



Roj: **AAP B 6240/2006 - ECLI: ES:APB:2006:6240A**

Id Cendoj: **08019370012006200225**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **23/11/2006**

Nº de Recurso: **18/2006**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LAURA PEREZ DE LAZARRAGA VILLANUEVA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN PRIMERA

AUTO Nº

Recurso de apelación nº 18/06

Procedente del procedimiento nº 541/04

Tramitado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 55 de Barcelona

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, formada por los Magistrados DÑA. Mª DOLORS PORTELLA LLUCH, DÑA. LAURA PÉREZ DE LAZÁRRAGA VILLANUEVA y DON

ANTONIO RECIO CORDOVA, actuando la primera de ellos como Presidente del Tribunal, ha visto

el recurso de apelación nº 18/06 interpuesto contra el auto dictado el día 15 de noviembre de 2004

en el procedimiento nº 541/04, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 55 de Barcelona en

el que es recurrente GARCÍA MUNTANE MAQUINARIA, S.L. y apelado TESORERIA GENERAL

DE LA SEGURIDAD SOCIAL, previa deliberación pronuncia el siguiente

**AUTO**

Barcelona, 23 de noviembre de 2006

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El auto antes señalado, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su parte dispositiva lo siguiente: PARTE DISPOSITIVA: Desestimo la demanda de **tercería** de domini interposada per la procuradora Sra. Pujol Chimenó en representació de GARCIA MUNTANÉ MAQUINARIA, SL contra la TRESORERIA GENERAL DE LA SEURETAT SOCIAL, i imposo les costes del procediment a la part demandant.

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal la Magistrada Ponente DÑA. LAURA PÉREZ DE LAZÁRRAGA VILLANUEVA.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- La parte actora, tercerista, interpone recurso de apelación contra la resolución dictada en primera instancia, alegando al efecto, y en esencia, lo siguiente:



1º Su título ya está inscrito en el Registro de la Propiedad, siendo su titularidad indiscutida, como así lo justifica la escritura pública de compraventa, sin que por la demandada se haya ni tan siquiera incoado una acción rescisoria ni de nulidad de dicha compraventa.

2º A efectos de la determinación de la fecha del embargo hay que tener en cuenta que éste se notificó a Gamegam el día 16 de enero de 2.004, fecha ésta que es la que se debe considerar, sin que exista ninguna sentencia que diga que un embargo administrativo de un bien inmueble tenga eficacia <<erga omnes>> desde que se practica o antes de sus inscripción registral.

3º El artículo 1.297 del Código Civil no puede ser aplicación en este caso por dos motivos, primero , porque la presunción de fraudulencia recae sobre las personas contra las que se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes , circunstancia que no concurre en la tercerista, sin que la demandada haya acreditado que Gamegam hubiese sido notificada o tuviese conocimiento efectivo, con anterioridad a la fecha del 15 de enero de 2.004, de los embargos objeto de esta litis y, segundo, porque la recurrente no tiene ninguna vinculación con la vendedora ni la compraventa es una operación simulada o de conveniencia.

3º En aplicación del artículo 601 de la LEC sólo puede ser objeto de la **tercería** la pretensión del alzamiento del embargo y la demandada no ha instado la rescisión del contrato de compraventa, no siendo objeto de esta **tercería** la fraudulencia del título y ,si no se discute esa fraudulencia en el pleito y no hay procedimiento ni resolución judicial alguna que limite los derechos ni la plena validez de la compraventa, no se puede pretender que la actora pruebe lo que era indiscutido por ambas partes.

4º Al ser su título anterior a la anotación del embargo procede la cancelación registral de los asientos de embargo letra G de cada una de las fincas practicados por el Registro de la Propiedad porque desde el otorgamiento de la escritura pública de compraventa opera la eficacia <<erga omnes>> que a toda compraventa con entrega de la posesión del bien otorga el Tribunal Supremo.

