

Naturaleza jurídica de la venta judicial a la luz de la doctrina italiana y española

JUAN PABLO MURGA FERNÁNDEZ

Profesor Doctor de Derecho civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

La venta judicial constituye una compleja figura jurídica, de perfiles eminentemente procesales, que encierra igualmente importantes aspectos sustantivos que no reciben una regulación específica por parte del Código Civil español. Esta ausencia de regulación positiva de los aspectos sustantivos de la venta judicial hace que la determinación de su naturaleza jurídica sea una cuestión especialmente controvertida y aún abierta en el Ordenamiento español, pues resulta necesario integrar tal ausencia con la figura que le sea más afín posible. A estos efectos, especial interés presenta el estudio de la doctrina italiana, que en los albores de la entrada en vigor del vigente Código Civil italiano de 1942 discutió largo y tendido sobre la naturaleza jurídica de la venta judicial, cristalizando tal fructífero debate en la inclusión en el referido texto legal de seis artículos específicamente destinados a la regulación de los aspectos sustantivos de la denominada «vendita forzata» (arts. 2919 a 2924) –de ahí que se trate de una cuestión ya superada en el país transalpino–. En el presente estudio pretendemos dar cuenta de las distintas teorías doctrinales que se han erigido en torno a la controvertida naturaleza jurídica de la venta judicial en España y en Italia, intentando llegar a una solución de conjunto que sirva de guía interpretativa en la resolución de aquellos vacíos legales que en el caso del Ordenamiento Jurídico español, a diferencia del italiano, siguen existiendo en lo que respecta a los aspectos sustantivos de la venta judicial; esto es, pretendemos llegar a una solución que resulte «útil», más allá de «verdadera».

PALABRAS CLAVE

Venta judicial. Naturaleza jurídica. Laguna normativa. Analogía.

ABSTRACT

The so-called «judicial sale» is a complex legal figure, with eminently procedural profiles, which also contains important substantive aspects that do not receive a specific regulation by the Spanish Civil Code. This lack of a regulation of the substantive aspects of the judicial sale makes the determination of its legal status or nature a particularly controversial and still open matter in the Spanish legal system, as it is necessary to integrate such absence with the figure that is most affine. For this purpose, special interest presents the study of the Italian doctrine, that at the dawn of the entry into force of the current Italian Civil Code of 1942 discussed at length about the legal nature of the judicial sale, crystallizing such fruitful debate on the inclusion in the aforementioned legal text of six articles specifically aimed at regulating the substantive aspects of the so-called «vendita forzata» (articles 2919-2924) –hence it is a matter already outdated in Italy–. In the present paper we try to expose the various doctrinal theories that have emerged around the contested legal nature of the judicial sale in Spain and Italy, trying to reach an overall solution to serve as interpretative guidance in resolving those loopholes in the case of the Spanish legal system, unlike the Italian, still exist in regard to the substantive aspects of the judicial sale; that is, we aim to reach a solution that is «useful» beyond «true».

KEY WORDS

Judicial sale. Legal nature. Normative vacuum. Analogy.

SUMARIO: 1. *Premisas: La importancia de la naturaleza jurídica como posterius y no prius ante la laguna normativa española. La fructífera experiencia del ordenamiento italiano.*–2. *Teorías doctrinales erigidas en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial: Privatistas y publicistas.* 2.1 *Teorías privatistas o contractualistas: Su exposición, argumentación y crítica.* 2.1.1 *Formulación.* 2.1.2 *Dificultad de las tesis privatistas: la explicación de la ausencia de voluntad del deudor ejecutado y las «forzadas» tesis sostenidas para superarla.* 2.1.2.1 *Primera categoría de teorías tendentes a superar la ausencia de voluntad del deudor: el vendedor es el órgano ejecutivo (exposición y crítica).* 2.1.2.2 *Segunda categoría de teorías tendentes a superar la ausencia de voluntad del deudor: el vendedor es el acreedor ejecutante (exposición y crítica).* 2.2 *Teorías publicistas.* 2.2.1 *Teorías puramente publicistas o procesalistas.* 2.2.2 *Teorías publicistas o procesalistas que admiten la aplicación por analogía del régimen jurídico de figuras sustantivas.* 2.2.3 *Teorías procesalistas que otorgan cierta relevancia a los aspectos sustantivos: la teoría del «trasferimento coattivo» de Pugliatti y su respuesta a la principal insuficiencia de las posturas puramente publicistas (la explicación de la posición del tercero rematante y la naturaleza de la oferta).* 2.3 *Teorías que tratan de homogeneizar los aspectos procesales y sustantivos de la venta judicial afirmando su compleja naturaleza.*–3. *Nuestra postura: relectura de la posición de Díez-Picazo; una posición sincrética, que no ecléctica.*–4. *Bibliografía.*

1. PREMISAS: LA IMPORTANCIA DE LA NATURALEZA JURÍDICA COMO *POSTERIUS* Y NO *PRIUS* ANTE LA LAGUNA NORMATIVA ESPAÑOLA. LA FRUCTÍFERA EXPERIENCIA DEL ORDENAMIENTO ITALIANO

Una de las cuestiones que más controversia ha suscitado la venta judicial en el seno de la doctrina es la concerniente a su naturaleza jurídica¹. Controversia que en el caso de España debe su razón de ser a la inexistencia de una regulación sustantiva propia y específica del referido instituto, lo que determina la necesidad de integrar tal ausencia con la figura que le sea más afín posible².

Prueba de lo anterior, es la experiencia del Ordenamiento Jurídico italiano, en el seno de cuya doctrina la discusión en torno a la naturaleza jurídica de la denominada «*vendita forzata*», es una viva constante bajo la vigencia del CC italiano de 1865, si bien queda superada con la aparición del Código de 1942 actualmente en vigor, en el que ya sí existe una regulación específica de los efectos de la «*vendita forzata e della assegnazione*», en los artículos 2919 a 2924³.

¹ DÍEZ-PICAZO, L., «Los llamados contratos forzosos», en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 1, 1956, p. 95. En sentido análogo, también SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*, Navarra, 1986, p. 68. En tiempos más recientes, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles*, Barcelona, 2000, p. 64. También, RIVAS TORRALVA, R. A., *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, Madrid, 2012, p. 387. En sentido parecido, MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas*, Madrid, 2008, p. 234. Por parte de la doctrina italiana, MAZZARELLA, F., voz «Vendita forzarta», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XLVI, Milano, 1993, p. 552. También TRAVI, A., «Vendita dei beni pignorati», en Azara, A., y Eula, E. (Directores), *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 20.º (UN-Z), Torino, 1975, p. 636. Asimismo, JACCHERI, E., «Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflessioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, fasc. 3, 1993, p. 793. Finalmente y en tiempos más recientes, LUISO, F. P., *Diritto Processuale Civile*, vol. III, *Il Processo Esecutivo*, 6.ª ed., Milano, 2011, p. 155. También CRIVELLI, A., TENERIFFA, N., «Vendita e assegnazione», en *Diritto Processuale Civile. Esecuzione forzata e processo esecutivo*, Torino, 2012, pp. 451 y ss.

² En este mismo sentido, FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987, p. 37.

³ Acerca de la controvertida naturaleza jurídica de la venta judicial en el seno de la doctrina italiana vid. con detalle nuestro trabajo: *La vendita in sede di espropriazione forzata tra autonomia contrattuale e interessi di rilievo pubblicistico*, Milano, 2014, pp. 6-118. CERINO-CANOVA, A., «Vendita forzata ed effetto traslativo», en *Rivista di Diritto Civile*, fasc. 2, 1980, p. 149, nota n. 47. También JACCHERI, E., *Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflessioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)*..., cit., pp. 793 y 794. En el mismo sentido, TRAMONTANO, R., «La natura giuridica della vendita forzata», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 3, 1995, p. 1131. Asimismo, TEDOLDI, A., voz «Vendita e assegnazione forzata», en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, tomo XIX, Torino, 1999, pp. 653 y ss. Por parte de la doctrina española, también destaca la superación de la controvertida naturaleza jurídica de la venta judicial, gracias a la regulación de sus específicos efectos sustantivos, FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio*..., cit., p. 45, nota n. 135.

En definitiva, es en Italia donde puede decirse que se inicia y se desarrolla en mayor medida el debate en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial, de un modo tan fructífero que llega a cristalizar, como decimos, en el propio texto del CC italiano de 1942, con una regulación expresa de los aspectos sustantivos de la misma. Y ello es lo que justifica que tomemos como modelo continuo de referencia precisamente la experiencia del Ordenamiento italiano (señaladamente, el desarrollo doctrinal que antecede a la promulgación del CC italiano de 1942).

Antes de adentrarnos en el estudio de la polémica naturaleza jurídica de la venta judicial que, como tendremos ocasión de ver, gira en torno a las similitudes y diferencias entre venta judicial y la venta ordinaria, debemos hacer una serie de advertencias en lo que a la naturaleza jurídica en general se refiere por nuestra más autorizada doctrina. A este respecto, como bien señala Espejo Lerdo de Tejada, el empeño por desentrañar la naturaleza jurídica de cualquier institución jurídica «puede parecer vano o superfluo, excesivamente técnico o demasiado intrincado, incluso contraproducente y perjudicial para la correcta aplicación de las consecuencias jurídicas de la figura». No obstante, estos posibles riesgos, a nuestro parecer, no deben hacernos desdeñar el estudio de tal materia, lo cual nos servirá como «clave de interpretación y sistematización»⁴. Además, los riesgos mencionados pueden evitarse teniendo muy presente la advertencia de Jordano Barea, a saber, que la cuestión de la naturaleza jurídica de una determinada institución jurídica no constituye un *prius* del que obtengan consecuencias para su régimen jurídico, sino más bien un *posterius* extraído del estudio del conjunto de su regulación positiva⁵.

La naturaleza jurídica de la venta judicial que en estas líneas desarrollamos no pretende ser la fórmula mágica que llene los vacíos legales que esta figura presenta en el ámbito sustantivo, sino tan solo servir de guía interpretativa para la resolución de los concretos problemas que se presentan mediante la aplicación del conjunto de datos normativos con los que sí contamos. Esto es, y empleando de nuevo las palabras de Espejo Lerdo de Tejada, «no se trata de forzar los datos normativos para tratar de que encajen en una tesis preconcebida, sino de integrar dichos datos en una explicación clara, sencilla y coherente que facilite su asimilación y

Nótese el CC italiano vigente de 1942 se ocupa de los denominados «*Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione*», en la Sección 3.^a del Título IV («*Della tutela giurisdizionale dei diritti*»), del Libro VI («*Della tutela dei diritti*»).

⁴ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo de bienes inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2005, p. 19.

⁵ JORDANO BAREA, J., «Una selección sobre la posesión», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, n.º 4, 1986, p. 1048.

sistematización»⁶. En otros términos, siguiendo a Jordano Barea, «de la naturaleza jurídica de una figura o institución, así entendida, no se puede decir que sea verdadera o falsa, sino más o menos buena, según su virtualidad explicativa o didáctica: si explica todo o casi todo, será magnífica; si explica poco o nada, será pésima». Pretendemos, precisamente, que nuestro análisis de la naturaleza jurídica se justifique en base a su valor explicativo respecto de aquellos vacíos legales que en el caso del Ordenamiento Jurídico español, a diferencia del italiano, siguen existiendo en lo que respecta a los aspectos sustantivos de la venta judicial; esto es, que sea «útil», más allá de «verdadera»⁷.

Hechas estas advertencias, procede ahora adentrarnos en el estudio y sistematización de las principales posturas doctrinales que sobre la cuestión han venido sosteniéndose. Posturas que básicamente pueden sintetizarse bajo las siguientes preguntas: ¿puede la enajenación realizada mediante pública subasta como consecuencia de un proceso de ejecución dineraria llamarse venta? ¿Puede hablarse de la existencia de una venta judicial? De ser así, ¿como tipología de la venta ordinaria o como categoría independiente? Como puede apreciarse, se trata de preguntas de difícil respuesta, en la medida en que nos enfrentamos a una figura compuesta por aspectos procesales y sustantivos; regulada principalmente en la normativa procesal, pero con importantísimas repercusiones en el ámbito sustantivo: se transmite la propiedad del bien objeto de enajenación forzosa⁸, se paga un precio por tal bien, y con ello se salda todo o parte de una deuda inicialmente insatisfecha⁹. En definitiva, siempre se tiene como referencia, como punto de partida, a la propia venta ordinaria, ya que nos encontramos ante una figura en la que existe un cambio de cosa por precio: estos son precisamente los pilares que componen la definición legal de compraventa existente en el artículo 1445

⁶ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo de bienes inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., p. 20.

⁷ En similar sentido PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. II, Barcelona, 1956, p. 66.

⁸ Acerca de la cuestión de la transmisión del derecho de propiedad a través de la venta judicial, con enorme detalle en tiempos recientes *vid.*, nuestro trabajo: *Subasta judicial y transmisión de la propiedad*, Cizur Menor, 2015; también ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La tercería de dominio y el sistema español de transmisión de los derechos reales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 54, 2013-2014, pp. 237-366; y recientemente *La tercería de dominio y la transmisión de inmuebles. La defensa de los derechos reales en la ejecución singular*, Cizur Menor, 2015.

⁹ Esta naturaleza peculiar y heterogénea de la venta judicial, la cual incide en la disciplina procesal y también sustantiva, es destacada acertadamente por JACCHERI, E., *Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflessioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)*..., cit., p. 795. Destaca igualmente los principales efectos sustantivos (además de los procesales) que trae consigo la venta judicial PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 251.

del CC, a cuyo tenor, «por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente». De ahí que acertadamente Franco Arias afirme que la compraventa de Derecho privado constituya «un dato esencial que la doctrina mayoritaria utiliza para delimitar la esencia de la venta en el marco del procedimiento de apremio»¹⁰.

Por todo lo expuesto, adentrarse en la naturaleza jurídica de la venta judicial supone hacer un ejercicio de comparación entre ésta y la venta ordinaria. Ejercicio, que tendremos ocasión de ir vislumbrando a través del estudio de las distintas posturas doctrinales que existen en torno al particular, de lo cual nos ocupamos en el siguiente epígrafe.

2. TEORÍAS DOCTRINALES ERIGIDAS EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA VENTA JUDICIAL: PRIVATISTAS Y PUBLICISTAS

Muchas son las posturas que pueden encontrarse acerca de la controvertida cuestión de la naturaleza jurídica de la venta judicial, cada cual con un matiz específico, si bien por razones de claridad expositiva, trataremos de sistematizarlas agrupándolas en dos grandes categorías: a saber, las teorías que podríamos denominar privatistas, y las teorías publicistas¹¹. Toda labor de sistematización corre el riesgo de incurrir en una excesiva simplificación, de lo que

¹⁰ FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 37.

¹¹ Por parte de la doctrina española, y a grandes rasgos éste es el método seguido por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa*, Pamplona, 1966, pp. 59-121; autor a quien debemos la primera y más brillante sistematización de las teorías existentes en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial. Es también el método seguido por FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., pp. 37-50. Asimismo, *vid.*, SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., pp. 68-89. Igualmente, SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio*, Granada, 1998, pp. 79-107. En el mismo sentido, RIVAS TORRALVA, R. A., *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, Madrid, 2001, pp. 387-389. También ROBLEDO VILLAR, A., *La subasta judicial: el remate*, Barcelona, 1998, p. 150. En tiempos más recientes, MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, tomo II, Valencia, 2004, pp. 1724-1727. Igualmente, LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios*, Granada, 1999, pp. 198-216. De la misma forma, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles*, Barcelona, 2000, pp. 63-90. Asimismo, MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas*, Madrid, 2008, pp. 234-243. En el seno de la doctrina italiana, también se sigue este método por parte de: BONSIGNORI, A., «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione», en *Il Codice Civile Commentario*, dirigido por SCHLENSINGER, P., Milano, 1988, pp. 2-30; MAZZARELLA, F., «Vendita forzarta», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XLVI, Milano, 1993, pp. 552-556; TRAVI, A., *Vendita dei beni pignorati...*, cit., pp. 636-638.

trataremos de huir incluyendo la necesaria y detallada exposición de las diversas posturas.

Debemos advertir respecto a este punto, que la terminología referida encuentra variaciones que a la postre vienen a sistematizar las teorías en base a criterios muy parecidos, tales como aquellos autores que prefieren hablar de posturas contractualistas antes que privatistas, así como de teorías procesalistas en lugar de publicistas.

2.1 TEORÍAS PRIVATISTAS O CONTRACTUALISTAS: SU EXPOSICIÓN, ARGUMENTACIÓN Y CRÍTICA

2.1.1 Formulación

Las teorías privatistas en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial, también denominadas «contractualistas», son aquellas que tienen en común el identificar la venta judicial con un contrato, concretamente con el de compraventa¹². Es evidente, que esa identidad entre la enajenación forzosa llevada a cabo mediante subasta en el seno del proceso de ejecución y la venta ordinaria existe desde el punto de vista de su función económica, pues en ambas tiene lugar un cambio de cosa por precio cierto; idéntica función económica que justificaría su mismo tratamiento jurídico¹³. Como indica Tramontano en similares términos, los partidarios de la postura privatista afirman que a la identidad de función económica de la venta voluntaria y judicial (ambas consisten en un cambio de cosa por precio), debe corresponder la identidad de función jurídica, por lo cual la indiscutible naturaleza contractual de la venta voluntaria determinaría la naturaleza también contractual de la misma venta judicial¹⁴. Por tanto, siguiendo a Guasp Delgado,

¹² MICHELI, G. A., «Esecuzione Forzata», en Scialoja, A., Branca, G. (Coordinadores), *Commentario del Codice Civile*, Bolgona-Roma, 1964, p. 103.

¹³ CARNELUTTI fue de los primeros en hacer hincapié en la semejanza económica entre la enajenación forzosa llevada a cabo mediante la subasta judicial y la venta ordinaria. Entiende que el cambio de bienes por dinero se consigue por la venta y por el arriendo, siendo el medio económico adoptado por el proceso para convertir en dinero los bienes embargados la venta (CARNELUTTI, F. *Lezioni di Diritto Processuale Civile. Processo di esecuzione*, tomo II, Padova, 1932, pp. 221 y ss.). La identidad de función económica entre la venta judicial y la venta ordinaria se presenta comúnmente como primer argumento de las teorías privatistas por parte de los autores. *Vid.*, en este sentido: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 59; FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 37; DE STEFANO, F., «Gli effetti della vendita forzata dopo la riforma del processo esecutivo», en *Esecuzione Forzata*, n.º 4, 2007, pp. 657 y ss.; también GUASP, J., ARAGONESSES, P., *Derecho Procesal Civil*, tomo II, Madrid, 2006, p. 651; JACCHERI, E., *Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflessioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)...*, cit., p. 794.

¹⁴ TRAMONTANO, R., *La natura giuridica della vendita forzata...*, cit., p. 1131. También en este sentido *vid.*, SATTÀ, S., *Commentario al Codice di Procedura Civile*, vol. III,

existe en ambas instituciones una coincidencia en su efecto principal, a saber, la transmisión de un bien a una persona y la adquisición del mismo por otra distinta¹⁵.

Como argumento adicional a favor de esta postura privatista también se erige la propia definición legal que el Código civil, tanto español como italiano, dan de la compraventa¹⁶. En efecto, el artículo 1445 CC define al contrato de compraventa ordinario como aquel en el que «uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que le represente»; el artículo 1470 del CC italiano, por su parte, afirma que «la compraventa es el contrato que tiene por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa o la transmisión de algún otro derecho a cambio de un precio correspondiente»¹⁷. Siguiendo una interpretación literal de tales definiciones, es evidente que la venta judicial o enajenación forzosa tiene perfecta cabida en las mismas: en ella existe una entrega de una cosa (bien subastado), a cambio de un precio (el precio de remate que definitivamente pague el adjudicatario).

A lo anterior, también cabría sumar los numerosos preceptos de nuestro panorama normativo que al hacer referencia a la enajenación forzosa aluden a ella expresamente con el término «venta»¹⁸. En el ámbito español, por lo que concierne al CC, pueden destacarse los artículos siguientes:

– El artículo 1459 CC, que en sede de prohibiciones legales de vender, emplea como sinónimos la venta ordinaria y la judicial,

Processo di esecuzione, Milano, 1959-1965, p. 177; CERINO-CANOVA, A., *Vendita forzata ed effetto traslativo...*, cit., p. 139; MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata», Rescigno, P. (Dir.), en *Trattato di Diritto Privato*, 1.ª Ed., Torino, 1985, p. 224.

¹⁵ GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1955, p. 480. Esta identidad entre la venta ordinaria y judicial en cuanto a sus efectos de transmisión de un bien por una persona y adquisición del mismo por otra, también es destacada por CUBELLS ROIG, E., «La subasta y el retracto *ex lege*», en *Revista General de Derecho*, n.º 584, 1993, p. 4378: «La primera (venta en subasta) es igual a la segunda (venta privada) una vez acordada, porque genera también la transmisión de bienes o derechos (...)». En esta misma línea también VELA SÁNCHEZ, A. J., *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias. Estudio jurisprudencial y doctrinal*, Navarra, 2009, p. 66.

¹⁶ El argumento de la identidad de ambas instituciones partiendo de la definición legal de compraventa es destacado por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 59. También GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 651, destacan este argumento (no por ello pueden calificarse como partidarios de la postura privatista, ya que únicamente destacan este argumento de la postura privatista para después rebatirla). De la misma forma, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 64.

¹⁷ Traducción realizada por el autor del presente trabajo.

¹⁸ GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 651, también destacan este frecuente empleo por parte de la legislación positiva vigente del término «venta» para referirse a la enajenación forzosa que tiene lugar mediante subasta en el seno del proceso de ejecución, como argumento a favor de la tesis privatista.

haciendo referencia a ella bajo el término de «subasta judicial». En efecto, siguiendo el tenor del referido precepto, se afirma que «no podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial...»; es decir, se da por hecho que la enajenación por subasta judicial es una compraventa en toda regla.

– El artículo 1489 CC, concerniente al saneamiento por vicios ocultos y evicción en el ámbito de las ventas judiciales.

– Artículo 1640 CC, referente al ejercicio del derecho de tanteo y retracto por parte de los condueños en la venta judicial¹⁹.

