

Embargo de bienes gananciales por deudas
de un cónyuge
(Comentario a la Sentencia de la Sala Primera
del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1994,
RAJ 2946)

MARÍA JOSÉ ACHÓN BRUÑÉN
Becaria de investigación
Area de Derecho Procesal
Universidad Carlos III

SUMARIO: I. SUPUESTO DE HECHO. II. FUNDAMENTOS DE DERECHO. III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. IV COMENTARIO. 1. **La deuda contraída por un cónyuge ha de reputarse privativa mientras no se demuestre lo contrario.** 2. **Cauce procesal oportuno para que el cónyuge no deudor haga efectivo el derecho que le reconoce el art. 1373 del CC.** 2.A. *Crítica de los argumentos esgrimidos por el TS para rechazar el cauce de la tercería de dominio.* 2.A.a. El derecho que tiene cada cónyuge para defender la parte que le corresponde en la sociedad conyugal no es incompatible con la naturaleza jurídica de la misma. 2A.b. La LEC no exige que el tercerista tenga un dominio exclusivo y excluyente sobre el bien embargado. 2.A.c. El TS fundamenta de manera errónea e insuficiente que el cónyuge no deudor no tenga carácter de tercero en estos supuestos. 2B. *Procedimientos alternativos a la tercería de dominio.* 3. **Disolución y liquidación de la sociedad conyugal en el caso de que el cónyuge no deudor se oponga al embargo de bienes comunes.**

I. SUPUESTO DE HECHO

La cuestión litigiosa tiene su origen en la suscripción por Antonio S.P. de un aval frente a la Caja de Ahorros Provincial de Albacete, afianzan-

do una deuda contraída por sus hermanos. Para el cobro de tal deuda la entidad acreedora formuló juicio ejecutivo e instó el embargo de dos viviendas y un local comercial pertenecientes a la sociedad de gananciales. Tras notificarse la citación de remate y el embargo a la esposa de deudor, ésta compareció ante el Juzgado, pidiendo la sustitución de la traba de los bienes comunes por la parte que en los mismos correspondiera al cónyuge deudor en la sociedad conyugal. El Juzgado acordó la disolución de la sociedad legal de gananciales, ordenando a la compareciente la liquidación de la misma. Sin embargo, la esposa no procedió a practicar la ordenada liquidación y dos años más tarde formuló demanda de tercería de dominio con el fin de alzar el embargo trabado sobre el acervo común. La demanda fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia, pero en apelación fue desestimada y el TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— Dada la íntima relación que guardan entre sí los dos motivos del presente recurso, el primero orientado en denunciar la interpretación errónea del artículo 1373 del Código Civil, y el segundo referido a la doctrina jurisprudencial de esta Sala en orden a la naturaleza de la acción de tercería de dominio, resulta conveniente hacer el estudio de los mismos de una forma conjunta.

La cuestión litigiosa tiene su origen remoto en la suscripción, por el marido de la recurrente don Antonio S. P., de un aval afianzado, frente a la «Caja de Ahorros Provincial de Albacete», una deuda contraída por sus hermanos don Ricardo y don José María. Para el cobro de tal deuda, la entidad acreedora formuló demanda de juicio ejecutivo, tramitado bajo el núm. 157/1987 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Albacete, en el que se acordó la práctica del embargo correspondiente sobre dos viviendas y un local comercial, adquiridos a nombre del marido, pero pertenecientes a la sociedad de gananciales del matrimonio de la recurrente. Notificada a esta última la citación de remate y el embargo de los bienes con fecha 15 de junio de 1988. Doña Elia N. compareció ante el Juzgado dos días después alegando la opción que autoriza el artículo 1373 del Código Civil, pidiendo la sustitución de la traba de los bienes comunes, por la parte de los mismos que ostentase el cónyuge deudor en la sociedad conyugal. El Juzgado aplicando el contenido de tal disposición, acordó la disolución de la sociedad legal de gananciales, ordenándole a la compareciente que debía proceder a su liquidación, y que, en garantía cautelar del crédito del acreedor, se procediese a la anotación del embargo trabado en el Registro de la Propiedad.

No consta que, hasta la fecha, se haya procedido a practicar la ordenada liquidación de la sociedad de gananciales disuelta, utilizando alguna de las formas legalmente autorizadas. Sí en cambio se abando-

na esta vía procesal, y dos años después se inicia la presente demanda de tercería de dominio con fecha 26 de febrero de 1990.

SEGUNDO.— Puesto que ante un procedimiento de tercería de dominio nos encontramos, bueno será recordar la doctrina jurisprudencial que sobre la materia tiene consolidada esta Sala, empezando por reconocer que en la acción de tercería no se trata de declarar ni recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo de bienes indebidamente trabados, por no estar en el caso de responder de la deuda ejecutada, excluyéndoles de la vía de apremio; lo que supone, como exigencia ineludible, contemplar si el accionante tiene la condición de tercero y de dueño de los bienes. En materia de bienes conyugales, tiene también dicho la Sala que durante el matrimonio el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, al faltar por completo el concepto de parte proporcional, característica de la comunidad de tipo romano que allí se recoge, ni atribuible a la mujer, viviendo el marido y no habiéndose disuelto y liquidado la sociedad conyugal, la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si éstos existen es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con él de la cuota correspondiente; no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante, que no le legitima para entablar la tercería de dominio, ya que no tiene la cualidad de tercero, esencial para ejercitar con éxito esta clase de acción, conjuntamente con la condición de propietario en exclusiva de los bienes en litigio.

La situación jurídica de la mujer respecto a los bienes gananciales, es la propia de una propiedad en mano común de tipo germánico, que no permite la división en cuotas ideales, impidiendo que cualquiera de los esposos tenga la consideración de terceros; todo lo cual no es óbice para que la mujer pueda en este caso disponer de otros procedimientos, para resarcirse de las consecuencias originadas por los actos cometidos por el marido en contra de la ley o de sus legítimos intereses (Sentencias entre las más recientes de 26 y 29 septiembre 1986 [RJ 1986, 4790 y 4923], 4 de febrero, 13 de julio y 26 de septiembre 1988 [RJ 1988, 5992 y 6859], 19 de julio 1989 [RJ 1989, 5727] 6 y 12 de junio de 1990 [RJ 1990, 4740 y 4754] y 4 de marzo de 1994 [RJ 1994, 1652]).

