

EMBARGO Y EJECUCIÓN DE BIENES DE PERSONAS CASADAS EN ARAGÓN

PONENTE:

D. Juan Ignacio Medrano Sánchez
Magistrado

COPONENTES:

D. Francisco Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad

D. Luis Ignacio Ortega Alcubierre
Decano del I. Colegio de Procuradores de Zaragoza

MODERADOR:

D. Francisco Javier Hernández Puértolas
Decano del R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza

Francisco Javier Hernández Puértolas. Decano del R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza

Bienvenidos a los Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, en este caso en su edición decimotercera, lo que constituye ya una tradición para la comunidad jurídica aragonesa.

En primer lugar, quiero dar las gracias a las entidades organizadoras: Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Universidad de Zaragoza, los Colegios jurídicos hermanos y, muy especialmente, al Excmo. Sr. Justicia de Aragón. A su empeño se debe la continuación de este Foro, lo mismo que tantas otras iniciativas tendentes a enriquecer la cultura jurídica aragonesa.

Se continúa la tradición de años anteriores: tres sesiones se celebran en esta casa, de lo cual el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza se siente especialmente honrado, y la última se celebra en Teruel.

El programa es conocido de todos vosotros. Hoy, la cuestión que se va a tratar es el «Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón»; el día 11 de noviembre se tratará «El régimen económico matrimonial de separación de bienes»; el 18 de noviembre, «La responsabilidad por daños causados por especies cinegéticas en Aragón» y el 25 de noviembre en Teruel «El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas».

Recientemente se incorporaron a estos Encuentros materias de derecho público y en esta ocasión se continúa con esa decisión habida cuenta de que el derecho público de Aragón apenas existía cuando empezaron estos Encuentros del Foro y, sin embargo, hoy ya tiene entidad grande.

Resulta, entiendo, absolutamente ocioso presentar en esta ocasión al ponente y a los copONENTES: D. Juan Ignacio Medrano Sánchez, Magistrado de nuestra Audiencia Provincial; D. Luis Ortega Alcubierre, Decano del Colegio hermano de Procuradores; y D. Francisco Curiel Lorente, Registrador hoy titular del Registro de la Propiedad número 11 de Zaragoza. Resulta ocioso presentarlos porque son sobradamente conocidos, pero no resulta ocioso darles las gracias por dedicarnos su tiempo y sus profundos conocimientos.

La materia sobre la que vamos a tratar hoy, «El embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón», tiene una entidad práctica muy importante para los abogados y para los procuradores. Es una materia en la que no siempre es fácil el engarce entre el

derecho sustantivo y el derecho procesal. Además, se ve especialmente afectada por dos leyes recientes: la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero y la Ley de Cortes de Aragón 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y de viudedad.

La calidad del ponente y de los coponentes y la materia, sin duda, nos hacen tener hoy una entrada especialmente brillante, a pesar de que estamos compitiendo con el Real Madrid, como supongo que muchos de ustedes saben. En fin, no quiero entretenerles más. No es a mí sino a los ponentes a los que han venido a escuchar. En consecuencia, cedo la palabra a D. Juan Ignacio Medrano Sánchez para que inicie la exposición de su ponencia. Muchas gracias.

EMBARGO Y EJECUCIÓN DE BIENES DE PERSONAS CASADAS EN ARAGÓN

por

Juan Ignacio MEDRANO SÁNCHEZ (Ponente)

Francisco CURIEL LORENTE y Luis Ignacio ORTEGA ALCUBIERRE (Coponentes)

Intervención de D. Juan Ignacio Medrano Sánchez

SUMARIO: I. Antecedentes y explicación de la problemática del embargo de bienes comunes. 1. Puntualizaciones previas sobre las características del patrimonio consorcial. 1.1. Sobre la naturaleza jurídica del patrimonio común. 2. El origen del problema. 2.1. Consideraciones generales sobre las nuevas perspectivas procesales que surgen de la LEC 2000 en el proceso de ejecución. 3. El tratamiento del problema bajo la vigencia de la LEC de 1881. II. El embargo de bienes comunes constante el régimen económico del matrimonio. 1. La actuación procesal contra el consorcio. 2. El nuevo régimen jurídico derivado de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero de régimen económico matrimonial y viudedad. 3. El incidente de privatividad o de consorcialidad pasiva: un extraño en el proceso de ejecución. a) Sus consecuencias procesales. 3.1. La dispersión del conocimiento del incidente entre los distintos órdenes jurisdiccionales. 3.2. La pérdida del recurso de casación. 3.3. La naturaleza del embargo que justifica el trámite del art. 541 LEC. 3.4. La notificación. Sus especialidades procesales. 4. La suspensión del apremio sobre bienes consorciales. b) Consecuencias sustantivas del régimen contenido en el art. 541 LEC. III. El régimen de responsabilidad de bienes comunes por deudas privativas. 1. La regla de la subsidiariedad. Su plasmación procesal. 2. La regla del respeto a los derechos del no deudor y su modalización. 3. La duplicidad de la notificación. 4. La opción que atribuye la Ley aragonesa. 5. La disolución del consorcio: forma y trámites. 6. La intervención de los acreedores en el proceso liquidatorio. 7. La reclamación frente al patrimonio común por uno de los cónyuges. IV. El régimen especial de la comunidad disuelta y no liquidada. 1. La determinación de lo que puede ser objeto de embargo. 1.1. De nuevo sobre su naturaleza jurídica. 1.2. La doctrina de la Dirección General de los Regis-

tros y del Notariado. 1.3. La regulación en la Ley 2/2003, de 12 de febrero de régimen económico matrimonial y viudedad. 1.3.1. Por deudas comunes. El régimen procesal. El discutible ámbito del art. 541 LEC y el alcance de la exigencia de actuación conjunta contra los cónyuges del art. 70.1 L.R.E.M.V. La necesaria distinción entre título judicial y extrajudicial. 1.3.2. Por deudas privativas: el art. 70.2 LREMV. La paralización del proceso de ejecución. 2. La agresión contra el patrimonio disuelto y no liquidado a instancia de uno de los cónyuges. V. La agresión contra bienes ex comunes. La situación del consorcio disuelto y liquidado. 1. La regla de la inoponibilidad. Su relatividad y sus consecuencias jurídicas. 2. El problema creado por la nueva apariencia de titularidad que crea la división. 3. La relación entre la inoponibilidad y las acciones de nulidad y rescisorias de las capitulaciones. La posición de la jurisprudencia. 4. La ruptura de la apariencia creada por la liquidación del consorcio en el nuevo régimen jurídico procesal creado por la LEC 2000 y la Ley aragonesa de régimen económico del matrimonio. 5. El marco de defensas del cónyuge no deudor y los cauces procesales para su utilización. VI. El derecho de viudedad. 1. Con relación al derecho expectante. a) El régimen sustantivo. b) El doble efecto, sustantivo y procesal, del segundo apartado del art. 99 de la LREMV. La confusa situación procesal. Un nuevo incidente en el proceso de ejecución: el de viudedad aragonesa. c) Algunas consideraciones sobre los aspectos procedimentales de la norma. 2. El embargo del usufructo de viudedad.

I. ANTECEDENTES Y EXPLICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DEL EMBARGO DE BIENES COMUNES

El embargo de bienes consorciales, como el de gananciales, constituyó, bajo la vigencia de la LEC de 1881, un problema procesal que derivaba de la concurrencia de una serie de factores.

A priori podría pensarse que, siendo, desde el punto de vista del derecho sustantivo el régimen de comunidad pasiva la regla general, al que no se anuda, pese a ello, una presunción legal de comunidad pasiva, y los supuestos en el que aquél patrimonio no debe responder la excepción, no se habrían de presentar problemas en sede de ejecución forzosa de bienes comunes. Mas como se va a examinar a continuación, la concurrencia de una serie de factores, sustantivos algunos, procesales los más, abocarían a que el embargo y apremio de los bienes comunes se convirtiese en uno de los más graves problemas en el procedimiento de apremio.

1. Puntualizaciones previas sobre las características del patrimonio consorcial

Antes de entrar a examinar los supuestos de responsabilidad de los bienes consorciales parece conveniente hacer algunas puntualizaciones previas sobre el patrimonio común.

La primera es que se trata de un patrimonio, aunque sea relativamente, *separado* de los privativos de los cónyuges. Tiene una cierta autonomía. Quiere significarse con ello que aunque los titulares de derechos sobre el mismo sean los propios cónyuges, los patrimonios privativos de los mismos quedan jurídicamente, aunque sea de forma relativa, diferenciados del consorcial. Aunque este último no llegue a tener personalidad jurídica propia.

Su activo y pasivo viene delimitado legalmente, tiene un régimen jurídico específico de gestión asentado, como no podía ser de otro modo, sobre una posición de igualdad de

ambos cónyuges (art. 1 de la Ley de las Cortes de Aragón 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, en lo sucesivo LREMV), aunque no obstante ese principio, su régimen de administración ordinario no será necesariamente conjunto (arts. 48, 49 y 50 LREMV), y el de disposición, aquí sí lo podríamos definir como tendencialmente conjunto (art. 51 LREMV).

Quizás como expresión gráfica de la existencia de esos tres patrimonios diferenciados puede citarse el régimen de subsidiariedad que se instaura en el art. 42 de la LREMV del consorcio en relación con las deudas privativas. Patrimonio dinámico, funcional, que no es equiparable a una mera comunidad ordinaria del art. 392 C. Civil¹.

Patrimonios separados, pero no comunicados. Ni del lado activo, ni del lado pasivo.

Del lado activo porque incluso lo más elemental, no ya de lo privativo sino de lo personal, el rendimiento del propio trabajo, lucrará lo común (art. 28.2 d LREMV). Por el contrario, de las deudas privativas, con todo el régimen de subsidiariedad que se quiera, habrá de responder el patrimonio común, al menos, con los derechos que el cónyuge deudor tenga en el consorcio. La operatividad del art. 42 LREMV en el que se establece aquella subsidiariedad vale, esencialmente, para disciplinar la misma, pero no podría desconocer el principio de responsabilidad universal que resulta del art. 1911 C. Civil. Al menos pues, en parte, el consorcio responde las deudas privativas, con posibilidad incluso de que responda ilimitadamente.

La segunda precisión que creo conveniente hacer es el régimen dual de responsabilidad que se instaura en los arts. 36 y 37 de la LREMV, siguiendo una distinción que ya se puede considerar clásica entre pasivo definitivo (art. 36 LREMV) y pasivo provisional (art. 37 LREMV). El primero regula la relación interna entre los cónyuges y de la que resultará el pasivo definitivo. El segundo regula la relación externa, la responsabilidad del consorcio frente a terceros. El concepto de deuda se asocia al pasivo definitivo y el de responsabilidad al pasivo provisional. Aunque la Exposición de Motivos de la Ley Aragonesa advierte que se ha querido hacer más explícito ese esquema, es lo cierto que, en mi opinión y a no ser que se conozca en profundidad la materia, la distinción puede no resultar tan evidente como presupone el legislador.

Esta se hace necesaria desde el momento en que cualquiera de los cónyuges, unilateralmente, puede comprometer, en su integridad, el patrimonio consorcial. Este será el germen del problema.

1.2. *Sobre la naturaleza jurídica del patrimonio común*

Según opinión doctrinal mayoritaria² en este patrimonio común se dan las características de la llamada «comunidad germánica»: los cónyuges no ostentan cuotas, el conjunto de bienes comunes les corresponde en mano común, no existe la facultad de pedir la división, las facultades de gestión tienen una regulación específica y las de disposición son esencialmente conjuntas (art. 51 LREMV), mientras que las facultades de administración

(1) Singularmente gráfico de esta separación de patrimonios será, en sede de gananciales, la compleja comunidad romana que se puede crear entre los tres patrimonios en relación a bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo ext-art. 1354 C. Civil

(2) O'Callaghan Muñoz, s, Compendio de Derecho Civil, T. IV, 3.ª Ed. Edersa, Madrid 1991, pag. 108. También García Cantero, en la revisión y puesta al día de Castán, J. Derecho Civil español común y foral, T.V, vol. 1.º, 10.ª ed. 1983, pag. 366 y ss.

admiten un amplio margen de actuación unilateral de cada uno de los cónyuges (arts. 48, 49 y 50 LREMV).

Este planteamiento ha venido siendo objeto en la doctrina en los últimos tiempos de importantes matizaciones cuando no de clara impugnación. Es de destacar en este sentido, en relación al régimen de gananciales, los planteamientos del profesor Guilarte Gutiérrez³, quien sostiene que la «actual regulación ha alejado un tanto a la sociedad conyugal de la tradicional consideración como comunidad germánica a la par que la ha acercado a la comunidad romana». La idea esencial que se trata de describir es la de la afirmación de cuotas, pero a la vez su intransmisibilidad, tanto respecto del conjunto como de los particulares bienes que la componen, decantándose por la tesis de «la proindivisión ordinaria para explicar la naturaleza de la sociedad conyugal y, más concretamente, para aclarar la fórmula de detentación tanto del patrimonio consorcial como de los particulares bienes que lo componen», de lo que deducirá como consecuencia que «las lagunas que la regulación...presenta en materia de sociedad de gananciales pueden ser integradas con la normativa de los arts. 392 y siguientes del Código Civil»⁴.

En la jurisprudencia se ha seguido de forma mayoritaria la tesis germanista de la comunidad. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1994 (RJ 1994/1652) razonará que:

«...durante el matrimonio el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los arts. 392 y ss. CC, al faltar por completo el concepto de parte, característica de la comunidad de tipo romano que allí se recoge, ni atribuible a la mujer, viviendo el marido y no habiéndose disuelto la sociedad conyugal, la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si estos 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 tercera 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 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 (SS entre las más recientes de 26 y 29 septiembre 1986; 13 julio y 26 septiembre 1988; 19 julio 1989; 6 y 12 junio 1990, etc).

Esta es la doctrina reiterada de esta Sala interpretando los preceptos legales; opinión que es compartida por la doctrina científica, y que de ningún modo va en contra del principio constitucional de igualdad, que consagra el art. 14

(3) Sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales puede acudir al completísimo trabajo del mencionado autor Guilarte Gutiérrez, Vicente, La naturaleza de la actual sociedad de gananciales, Anuario de Derecho Civil, julio-septiembre 1992, págs. 875 y ss.

(4) Guilarte Gutiérrez, Vicente, ob. cit. págs. 925 y 926

CE ya que es de aplicación tanto al marido como a la mujer, en cuanto miembros de la sociedad conyugal, sin discriminación de clase alguna»⁵.

La polémica sobre la naturaleza jurídica del patrimonio común, si comunidad romana o germánica, pierde así gran parte de importancia para el régimen económico legal aragonés: en la medida en la que existe una regulación jurídica más completa y detallada de la institución se hace menos imprescindible delimitar la naturaleza jurídica de la comunidad conyugal⁶.

2. El origen del problema

El hecho de que en el tráfico jurídico no se actúe normalmente en nombre del consorcio, y de que se pueda comprometer todo el patrimonio consorcial con la actuación unilateral de uno de los cónyuges, tendrá como trasunto en el proceso el que lo normal o habitual sea que el titular del crédito accione judicialmente sólo contra el cónyuge con el que se ha relacionado. De hecho lo más frecuente es que este no conozca el estado civil de su deudor y mucho menos el régimen económico de su matrimonio. La consecuencia era y es evidente: el título ejecutivo consecuente a esa acción judicial ejercitada por el acreedor sólo amparaba la actuación ejecutiva contra el cónyuge identificado como sujeto pasivo en el título ejecutivo. Y sólo cabía dirigir la acción ejecutiva y despachar ejecución contra el mismo.

El problema se acentuaba especialmente en los denominados juicios ejecutivos de la LEC 1881, en los que no era posible demandar a quien no apareciera como deudor en el título ejecutivo, siendo estos en ocasiones inexpresivos o mudos sobre el origen de la deuda y más sobre su alcance en el patrimonio consorcial de los deudores⁷. La legitimación pasiva se agotaba inexcusablemente en quienes aparecían como deudores en el título ejecutivo, por lo que no era posible ampliar la demanda contra el cónyuge no deudor.

En la práctica se idearon mecanismos formales con los que lograr obviar esta dificultad. Y así era usual presentar demandas ejecutivas contra el cónyuge del deudor ejecutivo «a los solos efectos del art. 144 del Reglamento Hipotecario». La fórmula, no exenta de cierto ingenio, no era procesalmente aceptable por su inespecificidad jurídico-procesal (sentencia de 2 de diciembre de 1994. RAJ 9395).

El art. 144 del Reglamento Hipotecario, en la redacción dada al mismo por el RD de 12-11-1982, era, además, enormemente equívoco y confuso. Pero aquél precepto reglamentario sería merecedor de un especial reconocimiento, pues dudo que sin él se hubieran res-

(5) En el mismo sentido sentencias de 13 de julio de 1988, 4 de marzo, 29 de abril de 1994 y 25 de febrero de 1997, entre otras muchas.

(6) El mismo autor antes citado, Vicente Guilarte Gutiérrez, de manera todavía más ácida, comentando el art. 806 LEC, recientemente escribiría que «el legislador adjetivo tiene una vaga noticia de una de las mayores aberraciones dogmáticas que en el ámbito de la economía conyugal llevamos tiempo asumiendo, unos acríticamente otros no tanto consistente en predicar la naturaleza germánica de la comunidad conyugal que se describe como una incomprensible, inconsistente y antinatural comunidad en mano común sin cuotas sobre los bienes comunes. Nos lo contaron en el primer tercio del siglo, época en que los perfumes del Rhin subyugaban a nuestros juristas y filósofos, y en ello seguimos aún sin saber bien, al menos algunos, en qué consiste el hallazgo». Comentarios a La nueva ley de Enjuiciamiento Civil, obra colectiva editada por Lex Nova, 2000, tomo IV, pág. 4374.

(7) Solchaga Loitegui, Jesús, en su monografía «El procedimiento de apremio de bienes inmuebles», edit. Aranzadi, 1986 pág. 126 explicaría este problema utilizando como ejemplo el que entonces era un título ejecutivo de habitual uso (y hoy prácticamente inexistente) como lo era la letra de cambio, afirmando que las mismas «generarán títulos ejecutivos semejantes, originadores de procedimientos de apremio, que no permitirán conocer la causa u origen de la deuda y, en consecuencia, el núcleo de bienes que pueden afectar».

petado en la misma forma los derechos del cónyuge no deudor. Y hablar del cónyuge no deudor es, en la realidad de las cosas, hablar de los derechos de la mujer en el matrimonio. La ausencia de una adecuada regulación procesal al problema otorgó un protagonismo excesivo a la mencionada norma reglamentaria. Y, a no ser que queramos heredar, ahora artificial e innecesariamente, una problemática tan confusa, debemos saber desprendernos de aquel protagonismo, dado que tanto la nueva LEC como la legislación sustantiva ofrecen soluciones satisfactorias a la problemática del embargo de bienes comunes.

Lo cierto es que la LEC 1881 no solventaba cómo delimitar en cualquier proceso de ejecución, si esa deuda asumida unilateralmente por uno de los cónyuges, era deuda o carga del consorcio, ni tampoco qué hacer para, aun presuponiendo que era deuda privativa, liquidar o determinar los derechos del cónyuge no deudor.

Bajo la vigencia de la LEC de 1881 el trámite del conflicto, al carecer de toda especialidad, resultaba del art. 481: «toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada en este Ley tramitación especial, será ventilada y decidida en el juicio declarativo que corresponda». Esto es, había que acudir al juicio declarativo pertinente, con la grave dilación que ello conllevaba. Y conocido es que el Tribunal Supremo fue muy severo con la adecuación procedimental, lo que consideró siempre materia de orden público.

Otra de las circunstancias que coadyudaban a la creación del problema era la ausencia de una presunción de comunidad pasiva. Aunque existieron voces autorizadas (sobre todos en los años siguientes a la modificación del Código Civil operada por la Ley 11/1981) que defendieron su existencia⁸ estaba generalmente admitido lo contrario⁹. Lo que en el orden procesal suponía que era el acreedor quien, teniendo en su título ejecutivo como deudor a uno sólo de los cónyuges, debía accionar judicialmente para destruir la presunción contraria, o mejor dicho, la apariencia contraria: la de privatividad de la deuda¹⁰. Lo que, como hemos indicado, sólo se podía conseguir en el juicio declarativo¹¹.

¿Cuál era la consecuencia práctica de la suma de todas esas circunstancias, naturaleza de la comunidad, agotamiento de la relación jurídico procesal en el proceso de ejecución en la persona del cónyuge deudor y ausencia de una presunción legal de comunidad pasiva?

Pues que todo proceso de ejecución dirigido contra uno sólo de los cónyuges habría de ser tratado como si de una deuda privativa se tratara, al resultar así de la apariencia derivada de esa unilateralidad y sin posibilidad de clarificar en ejecución el grado en el que el patrimonio común quedaba comprometido por esa deuda asumida unilateralmente.

Y esto era grave, no ya sólo por la mencionada reconducción del tratamiento, en el apremio, de la deuda común a la deuda privativa, en perjuicio evidente del acreedor, sino por la complejidad procesal que conllevaba el deslindar los derechos de cada uno de los

(8) Díez Picazo y Gullón en Sistema de Derecho Civil IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, 7.^a edición, edit. Tecnos, 1997, pag. 191. Echevarría Echevarría, «Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias», en Revista de Derecho Notarial, abril-junio de 1982.

(9) Martínez Vázquez de Castro «Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales». Edit. Civitas, Madrid 1995, pp. 97-100; Peña Bernaldo de Quirós en su «comentario al art. 1365 del Código Civil. Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 690 y 691.

(10) La ausencia de una presunción de comunidad pasiva ha sido particularmente explícita en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Entre las más recientes se puede citar la resolución de 3 de junio de 2002.

(11) Sobre la doctrina y polémica de los autores puede acudir al completo trabajo publicado por Fátima Yáñez Vivero, «deudas de un solo cónyuge y responsabilidad ganancial según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en Anuario de Derecho Civil, abril-junio, 2000, pág. 565 y ss.

cónyuges, deudor y no deudor. Se hacía necesario liquidar ese régimen económico del matrimonio, sea mediante la previa disolución del régimen económico del matrimonio, solución adoptada en el art. 1373 C. Civil, sea mediante una liquidación puramente contable que era la solución que se infería del art. 46 de la Compilación¹².

Sólo la singular y excepcionalísima (en tanto que permite el apremio sobre derechos de quien no es parte ejecutada) solución que daba —y sigue dando— el art. 1373 C. Civil a la pasividad del cónyuge no deudor permitía compensar, en forma en alguna medida paradójica, aquél agravio causado al acreedor de ver sometido su crédito al tratamiento de las deudas privativas. Solución que consiste en permitir la agresión ilimitada de bienes comunes ante la pasividad del no deudor al tener noticia de la afección.

Solución del art. 1373 C. Civil que el uso forense en Aragón vino haciendo extensivo, sin dudar, al art. 46 de la Compilación, pese a que podía suponer una contradicción con su tenor literal, en el que se exigía el respeto, *siempre*, a los derechos del no deudor. Pero que de no hacerse así hubiera podido suponer un bloqueo del proceso de ejecución en los supuestos de pasividad del cónyuge no deudor, postura que no era explícitamente contemplada por el legislador aragonés¹³. Y que hubiera podido conllevar una afección del

(12) Sobre el tema es inexcusable la lectura de la monografía de Serrano García, José Antonio, «Las deudas de los cónyuges; pasivo de la comunidad legal aragonesa», José María Bosch editor S.A., Barcelona 1992.

(13) Rams Albesa, Joaquín, comentando el art. 46 de la Compilación, en la obra colectiva dirigida por José Luis Lacruz Berdejo y Jesús Delgado Echeverría, Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, edit. por la Diputación General de Aragón, 1993, vol. segundo, pág 176, razonará que el mencionado precepto «ha querido proteger los contrapuestos intereses puestos en juego en esta específica relación necesariamente multilateral»; añadiendo, en nota a pie de página, la consideración, que me parece poco ponderada, de que «en mi particular opinión lo ha logrado pese a las dificultades procesales con que se ha encontrado el precepto en su aplicación, producto, sin duda, del dogmatismo procesal (sic) en que incurren con excesiva frecuencia los órganos jurisdiccionales en detrimento de la aplicación del derecho material, a todas luces más relevante». Las dificultades procesales a las que se refiere el autor no eran consecuencia de dogmatismos procesales de ningún tipo (el proceso está sometido al principio de legalidad; lo dirá ahora expresamente el art. 1 de la LEC), sino de las graves lagunas legales existentes en la regulación de aspectos extraordinariamente relevantes de esta especial comunidad. La instrumentalidad de la norma procesal no puede permitir olvidar la esencialidad del proceso para la tutela de los derechos (no hay tutela sin proceso).