Por lo que respecta a la LEC española, se suele emplear con mayor frecuencia el término «subasta»²⁰, como comprensivo de la enajenación forzosa que tiene lugar en el seno del procedimiento de ejecución dineraria; si bien, en el ámbito preciso de su regulación, pueden encontrarse alusiones al vocablo «venta» en los siguientes preceptos:

– Artículo 558. 1 LEC, que en el seno de la regulación de la «oposición a la pluspetición», afirma que fuera del caso de que la oposición esté exclusivamente fundada en pluspetición o exceso y el ejecutado ponga a disposición del Tribunal, para su inmediata entrega por el Secretario judicial al ejecutante, la cantidad que considera debida, «la ejecución continuará su curso, pero el producto de la venta de bienes embargados, en lo que exceda de la cantidad reconocida como debida por el ejecutado, no se entregará al ejecutante mientras la oposición no haya sido resuelta». Como puede apreciarse, se habla expresamente de «venta» de los bienes embargados.

– Artículo 643. 1 LEC, donde en relación a la subasta de bienes muebles, se afirma que la subasta consistirá en «la venta de uno o varios bienes o lotes de bienes, según lo que resulte más conveniente para el buen fin de la ejecución».

– Artículo 652. 1 LEC, de nuevo en el ámbito de la subasta judicial de bienes muebles, en el que se indica que «finalizada la

¹⁹ Este argumento de las tesis privatistas en torno a la venta judicial basado en la literalidad de ciertos preceptos del CC es destacado por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 62.

²⁰ Ha de advertirse, que el término subasta, según la generalidad de la doctrina, suele tener dos acepciones legales: a saber, una primera en sentido estricto, conforme a la cual, sería «sólo la fase del procedimiento de apremio encaminada a determinar, mediante pública licitación, el precio en que los bienes inmuebles van a ser vendidos, e individualizar la persona que los adquiere» (MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., pp. 62 y 63; por tanto sería el acto procesal anterior a la propia enajenación forzosa); y en sentido amplio, incluiría tanto el acto procesal anterior, como la propia enajenación o transmisión posterior del bien. Al referirnos a la subasta, estamos manejando esta segunda acepción amplia en la que se incluye por parte de la Ley la enajenación o venta forzosa con la que se lleva a cabo la transmisión del bien al adjudicatario, a cambio del pago del precio del mismo por su parte.

subasta, se liberarán o devolverán las cantidades consignadas por los postores excepto la que corresponda al mejor postor, la cual se reservará en depósito como garantía del cumplimiento de su obligación y, en su caso, como parte del precio de la venta». Se identifica, pues, la enajenación forzosa llevada a cabo en el seno de la subasta con el término venta.

– Artículo 653. 1 LEC, que al referirse a la quiebra de la subasta de bienes muebles establece que «si ninguno de los rematantes a que se refiere el artículo anterior consignare el precio en el plazo señalado o si por culpa de ellos dejare de tener efecto la venta, perderán el depósito que hubieran efectuado y se procederá a nueva subasta, salvo que con los depósitos constituidos por aquellos rematantes se pueda satisfacer el capital e intereses del crédito del ejecutante y las costas». Se habla, como puede apreciarse, de carencia de efectos de «la venta», lo cual es ciertamente significativo²¹.

Lo expuesto anteriormente, por lo que respecta a la legislación española. Pasemos ahora a analizar el empleo del término «venta» en el seno del Ordenamiento Jurídico italiano. El CC italiano, como ya se ha anticipado, cuenta con una regulación específica en relación con los efectos «sustantivos» (arts. 2919 a 2929) de la venta judicial, a la que denomina «venta forzosa o forzada»²². Es decir, en los referidos artículos 2919 a 2924 se habla en todo momento de «venta», añadiendo el adjetivo «forzada o forzosa».

Y lo mismo sucede en el «Codice di Procedura Civile» (el equivalente a la LEC en Italia; en adelante CPC italiano), en el Título II («*Dell'espropriazione forzata*»), del Libro III («*Del processo di esecuzione*»), se habla en todo momento de «venta» a secas y de «venta forzada o forzosa»; concretamente en los Capítulos I («*Dell'espropriazione forzata in generale*»), II («*Dell'espropriazione mobiliare presso il debitore*»), III («*Dell'espropriazione presso terzi*») y IV («*Dell'espropriazione immobiliare*»); que abarcan los artículos 483 y ss. del CPC italiano.

²¹ MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, tomo II..., cit., p. 1724, destaca también este argumento de las teorías privatistas, apoyado en el vigente texto de la LEC. Bajo la vigencia de la LEC anterior de 1881, también se empleaba por parte de la doctrina este mismo argumento; *vid.* al respecto, ROBLEDÓ VILLAR, A., *La subasta judicial: el remate...*, cit., pp. 55 y 56.

²² El CC italiano habla expresamente de «vendita forzata» en todo momento en los referidos artículos 2919 a 2929. La mejor doctrina italiana alude expresamente en la argumentación de las posturas privatistas al hecho del dato legislativo, en el que parece aludirse siempre a la figura de la venta ordinaria en la regulación de la venta judicial; así *vid.* PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 265 y 266. Cabe advertir, no obstante, que el autor está refiriéndose al CC italiano de 1865 (la obra que citamos es del año 1935), no al vigente de 1942; si bien, la argumentación viene a ser la misma que se emplea con este último, de ahí que aludamos a ella.

Si se tratase la venta judicial de una verdadera venta ordinaria, podríamos distinguir como contrato que es, unos elementos personales, reales y formales. Los elementos personales, vendedor y comprador, quedarían encarnados por el deudor (o en su defecto por el Secretario judicial²³ responsable de la ejecución, en el caso de España; y el propio Juez, en el caso de Italia) y por el rematante, respectivamente. Los elementos reales vendrían constituidos por la cosa objeto de subasta judicial, previamente embargada, y el precio finalmente pagado por el rematante para adquirirla. Finalmente, en lo que respecta a la forma, ésta será libre en consonancia con el principio «espiritualista» que rige en nuestro Ordenamiento Jurídico en materia contractual²⁴.

2.1.2 Dificultad de las tesis privatistas: la explicación de la ausencia de voluntad del deudor ejecutado y las «forzadas» tesis sostenidas para superarla

Como ya sabemos, los partidarios de la tesis privatista en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial, la identifican con la compraventa ordinaria, esto es, con un contrato. Ahora bien, partiendo de la noción básica de contrato, conforme a la cual éste viene constituido por la concurrencia de, al menos, dos voluntades (en el caso de la compraventa, la voluntad del vendedor y la del comprador), ¿cómo se explica la calificación como contrato de una institución, la enajenación forzosa mediante subasta judicial, en la que la voluntad del que se tiene por vendedor –el deudor ejecutado– no existe? Es más, la venta judicial, no sólo se decreta con ausencia de la referida voluntad del deudor, sino incluso en contra de la misma. He aquí la gran dificultad, a nuestro juicio, como ahora tendremos ocasión de demostrar, insalvable con la que tropiezan las tesis privatistas²⁵.

²³ Con la reforma operada en la LEC por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, el Secretario Judicial asume el protagonismo absoluto en el seno de la subasta judicial, ya que es él quien aprueba el remate y la adjudicación del bien subastado mediante decreto.

²⁴ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 59-61, sigue esta lógica en la delimitación de los elementos propios de la venta judicial en base a la clásica exposición de los mismos que suele hacerse por parte de la doctrina civilista.

²⁵ Son numerosos los autores que destacan esta dificultad prácticamente insalvable a la que se enfrentan los partidarios de la naturaleza contractual de la venta judicial. Así, por parte de la doctrina más clásica en la materia, SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 69. Por su parte, ARANDA RODRÍGUEZ, R., «Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales. Analogías y diferencias entre compraventa y subasta judicial. Estudio a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIX, 1996, p. 902. Igualmente, SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, cit., p. 91. Coincidente resulta tam-

Para superar esta clara insuficiencia que arrojan las tesis privatistas o contractualistas en torno a la venta judicial, los autores partidarios de la misma han ido creando diversas teorías que nuestro parecer se antojan ciertamente artificiosas como tendremos ocasión de demostrar. Las referidas teorías, siguiendo la sistematización acogida por Tramontano en este punto²⁶, pueden agruparse en dos grandes categorías: aquellas que sitúan la figura del vendedor en el propio órgano judicial ejecutivo, y las que lo circunscriben en el acreedor ejecutante.

2.1.2.1 PRIMERA CATEGORÍA DE TEORÍAS TENDENTES A SUPERAR LA AUSENCIA DE VOLUNTAD DEL DEUDOR: EL VENDEDOR ES EL ÓRGANO EJECUTIVO (EXPOSICIÓN Y CRÍTICA)

En esta categoría encontramos en primera posición, siguiendo un orden rigurosamente cronológico, a la denominada «teoría de la representación genérica» sostenida por Carnelutti, quien entiende que la Ley concede al órgano jurisdiccional encargado de la ejecución el poder de representar al ejecutado en el contrato de venta; esto es, el órgano competente (actualmente en España el Secretario judicial y en Italia el Juez), procede a la venta de los bienes en representación del ejecutado. Así pues, la venta judicial sería un verdadero contrato de compraventa en el que el comprador es el rematante adjudicatario y el vendedor el deudor ejecutado, el cual actúa por representación de éste en virtud del poder de representación que le viene conferido por la Ley²⁷.

La teoría de la representación genérica, presenta un gran inconveniente criticado por una gran parte de la doctrina más autorizada, cual es el hecho de que se opone a uno de los pilares característicos propios del instituto de la representación: a saber, ¿cómo puede concebirse un supuesto de representación en el que el representante actúa no sólo sin tener presente el interés del representado, sino incluso pudiendo ir en contra del mismo? El órgano jurisdiccional encargado de la ejecución actúa en interés del acreedor ejecutante, pues la venta judicial trae causa de un proceso de ejecución dineraria ante el incumplimiento voluntario de una deuda no satisfecha por el deudor ejecutado. ¿Cómo puede decirse, pues, que actúa en

bién en esta crítica la doctrina italiana, *vid.* TRAMONTANO, R., *La natura giuridica della vendita forzata...*, cit., p. 1131.

²⁶ TRAMONTANO acuña una inédita sistematización de las teorías privatistas existentes, poniendo el acento en el sujeto que ocupe la posición del «supuesto» vendedor. A estos efectos, *vid.*, TRAMONTANO, R., *La natura giuridica della vendita forzata...*, cit., p. 1131.

²⁷ CARNELUTTI, F., *Lezioni di diritto processuale civile. Vol. II, Processo di esecuzione*, Padova, 1931, pp. 221 y ss.

representación del deudor ejecutado? Como indica Galgano, el representante debe contratar «en interés del representado»: no puede utilizar el poder de representación que le ha sido conferido para realizar, en lugar del interés del representado, su propio interés (o el interés de un tercero –como sucede en el caso de la venta judicial–)²⁸.

Carnelutti, mediante su construcción dogmática viene a crear un nuevo concepto de representación, concretamente y siguiendo sus palabras, entiende el autor que existe representación «cuando el Ordenamiento Jurídico permite que un derecho sea ejercitado o que una obligación sea cumplida por otro que no sea su titular o, más concretamente, el titular del interés que sustancialmente constituye la esencia del derecho o de la obligación»²⁹.

Pero lo anterior no deja de ser una *fictio iuris*, una creación insostenible y exclusivamente concebida para amoldar el instituto de la representación a la tesis que defiende en torno a la naturaleza jurídica. Reiteramos, que no puede existir «representación» sin que a través de la misma el representante actúa en interés del representado³⁰.

En este mismo sentido, merece la pena destacar lo dicho por Pugliatti, abierto opositor a la tesis de la representación de Carnelutti, quien advierte que la finalidad primordial de la representación está en servir a los intereses del representado y, sin embargo la actividad del órgano jurisdiccional en la ejecución, aunque recae sobre el interés del representado, nunca puede afirmarse que tienda a tutelar dicho interés³¹. La función de la representación y de la ejecución son claramente diversas: en la representación se actúa en interés del representado, mientras que en la ejecución se trata de resolver un conflicto de intereses (al resolver un conflicto de intereses, el órgano jurisdiccional debe actuar al margen de los sujetos cuyos intereses se enfrentan)³².

A pesar de tratarse de una teoría superada, como ahora tendremos ocasión de ver, hasta por el mismo Carnelutti, existen autores en la doctrina española que se adhieren a tal postura, señaladamente López Ortiz, quien considera la subasta judicial como un contra-

²⁸ GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, vol. II, 2.^a Ed., Padova, 2010, pp. 430 y 431.

²⁹ CARNELUTTI, F., «Postilla», en *Rivista Trimestrale di Diritto en Procedura Civile*, 1932; traducción obtenida de MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 67, nota n. 33.

³⁰ En similar sentido, TEDOLDI, A., *Vendita e assegnazione forzata...*, cit., p. 4.

³¹ PUGLIATTI, S., «Vendita forzata e rappresentanza legale», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1932, I, pp. 294 y ss.

³² PUGLIATTI, S., «Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1933, I, pp. 425 y ss.

to privado en el que el órgano judicial interviene en forzosa representación³³.

Acabamos de afirmar, que el propio Carnelutti da por superada su teoría de la representación, y ciertamente así lo hace, pues la descarta, quizá como respuesta a las múltiples e insalvables críticas de la que la misma fue objeto, pasando a una nueva teoría que califica como de «sustitución material del juez u órgano ejecutivo, o de representación legal del órgano ejecutivo»³⁴. Esta segunda teoría viene a constituir una clara variante de la anterior, pues conforme a la misma se entiende que a través del embargo, el deudor ejecutado queda incapacitado, sustituyéndole en el ejercicio de sus facultades el órgano ejecutivo. En virtud de este planteamiento, la venta judicial seguiría siendo un contrato de compraventa, celebrado no por el adjudicatario y el deudor (representado por el órgano ejecutivo), sino por el adjudicatario y el propio órgano ejecutivo, que desde el embargo ocupa el lugar del deudor ejecutado. Tratándose de un contrato en el que una de las partes es el órgano jurisdiccional ejecutivo, el autor lo inserta en la categoría de contrato de «Derecho público».

A pesar de que mediante esta teoría Carnelutti logra huir de su preconizada «representación voluntaria», vuelve a caer en lagunas pantanosas, ya que reitera la existencia en cualquier caso de un contrato. En efecto, esta segunda postura de Carnelutti, es también objeto de sólidas críticas.

En primer lugar, porque al decretarse el embargo, el deudor ejecutado no pasa a encontrarse en una suerte de «situación de incapacidad (o mejor dicho, de falta de legitimación) respecto al objeto embargado». Tanto en el Ordenamiento español como en el italiano, el embargo constituye el primero de los pasos del proceso ejecutivo, a través del cual se individualiza el concreto bien sobre el que recaerá el posterior procedimiento de apremio con el que dicho bien se convertirá en dinero. Pero una vez decretado por parte del Secretario judicial, el sujeto propietario del bien en cuestión sigue ostentando todas las facultades integrantes de tal derecho, a saber y en virtud del artículo 348.1.º CC, las de goce (integradas por el uso y disfrute) y disposición (enajenar, gravar e hipotecar). Así se desprende del conjunto de la regulación del embargo por parte de la LEC (el Capítulo III, del Título IV –De la ejecución dineraria–, arts. 584 a 629).

³³ LÓPEZ ORTIZ, L., «Los contratos procesales», en *RGLJ*, n.º 197, 1954, p. 84.

³⁴ CARNELUTTI, F., *Instituciones del Proceso Civil*, vol. III, traducción Sentís Melendo, Buenos Aires, 1960, pp. 35 y 36.

En Italia, lo anterior quizá no resulte con tanta claridad, en la medida en que el deudor embargado, una vez decretado el embargo, en virtud del artículo 492.1.º del CPC italiano debe abstenerse de realizar actos directos sobre el bien objeto de embargo, tendentes a sustraerse de la garantía que el mismo supone para el acreedor ejecutante. Siendo así, se califican de ineficaces frente al acreedor ejecutante, todos los actos de disposición respecto al bien objeto de embargo; pero se trata de una ineficacia relativa, pues el acto en sí mismo sí es válido respecto del resto de terceros³⁵. En definitiva, en Italia, el embargo sí comporta verdaderas limitaciones para el deudor ejecutado, si bien tampoco pueden llegar a calificarse como constitutivas de un estado de falta de legitimación respecto del objeto *stricto sensu* por parte del sujeto en cuestión; de ser así, no podrían ejercitar facultad alguna y los actos dispositivos serían plenamente eficaces, no sólo frente al acreedor ejecutante, sino también respecto a todo tercero³⁶.

En segundo lugar porque si lo que se pretende es explicar de alguna forma el papel que ocupa el órgano jurisdiccional en la venta judicial, no resulta necesario acudir, tal y como apunta acertadamente Bonsignori, al concepto de sustitución o de representación legal por incapacidad del ejecutado, sino que basta acudir a su propia potestad jurisdiccional en virtud de la cual puede coactiva y unilateralmente enajenar el bien³⁷.

Y finalmente, incluso en el caso de que aceptemos la «supuesta» incapacidad a la que queda sometido el deudor ejecutado a partir del embargo, tampoco estaríamos en presencia de un verdadero sustituto o representante legal de este último, ya que no actúa en su interés, sino en el del acreedor ejecutante³⁸.

En el escenario español, existe una clara variante de esta segunda teoría de «sustitución material del órgano ejecutivo», acuñada por Carreras Llansana, que propugna una actuación sustitutiva del órgano ejecutivo en base no a la incapacidad o falta de legitimación del ejecutado respecto del objeto, lo que traería consigo una actuación sustitutiva del órgano ejecutivo, sino en virtud de la legitimación que para el ejercicio de tales actos sobre el bien objeto de

³⁵ Así lo afirma expresamente DI PIRRO, M., *Codice di Procedura Civile illustrato. Dottrina, giurisprudenza, schemi, mappe e tabelle*, Piacenza, 2012, pp. 598 y ss.

³⁶ Así lo afirma MICHELI, G. A., *Esecuzione Forzata...*, cit., p. 105, quien considera que no es verdad que el deudor se convierta en incapaz como consecuencia del embargo ni deba ser asistido de un administrador legal. Asimismo, MAZZAMUTO, S., «L'esecuzione forzata», en Rescigno, P. (Dir.), *Trattato di Diritto Privato*, 2.ª Ed., Torino, 1998, p. 266. E igualmente, SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, cit., pp. 92 y 93.

³⁷ BONSIGNORI, A., *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione...*, cit., p. 7.

³⁸ MICHELI, G. A., *Esecuzione Forzata...*, cit., p. 105.

subasta obtiene de la potestad jurisdiccional de la que es titular. Es decir, el órgano ejecutivo se encuentra a su juicio legitimado para enajenar, celebrando un contrato de compraventa con el rematante, en virtud de su potestad jurisdiccional; potestad pública que le permite actuar como sustituto del responsable en los contratos que integran la realización forzosa³⁹. Al despacharse la ejecución, el órgano ejecutivo (Secretario judicial en España y Juez en Italia) queda investido de una potestad pública que le faculta para realizar válidos actos en el patrimonio del deudor ejecutado. Vende los bienes de este último, celebrando un contrato de compraventa, que podríamos calificar como público o procesal⁴⁰. Esta conexión entre la potestad jurisdiccional del Juez y los contratos que realiza en sustitución del deudor es lo que a juicio de Carreras constituye la «legitimación»⁴¹.

Se aprecia, pues, la diferencia entre la teoría de la sustitución de Carnelutti y la de Carreras Llansana: mientras el primero habla de sustitución como consecuencia de la situación de representación legal que traería consigo la «supuesta incapacidad» del ejecutado a partir del embargo; el segundo aboga por la sustitución como consecuencia del ejercicio sobre el patrimonio del deudor de válidas facultades dispositivas en virtud de la potestad pública jurisdiccional de la que es titular.

La postura de Carreras Llansana tampoco está exenta de críticas por parte de la doctrina española. En ese sentido, comenzando por Gutiérrez de Cabiedes, considera que esta teoría «tampoco satisface plenamente»: en primer lugar, porque no se define lo que se entiende por sustitución material; y en segundo lugar porque en su construcción «se toman conceptos y pareceres que han sido dados para la legitimación procesal, no para la civil». Respecto a esta última objeción, incluso en el caso hipotético de que existiesen

³⁹ CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, pp. 76 y ss. En el seno de la doctrina italiana, encontramos una teoría similar acuñada por DE MARTINI, A., «Profilo contrattuale della vendita forzata nella esecuzione singolare e fallimentare», en *Giurisprudenza Completa della Cassazione Civile*, n.º 3, 1948, pp. 189 y ss. La diferencia de planteamiento por parte de DE MARTINI radicaría en calificar a la compraventa celebrada de «contrato de Derecho privado», a diferencia de CARRERAS LLANSANA, quien lo configura como contrato procesal o de Derecho público.

⁴⁰ MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 72. Nótese que las teorías de sustitución material del órgano ejecutivo dan lugar a la configuración de la venta judicial como un contrato procesal o de Derecho público, que por ello pudieran ser incluidas bajo el epígrafe correspondiente a las teorías publicistas. No obstante, por razón del orden lógico en la evolución del pensamiento de los autores, creemos conveniente incluirlas en el apartado de las teorías privatistas, también denominadas contractualistas como ya hemos tenido ocasión de advertir.

⁴¹ La legitimación, afirma CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes...*, cit., p. 90, «entraña poder que deriva de una posición relativa con respecto al objeto; entraña inicialmente justificación de la potestad de realizar determinados actos, pero por extensión pasa a significar esa potestad en sí misma».

dos legitimaciones, una civil y otra procesal, la legitimación del Juez para vender sería en todo caso procesal, pues se da dentro de un proceso y produce en él directa e inmediatamente sus efectos jurídicos. Por último, objeta el referido autor que el concepto de legitimación, ya procesal o material, «es una cualidad propia y específica de las partes para poder obrar eficazmente, pero nunca del órgano»⁴². En otros términos y siguiendo en este último punto a Solchaga Loitegui, «no hace falta acudir a facultades o poderes propios de otros sujetos (las partes), para fundamentar algo que el juez puede por sí; ni se podría afirmar que el Juez es al mismo tiempo parte a los efectos de la venta»⁴³.