TERCERO.— El procedimiento que contempla el artículo 1373 del Código Civil, es un remedio sustitutorio de la acción de tercería de dominio, puesto a disposición de la esposa en los casos que allí se contemplan. Ejercitando por la esposa cuando se le notifica el embargo de los bienes comunes, el derecho de opción que al cónyuge no deudor le reconoce el citado artículo 1373.1.º, determina el ejercicio de la disolución de la sociedad de gananciales, sin necesidad de petición alguna al Juez que conoce de la ejecución, si bien ha de procederse a la posterior liquidación del patrimonio de la sociedad para determinar los bienes, o la parte de ellos, que se atribuyen a cada uno de los cónyuges, y

consecuentemente los bienes del cónyuge deudor que han de sustituir en la traba al bien ganancial inicialmente embargado.

La falta de normas legales de carácter procesal acerca del ejercicio de este derecho de opción, y de la posterior liquidación de la sociedad, puesta de relieve por la doctrina científica, ha originado dudas sobre la forma en que ha de practicarse la liquidación, pronunciándose la mayor parte de los autores a favor de la forma convencional, de tal suerte que sólo ante la oposición del cónyuge deudor, o de los acreedores que se crean defraudados, sería necesario acudir a la liquidación judicial, debiendo señalarse en uno y otro caso un plazo para la práctica de la misma. Esta liquidación resulta indispensable, para la identificación del bien que el Juez ejecutor ha de utilizar en al sustitución que autoriza el debatido artículo 1373; pues si se entendiera que la sustitución del bien ganancial inicialmente embargado se podría hacer con la parte alícuota que el cónyuge deudor ostenta en la sociedad no liquidada, se estaría perjudicando al cónyuge no deudor, ya que en vez de conseguir la pretendida liberación de la primitiva taba, habría que extender ésta a todo el caudal ganancial, aunque sólo fuera referida a la cuota abstracta de participación que sigue ostentando el cónyuge deudor sobre todos y cada uno de los bienes de tal patrimonio, mientras no se liquide la sociedad; identificación y atribución de propiedad al cónyuge deudor, que sólo se produce con la liquidación, a semejanza de lo que dispone el artículo 1068, según la remisión del artículo 1410, todos del Código Civil.

Cuando el ejercicio de derecho de opción, o la práctica de la liquidación, se hubieren efectuado extemporáneamente, es decir fuera del plazo concedido, o del transcurso de uno prudencial, en el supuesto de que aquél no existiera, esta opción no afectaría a la ejecución para el abono de las responsabilidades contraídas, pues la desidia del cónyuge no deudor, o su mala fe, no pueden producir el efecto de impedir que el acreedor se vea totalmente frustrado en sus legítimas aspiraciones de hacer efectivo su crédito; nos encontraríamos entonces en el supuesto previsto en el párrafo 2.º del tantas veces citado artículo 1373 «si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación, el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios, o al tiempo de la liquidación», con lo cual no se impide la continuación de la ejecución sobre el bien ganancial embargado.

CUARTO.— En el caso de autos, la comparecencia de doña Elia N. en el juicio ejecutivo núm. 157/1987 dio lugar a la Resolución de fecha 17 de junio de 1988, en la que se acordaba la disolución de la sociedad de gananciales, y se le ordenaba a la compareciente que efectuara la liquidación de la misma; mandato y actividad que no ha llegado a tener efecto, y aunque hubiera sido de desear que en la citada resolución se hubiera fijado un plazo, el transcurso de casi dos años de inactividad por parte de la recurrente presupone el abandono de la vía procesal del

artículo 1373 del Código Civil, ante la evidente voluntad de que no aparezcan identificados los bienes adjudicados al cónyuge deudor, que habrían de servir como sustitutos de los comunes embargados, facilitando con ello la realización efectiva del crédito de la entidad acreedora.

Iniciada la vía de la tercería de dominio, y permaneciendo en la actualidad sin liquidar la sociedad, y por tanto no determinados los bienes que corresponden a cada uno de los cónyuges, esta indeterminación indica, como ya se ha expuesto, que la esposa sólo tiene un derecho expectante sobre los pertenecientes a la sociedad de gananciales que se embargaron, situación que no la legitima para entablar la presente tercería de dominio, ya que carece de la cualidad de tercero, indispensable en esta clase de acción.

QUINTO.— Aunque las argumentaciones contenidas en la sentencia recurrida no coinciden con las que aquí se acaban de exponer, el resultado final del fallo debe ser el mismo, por lo que, según jurisprudencia de esta Sala, es procedente declarar la desestimación de los motivos y del recurso en su integridad, con la preceptiva condena en costas de la parte recurrente (artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

VOTO PARTICULAR

Que formulan el Excmo. Sr. Magistrado Don Antonio Gullón Ballesteros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Magistrado que suscribe discrepa de la sentencia de la mayoría, aunque debe hacer constar ante todo el máximo respeto y acatamiento de la misma y que su discrepancia no es contra el fallo desestimatorio del recurso, que acepta, sino contra su fundamentación jurídica.

Y ello porque la sentencia entra a conocer de los motivos de casación, cuando en mi opinión, la misma demanda de tercería se debería haber inadmitido a trámite; no se hizo y, lógicamente, hay que rechazar el recurso de casación contra su desestimación.

En efecto, la vía de tercería de dominio no puede prosperar, pues: A) Doña Elia N. no recurrió la resolución del Juez de 1.ª Instancia que, en atención al ejercicio de la facultad que le confiere el art. 1373 LECiv, consideró disuelta la sociedad de gananciales «sin perjuicio de anotar el embargo en el Registro de la Propiedad como medida cautelar de garantía del crédito del acreedor». Al no recurrir esta resolución se conformó con esa anotación de embargo sobre los bienes comunes hasta la

liquidación de la sociedad conyugal. En el «suplico» de la demanda de tercería se pide, entre otras cosas, justamente lo contrario, lo que es una conducta que va contra sus propios actos, contraria a la buena fe procesal; B) Doña Elia N. no puede ejercitar la presente tercería de dominio porque el art. 1373 LECiv es un precepto que está pensado precisamente en sustitución de aquella vía.

III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La cuestión planteada en esta sentencia es de suma trascendencia práctica, ya que con cierta frecuencia por deudas contraídas por un consorte se embargan bienes gananciales y el cónyuge no deudor no sabe exactamente el medio procesal adecuado para alzar la traba sobre su participación en el acervo común.

La raíz del conflicto se encuentra en que nuestra legislación procesal no prevé ningún mecanismo específico para estos supuestos, porque aunque el art. 1373 del CC parece referirse a tales situaciones, dicha norma sustantiva no tiene correspondencia en el ámbito procesal.

El TS en su jurisprudencia, tampoco da respuesta alguna a este problema y se limita, en la mayoría de los casos, a rechazar como cauce adecuado la tercería de dominio, remitiendo al cónyuge no deudor a otros procedimientos sin especificar a cuáles.