El problema era que aquí colisionaban, en el proceso de ejecución y en relación a bienes con titularidad compartida por el ejecutado y por terceros (el cónyuge no responsable) pero sin un deslinde jurídicamente preciso, derechos materiales de sujetos con intereses enfrentados: los del acreedor a satisfacer su crédito con los derechos que su deudor tuviera en el patrimonio común, y los del cónyuge no responsable para hacer respetar tanto sus derechos en el consorcio como la falta de responsabilidad del consorcio; y porque siendo tan respetable el derecho del acreedor como el del no deudor (no era lógica la dinámica comparativa en la que se deslizaban a veces los autores, que solían responder bien a prejuicios ideológicos, bien a razones de mera conveniencia) la cuestión no se resolvía en sede de distribución de la carga de la prueba. Que se invocara ésta era ya indicativo del grado de confusión que reinaba en la cuestión, exportándose lo que es propio de la estructura del proceso de declaración, no ya al proceso de ejecución, sino al mero procedimiento de apremio, en el que no se «juzga» y sí sólo «se procede». La solución únicamente se podía alcanzar aplicando mecanismos instrumentales de distribución de la carga de accionar. Lo que está más próximo a la norma sustantiva que a la procesal. Eso explicaba las dificultades para que, desde la mera perspectiva procesal, se pudiera integrar la laguna legislativa y el altísimo grado de confusión que existió sobre la cuestión. Y que en la práctica se resolvieran, no en la línea que apuntaba el citado autor, sino en la única que era constitucionalmente posible, esto es imponiendo al acreedor aquella carga, pues era él quien pretendía alterar una situación preexistente: única solución posible atendida la negación de la facultad de autotutela de los particulares y el sentido de la función jurisdiccional. Lo que en práctica se traducía en tratar, en sede de ejecución, siempre como privativa, la deuda asumida unilateralmente por uno de los cónyuges. Aunque fuera o pudiera ser responsabilidad del consorcio. Completando el comentario del mencionado autor se podría decir que aquel equilibrio, si es que se consiguió, lo fue tanto gracias al mencionado art. 46 de la Compilación (a sus previsiones), como pese a él (a sus imprevisiones). Que el legislador hoy, afortunadamente, ha sabido solucionar; por cierto con un posicionamiento contrario, trasladando la carga de accionar, o más bien de reaccionar, al no deudor; y curiosamente ahora que en el proceso de ejecución las posibilidades de realizar enjuiciamientos son muchísimo mayores que en la LEC 1881. Lo que constitucionalmente resultará admisible desde el momento en el que a tal carga vendrá procesalmente anudada una inmediata posibilidad de defensa plena de la posición y derechos del no deudor.

derecho fundamental a una tutela judicial efectiva¹⁴, que como es de todos conocido, alcanza también a la ejecución de las resoluciones judiciales (art. 24 CE)¹⁵. Pero todo, se reitera, bajo el marco jurídico de ejecución de las deudas privativas.

2.1. Algunas consideraciones sobre las nuevas perspectivas procesales que surgen de la regulación de la LEC 2000 en el proceso de ejecución y su incidencia en el tema de la defensa de la posición e intereses del cónyuge no deudor y del acreedor

La acción ejecutiva que nace del título ejecutivo es concepto que presenta importantes diferencias en relación a la acción en la fase declarativa del proceso. Pues aquélla se identifica de modo pleno con el mismo título ejecutivo, de manera que sustancialmente se agota en el mismo: no se puede pretender nada más, ni nada diferente de lo que resulte del título ejecutivo, ni contra nadie que no resulte deudor en el mismo. Esto era una idea inamovible bajo la vigencia de la LEC 1881: pretender una extensión de la sentencia frente a alguien o frente a algo, sin que aquél o el titular de éste último hubiesen sido llamados durante la fase de constitución del título ejecutivo, esencialmente sin haber sido llamados de manera previa en el proceso de declaración, hubiera sido considerado un auténtico sacrilegio procesal al vulnerar lo más sagrado del derecho fundamental más próximo a la actividad jurisdiccional: el derecho de defensa¹⁶ (art. 24.1 CE). Es aquí donde encontraremos una de las novedades más

(14) No acierto a comprender cómo entre los autores se podía plantear que fuera el acreedor el que tuviera que probar que el embargo respetara el valor del no deudor. Trasladar al mismo esa carga era imponerle una prueba de imposible cumplimiento. Por ello de clara inconstitucionalidad. Tan esto es así que ahora, que el legislador ha afrontado el problema, para resolverlo, se ha visto forzado a reconocer que el mencionado equilibrio sólo se podía conseguir trasladando la carga al no deudor. Y repárese que no la carga de probar el respeto de su valor (lo que para el acreedor es, repito, sencillamente imposible) sino de algo más elemental y previo: la de reaccionar defendiendo su posición. Y de hacerlo negando la comunidad de la deuda. Sólo si ésta es privativa se desemboca en una liquidación en la que es ociosa la invocación a toda carga de la prueba. Cuando además en la misma se ha colocado al acreedor en una posición de, prácticamente, mero espectador.

(15) El Tribunal Constitucional ha advertido reiteradamente que la tutela judicial efectiva ha de impedir que «las sentencias y los derechos en ella reconocidos se conviertan en meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna» (SSTC 125/1987, 167/1987 y 170/1999).

(16) El Tribunal Constitucional había admitido que la sentencia se hiciera extensiva o alcanzara a quien no fue parte en el proceso, pero ello con unas importantes precisiones. Doctrina elaborada a propósito de la ejecución de sentencias resolutorias de contratos por cesiones o subarriendos inconsentidos sin llamar al cesionario o subarrendatario al proceso de declaración.

Así la sentencia 58/1988 de 6 de abril razonaba sobre este particular que «...no es contrario al principio de contradicción del art. 24 de la Constitución el que una decisión judicial pueda tener efectos que repercutan en sujetos que no han participado en el proceso y que no han sido llamados a él y que, por tanto, no figuren como condenados en la Sentencia. Tal ocurre respecto a quienes sean titulares de una situación jurídica dependiente o condicionada por un derecho ajeno sobre la que incide el contenido de esa sentencia, la cual afecta a ese derecho ajeno que en el proceso de origen se cuestiona directamente y sobre el que decide la sentencia. Formalmente el tercero, titular de esa situación, no estará afectado por el mandato contenido en la Sentencia, que no se dirige a él, pero su derecho, al depender del derecho de otro, resultará afectado de forma indirecta o refleja por la modificación que de ese último derecho derive la Sentencia, al igual que también podía quedar alterado por actos de disposición ajenos sobre ese derecho. Tal ocurre en los casos de contratos dependientes o derivados de una situación jurídica contractual de una parte, como son los distintos tipos de subcontratos...»

Pero añadiré que «...no cabe duda que la sentencia que ha decidido sobre la resolución del arrendamiento y ha declarado el carácter inconsentido de la cesión o subarriendo que favorecía al recurrente, ha tenido efectos directos sobre esa cesión o subarriendo, que podía legitimar la ocupación del local por el recurrente. Nuestro Tribunal Supremo ha venido afirmando la necesidad de citación del cedente en los litigios entre cesionario y arrendador cuando el cesionario trata de que se le reconozca la titularidad actual del arrendamiento —Sentencia de 27 de mayo de 1964 (RJ 1964\3878)—. Esta misma doctrina debe llevar también a exigir, ahora a la luz del art. 24 de la Constitución, la necesidad de llamada al subarrendatario o cesionario cuando lo que se discute en el juicio de desahucio es sobre la legitimidad de tal subarriendo, pues el subarrendatario no puede estar ausente del procedimiento al extenderse a él también el resultado de la decisión de fondo y los efectos de cosa juzgada sobre la validez y licitud de su situación subarrendaticia.

El art. 24 de la Constitución, reconoce el derecho a un proceso con todas las garantías, lo que incluye, en

relevantes o llamativas del proceso de ejecución en la LEC 2000, con una institución novedosa cuya aplicación práctica presenta serios interrogantes: los supuestos de extensión subjetiva y objetiva de la sentencia contemplados en el art. 538.2 LEC 2000 LEC. Precepto, en mi opinión personal, que según se interprete y aplique, es un firme candidato para presentarse a examen ante la jurisdicción de amparo. Y ello, anticipando ideas, porque en el proceso de ejecución, a mi entender, no se ha diseñado un sistema de oposición a favor de quienes no aparecen denominados nominativamente en el título ejecutivo (y ello porque no fueron llamados en el proceso declarativo cuando el título ejecutivo sea una sentencia de condena) que pueda entenderse que otorgue satisfacción al derecho fundamental de defensa.

La extensión subjetiva y objetiva que de la ejecución del título ejecutivo se contempla en el art. 538 LEC constituye una pieza especialmente delicada del proceso de ejecución en tanto en cuanto, al permitir dirigirla contra quienes no participaron en su creación, si es extrajudicial, o no fueron llamados al proceso, si es judicial, puede provocar con facilidad una afeción del derecho fundamental de defensa (art.º 24 CE). Lo que acaecerá en la medida en que no se le permita a este singular ejecutado, singular en cuanto no está designado nominativamente en el título ejecutivo, hacer valer un específico régimen de defensas propias y autónomas, en relación con las del ejecutado designado nominativamente en el título ejecutivo: bien en relación al alcance de su responsabilidad legal o al afianzamiento, para el supuesto del art.º 538.2.2.º, bien la vigencia de la afeción o de su alcance, para el subapartado tercero del mismo precepto. Lo mismo para el supuesto de extensión objetiva de la sentencia del art.º 538.3 LEC.

Otorgar a esos terceros los medios de defensa que la Ley concede al ejecutado es hacerle un pobre e insuficiente favor, ya que se les deja desarmados de sus propias defensas. Y las que se le otorgan le serán extrañas, propias del ejecutado identificado en el título. Por tanto, posiblemente desconocidas para él¹⁷.

particular, la prohibición de que «en ningún caso pueda producirse indefensión» y el reconocimiento del derecho a «la defensa y a la asistencia de Letrado» y «a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa». Invocando este artículo, el Ministerio Fiscal sostiene que la constitucionalización del principio jurisprudencial de que nadie puede ser condenado y vencido en juicio sin ser oído implica que, cuando el motivo de resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio sea la discusión sobre el carácter consentido o no del subarriendo o cesión del local por el formalmente arrendatario (art. 114.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), el subarrendatario como titular de una apariencia de derecho, ha de ser oído necesariamente en el proceso y defenderse en él si lo estima preciso, pues lo contrario vulneraría su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su fase de contradicción y le produciría indefensión. Hemos de mostrarnos de acuerdo con esta tesis del Ministerio Fiscal de que ha de reinterpretarse en su faceta procesal la causa de resolución del contrato de arrendamiento del art. 114.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos «manteniendo el principio de la necesidad de que el subarrendatario, al presentar una titularidad jurídica sea oído por el órgano judicial».

El Tribunal Constitucional originó, a mi entender, con esta jurisprudencia, una, en términos procesales, construcción circular. De entrada para el arrendador, al que colocaba en una extraña posición, dado que, con tal doctrina, hasta que no conociese los términos de la contestación desconocería la medida en la que se podía alegar la legitimidad del subarriendo y, por ende, la necesidad de llamar a un subarrendatario o cesionario. Que por lo demás le podía resultar completamente desconocido. Pero es que además no porque el arrendatario, con ocasión de su defensa, se desentendiera de la legitimidad del derecho del cesionario es dable negar a este último el derecho a defender su posición y derecho. Y en todo caso queda claro de esa doctrina que cuando se diluida el derecho propio de un tercero éste debe ser llamado al proceso.

Si se cotejan estos criterios del Tribunal Constitucional con la nueva regulación de la aplicación extensiva de la sentencia, según el ámbito que se quiera otorgar a la misma, de no articular unos mecanismos propios de defensa en el proceso de ejecución a favor de esos terceros, se podrían apreciar serios reparos a su constitucionalidad: la cuestión ya no pasa tanto por llamar al tercero al proceso de declaración sino por garantizar que en el proceso e ejecución el tercero afectado se le garantice un régimen de defensas constitucionalmente aceptable para tolerar esa extensión de la sentencia.

(17) Razonará sobre este particular Ortells Ramos, Manuel, en *Derecho Procesal Civil*, edit. Aranzadi 2002, pág. 721, que «en cualquier caso, la ordenación de la ejecución ha de respetar siempre el límite de que no pueda producirse indefensión a las personas contra las que se dirige. Es decir, debe quedar a salvo la posibilidad

Las diversas posibilidades de extensión de la eficacia de la sentencia que se regulan en el Capítulo I del Título III del Libro III de la LEC suponen, por una parte, el reconocimiento para estos supuestos, de títulos ejecutivos *complejos*, cuya suficiencia no resultará del catálogo de títulos ejecutivos contenidos en la relación ex-art.º 517 LEC, sino, bien de documentos o pruebas acreditativos de aquella responsabilidad (del afianzamiento: art.º 538.2.2.ª; de la actuación de socios o gestores en nombre de entidades sin personalidad jurídica: art.º 544 LEC), bien de una específica disposición o regulación legal (supuestos de los arts. 538.2.1.º; 538.3 y 543.1 LEC).

En relación al supuesto más afín al que ahora nos interesa, afección del patrimonio común a unas responsabilidades, la regulación legal es confusa, dado que tanto parece permitir, bien su llamada inicial al propietario actual de esos bienes como parte ejecutada (pero sólo por los bienes especialmente afectos), bien la mera extensión de la ejecución a estos bienes afectos, pero en tal caso equiparando el estatuto jurídico de su propietario al de verdadera parte ejecutada, haciéndole tributario de las, en mi opinión, insuficientes para él, idénticas defensas que las propias del deudor designado nominativamente en el título ejecutivo.

Todo ello obliga al juez de la ejecución a realizar una compleja valoración de esos documentos anexos al título ejecutivo y que lo complementan a estos efectos (no necesariamente fehacientes) o una reflexión sobre el régimen jurídico del que resulta esa especial afección de los bienes. Con la seciente resolución judicial acordando esa extensión cuando el juicio valorativo y reflexivo sea positivo a la misma. La posición del juez en el proceso de ejecución se complica sobremanera, en la que ya no habrá el mero automatismo de comprobar si la identidad del ejecutado en la demanda ejecutiva se correspondía con el designado como deudor en el título ejecutivo. Prácticamente la única labor que, en relación a la concreción de la parte ejecutada, debía realizar bajo la vigencia de la LEC 1881. También anticipando ideas es de advertir que el art. 541 LEC nos va a permitir entender superadas todas estas objeciones.

3. El tratamiento procesal bajo la vigencia de la LEC 1881

El tratamiento procesal como deuda privativa de lo que, en la mayoría de las ocasiones era deuda o responsabilidad del consorcio, y la naturaleza del mismo hacían que el embargo no pudiera concretarse sobre unos bienes determinados, sino sobre los derechos que el cónyuge deudor ostente sobre el patrimonio común. Ello conllevaba una indeterminación que hacía inviable, sino el embargo, sí el apremio: no se conocían los derechos que tendría aquél sobre el patrimonio y por ende ni los mismos se podían concretar, valorar ni sacar a subasta.

El problema era, como resulta de lo dicho, común para las deudas privativas que para las consorciales en las que había sido condenado uno de los cónyuges, que pasaban a tratarse así como si de deudas privativas se tratase.

de aducir ante un Tribunal las alegaciones defensivas que, de acuerdo con la ley, puedan ser fundadas y de que el tribunal las examine y resuelva, con efectos sobre el desarrollo o sobre la estabilidad de los resultados a los que hubiera conducido (SSTC 41/1981, de 18 de diciembre, 4/1982, de 8 de febrero, 14/1992, de 10 de febrero, 110/1993, de 25 de mayo, 167/1994, de 6 de junio, 79/1996, de 20 de marzo, 12/1997, de 27 de enero)».

Y tras considerar que habiendo mediado una previa declaración jurisdiccional la posibilidad de defensa en el proceso de ejecución no debe alcanzar a lo ya resuelto, razonará, con acertada visión de la problemática que ahora se plantea, que «en cuanto se trate de cuestiones no resueltas, ni precluidas, y, en todo caso, si se trata de títulos que no tengan como base una declaración jurisdiccional, la defensa ha de ser posible. Cuestión diferente —y en la que la jurisprudencia del TC no se halla suficientemente definida— es la específica ordenación de la amplitud, forma y efectos de esta defensa».

El tratamiento sustantivo se encontraba en el art. 1373 C. Civil, a cuyo tenor «cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla.

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 liquidación de la sociedad conyugal».

Para el Derecho Aragonés la regulación se contenía en el art. 46 de la Compilación, a cuyo tenor «1. Las deudas posteriores privativas gravan los bienes del cónyuge deudor y, siendo éstos insuficientes, al patrimonio común, a salvo siempre el valor que en él corresponde al otro cónyuge, así como los preferentes derechos de los acreedores por deudas comunes.

2. Lo pagado a costa de los bienes comunes se imputará en la participación del cónyuge deudor, hasta que los reembolse, y se tendrá en cuenta para ulteriores reclamaciones de acreedores privativos».

El problema así planteado se concretaba a su vez en dos. A saber, como determinar los derechos del cónyuge deudor (para el régimen de gananciales) y como respetar los derechos del no deudor en el régimen aragonés.

El artículo 1373 del Código Civil se refiere, de modo expreso, a las deudas privativas de uno de los cónyuges. Y permite que, no siendo suficiente el patrimonio privativo del deudor, el acreedor se dirija contra el patrimonio ganancial. Ahora bien como, al menos aparentemente, la deuda es privativa de uno de los cónyuges, la ley permite que el cónyuge no deudor salvaguarde sus derechos en dicho patrimonio común, para lo cual disciplina, como medida de garantía y de defensa elemental la notificación del embargo al cónyuge no deudor. Conociendo éste la traba puede optar, sin que la norma marque un plazo para ello, por seguir el apremio o por «exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad ganancial, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla.»

El artículo 1373 del Código Civil quedó huérfano de la adecuada regulación procesal con la que solventar los dos problemas que planteaba, a saber, primero la forma de sustituir el embargo (de bienes concretos por la cuota o parte abstracta que el cónyuge deudor en el patrimonio común: también, obvio resulta, sobre los bienes inicialmente embargados, que no son sino una parte del activo del patrimonio ganancial). El segundo problema, y desde luego el de mayor relevancia frente al acreedor, la forma de realizar la liquidación.

Las soluciones que tanto la doctrina como la jurisprudencia fueron plurales y, en ocasiones contradictorias.

Y así en la jurisprudencia se propusieron como soluciones para el primero de los problemas antes citados, las de acudir a una tercería de dominio (**sentencia de 17 de Julio de 1997**), o bien el incidente (**sentencia de 29 de Octubre de 1984**, seguida y recordada por la más reciente de **19 de Enero 1999**), o bien la que considera que no es necesario acudir a ninguno de ambos cauces procesales, pues es una opción personal del cónyuge no deudor que no exigirá más requisitos que su puesta en conocimiento del órgano ejecutor.

Y en este sentido la Sentencia de **29 de Abril de 1994** se razonará que «*El procedimiento que contempla el artículo 1373 del Código Civil, es un remedio sustitutorio de la tercera de dominio, puesto a disposición de la esposa en los casos que allí se contemplan; ejercitado 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 art. 1373-1.º CC., 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.*»

Ahora bien, aunque se optara por la solución propuesta por esta última sentencia, al resultar desproporcionado el incidente para conseguir por el cónyuge no deudor un efecto que se produce *ope legis*, lo que no cabe duda es que esa opción debía comunicarse al órgano ejecutor, pues en caso contrario no se producirá la sustitución en la traba: el art. 1373 C. Civil atribuye al cónyuge no deudor el derecho «*a exigir que en la traba se sustituyan...*», lo que implica, pese a la radicalidad del pronunciamiento de aquella sentencia, la necesidad de realizar una postulación al órgano jurisdiccional que está ordenando el apremio.

Y sea incidente o mera petición al Tribunal, en realidad el mayor y más grave problema era la forma o cauce para realizar la liquidación del régimen económico.

La misma sentencia antes citada afrontaría el problema del cauce para hacer operativa en esa liquidación, aunque aquí no se pronunciará con tanta claridad, razonando que «*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 en plazo para la práctica de la misma.*»

Practicado el embargo, el uso de la facultad que otorga al cónyuge no deudor el art. 1373 impedía que la liquidación se hiciera a espaldas del acreedor. La misma debía realizarse por los trámites de las testamentarías, en las que se reconocían a los acreedores importantísimas facultades de intervención y fiscalización (era parte legítima para promoverlo —art. 1038 4.º LEC 1881—; no podían los herederos separarse de su seguimiento sin la conformidad de los acreedores art. 1047 LEC 1881; posibilidad de solicitar la intervención del caudal —art. 1061 LEC 1881—; debía ser citados a la formación del inventario —art. 1065, 4.º LEC 1881—, también a la Junta de designación de administración —art. 1068 LEC 1881—, así como la imposibilidad de hacer entrega, tras la partición de los bienes a las partes, si no están los acreedores pagados), y sobre todo, y en lo que aquí interesa, en la imposibilidad de apartarse del procedimiento sin la conformidad de los acreedores que hubieren promovido el juicio, lo que trasladado a la liquidación de la sociedad de gananciales suponía que, liquidada la sociedad y como consecuencia de un embargo, no podían los cónyuges hacer liquidación extrajudicial del caudal común.

III. EL EMBARGO DE BIENES COMUNES CONSTANTE EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO

1. La actuación procesal contra el consorcio

La ejecución de bienes comunes se afronta en el art. 541 de la LEC y en los arts. 42 y 43 LREMV.

Tras disponer el art. 541.1 LEC que «no se despachará ejecución frente a la comunidad de gananciales» (es un patrimonio no sólo sin personalidad jurídica sino también sin capacidad procesal) dedicará apartados diferenciados para supuestos de responsabilidad del consorcio (el segundo) y de deudas privativas de cada uno de los cónyuges (el tercero). Quiere esto decir que no se puede presentar una demanda contra el consorcio.

El legislador, creo que acertadamente, ha optado por no reconocer personalidad procesal al consorcio. El concepto de capacidad para ser parte es un trasunto en el proceso del concepto de personalidad jurídica. Aunque no es un concepto procesal que se identifique con el sustantivo; no hay una correspondencia mimética entre los mismos. El concepto de capacidad para ser parte (art. 6 LEC) es más amplio que el de personalidad jurídica. También más complejo y abstracto. No sólo es un concepto más amplio que el de personalidad jurídica, sino que paulatinamente las reformas legislativas lo irán alejando de él. El ejemplo más característico de ente sin personalidad jurídica pero con capacidad procesal, al menos en la práctica de los Tribunales, está constituido por las comunidades de propietarios sometidas al régimen jurídico de propiedad horizontal, que careciendo de personalidad jurídica pueden demandar y ser demandadas en el proceso. Constituye una mayor abstracción que el concepto mismo de personalidad jurídica y tiene un alcance instrumental con el que se procura facilitar la actuación en el proceso¹⁸.

No tendría un especial sentido otorgar capacidad para ser parte en el proceso al consorcio, cuando el mismo está integrado por dos personas que en estas situaciones de crisis patrimonial habrán de presentar, con mucha probabilidad, intereses enfrentados. Por lo que no sería coherente otorgar un tratamiento unitario, en términos procesales, al patrimonio común, en relación a cada uno de los titulares de derechos sobre el mismo. No me parece acertada la consideración de quienes han querido ver el otorgamiento de personalidad procesal al consorcio en el art. 6-4.º LEC, pues éste precepto se refiere a patrimonios que carezcan transitoriamente de titular (caso sí, de la herencia yacente), pues aquí en ningún momento hay situación, ni aun transitoria, de falta de titularidad de los cónyuges sobre el patrimonio común, por más que el mismo integre un patrimonio relativamente separado de los privativos de los mismos y por más que los derechos de cada uno de los cónyuges sobre ese patrimonio no están apriorísticamente determinados.