Las insuficiencias apuntadas que traen consigo las teorías de la representación genérica y de sustitución material del Juez, acuñadas por Carnelutti, dan lugar a la aparición de nuevas teorías «privatistas o contractualistas», que en línea de principios, siguen afirmando la identidad de la venta judicial con el contrato de compraventa. No obstante, siguen enfrentándose al mismo obstáculo que las teorías anteriores, a saber, ¿cómo se explica la ausencia de voluntad o consentimiento por parte del deudor ejecutado, supuesto vendedor de seguir los esquemas contractualistas? A este respecto encontramos en siguiente lugar la denominada «teoría de la expropiación del poder de disposición» del deudor ejecutado, propuesta por Chiovenda⁴⁴.

La inteligencia de la antedicha teoría parte de la distinción realizada por August Thon, entre la facultad dispositiva de un derecho y el derecho mismo del que se dispone. Dicha facultad dispositiva es independiente al derecho del que se dispone, no forma parte del mismo. Thon realiza el siguiente paralelismo ilustrativo acerca de su pensamiento⁴⁵: la fuerza del que lanza una piedra es una manifestación del poder físico que no tiene nada que ver con la piedra lanzada⁴⁶.

Siendo así, a través de la ejecución forzosa, concretamente a partir del embargo, el órgano ejecutivo lleva a cabo una expropia-

⁴² GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 73. SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, cit., p. 93, coincide en la misma crítica que GUTIÉRREZ DE CABIEDES. En empleo de un razonamiento similar, LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., p. 205, nota n. 51.

⁴³ SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 71.

⁴⁴ La teoría de CHIOVENDA que analizamos viene reflejada en el estudio: CHIOVENDA, G., «Sulla natura dell'espropriazione forzata», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1926, pp.85-104.

⁴⁵ Vid. THON, A., *Reschtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, pp. 325 a 330, citado por CHIOVENDA en *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1954, p. 342.

⁴⁶ CHIOVENDA, G., *Sulla natura dell'espropriazione forzata...*, cit., p. 85.

ción de la facultad de disposición autónoma, lo cual le faculta para enajenar el derecho de propiedad del bien embargado al tercero adjudicatario; no obstante, lo que se expropia es la facultad dispositiva, no el derecho subjetivo de propiedad que sigue perteneciendo al titular (deudor ejecutado). Pues bien, esta facultad de disposición es la que faculta al órgano expropiante para transmitir el derecho de propiedad en sí mismo.

En este proceso de expropiación en que se cifra la venta judicial, se distinguen dos momentos: uno primero, donde se lleva a cabo la expropiación de la facultad de disposición del deudor ejecutado titular del derecho objeto de venta judicial o forzosa y la atribución de dicha facultad a una persona (el órgano ejecutivo) diversa del titular; y uno segundo, consistente en el acto a través del cual la persona investida de la facultad de disposición (el órgano ejecutivo) ejercita dicha facultad, disponiendo del derecho a favor de una tercera persona (el rematante adjudicatario)⁴⁷.

Conforme a lo anterior, la venta judicial sería un contrato de compraventa celebrado entre el órgano ejecutivo y el tercero adjudicatario, actuando el primero como disponente del derecho de propiedad sobre el bien objeto de venta en virtud de la previa expropiación de la facultad de disposición autónoma llevada a cabo a través del embargo. Es un contrato celebrado por el Estado, pero con características especiales, sobre todo en lo que hace al objeto, ya que enajena un bien perteneciente a un sujeto privado, cuya facultad de disposición ha sido adquirida por el Estado⁴⁸. Es decir, de nuevo una teoría contractualista, que explica la ausencia de consentimiento del propietario de la cosa vendida a través de la expropiación de la facultad de disposición «autónoma» que lleva a cabo el órgano ejecutivo en virtud del poder que le confiere la propia Ley al iniciarse el proceso ejecutivo; y no en virtud de la representación genérica de tal órgano que preconiza Carnelutti⁴⁹.

¿Y cómo se explica esta expropiación de esa «autónoma» facultad de disposición por parte del Estado? A juicio de Chiovenda, ello no debe sorprender, ya que de la misma manera que la capaci-

⁴⁷ CHIOVENDA, G., *Sulla natura dell'espropriazione forzata...*, cit., p. 90.

⁴⁸ CHIOVENDA, G., *Sulla natura dell'espropriazione forzata...*, cit., p. 100.

⁴⁹ En sentido análogo son numerosos autores los que exponen la teoría de CHIOVENDA y con ello damos prueba de la importancia del pensamiento en cuestión; entre otros los siguientes: TRAVI, A., *Vendita dei beni pignorati...*, cit., p. 637. También MAZZARELLA, F., *Vendita forzata...*, cit., p. 555. Igualmente JACCHERI, E., *Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflessioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)*..., cit., p. 794. Por parte de la doctrina española, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 74. Asimismo, SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, cit., pp. 81 y 82. Y en tiempos más recientes, MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 69.

dad genérica de obrar puede ser modificada por un órgano jurisdiccional concurriendo algún tipo de enfermedad mental o incapacidad de autogobierno de la persona; con más razón puede también recortarse o expropiarse una concreta facultad jurídica perteneciente a un sujeto quedando ello justificado por el hecho de constituir una actuación necesaria en aras al buen fin del proceso ejecutivo, a la sazón pilar fundamental de la potestad jurisdiccional (no sólo juzgar, sino también hacer ejecutar lo previamente juzgado)⁵⁰.

En el seno de la doctrina italiana, a destacar el acogimiento de la teoría expropiatoria de Chiovenda por parte de Cicu y Messineo, quienes se declaran expresos seguidores de Chiovenda. En efecto, los referidos autores consideran que en el proceso de ejecución en el que tiene lugar la venta judicial o forzosa se distinguen dos momentos: uno primero, en el que la autoridad judicial expropia al deudor el poder de disposición del derecho (de propiedad) que después venderá; y uno segundo posterior en el que se procede a la venta, que puede calificarse como compraventa verdadera y propia, voluntaria y contractual: las partes de este contrato, que intervienen cada una de ellas con su propia voluntad son, de un lado el tercero adquirente, y del otro lado la pública autoridad, que vende no en nombre y por cuenta del deudor expropiado, sino en nombre propio, en virtud del poder de disposición que le pertenece después de habérselo quitado al deudor (actuando en interés del acreedor expropiante)⁵¹.

Esto es lo que hace a la exposición de la teoría de Chiovenda y la doctrina que se acoge a la misma, veamos ahora las críticas a la misma, las cuales, a nuestro parecer, ponen de manifiesto lo insostenible de la misma.

En primer lugar, la premisa de la que parte el planteamiento de Chiovenda, a saber, la separación entre el poder de disposición en virtud del cual se posee el derecho de propiedad sobre el bien objeto de embargo y posterior venta judicial y el derecho mismo, es difícilmente sustentable. Toda facultad jurídica es parte integrante de un derecho subjetivo, y no puede concebirse sin el mismo de manera autónoma; cierto es que la facultad puede desgajarse de un derecho subjetivo pleno pasando a constituirse en torno a la misma un derecho subjetivo más limitado, si bien en ese caso el derecho inicialmente pleno habrá perdido tal facultad. Poniendo como referente el derecho de propiedad, de todos es sabido que constituye el derecho real más pleno, integrado conforme a la definición legal

⁵⁰ CHIOVENDA, G., *Sulla natura dell'espropriazione forzata...*, cit., p. 95.

⁵¹ CICU, A., MESSINEO, F., *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XXIII, Milano, 1971, pp. 27 y 28.

dada por el artículo 348 CC español y el paralelo artículo 832 del CC italiano, por las facultades de disposición y goce. No obstante, estas facultades pueden desgajarse, pasando a constituir un derecho real limitado, distinguiéndose entonces la «nuda propiedad» y el derecho real limitado en cuestión: por ejemplo, el derecho real limitado de usufructo consiste en la constitución de un derecho real en torno a la facultad de goce. Ahora bien, ese derecho subjetivo de propiedad (nuda propiedad) del que se desgaja la facultad de goce con la que se constituye el derecho real de usufructo, carece ya de dicha facultad jurídica; no puede ya ejercitarse el uso y disfrute respecto del bien objeto del derecho de propiedad (nuda propiedad) en cuestión.

Coinciden en apuntar esta primera crítica gran parte de la más autorizada doctrina española e italiana. Comenzando por la española, Gutiérrez de Cabiedes considera que «la separación entre derecho subjetivo en general y poder de disposición del mismo es artificial y contraria al propio concepto del derecho subjetivo»⁵². En sentido análogo, Solchaga Loitegui rechaza la teoría de la expropiación del poder de disposición por insuficiente, «sobre todo, porque parte de una separación arbitraria y contraria al propio concepto del derecho subjetivo, entre éste en general y el poder de disposición del mismo»⁵³. Y en el seno de la doctrina italiana, por todos puede citarse principalmente a Pugliatti, quien sostiene que la facultad de disposición no es cosa distinta que el derecho de cuyo contenido forma parte, en la medida en que el derecho subjetivo no es otra cosa que una *facultas* resultante de la síntesis de toda una serie de singulares facultades, entre las que se comprende la facultad dispositiva; un derecho subjetivo, conforme al pensamiento del autor, sin las facultades integrantes del mismo no puede existir, sino como mera forma vacía, como mera abstracción⁵⁴.

En segundo lugar, también puede objetarse a la tesis de Chiovenda lo apuntado acertadamente por Gutiérrez de Cabiedes, a saber, que incluso en el caso de que se considere la facultad de disposición como una facultad genérica perteneciente a la personalidad de todo sujeto, en virtud de la cual dispone de todos los derechos subjetivos de los que es titular (cada uno de ellos integrados por otra paralela facultad dispositiva integrante del mismo), tampoco resulta sostenible hablar de la expropiación de tal facultad gené-

⁵² GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 77.

⁵³ SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 69.

⁵⁴ PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 286.

rica, ya que, como el mismo autor de esta teoría afirma, «es un derecho de la personalidad y éstos por naturaleza son inalienables»⁵⁵.

Como tercera crítica a la tesis de la expropiación del poder de disposición en la que también coinciden los autores puede indicarse que la referida teoría presupone una hipotética situación de limitación de la capacidad genérica de obrar a través del embargo. Ciertamente, conforme al planteamiento del autor, la facultad de disposición forma parte integrante del general derecho de la personalidad, y a partir del embargo, se produce la restricción de ese derecho, expropiándose una facultad integrante del mismo que pasa a formar parte del Estado, representado por el órgano ejecutivo. Esto es, apareja al embargo como efecto, la privación del poder de disposición. Y ello es plenamente insostenible en base al Derecho positivo español e italiano vigente, pues como ya hemos tenido ocasión de demostrar en páginas anteriores, el titular del bien objeto de embargo sigue manteniendo intactas a pesar de su traba las facultades integrantes del derecho de propiedad sobre el que tiene por objeto a tal bien⁵⁶.

En cuarto lugar, cabe preguntarse ¿qué sentido tiene hablar de una expropiación de la facultad de disposición por parte del Estado, con el fin último de transmitir el derecho de propiedad mismo al tercero adjudicatario, cuando podría directamente expropiar el derecho de propiedad en sí mismo? Como bien indica Pugliatti en este punto, si se reconoce la posibilidad de una intervención estatal autónoma en la expropiación de la facultad dispositiva, no concurre razón alguna para negar la expropiación del derecho subjetivo *in toto*⁵⁷. En otros términos, si se puede admitir la expropiación de la facultad de disposición y la atribución al órgano público (órgano ejecutivo) en virtud de la Ley, para que pueda transmitir a un tercero el derecho de propiedad mismo del que proviene dicha facultad dispositiva, puede también y de manera mucho más simple (eliminando una inútil ficción) afirmarse la propia expropiación del derecho de propiedad mismo⁵⁸. Una nueva insuficiencia, pues, de la

⁵⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 79.

⁵⁶ Coinciden en destacar la referida crítica los siguientes autores: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 76. También SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio...*, cit., pp. 92 y 93; ASIMISMO, MICHELI, G. A., *Esecuzione Forzata...*, cit., p. 106. Igualmente, MAZZARELLA, F., *Vendita forzata...*, cit., p. 555.

⁵⁷ PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 286. Se suma a la crítica también TRAVI, A., *Vendita dei beni pignorati...*, cit., p. 637.

⁵⁸ PUGLIATTI viene a sostener los mismos términos, pero para justificar finalmente que el Estado está facultado para transmitir coactivamente el bien a una tercera persona, sin necesidad de hacerse previamente propietario de ese bien o titular de la facultad de disposición sobre el mismo. Ello forma parte de la denominada «teoría del trasferimento coactivo» acuñada por el referido autor, de la que nos ocuparemos posteriormente al analizar las denominadas «posturas o teorías publicistas». Así, *vid.* PUGLIATTI, S., *Esecuzione*

teoría de la expropiación del poder de disposición de Chiovenda, que resulta, como ya anticipamos al iniciar la exposición de las críticas a la misma, ciertamente insostenible.

2.1.2.2 SEGUNDA CATEGORÍA DE TEORÍAS TENDENTES A SUPERAR LA AUSENCIA DE VOLUNTAD DEL DEUDOR: EL VENDEDOR ES EL ACREEDOR EJECUTANTE (EXPOSICIÓN Y CRÍTICA)

Como ya advertimos al iniciar la exposición de las posturas que venimos a denominar como «contractualistas», la dificultad esencial que las mismas presentan no es otra que la justificación de la ausencia de voluntad del deudor ejecutado. Decíamos, igualmente y siguiendo en este punto el razonamiento sistemático de Tramontano, que este obstáculo se pretende salvar por parte de los autores, intentando individualizar la figura del vendedor en el órgano ejecutivo (planteamientos analizados en el epígrafe precedente), o en el mismo acreedor ejecutante⁵⁹. Pues bien, es este segundo grupo de teorías doctrinales, a saber, aquellas que pretenden salvar la ausencia de voluntad del deudor ejecutante individualizando la figura del vendedor en el acreedor ejecutante, de la que pasamos a ocuparnos en el presente apartado.

En base a lo anterior, debemos partir de la denominada «teoría del mandato voluntario» sostenida por Mirabelli⁶⁰ y posteriormente por Tendi⁶¹, en virtud de la cual se entiende que el deudor, al obligarse, implícitamente otorga su voluntad para la constitución de un contrato de mandato especial para vender en favor del acreedor respecto de todo su patrimonio, quedando este último facultado para ejercitar ese *ius vendendi* sobre el mismo (el patrimonio en su conjunto) para el cumplimiento de tal obligación. Es decir, implícitamente al obligarse, todo deudor asume la eventualidad de que ante el incumplimiento de la obligación asumida y en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal, el acreedor quedará facultado para vender cualquiera de los elementos activos de su patrimonio; y la actuación del acreedor queda legitimada en virtud de un contrato de mandato especial voluntariamente celebrado por el propio deudor a su favor, si bien tal voluntad en la cele-

forzata e diritto sostanziale..., cit., p. 286. En términos similares, coincide en apuntar esta crítica MAZZARELLA, F., *Vendita forzata...*, cit., p. 555. Igualmente, BONSIGNORI, A., *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione...*, cit., p. 10, justifica la posibilidad de expropiar directamente el derecho subjetivo mismo, en ejercicio a la potestad jurisdiccional con la que cuenta el Estado.

⁵⁹ TRAMONTANO, R., *La natura giuridica della vendita forzata...*, cit., p. 1131.

⁶⁰ MIRABELLI, G., *Del diritto dei terzi*, Torino, 1889, p. 308.

⁶¹ TENDI, G. B., *Trattato teorico pratico della compravendita*, II, Firenze, 1906, p. 73.

bración del contrato no es expresa o *ad hoc*, sino que se deduce implícitamente de la voluntad inicialmente prestada al asumir la obligación⁶².

Teoría que nos parece ciertamente insostenible desde muchos puntos de vista. En primer lugar, porque en el empeño por explicar la ausencia de voluntad del vendedor, haciendo radicar la misma en la actuación en concepto de mandatario por el acreedor, se deja al margen la intervención y el papel del órgano ejecutivo. ¿Cómo se explica el impulso procesal a cargo del órgano ejecutivo sin el cual la transmisión del bien objeto de venta judicial no se produce?

En segundo lugar, la teoría doctrinal del mandato voluntario se opone a una serie de principios básicos integrantes de la esencia del contrato de mandato. En efecto, como bien indica Díez-Picazo en consonancia con el resto de la doctrina, la relación jurídica que nace del contrato de mandato «encuentra su base y su fundamento en un vínculo de confianza y de fidelidad entre mandante y mandatario»⁶³. Asimismo, el contrato de mandato puede celebrarse, de acuerdo con el artículo 1710 del CC español (no existe artículo paralelo en el CC italiano) de manera expresa o de manera tácita; siendo tácito aquel mandato «que resulte de *facta concludentia*, es decir, de hechos del mandante y del mandatario que presupongan necesariamente la voluntad de celebrar el contrato»⁶⁴. Siendo así, ¿cómo puede deducirse una voluntad tácita por parte de todo deudor al obligarse en aras a la constitución de un contrato que trae consigo una relación jurídica basada en la confianza y fidelidad? No parece que ello sea factible bajo ningún punto de vista. Es más, ese vínculo de confianza y fidelidad que subyace bajo el contrato de mandato alcanza una importancia tal que viene a repercutir poderosamente en todo el régimen jurídico de la institución; entre otros aspectos, influye en lo que a las causas de terminación de la relación se refieren: en general, toda pérdida de confianza debe generar una posible finalización de la relación, de ahí que exista como singularidad de esta figura contractual la posibilidad de que el mandante pueda revocar el mandato unilateralmente en cualquier momento⁶⁵ (*ex arts. 1732.1.º y 1733 del CC español*;

⁶² PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 272.

⁶³ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV, 1.ª Ed., Navarra, 2010, p. 475. En el mismo sentido, en la doctrina italiana *vid.* por todos GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, vol. II..., cit., p. 699.

⁶⁴ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., cit., p. 473.

⁶⁵ Coinciden en destacar el peso que tiene la confianza subyacente en el contrato de mandato como fundamento de su posible revocación unilateral en cualquier momento por parte del mandante: Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV..., cit., p. 475. Igualmente, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. II, Barcelona, 1956, p. 375.

y 1722.2.º y 1723.1.º del CC italiano⁶⁶). En base a ello y retomando la crítica a la «teoría del mandato voluntario», ¿cómo puede concebirse la existencia de un contrato de mandato que no resultará revocable por parte del mandante –en el caso de la venta judicial, el deudor ejecutado–, cuando el mandato debe ser revocable por naturaleza? Ciertamente es que puede pactarse la irrevocabilidad del mandato (posibilidad admitida doctrinal y jurisprudencialmente en España, y en sede de Derecho positivo en Italia –*ex art. 1723.1.º del CC italiano*–), si bien en el caso de la venta judicial es evidente que ese pacto es inexistente, de forma que llegaríamos a una suerte de mandato irrevocable impuesto forzosamente lo cual se opone frontalmente a la esencia misma de la figura contractual en cuestión.

Finalmente, de seguir la «teoría del mandato voluntario», entrarían en conflicto la regulación procesal y sustantiva de la venta judicial (tanto en España como en Italia, como ahora tendremos ocasión de ver), en lo que respecta a la posibilidad de que el adjudicatario, «supuesto» comprador conforme al esquema contractualista que rebatimos, sea el propio acreedor ejecutante (recordamos que es el que ocuparía la posición de «mandatario»). Desde el plano procesal, tanto en España como en Italia, pueden actuar como postor y eventual adjudicatario del bien objeto de venta judicial, el respectivo acreedor ejecutante⁶⁷. Mientras que en el plano sustantivo y acudiendo a la regulación del contrato de mandato,

⁶⁶ Nótese que el CC italiano contiene una importante variante en sede positiva respecto del CC español, a saber, contempla expresamente la posibilidad de que el mandato sea irrevocable, únicamente cuando así se haya pactado expresamente por mandante y mandatario. Es decir, se permite la posibilidad de renuncia a la revocabilidad con la que por esencia y regla general cuenta a su favor el mandante. En ese caso, como puede apreciarse por el tenor del precepto descrito, el mandato no podrá revocarse, salvo que concurra causa que lo justifique. Con ello se da muestra de que el mandato es natural y esencialmente revocable, aunque puede excepcionalmente pactarse su irrevocabilidad, si bien fruto de su carácter natural es la posibilidad incluso en ese caso de revocarse cuando concurra justa causa. En el Ordenamiento Jurídico español el pacto de irrevocabilidad del mandato no se contempla positivamente en el CC, si bien la generalidad de la doctrina y jurisprudencia (ha sido un tema objeto de la correspondiente polémica, cuya exposición excede de los contornos de nuestra crítica a la «teoría del mandato voluntario» en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial) entiende que «es posible pactar expresamente su irrevocabilidad, pues se alega que la revocación es un derecho del mandante que puede ser renunciado conforme al artículo 4 del CC español» (ESPÍN CÁNOVAS, D., «Derecho Civil Español», vol. III, *Obligaciones y Contratos*, 3.ª Ed., Madrid, 1969, p. 572; quien cita a su vez en apoyo de la postura en cuestión a CASTÁN, destacando como opositor al planteamiento mayoritario –es decir, en contra de la posibilidad de pactar la irrevocabilidad del mandato–, a SÁNCHEZ ROMÁN y MANRESA). En sentido análogo y en tiempos más recientes afirma DE PABLO CONTRERAS, P., «El mandato», en Martínez de Aguirre Aldaz, C. (Coord.), *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2011, p. 723.

⁶⁷ En el Ordenamiento Jurídico español, la posibilidad de que el acreedor ejecutante actúe como postor en la subasta judicial y pueda llegar a ser adjudicatario se deduce de los artículos 647. 2.º; 650. 2.º, 3.º y 4.º; 65; 670. 2.º, 3.º y 4.º; y 671 de la LEC. En el Ordenamiento Jurídico italiano dicha posibilidad se establece de manera aún más expresa en el artículo 579. 1.º del CPC.

existe tanto en España como en Italia igualmente una prohibición genérica impuesta al mandatario de adquirir por compra los bienes propiedad del mandante⁶⁸. Si el acreedor ejecutante debe ser el mandatario conforme a la «teoría del mandato voluntario» del deudor ejecutante (propietario y mandante), ¿cómo casa el supuesto admitido procesalmente con la prohibición sustantiva expuesta? Se trata de una contradicción definitivamente insuperable, sobre todo en lo que concierne a las ventas judiciales como ahora veremos. En efecto, a pesar de lo polémico de la interpretación de la prohibición de vender a la que estamos haciendo referencia, de lo que no existe duda alguna es que la prohibición impera con toda fuerza (así lo entiende la doctrina de forma uniforme y pacífica) en el ámbito de las ventas judiciales o subastas; fruto de ello es el propio tenor literal del artículo 1459.2.º del CC español y del respectivo artículo 1471.4.º del CC italiano, en los que se hace expresa mención a la prohibición del mandatario de adquirir bienes del mandante particularmente en subasta pública o judicial. Asimismo, una breve ojeada al Derecho comparado refuerza lo anterior, particularmente en lo que hace a los Códigos Civiles francés y holandés en los cuales lo que se prohíbe expresamente al mandatario es «resultar adjudicatario» y ello bajo pena expresa de nulidad.