IV. COMENTARIO

1. La deuda contraída por un cónyuge ha de reputarse privativa mientras no se demuestre lo contrario

Prima facie, es necesario destacar que para que entre en juego el art. 1373 del CC la deuda debe ser privativa de un cónyuge, pues como bien es sabido no toda deuda contraída por un consorte tiene necesariamente este carácter. Además, como reiteradamente viene afirmando la DGRN (1), en nuestro ordenamiento civil no rige una presunción de ganancialidad pasiva.

(1) RRDGRN de 24 de septiembre de 1987 (RAJ 3572), 28 de octubre de 1987 (RAJ 7664), 18 de marzo de 1988 (RAJ 2560), 4 de junio de 1991 (RAJ 4518).

A favor de la existencia en nuestro ordenamiento civil de una presunción de ganancialidad pasiva se pronuncia minoritariamente: ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S. «Los límites de la responsabilidad ganancial». A.A.S.N. Ed. Revista de Derecho Privado. EDERSA. Madrid. 1989. P. 162. Según este autor sería absurdo que respecto de los bienes o activo existiera una presunción de ganancialidad y respecto de las deudas o pasivo la presunción fuera la contraria, ya que donde hay la misma razón han de aplicarse los mismos principios.

En nuestra opinión, es el acreedor quien debe probar que un determinado débito contraído por un cónyuge tiene carácter ganancial (2), para lo cual será necesario que demande a ambos consortes, ya que sería injusto que esta cuestión se discutiera sólo entre el cónyuge deudor y el acreedor, siendo que el otro cónyuge también está interesado, pues el acervo común también le pertenece. De esta forma se da plena efectividad a los principios de audiencia y contradicción reconocidos en el art. 24 de la CE. Si el acreedor no dirige la demanda contra ambos consortes sólo resultará condenado, en su caso, el demandado y por lo tanto la sentencia se tendrá que ejecutar como si se tratara de una deuda privativa de éste, aunque realmente la deuda sea ganancial. Además en virtud del principio de legitimación y tracto sucesivo la demanda conjunta resulta obligada si se pretenden embargar bienes inmuebles gananciales, por considerarse que la deuda es de naturaleza consorcial (art. 144.1 del RH) (3). Nos parece criticable que la doctrina de la DGRN haya marcado una línea de actuación poco respetuosa con la dicción literal del art. 144.1 del RH y considere suficiente, para anotar el embargo sobre bienes inmuebles gananciales —a causa de una deuda común contraída por un cónyuge— que la demanda se notifique al consorte que no contrajo el débito (4). Sin duda, tanto la DGRN como la mayoría de la doctrina (5) han optado por defender esta tesis movidos por las

(2) Cfr. BELLO JANEIRO, D., *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*. Ed Bosch. Barcelona 1993, p. 474, GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*. Ed. Lex Nova. S.A. Valladolid. 1991. p. 433, RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*. Ed. Tecnos. Madrid. 1987. p. 35, TORRALBA SORIANO, V. *De la sociedad de gananciales. Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. Vol. II. Ed. Tecnos. Madrid. 1984. p. 1750.

Otros autores estiman por el contrario, que corresponde a los cónyuges, o al menos al cónyuge del deudor, acreditar el carácter privativo de la deuda: Cfr. CARRASCO PERERA, A. «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1986». CCJC. Sep-dic. 1986. P. 4015, FERNÁNDEZ VILLA, J. «El pasivo de la sociedad de gananciales en torno al artículo 1369 del Código Civil». ADC. Ed. Ministerio de Justicia. T. XLVI. p. 731, ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S., «Los límites...», *op. cit.*, p. 161.

(3) TORRALBA SORIANO, V. *De la sociedad de gananciales.. op. cit.* p. 1748. «Probablemente el criterio del Reglamento se justifica en que, siendo la deuda ganancial, el otro cónyuge ya no puede pedir la sustitución del embargo a que se refiere el art. 1373 del CC en su apartado primero. Por ello es lógico que el carácter ganancial de la deuda quede claramente establecido a través de la propia demanda dirigida contra los dos cónyuges». BELLO JANEIRO, D., *La defensa frente a tercero...*, *op. cit.*, p. 515. Este autor defiende que la demanda contra el cónyuge que no ha contraído la deuda no puede tener como pretensión que éste sea condenado al pago, debiendo responder incluso con sus bienes privativos, sino que lo que ha de perseguir es que dicho cónyuge intervenga para discutir si el débito es o no ganancial.

(4) RRDGRN de 28 de marzo de 1983 (RAJ 1662), 15 de abril de 1983 (RAJ 2266) 27 de mayo de 1986 (RAJ 3045), entre otras.

(5) Cfr. CARRASCO PERERA, A. «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1986». *op. cit.* p. 4014, FERNÁNDEZ VILLA, T. «El pasivo de la sociedad de gananciales...». *op. cit.* p. 741. RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Ejecución ... op. cit.* p. 188, RIFA SOLER, J.M. *La anotación preventiva de embargo*. Ed. Montecorvo S.A. Madrid. 1983. p. 382 y ss.

dificultades que supone demandar en un juicio ejecutivo al cónyuge que no contrajo el débito, pues estando el documento suscrito tan sólo por un consorte, el resultado sería siempre el mismo: absolucón del otro conyuge. Sin embargo, en nuestra opinión, no es necesario transgredir el tenor literal del párrafo primero del art. 144.1 del RH (que exige demandar a ambos cónyuges para anotar el embargo sobre bienes comunes en caso de deudas gananciales) pues no es éste el que se aplica cuando una deuda es reclamada en un juicio ejecutivo, ya que en estos casos entra en juego el párrafo segundo del art. 144.1 (que relativo a deudas privativas, exige para el embargo de bienes gananciales tan sólo la notificación al otro cónyuge). Ya que toda deuda contraída por un cónyuge debe reputarse privativa, mientras no se demuestre lo contrario y como en los juicios ejecutivos no existe trámite oportuno para poder probar la ganancialidad de la deuda, las deudas que consten en un título ejecutivo extrajudicial firmado por un consorte deben reputarse *ad extra* privativas, aunque en la relación interna, sean comunes.

El embargo de bienes gananciales a causa de deudas privativas de un cónyuge deberá ser notificado al otro inmediatamente, siendo oportuno que se indique un plazo para que el cónyuge no deudor ejercite, en su caso, la facultad que le concede el art. 1373 del CC. Es criticable que este precepto no establezca ningún plazo concreto (6) por ello deberá ser el Juez el que en cada caso señale un plazo prudencial.