La parte demandada, la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) se opone al anterior recurso, manifestando al respecto:

1º Por la correspondiente Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social se sigue un procedimiento administrativo de apremio contra la empresa "GAMEGAM,S.A." por débitos a la Seguridad Social vencidos y no satisfechos, deduciéndose del expediente administrativo que la misma incumplía sucesiva y generalizadamente sus obligaciones con la Seguridad Social, lo que conlleva que, a fecha 15 de enero de 2.004, dicha entidad suscriba el contrato privado a efectos de evitar el embargo de dichos bienes, puesto que era perfecta conocedora de sus deudas y del trámite en el que se encontraba el procedimiento recaudatorio, siendo claro que lo que se pretendía era una despatrimonialización ficticia de la empresa para evitar el embargo de los bienes por la TGSS.

2º A efectos de determinar la procedencia o no de la acción de **tercería**, se ha de atender a la fecha del embargo en sí no a la de su anotación sin que a ello sea óbice la circunstancia de que el embargo practicado por diligencia de fecha 7 de enero de 2.004 se notificara, por no encontrarse al ejecutado, mediante Edictos publicados en el BOP de 16 de enero de 2.004, porque ello no afecta a la validez y eficacia del embargo, salvo que el actor acredite la condición de legítimo dueño de las fincas objeto de embargo, circunstancia que no se produce en este caso porque el embargo tuvo lugar en fecha 7 de enero de 2.004 y la compraventa el 15 de enero de 2.004.

3º La afección (el embargo) existe, de conformidad con el artículo 587.1 de la LEC , desde que se decreta por resolución judicial o se reseña la descripción de un bien en el acta de diligencia de embargo, siendo lo verdaderamente relevante el momento de la constitución de la traba, momento a partir del cual, y no desde su notificación, el embargo produce sus efectos.

4º La presunción del artículo 1.297 del Código Civil se refiere a la enajenación en sí y es oponible a las dos partes que intervienen en la "enajenación", presunción <<iuris tantum>> que no ha sido destruida en el procedimiento por la tercerista, por lo que no puede ser considerada como tercero de buena fe, no siéndole de aplicación lo dispuesto en el artículo 587.2 de la LEC .

5º De conformidad con lo previsto en el artículo 595 de la LEC la actora no está legitimada para la interposición de la **tercería** porque los bienes se adquirieron después de haber sido trabado el embargo.

SEGUNDO.- Atendidas las alegaciones vertidas por ambas partes, y el contenido de la resolución recurrida, la primera cuestión que debe analizarse y resolverse es la relativa al momento del embargo, a la fecha en que se debe tener por hecho el mismo.



A estos efectos hay que indicar que la diligencia de embargo fue llevada a cabo por la Unidad de Recaudación Ejecutiva en fecha 7 de enero de 2.004, embargo éste llevada a cabo por la administración que se encuentra sujeto a lo previsto en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social y en la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Así, en el citado Reglamento, el vigente en la fecha que nos ocupa, se establece en su artículo 120 que mediante la correspondiente diligencia efectuada por la Unidad de Recaudación Ejecutiva se embargarán sucesivamente los bienes del deudor y que "por cada actuación de embargo se practicará diligencia de embargo que se notificará al interesado y al cónyuge cuando se trate de bienes que formen parte de la sociedad de gananciales", y en el artículo 129 que "el embargo de bienes inmuebles se notificará al deudor, a su cónyuge, a los terceros poseedores y a los acreedores hipotecarios, requiriéndoles en dicho acto la entrega de los títulos de propiedad, si no los hubieren presentado, a efectos de la valoración y fijación del tipo de la subasta o concurso".

Por otra parte, en el artículo 109 del mismo Reglamento se regula como se han de efectuar y con qué datos las notificaciones en el procedimiento administrativo de apremio, señalándose que "Las notificaciones se practicarán conforme a lo establecido en los arts. 58 a 61 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

Junto a ello hay que tener en cuenta que también en el artículo 58 de la Ley 30/1.992 (vigente en dicho momento) se dispone que "Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, en los términos previstos en el artículo siguiente", disponiéndose en el artículo 57 de dicha Ley, con respecto a los actos de las Administraciones Públicas sujetos al derecho Administrativo, como es el presente caso, que "La eficacia queda demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditado a su notificación, publicación o aprobación superior".