Expuesta y rechazada la teoría contractualista del «mandato voluntario», pasamos a analizar la segunda de las tesis contractualistas que tratan de salvar la ausencia de voluntad del deudor ejecutado individualizando la figura del vendedor en el acreedor ejecutante, cual es la denominada «teoría de la prenda del acreedor» sobre el patrimonio del deudor de Rocco⁶⁹. De acuerdo con esta teoría, la actuación judicial a través de la cual se lleva a cabo la venta forzosa del bien objeto de embargo se explica «como la realización del derecho de prenda general del acreedor, adquirido sobre los bienes del deudor»⁷⁰. La inteligencia del planteamiento sería la siguiente: el deudor al incumplir la obligación voluntariamente asumida, concede correlativamente al acreedor una acción ejecutiva y con ella un *ius vendendi* sobre todos los bienes del deudor; y ¿cómo se configura técnicamente ese derecho a vender sobre

⁶⁸ La prohibición de comprar bienes propiedad del mandante que corre a cargo del mandatario se establece, en el caso de España, en el artículo 1459. 2.º CC español. En el caso de Italia, la anterior prohibición se contiene en el artículo 1471. 4.º CC italiano.

⁶⁹ ROCCO, A., *Il fallimento*, (ristampa dell'edizione del 1917), Milano, 1962, pp. 31 y ss.; también por parte del mismo autor: «Studi sulla teoria generale del fallimento», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1910, pp. 674 y ss. Teoría de la prenda del acreedor seguido igualmente por cierta doctrina alemana, concretamente por KOHLER, J., *Prozessrechtlich forschungen*, 1882; citado por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 79, nota n. 172.

⁷⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 79.

los bienes del deudor? como una suerte de derecho de prenda del acreedor sobre dichos bienes. Derecho de prenda, que como derecho real de garantía, concede un derecho a la realización cuya ejecución corre a manos del órgano ejecutivo en virtud de su potestad jurisdiccional. Se justifica así la actuación del órgano ejecutivo, quien ejercita el derecho a la realización sobre el patrimonio del deudor del que es titular el acreedor en virtud de un derecho de prenda general sobre el mismo.

Con ello cerramos el razonamiento del referido autor italiano, a nuestro juicio refutable desde muchos puntos de vista, fundamentalmente porque con él se desnaturalizarían los rasgos definitorios del derecho de prenda, esto es, se crearía una prenda *ad hoc* con características que nada tienen que ver con las propias de la prenda configurada legalmente. Veamos a qué nos referimos.

En primer lugar, la prenda, como derecho real de garantía, se constituye en virtud de un contrato de naturaleza real⁷¹. ¿Existe ese contrato en el caso de la venta judicial? ¿Acaso puede decirse que el deudor al asumir voluntariamente su obligación presta paralelamente su consentimiento a la constitución de un eventual y futuro derecho de prenda «general» sobre su patrimonio para el caso en que incumpla? En absoluto. Además, se trata de un contrato necesariamente real, es decir, que el traspaso posesorio es condición *sine qua non* para la constitución del derecho de prenda; traspaso que no se da en la venta judicial. El deudor ejecutado no pierde la posesión del bien hasta que no se hace efectiva la transmisión del derecho embargado y posteriormente vendido judicialmente; la transmisión posesoria no es ni mucho menos efecto directo de la traba del embargo, antes bien, el bien embargado sigue en manos del deudor, quien no pierde facultad alguna sobre el derecho de propiedad que recae sobre el mismo, como ya hemos tenido ocasión de reiterar en páginas anteriores. Por tanto, el derecho de prenda en sentido técnico no vería la luz en ningún caso en el seno de la venta judicial.

Asimismo, otro de los rasgos definidores del derecho de prenda, es que constituye un derecho real de garantía que tiene por

⁷¹ El traspaso posesorio como requisito de perfección del contrato constitutivo del derecho de prenda viene determinado en el artículo 1863 CC español. Así se dispone igualmente en el CC italiano, concretamente en su artículo 2786. 1.º Entrega de la cosa como elemento constitutivo de la prenda a la que también hace referencia la doctrina de forma unánime; entre otros, *vid.*, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, 4.ª Ed., Madrid, 2001, p. 59. En el mismo sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La prenda», en Clemente Meoro, M. (Coord.), *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, 2.ª Ed., Valencia, 2001, p. 442. E igualmente por parte de la doctrina italiana, GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, vol. III, 2.ª Ed, Padova, 2010, pp. 335 y 336.

objeto únicamente bienes de naturaleza mobiliaria⁷²; ¿cómo se explicaría la existencia de ese «supuesto derecho de prenda general» sobre aquellos bienes integrantes del patrimonio del deudor que sean inmuebles; debería hablarse entonces de una hipoteca (derecho real limitado de garantía indicado para los bienes inmuebles, para cuya constitución exige de su inscripción en el Registro de la Propiedad)? Nueva insuficiencia insalvable de la teoría de Rocco.

Por otra parte, la prenda, como derecho real de garantía, necesaria y únicamente puede recaer sobre un específico bien, no sobre un conjunto indeterminado de bienes; y concede un *ius prelationis* en lo que respecta a la venta del bien en cuestión respecto a los restantes acreedores. El sentido que tiene la garantía real no es otro que afectar un específico bien al cumplimiento de un crédito, de modo que ante su incumplimiento, podamos dirigirnos directa y privilegiadamente contra el mismo. Ninguno de estos rasgos concurre en la venta judicial, en la que se estaría afectando a una generalidad de bienes (el patrimonio activo en su conjunto), sin ostentar privilegio especial sobre ninguno de ellos de cara al ejercicio del «supuesto» *ius vendendi* del acreedor ejecutante⁷³. Basten estas líneas para apreciar lo insostenible del planteamiento de Rocco.

Hasta aquí la exposición de las posturas que tratan de reconducir la venta judicial a esquemas contractualistas⁷⁴, las cuales entendemos insostenibles, pues la falta de consentimiento de una de las «supuestas» partes contractuales (esencial para que exista la idea de contrato), el deudor ejecutado vendedor, no puede ser salvada bajo ningún concepto.

⁷² La prenda es un derecho real de garantía exclusivamente mobiliario, así se dispone de manera expresa en el CC español, en su artículo 1864. Y así lo dispone igualmente el artículo 2784. 2.º del CC italiano.

⁷³ Coincide en destacar esta crítica GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 81 y 82. Del mismo modo, SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., pp. 69 y 70. Igualmente, LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., p. 205, nota n. 51. En sentido similar, por parte de la doctrina italiana, PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 295 y 296.

⁷⁴ Junto a los autores expuestos a lo largo de este apartado, también pueden incluirse en el apartado de «los contractualistas», a los siguientes: RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Cáceres, 1997, pp. 176 y 177; NADAL GÓMEZ, I., *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Madrid, 2001, p. 304; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español*, T. III, vol. 1, Barcelona, 1966, pp. 616 y 617; DE DIEGO, C., *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. II, Madrid, 1959, p. 190; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982, pp. 201 y 202; GIMENO PÉREZ LEÓN, F. J., «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la subasta (procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Adjudicación en primera subasta de la finca y aprobación del remate. Posterior comparecencia del deudor hipotecario aportando documentos privados justificativos del pago de la deuda y ulterior otorgamiento de carta de pago por entidad acreedora», en *La Ley*, n.º 552, 1990, pp. 6399-6401.

2.2 TEORÍAS PUBLICISTAS

Analizadas las que hemos venido a denominar como «teorías privatistas o contractualistas», que hacen girar la naturaleza de la venta judicial en torno a la noción de contrato y, particularmente, el contrato de compraventa; y estudiadas sus insalvables insuficiencias, entre las que destaca la injustificable ausencia de la voluntad del «supuesto» vendedor ejecutado, pasamos ahora a desarrollar el segundo gran bloque de teorías en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial, a saber, las llamadas «teorías publicistas o procesalistas».

En efecto, ante las deficiencias demostradamente insuperables que se derivan de la pretendida inclusión de la venta judicial en los esquemas del contrato de compraventa, comienzan a erigirse mayoritariamente posturas doctrinales que intentan comprender y definir la esencia de la venta judicial en base exclusivamente al propio proceso⁷⁵; de ahí su denominación.

Si las posturas contractualistas hacen girar la venta judicial en torno a la noción de contrato, las publicistas o procesalistas la explican desde el proceso, haciendo hincapié en el elemento de imperio que distingue la actuación del órgano ejecutivo⁷⁶. Lo que caracteriza, pues, a la venta judicial, conforme a este planteamiento, es su carácter procesal, por tanto público, siendo primordial la actuación que el órgano ejecutivo lleva a cabo en virtud de la potestad jurisdiccional del que es titular. Como bien indica Mazzamuto, el acento recae ahora sobre la imparcialidad del órgano ejecutivo, sobre el procedimiento como típica manifestación de la actividad jurisdiccional, y sobre el interés público que preside la actuación ejecutiva y que ya de por sí sirve para distinguir claramente la venta judicial de la venta ordinaria⁷⁷.

Estas son las premisas que presiden la inteligencia de las nuevas posturas doctrinales, si bien no todas ellas pueden ser agrupadas unitariamente bajo las mismas, pues muchas tienden, a nuestro juicio y como tendremos ocasión de demostrar, acertadamente, a otorgar cierta relevancia a los innegables aspectos sustantivos que encierra la venta judicial, no circunscribiéndose, pues, exclusivamente al proceso. En este sentido y con el inevitable riesgo de caer en simplificaciones excesivas, podemos sistematizar las teorías doctrinales de los autores en cuatro grandes categorías:

⁷⁵ FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., pp. 40 y 41.

⁷⁶ TRAMONTANO, R., *La natura giuridica della vendita forzata...*, cit., pp. 1131 y 1132.

⁷⁷ MAZZAMUTO, S., *L'esecuzione forzata* (2.ª ed.)..., cit., pp. 266 y 267.

– Aquellas teorías que podemos calificar como «puramente publicistas o procesalistas», en la medida en que sólo parten del proceso y sólo otorgan relevancia a la actuación del órgano ejecutivo.

– Teorías publicistas o procesalistas que admiten la aplicación por analogía del régimen de figuras sustantivas.

– Las teorías que partiendo del proceso, comienzan a otorgar cierta relevancia a los aspectos o efectos sustantivos que la venta judicial trae consigo.

– Y finalmente, las teorías que afirman claramente la naturaleza jurídica compleja (procesal-sustantiva) de la venta judicial, intentando homogenizar los aspectos procesales y sustantivos de la misma.

Esta es la sistematización que acuñamos y que pasamos ahora a desarrollar mediante la exposición de los distintos y numerosos planteamientos doctrinales.

2.2.1 Teorías puramente publicistas o procesalistas

En este primer bloque incluimos a todos aquellos autores que sólo ven en la venta judicial una suerte de acto procesal llevado a cabo de forma unilateral por el órgano ejecutivo, a través del cual se produce la entrega de la cosa al tercero adjudicatario; de modo que la actuación de las restantes personas intervinientes lo único que hacen es integrarse en la formación del acto «directa o indirectamente, ayudando a que el acto cumpla su finalidad, pero sin añadir o restarle su valor, que depende en exclusiva del órgano jurisdiccional»⁷⁸. En base a esta inteligencia, el único texto legal que debe servir como referencia en relación a la venta judicial es la Ley de Enjuiciamiento Civil (o el equivalente *Codice di Procedura Civile* italiano), en consonancia con la naturaleza puramente procesal predicable de la institución en cuestión.

Por parte de la doctrina española, el primero de los autores que puede citarse en el seno de este primer grupo es a Gutiérrez de Cabiedes, que como ya hemos reiterado en páginas precedentes, es de los primeros que lleva a cabo en España una exhaustiva exposición sistemática de las posturas principales existentes acerca de la naturaleza jurídica de la venta judicial. El referido autor, como bien indica Franco Arias⁷⁹, reduce la venta judicial a la resolución judicial mediante la que el órgano ejecutivo lleva a cabo la enajenación

⁷⁸ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 97.

⁷⁹ FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 43.

forzosa del bien. Esta resolución es la que opera la entrega de la cosa, no instantáneamente, sino condicionada a la concurrencia de una serie de hechos futuros establecidos legalmente (pago del precio y entrega del bien al tercero rematante). Es exclusivamente el órgano ejecutivo el que solo y unilateralmente, sin contar para nada con la voluntad del rematante, lleva a cabo la enajenación. De esta forma, la venta judicial se presenta como un verdadero acto procesal, unilateral y jurisdiccional que depende exclusivamente del órgano jurisdiccional ejecutivo⁸⁰.

Se entiende, así, la definición que Gutiérrez de Cabiedes da de la enajenación forzosa que tiene lugar a través de la venta judicial, como «un acto procesal de carácter dispositivo, que la Ley liga a la aprobación del remate, en que fijados los sujetos, el objeto y el precio a través de la subasta anterior, el Juez, en virtud de su jurisdicción y competencia y en cumplimiento de las Leyes transfiere el dominio al mejor postor previamente conocido en la subasta, una vez que éste entregue el precio que se comprometió a satisfacer y se cumplan las otras condiciones señaladas por la Ley⁸¹».

Se niega, de este modo, la necesidad de acudir a figuras o institutos extraños para justificar la actuación del órgano ejecutivo, el cual actúa exclusivamente en cumplimiento de su función jurisdiccional en su fase decisoria o ejecutiva. Asimismo, se califica la actuación de los restantes sujetos intervinientes (acreedor ejecutante, deudor ejecutado y rematante) en base a la noción de «condición suspensiva», en la medida en que la adquisición de los derechos que forzosamente se transmiten dependerá del acontecimiento que constituya la condición: en nuestro caso, afirma el autor, la consignación del precio y la entrega de la cosa⁸².

Badenes Gasset, por su parte, rechaza igualmente de forma tajante el encaje de la venta judicial en los esquemas del contrato de compraventa⁸³, pues es «obvio que el Juez no es un vendedor, que la relación que tiene lugar no es la propia de un contrato de compraventa y que el adquirente no es un auténtico comprador»⁸⁴. Partiendo de ese rechazo inicial a las tesis contractualistas de la

⁸⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 96 y ss.

⁸¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 120

⁸² GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 108. SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles...*, cit., p. 73, se opone a la explicación que GUTIÉRREZ DE CABIEDES da de la posición de los restantes sujetos cuya intervención es necesaria para el buen fin de la venta judicial, y ello en base a que en coherencia con tal planteamiento, a su juicio, erróneo, lo lógico sería afirmar que nos encontraríamos ante una adquisición originaria y no derivativa como proclama GUTIÉRREZ DE CABIEDES.

⁸³ BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, tomo I, 3.ª edición, Barcelona, 1995, p. 258.

⁸⁴ BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, tomo I, cit., p. 259.

venta judicial, acoge fielmente a la postura sostenida por Gutiérrez de Cabiedes, en la medida en que a su parecer, «la estructura del acto alienativo y los efectos producidos por la aprobación del remate en cuanto a la consignación del precio y la entrega de la cosa enajenada, excluyen que en la regulación de la enajenación forzosa pueda afirmarse la existencia de una compraventa otorgada por el Juez y el rematante de la subasta»⁸⁵.

Guasp y Aragoneses siguiendo esta misma orientación que sólo explica la venta judicial en los términos del proceso y, por tanto, en base exclusiva a la normativa procesal, entienden que la venta judicial puede ser calificada como un verdadero «acto procesal y, más concretamente, un acto de instrucción del proceso de ejecución, puesto que es un acto de realización forzosa según se deduce de su concepto»⁸⁶.

Resulta interesante observar los motivos por los cuales los referidos autores rechazan con toda claridad la asimilación de la venta judicial a una compraventa voluntaria, esto es, a un negocio jurídico privado. En efecto, no se limitan a resaltar el archiconocido y básico argumento de la injustificable ausencia de voluntad del deudor ejecutado «supuesto vendedor», sino que van más allá, negando la posibilidad misma de la existencia de la categoría genérica de «negocio jurídico» en el ámbito procesal. A este respecto, afirman los autores que «no hay en el Derecho procesal verdaderos negocios jurídicos», ya que las partes del supuesto negocio se ven intermediadas constantemente por la voluntad del órgano judicial correspondiente, lo que impide atribuir a sus declaraciones de voluntad los efectos jurídicos inmediatos que son propios de los negocios jurídicos. Afirmación que resulta aún más evidente en relación al contrato, que supone por esencia una igualdad entre los contratantes, «al cual repugna el principio de la jerarquía subjetiva, característica de la institución procesal». No hay, pues, verdaderos negocios jurídicos ni contratos procesales⁸⁷.

El enunciado argumento toca una controvertida cuestión hoy en parte superada, que ha sido objeto de verdaderos ríos de tinta por parte de la doctrina clásica, cual es la posible admisibilidad de la figura del «negocio jurídico procesal». Siguiendo a Vittorio, puede decirse que se trata de una figura elaborada por primera vez por la doctrina alemana, bajo la influencia de la pandectística. Figura que fue acogida por gran parte de la doctrina procesalista italiana más influyente, si bien en la actualidad puede decirse que ha sido rele-

⁸⁵ BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, tomo I, cit., p. 259.

⁸⁶ GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 650.

⁸⁷ GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 651.

gada a un «mero expediente definitorio de un tipo de acto procesal (las denominadas “declaraciones de voluntad”), sin ningún tipo de influencia directa sobre su tratamiento»⁸⁸. En definitiva, en la actualidad, la generalidad de la doctrina procesalista, tanto española como italiana, sólo habla de la existencia de hechos y actos jurídicos procesales, entendiendo por estos últimos en consonancia con De la Oliva Santos, Díez Picazo Giménez y Vegas Torres, las conductas humanas voluntarias, susceptibles de exteriorización y provistas de una determinada eficacia jurídica dentro de la órbita procesal⁸⁹. Por todo ello, nos parece acertada la observación de Guasp y Aragoneses sobre este extremo, sin que por ello nos declaremos partidarios de las posturas puramente publicistas o procesalistas. Además, se trata de una cuestión sobre la que volveremos en breve al rebatir ciertos aspectos del planteamiento de Pugliatti que seguidamente veremos.

En esta misma línea y pasando a la escena doctrinal italiana, puede citarse a Satta, quien sólo concibe la venta judicial en los términos exclusivos y excluyentes del proceso, hasta el punto de que, como posteriormente tendremos ocasión de reiterar con más desarrollo, llega a calificar al tercero rematante oferente como «auxiliar del órgano judicial», al que este último se dirigiría para obtener el dinero necesario para la consecución del fin esencial del proceso ejecutivo, a saber, la satisfacción del acreedor ejecutante⁹⁰. En efecto, el referido autor italiano considera que la naturaleza jurídica de la venta judicial debe buscarse en sus caracteres propios, en lo que tiene de específico. Y en este caso, la especificidad proviene de que el órgano ejecutivo realiza por sí mismo la transferencia de los bienes en ejercicio de su poder jurisdiccional, sin necesidad de ninguna forma auxiliar, ni privada, ni pública⁹¹.

Bonsignori, por su parte, configura la venta judicial como un puro proceso judicial ejecutivo, al que consecuentemente no resultará aplicable bajo ningún concepto el régimen de los contratos (ni

⁸⁸ DENTI, D., voz «Negozio processuale», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXVIII, 1978, p. 138.

⁸⁹ DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J. *Derecho Procesal. Introducción*, 3.ª ed., Madrid, 2008, p. 319.

⁹⁰ SATTA, S., *La rivendita forzata*, Milano, 1933, pp. 78 y ss.

⁹¹ SATTA, S., *L'esecuzione forzata*, 1954, pp. 124 y ss.; citado por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 88. Nótese que el caso de SATTA es ciertamente curioso, pues como tendremos ocasión de comprobar y de acuerdo con CERINOCANOVA, A., *Vendita forzata ed effetto traslativo...*, cit., p. 143, en torno a 1937 comienza a alejarse claramente de su postura inicialmente publicista en sus trabajos, saliendo así de los moldes estrictamente procesales y otorgando relevancia a los innegables aspectos sustantivos de la venta judicial.

siquiera en relación con la oferta que realiza el rematante⁹², por mucho que suponga una declaración de voluntad)⁹³.

Asimismo, Mandrioli lleva reiterando desde antiguo y hasta tiempos actuales que el efecto traslativo de la venta judicial se produce en virtud de un conjunto de actos pertenecientes todos ellos al procedimiento ejecutivo. Si bien la actuación fundamental no es otra que la llevada a cabo por el órgano judicial que es quien verdaderamente, en representación del Estado, transmite el bien en cuestión. Para llegar a estas conclusiones, parte de la afirmación de las indefectibles diferencias que existen entre la venta judicial y el contrato de compraventa ordinario, principalmente por la ausencia de voluntad por parte del vendedor. Nos encontramos, pues, a juicio del autor, con una venta efectuada por el órgano jurisdiccional que se inserta exclusivamente en la disciplina procesal⁹⁴.

2.2.2 Teorías publicistas o procesalistas que admiten la aplicación por analogía del régimen jurídico de figuras sustantivas

Junto al primer grupo de teorías que hemos venido a agrupar bajo la denominación de «puramente publicistas o procesalistas», existe una segunda categoría, que si bien puede también calificarse como publicista, admite una posibilidad, a nuestro juicio, fundamental en lo que se refiere al efecto final que se deriva de la misma, cual es la aplicación analógica del régimen de determinadas figuras sustantivas en base a la identidad de función económica existente entre las mismas. En efecto, se trata de autores que aunque conciben la venta judicial en términos exclusivamente procesales, dejan una puerta abierta a la posible aplicación por analogía de la normativa sustantiva, en aquellos supuestos en los que exista una laguna en la regulación procesal. Con ello, implícitamente, por mucho que algunos de los autores lo nieguen, se está afirmando la existencia de un plano sustantivo en el seno de la venta judicial: de lo contra-

⁹² Seguidamente comprobaremos que la posible aplicación del régimen de los contratos, sobre todo en la que a su posibilidad de impugnación por el régimen general de vicios del contrato se refiere, a la oferta realizada por el rematante en cuanto manifestación libre de la voluntad, constituye una nutrida polémica que toca de lleno con figuras correspondientes a la más elemental teoría general del Derecho.