Si la notificación no hace mención alguna en cuanto al plazo, lo lógico es admitir la posibilidad de que el cónyuge no deudor comparezca ante el Juez ejecutor solicitando un pronunciamiento expreso. Se ha afirmado por la doctrina (7) que dicha comparecencia podrá efectuarse en el término de tres días a contar desde el siguiente a la notificación (por analogía con el plazo concedido por el art. 1461 de la LEC para que se persone el demandado que quiera anunciar la oposición al juicio ejecutivo) y que si el notificado no comparece quedará firme el embargo sobre los bienes gananciales. A nuestro juicio, resulta arriesgado defender esta tesis ya que no tiene base legal alguna y supone aplicar por analogía una norma que lejos de beneficiar, perjudica al cónyuge no deudor, pues éste puede ver truncada cualquier posibilidad de defensa de su participación en los bienes gananciales, por el mero hecho de que el Juez ejecutor no le haya notificado el plazo concreto para el ejercicio de sus derechos.

(6) A diferencia de la Ley 85 de la Compilación de Navarra (donde se establece un plazo de 9 días) o el art. 102 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco (donde el plazo es de 15 días).

(7) *Cfr.* RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Ejecución... op. cit.* pp. 205 y 237.

2. Cauce procesal oportuno para que el cónyuge no deudor haga efectivo el derecho que le reconoce el artículo 1373 del CC

Es ciertamente problemático el cauce procesal oportuno para hacer efectivo el art. 1373 del CC, y esto ocasiona gran inseguridad jurídica, e incluso situaciones de auténtica indefensión, pues un cónyuge no tiene por qué soportar sobre su participación en el acervo común un embargo ocasionado por una deuda que él no ha contraído, aunque sí su consorte, pero la cualidad de deudor no se transmite a consecuencia de los lazos matrimoniales.

2.A. Crítica de los argumentos esgrimidos por el TS para rechazar el cauce de la tercería de dominio

Viene siendo habitual que en estos casos el cónyuge no deudor pretenda hacer valer sus intereses en el acervo común interponiendo una tercería de dominio, sin embargo el TS suele considerar inadecuado dicho cauce procesal.

A nuestro juicio, no le falta razón al citado Tribunal para rechazar en estos supuestos dicha vía, sin embargo las argumentaciones que como cláusula de estilo ha venido reproduciendo en sucesivas sentencias, nos parecen del todo equivocadas.

Así el TS estima que durante el matrimonio la sociedad de gananciales no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del CC al faltar por completo el concepto de parte proporcional característica de la comunidad de tipo romano, pues antes de la disolución y liquidación de la sociedad cada cónyuge no tiene sino un derecho expectante que no le legitima para entablar una tercería de dominio, ya que no se puede considerar que tenga la cualidad de tercero, esencial para ejercitar con éxito esta clase de acción y además tampoco ostenta la propiedad exclusiva de los bienes en litigio.

A continuación vamos a analizar los citados argumentos, exponiendo las razones por las que nos parecen desacertados:

2.A.a. El derecho que tiene cada cónyuge para defender la parte que le corresponde en la sociedad conyugal no es incompatible con la naturaleza jurídica de la misma

La naturaleza de la sociedad de gananciales ha sido muy discuti-

da (8), si bien con base en ciertas resoluciones de la DGRN se inició una clara tendencia hacia la consideración de dicha sociedad como una comunidad de tipo germánico. Concretamente, con algunas que la precedieron (9), fue la Resolución de 30 de junio de 1927 la primera que de manera clara, consolidó esta teoría.

Entre la doctrina científica desde que CASTAN (10) sostuvo la tesis de la comunidad germánica, la mayoría de los autores siguieron esta concepción. De todos modos, tras la reforma del Código Civil de 13 de julio de 1981 la doctrina ya no se muestra tan conforme con los postulados que consideran a la sociedad de gananciales como una comunidad de tipo germánico (11), pues contradice, en cierto modo, la legislación vigente: que posibilita que un cónyuge ejercite derechos actuales, que contiene una gran amplitud de supuestos de disolución de la sociedad conyugal y que en muchos preceptos reconoce implícitamente la idea de cuota. En el propio art 1373 del CC, al posibilitar que por una deuda privativa se traben bienes comunes, se está pensando en que el cónyuge deudor tiene una titularidad actual sobre la mitad de cada uno de los bienes gananciales, por ello es incoherente que se considere que a efectos de embargo la titularidad del cónyuge deudor sobre los bienes gananciales es actual, pero que se deniegue la condición de propietario al otro cónyuge a efectos de entablar una tercera de dominio.

A nuestro juicio y sin querer entrar nuevamente en la debatida cuestión de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, estimamos que cada consorte tiene derecho a defender su participación en la sociedad conyugal (aunque se trate de una cuota ideal) siendo criticable que el TS apele a una discutida concepción de la sociedad de gananciales como comunidad de tipo germánico para hacer inefectivas las garantías que el art. 1373 del CC concede al cónyuge no deudor en el caso de que por deudas privativas de su consorte se embarguen los bienes gananciales (12).

(8) Véase en relación a las diversas teorías en torno a la naturaleza de la sociedad de gananciales: CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español y foral*. Tomo Quinto. Derecho de familia. Duodécima edición. Revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ. Madrid. 1994. p. 401 y ss, O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*. T. IV. Derecho de familia. Ed. Revista de Derecho Privado. EDERSA. Madrid. 1983, p. 129, HERNÁNDEZ ROS «Naturaleza de la comunidad conyugal. Administración y poder de disposición ¿cuándo se transfieren a la mujer? RDP, 1943, p. 507 y ss.

(9) RRDGRN de 17 de noviembre de 1917, 12 de mayo de 1924. entre otras.

(10) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J. «Dogmática de la sociedad de gananciales. Efectos de la renuncia efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos» *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. 1929. p. 226 y ss.

(11) Cfr. RAMS ALBESA, J. *La sociedad de gananciales*. Ed. Tecnos. Madrid. 1992. p. 37, RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Ejecución...op. cit.* p. 45. MAGARIÑOS BLANCO, V., «Sociedad de gananciales y sociedad civil». A.A.S.N. Ed. Revista de Derecho Privado. EDERSA. Madrid. 1989, p. 305 y ss., GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Gestión y responsabilidad... op. cit.*, p. 77 y ss., ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S., «Los límites...» *op. cit.*, p. 163 y en «La comunicación ganancial» A.A.S.N. Ed. Revista de Derecho Privado. EDERSA. 1988, p. 143.

(12) Cfr. PUIG BRUTAU, J. «Tercera de dominio sobre los bienes gananciales». *RDP*, T. XLVII. 1963. p. 434. Este autor ya defendió hace tiempo: «una cosa es que la mujer no tenga una cuota determinable en unos bienes comunes y otra que por ello no pueda tener interés legítimo y por tanto derecho de acción para sostener que tales bienes no responden de las obligaciones ajenas a la comunidad».

- 2.A.b. La LEC no exige que el tercerista tenga un dominio exclusivo u excluyente sobre el bien embargado.