(18) La utilidad de la ampliación del concepto procesal de personalidad es evidente, permitiendo iniciar el proceso contra quienes, en otro caso, sería extremadamente difícil su llamado al proceso. Lo que sitúa el problema dentro del derecho fundamental a la tutela judicial: la ley procesal contempla realidades que operan en el tráfico jurídico con un carácter unitario pero sin personalidad jurídica; respetar el derecho de defensa de quienes hayan visto desconocidos sus derechos por esas realidades exige que se pueda llamar a estas últimas, también con una configuración unitaria, al proceso. Siquiera cualquier ampliación del concepto debe realizarse con extremo cuidado, pues la dificultad conceptual que supone toda abstracción conllevará una pareja dificultad para, bien identificar o bien localizar a quien represente a esa entidad no personalizada, en orden a asegurar su adecuada defensa primero, en términos tales que aseguren su efectiva llamada al proceso. Y después por las dificultades que luego nos podemos encontrar en ejecución de sentencia, en la que, aquí sí, tendremos que encontrar un patrimonio (aquí sí, con seguridad, con un titular personalizado del mismo) que tenga que responder. Por todas son de citar las conocidas dificultades que se derivaron de la ejecución de sentencias dictadas contra las comunidades de propietarios sometidas al mencionado régimen de propiedad horizontal.

2. El nuevo régimen jurídico derivado de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero de régimen económico matrimonial y viudedad (en lo sucesivo LREMV)

Aparentemente el art. 541 LEC, en sus apartados segundo y tercero, regula, bien el embargo cuando se trate de deudas comunes (el apartado dos), bien cuando se trate de privativas (el apartado tercero). Pero esto no es así. No se trata de trámites independientes sino que, antes al contrario, el primero de ellos se presenta como trámite previo e inexcusable del segundo. El trámite del apartado tercero está funcionalmente vinculado al prevenido en el apartado segundo y a lo resuelto en el mismo. A salvo que el título sea jurisdiccional y contenga pronunciamiento del carácter privativo de la deuda.

A poco que se profundice sobre el apartado segundo del art. 541 LEC se podrá apreciar que el mismo no está destinado a regular la ejecución de los bienes comunes por deudas «de las que deba responder la sociedad de gananciales», como se anticipa al principio de la norma, sino que, antes al contrario, está destinado a clarificar si la deuda contraída por uno solo de los cónyuges es o no responsabilidad del consorcio¹⁹. Es decir, se instaura un procedimiento encaminado a superar la apariencia de privatividad derivada del hecho de que sólo uno de los cónyuges aparezca como deudor en el título ejecutivo y aclarar si, esa deuda contraída por este último es, pese a la unilateralidad en su generación, también responsabilidad del consorcio.

La Ley procesal, en la nueva regulación, permite que se despache ejecución sólo contra el cónyuge deudor, aunque los términos de la norma («podrá») claramente autorizan a despachar ejecución contra el cónyuge que no aparezca como deudor en el título ejecutivo²⁰ pero, y esto es inexcusable advertirlo, sólo contra los derechos que el cónyuge no deudor tenga en el patrimonio común, pues no sería lícito una actuación ejecutiva contra su patrimonio privativo²¹. El despacho de ejecución contra el no deudor sólo se justifica por la responsabilidad del patrimonio consorcial, (último pto., apdo. 3.º, n.º 2 del art.º 538 LEC). El art. 541 LEC es, desde mi consideración, una aplicación concreta de las previsiones gené-

(19) Gascón Inchausti, Fernando, en *Tribunales de Justicia*, Julio 2001, págs. 55 y ss realizará una completa sistematización de supuestos en los que se pueden embargar bienes comunes y las respuestas procesales que son procedentes en cada uno de ellos. En cualquier caso, y como afirmación genérica, esa sistematización tiene un valor esencialmente teórico sin llegar a ajustarse a la estructura de la norma ni al posicionamiento del legislador. Salvo en los supuestos de comunidad disuelta y liquidada, en los que, como luego razonaré, es, en mi opinión, necesaria una valoración inicial del tribunal de la ejecución, en los demás casos ni la norma ni el uso forense contemplan un posicionamiento del tribunal del apremio. Antes al contrario, en la norma, en el art. 541 LEC, se parte o no se desconoce la *aparencia* de privatividad que resultará del carácter unilateral de la asunción de la deuda. Pero traslada al no deudor la carga de reaccionar. Lo que supone que el tribunal del apremio no tiene que entrar inicialmente a realizar valoraciones de ningún tipo. Pues en último caso, y aun para la deuda privativa, también corresponde, tanto en el régimen aragonés como en el común, al no deudor la carga de reaccionar para proteger su valor en el patrimonio común; lo que en definitiva supone la posibilidad legal de que todo el patrimonio común termine respondiendo de las deudas privativas. Fundar aquélla sistematización en el carácter subsidiario de la responsabilidad del patrimonio por la deuda privativa me parece desproporcionado y alejado de la realidad: sin desconocer la vigencia del principio, la ejecución forzosa está presuponiendo, y así es en la realidad, la práctica insolvencia o cuando menos la notoria insuficiencia del patrimonio del deudor, aun incluyendo el patrimonio común. Estadísticamente la operatividad de la regla de subsidiariedad de la responsabilidad es completamente residual.

(20) Juan Sánchez, Ricardo, en *Derecho Procesal Práctico*, ob, colectiva dirigida por Vicente Gimeno Sendra, edit. LA LEY, tomo VI, pág. 355, entenderá que «tanto formal como materialmente, el cónyuge no deudor en los dos supuestos contemplados en el art. 541 LEC tendrá la condición de parte legitimada pasivamente en el proceso de ejecución, asumiendo el mismo estatuto de parte que el cónyuge deudor».

(21) Otra cosa es la responsabilidad por las costas que el no deudor pueda generar con ocasión de su oposición en el proceso de ejecución (art. 561.1, 1.ª II LEC). Estas deudas sería personales del no deudor y de ellas habría de responder aun con su patrimonio privativo.

ricas contenidas en el art. 538 LEC, y con la que se salva, como luego veremos, las objeciones de inconstitucionalidad que se pueden plantear al precepto general. Participa de su ambigüedad, pero significativamente se aleja de él al prevenir un embargo directo, sin necesidad de un previo acto reflexivo del juez, ni una resolución secuenta a esa reflexión. Hay una relativa automaticidad procedimental en la afección²².

En la norma, donde aparece como inexcusable la intervención del no deudor es con ocasión del embargo: «el embargo de bienes gananciales *habrá* de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que se despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario, pueda oponerse a la ejecución»²³. Es un acto de comunicación que se aleja, por su alcance, de lo que significa procesalmente una mera notificación. Tiene una mayor complejidad que esta dado que conlleva la carga de reaccionar. Nos aproximamos más a lo que es un emplazamiento que a una mera notificación.

A continuación se dispondrá el ámbito de oposición del que puede hacer uso el cónyuge no deudor: «la oposición a la ejecución podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, además, en que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado ejecución».

Debe repararse que al coincidir el ámbito de oposición que el no deudor tiene tanto si sólo se le notifica el embargo como si se le demanda ejecutivamente por las responsabilidades del consorcio, la opción por llamarle al proceso en una u otra condición se torna, en el orden procesal, absolutamente irrelevante pues en ambas vías queda en idéntica situación respetado su derecho de defensa. Con plena equiparación de las armas procesales²⁴ para proteger sus intereses en el patrimonio común.

(22) En contra Ortells Ramos, Manuel, quien en su manual Derecho Procesal Civil, edit. Aranzadi 2002, pág. 761, incluirá al «cónyuge no deudor(en el sentido de que él no ha realizado el negocio, acto o hecho constitutivo de la deuda, y, por tanto, no es necesario que haya debido ser demandado, ni condenado)» como uno de los supuestos de extensión de la legitimación pasiva en el proceso de ejecución, al amparo del art. 538.2.2.º IECiv, calificando la responsabilidad de aquél como «responsabilidad de origen legal (art. 541.2 LECiv y arts 1362, 1365, 1366, 1368-1370 CC)», siquiera considere que «los hechos necesarios habrán de alegarse y acreditarse por documentos acompañados a la demanda ejecutiva y serán enjuiciados en el auto de despacho de ejecución».

En mi opinión esto no es así. Más allá del acreditamiento, aunque sea indiciario, del hecho del matrimonio (lo que tratándose de inmuebles resultará normalmente del Registro de la Propiedad), la postura del legislador es la contraria: permite el embargo y traslada al no deudor la carga de reaccionar. Estructuralmente la norma no se comprendería en caso contrario; no es sólo que traslade al no deudor la carga de reaccionar si no que, en caso contrario, resultaría imposible deslindar los derechos del cónyuge deudor en ese patrimonio conyugal común y, por tanto, resultaría también imposible que dirigiese la ejecución contra el valor de su deudor en el patrimonio común. Sólo los cónyuges puede deslindar los derechos de cada uno en ese patrimonio.

(23) Tal posibilidad de oposición no será factible allí cuando el no deudor haya sido llamado al proceso declarativo a los efectos de dilucidar la responsabilidad del consorcio por la deuda asumida por uno sólo de los cónyuges. Aunque no se hubiera opuesto, dada la intensificación del principio de preclusión contenida en la nueva LEC. En rigor la sentencia, el título ejecutivo, deberá contener pronunciamiento sobre dicha pretensión. Por tanto con el efecto de cosa juzgada.

(24) A propósito de la diferencia contenida en la norma genérica, el art. 538 LEC, en sus apartados 2.3.º y 3, Fernández Ballesteros, Miguel Angel, en Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, obra colectiva editada por Lex Nova, pág. 2599 considerará que «lo cierto es que tanto en este art. 538.2 3.º, como en el art. 538 (sic) se puede afrontar de dos formas diversas un mismo problema: cuál debe ser es status (sic) procesal de quienes «no son deudores» (y por tanto no deben ser ejecutados) pero si son titulares de bienes o derechos que «responden», en todo o en parte, de una deuda de otra persona y, en esa medida, tampoco son terceros»; añadiendo a continuación, y en lo que ahora nos interesa que «la diferencia sería más bien doctrinal si no fuera por esta circunstancia: quien es parte dispone de ciertos medios de defensa intraprocesales; quien es tercero no (aunque disponga de otros medios de protección). **De ahí que la solución del art. 538 2 3.º, sea, en rigor, igual a la del 538 3. El art. 538 2 3.º constituye al tercero propietario en parte (y, en cuanto parte, dispone de los mecanismos de defensa de quien es parte) pero restringe drásticamente la ejecución al bien o bienes especialmente afectados. El art. 538 3. no convierte al tercero propietario en parte, pero expresamente le concede la facultad de utilizar los medios de defensa que corresponden a las personas frente a las que se ha despachado ejecución**

La nueva regulación puede plantear el problema de que al permitir la oposición fundada «en las mismas causas que correspondan al ejecutado» y no haber exigido que la demanda ejecutiva se dirija necesariamente y desde el principio contra el no deudor, provoque una duplicidad, sucesiva, de oposiciones a la ejecución, donde o que plantee el no deudor ya esté resuelto por haberlo opuesto antes el deudor.

Se resuelve, desde luego, el mayor de los problemas existentes bajo de la vigencia de la LEC de 1881, a saber la imposibilidad de destruir en ejecución de sentencia la apariencia de privatividad que se derivaba del hecho de que en el título ejecutivo, la sentencia o el título extrajudicial, apareciera como deudor sólo uno de los cónyuges. Que ahora, de esta manera, sí será posible.

Solventada en ejecución si tal deuda es o no consorcial, el régimen se engarza con la regulación contenida en el art. 1373 del Código Civil y con el art. 43 de la LREMVA, así como con la contenida en el apartado tres del art. 541 LEC. Si la conclusión obtenida en ese contradictorio es que la deuda es privativa. Pues si la conclusión es que es consorcial, o el no deudor no ha reaccionado ante la notificación del embargo o de la demanda ejecutiva, el art. 37 LRMVA autorizará una agresión al patrimonio consorcial ilimitada (o sólo afectada por la limitación procesal genérica derivada del principio de suficiencia) para la satisfacción del crédito del acreedor ejecutante.

Mas si el cónyuge no deudor reacciona, el legislador da un giro copernicano en cuanto a la distribución de la carga, no de accionar, pues ya se ha iniciado el contradictorio, sino de probar: «corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales».

La presunción opera en el ámbito de un proceso ya abierto (distinto por tanto al ámbito en el que opera la distribución de la carga de accionar) y con él se restaura la presunción de privatividad que rige en el orden sustantivo, aunque con admisión de prueba en contrario.

La cuestión está tratada como distribución de la carga de la prueba, aunque esta regla general colisionará con toda probabilidad con otra hoy de gran pujanza: las reglas distributivas de la carga de la prueba se construyen en base a los hechos alegados (art. 217.2 LEC) y en muchos casos se conciliará mal con la importante regla, en esta materia, de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.6 LEC)²⁵, pues el destino del crédito que se recoja en el título ejecutivo es algo que normalmente sólo se conocerá desde el ámbito interno del matrimonio. Habrá que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso y a lo específicamente alegado por las partes para dar preferencia a uno u otro criterio.

(esto es: los medios de defensa que corresponden a quien es parte)». Consideraciones que son extrapolables a la posición del (aparentemente) no deudor en el art. 541 LEC.

(25) Sobre el alcance del principio de disponibilidad probatoria es obligatoria la lectura de la sentencia del T.C. 7/1994, de 17 de enero (ponente Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer). Sentencia que, en mi opinión, tuvo una enorme influencia en la práctica de los Tribunales e impulsó decididamente la aplicación de ese principio que ya había sido anticipado por la jurisprudencia.

3. El incidente de privatividad o consorcialidad pasiva: un extraño en el proceso de ejecución

a) Sus consecuencias procesales

El art.º 541 LEC constituye, en cierta medida y en términos procesales, algo anómalo. Lo que por su naturaleza debería estar solventado en un declarativo, ahora, incidentalmente, se solventará en el proceso de ejecución. No es una mera especialidad a la que se refiera el art.º 248.1 L.E.C. para excluir el declarativo sino una excepcionalidad. No es un procedimiento declarativo especial, sino un contradictorio introducido en el proceso de ejecución. La regulación se contendrá en el Libro Tercero de la L.E.C., el relativo a la ejecución forzosa: no en el Libro Segundo, relativo a los procesos declarativos ni en el Libro Cuarto referido a los procesos especiales.

Este contencioso se vestirá por el legislador con los ropajes de una mera causa de oposición en el proceso de ejecución. Pero, a mi entender, no es parangonable a las mismas. Desde su eficacia obstativa a la ejecución, sólo relativa, hasta el carácter con el que se resuelve, más propio de un plenario. Aun prosperando la causa de oposición, el título ejecutivo y aun la procedencia del mismo despacho de ejecución quedarán intactos (a salvo que en éste último se acordara el embargo de los bienes comunes: art. 553.1.4.º LEC; y sólo sobre este particular). La oposición de la privatividad de la deuda será eficaz en un ámbito diferente, en relación a la concreción del patrimonio o de las masas patrimoniales que en definitiva han de responder de esa deuda, a la, en definitiva, delimitación de la solvencia del deudor, pero no al derecho de crédito que se recoge en el título ejecutivo. Aun prosperando la excepción el título ejecutivo quedará completamente indemne. Su naturaleza, o por lo menos su eficacia, se aproxima más a la defensa que resulta del planteamiento de una tercería de dominio. Hay en este incidente, creo, declaración definitiva de derechos.

Este incidente de consorcialidad de la deuda (o visto desde la perspectiva del no deudor, de privatividad de la deuda) plantea algunos importantes interrogantes de orden procesal. Algunos directos, como lo será la delimitación de su ámbito de aplicación en relación a los diversos estados en los que puede encontrarse el régimen económico del matrimonio, bien constante el mismo, bien disuelto y no liquidado o ya en fin disuelto y liquidado, pese a lo cual se mantiene la afección del que fuera patrimonio consorcial a la satisfacción de las que fueran deudas comunes. Al estudiar cada una de estas situaciones abordaré la cuestión de manera específica para cada una de ellas. Pero también ese incidente de privatividad va a provocar unos efectos, tangenciales, pero muy relevantes en el orden procesal.

En efecto esa excepcionalidad va provocar, no se si meditadamente, toda una serie de consecuencias procesales que podrán calificarse de indirectas, pues no es lo que el legislador creo que haya buscado intencionadamente.

3.1. *La dispersión del conocimiento de este incidente entre los distintos órdenes jurisdiccionales*

Así se producirá como primer efecto una ruptura del principio de atribución jurisdiccional exclusiva que como un verdadero logro se quiso instaurar en el art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁶.

(26) Aunque la tendencia del legislador, por unas u otras razones, se encamine en sentido contrario a ese principio. Acuciados por el grave problema de violencia doméstica y en la búsqueda de un tratamiento integral y unitario a dicho problema, que los Juzgados de Instrucción conozcan y diluciden medidas civiles sobre

Pues siendo como es un cuestión civil atribuida en exclusiva a esta jurisdicción, la inserción de este concreto contradictorio sobre la consorcialidad de una deuda en el proceso de ejecución provocará que funcionalmente quienes hayan de conocer del mismo sean o puedan ser otros órdenes jurisdicciones, señaladamente la jurisdicción social (apartados 1 y 2 del art. 235 T.R. de la Ley de Procedimiento Laboral) y la penal (arts. 985 y ss. de la L.E. Criminal), las que, al ejecutar las resoluciones judiciales en ellas dictadas, pueden verse abocadas a embargar bienes consorciales, lo que puede conllevar una defensa del no deudor oponiendo la excepción de privatividad de la deuda contemplada en el art. 541.2 LEC, con el consiguiente peligro de dispersión de soluciones jurisdiccionales.

Así, la posición del consorcio en sede de responsabilidad civil de ilícitos penales se solventará en el proceso penal, a salvo que se haga reserva de las acciones civiles.

También es predicable en supuestos de comiso de bienes comunes, ex-art.º 127 C.Penal, en cuanto hayan sido utilizados para la comisión de delitos. A este supuesto se enfrentará la sentencia del Tribunal Constitucional 151/2002, de 15 de julio, en la que desestimando al amparo²⁷ razonará que «...una cosa es que, en virtud del principio de personalidad de la pena o sanción establecido en el art. 25 CE ..., no se pueda imponer una sanción a quien no aparece como responsable de la misma, y otra muy distinta que, como aquí ha sucedido, no se pueda decretar la intervención judicial de un bien ganancial por el hecho de que sobre el mismo ostente el cónyuge no responsable del delito una cuota ideal liquidable mediante la ejecución del bien». Ello bien entendido que también en este supuesto el cónyuge no condenado puede defender sus derechos en el bien decomisado: «...la recurrente aún podía, como de hecho hizo después (...), poner de relieve su titularidad ante el órgano judicial para limitar la ejecución a la cuota de su cónyuge, evitando así cualquier efecto reflejo de la condena penal sobre su propio patrimonio»²⁸.

las crisis matrimoniales. Otro ejemplo lo encontraremos en los Juzgados de lo Mercantil, que habrán de conocer de importantes aspectos laborales con ocasión de las crisis de empresa.

(27) La sentencia ha sido criticada por Ruiz Moreno, José María, en *Tribunales de Justicia* / julio 2003, pág. 47 y ss.

Afirmará este autor que si bien «...la actora en amparo llegó a prestar declaración en calidad de imputada, la posterior acusación se formuló exclusivamente contra su marido con lo cual desde ese instante al excluirse *de iure* su participación en el proceso, toda actuación orientada al comiso de elementos de su propiedad se disponía sin previa acusación, sin sometimiento al principio de contradicción y además, sin que fuese declarada en la sentencia su participación penal. Sin embargo toda persona directamente afectada por un comiso ordenado por resolución judicial, en cuanto al titular o propietario de los bienes decomisados, tiene derecho —aun cuando no haya intervenido como parte en el proceso de que se trate— a impugnar en la forma prevenida por las leyes de procedimiento la correspondiente resolución judicial como única forma de salvaguardar las exigencias inherentes a la interdicción de la indefensión proclamada en el art. 24.1 CE. Es más, no vemos inconveniente en que en un momento dado los terceros a los que se refiere *ex art.* 48 CP de 1973 (art. 127 del CP vigente) puedan intervenir en el proceso, nombrando letrado y procurador para la mejor defensa de sus intereses así como intervenir en las diligencias acordadas al respecto (*vid.* En ese sentido de la STS (Sala segunda) de 20 de enero de 1997)».

Advertirá por último este autor, en consideración a la que me sumo, que «el carácter de ganancial del bien objeto del comiso, del que igualmente se hace eco en la resolución del TC, no obsta la anterior argumentación al tratarse de una medida sancionadora de carácter punitivo que se dirige *ad personam*, y como tal, asociada a la responsabilidad del autor de un hecho punible, y no mera medida reparatoria acordada en un procedimiento civil en donde le sea de aplicación la normativa civil (en particular el art. 1373 CC)».

(28) Más respetuosas con los derechos del cónyuge no responsable penalmente en relación a sus derechos en los bienes objeto de comiso serían las sentencias TC 92/1997, de 8 de mayo y 123/1995, de 18 de julio. En la primera de ellas se reconocerá la indefensión causada a la esposa argumentándose que «...de la configuración del comiso como una sanción penal accesoria, en el ordenamiento penal citado, se derivaba, debido a las exigencias del principio de culpabilidad, entre otras consecuencias, la de que **sólo podría imponerse al sujeto responsable del ilícito penal y, por ello, exclusivamente respecto a los instrumentos de su propiedad**. En modo alguno, como precisaban los preceptos transcritos, podrían ser decomisados los instrumentos del delito que, aun habiendo sido utilizados para la comisión del mismo, pertenecieran a un tercero no responsable de la infracción

3.2. La pérdida del recurso de casación

La inserción del incidente consorcial en la fase de ejecución traerá otra consecuencia francamente poco deseable.

En efecto, el art. 477.2 LEC delimita las resoluciones que exclusivamente serán susceptibles de recurso de casación: «las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales».

Si tenemos en cuenta que al insertarse el conocimiento de este conflicto sobre la consorcialidad de la deuda en el proceso de ejecución, como un motivo más (y específico) de oposición, la consecuencia de ello es que tal contencioso se resolverá por medio de auto conforme ordena el art. 561.1 LEC.

El Tribunal Supremo, además de realizar una interpretación muy restrictiva de los motivos de casación, en base a sus conocidos acuerdos de Sala de 12 de diciembre de 2000, cuya legalidad ha sido cuestionada por la doctrina procesalista, ha sido tajante también, aquí con mejor fundamento, en considerar excluido de la casación toda la conflictividad jurídica que se plantee en sede de ejecución. Así el auto del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2001 (RAJ 6582) afirmará que

«es criterio de esta Sala, adoptado por unanimidad de sus Magistrados en Junta celebrada el 12 de diciembre de 2000, que únicamente son susceptibles de recurso de casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 LECiv), lo que excluye el recurso cuando la resolución dictada sea un auto o cuando debió adoptarse esa forma, en función de la recaída en la primera instancia (art. 4561 LECiv)...»

