los efectos legales no existe más verdad sobre el dominio y demás derechos reales que la proclamada por el Registro -arts. 1 y 38 LH-, no puede haber para el acreedor más propietario de una finca que el que lo sea según el Registro, por lo cual, anotado su derecho personal sobre los bienes inscritos a nombre de su deudor, goza de los beneficios de la fe pública registral derivada de la inscripción de dominio de éste».

La S. 12 diciembre 1988 (RJ 1988, 9428) es contradictoria en su contenido porque afirma simultáneamente por una parte, que «a todos los efectos legales no existe más verdad sobre el dominio y demás derechos reales que la proclamada por el Registro -artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria- no puede haber para el acreedor más propietario de una finca que el que lo sea según el Registro, por lo cual anotando su derecho personal sobre los bienes inscritos a nombre de su deudor, goza de los beneficios de la fe pública registral derivada de la inscripción de dominio de éste»; mientras que, por otra parte añade que «el favorecido por la anotación no goza, respecto a tales actos, de los beneficios protectores de la fe pública registral que otorgan los artículos 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, en armonía también con los 1923 del Código Civil y 44 de la misma Ley Hipotecaria»; doctrina esta última por la que finalmente se decanta para resolver el caso que se le suscitaba.

Se puede decir, en conclusión, que los pronunciamientos jurisprudenciales que se apartan de la interpretación común, otorgando protección registral al anotante de embargo, en realidad son meras afirmaciones retóricas que no fundamentan de ningún modo el fallo.

De la doctrina mayoritaria del TS se debe deducir que en el caso que ahora estamos comentando la solución correcta hubiera sido estimar la demanda de tercería de dominio, por cuanto el bien embargado por la Agencia Tributaria perteneció siempre a los fiduciarios, según declaró la propia S. de apelación que no resultó contradicha por el TS.