No es correcto rechazar la demanda de tercería de dominio en estos supuestos, con el argumento de que el cónyuge no deudor carece del dominio exclusivo y excluyente sobre el bien. Carece de toda lógica y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva que se deniegue legitimación a una persona para interponer una tercería de dominio por el mero hecho de compartir la titularidad de un bien, pues la LEC sólo exige que el tercerista sea propietario (art. 1532 de la LEC) pero nada dice de que su dominio deba ser exclusivo y excluyente. Además, si se exige este requisito se puede llegar a contravenir el art. 1385.2 del CC que permite a cada cónyuge por separado ejercitar la defensa de sus bienes y derechos comunes por vía de acción o excepción, ya que se estaría imposibilitando que un cónyuge por sí solo interpusiera una tercería de dominio para alzar la traba de un bien ganancial al que hubiera sido embargado en un proceso de ejecución dirigido contra un tercero.

- 2.A.c. El TS fundamenta de manera errónea e insuficiente que el cónyuge no deudor no tenga carácter de tercero en estos supuestos.

En nuestra opinión es errónea e insuficiente la fundamentación en que se basa el TS para negar al cónyuge no deudor el carácter de tercero, aunque bien es cierto que tampoco compartimos la opinión sostenida por algunos autores (13) que mantienen que el cónyuge no deudor debe ser considerado tercero por el mero hecho de no haber contraído la deuda que dio origen al procedimiento y por no haber sido demandado en el mismo. A nuestro juicio, no sólo es tercero aquél que no contrajo el débito, sino que también es necesario que la ejecución no se haya dirigido contra él por considerar que el derecho material permite extender al mismo la responsabilidad de la deuda. El cónyuge no deudor tan sólo puede considerarse tercero, y por tanto legitimado para entablar una tercería de dominio, cuando los bienes comunes, cuyo embargo pretenda levantar, hayan sido trabados por error creyendo que eran privativos del deudor, pues si no ha existido error alguno y la afectación de los bienes gananciales se debe simplemente a que se considera que responden del débito, la sociedad conyugal ostenta la condición de parte ejecutada y el consorte cotitular de ella no puede ser

(13) Cfr. PALOMAR CHALVER, G. «El artículo 1373 del Código Civil y los posibles cauces procesales para el ejercicio de la facultad conferida en el mismo». *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias Civiles*. p. 153, 154, RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Ejecución...op. cit.* p. 206; y en «Comentario a la sentencia del TS de 20 de febrero de 1987» CCJC. N. 13. Enero-marzo. 1987. p. 4395, BELLO JANEIRO, D. *La defensa frente a tercero...*, *op. cit.*, p. 538, SERRANO GARCÍA, J.A. *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*. JM. Bosch. Barcelona. 1992. p. 581.

considerado tercero, por ello debe servirse de los medios procesales a disposición de las partes para oponerse a la ejecución (14).

2B. *Procedimientos alternativos a la tercería de dominio*

Sería deseable que de *lege ferenda* el legislador regulara un procedimiento específico para hacer efectivo el derecho que le reconoce al cónyuge no deudor el art. 1373 de CC, ya que el TS rechaza como cauce procesal adecuado la tercería de dominio remitiendo al mismo tiempo al cónyuge no deudor a *otros procedimientos* sin especificar a cuales (15). Es criticable a la vez que sorprendente, que el citado Tribunal, en la sentencia que estamos comentando, establezca que el procedimiento que contempla el artículo 1373 del CC es un remedio sustitutivo de la acción de tercería de dominio, porque ante dicha afirmación no nos resta sino preguntarnos: ¿es que el art. 1373 del CC establece algún mecanismo procesal? La respuesta a esta pregunta es ciertamente conocida, aunque el TS parece haber olvidado que precisamente este precepto sustantivo no tiene un paralelo en el ámbito procesal.

Por lo demás, cabe esgrimir que, si bien remitir al cónyuge no deudor a un *juicio declarativo ordinario de la cuantía que corresponda*, puede parecer en un principio, la solución oportuna, a nuestro juicio esta vía es del todo impropia, ya que al no paralizarse la ejecución puede ocurrir que al término de dicho proceso el perjuicio producido sea irreparable o de muy difícil reparación.

Por ello, la doctrina ha propuesto otras soluciones alternativas. Así aparte de los que siguen defendiendo, en contra del TS que la vía adecuada es la *tercería de dominio* (BARRAL DIAZ (16), BELLO

(14) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. «Naturaleza y función de la tercería de dominio» *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*. CGPJ. p. 328.

Este autor defiende acertadamente que cuando «los bienes gananciales han sido embargados por su condición de gananciales, clara está su titularidad y claro está que el juez ejecutor no ha cometido error alguno en el embargo; lo que ineludiblemente significa que la comunidad de gananciales es *de iure* o *de facto* ejecutado y desde esa condición (de ejecutado) debe la mujer (o el marido) oponerse a la ejecución cuando entiende que los bienes no responden pero en ningún caso es, ni la mujer ni la comunidad de gananciales «tercero» en esa ejecución pues se ha despachado directamente contra ella».

ARIAS LOZANO, D. *El recurso de casación en ejecución de sentencia*. Ed Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid. 1994. p. 82.

(15) SSTS de 11 de abril de 1972 (RJ 1666), 21 de junio de 1982 (RJ 3434), 30 de octubre de 1983 (RJ 5846), 17 de diciembre de 1984 (RJ 6132), 2 de octubre de 1985 (RJ 4569), 26 de septiembre de 1986 (RJ 4790), 29 de diciembre de 1987 (RJ 9656), 13 de julio de 1988 (RJ 5992), 26 de septiembre de 1988 (RJ 6859), 19 de julio de 1989 (RJ 5727), 6 de junio de 1990 (RJ 4740), 12 de junio de 1990 (RJ 4754), 4 de marzo de 1994 (RJ 1652), 29 de abril de 1994 (RJ 2946).

(16) Cfr. BARRAL DÍAZ, M. «La responsabilidad de los bienes gananciales frente a terceros» *Recopilación de ponencias y comunicaciones. Planes provinciales y territoriales deformación CGPJ*. Madrid. 1993. p. 5 a 32.

JANEIRO (17), DE LA CÁMARA ALVAREZ (18), DELGADO ECHEVERRÍA (19), GUILARTE GUTIERREZ (20) RAMS ALBESA (21), REBOLLEDO VARELA (22)) hay quienes estiman que un medio adecuado puede ser la *mera comparecencia* ante el juez que ordenó el embargo, pidiéndole que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge no deudor en la sociedad conyugal (PEÑA BERNALDO DE QUIROS (23) RIVAS TORRALBA (24)). Otro sector doctrinal considera que el cauce oportuno es un *incidente de previo y especial pronunciamiento* (CARRASCO PERERA (25), FERNANDEZ VILLA (26) RAGEL SANCHEZ (27), SANCHO-ARROYO (28)).