Y en el auto de 18 de septiembre de 2001 (RAJ 9280) en el que se razonará que

«se pretende el acceso al recurso de casación contra un Auto recaído en grado de apelación, lo que no es posible, al estar limitado aquel recurso a las **Sentencias dictadas en segunda instancia**, lo que de entrada elimina las Sentencias de apelación, cuando la impugnada no puesto fin a una primera instancia, tras la tramitación ordinaria del proceso, y, en mayor medida, exceptúa siempre a los Autos. En consecuencia fue correcta la denegación preparatoria porque, pese a las alegaciones de la parte recurrente, con arreglo al nuevo régimen legal implantado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, **no cabe recurso de casación contra los Autos definitivos ni, tampoco, contra los dictados en grado de apelación en ejecución de Sentencia.**»

Y esto no es sólo un perjuicio para los justiciables sino para la adecuada aplicación de todo el ordenamiento jurídico, en este caso el Derecho Civil Aragonés, pues se va a dificultar que exista una interpretación unificada de sus normas. Y acaso en una de las materias más relevantes y, desde luego, que más conflictos generan.

penal. Sin embargo, el proceso penal en cuestión —como hemos dicho— nunca se dirigió contra la esposa, frente a la cual no se ejerció acción penal alguna, no siendo siquiera llamada a declarar como testigo. De ahí la indefensión que alega haber padecido y que, a la vista de lo expuesto, debe reconocerse en esta sede como violación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). **Al disponer la sentencia impugnada el comiso de los vehículos propiedad de la recurrente, le impuso, de facto, una pena sin previa acusación, sin sometimiento al principio de contradicción y, además, sin que quedara acreditada ni fuera declarada en la sentencia su participación penal en los hechos enjuiciados, presupuesto necesario, según la legislación penal entonces vigente, para el comiso de los instrumentos del delito.**»

Un ejemplo de la importancia que puede tener la falta de uniformidad en la aplicación de las normas sobre la consorcialidad pasiva, y que va a suponer el no acceder al recurso de casación, lo constituye la discrepancia existente en la Audiencia Provincial de Zaragoza sobre la responsabilidad del consorcio en relación a la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, basada tal responsabilidad en la omisión, por parte de los mismos, de las actuaciones necesarias para promover la disolución de la sociedad en determinados supuestos en los que imperativamente el legislador quiere que se disuelva y liquide la sociedad (la prevenida en el art. 262-5 en relación con el apartado 1 del mismo precepto, del R.D.leg. 1564/1989 de 22 de diciembre, en el que se aprueba el T.R. de la Ley de Sociedades Anónimas, y art. 105-5 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada). Acción de responsabilidad, que por la extraordinaria dureza de su régimen jurídico, ha sido objeto de una utilización verdaderamente masiva por parte de los profesionales.

Es conocido el debate sobre la naturaleza de esta especial responsabilidad. Para unos se trata de un supuesto específico de responsabilidad por daños²⁹, en el que no hay más especialidad que estar la acción culposa tipificada legalmente y en la que el daño y la relación de causalidad se presume, admitiéndose prueba en contrario. Para otros no se trata de un supuesto de responsabilidad civil sino de una modalidad de pena o sanción civil, en la que el legislador prescinde de toda idea de daño y, sobre todo, de toda relación de causalidad entre la conducta, en este caso omisiva, de los administradores, y el perjuicio de los acreedores³⁰. Este es el criterio seguido por la mayoría de las Audiencias Provinciales y el que definitivamente ha seguido el Tribunal Supremo (sentencias del TS de 15 de julio de 1997, 20 de julio y 26 de octubre de 2001).

Pues bien en relación a esta responsabilidad la sentencia de la Sección 5.ª de la A.P de Zaragoza de 27 de octubre de 1999³¹ en la que se plantea el problema de

«...si la obligación impuesta al marido en su condición de administrador de la sociedad limitada por incumplimiento de las obligaciones señaladas en los artículos 104 c) y e) y 105.1 y 4 de la correspondiente Ley, por virtud de la cual satisfacer una deuda contraída con tercero por el suministro de unas mercancías, debe alcanzar también a la esposa y obliga por ello a los bienes .gananciales o consorciales», razonando que «en un principio la solución debería ser afirmativa en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.362,4.ª y 1.365,2.º del Código Civil y 42,1 de la anterior Compilación, con relación a lo dispuesto en los artículos 6.º y siguientes del Código de Comercio para el supuesto de comercio por persona casada, sin que quepa duda de que el desempeño de aquel cargo social deba comprenderse en aquel concepto de explotación regular de sus negocios, o en todo caso en el de ejercicio de su profesión, que se aluden en el invocado artículo 32, conforme a cuyo precepto quedarán obligados los bienes comunes por las deudas contraídas en relación a terceros de buena». Para concluir que «esta deuda puede hacerse extensible a su administrador sólo por el ejercicio de una acción que nace de la Ley —artículos antes citados— en evitación de los perjuicios que puedan causarse a los terce-

(29) Cerdá Albero, Fernando, *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 130. Destacará el autor el carácter nominalista u ornamental del concepto de sanción civil. En definitiva de la inespecificidad del régimen jurídico de esa denominación.

(30) Parra Lucán, M.ª Angeles, en la obra colectiva «Tratado de responsabilidad civil», coordinada por Fernando Reglero Campos, edit. Aranzadi, págs.1327 y ss y la doctrina por ella citada.

(31) Aunque por error material está datada en 1997: se trata de la sentencia n.º 802 del año 1999.

ros acreedores por aquéllas sociedades que bajo esta apariencia hayan quedado descapitalizados y no puedan ya cumplir el fin para el que fueron creadas, sin haberse adoptado el correspondiente acuerdo resolutorio. Aplicando la anterior doctrina, quiere decirse que la actuación del administrador demandado queda en estos casos claramente fuera del ámbito de su gestión propia del ejercicio de su profesión, y por tanto su especial responsabilidad surgida en el ejercicio de esa acción “ex lege” no tiene virtualidad para obligar los bienes de la sociedad conyugal».

El consorcio no soportará esta responsabilidad como no soportaría del importe de una multa impuesta a uno de los cónyuges.

Sin embargo el auto de la Sección Cuarta de la A.P. de Zaragoza de 26 de septiembre de 2003, aun reconociendo la naturaleza sancionadora de esta responsabilidad, defenderá la solución contraria, afirmando que

«...el que la previsión legal contenida en el citado artículo 262.5 de la L.S.A., así como en el art. 105. de la L.S.R.L., sea considerada una especie de sanción civil (o, si se prefiere, una responsabilidad-garantía legal, como señala algún sector de la doctrina científica), en nada empece a la consideración de dicha responsabilidad pecuniaria como deuda común de la sociedad consorcial, por cuanto que no es otra cosa que una obligación vinculada legalmente a la exigencia del desempeño del cargo de todo administrador social con la diligencia de un ordenado empresario, cuyo incumplimiento lleva aparejado la responsabilidad».

Sin entrar a profundizar sobre esta problemática, cuya solución creo razonablemente discutible, la misma ha de servir de ejemplo de las nocivas consecuencias que va a tener la opción del legislador por introducir este contradictorio en el seno del proceso de jurisdicción. Nos vamos a quedar sin el criterio uniformador del Tribunal Superior de Justicia³².

3.3. la naturaleza del embargo que justifica el trámite del art. 541 L.E.C.

El art. 541 L.E.C. diseña el procedimiento para oponer la excepción de privatividad de la deuda y, de prosperar la misma, defender los derechos en el consorcio del cónyuge no deudor.

El legislador está pensando desde luego en el embargo ejecutivo. Pero podríamos preguntarnos si cabe iniciar todo este complejo mecanismo cuando se trate de un mero embargo preventivo.

Abundaría en esta consideración el que, al menos en relación a la defensa de los derechos propios del cónyuge no deudor, la jurisprudencia había equiparado el mecanismo ex

(32) La sentencia de la Sala de lo Civil del TSJ Aragón de 7 de julio de 2003 considerará responsabilidad del consorcio la «subsidiaria por las deudas tributarias de la sociedad mercantil, de la que el codemandado Sr. ...era socio mayoritario y administrador único, aunque provenga de una falta de la debida diligencia en la actuación del administrador, no excluye la responsabilidad, pues forma parte el ámbito de gestión propia de la explotación regular de los negocios o del ejercicio de la actividad profesional»

Siquiera considere que la responsabilidad no alcanza a las sanciones: «en cuanto a las sanciones impuestas a la sociedad anónima, que integraban, junto con el principal e intereses, el total de la deuda reclamada, ciertamente no deben ser incluidas en dicho concepto, y por ello su importe no daría lugar a la responsabilidad directa de los bienes comunes conforme al art. 42 de repetida cita, sino que constituían deudas privativas que gravan los bienes cónyuge deudor».

art. 1373 C. Civil a la tercería de dominio, de la que era un «remedio sustitutorio» (sentencia 29 de abril de 1994). Y que las tercerías de dominio, en la L.E.C. 2000, expresamente han sido admitidas ante embargos preventivos (art. 729 LEC), pese a la absoluta provisionalidad que impregna todo el proceso cautelar (art. 726.2 LEC).

Mas la aplicación analógica es discutible, pues no se trata de supuestos parangonables³³. Es comprensible que por muy provisional que sea la justicia cautelar, al verdadero titular del bien se le atribuyan mecanismos para reaccionar frente a una afección que por muy provisional que sea le puede estar perjudicando gravemente. Pero no se ve que ese mismo perjuicio sea equiparable al supuesto que ahora examinamos, y que va a tener la trascendencia, normalmente, de disolver el consorcio.

En primer lugar hay que tramitar todo el contradictorio del art. 541.2 LEC, que puede luego resultar inútil si la apariencia de buen derecho que se apreció en el proceso cautelar (art. 728.2 LEC), luego no es confirmado en el proceso definitivo. Razones de economía procesal harían ya razonable que el incidente sólo se tramitara ante un embargo ejecutivo.

Pero hay un peligro todavía mayor y es que puede darse el caso hipotético de que sólo tras la tramitación del declarativo queden determinadas las características y condiciones de la deuda, las que pueden ser condicionantes de la responsabilidad del consorcio, por lo que la tramitación apresurada o anticipada del incidente de consorcialidad de la deuda puede propiciar un resultado erróneo o equivocado al asentarse en presupuestos que no sean los definitivamente fijados en el proceso definitivo.

En la medida en que cabe una acumulación de acciones en la demanda (aun contradictorias entre sí, siempre que sea eventualmente: art. 71.4 LEC), podrán tener las mismas un resultado dispar, con la seciente e hipotéticamente diferenciada influencia en la responsabilidad del consorcio.

Así por ejemplo si se acumulan la acción individual de responsabilidad de los administradores y la antes citada responsabilidad-sanción del art. 262.5 LSA, con medida cautelar de embargo preventivo, la tramitación del incidente a partir de este último podría dar lugar a una respuesta jurisdiccional errónea si luego en la sentencia del proceso definitivo se admite una de las acciones y no la otra. Lo que puede tener una relevancia absoluta para decidir si de la condena que recoja la sentencia ha de responder o no el consorcio. Ello para quien admita la no responsabilidad de éste último en aquélla responsabilidad-sanción. Pero sirva como ejemplo de que resulta evidente que la tramitación del incidente resultaría precipitada y podría conducir a un resultado erróneo.

En la misma línea contraria a la posibilidad de admitir el incidente de consorcialidad de la deuda del art. 541.2 LEC ante un embargo preventivo habría que citar la regulación contenida en sede de ejecución definitiva (aunque, sin duda, aplicable a la ejecución provisional, verdadera ejecución) dentro de las disposiciones generales, regulándose aquél, en los apartados dos y tres, tras contemplar, como presupuesto, el despacho de ejecución, aunque sea con formulación negativa en su primer apartado para resaltar que el consorcio no tiene capacidad procesal, pero en la que implícitamente se dispone un despacho de ejecución con afección de bienes bienes consorciales, lo que explícitamente se concretará en su segundo apartado, al contemplar una «ejecución» seguida al inicio de los apartados dos y tres del mismo art. 541, al regularse en ellos una ejecución por deudas, bien contraídas por

(33) Sin pronunciarse específicamente, Gascón Inchausti, Fernando, ob. cit. pág. 62, citará a favor de la tramitación de la oposición en un embargo preventivo, la sentencia del TS de 12 de enero de 1999 (RAJ 35), aunque «como obiter dictum», así como la sentencia de la Sección 6.ª de la AP de Sevilla de 10 de marzo de 1993.

los cónyuges (apartado dos: en algunas medidas deudas sólo provisionalmente privativas) bien ya definitivamente privativas (apartado tres).

Es verdad que también es defendible que al cónyuge no deudor le puede resultar perjudicial el soportar, aunque sea provisionalmente, una afección sobre lo que constituyen también sus derechos en el patrimonio consorcial. Pero el perjuicio, aunque puede ser merecedor de una compensación, entiendo que no viabiliza ni el incidente consorcial ni la disolución del consorcio en defensa de los derechos del no deudor.

Cierto que a lo que aquí defiende se podría objetar que en el ámbito de la oposición del art. 541.2 LEC podrían estudiarse todos los títulos invocados por el actor. Pero la anticipación del incidente de consorcialidad me sigue pareciendo aventurado, y así no es sólo que la delimitación del objeto del proceso sea o tenga que ser, necesariamente un solo acto de la parte actora (la demanda), dado que cabe su ampliación después de presentar aquella (art. 401 LEC), además de las modalizaciones que el art. 426 LEC autoriza³⁴, sino que la oposición al embargo podría llegar a tramitarse aun incluso antes de la presentación de la demanda (art. 730.2 LEC), resultando algo más que verosímil que la sucesión de actos procesales y trámites desemboquen en un planteamiento de la oposición al embargo antes de que quede definitivamente fijado el objeto del proceso: en definitiva que la falta de correspondencia temporo-procesal entre la justicia cautelar y la definitiva podría generar resoluciones sobre la privatividad de la deuda precipitadas.

Desde luego sí que es pertinente el incidente con ocasión de la ejecución provisional, verdadera ejecución sin más especialidades que el estar sometida a condición (la de la confirmación de la sentencia) y en la que pueden verse definitivamente perdidos los derechos del no deudor.

Con todo la falta de una regulación específica sobre esta cuestión generará una indudable incertidumbre que hace difícil la posición del cónyuge no deudor dado el carácter preclusivo del plazo para plantear la excepción de privatividad de la deuda. Dada la ausencia de una regulación expresa, en el sentido de que el plazo de oposición se iniciara cuando se notificara al no deudor que el embargo preventivo se ha elevado a ejecutivo, razones de prudencia obligarán a plantear aquella oposición desde que se le notifique el embargo preventivo, siquiera entiendo que el Juzgado, por lo antes razonado, deberá suspender su tramitación hasta que el embargo sea ejecutivo. Es necesaria una regulación específica al respecto.

3.4. La notificación. Sus especialidades procesales

No se trata de una mera notificación del embargo, como acaecía en la regulación anterior, sino que se trata de una puesta en conocimiento de la existencia de un proceso de ejecución que, aunque iniciado sin dirigirse contra él por no aparecer como deudor en el título ejecutivo, sin embargo va a ser necesaria su llamada al proceso para que pueda defender, no sólo sus derechos en el patrimonio consorcial (para lo que, a tal fin, se instaura un procedimiento específico en el apartado tercero del mismo precepto), sino el hecho mismo de la responsabilidad del patrimonio consorcial. De no prosperar la excepción de privatividad de la deuda que se regula en el apartado 2 del art. 541 LEC, la responsabilidad del consorcio es ilimitada.

(34) Ortells Ramos, Manuel, «preclusión de alegaciones y peticiones en la primera instancia», en «Los procesos declarativos», Cuadernos de Derecho judicial, 2000, editados por el Consejo General del Poder Judicial.

La excepción de privatividad de la deuda se encamina a lograr salvar los derechos del no deudor, pues lo que nunca podrá evitar es que, aunque prospere aquélla, el acreedor no pueda dirigir su acción ejecutiva contra los derechos que en el consorcio tenga el deudor.

Esta notificación presenta algunas peculiaridades, ya que se va a realizar a persona que es de presumir resida en el mismo domicilio del deudor, con el que en este caso concreto puede tener un interés contrapuesto. Anteriormente³⁵ defendí que «la diligencia de notificación al cónyuge no deudor es especialmente delicada y se debe procurar conseguir que la misma sea personal, logrando certeza de que le llega realmente la noticia del embargo de un bien consorcial. Pero, si bien hay que procurar que tal notificación sea personal, no se puede llegar hasta el extremo de exigir que sea así, pues en ocasiones puede ser de una gran extrema dificultad y supondría imponer al acreedor un obstáculo insalvable.

Sin embargo la notificación por cédula en la forma que previene el art. 218 L.E.Civil debe ser objeto de especiales cautelas, y así, puesto que se pretende un conocimiento diferenciado por parte de cada uno de los cónyuges, dentro del concepto de pariente que se previene en dicho precepto como persona a la que en primer lugar hay que entregar la cédula habrá que considerar especialmente improcedente practicar tal diligencia precisamente con el cónyuge deudor».

El Tribunal Supremo se ha llegado a enfrentar a esta peculiaridad, existiendo al respecto pronunciamientos contradictorios.

Así en la sentencia de 22 de diciembre de 1995 (RAJ 9432) se contempla un supuesto de juicio ejecutivo seguido contra el marido, siendo notificado el embargo a la mujer mediante diligencia que se entendió precisamente con el marido deudor. En la sentencia se expondría la situación en estos términos:

«... por el motivo primero, con residencia procesal en el ordinal cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la hoy vigente), se denuncia error en la apreciación de la prueba, que la recurrente parece hacer consistir en que la sentencia recurrida ha considerado que se practicó correctamente la referida notificación, cuando a ella, viene a decir, no se le ha hecho notificación alguna, pues se hallaba separada de hecho de su marido y tenía su domicilio en Sevilla».

Y frente a esa situación el Tribunal razonará y concluirá que:

«...la notificación del embargo del referido apartamento-bungalow, practicado en dicho juicio ejecutivo, y de la sentencia recaída en el mismo, fue practicada en el aludido domicilio conyugal y, al no hallarse en el mismo doña Ana V. G., se extendió la diligencia correspondiente con su esposo don Pedro P. A., quien, al ser instruido de sus obligaciones como receptor de dicha notificación para su esposa, no hizo manifestación alguna en el sentido de que ésta tuviera un domicilio distinto, ni de que se hallaran separados de hecho, sino que manifestó quedar enterado y firmó, por lo que dicha notificación, como con acierto ha entendido la sentencia recurrida, fue practicada correctamente, conforme a lo establecido en el artículo 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

(35) En mi trabajo «la responsabilidad del patrimonio común por deudas (aparentemente) privativas. La posición y derechos del cónyuge no deudor», en Revista de Derecho Civil Aragonés, n.º 1, 1995, págs. 19 y 20.

Quizá influyó en la solución que otorgó el Tribunal al recurso de casación la circunstancia de que no se hubiera probado, en el caso concreto, la separación de hecho que se había defendido durante el proceso, considerando que se debe presumir la convivencia de los esposos. Pero la doctrina no me parece correcta, pues aun constante la convivencia el conflicto de intereses es patente y precisamente tal conflicto constituye la razón de ser de la notificación al cónyuge no deudor.

Solución contraria se alcanza en la posterior sentencia de 17 de julio de 1997, en la que se afrontaría el siguiente supuesto de hecho:

«...en la instancia resultó acreditado el carácter ganancial de los bienes embargados en el juicio ejecutivo, en cambio, no constó probado que la esposa-actora conociera todos los hechos en que se fundó el procedimiento de tercería, lo cual plantea el problema del alcance y significación que debe concederse a la diligencia de requerimiento y embargo que en el ejecutivo se llevó a cabo en la persona del marido-ejecutado, en cuanto que la misma es del siguiente tenor: “A instancia del portador en este acto, se pregunta por la esposa del deudor doña Filomena M. R., manifestándose por el demandado que no se encuentra presente, por lo que se le notifica el embargo causado y existencia del procedimiento, con entrega de copias simples para que las haga llegar a poder de la misma a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, lo que ofrece cumplir siendo enterado de las obligaciones que en ello contrae”».

El Tribunal razonará sobre la corrección formal de la diligencia procesal:

«...la lectura de la referida diligencia evidencia que se practicó con arreglo a las prescripciones legales y con observancia de los preceptos rituarios 261, 262, 266 y 268 en orden a las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos, es decir, que formalmente la diligencia fue válida...»

Pero pese a ello no la considerará suficiente para asegurar la efectiva defensa del cónyuge no deudor, razonando a tal efecto que:

«...ello no es suficiente en punto al **material y efectivo conocimiento que debe tener el cónyuge de la parte ejecutada en un juicio ejecutivo respecto a los bienes comunes que resulten embargados, conocimiento que ha de quedar plenamente acreditado a fin de poder desvirtuar las reclamaciones posteriores efectuadas en un procedimiento de tercería, y la realidad y necesidad de ese conocer se infiere del texto de los artículos 1373 y 144 del Código Civil y Reglamento Hipotecario, respectivamente, pues, de lo contrario, se podía originar al cónyuge-demandado una auténtica situación de indefensión**, la que no desaparecería por la responsabilidad en que hubiera incurrido el cónyuge-demandado ante la falta de poner en conocimiento del otro el hecho del embargo.»

La aplicación de la mencionada doctrina debe llevar a la conclusión de que, aunque el art. 161-3 LEC 2000 se exprese en términos de admitir la comunicación mediante la entrega de la cédula «a cualquier... familiar», dentro del concepto de ese familiar debe entenderse excluido, en estos supuestos, por la contraposición de intereses, al cónyuge deudor.

No obstante lo razonado, la reciente sentencia de la Sala Primera del T.S. de 29 de julio de 2003 reconocerá validez a la notificación del embargo, entendida con el cónyuge deudor, con el argumento (invocando las sentencias de 13 Jul. 1995, de 28 de Abr. 1989 y de 25

Ene. 1990 —entre otras—), «que en el presente caso el marido que recibió los documentos judiciales con la obligación de entregárselo a su esposa —ahora parte recurrente— como emplazamiento de la misma, y estando constante el matrimonio obligados los cónyuges a vivir juntos e informase recíproca y periódicamente sobre cualquier situación económica; y también no habiendo opuesto el marido tacha alguna a tal encargo oficial, no puede hablarse de irregularidad alguna en la notificación y emplazamiento en cuestión».

El argumento me sigue pareciendo insuficiente y contrario a lo que el legislador ordena. De aceptarse esa línea argumentativa casi se podría prescindir de la notificación extraprocesal y ordenarse en el mismo proceso. Y hay que recordar la exquisitez con la que el Tribunal Constitucional viene exigiendo que las partes y en el órgano jurisdiccional desplieguen la diligencia necesaria para lograr que los interesados tengan conocimiento efectivo y real de las actuaciones judiciales en las que se estén ventilando sus derechos e intereses³⁶. Exigencias que suponen la necesidad de que el acto de comunicación se procure realizar en la propia persona del interesado, y sólo cuando ello no es posible puede ser constitucionalmente admisible que la diligencia se entienda con terceros. Estos criterios han tenido reflejo en el marco jurídico que proporciona la regulación de la nueva LEC del acto de comunicación que tenga por finalidad la puesta en conocimiento del demandado de la existencia del proceso en el que se van a dilucidar sus intereses. Regulación, que aun exteriorizada de una forma ciertamente alambicada (arts. 155.1 y 4, 158 y 161 LEC), impone la necesidad de que la misma se practique en la propia persona del demandado. Sólo cuando concurren especiales circunstancias (que hacen altamente verosímil o razonable que aun no entendida la diligencia con la propia persona del demandado llegará efectivamente la misma a su conocimiento: en atención a las vinculaciones del domicilio con el demandado —art. 161.3 LEC— y de la persona que reciba la cédula con este último) es admisible que la diligencia se entienda con un tercero (familiar mayor de 14 años o el conserje de la finca). Que la evidente contradicción de intereses concurrentes (es lo que justifica la exigencia legal una puesta en conocimiento diferenciada de la del otro cónyuge) perturba esas previsiones del legislador en orden a aceptar al cónyuge del deudor como receptor del acto de comunicación me parece algo evidente y que constitucionalmente difícilmente sería aceptable: no es cuestión de hacer que el receptor de la comunicación asuma las responsabilidades en las que hubiera incurrido al no trasladar diligentemente la cédula al propio interesado, lo que sería un mero remedio resarcitorio del daño causado, sino asegurar unas condiciones objetivas que garanticen el efectivo conocimiento del demandado. Algo en lo que el legislador ha puesto un especial empeño e interés.

4. La suspensión del apremio sobre bienes consorciales

En términos generales, la oposición a la ejecución provoca o no la suspensión según la naturaleza del título ejecutivo. No la provoca en la ejecución de títulos judiciales (art. 556.2 LEC, con excepción del auto ejecutivo de la Ley del automóvil) y sí en el de títulos extra-jurisdiccionales (art. 557.2 LEC).

Es evidente que, en relación a estos últimos, también provocará aquélla suspensión la oposición sobre la privatividad de la deuda. Mas, aunque no lo diga, debe concluirse que aun para la ejecución de títulos judiciales, la mencionada oposición provocará aquélla sus-

(36) La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia es extremadamente abundante. Puede encontrarse una acertada síntesis de la misma en la sentencia 199/2002, de 28 de octubre.

pensión. Solución que se infiere del apartado tres del art. 541 LEC, en la medida que, ambos trámites están vinculados funcionalmente: uno no se entiende ni se explica sin el otro. Y ordenándola para el trámite del apartado tercero debe entenderse extensivo al que no es más que su presupuesto.