⁹³ BONSIGNORI, A., *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione...*, cit., pp. 22-24.

⁹⁴ MANDRIOLI, C., *Corso di Diritto Processuale Civile*, III, Torino, 2011, pp. 67 y 68. Junto a los referidos autores, en el seno de la doctrina italiana también pueden destacarse como puramente procesalistas o publicistas a los siguientes: MORTARA, L., *Manuale della procedura civile*, II, Torino, 1929, p. 364; ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto Processuale Civile*, III, Milano, 1964, pp. 82 y 83; según cita de CERINO-CANOVA, A., *Offerte dopo l'incanto...*, cit., p. 88, nota n. 49.

rio, jamás podría admitirse la aplicación de una normativa de carácter sustantivo.

Encabeza esta tendencia a la admisibilidad de la aplicación por analogía del régimen de figuras sustantivas, particularmente el de la compraventa voluntaria o contractual por razón de su identidad de función económica con la venta judicial, Franco Arias. El referido autor, en su significativa obra sobre «el procedimiento de apremio», parte de una realidad innegable, a saber, que tanto la venta judicial cuanto la compraventa voluntaria o venta contractual pretenden regular una actividad humana básicamente idéntica: la del intercambio de bienes. Siendo así, las diferencias entre ambas figuras residen en la diversidad de circunstancias que en cada uno de los casos envuelven a esta actividad común. Como bien indica el autor, son muchas las modalidades de cambio que se recogen en el conjunto de nuestro Ordenamiento Jurídico, si bien el legislador va dotando de una estructura normativa más exhaustiva a las más relevantes. Pero no deja de tratarse, en todos los casos, de modalidades de intercambio, que precisamente por ello necesariamente tienen evidentes puntos en común: el objeto básico, como decimos, es el mismo. Conjuntos normativos que, no obstante, son independientes y autónomos entre sí, en base a las particulares circunstancias que caracterizan a cada una de las modalidades de intercambio que regulan; pero el hecho de tratarse de distintos conjuntos normativos no quiere decir que sean conjuntos «disjuntos», de modo que «pueden existir normas aplicables a modalidades de ámbitos diferentes».

En otros términos, existen distintas modalidades de cambio, cada una de las cuales cuenta con su propia normativa específica, pero su objeto común hace aconsejable, a juicio de Franco Arias, «acudir, en caso de laguna legal en alguna de estas normativas, al análisis de las restantes en busca de criterios que solucionen casos análogos».

No obstante, resulta innegable, que no todas estas modalidades de cambio son objeto de una regulación normativa con el mismo grado de profusión; antes bien, existen determinadas modalidades que por razón de su mayor antigüedad y por su frecuente uso en el tráfico jurídico-económico reciben una mayor atención por parte del legislador. Este es precisamente el caso de la compraventa voluntaria o contractual, que cuenta con la más amplia regulación del conjunto del Ordenamiento Jurídico, un total de más de ochenta artículos del Código Civil español. Partiendo de ello, será claramente dicho régimen contractual al que tendremos que acudir en mayor medida ante lagunas existentes en la regulación de la venta

judicial (será ciertamente necesario, en la medida en que la normativa procesal deja abierta muchas lagunas no resueltas).

Franco Arias reafirma una y otra vez que la venta judicial o enajenación forzosa viene constituida por una estricta conjunción de actos procesales insertados, por razón de su misma naturaleza, todos en el proceso. Pero acierta, a nuestro juicio, en destacar dos elementos de suma importancia: de un lado, la posibilidad aconsejable de acudir por analogía a la regulación de la compraventa voluntaria para colmar las lagunas legales de la propia regulación de la venta judicial, pues se trata de una modalidad de cambio que persigue el mismo objetivo (intercambio de bien por dinero), y que además es la que cuenta con una regulación más completa; y de otro lado, la necesidad de otorgar la misma relevancia a todos los actos procesales que integran el procedimiento de apremio: no sólo debe centrarse la atención en la actividad del órgano ejecutivo, pues de lo contrario se obtendría una visión meramente parcial de la figura en cuestión⁹⁵.

En sentido parecido, Alonso Sánchez, califica a la venta judicial como «un acto procesal de ejecución o realización coactiva llevada a cabo por el órgano ejecutor en el ejercicio de su función jurisdiccional», pero que no obstante, produce los mismos efectos que una compraventa privada: la transmisión de la propiedad de un bien; pero reitera la autora, que es el correspondiente acto procesal de adjudicación definitiva el que opera la enajenación de los bienes ejecutados. Por razón de este efecto traslativo del dominio común, «en aquellos aspectos sustantivos de la misma no previstos en la legislación procesal», podrá acudirse a las previsiones de la legislación civil correspondientes a la compraventa voluntaria⁹⁶.

De nuevo, pues, nos encontramos ante una voz proclamada como procesalista (califica a la venta judicial inicialmente como exclusivo acto procesal llevado a cabo por el órgano ejecutivo), que a pesar de lo cual admite la aplicación de la normativa propia de la compraventa contractual o voluntaria por analogía. Tanto es así, que como acabamos de ver, la propia autora hace referencia a la existencia de «aspectos sustantivos» de la venta judicial, que serán a los que se le deberán aplicar el régimen sustantivo de la compraventa voluntaria. Aplicación analógica que basa, al igual que hace Franco Arias, en el común objeto que las figuras en presencia persiguen: intercambio de bien por precio.

⁹⁵ FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., pp. 46-49.

⁹⁶ ALONSO SÁNCHEZ, B., *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procesos de ejecución*, Madrid, 1999, pp. 190 y 191.

Montero Aroca y Flor Matías, por su parte, rechazan de la misma forma la teoría contractualista aportando al respecto los clásicos argumentos ya conocidos de que la venta judicial «se realizaría sin el consentimiento del propietario del bien, más aún, en contra de su voluntad», siendo difícil, por no decir imposible, desde luego, concluir que el Juez sea el vendedor, entre otras cosas porque él no es el propietario, ni lo es el Estado. Excluidas las explicaciones de Derecho privado, acogen una postura publicista o procesalista, si bien yendo un paso más allá. En efecto, afirman los referidos autores, que la explicación procesalista, en su sentido más estricto, se reduce a decir que «es una operación pura de Derecho público emanada de un órgano del Estado que actúa en cuanto tal»; pero con este razonamiento, a juicio de los autores, se sigue dejando sin aclarar la esencia de la figura, de ahí que el paso siguiente sea matizar que se trata de una «transferencia coactiva», esto es, «de una transferencia de derechos *inter vivos*, onerosa que se realiza sin atender (o en contra) del titular del derecho, y que es unilateral del Juez, aunque esté condicionada por la existencia de otro acto unilateral, como es la declaración de voluntad del adquirente». Con este matiz, Montero Aroca y Flor Matías se adhieren a la célebre teoría del «*trasferimento coattivo*» acuñada por Pugliatti, de la que nos ocuparemos con profundidad más adelante; si bien no la acogen plenamente, pues acto seguido pasan a definir a la venta judicial o enajenación forzosa, reproduciendo lo dicho por Gutiérrez de Cabiedes, conforme a la cual ésta puede definirse como «el acto procesal por el que el órgano jurisdiccional transmite a un tercero el bien realizado en virtud de su potestad jurisdiccional, como medio para obtener dinero con el que satisfacer la pretensión del acreedor ejecutante». Y decimos que no acogen plenamente la teoría de Pugliatti, porque la anterior definición no casa plenamente con la inteligencia del autor italiano entendida en su conjunto: Pugliatti, como veremos seguidamente, reputa la venta judicial como una suerte de conjunción de un acto procesal por parte del órgano ejecutivo y un negocio jurídico unilateral por parte del rematante (conforme al razonamiento de la «teoría del acto-procedimiento»). Montero Aroca y Flor Matías, como acabamos de ver, nada dicen acerca de la existencia de un negocio jurídico unilateral por parte del rematante; antes bien, de acuerdo con Gutiérrez de Cabiedes, parecen calificar la postura de ese tercero rematante como una «condición» a la que se ve sometida la actuación del órgano judicial.

Montero Aroca y Flor Matías, no obstante, no sólo se quedan en reiterar la naturaleza meramente procesal de la venta judicial, y

afirmar su posible inclusión «matizada» (por los motivos ya expuestos) en la categoría del «*trasferimento coattivo*», sino que siguen avanzando, a nuestro juicio de manera acertada, admitiendo la posible aplicación por analogía del régimen jurídico de todas aquellas figuras jurídicas que tengan por objeto el intercambio de un bien por un precio, ante la existencia de lagunas legales en el régimen propio de la venta judicial. En este sentido, afirman que en la venta judicial «existe la utilización de un bien por su valor en cambio, por lo que tienen que existir semejanzas con los otros supuestos en los que se produce el mismo fenómeno económico (compraventa civil y mercantil, expropiación forzosa, contrato de compraventa administrativa), y de ahí que, en ocasiones, pueda acudir a las normas reguladoras de esos fenómenos para aplicarlas por analogía, sobre todo cuando se tiene en cuenta que algunas de esas normas, y la doctrina jurídica formada respecto de ellas, están muy desarrolladas, pero insistimos en que se trata de una actividad procesal que sólo se explica con relación a la potestad jurisdiccional»⁹⁷.

Finalmente, puede citarse igualmente a Moral Moro, quien de nuevo vuelve a calificar la venta judicial como «un acto procesal dentro del proceso de ejecución, de transmisión coactiva de los derechos a un tercero, que no es parte en el proceso». Como acto procesal, su regulación debe buscarse ante todo en las normas consecuentemente procesales y, sólo en caso de laguna existente en tales normas acudir a la aplicación por analogía de otras normas similares de otros ámbitos (no sólo procesales)⁹⁸. Esto es, parte de una explicación de la venta judicial en los exclusivos términos del proceso, pero admite la aplicación de normativa sustantiva ante lagunas en la regulación legal procesal.

Esta apertura a la aplicación por analogía del régimen jurídico sustantivo de figuras afines, entre las que destaca, como no, la compraventa, es el denominador común que yace bajo el planteamiento de todos los autores expuestos. Y veremos al exponer nues-

⁹⁷ MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, tomo II, cit., pp. 1725-1727. En tiempos más recientes y por parte de la mejor doctrina civilista se alzan voces que se suman al razonamiento de MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, esto es, que consideran que la explicación de la venta judicial no puede hacerse desde la base de conceptos del Derecho Civil, que a lo sumo podrán emplearse a título de simple afinidad o analogía: *vid.* en este sentido a DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: el problema de la adquisición en los procesos de ejecución», en *Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios Europeos y Draft*, Gómez Laplaza, M. C. (coord.), Madrid, 2012, pp. 13-44.

⁹⁸ MORAL MORO, M. J., *La subasta judicial de bienes inmuebles...*, cit., p. 88. Dentro de la doctrina procesalista también puede incluirse como partidario de la postura publicista aunque con admisión de la aplicación del régimen de la compraventa voluntaria por analogía a MORENO CATENA, V., y otros, *Derecho Procesal*, tomo I (vol. II) Proceso Civil (2), Valencia, 1992, p. 26.

tra propia postura, que el resultado final al que se llega es prácticamente el mismo: debemos necesariamente acudir al régimen sustantivo de la compraventa, pero no por el simple hecho de que exista una laguna que colmar, sino porque hay aspectos sustantivos innegables en torno a la venta judicial, que precisamente por ello, escapan del alcance de la normativa puramente procesal, tal y como tendremos ocasión de demostrar en las páginas sucesivas.

2.2.3 **Teorías procesalistas que otorgan cierta relevancia a los aspectos sustantivos: la teoría del «trasferimento coattivo» de Pugliatti y su respuesta a la principal insuficiencia de las posturas puramente publicistas (la explicación de la posición del tercero rematante y la naturaleza de la oferta)**

En esta tercera categoría de posturas publicistas o procesalistas de la naturaleza jurídica de la venta judicial se sitúa Pugliatti y su novedosa y exitosa teoría del «trasferimento coattivo». Y prueba de la acogida de la teoría en cuestión es que a día de hoy sigue siendo un referente para muchos autores en la categorización de la venta judicial. Adentrémonos en la explicación de la teoría en cuestión y analicemos sus virtudes y también sus insalvables dificultades.

En torno a los años treinta, en Italia la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la venta judicial es objeto de verdaderos ríos de tinta, como ya hemos tenido ocasión de comprobar en sede de las teorías «privatistas o contractualistas». En efecto, la mayor parte de los más reconocidos maestros procesalistas (Carnelutti, Chiovenda) se esfuerzan por justificar la ausencia de voluntad del «supuesto vendedor» en la venta judicial movidos por el empeño en ajustar la institución a los esquemas del contrato, concretamente del contrato de compraventa voluntario. Pues bien, es precisamente Pugliatti, de los primeros en rechazar esta inteligencia, apostando decididamente por abandonar toda concepción privatista de la venta judicial y acogiendo, así, una postura publicista que comienza a explicar la figura bajo el marco del proceso de ejecución y, en definitiva, bajo el imperio de la pública potestad jurisdiccional que justifica la actuación del órgano ejecutivo⁹⁹. Y lo original del autor no es sólo que apuesta por excluir todo planteamiento privatista o contractualista (lo cual también hace Satta en su pensamiento inicial, como ya hemos visto), sino que lo hace sin negar (sólo en

⁹⁹ PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 298.

parte, como ahora se verá) su compleja naturaleza predominantemente procesal, pero también sustantiva, que le lleva a construir una categoría general *ad hoc*, a saber, la del denominado «*trasferimento coattivo*»¹⁰⁰, en la que no sólo tiene cabida la venta judicial, sino todos aquellos casos en los que se produce una transmisión de un derecho sin contar con la voluntad de su titular, en virtud de la actuación de un órgano con potestad pública para llevarlo a cabo. Veamos cuáles son los elementos o pilares en torno a los cuales construye Pugliatti su teoría.

En primer lugar, se parte de la ausencia de voluntad por parte del «propietario expropiado» en la venta judicial. A este respecto, afirma el autor que el deudor no manifiesta su voluntad en la transmisión de su derecho a un tercero, y toda voluntad implícita por su parte es completamente inexistente. Es más, no sólo falta su voluntad, sino que el deudor se ve obligado a someterse al proceso ejecutivo con todas sus consecuencias, entre las que se encuentra la pérdida de su derecho de propiedad sobre la cosa, que le viene expropiado y atribuido a un tercero¹⁰¹.

El segundo elemento viene constituido por la explicación o justificación de la actuación del órgano ejecutivo en la transmisión del derecho que no le pertenece. En efecto, normalmente, los derechos se transmiten por parte de sus respectivos titulares en virtud de una idónea manifestación de voluntad, aunque cuando un fin público así lo requiere, dicha transmisión puede llevarse a cabo sin contar con tal voluntad o yendo en contra de la misma, en virtud de la manifestación de voluntad de un órgano del poder público¹⁰². Esto es, la manifestación de voluntad del titular del derecho transmitido se ve sustituida por un procedimiento complejo, resultante de una serie coordinada de actos; procedimiento que en su conjunto da lugar a la transmisión del derecho realizado forzosamente.

De este segundo elemento se deriva el hecho de que la adjudicación que tiene lugar a través de la venta judicial no es un negocio jurídico *iusprivatista*, sino antes bien, un acto de naturaleza *iuspublicista*, en la medida en que proviene de un órgano público que, en representación del Estado y en el ejercicio de los poderes que le son propios, lleva a cabo una transmisión forzosa de derechos pertenecientes al deudor¹⁰³.

¹⁰⁰ Nótese que la «teoría del *trasferimento coattivo*» se desarrolla y construye con gran solidez en su obra *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, pero se acuña con anterioridad al hilo de la crítica de la tesis de CARNELUTTI de la representación, así como en otros trabajos: *Vendita forzata e rappresentanza legale...*, cit.; «Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata»... cit.; *Teoria dei trasferimenti coattivi*, Messina, 1931.

¹⁰¹ PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 301 y 302.

¹⁰² PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 302.

¹⁰³ PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 303 y 304.

El tercer y último elemento es el carácter derivativo de la transmisión forzosa que se lleva a cabo a través de la venta judicial. Es derivativa, porque el derecho en cuestión se transmite íntegramente, con todas las limitaciones y cargas que lo gravan: al tercero se le transmite exactamente lo que tiene el deudor expropiado¹⁰⁴.

Estos son los elementos básicos en torno a los cuales se construye la teoría del «*trasferimento coattivo*», que en síntesis y en consonancia con Gutiérrez de Cabiedes, puede definirse «como una transferencia de derechos entre vivos, normalmente a título oneroso, efectuada sin el concurso de la voluntad del derecho y quizá también en contra de ésta». Figura que no sólo comprende a la enajenación forzosa que se produce a través de la venta judicial, sino también a las transmisiones en favor de la Administración en virtud de la expropiación forzosa¹⁰⁵.

Llegados a este punto, veamos las autorizadas voces doctrinales que se muestran partidarias de esta teoría; adentrémonos en las principales críticas que se oponen a la misma; y finalmente, desarrollemos la construcción teórica adicional (la denominada «teoría del acto-procedimiento») con la que Pugliatti se enfrenta a la principal dificultad de las tesis publicistas, a saber, la explicación de la posición jurídica del rematante oferente (de esta respuesta extraemos la mayor relevancia que Pugliatti concede a los aspectos sustantivos de la venta judicial).

Comenzando por la autorizada doctrina que se suma a la teoría del «*trasferimento coattivo*», puede citarse en primer lugar a Micheli, uno de los más reconocidos comentaristas de los preceptos del Código Civil italiano de 1942 que tienen por objeto la regulación sustantiva de ejecución forzosa. El referido autor, considera que a través de la venta judicial se produce una transmisión realizada por el órgano ejecutivo de un derecho perteneciente al deudor, en virtud de un poder autónomo y propio proveniente de su función jurisdiccional. La transmisión forzosa se produce, a su juicio, no mediante una declaración de voluntad, sino a través de un procedimiento en el que prevalece el poder supremo correspondiente al órgano ejecutivo. Ahora bien, lo difícil, según Micheli, es clasificar el tipo de transmisión en cuestión, para lo cual acude a la teoría del «*trasferimento coattivo*» de Pugliatti, cuyas críticas recibidas (expuestas todas por Micheli), no deben hacer obviar la valía de la categoría en cuestión, a su parecer, de enorme utilidad constructiva¹⁰⁶.

¹⁰⁴ PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., p. 312.

¹⁰⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 90.

¹⁰⁶ MICHELI, G. A., *Esecuzione Forzata...*, cit., pp. 107-109.

En este mismo sentido, Travi afirma que todas las teorías contractualistas tienden a infravalorar injustificadamente la función y actuación del órgano jurisdiccional ejecutivo, el cual goza en todo proceso contencioso de una posición de supremacía respecto a los restantes sujetos que intervienen en el mismo (partes y terceros intervinientes). En base a lo anterior, resulta oportuno renunciar al empleo del esquema del contrato, y concebir a la venta judicial como un acto unilateral del órgano ejecutivo, a través del cual se produce una transmisión coactiva (un «*trasferimento coattivo*») de un derecho del deudor. Transmisión coactiva que el órgano judicial no lleva a cabo en virtud del ejercicio de un derecho o poder de otro (del deudor o del acreedor), sino mediante el ejercicio de un poder propio, por cuenta propia y en su propio nombre¹⁰⁷.

Por parte de la doctrina española más reciente, resulta destacable la postura ya analizada de Montero Aroca y Flor Matíes, quienes estiman que la venta judicial no es sólo una actuación «pura de Derecho público emanada de un órgano del Estado que actúa en cuanto tal»; sino que hay que ir más allá para explicar la verdadera esencia de la figura, matizando que se trata de una «transferencia coactiva», esto es, «de una transferencia de derechos *inter vivos*, onerosa que se realiza sin atender al titular del derecho, y que es unilateral del Juez, aunque esté condicionada por la existencia de otro acto unilateral, como es la declaración de voluntad del adquirente»¹⁰⁸. Postura que parece casar plenamente con la inteligencia de Pugliatti, si bien no es del todo así, como ya advertimos y ahora tendremos ocasión de comprobar, ya que no coincide en la explicación de Pugliatti sobre la posición del tercero rematante y su oferta de adquisición.

Analizados los adeptos a la teoría del «*trasferimento coattivo*», pasemos a enunciar las críticas de las que este planteamiento es objeto.

Lo primero que debe decirse en este punto es que todas las críticas que se arrojan contra la postura de Pugliatti giran en torno a un mismo y solo elemento, a saber, el de la inclusión dentro de la categoría del «*trasferimento coattivo*» de la expropiación forzosa junto a la propia venta judicial. En efecto, como acabamos de ver, Pugliatti intenta explicar la naturaleza jurídica de la venta judicial mediante la creación de una categoría *ad hoc*, la del «*trasferimento coattivo*», en la que tendrían cabida todos y cada uno de aquellos supuestos en los cuales existe una transmisión coactiva de un dere-

¹⁰⁷ TRAVI, A., *Vendita dei beni pignorati...*, cit., p. 637.

¹⁰⁸ MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, tomo II, cit., pp. 1725-1727.

cho, en virtud de una potestad pública y sin contar (y aún yendo en contra) de la voluntad del titular de dicho derecho. Siendo así, pasan a asimilarse desde los moldes de la novedosa categoría figuras ciertamente heterogéneas, tales como la venta judicial y la expropiación. Pues bien, es precisamente esta asimilación de figuras heterogéneas de la que parte la teoría de Pugliatti lo que se rechaza frontalmente por diversos autores. Desarrollemos en mayor medida dichas críticas, a través de las cuales se pone de relieve la gran distancia insalvable existente entre una y otra figura jurídica (venta judicial y expropiación forzosa).