Por consiguiente, de la mencionada regulación se desprende que existe la obligación de notificar a los interesados el embargo practicado y que dicho embargo carece de eficacia hasta que se produce dicha notificación, a partir de la cual este acto administrativo produce los correspondientes efectos., indicándose al respecto en la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1.998 que "no pueden considerarse eficaces las disposiciones ni los actos, trátese de actos individuales o de actos dirigidos a una pluralidad indeterminada de sujetos, si dichas normas o actos no fueren objeto de publicación o notificación", todo lo cual nos lleva a concluir que el embargo no se puede tener por hecho hasta que se notifica.

Frente a ello no cabe oponer el artículo 587.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque este precepto hace referencia a los embargos judiciales sin que a estos efectos puedan equipararse estos embargos con el administrativo que nos ocupa, realizado en otro ámbito y con principios reguladores y normativa aplicable distinta.

En este sentido hay que tener en cuenta que en el ámbito de la jurisdicción civil la eficacia del embargo no depende de su notificación ni de la anotación preventiva del embargo, anotación ésta que, por otra parte y como ha venido estableciendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, no es obligada ni necesaria, no impidiendo la omisión de este asiento proceder a la realización forzosa de la finca afectada, circunstancia que por el contrario no es predicable del embargo preventivo analizado, cuya eficacia sí depende, no de la anotación, sino de la notificación, precisamente porque se trata de un acto de la Administración que, por sus características y alcance, ha de estar dotado de las necesarias garantías de seguridad que legalmente se establecen, entre ellas la de la notificación en debida forma.

Tampoco cabe oponer el artículo 107 del indicado Reglamento General, conforme al cual "El procedimiento administrativo de recaudación en vía ejecutiva se inicia automáticamente, por imperio de la Ley, una vez transcurridos, en sus respectivos casos, los plazos que se determinan en los arts. 105 y 106 de este Reglamento sin que se hubiere satisfecho la deuda y con independencia del recurso contencioso-administrativo que los interesados puedan formular...2. Las reclamaciones de deuda por cuotas y por los demás recursos de la Seguridad Social objeto de las mismas así como las actas de liquidación de cuotas y las resoluciones correspondientes a las actas de infracción conjuntas con las de liquidación a que se refiere el artículo 86 de este Reglamento, cuando unas y otras no hubieran sido impugnadas o, cuando habiéndolo sido, no se hubiese consignado o garantizado su importe con aval suficiente, o, en su caso, las resoluciones administrativas que unas y otras originen cuando hubieren sido objeto de recurso ordinario con consignación de su importe o aval suficiente, una vez transcurridos los plazos fijados para su pago sin que fueren satisfechas, constituyen el título ejecutivo para seguir la vía administrativa de apremio y tendrán la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes y derechos del deudor".

Y no cabe oponerle porque este precepto lo único que establece es que esas reclamaciones, no impugnadas o cuyo importe no haya quedado debidamente consignado o garantizado, constituyen el título ejecutivo para



seguir la vía administrativa de apremio, circunstancia ajena a la cuestión litigiosa, en la que no se discute que la vía de premio pudiera venir precedida de un título válido que la amparase, sin que de este precepto se deduzca que el embargo resulta válido y eficaz sin previa notificación al interesado porque, además de que nada se dice al respecto, el embargo viene regulado en los preceptos antes reseñados, en los que sí se establece ese requisito para su eficacia, siendo igualmente destacable la circunstancia de que también la providencia de apremio precisa de su notificación (artículo 111 del Reglamento).

Finalmente, y sobre esta cuestión, hay que señalar que el hecho de que, conforme a reiterada Jurisprudencia, la anotación de la traba no tiene naturaleza constitutiva no desvirtúa lo razonado porque aquí no se está analizando la eficacia y consecuencias jurídicas de la anotación preventiva de embargo sino la eficacia misma del embargo que, por todo lo razonado, no puede tenerse por hecho sino desde que se notifica al deudor la diligencia de embargo.