B) Consecuencias sustantivas del régimen contenido en el art. 541 LEC

Los arts. 541.2 LEC y 43 LREMV ¿encubren una presunción legal de comunidad pasiva?

El art. 541.2 LEC es una norma paradigmática. Parte del presupuesto aparente, y así lo afirma, de que se trate de deudas contraídas por uno solo de los cónyuges, «pero de las que deba responder la sociedad de gananciales».

Estamos ante una norma instrumental, con la que se determina quien, en defensa de sus intereses, debe soportar la carga de accionar. Negado como les está a los particulares la facultad de autotutela, como medio necesario para el ejercicio de los derechos de los mismos, el ordenamiento jurídico se ve obligado a dictar reglas instrumentales con las que distribuir la carga de accionar. De manera que quien soporta la misma, de no reaccionar, puede ver desconocidos sus potenciales derechos. Es lo que hace en el art. 541.2 LEC, cuando impone al cónyuge que no aparece como deudor en el título ejecutivo la carga de reaccionar en defensa de sus derechos en el patrimonio común cuando se le notifica el embargo. Y a que lo haga «dentro del plazo ordinario» (10 días: art. 556.1 LEC).

Y aunque la norma no especifica las consecuencias de su pasividad, engarzada la misma con el régimen de oposición, la sanción a tal conducta será el ilimitado derecho del ejecutante a seguir el apremio contra todo el patrimonio consorcial.

Si esto es así, es innegable que aquí el legislador está introduciendo una regla de presunción de consorcialidad pasiva. Presunción limitada y condicionada con la que el legislador, creo que acertadamente, ha encontrado el equilibrio entre los intereses enfrentados en este conflicto, del acreedor y del cónyuge no deudor.

Limitada porque opera sólo en el proceso. *Condicionada* porque no es operativa de una manera directa, sino sometida a unos requisitos concurrentes: la notificación del embargo, el traslado de la demanda ejecutiva y del auto despachando ejecución. Además, y esencialmente, asociada a la respuesta del cónyuge no deudor (o mejor dicho a una falta de respuesta): sólo cuando no responde será propiamente operativa la presunción (aunque ya exista alguna manifestación previa con un concreto alcance procesal, en cuanto permite inicialmente el embargo de los bienes comunes). Aun para quienes no quieran aceptar el establecimiento de una presunción de comunidad pasiva, de otra forma se podría decir que aunque la norma procesal no introduzca tal presunción (quizás no sea esa la función de la norma procesal), la misma va a permitir que se opere (en el proceso) como si tal presunción de comunidad pasiva existiese.

No es en esta sede el único ejemplo demostrativo de la voluntad del legislador de buscar en este conflicto un equilibrio (procesal) de los intereses aquí enfrentados. La nueva legislación concursal, sin introducir tampoco una presunción de comunidad pasiva, se alejará significativamente de lo que en el orden procesal resultaría de la aplicación de la presunción contraria, que es quizá la que rige en el orden sustantivo. Y así, tras disponer en el apartado 1 del art. 77 de la Ley Concursal que «la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado», ordenará, en el siguiente apartado y en relación a los bienes comunes, su inclusión en el activo «cuando deban responder de las

obligaciones del concursado»³⁷. Lo que supone trasladar a la administración del concurso la valoración en cada caso de la responsabilidad que deba asumir el patrimonio común por las asumidas por el concursado. La mencionada Ley Concursal contendrá además otra llamativa sorpresa, al atribuir a los administradores del concurso un papel comprometido en el consorcio: la de sustituir al concursado (art. 40.2 LC) en las «facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, a las que correspondan al deudor en la sociedad o comunidad conyugal» (art. 40.6 L. Concursal). Quizá en reformas futuras, tanto el legislador aragonés como el estatal, deban replantearse las consecuencias que en el régimen económico del matrimonio pueda provocar la declaración de concurso de uno de los cónyuges³⁸, y si, para evitar tan compleja y delicada situación, puede ser conveniente que esa declaración constituya una causa de disolución de pleno derecho.

Si responde defensivamente el no deudor hay una cognición limitada en el proceso de ejecución encaminada a dilucidar si la deuda contraída por sólo uno de los cónyuges es o no deuda común.

La norma procesal no es una aplicación mimética de la sustantiva contenida en el art. 43 de la ley aragonesa, como no lo será del art. 1373 C. Civil, pues estas se refieren, como presupuesto, a deudas privativas, mientras que el art. 541.2 LEC se refiere, como presupuesto, a deudas contraídas unilateralmente por uno de los cónyuges. Que pueden ser tanto comunes como privativas. El ámbito del art. 541 LEC se superpone sobre el art. 43 de la Ley Aragonesa, pero no se identifica con el mismo.

Se podrá afirmar, pues así se trata, por su efectividad, de una presunción relativa³⁹ o de efectividad atenuada, pues sólo es operativa, como he indicado, en el proceso. Y que se inicia precisamente a través de un acto de comunicación procesal, la notificación del embargo, y abriendo con él la posibilidad de iniciar un contradictorio, con cognición por lo menos sobre la consorcialidad de la deuda. Es pues una presunción garantista (pues sólo es operativa en un proceso y con un suficiente marco de defensas), aunque tal garantismo no priva de efectividad a la presunción. Recuérdese que se autoriza directamente el embargo y que mientras se tramita el incidente de consorcialidad pasiva, aunque no lo diga expresamente la norma, se suspende el proceso de ejecución.

Con todo no deja de conllevar la pérdida de alguna garantía. En efecto la opción de trasladar la cognición de este conflicto al seno del proceso de ejecución, de insertarlo en el mismo, priva, como antes hemos explicado, de una importante garantía: la del recuso extraordinario de casación. Lo que no sólo es pérdida de una garantía procesal para los jus-

(37) Se aleja el legislador así de la previsión inicial que contenía el Proyecto (de julio de 2002). Disponía el apartado segundo del art. 76 «que si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirá además en la masa el derecho correspondiente al cónyuge concursado sobre el patrimonio común». Hubiera resultado clamoroso que, en sede de repercusión en el patrimonio común de las responsabilidades asumidas en el ejercicio del comercio por parte de uno de los cónyuges, el legislador se hubiera limitado, sin más, a permitir que la presunción de privatividad no mereciera la más mínima modalización en la determinación de la masa activa.

(38) El Proyecto contenía otra previsión en este sentido: «la declaración del concurso —terminaba de decir el apartado dos del art. 76— determinará su disolución —el de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes— tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el art. 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Tal previsión constituía una invasión por parte del legislador estatal en la competencia de la Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio. No estoy seguro de si con la regulación final de la Ley Concursal, con el mandato de aquélla sustitución del órgano de administración en la posición del concursado en el patrimonio común, no se haya terminado produciendo una, también efectiva, invasión de competencias.

(39) Guilarte Gutiérrez, Vicente, «el embargo de bienes gananciales tras la nueva LEC», en la obra colectiva *El Derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Lex Nova, 2001, pág. 54.

ticiales en el caso concreto, sino que priva de la posibilidad de existencia de los criterios homogéneos que resultaría de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores o del Tribunal Supremo.

Pero su operatividad es innegable, pues:

1. Admite el embargo directo y previo de los bienes consorciales, aun antes de la misma notificación, de la práctica del acto de comunicación.
2. Traslada al no deudor la carga de reaccionar, de modo que, de no hacerlo, y de forma preclusiva (art. 136 LEC), la ejecución se tramitará como si del crédito que se recoge en el título ejecutivo respondiera el consorcio, pudiéndose llevar el apremio ilimitadamente contra los bienes del consorcio.
3. El trámite del apartado dos del art. 541 LEC es previo y preceptivo al correspondiente a las deudas privativas contenido en el apartado tres, de manera que no se podrá acceder a éste último sin haberse opuesto en el plazo ordinario de oposición la excepción de privatividad de la deuda.
4. Se aparta aquí el art. 541 LEC de la regla general contenida en el art. 538.3 LEC, pues así como en este se exige un acto reflexivo del tribunal del que derive justificadamente la extensión de la ejecución de bienes cuyo titular no sea el sujeto pasivo designado nominalmente en el título ejecutivo, aquí sí parece evidente que se admite el embargo inicial, de modo que el juez estará excusado de hacer una valoración previa reflejada en una resolución en la que se admita motivadamente aquélla afección de bienes en la que concurren derechos de terceros.

Entiendo que el cónyuge no deudor que no reaccionara vería ya definitivamente desconocidos sus derechos, dado el carácter preclusivo del plazo (art. 136 LEC). Aunque está por desarrollar una interpretación jurisprudencial de las posibilidades de un declarativo posterior, (por una parte el art. 561.1 LEC, referido a título extrajudiciales, determina que la resolución de la oposición lo es «a los solos efectos de la oposición», mientras que el art. 564 LEC sólo parece viabilizar el declarativo posterior por hechos posteriores o motivos que no pudieron ser objeto de oposición en el proceso de ejecución), de las regulaciones sustantivas queda claro que la solución en sede de ejecución a esta cuestión de la consorcialidad de la deuda se entiende ya como definitiva, al menos en la relación externa. Desde ese momento la cuestión pasa a resolverse en el ámbito interno: imputación en la participación del cónyuge deudor (art. 42.2 LREM). Lo que es cosa distinta del efecto de cosa juzgada que pueda provocar el auto resolviendo la causa de oposición.

Piénsese que el mismo legislador aragonés parece haber tenido implícito que el contradictorio se agota en el proceso de ejecución, ya que asocia la extinción de algunos derechos, directamente, al resultado de la posición (de pasividad) que se adopte en el proceso de ejecución. Lo que será particularmente manifiesto en el derecho expectante de viudedad, como luego razonaré.

III. EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE BIENES COMUNES POR DEUDAS PRIVATIVAS

Los arts. 41, 42 y 43 de la Ley Aragonesa regulan el régimen jurídico de las deudas privativas.

El art. 41 las define, aunque sea por exclusión y con configuración negativa: «son privativas las deudas contraídas por un cónyuge cuando no sean de cargo del patrimonio común de acuerdo en el art. 36».

Y el art. 42 establece el régimen de responsabilidad ante deudas privativas, las delimita con razón al hecho de haberse contraído por un cónyuge y con referencia, también negativa, al art. 37 (no al art. 36).

1. La regla de la subsidiariedad. Su plasmación procesal

El precepto establece, siguiendo el antecedente del art. 46 de la Compilación, la subsidiariedad de la responsabilidad de los bienes comunes por las deudas privativas. Subsidiariedad referida al patrimonio privativo del deudor: la responsabilidad del consorcio lo es sólo «faltando o siendo insuficiente» el patrimonio privativo del deudor, dirá el art. 42.1 LREMV.

Esta regla de subsidiariedad no conlleva la necesidad de una constatación formal de la insolvencia del cónyuge deudor, pues no hay, en la ley procesal, en el proceso de ejecución civil, un acto formal de declaración de insolvencia. Bastará atender a la suficiencia de los bienes que resultará de la diligencia de embargo. Esa subsidiariedad debe plasmarse procesalmente a través del concepto de suficiencia (art. 584 LEC). Será todo lo impreciso que se quiera, e impreciso su tratamiento procesal (puede, pero no necesariamente, desembocar en una resolución judicial, o puede derivar de una mera actuación ejecutiva), pero tiene una enorme relevancia jurídica en el procedimiento de apremio. Suficiencia aquí predicable del patrimonio privativo.

El legislador sólo se ha visto necesitado de construir formalmente un acto procesal de declaración de insolvencia en aquéllos procesos en los que, la constatación formal de la misma, se erige en presupuesto que viabiliza efectos sustantivos de diverso orden. Sobre todo cuando hay efectos atinentes al interés público. El ejemplo más característico sería el del proceso laboral, en el que la insolvencia del empresario es presupuesto de acceso por el trabajador a las prestaciones de diversos organismos tuitivos propios del orden laboral, señaladamente el Fondo de Garantía Salarial. Lo que aquí tampoco sería el caso, pues un empresario, persona física e individual, al existir patrimonio consorcial, el mismo sería obstativo a su declaración de insolvencia. A lo más que ha llegado es a exigir el acreditamiento de la insolvencia (art.º 543.2 LEC), lo que no supone alejarse de concepto de suficiencia.

El principio de suficiencia será, desde una consideración procedimental, quizás bastante inaprensible, pero es un principio rector esencial en el proceso de apremio, que tiene además un alcance ambivalente y de garantía para ambas partes: el ejecutante no puede embargar más de lo necesario y suficiente para satisfacer su crédito, pero puede exigir que la afección alcance esa suficiencia. Y a la inversa el ejecutado no tiene que soportar una afección superior a lo necesario para la satisfacción del crédito. Y es a través y alrededor de esta suficiencia como va a ser operativo el principio de subsidiariedad del patrimonio común por deudas privativas. Vuelvo a reiterar⁴⁰ que el procedimiento de apremio está presuponiendo no ya la iliquidez del deudor, sino también cierta notoriedad en la insolvencia o insuficiencia del patrimonio del deudor, aun incluyendo el patrimonio consorcial. Por lo

(40) Ver mis consideraciones en nota 19.

que en la práctica la invocación al principio legal de subsidiariedad será, no ya residual, sino absolutamente anecdótico⁴¹.

2. La regla del respeto a los derechos del no deudor y su modalización

Siguiendo la tradición de nuestro Derecho Civil se impondrá imperativamente el respeto de los derechos del cónyuge no deudor: esa responsabilidad lo es «a salvo siempre el valor que en ellos corresponda al otro cónyuge», dirá el art. 42 LREMV.

Este principio queda modalizado o corregido, aunque sea limitadamente, en el siguiente precepto, en el artículo 43. Pues importando la solución procesal contenida en el art. 1373 C. Civil, traslada al cónyuge no deudor la carga de reaccionar frente a la ejecución de bienes comunes por deudas privativas. Dispone el apartado primero del mencionado precepto que cuando «el cónyuge del deudor quiera, en el procedimiento previsto por la LEC para la ejecución de bienes gananciales, hacer valer su derecho a que quede a salvo el valor que en el patrimonio común le corresponde, podrá pedir la liquidación...»

Esta solución no es que sea o no correcta. Es que es la única posible. Ningún órgano del Estado con la potestad coercitiva para ordenar un apremio puede deslindar los derechos de los cónyuges en su patrimonio conyugal. Nadie puede conocer las interioridades de ese patrimonio, ni deslindar la posición económica y valor que a cada uno de ella les pueda corresponder en el mismo. Sólo ellos, y señaladamente el no deudor pueden reaccionar para proteger su posición en el patrimonio consorcial.

El mencionado apartado tres regula los trámites a seguir para delimitar los derechos del cónyuge deudor en el patrimonio común. Como quiera que, conforme al art. 1911 Código Civil, el deudor responde con todos sus bienes de sus deudas, también ha de hacerlo con los derechos que le correspondan en el patrimonio común.

Dada la naturaleza de este patrimonio, antes analizada, la agresión por parte del acreedor ejecutante contra la participación de su deudor en el patrimonio común, sólo puede lograrse mediante su disolución y liquidación en el régimen de gananciales. Y en el aragonés, además de esa posibilidad, con la realización de una liquidación provisional.

Pero tal disolución y liquidación es potestativa, en el régimen del artículo 1373 del Código Civil y en el 43 de la LREMV para el no deudor, de manera que este último puede tolerar que el procedimiento de apremio, pese al carácter privativo de la deuda, alcance a todo el patrimonio común, también en relación a los derechos que corresponden al no deudor, sin que, por ello, tal actividad ejecutiva devenga ilícita. La imputación a cargo del deudor en la relación interna justifica que el legislador tolere que se realicen bienes o derechos que son de terceros sin responsabilidades. Forzado además el legislador por la imposibili-

(41) En mi experiencia profesional, y bajo la vigencia de la LEC 1881, ni he conocido ni he tenido noticia nunca de que el cónyuge no deudor haya comparecido en el procedimiento de apremio para hacer valer la existencia de patrimonio privativo del deudor suficiente para afrontar la deuda. La personación del no deudor estaba encaminada siempre a hacer valer sus derechos en el patrimonio consorcial. Inicialmente esa postura, la mayoría de las veces, asociada a la existencia de una crisis matrimonial. Y conforme se fue adquiriendo conciencia del alcance de la ausencia de una presunción de comunidad pasiva, para lograr un aprovechamiento procesal que se derivaba de dicha ausencia y forzar una liquidación en el proceso de ejecución, aunque la deuda asumida por uno sólo de los cónyuges y contenida en el título ejecutivo fuese carga del consorcio. A partir de la sentencia de 29 de abril de 1994, además, a espaldas del deudor y siempre adjudicando al no deudor los bienes inmuebles que habían sido embargados, conformándose en definitiva un régimen jurídico extremada e injustamente perjudicial para el acreedor.

dad de deslindar los derechos de no deudor sin la colaboración de éste, que es así necesaria. Esto explica una regla que podría en otro caso parecer verdaderamente excepcional.

3. La duplicidad de notificaciones

El art. 541.3 LEC, al que debe entenderse la remisión contenida en el art. 43 LREM, disciplina una presunción y un trámite confuso. En primer lugar porque será difícil entender que aquél presunción esté establecido al margen del procedimiento contenido en el anterior apartado, en el segundo. En el que como hemos indicado el silencio del deudor permite tratar la deuda como si fuese consorcial, mientras que el tercer apartado presupone una estimación de la excepción de privatividad en la oposición, ello es lo que desembocaría en el trámite liquidatorio, definitivo o provisional, que se regula en el art. 43.

Por eso si ya se ha vencido en ese incidente no se termina de comprender que se disponga la necesidad de una nueva notificación en el art. 541.3 LEC, que es lo que abriría formalmente el trámite liquidatorio. Con todo el mayor problema no es esa duplicidad de notificaciones, sino que ni la LEC ni la Ley aragonesa han disciplinado un plazo para que el no deudor haga valer el principio del respeto a su favor del valor que le corresponde en el patrimonio común⁴².

Podría defenderse que la regla de que ese valor deba respetarse siempre no sería incompatible con la determinación de un plazo procesal. Tendrá que respetarse siempre, pero en la forma y condiciones que marcara el proceso. Mas no existiendo esa limitación temporal en las leyes, me parece dudoso que pueda establecerse un plazo judicial, que chocaría con la norma sustantiva que ordena en todo tiempo, siempre, su respeto. Por tanto cabría defender que sería tempestiva tal defensa hasta que el procedimiento llegara a un estado, que por haber alcanzado perfección la realización de los bienes, resultara ya inviable el ejercicio del derecho del no deudor.

La consideración de que se trata de derechos de terceros hace difícilmente justificable el otorgamiento de un plazo judicial preclusivo de la defensa de aquélla, de modo que transcurrido el mismo vería el no deudor decaído el derecho a su defensa. La similitud con la tercería de dominio (acción sólo fenecida transmitido ya el bien en subasta a terceros: art. 596.2 LEC) hacen no muy justificable ese plazo preclusivo, al menos judicial. En ese sentido parece prudente la postura del legislador aragonés y no aconsejable que judicialmente se marque un plazo.

4. La opción que atribuye el derecho aragonés

Pero a diferencia del art. 1373 C. Civil, el legislador aragonés otorga al cónyuge no deudor una doble posibilidad, una opción. Pues no necesariamente la defensa de sus intereses en el patrimonio consorcial por deudas privativas del otro ha de conllevar la disolución y liquidación del consorcio, de la comunidad.

Frente a esta posibilidad, la singularidad del régimen aragonés consistirá en que el no deudor puede pretender una liquidación sin disolución. Liquidación por tanto puramente provisional, virtual, esencialmente contable, que no finalizará con la división del patrimonio, con la formación de lotes y su adjudicación por mitad (art. 85 LREM), sino con la mera determinación del porcentaje que corresponde a cada uno de los cónyuges sobre ese patri-

(42) Sí lo hacen la compilación del País Vasco —art. 102— y la Ley 85 de Navarra.

monio, porcentaje en definitiva que servirá para concretar el valor de cada una de los cónyuges en el consorcio.

Determinado el valor, la norma, el art. 43.1 es, en términos procesales, confusa. Dispone que «la ejecución proseguirá tan pronto se constate la existencia de bienes que sobrepasen el valor que ha de quedar a salvo, y sólo sobre aquellos bienes, alzándose en todo caso el embargo sobre los demás».

De ella hay que coger la idea de que hay que alzar el embargo de bienes en lo necesario para respetar el valor del no deudor. Acreditar el valor supondrá la necesidad no sólo de determinar el porcentaje que contablemente corresponda a cada uno de los cónyuges al tiempo del apremio, sino también la de valorar todo el activo del consorcio. Sólo así se sabrá cuando el apremio está invadiendo los derechos del no deudor, cuando no se está respetando su valor⁴³.

5. La disolución del consorcio: forma y trámites

El art.º 541.3 LEC mantiene el mismo esquema que el art.º 1.373 C. Civil, al que seguirá el art.º 43 de la Ley Aragonesa que citará expresamente aquel precepto procesal y que conlleva inexcusablemente, en sede de gananciales y optativamente para el régimen consorcial, la disolución y liquidación de esa comunidad.

El legislador afronta, en primer lugar, la forma en que se ha de realizar la disolución. Aunque es una opción personal del cónyuge no deudor (en términos de exigencia se expresará el art.º 1373 C. Civil) que no parece necesitar de pronunciamiento judicial, lo cierto es que el legislador aragonés se ha decantado por configurar esta causa de disolución, no como una causa de disolución de pleno derecho, en este caso por voluntad de uno sólo de los cónyuges, aunque sea justificada en el apremio soportado por el consorcio en razón a deudas privativas del otro cónyuge, sino que, repito, lo ha perfilado como una de las causas de disolución por decisión judicial, determinada en el art.º 63 de la Ley Aragonesa, y en concreto en su apartado e): «haber optado por la disolución del consorcio en caso de ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas del otro cónyuge, conforme a lo especialmente dispuesto en el apartado 2 del art. 43».

Lo que se solventa en el art.º 541.3 LEC con un procedimiento breve y sencillo, una mera audiencia de los cónyuges. No se cita al acreedor. Se solventa así la ardua problemática generada bajo la vigencia de la LEC 1881 a la que antes me he referido.

El art.º 541.3 LEC incurre aquí en un notorio error, pues la aprobación judicial, necesaria como se ha dicho conforme al art.º 63-e) LREMV para la disolución, la referencia, no a la mentada disolución, sino a la división. Es una afirmación absurda y así resulta en cuanto inmediatamente dispondrá que el juez ordenará que a continuación se lleve a cabo la liquidación conforme al procedimiento disciplinado en la misma Ley. Que acaba precisamente con la división. Es evidente que aquélla aprobación solo puede estar referida al presupuesto de la liquidación, esto es la disolución de la comunidad.

(43) Ni he visto nunca ni he tenido noticia de que se haya utilizado esta fórmula que ya se infería del art. 46 de la Compilación. Es predecible que los profesionales no fomentarán esta opción que, creo, aporta al cónyuge no deudor escasas ventajas. Periódicamente puede verse molestado por el acreedor para actualizar esa liquidación a fin de comprobar si el deudor ha superado su posición pasiva en el consorcio. Subjetivamente una crisis patrimonial de esta entidad tiene que provocar una evidente merma en la confianza, al menos patrimonial, entre los cónyuges, que presentarán como lógica la huída a regímenes económicos alejados de toda idea de comunidad.

6. La intervención de los acreedores en el proceso liquidatorio

El régimen de inoponibilidad que se instaura en el art. 12 LREMV hace que el acreedor no aparezca contemplado en los aspectos procedimentales de la liquidación y división (arts. 76 y ss LRMV), fuera de la delimitación de aquella inoponibilidad (art. 86 LREMV).

No se le reconoce legitimación para promover la división (art. 76 LREMV), siguiera aquí es relativamente irrelevante la cuestión en la medida en la que es el cónyuge no deudor el interesado en propiciar la misma para evitar la agresión de sus derechos en el consorcio. Y digo relativamente porque el efecto que provoca la defensa del no deudor de sus derechos, en el orden procesal, será la suspensión «entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes» (art. 541.3 LEC).

Podrían pues así los cónyuges dilatar esa liquidación, por lo que hay que reconocer al acreedor la facultad de instar y al juez la de ordenar, lo pertinente para hacer efectiva la liquidación. Los peligros para el acreedor son evidentes, dado que aparte de la inactividad de los cónyuges, estos pueden simular y crear contenciosos artificiales, con lo que al fin y a la postre, retrasar la satisfacción de los derechos del acreedor.