En primer lugar, siguiendo a Satta¹⁰⁹, a Zanzucchi, así como a Vocino¹¹⁰, la teoría del «*trasferimento coattivo*» debe descartarse en la medida en que no pueden agruparse bajo una misma categoría a dos figuras ciertamente dispares, la venta judicial y la expropiación forzosa, en la medida en que en la primera de ellas existe un verdadero y propio ejercicio de la tutela jurisdiccional de los derechos, llevado a cabo mediante el concurso de los órganos jurisdiccionales; mientras que la segunda hipótesis se cifra en una exclusiva actividad administrativa. En otros términos, la primera gran diferencia existente entre la venta judicial y la expropiación forzosa viene dada por el distinto ámbito en el que se desenvuelven: en el caso de la venta judicial, el estrictamente procesal; y la expropiación forzosa, el administrativo.

En segundo lugar, de acuerdo con Cerino-Canova, la venta judicial y la expropiación forzosa tampoco pueden incluirse bajo una misma categoría, ya que persiguen funciones totalmente distintas. La venta judicial persigue la obtención de una determinada suma de dinero para satisfacer al acreedor ejecutante, mientras que la expropiación forzosa trata de procurar un determinado bien¹¹¹.

A nuestro juicio, la presente crítica debería matizarse en el sentido siguiente: la distinción entre la venta judicial y la expropiación forzosa se cifra más bien en la diversa finalidad que se persigue en uno y otro instituto, a saber, en la venta judicial, la satisfacción del interés del acreedor que ve incumplido su crédito; mientras que en la expropiación forzosa, la consecución de una utilidad pública o interés social, de acuerdo con el artículo 33. 3 de la Constitución Española.

En tercer lugar, atendiendo igualmente a Cerino-Canova, los procedimientos a través de los cuales se llevan a cabo la venta judicial y la expropiación forzosa son totalmente distintos, entre otros

¹⁰⁹ SATTÀ, S., *La rivendita forzata...*, cit., pp. 76 y ss.

¹¹⁰ ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto Processuale Civile...*, cit., pp. 83 y ss.

¹¹¹ CERINO-CANOVA, A., *Vendita forzata ed effetto traslativo...*, cit., p. 151, nota n. 54.

aspectos y destacadamente puede señalarse la completa disparidad existente entre la determinación del precio (venta judicial) y el justiprecio (expropiación forzosa)¹¹².

Finalmente, acudiendo de nuevo a Cerino-Canova, puede decirse que el tipo de transmisión que se opera en la venta judicial y en la expropiación forzosa ostenta una naturaleza totalmente opuesta: derivativa en la venta judicial y originaria en la expropiación forzosa¹¹³. En efecto, para constatar esta evidente diferencia entre una y otra figura, baste acudir a la diversa forma en que opera el denominado «efecto purgativo» (la cancelación de cargas que pesen sobre el bien una vez producida la transmisión) en uno y otro caso. En la venta judicial hay una adquisición derivativa del derecho objeto de venta, en la medida en que el efecto purgativo predicable de la misma sólo se refiere a los derechos y trabas que se hayan constituido con posterioridad a la constitución del crédito cuyo incumplimiento inicial da lugar al nacimiento de la ejecución; mientras que en la expropiación forzosa, la adquisición del derecho es originaria, pues el efecto purgativo es absoluto (el bien se adquiere por la Administración ningún tipo de cargas), tal y como se desprende del artículo 8 de la Ley de Expropiación Forzosa española¹¹⁴ y el artículo 25 (L), apartado primero de la Ley de Expropiación Forzosa italiana («*Testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità* (D. P. R. 327/2001)»)¹¹⁵. Ello da clara muestra que la naturaleza de la transmisión en la venta judicial sigue la máxima *nemo plus iuris transferre potest* (el rematante no puede adquirir más derechos en el proceso de ejecución que los que el propio ejecutado tuviera); mientras que en la expropiación forzosa se produce una suerte de adquisición originaria, donde el derecho entra inmaculado en manos de la Administración pública.

Finalmente, cabe destacar a Bonsignori, que detallando todas y cada una las críticas anteriormente expuestas, se muestra no obstante partidario de la teoría del «trasferimento coattivo» de Pugliatti, si bien circunscribiendo la categoría a las ventas judiciales y adju-

¹¹² CERINO-CANOVA, A., *Vendita forzata ed effetto traslativo...*, cit., p. 151, nota n. 54.

¹¹³ CERINO-CANOVA, A., *Vendita forzata ed effetto traslativo...*, cit., p. 151, nota n. 55.

¹¹⁴ El artículo 8 de Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, dispone: «La cosa expropiada se adquirirá libre de cargas. Sin embargo, podrá conservarse algún derecho real sobre el objeto expropiado, si resultase compatible con el nuevo destino que haya de darse al mismo y existiera acuerdo entre el expropiante y el titular del derecho».

¹¹⁵ El artículo 25 (L), apartado primero del *Testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità* (D. P. R. 327/2001), establece: «L'espropriazione del diritto di proprietà comporta l'estinzione automatica di tutti gli altri diritti, reali o personali, gravanti sul bene espropriato, salvo quelli compatibili con i fini cui l'espropriazione è preordinata».

dicaciones forzosas¹¹⁶; esto es, excluyendo de la misma a las restantes figuras, particularmente la expropiación forzosa (precisamente por la disparidad ya analizada que existe entre la misma y la venta judicial).

Este talón de Aquiles del pensamiento de Pugliatti (la inclusión en la categoría de figuras heterogéneas), que ya desde tempranos inicios es criticado, como hemos tenido ocasión de comprobar, por reputados autores (señaladamente, Satta), no pasa inadvertido al padre de la criatura. En efecto Pugliatti toma buena nota de ello, y en su reconocida obra «*Esecuzione forzata e diritto sostanziale*», trata de hacerle frente rebatiéndola en el sentido que ahora expone-mos.

El referido autor admite las diferencias existentes entre las distintas figuras que tendrían cabida bajo la categoría por él creada, pero ello no justifica su negación, en la medida en que sí existen una serie de elementos esenciales que son comunes a las figuras en cuestión, y es eso lo que hace precisamente factible y útil la categoría general. Veamos cuáles son esos esenciales elementos comunes: ambas instituciones son idóneas para llevar a cabo la transmisión coactiva (sin el consentimiento de su titular) de un derecho; en ambas, el traspaso del derecho se efectúa mediante la actividad de un órgano público, jurisdiccional o administrativo; y el poder en virtud del cual se lleva a cabo la transmisión coactiva es ciertamente idéntico, ya compete al órgano jurisdiccional o al órgano administrativo, originario y permanente, cuyo ejercicio está condicionado a la existencia de una serie de presupuestos predeterminados legalmente¹¹⁷. En otros términos y siguiendo a Franco Arias, «existen diferencias entre las diferentes figuras que componen el «*trasferimento coattivo*», pero eso no excluye la existencia de elementos esenciales comunes, en base al cual el concepto general ha sido constituido en un intento de sintetizarlos en un esquema general»¹¹⁸.

De lo que no cabe duda es que la categoría creada por Pugliatti tiene vocación de generalidad, de modo que el hecho de abarcar supuestos heterogéneos es, hasta cierto punto, inevitable; lo principal es que existan notas esenciales comunes de las que pueda deducirse dicha categoría general. Baste acudir a categorías generales tales como la del «negocio jurídico», en la que tienen cabida figuras muy distintas (contrato o testamento), pero bajo las cuales subyace la nota común de tratarse de supuestos en los que existe una manifestación de voluntad que trae consigo una serie de efectos

¹¹⁶ BONSIGNORI, A., *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione...*, cit., pp. 26 y 27.

¹¹⁷ PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 305 y 306.

¹¹⁸ FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 42.

jurídicos que pueden predeterminarse por el propio sujeto en cuestión. No obstante, tal y como afirma De Castro, «las construcciones teóricas no tienen valor *a priori* y se justifican por su utilidad»¹¹⁹. ¿Puede decirse que la noción de «*trasferimento coattivo*» sea verdaderamente útil en la explicación de la naturaleza jurídica de la venta judicial? Entendemos que no. Acudiendo de nuevo al símil de la categoría general del negocio jurídico, la utilidad principal de la misma reside en determinar las reglas básicas y generales que rigen la autonomía de la voluntad, con las que colmar las lagunas del texto codificado, librando así el limbo jurídico en el que se encuentran muchas figuras de enorme importancia¹²⁰. ¿A través de la noción de «*trasferimento coattivo*» podemos solventar las lagunas jurídicas que envuelven muchas de las cuestiones –principalmente sustantivas– que encierra la venta judicial? En absoluto, porque de nada nos servirá acudir, por ejemplo, al régimen de la expropiación forzosa para cubrir lagunas de enorme importancia en torno a la venta judicial tales como el saneamiento por evicción y vicios ocultos, el momento traslativo, el traspaso del riesgo, etc. De hecho, los términos en los que se plantea la teoría del «*trasferimento coattivo*» no sólo es que no faciliten la superación de tales lagunas, sino que incluso dificultan su resolución, pues en ningún caso posibilitan acudir a la regulación general del contrato de compraventa voluntario, figura mucho más afín con la venta judicial que la expropiación forzosa. Por todo ello y desde este punto de vista, nos parece una construcción ciertamente estéril (nada soluciona)¹²¹.

Pero es que además, la teoría de Pugliatti se enfrenta a un escollo que no logra superar, común a todas las construcciones publicistas o procesalistas en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial, a pesar de que su esfuerzo por solventarlo sea ciertamente loable. Y decimos loable, porque, como tendremos ocasión de ver, construye una nueva teoría adicional en la que por primera vez parece otorgarse cierta relevancia a la esfera sustantiva de la venta judicial (la denominada teoría del «*atto-procedimento*»).

En efecto, todas y cada una de las teorías procesalistas o publicistas hacen aguas al enfrentarse a la explicación de la posición del tercero rematante y a la calificación de su oferta. Si las teorías contractualistas no pueden explicar la ausencia de voluntad del vende-

¹¹⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 2002 (reimpresión), p. 23.

¹²⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, cit., p. 23.

¹²¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., pp. 90 y 91, nota n. 206, también crítica este punto controvertido e insuperable del pensamiento de PUGLIATTI de identificación bajo el mismo ropaje de figuras sumamente heterogéneas, tales como la venta judicial y la expropiación forzosa.

dor, las publicistas tampoco pueden justificar la posición del rematante. Y es que el rematante actúa libre y voluntariamente, ofreciendo un determinado precio, de modo que desde el análisis aislado de su figura en nada se diferencia del comprador de la compraventa voluntaria.

Se trata de una cuestión sobre la que mucho se ha escrito, si bien puede afirmarse que existen tres teorías fundamentales erigidas en torno al particular, incluyendo la propia de Pugliatti (la denominada teoría del *atto-procedimento*). Las dos primeras están en consonancia con el pensamiento puramente procesalista o publicista de la venta judicial, mientras que la explicación dada por la teoría de Pugliatti parece dar un paso más otorgando cierta relevancia, como decimos, a determinados aspectos sustantivos.

La primera de las teorías sostenidas acerca de la problemática cuestión de la calificación jurídica del tercero rematante y de la oferta por él realizada es la acuñada por Zanzucchi, quien asimila la oferta realizada por el tercero rematante con la interposición de una suerte de demanda judicial. La inteligencia del planteamiento sería la siguiente: si la venta judicial trae causa de la demanda ejecutiva inicialmente interpuesta por el acreedor ejecutante, parece lógico que, en correspondencia, la oferta para adquirir el bien por parte del rematante sea igualmente una demanda¹²².

El razonamiento nos resulta inaceptable, ya que, siguiendo a Micheli, el tercero rematante, al realizar su oferta, no pretende obtener una prestación determinada por parte del órgano jurisdiccional. Antes bien, lo que ejercita el rematante es su genérica capacidad de obrar, manifestando su libre voluntad de adquirir el bien objeto de subasta judicial¹²³. En efecto, como indica Travi, el que interpone una demanda judicial ejercita una pretensión o exigencia a su favor, con la que denuncia un daño provocado por una lesión o violación y pretende que se lleven a cabo las medidas necesarias para reintegrar dicha situación lesiva. Ello no es predicable del oferente en la venta judicial, el cual no asume la cualidad de parte (de ahí que no tenga la posibilidad de interponer una demanda judicial), de modo que su actuación no es sino un acto procesal¹²⁴, esto es, una manifestación de voluntad de un sujeto que produce una serie de efectos jurídicos en el proceso, predeterminados legalmente.

En el ámbito de las posturas puramente procesalistas o publicistas, encontramos una segunda explicación de la posición del ter-

¹²² ZANZUCCHI, M. T., *Manuale di Diritto Processuale Civile*, III, Milano, 1945, p. 97.

¹²³ MICHELI, G. A., *Esecuzione Forzata...*, cit., p. 109.

¹²⁴ TRAVI, A., *Vendita dei beni pignorati...*, cit., pp. 637 y 638.

cero rematante, acuñada en este caso por Satta, quien considera que el mismo puede equipararse a la figura de un «auxiliar del órgano ejecutivo», al que este último se dirige para obtener el dinero necesario para satisfacer la pretensión del acreedor ejecutante, cual es el fin que persigue el proceso ejecutivo en su conjunto¹²⁵.

Esta postura también resulta rechazable, pues como bien apunta Micheli, el rematante no recibe por parte del órgano ejecutivo ningún encargo que deba cumplir; actúa no en virtud de una obligación (como lo haría si fuese un auxiliar del órgano jurisdiccional), sino en ejercicio de una libre voluntad de adquirir¹²⁶. Esto es, y siguiendo en este caso a Travi, el rematante pretende adquirir el bien en su propio interés, y no por interés del órgano judicial y por el buen fin del proceso ejecutivo. Ciertamente ejerce una función de enorme importancia en el seno del proceso de ejecución (puede incluso calificársele de «instrumento del proceso»), ya que sin la existencia de oferta, la venta judicial no puede llegar a culminarse, pero ello es, sin duda, insuficiente para transformarlo en un auxiliar del órgano ejecutivo. Es un verdadero tercero procesal, de forma que permanece totalmente al margen de la actuación del órgano jurisdiccional¹²⁷.

Llegamos así y en tercer lugar a la que hemos anteriormente calificado como «loable» construcción del Pugliatti en torno a la calificación jurídica de la posición del rematante y su oferta. Veamos en qué consiste esta construcción y justifiquemos porqué la calificamos de «loable».

Uno de los elementos concurrentes en la venta judicial, según Pugliatti, es la manifestación de voluntad que realiza el rematante al ofrecer un determinado precio para la adjudicación de la cosa subastada; manifestación de voluntad, que a su parecer, tiene una indudable naturaleza privada. De este modo, existe una conjunción de dos manifestaciones plenamente distintas, a saber, la referida del rematante, privada y fruto del libre ejercicio de una genérica facultad por parte del sujeto; y la del órgano ejecutivo, que por el contrario tiene una naturaleza jurídica claramente pública, fruto del ejercicio de un poder propio del órgano público en cuestión. Se trata, pues, de una realidad compleja, compuesta por un acto procesal prevalente (la actuación del órgano judicial ejecutivo) y un negocio jurídico unilateral (oferta realizada por el tercero rematan-

¹²⁵ SATTÀ, S., *La rivendita forzata...*, cit., pp. 78 y ss. Nótese que SATTÀ abandona posteriormente su pensamiento inicialmente procesalista puro, de modo que rechaza consecuentemente la presente teoría del «auxiliar del órgano ejecutivo» como explicación de la figura del tercero rematante.

¹²⁶ MICHELI, G. A., *Esecuzione Forzata...*, cit., pp. 111 y 112.

¹²⁷ TRAVI, A., *Vendita dei beni pignorati...*, cit., p. 637.

te) difícilmente calificable desde un punto de vista jurídico. Y decimos acto procesal prevalente, porque de acuerdo con Pugliatti, la actuación del órgano ejecutivo tiene eficacia por sí misma para llevar a cabo la transmisión del derecho objeto de venta, mientras que la manifestación de voluntad del oferente sólo tiene la potencial eficacia de que la adjudicación en cuestión se realice a su favor.

Podría pensarse que nos encontramos ante un contrato público, celebrado entre un sujeto privado y la Administración pública. Pero ello, según Pugliatti, no es sostenible por una serie de razones fundamentales:

– En primer lugar, porque la venta judicial no es fruto de un acto bilateral, sino de uno unilateral prevalente condicionado jurídicamente en cuanto al despliegue de su plena eficacia por otro acto unilateral de menos importancia. En efecto, tal y como acabamos de apuntar (opinión que no compartimos), lo que produce verdaderamente el efecto transmisivo es la actuación del órgano ejecutivo; el tercero rematante no concurre a la formación del acto en el que se sustancia la venta judicial, porque su manifestación de la voluntad en la realización de la correspondiente oferta constituye sólo un presupuesto de la adjudicación llevada a cabo por el órgano ejecutivo¹²⁸.

– Si se tratase de un contrato, ambas partes actuarían en ejercicio de un determinado derecho subjetivo o facultad; mientras que en la venta judicial, el órgano ejecutivo actúa en virtud de un poder público, su función jurisdiccional, con la que crea una relación jurídica a cuyos efectos permanece ajeno.

– En el contrato de Derecho público, la manifestación de voluntad por parte de la Administración conserva su carácter negocial, mientras que en la venta judicial nos encontramos ante una actuación de carácter puramente procesal (acto procesal en sentido técnico).

Descartada la posibilidad de tratarse de un contrato de Derecho público por los motivos expuestos, ¿cómo puede explicarse esta realidad compleja que engloba un acto procesal prevalente y un negocio jurídico unilateral? A través de la teoría creada por la doctrina administrativista del «*atto-procedimento*» (acto-procedimiento), que precisamente acoge aquellas actuaciones complejas constituidas por un procedimiento de carácter público y una actuación privada de naturaleza negocial¹²⁹. Como indica Micheli en este

¹²⁸ FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio...*, cit., p. 42, arroja una crítica similar en torno a la posibilidad de conceptualizar la venta judicial como un contrato de Derecho público.

¹²⁹ PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 313 y ss.

punto (partidario de la postura de Pugliatti), «la venta judicial vendría constituida por una conjunción o coordinación de actos; de un lado la oferta de carácter negocial, y de otro el procedimiento judicial». De aquí se deriva, según Micheli, una importantísima consecuencia: al mantener la oferta su autonomía negocial, quedará sujeta a todas las causas de impugnación de los negocios jurídicos: la incapacidad y vicios del consentimiento¹³⁰.

Hasta aquí la exposición de la teoría del «*atto-procedimento*», pasemos ahora a destacar sus virtudes (de ahí que la vengamos calificando como «loable») para posteriormente adentrarnos en su crítica, para lo cual debemos detenernos, necesariamente, en la calificación jurídica de las actuaciones que componen la venta judicial.

Lo más destacable de la construcción de Pugliatti en torno a la explicación de la posición jurídica del rematante oferente es que constituye la superación de las posturas extremadamente procesalistas, en la medida en que parte del reconocimiento de un aspecto puramente privado o sustantivo de la venta judicial, cual es la declaración de voluntad que libremente manifiesta el rematante al ofrecer un precio por la adjudicación del bien subastado. Las teorías de la «demanda judicial» sostenida por Zanzucchi, o del «auxiliar del órgano ejecutivo» acuñada por Satta (en su pensamiento inicial), que la doctrina agrupa como puramente procesalistas, pretenden dar una insuficiente explicación unilateral de una institución, la venta judicial, que constituye una realidad compleja: procesal y sustantiva.

Esto es, Pugliatti es el primero en admitir, después de un imperante pensamiento puramente procesalista o publicista, que la venta judicial no puede explicarse en términos exclusivamente procesales, ya que de lo contrario, estaríamos negando un aspecto esencial en la venta judicial, a saber, el sustantivo o material. Así lo destacan igualmente autorizadas voces de la doctrina italiana.

Cerino-Canova considera que la teoría del «*atto-procedimento*» es la primera en mostrar la necesaria sensibilidad hacia una perspectiva sustantiva de la venta judicial que va más allá de la meramente procesal. No puede reducirse la oferta realizada por el tercero rematante al proceso, porque el proceso no lo explica todo. De ahí que la teoría del «*atto-procedimento*» sea la primera en advertir las lagunas de una explicación unilateral del fenómeno, dando respuesta y poniendo de relieve la compleja realidad de la que la venta

¹³⁰ MICHELI, G. A., *Esecuzione Forzata...*, cit., pp. 110 y 111.

judicial se compone: una combinación de la oferta como acto propio de Derecho sustantivo y el procedimiento ejecutivo¹³¹.

De la misma forma, Mazzamuto indica que la teoría del «*atto-procedimento*» constituye la respuesta más acertada a la compleja realidad en que consiste la venta judicial, pues es capaz de coordinar de manera rigurosa los aspectos públicos y privados, procesales y sustantivos, de la figura en cuestión, superando así los excesos a los que llevan las teorías de inspiración puramente publicista¹³².

A pesar de lo elogioso de la novedosa teoría, encuentra insuperables obstáculos que la hacen objeto de crítica por parte de cierta doctrina. Adentrémonos en dicha crítica y demos posteriormente nuestro parecer al respecto.

En este sentido, debemos comenzar por Cerino-Canova, quien después de aplaudir el hecho de que la teoría del «*atto-procedimento*» sea la que tenga por primera vez presentes los aspectos procesales y sustantivos de la venta judicial, considera que sólo se reduce a un «un buen programa de estudio» de la institución, en la medida en que trae causa de la más genérica teoría del «*trasferimento coattivo*», la cual resulta para el autor insostenible por los motivos ya analizados anteriormente: esto es, por tratarse de una categoría general que acoge figuras que poco tienen que ver la una con la otra (la expropiación forzosa y la venta judicial). En otros términos, Cerino-Canova reputa la teoría del «*atto-procedimento*» como válida en cuanto al enfoque del que parte (público-privado, haciendo ver la naturaleza compleja de la institución), pero rechazable al derivar de la más genérica teoría del «*trasferimento coattivo*» a la que se opone por los motivos ya estudiados. En definitiva, las insuficiencias de la teoría del «*trasferimento coattivo*» se transmiten a su derivada teoría del «*atto-procedimento*».