En consecuencia se ha de estimar que la fecha del embargo que se ha de valorar y considerar es la de 16 de enero de 2.004, fecha en que se produjo la notificación por edictos de este embargo a la empresa Gamegam, S.A.

TERCERO.- Partiendo de la anterior fecha y de la circunstancia de que la escritura pública de compraventa de los bienes que embargó la TGSS se otorgó el día 15 de enero, un día antes del embargo, la siguiente cuestión se centra en determinar si dicho embargo puede surtir efectos contra la hoy tercerista, atendido que en el momento en que adquiere las fincas no se había notificado el embargo y no existía constancia registral del mismo, que no fue inscrito en el Registro de la Propiedad hasta el día 7 de abril de 2.004.

En primer lugar se ha de poner de manifiesto que, en efecto, no consta que la TGSS haya instado ninguna acción rescisoria de la compraventa suscrita entre la tercerista y la entidad Gamegam, S.A., pero esta circunstancia no comporta que no se pueda examinar en esta **tercería** la validez de dicha compraventa porque, como reiteradamente ha establecido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, existe la posibilidad de alegar en este procedimiento la nulidad del título esgrimido, incluso la nulidad por simulación, por vía de excepción, supuesto en el que no se exige del Tribunal la declaración de nulidad, Tribunal que simplemente se limita con ello a apreciar la inexistencia de un título válido dominical en que se apoya el tercerista ( Sentencia del T.S. de 18 de noviembre de 2.003 y todas las resoluciones que en ella se citan).

Entrando así a analizar la validez de dicha compraventa, de las pruebas aportadas y practicadas no se desprende, pese a lo alegado por la TGSS, que la compraventa sea nula o que no pueda tenerse como válida ya que al respecto, y salvo las manifestaciones de la TGSS, no existe prueba alguna de la que pueda deducirse dicho extremo.

Al respecto no se ha acompañado ninguna prueba que justifique que la compraventa y la transmisión del **dominio** de las fincas objeto de este contrato no hubiera tenido lugar realmente, ni que el precio no haya sido entregado, no estando tampoco acreditado que haya existido una confabulación entre vendedor y comprador, habiéndose realizado la compraventa en fraude de los derechos de la TGSS, ausencia de prueba que impide estimar la alegación en este sentido formulada por ésta última.

Es cierto que la entidad deudora tenía conocimiento de la vía de apremio seguida, así como, y lógicamente, del hecho de que no había cumplido con sus obligaciones legales para con la Seguridad Social y, por consiguiente, de que existían unas deudas frente a las misma, pero de este solo dato no cabe deducir que nos hallemos ante una compraventa ficticia para evitar el embargo de los bienes por parte de la TGSS.

No podemos deducir esa simulación, nulidad o inexistencia porque, aunque el deudor pudiera querer sustraer las fincas de los embargos previsibles de la TGSS, dicho fin no resulta, por falta de pruebas, predicable de la tercerista que las adquirió, adquirente respecto de la cual no hay ni una sola prueba que justifique que conocía o podía conocer la situación de la entidad deudora o, más concretamente, la existencia del embargo que nos ocupa.

Sobre ello no hay en el procedimiento datos que demuestren una vinculación, ni siquiera indirecta entre ambas sociedades, así como tampoco ninguna relación entre ellas, sin que al efecto se le pueda oponer a la tercerista la presunción prevista en el artículo 1.297 del Código Civil porque no se ha ejercitado la acción rescisoria y porque, en cualquier caso, para que la misma pudiera prosperar se exige, según constante Jurisprudencia, que los bienes perseguidos no hayan pasado a terceros de buena fe, es decir que el objeto del contrato no se halle legítimamente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe ( por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2.005 y las en ella citadas).

Y este requisito, y por todo lo expuesto, no se ha acreditado que concurra en el presente supuesto, debiéndose en consecuencia considerar a la adquirente como un tercerista de buena fe amparado por la fe pública registral, siendo de aplicación el artículo 34, párrafo 2º, de la Ley Hipotecaria.