Es preciso reseñar que en la sentencia que estamos comentando la recurrente opta en un principio por la vía de la comparecencia ante el Juez y el TS parece considerar adecuado dicho cauce al estimar que si la esposa no hubiera abandonado el mismo y se hubiera preocupado de instar la liquidación de la sociedad de gananciales —tal y como se le ordenó en la comparecencia— hubiera visto satisfechas sus pretensiones. La DGRN también parece apuntar esta vía en algunas de sus resoluciones, y así en la de 24 de septiembre de 1987 (RAJ 6572) y en la de 25 de marzo de 1988 (RAJ 2567) establece que el modo de impedir el embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge no debe ser el de forzar una precipitada disolución de la sociedad conyugal, adjudicando la mayoría de los bienes consorciales al cónyuge no deudor, sino *el de dirigirse al Juez que ordenó el embargo pidiendo que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal*. De todos modos y aunque so-

(17) Cfr. BELLO JANEIRO, D. *La defensa frente a tercero... op. cit.* p. 543 y ss.

(18) Cfr. DE LA CÁMARA ALVAREZ, M. «El ejercicio de comercio por persona casada bajo el régimen de gananciales». AASN. Ed. Revista de Derecho Privado. EDERSA. p. 292.

(19) Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J. «Comentario a la sentencia del TS de 2 de julio de 1984». CCJC. N. 6. Sep-dic. p. 1941.

(20) Cfr. GUILARTE GUTIERREZ, V. *Gestión y responsabilidad... op. cit.* p. 541.

(21) Cfr. RAMS ALBESA, J. *La sociedad de gananciales. op. cit.* p. 386.

(22) Cfr. REBOLLEDO VARELA, A. «Deuda y responsabilidad de la sociedad de gananciales». *La Ley*, p. 602.

(23) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIROS. *Derecho de familia*. Universidad Complutense. Madrid. 1989. P. 253 y en *Comentario del Código Civil*. Comentario del art. 1373. Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones. Madrid. 1993. p. 706.

(24) Cfr. RIVAS TORRALBA, R. *Anotaciones de embargo II*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1994, pp. 175, 176.

(25) Cfr. CARRASCO PERERA, A. «Comentario a la sentencia del TS de 26 de septiembre de 1986» *op. cit.* p. 4012.

(26) Cfr. FERNÁNDEZ VILLA, J. «El pasivo de la sociedad de gananciales...». *op. cit.* p. 742.

(27) Cfr. RAGEL SANCHEZ, L.F. *Ejecución... op. cit.* p. 210.

(28) Cfr. SANCHO ARROYO y LÓPEZ-RIOBOO, J. *Comentarios al Código Civil Compilaciones Forales*. Dirigidos por ALBALADEJO. Ed. Revista de Derecho Privado. EDERSA. T. XXXIII. Vol. I. p. 511. Y en «Gestión y pasivo de la comunidad aragonesa». *Actas del Foro de Derecho Aragonés. Segundos Encuentros*. Ed. Justicia de Aragón Zaragoza. 1993. p. 58.

mos conscientes que la *mera comparecencia ante el Juez* es el cauce que mejor encaja en el estricto tenor literal del art. 1373 del CC, a nuestro parecer es una vía demasiado simple para afrontar la complejidad de cuestiones que el citado precepto plantea, pues no tutela todos los intereses en juego y coloca en una situación de absoluta indefensión al ejecutante, al que ni siquiera se le da audiencia.

En cuanto al *incidente de previo y especial pronunciamiento*, sus defensores alegan que:

— Ofrece un conocimiento más detallado de las circunstancias concurrentes que el que se produce en una mera comparecencia ante el órgano judicial, en donde el Juez carece de la más mínima documentación o actividad probatoria.

— El demandante ve enjuiciada su pretensión de modo más rápido y efectivo que si se tramitara por las reglas del juicio declarativo.

— Al ser de previo y especial pronunciamiento, se sigue en la propia pieza, paralizando el curso de los autos principales (art. 744 de la LEC) con lo cual se consigue la misma finalidad suspensiva que se persigue con la *tercería de dominio*.

— La cuestión planteada tiene relación inmediata con el objeto del pleito (art. 742 de la LEC), ya que lo que el cónyuge no deudor pretende conseguir es una modificación del embargo.

— Se ofrece audiencia a ejecutante y ejecutado para que aleguen lo que convenga a sus derechos (art. 749 de la LEC).

De todos modos en contra de este mecanismo procesal puede esgrimirse que el art. 1480 de la LEC indica que: «En los juicios ejecutivos no se admitirán otros incidentes que los que nazcan de cuestiones de competencia o de acumulación a un juicio universal». Además hasta sus propios defensores reconocen que esta vía es un tanto estrecha para dar satisfacción a todas las pretensiones que en estos supuestos se suscitan (29).

Por lo demás, consideramos que la *tercería de dominio* sólo se puede considerar un cauce adecuado cuando el juez embarga bienes gananciales o privativos del cónyuge no deudor, creyendo erróneamente que son propios del consorte que contrajo la deuda. Pues si se traban

(29) Cfr. SANCHO ARROYO y LÓPEZ-RIOBOO, J. «Gestión y pasivo ...». *op. cit.* p. 58. Este autor aunque defiende que el incidente de previo y especial pronunciamiento es el cauce adecuado para que el cónyuge no deudor haga valer sus derechos en el acervo común en el supuesto del art. 46 de la Compilación aragonesa (correlativo del 1373 del CC) reconoce que dicha vía resulta estrecha para articular todas las pretensiones, hacer valer todas las alegaciones, practicar la prueba pertinente y en definitiva, para que el derecho de defensa de la parte pudiera desenvolverse con toda su plenitud.

bienes gananciales sin error en cuanto a su naturaleza, y la equivocación tan sólo reside en estimar que estos determinados bienes responden de la deuda, el mecanismo procesal oportuno para alzar el embargo es, a nuestro juicio, *la oposición a la ejecución*. Ya que si el cónyuge deudor insta una tercería de dominio esta devendrá inútil (30), porque si basa la misma en que los bienes son consorciales; la sentencia que así lo reconozca no va hacer sino confirmar el embargo, pues la naturaleza de los bienes era conocida en el momento de la traba y precisamente el embargo tuvo su causa en considerar que los bienes, en tanto gananciales, respondían del débito. Por ello, en estos casos lo que procede es oponerse a la ejecución arguyendo que la misma se está extralimitando, por alcanzar a una persona (cónyuge no deudor) que no figura como responsable en el título ejecutivo. Esta pretensión, si bien tendrá difícil acomodo en los reducidos motivos de oposición del juicio ejecutivo, sí que será de fácil alegación en los procesos de ejecución de sentencia, en los que el cónyuge no deudor podrá servirse de los medios procesales de los que disponen las partes (31) para oponerse a la ejecución por infracción del contenido del título ejecutivo (arts 949.2 y 1687.2 de la LEC).