Tramontano, por su parte, es más original en su crítica a la teoría del «*atto-procedimento*», acuñando argumentos *ad hoc*, independientes respecto de los ya reiterados respecto a la más genérica teoría del «*trasferimento coattivo*». Ya el propio planteamiento de la crítica nos parece más acertado, en la medida en que una cosa es la explicación de la naturaleza jurídica de la venta judicial en su conjunto que se realiza mediante la teoría del «*trasferimento coattivo*», y otra distinta la calificación de la posición del rematante oferente. Si distinta es la *ratio* de las teorías, también sus respectivas críticas deben serlo.

¹³¹ CERINO-CANOVA, A., *Vendita forzata ed effetto traslativo...*, cit., pp. 149 y 150. En términos similares y desde esta misma perspectiva elogia la teoría del «*atto-procedimento*» TRAMONTANO, R., *La natura giuridica della vendita forzata...*, cit., p. 1135.

¹³² MAZZAMUTO, S., *L'esecuzione forzata* (2.ª ed.), cit., pp. 266 y 267.

El referido autor se opone a la teoría del «*atto-procedimento*», pues no es posible explicar de modo convincente la inserción de una categoría contractual en el seno de un procedimiento jurisdiccional, y ello en base a dos motivos fundamentales: en primer lugar, porque los requisitos psicológicos del acto negocial (conciencia y voluntad no viciada de error, violencia o dolo) difieren de los requisitos de validez de los actos procesales, para los que no tienen ninguna relevancia ni la causa ni los motivos; y en segundo lugar, porque el sistema de oposición a los actos procesales ejecutivos se articula de una forma totalmente diversa respecto al régimen de nulidad y anulabilidad de los contratos, de modo que no sería posible, ni coherente configurar una duplicidad de medios de impugnación, en función de la relevancia sustantiva o procesal del acto en cuestión, todos ellos parte del mismo procedimiento ejecutivo¹³³.

Llegados a este punto, expongamos nuestro parecer acerca de la teoría del «*atto-procedimento*», esto es y en definitiva, detallemos nuestra explicación acerca de la posición del tercero rematante oferente.

A nuestro entender, la teoría del «*atto-procedimento*» resulta insostenible por los motivos que se indican a continuación:

1.º Porque la venta judicial no sólo es fruto de la conjunción aislada de dos elementos, la adjudicación y el precio ofrecido por el rematante, sino que es consecuencia del proceso ejecutivo en su conjunto.

2.º Porque se parte de una perspectiva que tiene presente los aspectos sustantivos, pero considerando como preferentes los aspectos procesales, hasta el punto de que Pugliatti afirma que la transmisión es resultado de la exclusiva actuación procesal de adjudicación del bien. Ello no es así, pues tanta importancia tiene el aspecto procesal en el origen, como el sustantivo en la consecuencia. La misma importancia guarda la adjudicación que la oferta por el rematante: ambos elementos son esenciales para el buen fin de la venta judicial. De poco serviría una adjudicación a cargo del órgano ejecutivo si no hay tercero que pretenda adquirir el bien ofreciendo el pago de un determinado precio.

3.º Debemos analizar la naturaleza aislada de cada uno de los elementos constitutivos de la teoría del «*atto-procedimento*», pues creemos errada la calificación que de los mismos lleva a cabo.

¹³³ TRAMONTANO, R., *La natura giuridica della vendita forzata...*, cit., pp. 1135 y 1136.

Comencemos con la adjudicación por parte del órgano ejecutivo. Se trata, sin lugar a dudas, de un acto procesal en sentido estricto, esto es, de una manifestación de voluntad por parte del órgano jurisdiccional a la que el Derecho anuda una serie de efectos jurídicos predeterminados legalmente y que tienen lugar en el seno del proceso.

Desde esta perspectiva, coincidimos con la teoría del «*atto-procedimento*», que también califica la actuación del Juez como de acto procesal.

En lo que hace a la oferta realizada por el rematante, entendemos que no puede calificarse como negocio jurídico unilateral bajo ningún concepto; y ello, por las razones siguientes:

a) Porque en el ámbito jurídico-procesal, como ya hemos tenido ocasión de aclarar, no resulta aplicable el esquema negocial. Ya comentamos al analizar la postura puramente publicista de Guasp y Aragoneses de la que nos mostramos partidarios en este punto, que «no hay en el Derecho procesal verdaderos negocios jurídicos», porque las partes del supuesto negocio se ven intermediadas constantemente por la voluntad del órgano judicial correspondiente, lo que impide atribuir a sus declaraciones de voluntad los efectos jurídicos inmediatos que son propios de los negocios jurídicos. Afirmación que resulta aún más evidente en relación al contrato, que supone por esencia una igualdad entre los contratantes, «al cual repugna el principio de la jerarquía subjetiva, característica de la institución procesal». No hay, pues, verdaderos negocios jurídicos ni contratos procesales¹³⁴.

b) Porque aún admitiendo la figura del negocio jurídico procesal, tampoco nos encontraríamos ante tal figura, ya que la oferta en sí misma no reúne tal calificación, en la medida en que no constituye una manifestación de voluntad a través de la que su autor pretenda autorregular sus propios intereses, estableciendo una norma de conducta vinculante para su satisfacción¹³⁵, sino una mera manifestación de voluntad cuyos efectos quedan predeterminados y ordenados legalmente en el seno del proceso. A este respecto afirma Cariota Ferrara, que «no son negocios jurídicos unilaterales las manifestaciones de voluntad (oferta, aceptación, negativa) destinadas a encontrarse o combinarse con las manifesta-

¹³⁴ GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 651.

¹³⁵ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, I, 12.^a Edición, Madrid, 2012, p. 460.

ciones de voluntad de otras partes»¹³⁶ (en nuestro caso la manifestación de voluntad en que se cifra la actuación del órgano ejecutivo). Siempre se tratará de un acto jurídico, que en este caso y por llevarse a cabo en el seno del proceso, puede reputarse como acto jurídico procesal.

En base a lo anterior, consideramos que la oferta realizada por el rematante no es sino un nuevo «acto procesal», de los distintos que componen el proceso ejecutivo en su conjunto. Concretamente, y siguiendo la clasificación que de los actos procesales llevan a cabo Oliva Santos, Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres, constituye una verdadera «declaración de voluntad», a saber, un acto jurídico que, por medio del lenguaje expresa un querer al que el Derecho enlaza efectos jurídicos determinados en la órbita del proceso¹³⁷.

Antes vimos, siguiendo a Micheli¹³⁸, que una de las importantes consecuencias que se derivan de la calificación de la oferta del rematante como negocio unilateral es la aplicación a la misma de las causas generales de impugnación de los negocios jurídicos. Habiendo calificado ahora dicha oferta como acto jurídico procesal, ¿quiere ello decir que las causas generales de impugnación de los negocios jurídicos no le serían aplicables? En absoluto, ya que al tratarse el acto jurídico, ante todo y sobre todo, de una manifestación de voluntad, por razón de ese preciso componente voluntarista del que también goza el negocio jurídico, le serán de aplicación las causas de impugnación de éste: falta de capacidad y vicios del consentimiento (error, violencia, dolo e intimidación).

Así lo entiende la más autorizada doctrina clásica, principalmente De Castro, Enneccerus, Kipp y Wolf. En efecto, De Castro, apoya la opción referida en el artículo 1090 del CC español, que establece la aplicación del régimen de los contratos a las obligaciones derivadas de la Ley, en los aspectos no regulados por ella misma. En base a lo anterior, afirma De Castro que «si el Código Civil entiende que obligaciones que no tienen por base la voluntad individual, ello no obstante, se someterán a las reglas de dicho Libro, y por tanto también a la de los contratos, con mucha más razón habrá de admitirse que estas últimas se aplicarán a las otras obligaciones nacidas de declaraciones de voluntad, pero no de un

¹³⁶ CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, Traducción de Albaladejo García, M., Madrid, 1956, p. 110.

¹³⁷ DE LA OLIVA SANTOS, A.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J. *Derecho Procesal. Introducción...*, cit., p. 321.

¹³⁸ MICHELI, G. A., *Esecuzione Forzata...*, cit., p. 110. *Vid.* nota n. 175.

contrato. Nada impide, por tanto, que se acuda a la aplicación analógica de las disposiciones legales sobre contratos y testamentos y de los principios que las inspiran, respecto a los demás supuestos en que juega la autonomía de la voluntad»¹³⁹. Esto es, se admite la aplicación, por analogía (basada en el elemento voluntarista común a los actos jurídicos y contratos) del régimen de los contratos, negocio jurídico bilateral por antonomasia, a los actos jurídicos.

Enneccerus, Kipp y Wolff, por su parte, consideran que lo que nosotros hemos reputado como «actos jurídicos», guardan una gran similitud con los negocios jurídicos, pues contienen la exteriorización de un acontecimiento del espíritu, a saber, de una voluntad (aunque en el caso del acto, el efecto jurídico se produce *ex lege* y no *ex voluntate*). Por consiguiente, afirman los autores alemanes, «en tanto prepondere esta naturaleza coincidente con las declaraciones de voluntad, habrá que tratarlos por analogía de éstas, o sea que habrá que aplicar, por lo regular, lo que se refiere a la capacidad de celebrar negocios jurídicos, a la representación, al error, al dolo, a la violencia, al consentimiento y a la ratificación, a la invalidez y a la impugnación, como asimismo a la perfección»¹⁴⁰.

En definitiva, la oferta realizada por el rematante podrá impugnarse por la ausencia de los requisitos esenciales de la voluntad del negocio jurídico, a saber, la falta de capacidad, el error, la violencia, la intimidación y el dolo.

Llegados a este preciso punto, debemos retomar el rechazo que expresa Tramontano a la posible aplicación régimen de impugnación de los negocios jurídicos a la oferta del rematante en base al elemento voluntarista, pues ello supondría admitir la duplicidad de medios de impugnación, en función de la relevancia sustantiva o procesal del acto en cuestión, todos ellos parte del mismo procedimiento ejecutivo. Discrepamos de esta posición, porque esta posible dualidad de medios de impugnación es un indefectible reflejo de la compleja ambivalencia procesal y sustantiva, constitutiva de la venta judicial; y asimismo, existen defectos puramente sustantivos cuya impugnación desde una órbita procesal (precisamente la falta de capacidad, el error, la violencia, intimidación y el dolo), de no serles de aplicación el régimen igualmente sustantivo, quedarían sin respuesta legal.

¹³⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, cit., p. 22.

¹⁴⁰ ENNECERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, tomo I-2.º (Parte General), Traducción de la 39.ª Edición alemana de PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Barcelona, 1950, p. 12.

2.3 TEORÍAS QUE TRATAN DE HOMOGENEIZAR LOS ASPECTOS PROCESALES Y SUSTANTIVOS DE LA VENTA JUDICIAL AFIRMANDO SU COMPLEJA NATURALEZA

Constatadas las insuficiencias a la que llevan los excesos de las teorías contractualistas y procesalistas, así como la falta de explicación satisfactoria de la postura del tercero rematante, incluso por aquellos que comienzan a dar cierta relevancia a los aspectos sustantivos de la venta judicial, existe un grupo de autores, que, por fin, pretenden superar tales extremos afirmando la indudable naturaleza compleja, procesal y sustantiva, de la institución objeto de estudio.

El primero en dirigir esta dirección es Satta, quien curiosamente se retracta de su pensamiento inicialmente publicista mediante una sincera autocrítica, pasando a desligarse tanto de los procesalistas, como de los contractualistas. Es concretamente en 1937 cuando replantea y recompone su pensamiento, atenuando su anterior visión exclusivamente procesal de la venta judicial y subrayando adecuadamente su innegable relevancia material¹⁴¹. Significativas de la nueva y más acertada inteligencia del autor son las siguientes palabras pronunciadas por Satta: «existen una serie de efectos sustantivos de la venta judicial que resultan innegables, a saber, la transmisión de la propiedad y la obligación de pagar el precio; surgiendo así una relación jurídica que se instaura entre el deudor y el adjudicatario»¹⁴².

Como puede apreciarse, el autor resalta uno de los más importantes efectos sustantivos que encierra la venta judicial: el efecto traslativo, que se cifra en la entrega de la cosa y el pago del precio; y decimos uno de los importantes efectos sustantivos de la venta judicial, porque olvida el autor el importantísimo «efecto purgativo» que ésta también trae consigo, esto es, la virtualidad de cancelar todos aquellos derechos y trabas posteriores a la traba del embargo del que trae causa la venta judicial. No obstante, lo verdaderamente relevante es la toma de conciencia por parte de Satta del sustrato no sólo procesal, sino también sustantivo, que compone la venta judicial.

Asimismo, otro aspecto destacable del nuevo pensamiento de Satta gira en torno a la última frase pronunciada, a saber, que el efecto traslativo que deriva de la venta judicial se entabla entre el

¹⁴¹ Así lo destaca CERINO-CANOVA, A., *Vendita forzata ed effetto traslativo...*, cit., pp. 141-143.

¹⁴² SATTA, S., *L'esecuzione forzata*, Milano, 1937, p. 191.

deudor y el adjudicatario. En efecto, afirma el nacimiento de una relación jurídica sustantiva que sólo implica al deudor y al rematante, no al órgano judicial ejecutivo ni al acreedor ejecutante. Nos adherimos plenamente a este fundamental extremo destacado por Satta, ya que es evidente que si de efecto traslativo estamos hablando, los afectados son el propietario de la cosa transmitida (deudor) y el sujeto que paga el precio por la misma (rematante adjudicatario). Lo anterior guarda una relevancia que va más allá del mero ámbito civil, pues tiene unas importantísimas consecuencias en el orden fiscal y sobre las que mucho se ha discutido en la jurisprudencia española: *grosso modo*, puede decirse que si consideramos transmitente a los efectos de la transmisión realizada mediante la venta judicial al deudor, y éste tiene la condición de empresario, la referida transmisión quedará sujeta al Impuesto del Valor Añadido y no al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas¹⁴³.

El siguiente de los autores que con mayor claridad afirma sin tapujos la naturaleza compleja, no sólo procesal sino también sustantiva, de la venta judicial, es Cerino-Canova. El referido autor, resalta los excesos en los que caen las tradicionales posturas contractualistas y procesalistas: las primeras exaltan el fenómeno de cambio de cosa por precio, mientras que las segundas centran la exclusiva atención en el poder público. Ambas son insuficientes, las contractualistas, porque la venta judicial no puede explicarse desde el contrato, en la medida en que no puede justificarse la falta de voluntad del vendedor, ni puede relegarse a un papel meramente instrumental a la actuación del órgano ejecutivo; y las publicistas porque el proceso no puede absorber absolutamente todo, particularmente la relevante posición del tercero oferente que pretende ser adjudicatario del bien¹⁴⁴.

A juicio de Cerino-Canova las anteriores observaciones hacen que debamos apostar por una armonización recíproca de los aspectos procesales y sustantivos de la venta judicial¹⁴⁵; ambas esferas deben conciliarse necesariamente: respectivamente, el proceso y la actuación del poder público, de un lado, y el cambio de un derecho por un precio, por otro. La negación de esta compleja realidad que encierra la venta judicial trae consigo una visión parcial y limitada del fenómeno: compuesto por aspectos

¹⁴³ Sobre esta cuestión *vid.* con detalle nuestro estudio: «El transmitente en la subasta judicial: confirmación de una doctrina jurisprudencial uniforme en sede fiscal que resuelve una controvertida cuestión sustantiva», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 32, 2013, pp. 385-398.

¹⁴⁴ CERINO-CANOVA, A., *Offerte dopo l'incanto...*, cit., pp. 86-92.

¹⁴⁵ CERINO-CANOVA, A., *Offerte dopo l'incanto...*, cit., p. 91.

procesales y sustantivos. En efecto, la venta judicial se desarrolla en el proceso y por el proceso, pero ostenta una eficacia material ampliamente descrita por el CC italiano de 1942, lo que refleja la doble matriz, sustantiva y de forma que la inspira (también se deriva dicha naturaleza compleja o dual de la existencia de dos textos legales, el *Codice di Procedura Civile* y el CC italiano, procesal y civil, respectivamente, que se encargan de regular la figura en cuestión)¹⁴⁶.

Sin duda alguna, Cerino-Canova es de los primeros autores en reafirmar de manera más incisiva la compleja naturaleza jurídica de la venta judicial, en base a la crítica de los excesos de las tradicionales teorías contractualistas y publicistas. No obstante, su elogiada postura se queda simplemente en eso: en un acertado enfoque. ¿Pero ello a qué conduce? Lo fundamental en la calificación de la naturaleza jurídica no es otra cosa que la determinación del régimen jurídico aplicable a aquellos aspectos que carezcan de una concreta regulación legal; y ello no parece obtener una respuesta en el pensamiento de Cerino-Canova.

Finalmente, dentro de la doctrina española, debe destacarse la posición de Luque Torres, quien considera que la subasta o venta judicial es una figura jurídica eminentemente procesal, a la que acompañan ciertos aspectos sustantivos, lo cual nos conduce a su naturaleza mixta. El carácter público y procesal es el que prevalece sobre todos los demás, a juicio de la autora, si bien ello no nos debe llegar a negar la aplicación en ciertos casos de la normativa de la compraventa contractual, en aquellos aspectos en los lleguen a coincidir¹⁴⁷.

Se trata de una postura tendencialmente procesalista, pues afirma la existencia de aspectos sustantivos, pero los relega a una posición secundaria respecto de los aspectos procesales. Lo fundamental no es sólo esta última afirmación, sino la admisibilidad de la aplicación analógica (no utiliza literalmente este término, aunque se sobreentiende) del régimen jurídico de la compraventa para aquellos aspectos en los que coincidan. Quizá hubiera sido más preciso afirmar la aplicación por analogía del régimen de la compraventa contractual para aquellos casos no regulados expresamente por la normativa procesal y ello en base a la identidad de razón que existe en ambas figuras.

¹⁴⁶ CERINO-CANOVA, A., *Vendita forzata ed effetto traslativo...*, cit., p. 144.

¹⁴⁷ LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios...*, cit., p. 215.

3. NUESTRA POSTURA: RELECTURA DE LA POSICIÓN DE DÍEZ-PICAZO; UNA POSICIÓN SINCRÉTICA, QUE NO ECLÉCTICA

La extensa exposición y sistematización de las numerosas posturas sostenidas acerca de la naturaleza jurídica de la venta judicial dan muestra de su importancia, si bien, de nada nos servirá su tratamiento, si de la misma no pueden extraerse pautas generales (marcos jurídicos a los que acudir) para la resolución de problemas carentes de regulación específica¹⁴⁸.

Siendo así, es hora de que demos cuenta de nuestra postura y que justifiquemos precisamente la importancia anteriormente anunciada.

A este respecto, tal y como se desprende de la rúbrica del presente epígrafe, acogemos la posición sostenida por Díez-Picazo al hilo de su estudio de la denominada categoría de los «contratos forzosos». Posición del célebre autor que hacemos nuestra en cuanto a su breve esencia, y que ampliamos y matizamos, de ahí que hagamos referencia a una «relectura» de dicho pensamiento. Y siguiendo con la explicación de los elementos que componen el encabezamiento del presente apartado, afirmamos que se trata de una posición sincrética y no ecléctica, en la medida en que, como bien apunta Gutiérrez de Cabiedes, no pretendemos quedarnos simplemente en un término medio conciliador pero inexacto, sino por el contrario, tratamos de superar los extremos equivocados de las distintas posturas relatadas en las páginas anteriores, llegando a lo que nosotros reputamos como solución útil¹⁴⁹. Adentrémonos con detalle en la postura de Díez-Picazo, pues.

Díez-Picazo se enfrenta a la cuestión de la naturaleza jurídica de la venta judicial, como decimos, al hilo del estudio de los «llamados contratos forzosos», categoría que rechaza y que trae causa de la progresiva intervención del Estado en el Derecho patrimonial en la época contemporánea. Intervención que genera la aparición de figuras «extravagantes» para el Derecho clásico de los Códigos civiles, porque desbordan los moldes conceptuales clásicos elaborados por la ciencia jurídica. Una de ellas es precisamente el denominado «contrato forzoso», entendiéndolo por tal a todos aquellos casos en el contrato se impone a los contratantes. Si lo que se impone es el contenido de dicho contrato, nos encontraremos pro-

¹⁴⁸ En esta misma línea, VERDERA SERVER, R., «Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial», en *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 25, 2010, p. 101.

¹⁴⁹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La enajenación forzosa...*, cit., p. 78, nota n. 169.

piamente ante los calificados «contratos normados», que son efectivamente contratos. Cuando se impone no el contenido, sino el origen mismo de la relación jurídica contractual que no nace de un acto de las partes, sino de su imposición forzosa, nos encontramos ante el verdadero contrato forzoso sobre el que los autores se plantean su calificación jurídica y situación sistemática¹⁵⁰. Pues bien, dentro de esta genérica categoría es donde la doctrina suele incluir igualmente a la denominada venta forzosa o venta judicial, que es lo que a nosotros interesa.

Decimos que Díez-Picazo rechaza la figura del «contrato forzosa», pues ve en ella una confusión entre el acto originador y la relación jurídica nacida del mismo: se llama contrato más a la relación jurídica que el negocio bilateral crea que al negocio creador en sí¹⁵¹.

De aquí ya podemos extraer la primera premisa fundamental para construir nuestro pensamiento en torno a la naturaleza jurídica de la venta judicial: como bien indica Díez-Picazo, una construcción rigurosa del tema debe fundarse en una distinción clave entre el acto de constitución y la relación jurídica que de él surge¹⁵². La razón de la confusión de estos dos elementos claramente identificables es que el acto de constitución alcanza en el sistema de los conceptos jurídicos un valor preeminente, de modo que absorbe la relación, que es, en realidad, su efecto, pasando a formar con ella una unidad conglomerada. Pero acto y relación son conceptos distintos. Es evidente que existe entre ambos un nexo evidente, pero ello no puede traer como consecuencia que pasen a formar una sola unidad. De modo, que no es posible confundirlos, ni siquiera en aquellos casos en que convivan temporalmente¹⁵³.

Aclarada esta distinción esencial entre el acto constitutivo y la relación jurídica nacida del mismo, es hora de aplicarla al contrato de compraventa en torno a cuya comparativa gira desde el origen la polémica acerca de la naturaleza de la venta judicial. En la compraventa ordinaria, el acto originador es un negocio jurídico bilateral, un contrato, que da lugar a la creación autónoma y voluntaria de una determinada relación jurídica, que podemos denominar de venta, en la medida en que se trata de un «vinculum iuris» que da lugar a la entrega de un derecho a cambio de un precio en dinero. Este es el caso más prototípico y clásico del tráfico jurídico, a saber, la relación jurídico-privada que nace de un acto de la auto-

¹⁵⁰ Díez-Picazo, L., *Los llamados contratos forzosos...*, cit., pp. 85-90.