En consecuencia procede considerar ,a los efectos de la ejecución que nos ocupa, que en el momento del embargo las fincas pertenecían a la tercerista , por lo que el embargo debe ser alzado ya que, según señala, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 2.004 "la anotación preventiva del embargo no tiene rango preferente sobre los actos dispositivos anteriores a la fecha de la anotación, ni el favorecido goza de la protección de la fe pública registral porque aquellos actos anteriores no estén inscritos, ya que el embargo de bienes del deudor sólo puede recaer sobre los que realmente posea y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento ( STS de 24 de febrero de 1.995 ).".

Al efecto no cabe oponer que la inscripción de la compraventa se haya efectuado con posterioridad a la anotación del embargo porque ello no desvirtúa lo razonado, desde el momento en que no se ha cuestionado ni negado la concurrencia del contrato de compraventa y, según también establece la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2.000 , "Producida la adquisición del derecho por el tercerista a través de cualquier instrumento jurídico válido para la misma- y acordado el embargo concreto de ese bien adquirido, prevalecerá quien ostente la preferencia cronológica : adquisición anterior vence a embargo posterior y viceversa. La anterior regla, que viene a valer como <<regla inter partes>>, es decir, entre ambos litigantes, opera con independencia de que ambos derechos estén inscritos o anotados, esto es, aunque uno aparezca constatado registralmente y otro no, siempre prevalecerá el que sea anterior en el tiempo: ello es consecuencia de que en nuestro Derecho Positivo ni la inscripción es constitutiva ni la anotación del embargo preceptiva".

CUARTO.- Por todo lo expuesto procede estimar el recurso de apelación y, revocando el Auto dictado en primera instancia, estimar la demanda de **tercería** interpuesta con expresa imposición de las costas causadas en primera instancia a la Tesorería General de la Seguridad Social ( artículos 603 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), debiéndose dejar constancia en este punto de la circunstancia de que, si bien con anterioridad el Tribunal Supremo había resuelto que la referida Tesorería estaba exenta del pago de las costas procesales, dicho criterio fue modificado con la sentencia de 16 de marzo de 2.005 , en la que se estableció que la misma sí estaba obligada al pago de las costas procesales, criterio que es desde entonces el que se mantiene y que ha sido reiterado en las distintas y siguientes resoluciones (como más recientes las de 28 de febrero de 2.006 y 16 de junio de 2.005).

Al estimarse el recurso no se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas por el mismo ( artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

## PARTE DISPOSITIVA

El Tribunal acuerda : Se estima el recurso de apelación interpuesto por la entidad García Muntane Maquinaria, S.L. contra el Auto de fecha 15 de noviembre de 2.004 dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 55 de Barcelona y, en consecuencia y revocando dicha resolución, se acuerda estimar la **tercería de dominio** instada por dicha entidad y , por consiguiente, se ordena el alzamiento del embargo trabado por la Tesorería General de la Seguridad Social y que, como letra G, se encuentra anotado en el Registro de la Propiedad número 2 de Cerdanyola del Vallés sobre las siguientes fincas :

1º Finca número 3811-N, folio 240, Tomo 410, Libro 85 del Registro de la Propiedad número 2 de Cerdanyola del Vallés.

2º Finca número 10837, folio 124, Tomo 937, Libro 219 del Registro de la Propiedad número 2 de Cerdanyola del Vallés.

3º Finca número 12961, folio 106, Tomo 1113, Libro 296 del Registro de la Propiedad nº 2 de Cerdanyola del Vallés.

4º Finca número 12962, folio 107, Tomo 1113, Libro 296 del Registro e la Propiedad nº 2 de Cerdanyola del Vallés.

Asimismo se ordena la cancelación de las correspondientes anotaciones preventivas de embargo verificadas en dicho Registro en fecha 7 de abril de 2.004 con la letra G, debiéndose emitir por el Juzgado el oportuno mandamiento.

Las costas causadas en la primera instancia deberán ser abonadas por la Tesorería General de la Seguridad Social sin que se haga especial pronunciamiento sobre las costas causadas por el presente recurso de apelación.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman este auto los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.