3. Disolución y liquidación de la sociedad conyugal en el caso de que el cónyuge no deudor se oponga al embargo de bienes comunes

Otro de los problemas que en la sentencia que está siendo objeto de nuestro análisis se suscita, es el que surge si el cónyuge no deudor se opone al embargo de bienes comunes, pues en virtud del reiterado art. 1373 del CC se producirá la disolución de la sociedad conyugal (32).

Cabe preguntarse si dicha disolución se producirá automáticamente en el momento que el consorte no deudor ejercite el derecho de sus-

(30) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. «Naturaleza...», *op. cit.* p. 324.

(31) Un importante sector doctrinal considera «parte» en los procesos de ejecución de sentencias a aquellas personas que no habiendo sido demandadas en el proceso de declaración, del que la ejecución trae causa, sufren la actividad ejecutiva en su propio patrimonio, por considerarse que sus bienes también son responsables del débito: Cfr. ARIAS LOZANO, D., *El recurso de casación...*, *op. cit.*, p. 80; CACHÓN CADENAS, M.J., *El embargo*. Ed. Bosch, Barcelona, p. 530; CARRASCO PÉREZ, A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1986», *op. cit.*, p. 4011; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., *La tercería de dominio*. Ed. Montecorvo, S.A. Madrid, 1980, p. 215 y 216. Y en «Naturaleza...», *op. cit.*, p. 328; SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1986, p. 285; FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R., «La oposición a la ejecución». *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*. CGPJ. Madrid, 1992, p. 249.

(32) Tanto en el Proyecto de 4 de octubre de 1978, como en el de 14 de septiembre de 1979, el embargo de bienes comunes por deudas propias de un cónyuge conllevaba inexorablemente la disolución de la sociedad conyugal, sin embargo en la redacción definitiva del art. 1373 del CC se arbitra la solución de conceder al cónyuge la posibilidad de optar entre soportar el embargo del acervo común o bien exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge no deudor en la sociedad conyugal, y sólo en este último caso el embargo lleva consigo la disolución del consorcio.

titudin o si será necesario que recaiga resolución judicial motivada. La doctrina mayoritaria (33) se inclina por la primera opción, basándose en el tenor literal del art. 1373 del CC, sin embargo hay algún autor que estima que el citado precepto consagra una atípica vía de disolución del régimen de gananciales en un procedimiento que no había nacido con esa finalidad, y que por tanto es necesario que sea el Juez el que a la vista de las manifestaciones efectuadas por el cónyuge no deudor decida, mediante resolución judicial motivada, sobre la subsistencia o disolución del régimen económico matrimonial, pues de esta manera se evitan posibles abusos (34). Por nuestra parte estimamos que esta última opinión es bastante razonable, y *de lege ferenda* creemos que sería deseable, ahora bien *de lege lata* consideramos que si el cónyuge no deudor ejercita el derecho que le brinda el art. 1373 del CC, la disolución de la sociedad de gananciales ha de producirse *ope legis*, aunque bien es cierto que la misma puede parecer un poco precipitada e incluso desprovista de garantía, pues la verdad es que el supuesto que contempla el art. 1373 del CC no difiere mucho de algunos de los que contempla el art. 1393 del mismo Código, en los cuales es necesario que se inste la disolución (35).

Por lo demás, una vez disuelta la sociedad conyugal, será necesario que se lleve a cabo la liquidación de la misma, pues de otro modo no será posible dirigir la ejecución frente a una cuota sin liquidar (36), ya

(33) Cfr. RAMS ALBESA, J., *La sociedad de gananciales*. *op. cit.* p. 388, DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil* Vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones. Sexta edición Tecnos. Madrid. 1992. p. 211. BELLO JANEIRO, D. *La defensa frente a tercero...* *op. cit.* p. 567. FERNÁNDEZ VILLA, J., «El pasivo de la sociedad de gananciales...». *op. cit.* p. 727, OLAVARRÍA TÉLLEZ, «Algunos problemas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales». *ASN*, Editorial Revista de Derecho Privado. EDESA, Madrid. 1989, p. 348, REBOLLEDO VARELA, A., «Deuda y responsabilidad en la sociedad de gananciales», *La Ley*, 1986, T. II, p. 603, TORRALBA SORIANO, V., *De la sociedad de gananciales...* *op. cit.* p. 1753; RUEDA PÉREZ, M.A. y J.M., «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981». *RDP*. 1982, p. 590.

(34) Cfr. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Ejecución...* *op. cit.* p. 195 y ss. Este autor dice que la disolución del régimen económico matrimonial no debe ser automática, pues el Juez tendrá motivos para rechazar la solicitud formulada por el cónyuge del deudor en tres supuestos concretos:

Quando el acreedor ejecutante sea el cónyuge del deudor, cuando la cuantía de la deuda sea insignificante en relación a la del caudal común y cuando la deuda privativa contraída por un cónyuge esté a cargo de la sociedad de gananciales.

(35) El supuesto que contempla el art. 1373 del CC guarda gran analogía con el del art. 1393 en su párrafo primero (que un cónyuge sea declarado en concurso o quiebra), sin embargo en este caso la disolución no opera automáticamente sino que hay que pedirla al Juez.

(36) La mayoría de la doctrina estima que lo lógico es realizar la liquidación primero y después reanudar la ejecución sobre los bienes concretos que se adjudiquen al deudor. Cfr. LA-CRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*. Derecho de familia. Vol. I. Tercera edición. J.M. Bosch. Barcelona. 1990, p. 442, DE LOS MOZOS, J.L., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Dirigidos por ALBALADEJO. Ed. Revista de Derecho Privado. EDESA. T. XVIII. Vol. 2, p. 334, RAMS ALBESA, J., *La sociedad de gananciales*. *op. cit.* p. 388, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Ejecución...* *op. cit.* p. 220, BELLO JANEIRO, J., *La defensa frente a tercero...* *op. cit.* p. 580, 581, RIVAS TORRALBA, R., *Anotaciones de embargo II*. *op. cit.* p. 179, MATA PALLARES, F., «Deuda y responsabilidad en la contratación de persona casada». *AAMN*. Ed. Revista de Derecho Privado. EDESA. T. XXV. 1992, p. 347. Este autor aun con reservas mantiene que el proceso de ejecución se paraliza hasta que se realice la liquidación.

que difícilmente alguien va a pujar en una subasta por una cuota gravada con deudas y que ni siquiera recae sobre bienes concretos (con las dificultades que ello conlleva si se trata de inmuebles, en lo que respecta a su anotación en el Registro de la Propiedad). Además si se llegara a adjudicar dicha cuota, sería conflictivo determinar a quien correspondería entonces practicar la liquidación. Por todo ello estimamos que lo más lógico es realizar la liquidación primero y después reanudar la ejecución sobre los bienes concretos que se adjudiquen al deudor. Como se dice acertadamente en la sentencia que estamos analizando, esta liquidación resulta indispensable para la identificación del bien que el juez ejecutor ha de utilizar en la sustitución que autoriza el debatido artículo 1373 del CC, pues de otro modo se estaría perjudicando al cónyuge no deudor, ya que en vez de conseguir la pretendida liberación de la primitiva traba, se extendería ésta a todo el caudal ganancial, aunque sólo fuera referida a la cuota abstracta de participación que sigue ostentando el cónyuge deudor sobre todos y cada uno de los bienes de tal patrimonio mientras no se liquide la sociedad.