¹⁵¹ Díez-Picazo, L., *Los llamados contratos forzosos...*, cit., p. 99.

¹⁵² Díez-Picazo, L., *Los llamados contratos forzosos...*, cit., pp. 101 y 102.

¹⁵³ Díez-Picazo, L., *Los llamados contratos forzosos...*, cit., p. 103.

mía de las partes. No obstante dicha relación jurídica también puede nacer excepcionalmente sin que la voluntad de sus titulares haya sido tenida en cuenta, sin que lo hayan querido. En estos casos hay una voluntad superior que impone la relación, sin que a las partes les quede más remedio que acatarla. Es la actuación del Estado la que crea e impone la relación de carácter privado entre dos sujetos¹⁵⁴. Por tanto, la misma relación jurídico-privada puede nacer, tanto de un contrato, como de una actuación pública estatal; y reiteramos que en ambos casos la relación jurídica nacida será exactamente la misma.

Partiendo de lo anterior, ¿cuál es el acto constitutivo y la relación jurídica nacida en la venta judicial? En el caso de la venta judicial, el acto constitutivo es el proceso de ejecución y la relación jurídica nacida es la propia de venta: un cambio de un bien por un precio en dinero. Esto es, el proceso ejecutivo en su conjunto da lugar al nacimiento de una relación jurídica privada, que podemos calificar de venta, en la medida en que la relación de venta hace referencia, como decimos al «vinculum iuris» que da lugar a la entrega de un derecho a cambio de un precio en dinero.

En efecto, como bien indica Díez-Picazo en este punto la ausencia de negocio jurídico no puede servir para deducir la ausencia de venta; es decir, puede negarse la existencia de venta contractual, pero no la de venta judicial, desde el momento en que venta es todo vínculo jurídico que trae consigo la transmisión de un derecho a cambio de un determinado precio en dinero¹⁵⁵.

Por tanto, lo verdaderamente problemático de la venta judicial no es calificar la relación jurídica, que indudablemente es de venta, sino el acto originador de la misma. Dicho acto originador no es un contrato, pues no hay concurrencia de dos voluntades libremente expresadas, sino el propio proceso de ejecución en su conjunto, compuesto por una serie de actos jurídicos procesales. Por este motivo, según Díez-Picazo la venta judicial, puede además llamarse «procesal», pues nace del mismo proceso ejecutivo. De no ser así, de no considerarse que la compraventa de los bienes del deudor ejecutado nace de este complejo de actos jurídicos procesales que se denomina proceso de ejecución, no podrá encontrarse solución satisfactoria al problema.

En base a lo anterior, no debe parecer disonante hablar de venta judicial para distinguirla de la venta contractual, y de ahí nuestra

¹⁵⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Los llamados contratos forzosos...*, cit., pp. 104-106.

¹⁵⁵ CUBELLS ROIG, E., «La subasta y el retracto *ex lege*», en *Revista General del Derecho*, n.º 584, 1993, p. 4378, coincide en destacar que lo que distingue a la venta judicial de la contractual es precisamente el acto constitutivo, el origen de la relación jurídica de venta.

continua alusión a la terminología en cuestión a lo largo de estas páginas. Como bien indica Díez-Picazo, quiere decirse simplemente que, de la misma manera que la compraventa nace de un acto de las partes (contrato), no hay dificultad teórica insuperable para admitir que la compraventa puede también nacer de un proceso (en este caso, de ejecución)¹⁵⁶.

En definitiva, debemos distinguir el acto constitutivo de la relación jurídica que de él nace; y partiendo de dicha distinción, pueden distinguirse igualmente las «compraventas contractuales» de las «compraventas judiciales»: las primeras serían las relaciones jurídicas de venta (cambio de cosa por precio) que nacen de un contrato; mientras que las segundas consistirían en relaciones jurídicas, igualmente de venta (también hay cambio de cosa por precio), nacidas en este caso del proceso de ejecución (compuesta por una serie de actos jurídicos procesales).

Detallemos en mayor medida la calificación jurídica de cada una de esas actuaciones que en su conjunto componen la venta judicial, para posteriormente especificar el régimen jurídico aplicable a las cuestiones no resueltas en nuestro Derecho positivo vigente.

Comencemos por la calificación jurídica de las actuaciones integrantes de la venta judicial. Como acabamos de ver, entendemos que la venta judicial nace del proceso de ejecución. Siendo ello así, todo aquello que no sea la relación jurídica de venta, esto es, el cambio de la cosa por el precio, forma parte del proceso. En efecto, el proceso de ejecución comienza con un acto jurídico procesal que consiste en el ejercicio de la acción ejecutiva a través de la interposición de la correspondiente demanda, prosigue con las actuaciones llevadas a cabo por el órgano judicial encargado de la ejecución y finaliza con la oferta realizada por el rematante que pretende ser adjudicatario del bien y la definitiva adjudicación del mismo por parte del órgano ejecutivo. Todas y cada una de estas actuaciones constituyen actos jurídicos procesales, como ya hemos tenido ocasión de comprobar en páginas anteriores: manifestaciones de voluntad que llevan aparejadas efectos jurídicos predeterminados legalmente y que se desenvuelven en la órbita del proceso. Todos estos actos jurídicos procesales que conforman el proceso ejecutivo tienen la misma importancia, pues la falta de uno de ellos impide el buen fin de la venta judicial. De ahí que no debemos centrar el análisis de la naturaleza de la venta en ninguno de tales actos

¹⁵⁶ Díez-PICAZO, L., *Los llamados contratos forzosos...*, cit., p. 95, nota n. 38, única referencia específica a la controvertida naturaleza jurídica de la venta judicial. MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., pp. 239-242, se muestra absolutamente partidaria de la postura de Díez-PICAZO.

considerados aisladamente: ni en la adjudicación, ni sólo en la oferta o pago del precio. Reiteramos, todos y cada uno de ellos guarda la misma importancia como actos jurídicos integrantes del acto originador de la relación jurídica de venta.

Ahora bien, en lo que respecta a la relación jurídica que nace de dicho proceso de ejecución, la misma es una relación jurídica privada, no procesal, y de venta, al cifrarse en el cambio de una cosa por un precio en dinero¹⁵⁷.

Expuesta la calificación jurídica de la venta judicial en su conjunto, queda por determinar la cuestión más importante, sin la cual el estudio de la naturaleza jurídica carecería de sentido: a saber, la determinación del cuerpo legal que aplicaremos ante la existencia de determinadas lagunas en la regulación positiva existente de la venta judicial. Lagunas legales que se observan principalmente en relación a cuestiones sustantivas de la institución objeto de estudio, y particularmente en España, en la que no existe una paralela regulación a la existente en los artículos 2919 a 2924 del CC italiano concerniente a los efectos sustantivos de la venta judicial.

¿Qué régimen traslativo resulta aplicable a la transmisión que tiene lugar a través de la venta judicial? ¿Se trata de una transmisión originaria o derivativa? ¿Qué ocurre con la evicción y los vicios ocultos? ¿Y con el instituto de la resolución por incumplimiento? Como puede apreciarse, se trata de cuestiones puramente sustantivas, que por ello mismo plantean el lógico interrogante de si resultará aplicable a tales casos el régimen jurídico de la compraventa contractual o voluntaria. En otros términos, ¿podemos aplicar a los aspectos no regulados de la venta judicial de naturaleza sustantiva o material el completo régimen jurídico que de la compraventa contractual dan los respectivos Códigos Civiles español e italiano? La respuesta debe ser afirmativa y la aplicación que se lleve a cabo en tal caso, se hará por analogía. Veamos por qué.

Como es sabido, la aplicación analógica de la regulación normativa de una determinada institución exige la concurrencia de una serie de elementos: en primer lugar, la ausencia de un régimen jurídico propio de la institución a la que se aplicará la regulación por analogía; y en segundo lugar, la existencia de una «identidad de razón» entre ambas figuras¹⁵⁸. Así se desprende del artículo 4.1 del CC

¹⁵⁷ Este carácter complejo de la venta judicial, nacida del proceso y que da lugar a una relación jurídica propia de venta que trae consigo tres fundamentales efectos jurídico-privados (el traslativo, el purgativo y la extinción de la acción por incumplimiento o lesión del crédito) se apuntaba ya por el propio PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, cit., pp. 176 y 177. En este mismo sentido, también, CAPPONI, B., *Manuale di Diritto dell'esecuzione civile*, 2.ª edición, Torino, 2012, p. 316.

¹⁵⁸ VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, tomo I, 4.ª Edición, Valladolid, 1935, pp. 113 y 114; 212 y 213. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil*

español, a cuyo tenor: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Las lagunas legales en el caso de la venta judicial son evidentes, queda, pues, por determinar si se da dicha identidad de razón entre la compraventa contractual y la judicial. Para ello, debemos constatar la existencia de elementos esenciales coincidentes entre las figuras en presencia; coincidencia que sí concurre entre la compraventa contractual y judicial en relación a los siguientes extremos:

a) Tanto en la venta contractual como en la judicial, la relación jurídica que nace es la misma: una relación jurídica de venta consistente en el intercambio de un bien por un precio en dinero.

b) La posición del adquirente, comprador o rematante adjudicatario, según se trate de la venta contractual o judicial, respectivamente, en esencia viene a ser la misma en ambas figuras: tanto en uno como en otro caso se trata de una persona que voluntariamente quiere adquirir la cosa, ofreciendo un determinado precio por ella¹⁵⁹.

Constatada la identidad de razón entre la venta contractual y judicial, podemos afirmar sin ambages la aplicación por analogía del régimen jurídico de la compraventa a la venta judicial para aquellos problemas o situaciones no resueltas por la regulación positiva de la misma¹⁶⁰. Si bien, como acertadamente apunta Mondéjar Peña, tal aplicación analógica obliga a «discriminar aquellas consecuencias propias del contrato de compraventa que no son susceptibles de aplicación por la propia naturaleza de estas adquisiciones, lo cual resulta preciso sobre todo cuando se trata de aplicar reglas que tienen su fundamento en la voluntad y conducta del ejecutado, pues la incidencia de éstas en el proceso de ejecución, habida cuenta su carácter forzoso queda reducida a la mínima expresión»¹⁶¹.

español común y foral, tomo I, 7.ª Edición, Madrid, 1949, pp. 370 y 371. Un estudio reciente y monográfico sobre la «analogía» puede verse en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Analogía e interpretación extensiva», en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 3, 2012, pp. 1001-1073.

¹⁵⁹ ARANDA RODRÍGUEZ, R., «Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales. Analogías y diferencias entre compraventa y subasta judicial. Estudio a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995»..., cit., p. 903, destaca igualmente la gran semejanza existente entre la venta contractual y la venta judicial desde la perspectiva del comprador-adjudicatario.

¹⁶⁰ Esta identidad de razón justificativa de la aplicación a la venta judicial del régimen jurídico de la compraventa contractual, en base al primero de los elementos comunes aludidos (transmisión de la cosa por precio), viene destacado por VERDERA SERVER, R., *Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial...*, cit., p. 101. En el mismo sentido puede también verse a PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e Diritto sostanziale...*, cit., p. 317.

¹⁶¹ MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas...*, cit., p. 242.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 1, 1947, pp. 409 y ss.
- ALONSO SÁNCHEZ, B.: *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procesos de ejecución*, Madrid, 1999.
- ARANDA RODRÍGUEZ, R.: «Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales. Analogías y diferencias entre compraventa y subasta judicial. Estudio a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995», en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 2, 1996, pp. 885-906.
- BADENES GASSET, R.: *El contrato de compraventa*, tomo I, 3.ª edición, Barcelona, 1995.
- BONSIGNORI, A.: «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione», en *Il Codice Civile Commentario*, dirigido por Schlessinger, P., Milano, 1988.
- CAPPONI, B.: *Manuale di Diritto dell'esecuzione civile*, 2.ª edición, Torino, 2012.
- CARIOTA FERRARA, L.: *El negocio jurídico*, traducción de Albaladejo García, M., Madrid, 1956.
- CARNELUTTI, F.: *Lezioni di Diritto Processuale Civile. Processo di esecuzione*, tomo II, Padova, 1932.
- «Postilla», en *Rivista Trimestrale di Diritto en Procedura Civile*, 1932.
- *Instituciones del Proceso Civil*, vol. III, traducción Sentís Melendo, Buenos Aires, 1960.
- «Lezioni di diritto processuale civile», Vol. II, *Processo di esecuzione*, Padova, 1931.
- *Teoria dei trasferimenti coattivi*, Messina, 1931.
- CARRERAS LLANSANA, J.: *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español común y foral*, tomo I, 7.ª edición, Madrid, 1949.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «Analogía e interpretación extensiva», en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 3, 2012, pp. 1001-1073.
- CERINO-CANOVA, A.: «Vendita forzata ed effetto traslativo», en *Rivista di Diritto Civile*, fasc. 2, 1980, pp. 152 y ss.
- *Offerte dopo l'incanto*, Padova, 1975.
- CHIOVENDA, G.: «Sulla natura dell'espropriazione forzata», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1926, pp. 85-104.
- CICU, A., MESSINEO, F.: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XXIII, Milano, 1971.
- CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, Madrid, 1959.
- CRIVELLI, A., TENERIFFA, N.: «Vendita e assegnazione», en *Diritto Processuale Civile. Esecuzione forzata e processo esecutivo*, Torino, 2012, pp. 451 y ss.
- CUBELLS ROIG, E.: «La subasta y el retracto *ex lege*», en *Revista General del Derecho*, n.º 584, 1993, pp. 4371-4384.
- CUENA CASAS, M.: *La función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 2002 (reimpresión).
- DE DIEGO, C.: *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. II, Madrid, 1959.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J.: *Derecho Procesal. Introducción*, 3.ª ed., Madrid, 2008.
- DE LA PLAZA, M.: *Derecho Procesal Civil Español*, II, 2.ª parte, 3.ª ed., Madrid, 1955.

- DE MARTINI, A.: «Profili contrattuale della vendita forzata nella esecuzione singolare e fallimentare», en *Giurisprudenza Completa della Cassazione Civile*, n.º 3, 1948, pp. 189 y ss.
- DE PABLO CONTRERAS, P.: «El mandato», en Martínez de Aguirre Aldaz, C. (Coord.), *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2011, pp. 723 y ss.
- DE STEFANO, F.: «Gli effetti della vendita forzata dopo la riforma del processo esecutivo», en *Esecuzione Forzata*, n.º 4, 2007, pp. 657 y ss.
- DENTI, V.: voz «Negozio processuale», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXVIII, 1978, pp. 138-145.
- DI PIRRO, M.: *Codice di Procedura Civile illustrato. Dottrina, giurisprudenza, schemi, mappe e tabelle*, Piacenza, 2012.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «Los llamados contratos forzosos», en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 1, 1956, pp. 85-117.
- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, 6.ª ed., Navarra, 2007.
- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV, 1.ª ed., Navarra, 2010.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, I, 12.ª edición, Madrid, 2012.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: el problema de la adquisición en los procesos de ejecución», en *Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios Europeos y Draft*, Gómez Laplaza, M. C. (coord.), Madrid, 2012, pp. 13-44.
- ENNECERUS, L.; KIPP, T., y WOLFF, M.: *Tratado de Derecho Civil*, tomo I-2.º (Parte General), Traducción de la 39.ª Edición alemana de PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Barcelona, 1950.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *Efectos jurídico-reales del embargo de bienes inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2005.
- «La tercería de dominio y el sistema español de transmisión de los derechos reales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 54, 2013-2014, pp. 237-366.
- *La tercería de dominio y la transmisión de inmuebles. La defensa de los derechos reales en la ejecución singular*, Cizur Menor, 2015.
- ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Derecho Civil Español*, vol. III, *Obligaciones y Contratos*, 3.ª ed., Madrid, 1969.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.: *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982.
- FRANCO ARIAS, J.: *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987.
- GALGANO, F.: *Trattato di Diritto Civile*, vol. II, 2.ª ed., Padova, 2010.
- *Trattato di Diritto Civile*, vol. III, 2.ª Ed, Padova, 2010.
- GIMENO PÉREZ LEÓN, F. J.: «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la subasta (procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Adjudicación en primera subasta de la finca y aprobación del remate. Posterior comparecencia del deudor hipotecario aportando documentos privados justificativos del pago de la deuda y ulterior otorgamiento de carta de pago por entidad acreedora», en *La Ley*, n.º 552, 1990, pp. 6399 y ss.
- GUASP DELGADO, J.: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1955.
- GUASP, J., ARAGONESES, P.: *Derecho Procesal Civil*, tomo II, Madrid, 2006.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.: *La enajenación forzosa*, Pamplona, 1966.
- HERCE QUEMADA, V., y GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho Procesal Civil*, vol. II, Madrid, 1979.
- JACCHERI, E.: «Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo (riflessioni alla luce della modifica dell'art. 586 c.p.c. introdotta dalla legge 12 luglio 1991 n. 203)», en *Rivista di Diritto Processuale*, fasc. 3, 1993, pp. 793-1020.

- JORDANO BAREA, J.: «Una elección sobre la posesión», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, n.º 4, 1986, p. 1035-1058.
- KOHLER, J.: *Prozessesrechtlich forschungen*, 1882.
- LOIS ESTÉVEZ, J.: «Teoría de la expropiación procesal», en *Revista de Derecho Privado*, 1948, pp. 1102 y ss.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: «La prenda», en Clemente Meoro, M. (Coord.), *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, 2.ª ed., Valencia, 2001, pp. 442 y ss.
- LÓPEZ ORTIZ, L.: «Los contratos procesales», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 197, 1954, pp. 55-85.
- LUISO, F. P.: «Diritto Processuale Civile», vol. III, *Il Processo Esecutivo*, 6.ª ed., Milano, 2011.
- LUQUE TORRES, G.: *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios*, Granada, 1999.
- MANDRIOLI, C.: *Corso di Diritto Processuale Civile*, III, Torino, 2011.
- MAZZAMUTO, S.: «L'esecuzione forzata», en Rescigno, P. (Dir.), en *Trattato di Diritto Privato*, 2.ª ed., Torino, 1998
- «L'esecuzione forzata», Rescigno, P. (Dir.), en *Trattato di Diritto Privato*, 1.ª ed., Torino, 1985.
- MAZZARELLA, F.: voz «Vendita forzarta», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XLVI, Milano, 1993, pp. 552-584.
- MICHEL, G. A.: «Esecuzione Forzata», en Scialoja, A.; Branca, G. (Coordinadores), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1964.
- MIRABELLI, G.: *Del diritto dei terzi*, Torino, 1889.
- MONDÉJAR PEÑA, M. I.: *Las subastas judiciales forzosas*, Madrid, 2008.
- MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J.: *Tratado de proceso de ejecución civil*, tomo II, Valencia, 2004.
- MORAL MORO, M. J.: *La subasta judicial de bienes inmuebles*, Barcelona, 2000.
- MORENO CATENA, V., y AA. VV.: «Derecho Procesal», tomo I (vol. II), *Proceso Civil* (2), Valencia, 1992.
- MORTARA, L.: *Manuale della procedura civile*, II, Torino, 1929.
- MURGA FERNÁNDEZ, J. P.: «El transmitente en la subasta judicial: confirmación de una doctrina jurisprudencial uniforme en sede fiscal que resuelve una controvertida cuestión sustantiva», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N.º 31, 2013, pp. 329-346.
- *La vendita in sede di espropriazione forzata tra autonomia contrattuale e interessi di rilievo pubblicistico*, Milano, 2014.
- *Subasta judicial y transmisión de la propiedad*, Cizur Menor, 2015.
- NADAL GÓMEZ, I.: *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Madrid, 2001.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, 4.ª ed., Madrid, 2001.
- PUGLIATTI, S.: «Vendita forzata e rappresentanza legale», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1932, I, pp. 294 y ss.
- «Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1933, I, pp. 425 y ss.
- *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935.
- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. II, Barcelona, 1956.
- PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho Civil Español*, T. III, vol. 1, Barcelona, 1966.

- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Manual de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Cáceres, 1997.
- RIVAS TORRALVA, R. A.: *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, Madrid, 2001.
- *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, Barcelona, 2012.
- ROBLEDO VILLAR, A.: *La subasta judicial: el remate*, Barcelona, 1998.
- ROCCO, A.: «Studi sulla teoria generale del fallimento», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1910, pp. 674 y ss.
- ROCCO, A.: *Il fallimento*, (ristampa dell'edizione del 1917), Milano, 1962.
- SANTOS REQUENA, A. A.: *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio*, Granada, 1998.
- SATTA, S.: *Commentario al Codice di Procedura Civile*, vol. III, *Processo di esecuzione*, Milano, 1959-1965.
- *La rivendita forzata*, Milano, 1933.
- *L'esecuzione forzata*, Milano, 1937.
- *L'esecuzione forzata*, 1954.
- SOLCHAGA LOITEGUI, J.: *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*, Navarra, 1986.
- TEDOLDI, A.: voz «Vendita e assegnazione forzata», en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, tomo XIX, Torino, 1999, pp. 653-682.
- TENDI, G. B.: *Trattato teorico pratico della compravendita*, II, Firenze, 1906.
- THON, A.: *Reschtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878.
- TRAMONTANO, R.: «La natura giuridica della vendita forzata», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 3, 1995, pp. 1129-1143.
- TRAVI, A.: voz «Vendita dei beni pignorati», en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 20.º (UN-Z), Azara, A., y Eula, E. (Directores), Torino, 1975, pp. 636-641.
- VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil español*, tomo I, 4.ª edición, Valladolid, 1935.
- *Tratado de Derecho civil español*, tomo III, 4.ª edición, Valladolid, 1937.
- VELA SÁNCHEZ, A. J.: *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias. Estudio jurisprudencial y doctrinal*, Navarra, 2009.
- VERDERA SERVER, R.: «Tercera de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial», en *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 25, 2010, pp. 81-106.
- ZANZUCCHI, M. T.: *Manuale di Diritto Processuale Civile*, III, Milano, 1945.
- ZANZUCCHI-VOCINO: *Diritto Processuale Civile*, III, Milano, 1964.