Una primera advertencia que hay que hacer es la relativa al alcance del procedimiento liquidatorio que como novedad se instaura en la LEC 2000, arts. 806 y ss. Y es que ese procedimiento es subsidiario. Sólo procede su tramitación «en defecto de acuerdo de los cónyuges» (art. 806 LEC). Lo que para nada se altera cuando se trate de una liquidación derivada de una crisis patrimonial como la que ahora examinamos, ni tendría sentido de que en tal supuesto los cónyuges se vieran privados de esa facultad, lo que se contempla implícito en la afirmación legal de que se practique «con arreglo a lo dispuesto en esta Ley» (art. 541.3 LEC), regulación que resulta coherente con la normativa aragonesa, en la que la liquidación conforme a la LEC se impone también como subsidiaria de la consensuada por los cónyuges (art. 77, apartados 1 y 4 de la LREMV).

La posición del acreedor es así muy precaria, pues presuponiendo que se trata de deuda privativa no le quedará más remedio que impugnar esa liquidación por haberse realizado en fraude de sus derechos, y estando disuelto el consorcio sería ya aplicable la previsión del art. 70.2 de la ley aragonesa, esto es embargar los derechos que puedan corresponder a su deudor sobre los bienes comunes.

Hecha esta advertencia, la remisión contenida en el art. 88 LREMV a la aplicación, con carácter supletorio, de las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria, podrían llevar a defender el reconocimiento de los derechos que la LEC recoge en el procedimiento de división de herencia (art. 782 y ss LEC) a favor de los acreedores.

En la misma se distingue entre el acreedor de la herencia y el acreedor del heredero. Respecto de los primeros, en tanto tengan la consideración de ejecutivos, se les reconoce la facultad de «oponerse a que se lleve a efecto la partición» hasta que se les pague o afiance (art. 782.4 LEC). Para los segundos sólo se les reconoce la facultad de «intervenir a su costa en la partición».

Presuponiendo que estamos ante supuestas deudas privativas habría que reconducir la posición del acreedor de uno de los cónyuges a la posición del acreedor de uno de los coherederos. Mas la mencionada distinción entre esa modalidad de acreedores en la herencia no es fácilmente extrapolable al consorcio: aquí el acreedor privativo es también acreedor del consorcio, pues tiene derecho a resarcirse con los derechos que su deudor tenga en el mismo.

La participación del acreedor, de aplicarse las normas de la herencia, se sintetizan en, aparte de la facultad de oponerse a la división, la de pedir en la intervención judicial del patrimonio (art. 792.2 LEC) la de ser citados a la práctica del inventario (art. 793.4 LEC), la de impedir la cesación de la intervención (art. 796.3) y la de oponerse a la entrega de los bienes a los herederos (art. 788.3 LEC).

Este régimen procesal no es, se repite, fácilmente extrapolable al acreedor de uno de los cónyuges. Alguna de aquellas facultades es contraria a sus intereses (impedir la división o la entrega de los bienes), y las demás no se concilian con la naturaleza y régimen jurídico del patrimonio común disuelto y no liquidado.

Los bienes están en poder de los cónyuges, y su administración se dilucida conforme a lo que ellos acuerdan (art. 64 LREMV), y sólo ante la ausencia de acuerdo se disciplina aquella judicialmente, único supuesto en el que serían atendibles las alegaciones del acreedor.

En definitiva, que al acreedor primitivo le queda una posición con escasos recursos procesales. Prácticamente sólo el derecho a conocer, en un proceso, el de ejecución, en el que además de parte fue él quien lo promovió, los términos en los que se ha desarrollado la liquidación.

7. La reclamación frente al patrimonio común por uno de los cónyuges

El art. 44.5 LREMV constituirá otro ejemplo del carácter diferenciado y separado del patrimonio consorcial en relación a los privativos. Dispone el mencionado precepto que «el pago de las obligaciones existentes entre el patrimonio consorcial y los privativos, aunque válido en cualquier momento por acuerdo de los cónyuges, sólo puede exigirse antes de la liquidación de la comunidad cuando así se hubiere pactado o cuando medie justa causa; es siempre justa causa la disposición abusiva de capital común en beneficio propio».

Esta exigibilidad parece hacer inexcusable el previo pronunciamiento judicial en proceso en el que los cónyuges tengan posiciones enfrentadas, por lo que es más que previsible que la escasa aplicación que puede tener el precepto lo será en supuestos, no de meras crisis patrimoniales, sino de verdaderas crisis matrimoniales. Por ello me remito al estudio de la reclamación durante el estado de patrimonio disuelto y no liquidado. Pues repárese que el precepto contempla la posibilidad de la exigencia, no sólo constante el consorcio—supuesto que repito me parece altamente improbable— sino hasta «antes de la liquidación».

IV. EL REGIMEN ESPECIAL DE LA SOCIEDAD DISUELTA Y NO LIQUIDADA

1. La determinación de lo que puede ser objeto de embargo

1.1. De nuevo sobre su naturaleza jurídica

En cuanto a la comunidad postganancial la mayoría de los autores establecen una semejanza entre la comunidad postganancial y la comunidad hereditaria.

Respecto de la postganancial en la Ley Aragonesa se indican los trámites que deben preceder a las adjudicaciones, qué elementos componen el activo y el pasivo de la sociedad disuelta, qué deudas pendientes han de pagarse con cargo a los bienes comunes y en

qué orden y sobre qué bienes tiene cada uno de los cónyuges un derecho de adjudicación preferente, para acabar remitiendo a lo establecido para la participación y liquidación de la herencia (arts. 75 y 88 LREMV).

Según la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, tanto la comunidad postganancial, como la comunidad hereditaria, constituyen un patrimonio cuya titularidad corresponde a varias personas, cotitularidad que recae sobre la masa, el conjunto de bienes derechos y obligaciones. Cada cotitular tiene una cuota abstracta sobre el conjunto indiviso, de la que puede disponer, sin que puedan atribuirse cuotas individuales sobre bienes concretos. Así se calificará de comunidad especial⁴⁴.

Vigente el régimen consorcial los cónyuges no ostentan cuotas, el conjunto patrimonial les corresponde en «mano común», no existe la facultad de pedir la división, y las facultades de disposición y de gestión son conjuntas. Al disolverse la sociedad se modifican estas características: la cuota es independiente, alienable y embargable por deudas; cualquiera de los comuneros puede pedir la división y las facultades de administración y disposición tienen un régimen específico (diverso según la causa de disolución: si es por muerte se atribuye en principio al viudo —art. 71 LREM—, y si es por otras causas se estará al acuerdo de los partícipes y a falta del mismo a lo determinado judicialmente —art. 72 LREM—) sin que ello signifique que la comunidad se ha transformado en una comunidad de tipo «romano», pues no existen cuotas sobre bienes concretos sino cuotas sobre el conjunto indiviso de bienes.

La sentencia del Tribunal Supremo de **25 de febrero de 1997** (RJ 1997/1328) sentará que

«...lo que nunca cabe es reclamar la mitad indivisa de un bien ganancial, mientras no se haya liquidado la sociedad y se hayan adjudicado los bienes resultantes, y ello aunque la sociedad de gananciales haya concluido por muerte del esposo en este caso concreto, toda vez que la disolución del matrimonio transforma la comunidad familiar de tipo germánico sin cuotas determinadas, en que consiste la sociedad de gananciales, en una comunidad formada por el cónyuge superviviente y los herederos del finado con participaciones «pro indiviso» de la total masa del patrimonio ganancial, pero sin atribuir cuotas concretas sobre ninguno de los bienes, que sólo se producirá tras la liquidación y adjudicación.».

Y que

«...entre la disolución y la adjudicación de bienes concretos media un estado de indivisión o de comunidad de bienes postganancial que en el caso es una comunidad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto; la situación de indivisión no significa que cada uno de estos tenga la titularidad del 50% de cada bien ganancial, pues esta comunidad incidental ha de responder de su pasivo y, entre este pasivo.»

Es el mismo criterio que se seguirá por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Así en su resolución de 9 de octubre de 1998 se razonará que

«...que disuelta, pero no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno

(44) López Beltrán de Heredia, Carmen, la liquidación de la sociedad de gananciales, edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 78

de los bienes que la integran y de la que pueda disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias»⁴⁵.

Lo razonado tiene una enorme trascendencia sobre lo que puede ser objeto de embargo. Constante el régimen económico matrimonial sólo lo pueden ser bienes concretos que integren el patrimonio común, sin perjuicio de la solución que se pretenda dar a los derechos que correspondan al cónyuge no deudor. Distinta, como hemos visto, para el régimen de gananciales que para el régimen legal aragonés.

1.2. *La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*

La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha enfrentado en diversas ocasiones a la problemática de los embargos de bienes consorciales (o gananciales), cuando la comunidad se ha disuelto pero todavía no está liquidada. La doctrina del Centro Directivo ha distinguido tres posibilidades:

- Embargo de bienes concretos de la comunidad: es necesario demandar a ambos cónyuges.
- Embargo que corresponde al cónyuge deudor sobre la cuota global que corresponde a un cónyuge sobre ese patrimonio común. Embargo que, en el aspecto procesal, permite que las actuaciones se sigan sólo contra el cónyuge deudor. Y registralmente, y en lo referente a la medida de garantía del embargo de bienes inmuebles que supone la anotación preventiva del mismo, permitirá la anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor».
- En tercer lugar el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien consorcial. La Dirección General rechaza esta traba por su carácter indeterminado.

Y así en la mencionada resolución de 9 de octubre de 1998 (RAJ 7221), tras la argumentación realizada sobre la naturaleza jurídica del patrimonio disuelto y no liquidado considerará que es necesario

«...distinguir tres hipótesis diferentes, así en su sustancia como en su tratamiento registral. En primer lugar, el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, el cual, en congruencia con la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (cfr. artículos 397, 1058 y 1401 del Código Civil), requiere que las actuaciones procesales respectivas se sigan contra todos los titulares (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). En segundo lugar, el embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa

(45) En el mismo sentido resoluciones de 3 de junio de 2002 (RAJ 8984), 30 de junio de 2003 (RAJ 6081) y 25 de febrero de 1997 (RAJ 1328), entre otras muchas.

patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código Civil; 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas sólo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor» (cfr. artículo 166.1, «in fine» del Reglamento Hipotecario). En tercer lugar, el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal, supuesto que no puede confundirse con el anterior pese a la redacción del artículo 166.1. .º, «in fine», del Reglamento Hipotecario, y ello se advierte fácilmente cuando se piensa en la diferente sustantividad y requisitos jurídicos de una y otras hipótesis. En efecto, teniendo en cuenta que el cónyuge viudo y los herederos del premuerto puedan verificar la partición del remanente contemplado en el artículo 1404 del Código Civil, como tengan por conveniente, con tal de que no se perjudiquen los derechos del tercero (cfr. artículos 1410, 1083 y 1058 del Código Civil), en el caso de la traba de los derechos que puedan corresponder al deudor sobre bienes gananciales concretos, **puede perfectamente ocurrir que estos bienes no sean adjudicados al cónyuge deudor** (y, lógicamente, así será si su cuota puede satisfacerse en otros bienes gananciales de la misma naturaleza, especie y calidad), **por lo que aquella traba quedará absolutamente estéril; en cambio, si se embarga la cuota global, y los bienes sobre los que se anota no se atribuyen al deudor, éstos quedarán libres, pero el embargo se proyectará sobre los que se le haya adjudicado a éste en pago de su derecho** (de modo que sólo queda estéril la anotación, pero no la traba). **Se advierte, pues, que el objeto del embargo cuando la traba se contrae a los derechos que puedan corresponder a un cónyuge en bienes gananciales singulares carece de verdadera sustantividad jurídica;** no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (cfr. Resolución de 8 julio 1991) y, por tanto, debe rechazarse su reflejo registral, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria»⁴⁶.

1.3. *La regulación en la Ley 2/2003, de 12 de febrero de régimen económico matrimonial y viudedad*

El art. 69 regula el régimen sustantivo y el 70 el régimen procesal. El primero regula el pasivo durante el periodo de liquidación, que queda drásticamente reducido a «las deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común». Pero ello no sin advertir antes que también, no podría ser de otra manera, responderá de «las deudas y responsabilidades comunes originadas **durante** el consorcio».

El problema está en el alcance que se haya querido dar al art. 70.1 LREM. En él se distinguen dos supuestos, uno relativo a las deudas comunes (apartado 1) y otro para los acreedores privativos (apartado 2).

(46) En el mismo sentido la resolución de 10 de octubre de 1998.

1.3.1 *Por deudas comunes. El régimen procesal. El discutible ámbito del art. 541 LEC y el alcance de la actuación conjunta contra los cónyuges del art. 70.1 LREMV. La necesaria distinción entre título judicial y extrajudicial*

Para estas deudas dispone, no puede disponer otra cosa, la posibilidad de que los acreedores se dirijan, sin limitación alguna, contra el patrimonio consorcial. La estaticidad propia de un patrimonio disuelto y no liquidado no puede conllevar una espera para el acreedor común.

La norma establece una especialidad procesal importante: un aparente litisconsorcio pasivo necesario al disponer que «los acreedores que pretendan cobrar una deuda de esta naturaleza sobre bienes comunes habrán de proceder contra ambos cónyuges o sus herederos». De aquí se derivará el problema de la delimitación del ámbito de aplicación del art. 541 LEC. La norma no establece nada diferente respecto a cualquier situación de comunidad, aunque sí respecto a la situación constante el régimen económico, antes de su disolución. Para éste, en la medida en la que se permite que en el tráfico jurídico quede comprometido todo el patrimonio común por una actuación individual es tolerable, o casi una consecuencia necesaria, el que procesalmente quepa dirigir la acción sólo contra quien frente a terceros asumió la deuda constante el régimen económico del matrimonio. Tal conclusión en el terreno procesal se presenta como un resultado inevitable que trae causa de la permisividad de la gestión individual del consorcio, lo que ha de tener un razonable transunto en el proceso en el sentido de entender suficientemente entablada la relación jurídico procesal, en el seno del proceso declarativo, llamando sólo al cónyuge que unilateralmente contrajo la deuda.

El problema se produce en sede de interpretación del art. 70 REMV. El precepto sigue el criterio sostenido en el art. 144.4 del Reglamento Hipotecario en el que exige «que la demanda se haya dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos». Mas este último precepto, aparte su naturaleza reglamentaria, obedece a una redacción datada en el año 1998. Por tanto en un momento en el que existía un panorama procesal, el representado por la LEC de 1881, completamente diferente al actual. El legislador procesal en la LEC 2000 ha querido que el alcance y los derechos del cónyuge no deudor sobre el patrimonio común se solventen en el proceso de ejecución, supuesto para el que el legislador ha equiparado el estatus jurídico del mismo al del cónyuge deudor, reconociendo a aquél el mismo régimen procesal de defensas que a éste⁴⁷.

Es decir que el art. 144.4 RH y el art. 70 LREMV deben, en cuanto exigen demanda conjunta, interpretarse a la luz del nuevo régimen jurídico-procesal, y entender que queda satisfecha aquélla exigencia en tanto en cuanto el no deudor ha sido llamado al proceso de ejecución, bien como parte ejecutada al amparo del art. 538.2-3.º LEC, bien al amparo del apartado tres del mismo precepto (en ambos supuestos tiene el propietario de los bienes afectos al cumplimiento de una obligación el mismo régimen jurídico), con plenitud de garantías, y por ende satisfecho el derecho de defensa del no deudor, que es la idea que subyace o justifica la exigencia litisconsorcial que se exterioriza en aquél precepto reglamentario y en la ley aragonesa.

(47) La doctrina, bajo la vigencia de la LEC de 1881, defendió la conveniencia de introducir un incidente en ejecución en el que el no deudor se pudiera defender. En este sentido Serrano García preconizaría, (ob. cit., pág. 579) «la intervención del cónyuge del demandado y de los acreedores consorciales en el proceso de ejecución para defender con éxito los intereses que la Compilación les reconoce explícitamente», citando en el mismo sentido a Ragel Sánchez L., ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge, Tecnos, Madrid 1987.

— *La, como mínimo, necesaria distinción entre título extrajudicial y judicial y la correlativa entre proceso de declaración y proceso de ejecución.*

Ahondando en esta problemática se podría partir de una diferenciación entre título ejecutivo jurisdiccional y extrajurisdiccional. Ya que para este último la interpretación de esa exigencia del art.º 70.1 LRMV es más sencilla y no termina de resultar diferente que para la situación constante régimen económico del matrimonio, esto es, la plena aplicación del art.º 541.2 LEC y la consideración de la plena suficiencia del procedimiento diseñado en este precepto para la defensa de los intereses del cónyuge no deudor en el patrimonio disuelto y no liquidado.

Y ello por la sencilla razón de que la posición procesal del cónyuge no deudor es exactamente la misma que la del deudor: podrá oponer todas las excepciones de fondo ex-art. 557.1 LEC y las procesales que pueda oponer el mismo deudor. Además de la ya conocida excepción de privatividad de la deuda. Sería insostenible defender para el no deudor el declarativo cuando el mismo es, al existir título ejecutivo, innecesario para el deudor, so pena de hacer de mejor condición a aquél que a este último.

Pero la duda nos asaltará en relación al título jurisdiccional. ¿es necesario llamar al proceso declarativo, aquél del que resulta la sentencia, en el que se forma el título jurisdiccional, al cónyuge no deudor? ¿Puede entenderse satisfecho el requisito del art.º 70.1 LRMV con la llamada del mismo sólo en el proceso de ejecución del título creado en aquel declarativo en el que no fue parte?

Aquí no se puede afirmar, como en el supuesto de título extrajurisdiccional, que el no deudor tiene una idéntica posición procesal que el deudor que sí fue llamado al contradictorio. Sólo puede plantear las causas limitadas que cabe oponer en la ejecución de títulos jurisdiccionales. Son las prevenidas en el art.º 556.1 LEC y sólo pueden entenderse referidas a hechos extintivos de la obligación acaecidos con posterioridad al momento preclusivo del proceso para plantear excepciones. Es de recordar aquí que la sentencia resuelve el conflicto atendiendo a las circunstancias concurrentes al tiempo de presentarse la demanda (art.ºs. 410 y ss. LEC).

Y desde luego la ya característica excepción de privatividad de la deuda.

Aunque la regulación sustantiva, para este caso, parece exigir la necesidad de demanda conjunta (en el proceso declarativo), y la idea que fluye en los arts. 69 y 70 LRMV es que alcanza tanto a las deudas contraídas constante el régimen económico como a las generadas durante el periodo de su liquidación, tan comunes son unas como otras, presupuesto ex-art. 70.1 LRMV, es lo cierto que las mencionadas dificultades y el respeto a la confianza que el acreedor puede legítimamente depositar en las apariencias que se generan en el tráfico jurídico, que le han llevado a vincularse sólo con uno de los cónyuges, debe llevar a la razonable conclusión que el incidente consorcial es cauce procedimental suficiente para entender satisfecha la exigencia legal de «proceder contra ambos cónyuges» impuesta en el reiterado art. 70.1 LRMV.

La cuestión es dudosa porque aquí el legislador se ha expresado en términos muy diferentes a la situación constante el régimen económico del matrimonio (art. 43 LRMV), para el que sí se ha invocado expresamente el procedimiento regulado en la norma procesal para la ejecución en bienes gananciales. Pero no se puede negar que al no deudor se le otorgan un conjunto de armas que permitan entender que queda satisfecho su derecho constitucional de defensa. Puede oponer en el ámbito del proceso de ejecución lo que le es propio, lo que

afecta a su diferenciado interés. Su derecho fundamental a una tutela judicial efectiva queda completamente respetado.

No admitir la suficiencia de los cauces prevenidos dentro del proceso de ejecución y establecidos, no sólo con la intención de garantizar el derecho de defensa del deudor, sino con el evidente deseo del legislador de que ese conflicto se dilucide en el seno del proceso de ejecución, de forma y manera que se ha cuidado de alcanzar un equilibrio entre los intereses del acreedor y los del cónyuge no deudor, no admitir ese cauce, repito, podría llevar a consecuencias desproporcionadas y extrañamente asimétricas.

Piénsese en un proceso penal iniciado durante el proceso liquidatorio por un delito cometido constante el régimen económico matrimonial, respondiendo éste último de la responsabilidad civil derivada de aquél delito. De rechazar el planteamiento que defiende en orden a la suficiencia de la llamada al deudor en el proceso de ejecución, se impediría, de no haberse llamado al cónyuge no imputado en el proceso penal en la condición de responsable civil subsidiario, el dirigirse ilimitadamente contra el patrimonio consorcial, de modo que éste, por aquella responsabilidad civil, sólo respondería como si de una deuda privativa se tratara. Cuando la vía que abre el art. 542.2 LEC dota al cónyuge no deudor de las mismas defensas que las que podría hacer valer en aquella condición de responsable civil subsidiario.

Y de no admitirse, se podría hacer cuestión de la misma admisibilidad de la ejecución ilimitada cuando se tratara de títulos extrajudiciales. La escasa lógica de la solución es evidente. Ya en fin si, como luego veremos, es hoy admisible la operatividad en el mero proceso de ejecución del principio de inoponibilidad de la modificación el régimen económico del matrimonio, chirriaría que, en cambio no lo fuera en un patrimonio disuelto y no liquidado (y sí en el ya liquidado).

Bajo la vigencia de la LEC de 1881 fue muy polémica la naturaleza del juicio ejecutivo. Para unos se trataba de un procedimiento declarativo especial y sumario. Para otros se trataba de un verdadero proceso de ejecución, fundado en un título extrajudicial⁴⁸. El legislador de 2000 ha integrado los títulos extrajudiciales en el proceso de ejecución, aunque con un régimen jurídico no exactamente idéntico, pues ciertamente la creación del título extrajudicial no ofrece las mismas garantías que el título judicial (o equivalentes). Sería paradójico que el título extrajudicial, creado por uno sólo de los cónyuges tanto antes de la disolución como durante la liquidación, pueda autorizar el apremio sobre los bienes comunes con el beneficio que para el acreedor le reporta el tratamiento derivado del art. 541 LEC y, en cambio, no se hiciera tributario del mismo régimen jurídico al título judicial, por más que el mismo se hubiera dilucidado sólo con el cónyuge que legítimamente podía actuar en el tráfico jurídico vinculando al patrimonio común.

A mi juicio el legislador aragonés no ha tenido en cuenta el nuevo panorama procesal resultante de la LEC 2000, ni en lo afectante al proceso de declaración ni al proceso de ejecución. Ni tampoco ha ponderado el, hoy por hoy, deficientísimo sistema de publicidad del Registro Civil, necesitado de una auténtica revolución, tanto legal como administrativa, que propicie un efectivo conocimiento por parte de los terceros con intereses legítimos para conocer el estado civil y régimen económico del matrimonio, de la persona con la que se está relacionando en el tráfico jurídico. No es razonable trasladar al acreedor las conse-

(48) Sobre la naturaleza del juicio ejecutivo es verdaderamente clarificador el trabajo de Carreras Llansana, Jorge, «consideración general del juicio ejecutivo», en Cuadernos de Derecho Judicial, edit. Consejo General del Poder Judicial, el juicio ejecutivo, Madrid, 1993, pág 11 y ss.

cuencias de esa escasa eficacia de la publicidad registral, imponiéndole una carga procesal que no podrá cumplir con facilidad. Y ello cuando el legislador ha diseñado un procedimiento, en el proceso de ejecución, con suficientes garantías para el no deudor. Es necesario abandonar las estructuras y los esquemas que proporcionaba la LEC de 1881 y las limitaciones que derivaban de los mismos.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha supuesto una actualización de las instituciones procesales con las que se logra una mayor seguridad jurídica y una más adecuada protección de los legítimos intereses de quienes pueden verse afectados por el objeto del proceso. Baste invocar aquí las posibilidades de intervención procesal, señaladamente la intervención voluntaria (art. 12 LEC).