Ahora bien, surge el problema de determinar qué ocurre si una vez disuelta la sociedad de gananciales el cónyuge no deudor no insta la liquidación de la misma. Algunos autores (37) consideran que en estos casos debe ser el acreedor que ha promovido el proceso de ejecución el que, en vía subrogatoria, inste la citada liquidación. Sin embargo, por nuestra parte estimamos que el ejecutante ni siquiera ha de llevar a cabo dicho trámite para defender sus intereses, pues se ha de estimar que si el cónyuge no deudor no se preocupa de instar la liquidación en un plazo prudencial (38) queda firme el embargo trabado sobre los bienes comunes, ya que su actitud de mera pasividad ha de interpretarse como una renuncia a la defensa de sus intereses en el patrimonio consorcial (39). Si el cónyuge no deudor opta por ejercitar el derecho de sustitución que le ofrece el art. 1373 del CC ha de llevar esta opción hasta sus últimas consecuencias, preocupándose de pedir la partición del acervo común pues de otro modo se debe considerar que ha decaído en su actitud y que opta por soportar el embargo sobre los bienes gananciales, ya que no se puede dejar la sociedad de gananciales una vez disuelta indefinidamente sin liquidar, produciendo un perjuicio injustificado al acreedor.

En contra: MANRIQUE PLAZA, J., «Responsabilidad por deudas en la sociedad de gananciales» *AAMN*. Ed. Revista de Derecho Privado. EDERSA, p. 36. Este autor definiendo —erróneamente, desde nuestro punto de vista— que la ejecución de la cuota sin liquidar es posible.

(37) *Cfr.* RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Ejecución... op. cit.* p. 220. OLAVARRÍA TÉLLEZ, A., «Algunos problemas en la liquidación...», *op. cit.* p. 355.

(38) Es problemático el plazo en el que la liquidación se tiene que llevar a cabo, pues el CC no dice nada al respecto. A nuestro juicio lo más conveniente es que el Juez que intervenga en el proceso de ejecución fije un plazo prudencial en cada caso concreto.

(39) En este mismo sentido se pronuncia: DE LA CÁMARA ALVAREZ, M. «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad». *ADC*, T. XXXIX. F. II. Abril-junio. 1986, p. 485. DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.* p. 193. BELLO JANEIRO, D., *La defensa frente a tercero... op. cit.* p. 586.

Por lo demás, en la liquidación de la sociedad de gananciales los acreedores consorciales tendrán preferencia respecto a los privativos (art. 1399 del CC). Ahora bien cabe preguntarse si dicha preferencia sobre el patrimonio conyugal, también existirá si el cónyuge no deudor opta por soportar el embargo sobre los bienes gananciales, pues en este caso no se producirá la disolución del consorcio.

A nuestro juicio la respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa, pues aunque por una parte pudiera pensarse que donde la ley no distingue el interprete no debe distinguir, y que si en el art. 1373 del CC no se ha especificado nada al respecto (a diferencia del 46 de la Compilación Aragonesa) es porque no se ha querido conceder preferencia a los acreedores de la comunidad. Por otra parte sería incongruente que si el cónyuge no deudor opta por pedir la sustitución en el embargo (con la consiguiente disolución de la sociedad conyugal) los acreedores consorciales sean preferentes en la liquidación y que si, por el contrario, dicho consorte opta por soportar el embargo y la comunidad conyugal sigue existiendo, dicha preferencia no exista, pues la prioridad de un crédito sobre otro no puede depender de un hecho tan ajeno (40).

Cuando por una deuda privativa se embarguen bienes gananciales, el titular de un crédito consorcial, si quiere ser reintegrado con preferencia al acreedor privativo ejecutante, deberá interponer una tercería de mejor derecho, antes de que se pague a éste con el producto de lo obtenido en la ejecución (art. 1533.III. de la LEC).

De todos modos es preciso destacar que la tercería de mejor derecho adolece de una insuficiente y arcaica regulación muy necesitada de reforma (41), lo que trae como consecuencia problemas de difícil solución. Así será conflictivo el hecho de que varios acreedores consorciales presenten una tercería de mejor derecho en el mismo proceso de ejecución pues en la LEC no se prevé un sistema de graduación de créditos concurrentes y de distribución de dinero entre los acreedores;

(40) Cfr. RAGEL SÁNCHEZ. L.F., *Ejecución...op. cit.* pp. 240, 241 «El hecho de que el legislador conceda prioridad a los acreedores consorciales cuando se está liquidando la comunidad conyugal se debe a que considera, con razón que tales acreedores han atendido necesidades de la familia o han facilitado la generación de ingresos o beneficios de carácter común, es decir: son preferentes porque con su contraprestación sirvieron a la comunidad ganancial y, por tal motivo sus créditos forman parte del pasivo de la misma. Cuando la sociedad de gananciales está vigente, las razones para defender la primacía de los acreedores consorciales son las mismas que han sido apuntadas anteriormente».

(41) Ya hace años que la doctrina viene denunciando la defectuosa regulación de la tercería de mejor derecho en la LEC, pero nuestro legislador en las últimas reformas, ha hecho caso omiso a estas denuncias. Cfr. ORTIZ NAVACERRADA, S., *Concurrencia de acreedores en el proceso de ejecución singular*. Ed. Departamento de derecho procesal de la Universidad de Salamanca, 1979, p. 258. Este autor ha hecho importantes aportaciones de *lege ferenda* en este terreno, que son muy dignas de consideración y que servirían en buena medida para resolver algunos de los problemas que se suscitan.

además en estos casos en que varios terceros formulan varias demandas de tercería, es imposible conseguir la acumulación de los autos con el objeto de lograr una sola sentencia, puesto que no se da ninguna de las circunstancias de los arts. 161 y 162 de la LEC.