Pero será en el proceso de ejecución donde la nueva Ley procesal supondrá, a los concretos efectos que aquí interesan, una auténtica revolución, al permitir dirigir el mismo contra quienes nominativamente no aparecen como sujetos pasivos en el título ejecutivo, y a los que anteriormente me he referido. Esos terceros, ajenos al título ejecutivo, van a poder ser llamados al proceso de ejecución en razón a determinadas vinculaciones que presentarán con la deuda, por sí mismos, o como propietarios de bienes afectos a la deuda, en supuestos tasados por la Ley. Y estos terceros, al menos en sede de consorcialidad, van a pasar a tener un específico régimen de defensa con el que cuestionar la vinculación de su patrimonio a la deuda. Desde el punto de vista de la protección del tercero, aquí el cónyuge no deudor, su derecho de defensa queda perfectamente protegido.

Ya en definitiva, si como antes he razonado es incuestionable que el título extrajudicial viabiliza el proceso de ejecución contra bienes comunes, no acierto a comprender porqué se va a hacer de peor condición al título judicial, porque en definitiva si se permite a uno de los cónyuges crear unilateralmente un título extrajudicial que resulte carga del patrimonio común, en cambio cuando el acreedor no se haya relacionado con el cónyuge deudor con las garantías que crean un título ejecutivo, tenga que demandar al cónyuge de su deudor cuya existencia le puede ser absolutamente desconocida.

La solución será especialmente discutible para las deudas generadas durante el periodo liquidatorio.

Durante el mismo se ralentiza profundamente el funcionamiento del patrimonio común. Las fuentes que lucran el activo o cargan el pasivo se reducen drásticamente, respondiendo a lo que es una economía de mera conservación. Sólo el fruto o la plusvalía de lo que era común ingresará, durante la liquidación, en el activo. (art.º 68 LREM)

Y solo serán de su cargo, en su lado pasivo, «las deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común» (art.º 69.1 LRMVA). Desde luego que sigue respondiendo de las deudas generadas durante el consorcio, pero lo común queda drásticamente reducido, no sólo tras la disolución sino en aquellos supuestos en los que aquella es seciente a un proceso judicial (art.º 65.1 LREM).

Cierto que el siguiente apartado permite que los efectos pueden retrotraerse hasta el momento de admisión a trámite de la demanda, aunque siempre dejando «a salvo los derechos adquiridos por terceros». Pero también lo es que ya desde el primer momento de admisión a trámite de la demanda se produce directamente y ex lege, un drástico cambio en el régimen jurídico de la gestión del patrimonio común. Por eso, en coherencia con las previsiones procesales, la mera admisión de la demanda permite iniciar los trámites de formación del inventario (art.º 64 LRMVA) y dentro de las medidas provisionales deberá alcanzarse un nuevo pacto sobre ese régimen de gestión y a falta del mismo el juez debe-

rá fijar las reglas que deban observarse en la administración y disposición de los bienes comunes.

Específicamente, para actos de administración extraordinaria a falta de acuerdo específico, será necesaria la autorización judicial.

De esta regulación resultará una administración cautelar muy conservadora, lo que llevara a la razonable previsión de que, aunque no se retrotraigan los efectos de la disolución, los supuestos de responsabilidad de los bienes comunes, los únicos que autoriza el art.º 70 LREMV, serán muy infrecuentes en estos periodos.

1.3.2. *Por deudas privativas: el art. 70.2 LREMV. La paralización del proceso de ejecución*

El apartado segundo del art. 70 regula la posición del acreedor privativo, prohibiendo que puedan proceder contra bienes concretos de la comunidad disuelta y no dividida, no liquidada. Sólo permite proceder, de modo genérico, contra «los derechos que a su deudor puedan corresponder sobre los mismos en la liquidación de aquélla».

Paralización del proceso de ejecución

El apremio sólo puede desarrollarse en sus primeras fases, esto es en la afección y en la adopción de la medida de aseguramiento del embargo (depósito si se tratan de bienes muebles, anotación preventiva del embargo si de inmuebles se tratase). Pero no podrá iniciarse la verdadera vía de apremio, la subasta entendida en sentido amplio, comprensiva del desarrollo de todos los actos procesales conducentes a la realización del bien embargado. Y ello porque estando indeterminado el bien, ni puede ser subastado ni existiría como objeto delimitado e identificado que integraría ese negocio jurídico, la enajenación forzosa, en que consiste la ejecución.

Vemos pues que el legislador aragonés ha optado por declarar la embargabilidad de un bien en unos términos que supone apartarse del criterio que antes citábamos de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Y si aceptáramos las consideraciones del Centro Directivo estaría también aparentemente en contradicción con lo ordenado por el art. 588 LEC que declara la nulidad del embargo indeterminado.

Esta nulidad, en referencia al supuesto que ahora nos interesa, es matizable. En primer lugar porque la norma procesal ya contempla alguna excepción a la misma, y no se ve la razón por la que el legislador aragonés no puede establecer otra. En segundo lugar porque es dudosa y discutible la doctrina antes citada de la D.G.R.N., y no se ve porqué razón puede considerarse que está más determinado el embargo sobre la cuota que sobre los genéricos derechos que correspondan al deudor sobre cada uno de los bienes. Los efectos prácticos para ambos supuestos serán los mismos, a saber, por una parte que en ninguno de ellos el procedimiento de apremio podrá continuar, tras la afección, dado que tan insusceptible de valoración es una cuota abstracta como los derechos que correspondan al deudor sobre un concreto bien, por indeterminados que sean. Hasta que no fine la liquidación del consorcio no se podrá continuar el apremio. Y por otra entiendo que establecido expresamente por el legislador aragonés la embargabilidad del derecho indeterminado debe ceder aquélla doctrina del Centro Directivo, con la seciente conclusión de que cabrá la anotación preventiva en el Registro.

Antes al contrario creo que puede defenderse que es más determinado el embargo sobre los derechos que correspondan a uno de los cónyuges sobre un determinado bien (al menos este está determinado), que el embargo de la cuota ideal sobre la globalidad de un patri-

monio, pues aquí ni se conoce el alcance de la cuota, al menos su valor, ni está precisado el patrimonio.

Y que esto es así será algo que el Centro Directivo se verá obligado a reconocer en la singular resolución de 23 de diciembre de 2002. Singular por el peculiar supuesto con el que se enfrentaba: el de un procedimiento administrativo de apremio en el que no se limitó el órgano ejecutor a embargar una cuota ideal del cónyuge deudor, sino que la subastó (¿cómo se valoraría?) y hubo quien se interesó en su adjudicación (¿qué consideraría que adquiriría el rematante!).

Pues bien, aparte de la solución que se da al problema planteado⁴⁹, en esta resolución no le quedará más remedio al Centro Directivo que reconocer que «las cuotas sobre un patrimonio en liquidación, en cuanto tales, no son «bienes» susceptibles de enajenación forzosa, al carecer de la necesaria concreción y determinación, imprescindible para que puedan ser valorados objetivamente, como trámite esencial de cualquier procedimiento de enajenación forzosa sobre bienes del deudor, habida cuenta que nadie puede ser privado de sus bienes sino en virtud de un acto legítimo de autoridad (expropiación por causa de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización, o para satisfacción de los acreedores, en el procedimiento judicial o administrativo tramitado con arreglo a la ley (cfr. Artículo 33 de la Constitución y 348 y 1911 del Código Civil)».

Y para justificar la afección de un bien tan indeterminado, afirmará que el embargo de cuotas abstractas en un patrimonio colectivo en liquidación es una *medida cautelar* que no produce más efecto que el de anticipar el embargo sobre los bienes futuros que se adjudiquen (si es que se le termina adjudicando algo) al deudor en la división del caudal.

Lo que no es así. La naturaleza del embargo no es cautelar sino ejecutiva, no siendo aceptable esa figura procesal que se intenta introducir en el proceso de ejecución y que se contiene en la argumentación del Centro Directivo. En realidad el problema conceptual sería común al embargo cautelar y al ejecutivo; en la argumentación de la resolución se parece estar describiendo el perfil de un nuevo embargo, una suerte de pre-afección. Hay que terminar aceptando que es factible, en determinados supuestos, embargos de bienes o derechos con una relativa indeterminación, que están en tránsito o en proceso de concreción. Y a efectos de salvar la interdicción legal de embargos de derechos indeterminados, siempre estarán más concretados (o por lo menos igual) los derechos que puedan corresponder al cónyuge deudor sobre un bien concreto del patrimonio consorcial, que el embargo de una cuota ideal de no se sabe qué patrimonio. Nunca se tratará de un embargo cautelar como afirma el Centro Directivo. La construcción jurídica de la Dirección resulta, en este sentido, ornamental. En cualquier caso el legislador aragonés ha resuelto de manera definitiva la polémica.

(49) Ante tan singular problema razonará el Centro Directivo que «...el rematante, al menos en cuanto a la cuota en los gananciales disueltos (sin prejuzgar ahora los efectos del remate respecto a la cuota en el caudal hereditario, propiamente tal) no sucede al deudor en la titularidad de dicho patrimonio ganancial disuelto (tén-gase en cuenta la inherencia de dicho patrimonio a los cónyuges por su origen familiar, lo que motiva la existencia de normas muy específicas en la liquidación de la sociedad de gananciales, como por ejemplo, los artículos 1406 y 1406, sobre adjudicación preferencial, y 1408, sobre alimentos a los partícipes) y no llega a convertirse en copartícipe del patrimonio separado colectivo, condición que conservan los cónyuges o sus herederos. (En definitiva, el remate no es traslativo de la cuota, sino que el rematante adquiere un derecho a la entrega de los bienes que se adjudiquen al cónyuge deudor en la liquidación de la sociedad de gananciales, liquidación que han de efectuar los cónyuges o sus herederos (cfr. artículo 1404 Código Civil: «el haber de la sociedad de gananciales se dividirá por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos») voluntariamente, o, en su defecto, por el procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

2. La agresión contra el patrimonio disuelto y no liquidado a instancia de uno de los cónyuges

Ha sido extremadamente frecuente, en las crisis matrimoniales, el que uno de los cónyuges haya pretendido el embargo de los derechos del otro, normalmente para lograr la satisfacción de las pensiones, de alimentos y compensatoria, impuestas en los pertinentes procesos matrimoniales. Y en no pocas ocasiones se ha pretendido el embargo de la mitad indivisa de la vivienda familiar. Estos embargos no se pretenden sobre la cuota del cónyuge deudor sino sobre partes indivisas, como si en la relación entre ellos la naturaleza jurídica de la comunidad se transformase en la propia de una comunidad ordinaria.

En principio, el hecho de que se trate de una reclamación entre los cónyuges, no hace cambiar las circunstancias que provocan una indeterminación de los derechos de los cónyuges sobre el patrimonio común. Pero sí que hay matices diferentes. No dejan de concurrir la voluntad de todos los interesados en la venta de ese bien, uno (el ejecutante), de manera voluntaria, y el otro (el ejecutado), de manera forzosa.

La dificultad seciente a la imprecisión del alcance de la cuota abstracta de cada uno de los cónyuges sobre el patrimonio común no operará aquí tanto en el ámbito de la indeterminación del embargo, así concretado sobre el pleno derecho de propiedad de un determinado bien (o su mitad indivisa), sino sobre las consecuencias del apremio. Pues se dará la paradoja de que, no estando concretados los derechos de cada uno de los cónyuges, aquél embargo y apremio podrían estar alcanzando derechos del propio ejecutante⁵⁰. Esto es, que

(50) No puedo dejar de invocar la solución que se dio a este problema en el auto 88/2001, de 14 de febrero (de la que fui ponente), de la Sección Quinta de la A.P. Zaragoza. El supuesto que se afronte en esa situación era la de un embargo de bien común a instancia de uno de los cónyuges. El Juzgado accedió a la subasta. Sin embargo, realizado el bien, luego, de forma sorprendente con relación a su previa actuación, denegó la entrega del dinero al cónyuge ejecutante.

En dicha resolución razonaba que «a poco que se repare se observará que ese procedimiento de apremio instado por uno de los cónyuges contra el otro, por deudas de éste con aquél, pero sobre bienes comunes de un régimen económico disuelto pero no liquidado, lo que ha venido a producir es un cambio o conversión de un bien determinado integrante del patrimonio ganancial en otro, ultrafungible, como lo es el dinero obtenido con ocasión de la realización de aquél. De manera que ahora el patrimonio común puede tener el mismo valor contable, el mismo, en términos genéricos, activo, pero en el que se ha producido una mutación en la naturaleza de uno de los bienes que lo integraban.»

A su vez se afirmaba: «No concurre aquí la razón que impone la necesidad de paralizar el apremio cuando la deuda es a favor de un tercero, pues no hay necesidad de identificar, tras la liquidación, los bienes que corresponden al cónyuge deudor, para así respetar los derechos del no deudor, y tal como hacen, aun con disolución diametralmente diferente, los arts. 1373 Código Civil y 46 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Si bien, la admisibilidad del procedimiento de apremio a instancia de uno de los cónyuges contra el otro, por deudas contraídas después de la disolución, sin esperar al resultado liquidatorio tiene el reverso de que, en tanto no se produzca esa identificación y determinación de los bienes de cada uno, en la realidad de las cosas, se puede, en alguna medida, estar satisfaciendo su deuda con bienes propios.

No se deja de desconocer que el resultado final, sobre todo el relación al procedimiento de apremio, puede resultar paradójico. Pues en tanto no se realice la liquidación no se sabrán los derechos que cada cónyuge ostentaba sobre los bienes apremiados. Con la consecuencia de que no se sabrá en qué medida el crédito del ejecutante queda o no extinguido con la realización del bien común: se mantiene pues la vinculación entre apremio y liquidación de manera similar a la que se produce cuando es el crédito de un tercero el que se ejecuta. Pero no igual, pues ahora se traslada a la liquidación las consecuencias del apremio, sin suspender el mismo, de modo que sólo cuando el cónyuge ejecutante perciba en el apremio más de lo que hubiera correspondido según la liquidación deberá minorarse su haber en la partición y podrá saberse en qué medida el crédito ejecutado quedó extinguido.

En definitiva la solución que se dio, dada la naturaleza del crédito, alimentos de los hijos y compensatoria de la mujer acordados en proceso matrimonial, que no admitían demora, fue acordar la entrega del dinero al cónyuge ejecutante, aunque no por los conceptos en los que lo pedía (la mitad «en pago de la parte correspondiente a su adjudicación y la otra mitad como fruto del proceso de apremio que correspondiente a los derechos

hasta que no se practique la liquidación no se sabrá la medida del derecho de cada uno de los cónyuges en el bien embargado, ni lo que a cada uno hubiera correspondido sobre el dinero obtenido con su realización. Por tanto tampoco se sabrá en qué medida se está logrando la satisfacción del crédito del cónyuge ejecutante. Estas dificultades parecerían hacer inviable, si no el embargo, sí el apremio y debería mantenerse la misma solución que para el supuesto de que el acreedor sea un tercero⁵¹.

Mas el art. 45.5 de la LREMV parece dar ahora expresa cobertura legal a este apremio entre patrimonios, pues expresamente lo previene «antes de la liquidación» y ello «cuando medie justa causa». E innegable será esa justa causa en procesos patrimoniales y cuando se está despachando ejecución para atender necesidades tan primarias como lo son las de subsistencia, representadas por las pensiones compensatorias del cónyuge no deudor y alimenticias de los hijos acordadas en los procesos matrimoniales. Tan innegable que no creo razonable se exigiera aquí un pronunciamiento judicial específico sobre la concurrencia de una «justa causa». Al menos en un declarativo o en la fase declarativa del proceso matrimonial y sí, a lo más, en sede de ejecución. Aunque siempre, en definitiva, vinculado el resultado de ese apremio al resultante de la liquidación del consorcio, tal y como se ha explicado antes.

V. LA AGRESIÓN CONTRA BIENES EX COMUNES. LA SITUACIÓN DEL CONSORCIO DISUELTO Y LIQUIDADO

1. La regla de la inoponibilidad. Su relatividad y consecuencias jurídicas

El art.º 15 de la Ley Aragonesa permite, siguiendo nuestra tradición jurídica, la posibilidad de modificar el régimen económico durante el matrimonio. Pero la mutabilidad del régimen económico tendrá un expreso y reiterado límite legal: el respeto a los derechos adquiridos por terceros.

El art.º 16 advertirá que las estipulaciones capitulares sobre régimen económico son inoponibles a terceros de buena fe, vinculando esta buena fe con la publicidad de aquéllos

del marido deudor). Sólo con ocasión de la liquidación se sabría la parte que a cada uno de los cónyuges correspondía sobre ese dinero.

(51) El embargo y reparto por mitad entre los cónyuges sólo será factible cuando el activo está constituido por un único bien, normalmente también la vivienda familiar, y no exista pasivo, o si la división contiene la previsión de su amortización.

Así se defenderá en la sentencia de 1 de julio de 1991 (RAJ 5314), en la que se desestimará el recurso porque en la sociedad de gananciales a que se refiere este proceso, que quedó disuelta en el año 1978 (al dictarse y luego ejecutarse la sentencia canónica de separación conyugal), solamente existe, como bien ganancial, el piso litigioso de la calle Linterna, de Valencia, no existiendo ninguna otra clase de bienes que puedan integrar el activo de dicha sociedad conyugal (artículo 1397 del Código Civil), así como tampoco ninguna partida que pueda formar el pasivo de la misma (artículo 1398 del mismo Código), por lo que carece de sentido jurídico el pretender practicar las operaciones liquidatorias a que se refieren los preceptos que, como infringidos, invoca el recurrente, cuya pretendida aplicación había de quedar totalmente vacía de contenido, debiendo, por tanto, en el caso concreto aquí examinado, partirse inicialmente de la situación que contempla el artículo 1404 del Código Civil, con arreglo al cual, hechas las deducciones en el caudal inventariado que prefijan los artículos anteriores (deducciones que no ha sido necesario hacer, por lo ya dicho; y caudal inventariado que lo forma tan sólo el piso litigioso), el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá entre marido y mujer o sus respectivos herederos, y como el referido remanente, en el caso concreto que nos ocupa, lo integra única y exclusivamente el expresado piso de la calle Linterna, es evidente que puede y debe procederse a su división entre los dos esposos litigantes, como se está tratando de hacer a través del proceso a que este recurso se refiere.

en el Registro Civil. El art.º 65.2 LREMV permitirá retrotraer los efectos de la disolución en los supuestos de crisis matrimonial o patrimonial judicializada, «hasta el momento de admisión a trámite de la demanda», pero cuidando de advertir que en tal caso «quedarán a salvo los derechos adquiridos por terceros».

Y sobre todo, y de forma más relevante, con relación a la posición del acreedor que aceptó relacionarse en el tráfico jurídico con los cónyuges o uno de ellos en atención a una determinada situación patrimonial, tales acreedores verán que «en ningún caso» la modificación «perjudicará... los derechos *ya adquiridos* por terceros» (art. 12 LREMV). En definitiva, que la mutación es inoponible frente a terceros.

Esta inoponibilidad se definirá por Ragel Sánchez⁵² como la «facultad que la ley concede a un tercero y que le permite considerar no existente la actuación jurídica ajena, como medida de protección frente a actos potencialmente perjudiciales, de tal modo que el sujeto así protegido puede fingir que ignora la situación ajena y el Derecho le protege, como si tal actuación no hubiese existido».

Quería ello decir que si la inoponibilidad supone actuar como si la disolución de la sociedad de gananciales no se hubiera producido⁵³ teóricamente podríamos intentar defender que ese consorcio se ha mantenido pendiente la satisfacción de los derechos de créditos de terceros. Es decir, que el activo del consorcio se habría seguido nutriendo, frente al tercero de buena fe, como si no se hubiera producido aquella mutación.

Un ejemplo puede ayudar a clarificar lo que se expone: el embargo del sueldo del cónyuge no deudor, realizado constante el régimen económico del matrimonio (de carácter consorcial: art. 28.2-d LREMV) en el que no se discuta por el no deudor la consorcialidad de la deuda. Ello supondría que unos hipotéticos capítulos alterando el régimen económico y pasando al de separación el día del embargo serían irrelevantes en relación a aquel embargo, que debería mantenerse subsistente.

Mas la delimitación del concepto de inoponibilidad se construye poniendo en relación el mencionado art. 12 con el art.º 86.2 de LREMV, en el que tras afirmar en su primer apartado que la división secunda a la disolución y liquidación no modifica la responsabilidad por deudas que gravaban, en lo que ahora interesa, al patrimonio común, dispondrá que «el cónyuge no deudor o sus herederos responderán solidariamente de las deudas comunes, pero exclusivamente con los bienes que les hayan sido adjudicados, aunque no se haya hecho inventario». Con su propio patrimonio sólo responden del valor de los bienes que fueron consorciales y que enajenaron o consumieron, así como del valor de la pérdida o deterioro de los bienes recibidos.

Al margen de la singularidad de ser un régimen de responsabilidad desconectado de la confección del inventario (se aleja así el legislador aragonés de la solución del art.º 1401 C. Civil), queda claro que aquella inoponibilidad es solo relativa: no impide la eficacia de la misma ad futurum, dado que sólo obliga al patrimonio común que exista al tiempo de la mutación del régimen, cualquiera que sea su destino a resultas de la división. Pero no respeta las expectativas legítimas del acreedor de que se conservara la misma capacidad económica del patrimonio consorcial, afecto a la satisfacción del crédito de aquél, y hasta lograr la misma.

(52) Ragel Sánchez, Luis Felipe «protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad»

(53) Cabanillas Sánchez, Antonio en «la mutabilidad del régimen económico matrimonial», en Anuario de Derecho Civil, abril-junio 1994, pág. 150 y ss.

Esto último quizás se ha considerado excesivo por el legislador, de manera que el perfil de los derechos adquiridos por terceros se delimita con un concreto alcance temporal: sólo frente al patrimonio común existente al tiempo de la modificación del régimen económico del matrimonio y no frente al que pudo serlo de haberse mantenido el existente al tiempo de generarse la deuda frente a tercero. Con lo que queda perfilado el concepto de «derechos adquiridos» del art. 12 LREMV. Trasladando estas consideraciones al ejemplo antes expuesto del embargo del sueldo del cónyuge no deudor, el mismo sería válido hasta el otorgamiento de las capitulaciones y habría que levantarlo tras las mismas, pues desde ese mismo momento se estarían embargando bienes de un tercero y, por tanto, el mismo devendría ilícito.

2. El problema creado por la nueva apariencia de titularidad que crea la división

En relación a un régimen disuelto y liquidado, el crédito asumido unilateralmente por uno de los cónyuges para alcanzar su satisfacción se enfrentará no sólo al problema de superar la apariencia de privatividad de la deuda que surge de ese hecho, sino que ahora tendrá enfrente una nueva apariencia que tendrá que superar: la de la titularidad formal de, al menos, parte del que fuera patrimonio consorcial a favor del cónyuge no deudor.

Tradicionalmente se había considerado que esa apariencia debe resolverse a través de una declaración judicial realizada en el pertinente proceso declarativo⁵⁴. Adicionalmente, se había polemizado sobre la necesidad de demandar o no a ambos cónyuges, resolviéndose la cuestión, bien atendiendo al art.º 144 R. H., que sí lo exigía, bien a la circunstancia de que existiese o no publicidad registral.

Existiendo ahora un incidente contradictorio en el art.º 541.2 LEC, podemos hacernos cuestión también aquí si el mismo es suficiente para solventar esa inoponibilidad. La respuesta tiene que ser clara en sentido afirmativo, aunque aquí el proceso de ejecución puede ofrecer alguna especialidad, y así cabe afirmar que corresponderá al acreedor ofrecer un principio de prueba (art.º 593.1 LEC) de que ese bien de titularidad exclusiva actual del no deudor, perteneció al consorcio.

3. La relación entre la inoponibilidad y las acciones de nulidad y rescisorias de las capitulaciones. La posición de la jurisprudencia

Descrita en los términos en los que se ha indicado la inoponibilidad, tal mecanismo veda en principio la posibilidad de pretender declaraciones tendentes a lograr la ineficacia o la rescisión de las capitulaciones. Tales acciones son innecesarias.

Este será el supuesto de la sentencia de 18 noviembre de 1998, en la que tras recordar la doctrina legal de que

«...la modificación del régimen matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (artículo 1317 del Código Civil), y éstos podrán acudir a la acción rescisoria

(54) Vicente Guilarte Gutiérrez «Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales» pág. 548 y Javier Seoane Prado, «Cuestiones procesales que plantea la defensa de terceros y acreedores en situaciones de cambio convencional del régimen económico matrimonial», Cuadernos de Derecho Judicial, Régimen Económico Matrimonial y la protección de acreedores, pág. 360.

(artículo 1291.3) siempre de carácter subsidiario, o dirigir la acción de reclamación contra el cónyuge deudor o contra el no deudor en los bienes que las nuevas capitulaciones le adjudiquen, así como, según el artículo 1402, conservan los acreedores de la sociedad de gananciales los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de herencias, por lo que hecha la partición los acreedores pueden exigir por entero el pago de su crédito a cualquiera de los herederos (artículo 1084)».

Destacándose a continuación la peculiaridad del supuesto:

«el problema es muy singular, puesto que son los condenados los que pretenden frente a la actora que se declaren válidas las capitulaciones, porque en nada afectan a la parte actora y tienen razón. Y son los actores los que buscan la ineficacia (no dicen por qué vía) para tener garantizado el cobro con los bienes de los esposos antes de la partición y ello lo tienen asegurado en ambos casos, pero conviene recordar el derecho vigente y jurisprudencia que lo interpreta y aplica.».

Lo que le lleva a concluir que

«...las capitulaciones de los recurrentes en nada alteran ni perjudican a los demandantes para el cobro de su crédito, y en tal sentido, carecen de eficacia alguna, en el presente caso, pero no pueden generar una declaración genérica de ineficacia, como contiene la sentencia de primera instancia, sin haber hecho razonamiento alguno en los fundamentos de su decisión.»

La posibilidad de mutabilidad del régimen económico del matrimonio genera un problema de apariencia de titularidades que hacen difícil coherencia esa libertad al cambio con el pleno respeto a los derechos de terceros. Sobre todo en el orden registral.

La jurisprudencia inicialmente cuestionó que, dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria, se pudiera acudir a tal acción cuando el cambio es inoponible al acreedor, señalando la sentencia de 15 de febrero de 1986 que

«...uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindir por razón de fraude, está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (art. 1.291.1 del C.C.), pues dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama, también, el art. 1.294 del mismo cuerpo legal, sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, requisito que no concurre en el caso de litis pues si la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio —en las que se modificó el régimen económico de gananciales y se adoptó el de separación absoluta de bienes (art. 1.392 del C.C.)— no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros —art.26 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón y art. 1.317 del C.C.—, si el art. 1.401 del referido Código dispone que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservan sus créditos contra el cónyuge deudor, respondiendo, también, el cónyuge no deudor con los bienes que le hayan adjudicado si se hubiera formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, y si el artículo 1.402 establece que los acreedores de la sociedad de gananciales tienen en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias,

es decir, el derecho de exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los cónyuges si no se hubiera formulado debidamente inventario o hasta donde alcancen los bienes adjudicados si se hubiere formulado (art. 1.084), es visto que, en el presente caso, no puede afirmarse que el banco actor no tuviera otro recurso legal para hacer efectivo su crédito que el ejercicio de la acción rescisoria.»

Sin embargo suavizará su doctrina dada las evidentes dificultades registrales de su planteamiento: la apariencia que creaban las nuevas capitulaciones y su reflejo registral, hacían profundamente ineficaz el principio legal de inoponibilidad. Por eso la sentencia de 9 de julio de 1990, razonaría que

«...la expresada doctrina jurisprudencial mayoritaria —la de la inoponibilidad—, correctamente entendida, no excluye de modo absoluto y para todo supuesto litigioso la posibilidad de impugnar, por vía revocatoria o rescisoria, la subsistencia o eficacia de unas capitulaciones matrimoniales, modificativas de un régimen económico-matrimonial anterior, que se estimen hechas en fraude de acreedores, sino que tal posibilidad la condiciona o postpone a que previamente el acreedor haya tratado de obtener la satisfacción del crédito ejercitando su acción contra los esposos deudores en la seguridad de que la masa de bienes antes gananciales, independientemente del cónyuge en cuyo poder estuviesen después de las capitulaciones matrimoniales, habrán de responder de la deuda contraída (arts. 1.401 y 1.402 del C.C.), **pero dicho recurso legal previo ya ha sido intentado sin éxito en el presente supuesto litigioso... al denegar el Registro de la Propiedad la anotación preventiva del embargo sobre tales bienes por figurar inscritos a nombre de doña Pilar, como de su exclusiva pertenencia**, por disolución de la sociedad. Por tanto... ha de considerarse facultada la entidad actora, si contradecir con ello la expresa doctrina de esta Sala, para el ejercicio de la acción revocatoria».

La modificación de las capitulaciones, y más en concreto, la liquidación del régimen económico matrimonial, puede realizarse en perjuicio de terceros acreedores, al margen de que lo sean sólo del cónyuge que contrajo la deuda con una actuación aislada o lo sean del consorcio. Pues aun para el primer caso los acreedores tienen derecho a satisfacer su crédito con los derechos patrimoniales que su deudor tenga en el patrimonio consorcial. Lo que, por mor de las nuevas capitulaciones y de la apariencia que las mismas crearon, podía quedar privado de toda eficacia.

La diferencia con el supuesto de deuda consorcial es que, para este, superada la apariencia que crearon las nuevas capitulaciones, el apremio puede seguirse, sin límite, contra todo el patrimonio consorcial. Mientras que para el primer supuesto hay que respetar los derechos del cónyuge no deudor, sea en base al art. 1373 Código Civil, sea en base al art. 42 LREMV.

4. La ruptura de la apariencia creada por la liquidación del consorcio en el nuevo régimen jurídico procesal creado por la LEC 2000 y la Ley aragonesa de régimen económico del matrimonio

Desde luego el camino procesal más diáfano es acudir al juicio declarativo pertinente para hacer valer esa inoponibilidad, lo que, obvio resulta no podrá merecer ningún repro-

che. La jurisprudencia había venido admitiendo sin especiales consideraciones esa cauce procesal⁵⁵.

El problema, es además el objeto de esta ponencia, será la forma de viabilizar esa inoponibilidad en el proceso de ejecución. Y a la inversa, por estar vinculada con la anterior afirmación, si el cónyuge no deudor tiene en el proceso de ejecución mecanismos que garanticen en su integridad su derecho de defensa.

La dificultad a la operatividad del principio de inoponibilidad resulta de la existencia de una apariencia de titularidad obstaculizadora de la afección. En efecto constituye una especial preocupación del legislador procesal el procurar no lesionar los derechos de terceros en el procedimiento de apremio, cuidando que no se embarguen bienes y derechos de los mismos, lo que encuentra una especial plasmación en el art. 593 LEC, en cuyo apartado dos se llega a regular la práctica de una especie de diligencias de averiguación, audiencia a terceros incluida, en lo que parece constituir un sistema preventivo de las tercerías, que se han de considerar un remedio último y extraordinario.

Debe repararse además que el art. 593 LEC atribuye al juez la posibilidad de hacer un juicio sumario y provisionalísimo sobre la pertenencia de los bienes al ejecutado, juicio que habrá de basar en elementos, lo dice la propia norma, meramente indiciarios, atendiendo a los «signos externos» y realizando un juicio de razonabilidad. Y no hay razón por la que el juicio del tribunal del apremio no puede alcanzar a la inoponibilidad que el acreedor puede hacer valer frente a las modificaciones de titularidades operadas por los nuevos capítulos. El terreno de juego y las nuevas reglas que disciplinan la ejecución en la LEC 2000, en contraste con la situación existente bajo la vigencia de la LEC de 1881, dan ahora sobrada cobertura para resolver esa inoponibilidad.

Así encontraría apoyo este planteamiento en la posibilidad legal, antes anticipada, de dirigir la ejecución contra los propietarios de bienes especialmente afectos al pago de una deuda (art. 538.2 y 3 LEC). Los reparos de inconstitucionalidad que cabría encontrar a este precepto, basados en la imposibilidad de defensa de aquellos propietarios para discutir el alcance de aquella afección, no serían invocables cuando hay un cauce procesal previsto para discutir la misma: el incidente de privatividad o consorcialidad pasiva. El art. 541.2 LEC dota así de contenido defensivo al art. 538.3 LEC, de forma que relacionados ambos pueden constituir un cauce procesal que permita romper la apariencia generada por los capítulos.

Lo que sí será inexcusable, a diferencia de la situación existente constante el régimen económico del matrimonio, es que el acreedor aporte elementos de juicio al juez que hagan verosímil y «razonable» la responsabilidad de esos bienes, titularizados formalmente al tiempo de la ejecución a favor del cónyuge no deudor, esto es que la deuda es consorcial y que los bienes formaron parte del consorcio. En coherencia con las previsiones contenidas en el art. 538 LEC sobre supuestos de extensión subjetiva y objetiva del título ejecutivo, el art. 549.1.5.º LEC exige que en la demanda ejecutiva se exprese «la persona...frente a las que se pretenda en despacho de ejecución, *por aparecer como deudores o por estar sujetos a la ejecución según lo dispuesto en los arts. 538 a 544 de esta Ley*». Y como quiera que estas circunstancias no resultarán ya en muchas ocasiones del mismo título ejecutivo (pierde este en ocasiones su literosuficiencia), el siguiente precepto de la LEC, el 530, en su segundo apartado previene como documentos a acompañar a la demanda aquellos que «considere el eje-

(55) Sentencias del T.S. de 10 de septiembre de 1987 (RAJ 6046), de 17 de noviembre de 1987 (RAJ 8406) y de 5 de junio de 1990 (RAJ 4773).

cutante útiles o convenientes para el mejor desarrollo de la ejecución y contengan datos de interés para despacharla». En definitiva que el tribunal de la ejecución ha de realizar una valoración de las circunstancias concurrentes en orden a poder desplegar la eficacia del título ejecutivo frente a bienes que, aun no siendo titularidad actual del deudor nominativamente designado en el título ejecutivo, sin embargo se integraba en masas patrimoniales que sí podían responder al tiempo de asumirse la deuda.

Si estas condiciones se dan no hay razón jurídica que permita concluir que procesalmente no sea factible esa traba ese embargo. También por tanto la medida de garantía secuente a la afección: su anotación en el Registro de la Propiedad. Lo que conllevará la necesidad de plasmar en el mandamiento judicial el requisito exigido por el art. 144.4 RH, a saber la constancia de aquellos signos o elementos que han llevado a la valoración de que la finca responde de la deuda que se ejecuta. Precepto que debe quedar así sometida a una nueva interpretación, en términos tales de la que no resulte inexcusable la llamada al titular registral al juicio declarativo previo, por ofrecer el de ejecución un régimen jurídico de garantías y de defensas suficiente para entender garantizado su derecho constitucional a la defensa de sus derechos.

No considero que se pueda trasladar al proceso de ejecución, de una manera mimética, los criterios hipotecarios sobre tracto sucesivo, de manera que la inscripción a favor del cónyuge no deudor se pueda erigir en un obstáculo absoluto al embargo. Es indiscutible concluir así que, por una parte, los arts. 538 y 541 LEC suponen una modalización del art. 38 LH, en el que se regula la denominada tercería registral, en cuanto la misma será inviable frente a una resolución judicial dictada en un procedimiento de apremio en el que el juez haya entendido que esos inmuebles, aun de tercero, están afectos al cumplimiento de la obligación contenida en el título ejecutivo. O dicho de otro modo ese precepto debe ser reinterpretado y cuando ordena el alzamiento del embargo para aquellos supuestos en los que se pretenda la anotación del embargo frente a titular distinto de la persona contra la que se dirigió el embargo o se sigue el procedimiento, en el sentido de admitir esa afección aunque el titular registral no aparezca como deudor en el título ejecutivo (y por supuesto no fue parte en el precedente declarativo), siempre que exista esa resolución judicial que entienda extensiva la afección prevenida en el art. 538.3 LEC. Porque, en definitiva, a continuación, el cónyuge no deudor va a poderse defender con armas suficientes. Esto es lo importante, tanto a efectos procesales como hipotecarios: garantizar la llamada del titular no deudor en un cauce procesal en el que se pueda defender. Y el nuevo marco que presenta la LEC 2000 en el proceso de ejecución permite satisfactoriamente esa defensa.

5. El marco de defensas del cónyuge no deudor y los cauces procesales para su utilización

Porque los escrúpulos de orden procesal que nos podrían asaltar para llegar a esa afección, el respeto al derecho de defensa del cónyuge no deudor, quedan completamente respetados en el proceso de ejecución. El cónyuge no deudor puede razonablemente oponer a esa traba dos líneas de defensa. Bien negar que el bien deba responder de aquella deuda, sea porque nunca tuviera la condición de consorcial sino que fue privativa, sea porque se adquirió con posterioridad a la liquidación. O bien que habiendo pertenecido el bien embargado al consorcio, éste no deba responder de aquella deuda. Por cualquier causa: el art. 541.2 LEC no establece ningún límite en la línea de defensa con la que se oponga o niegue la consorcialidad pasiva.

Y para ambas líneas de defensa hay específicos cauces procesales. Así para la oposi-

ción basada en la privatividad de la deuda tiene el cauce del art. 541.2 LEC. Y para defender su titularidad en términos de los que resulte ajeno al activo que fuera del consorcio, creo que no cabe duda razonable de la admisibilidad de la tercería de dominio conforme al art. 595 LEC⁵⁶.

Podríamos plantearnos qué cauce seguir cuando quisiéramos acumular ambas líneas de defensa. Dado los términos en los que se expresa el apartado dos del art. 595 LEC, de gran amplitud, y el hecho de que el trámite de la tercería sea el correspondiente al juicio ordinario (art. 599 LEC), aunque singularmente su resolución adopte la forma de auto —art. 603 LEC—, esto es, el trámite correspondiente al juicio declarativo que mayor garantías ofrece en nuestro Derecho Procesal, hace que no existiera inconveniente alguno en que en el mismo se dilucidara también la excepción de privatividad de la deuda.

Cierto que la DGRN sigue manteniendo la necesidad de juicio declarativo para romper esa apariencia, y así lo hará en la resolución de 15 de abril de 2002 (RAJ 8097). La resolución se enfrenta a la siguiente argumentación:

«...se alega por el recurrente que, puesto que las deudas que motivan el embargo que se pretende anotar se devengaron durante la vigencia de la sociedad conyugal, y como consecuencia de la explotación de los negocios del marido, responden de ellas los bienes gananciales, incluso después de la liquidación del consorcio, de conformidad con lo establecido en los artículos 1362, 1365, 1401 y 1417 del Código Civil, y tal alegación es exacta.»

Pero reiterará su doctrina de que

«...es necesario para ello que exista una previa declaración judicial de ganancialidad de la deuda, pues, no existiendo en nuestro Código Civil una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales (cfr. artículos 1362 y 1365 del Código Civil), ninguna deuda contraída por un solo cónyuge puede ser reputada ganancial y tratada jurídicamente como tal mientras no recaiga la pertinente declaración judicial en juicio declarativo entablado contra ambos cónyuges, pues a ambos corresponde, conjuntamente, la gestión de la sociedad de gananciales (cfr., artículo 1376 del Código Civil). Entender lo contrario supondría la indefensión del titular registral, al no poder alegar ni probar nada en contra de dicha ganancialidad, con menoscabo de su derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 24 de la Constitución Española».

Mas esta argumentación es entendible en sede de apremios administrativos, en los que no cabe la oposición procesal en los términos que resultan del art. 541.2 LEC, ni la presunción de consorcialidad pasiva que se infiere de ese precepto.

(56) Participará de esta opinión, Gascón Inchausti, Fernando, ob. cit. pág. 67, que afirmará que «el propietario de los bienes tendrá a su disposición la tercería de dominio para obtener el alzamiento de un bien que ni pertenece al ejecutado ni es susceptible de constituir el objeto de una extensión de responsabilidad: cfr. STS de 28 de septiembre de 1999».

No obstante señalará el mencionado autor que «se ha reconocido en alguna ocasión una excepción a esto: en aquellos casos en que la liquidación de la sociedad post-ganancial se haya efectuado en fraude o perjuicio de acreedores: cfr. La STS de 21 de noviembre de 198 (RAJ 8368), en la que, al rechazar la tercería por este motivo, se viene a dar carta de naturaleza a una «rescisión» *de facto* de la liquidación por fraudulenta...»

VI. EL DERECHO DE VIUDEDAD

1. Con relación al derecho expectante

Se regula en el art. 99 de la Ley. El apartado primero tiene un contenido sustantivo. El apartado segundo contiene normas con evidente trascendencia procesal.

a) *El régimen sustantivo*

Se disciplina como efecto de la enajenación judicial la extinción del derecho expectante atendiendo a la naturaleza de la deuda, esto es, cuando sea de cargo o responsabilidad común. Es indiferente que se haya contraído por uno o por los dos cónyuges.

En esto no se diferencia, ni se podría diferenciar del régimen de responsabilidad de los mismos bienes, pues atentaría a toda lógica jurídica que, para esos supuestos y esas deudas, se pudiera transmitir forzosamente la plena propiedad de bienes comunes y, sin embargo, el cónyuge que no asumió la deuda (¿o los dos?; la norma se refiere también a «deudas contraídas por ambos cónyuges»), pudiera conservar un derecho expectante.

Pero hay una ampliación de supuestos de extinción, dado que tal efecto tendrá también la enajenación forzosa «por deudas contraídas con anterioridad al matrimonio», así como las que sean en «razón de sucesiones o donaciones». Creo que es ociosa la cita en la norma de la deuda contraída por ambos cónyuges.

La regulación sustantiva de la extinción del expectante con ocasión de enajenaciones forzosas plantea los siguientes problemas:

1. En primer lugar parece cuestionable la opción de mantener el expectante frente a deudas privativas, dado que supone introducir un factor de incertidumbre en el tráfico jurídico. La opción del legislador aragonés creo que ofrecerá aspectos negativos, que pueden ser relevantes, y así el aragonés casado pasa, por mor de ese posicionamiento del legislador, a ser un sujeto de derecho con una solvencia legalmente disminuida. En la dinámica de las relaciones externas de los cónyuges el principio de subsistencia del expectante puede convertirse en un freno de la capacidad económica y solvencia de los cónyuges. Acaso esta superprotección pueda, paradójicamente, tener un efecto perverso y contrario al buscado por el legislador, al ser previsible que los terceros exijan renunciaciones previas del expectante del cónyuge con el que se relacionen o la asunción por éste de las responsabilidades de aquél⁵⁷.

Al regular esta cuestión al legislador no le parece haber sido suficiente que los bienes comunes, aun por deudas privativas, responden por el valor que corresponda en ellos al deudor, por más que sea de forma subsidiaria. Subsidiariedad que no ha tenido la pertinente repercusión en sede de regulación de la extinción por el apremio en la viudedad. Ejemplo: título ejecutivo contra un cónyuge, embargo de bienes consorciales, notificación al no deudor, oposición por el mismo en 10 días por ser deuda privativa, tanto a los efec-

(57) En la Comisión este efecto no pasó desapercibido. Pero no se encontró inconveniente en que se produjera esa vinculación entre el expectante y la recíproca solvencia de los cónyuges. A salvo la excepción a la que luego haré referencia, ello desembocará fatalmente, si es que se quiere evitar esa merma en la solvencia de cada uno de los cónyuges, en la necesidad de que cada uno de los cónyuges se comprometa personalmente en la gestión que realice el otro. Creo que la extinción del expectante en las enajenaciones forzosas era la mejor solución y la que resultaba más adecuada a la protección de los intereses del matrimonio. También, globalmente, y aunque pueda parecer paradójico, del mismo expectante.

tos del art. 43 LREM, como del art. 99. Prospera la excepción, se disuelve y liquida la comunidad ¿se mantiene el expectante con relación al lote adjudicado al deudor y que sí va a ser subastado? Con el tenor literal de la norma lo mantendría.

2. Pero donde creo es más cuestionable la regulación sustantiva será en sede de régimen de separación de bienes.

El art.º 99.1 LREM, que como he indicado, regula el aspecto sustantivo del expectante ante una enajenación forzosa, está pensado para el consorcio.

Me parece insuficiente, para el régimen de separación de bienes, la aplicación de esa regulación en virtud del mecanismo de la subsidiariedad que se disciplina en el art.º 22, y del que resaltaría, por el juego de los artículos 27 y 7 de la LREM, que se extinguiría sólo en razón a las deudas contraídas por uno de ellos para atender a la satisfacción de las necesidades familiares. En un tema tan específico creo que hubiera sido conveniente una invocación expresa de la norma.

Además aquel efecto que antes he indicado sobre la solvencia disminuida del aragonés casado se hace especialmente intensa cuando éste se encuentra en régimen de separación de bienes, en atención a que el ámbito de las deudas contraídas para atender las necesidades familiares es notoriamente más reducido («para atender a la satisfacción de las necesidades familiares»: arts. 27 y 7 de LREM) que el ámbito de las deudas a cargo del consorcio. El resultado de la regulación legal para los regímenes económicos de separación no me parece especialmente acertado. Creo que no es aventurado afirmar que el deseo que subyace cuando se capitula en este sentido, cuando se pacta el régimen de separación bienes, es conseguir que cada uno de los cónyuges tenga el mayor grado de autonomía patrimonial, de no verse afectado ni vinculado por lo que pueda hacer el otro cónyuge. El mantenimiento del expectante ante ejecuciones judiciales fatalmente desembocará con facilidad, si los cónyuges quieren alcanzar o recuperar su plena solvencia y la autonomía patrimonial que se asocia al régimen de separación de bienes, en la vinculación de cada cónyuge en las actividades y resultados económicos del otro cónyuge. La regla contraria, extinción en razón de la ejecución forzosa, a mi entender, hubiera sido norma más ventajosa para los cónyuges: hubieran mantenido tanto su plena solvencia constante el régimen económico como la viudedad al fallecer uno de ellos.

El buen asesoramiento de abogados y notarios puede paliar este problema con la vía de escape que para este problema ofrece la previsión contenida en el art. 90.2 LREM: pueden los cónyuges «pactar, en escritura pública, la exclusión del derecho expectante de viudedad, conservando para su caso el de usufructo viudal». Estos profesionales deberán aquilatar las condiciones concurrentes en cada matrimonio, de su perfil económico, para aconsejar una u otra de las posibilidades que ofrece la nueva regulación en orden al mantenimiento del expectante, de la viudedad, de la plena solvencia de los cónyuges desvinculada del expectante o ya en fin un equilibrio entre todos esos derechos y posición de los cónyuges.

3. La regulación guarda un absoluto silencio sobre la suerte del derecho expectante ante apremios administrativos.

Surgirá así la duda de si se aplicarán las reglas generales, de modo que en cuanto constituya una enajenación válida, tratándose de bienes consorciales se extinguirá conforme al art.º 98.1 b), o si bien se aplicaría el art.º 99 por analogía.

De optar por la primera solución se hará de mejor condición a la Administración como acreedor con relación a los bienes comunes. Y para los bienes privativos queda sin solu-

ción, o ésta sería la del mantenimiento del expectante. Parece mejor solución la aplicación analógica, pues el art. 98.1 b) está pensado para las disposiciones voluntarias. Aunque la literalidad de la norma, ciertamente, no distingue.

b) *El doble efecto, sustantivo y procesal, del segundo apartado del art.º 99 de la LREMV. La confusa situación procesal. Un nuevo incidente en el proceso de ejecución: el de viudedad aragonesa*

El apartado segundo del art. 99 de la LREMV intenta dar solución de una manera en exceso dubitativa a los aspectos procesales. Pero no se limitará, no sé si intencionadamente o no, a proyectarse sobre el ámbito rituario. Pues lo primero que dispondrá es el efecto extintivo que del expectante tiene la pasividad del cónyuge deudor ante la notificación del embargo. Las dudas que nos podíamos plantear a propósito de la falta de oposición o de la desestimación de ésta en el art.º 541.2 de la LEC, aquí en sede del expectante, son inexistentes. Porque el efecto extintivo, y por tanto sustantivo, queda asociado a la postura que se adopte por el no deudor en el proceso de ejecución. La diferencia con la regulación del art.º 541.2 de la LEC es evidente, ya que este precepto se limita a regular lo que le es propio, esto es las consecuencias procesales de aquella pasividad.

Mas el peor reproche que se puede hacer al precepto es en sede de la regulación procedimental del apremio del bien con esta carga real. En la Comisión existieron dudas sobre la forma de articular la seguridad en el tráfico jurídico (forzoso) y la defensa del no deudor en relación con el expectante. Dudas que se trasladaron, en exceso, al texto legal.

No se sabe así ni siquiera con claridad si esa regulación se configura o no como un motivo más de oposición, aunque sea relativa, en el proceso de ejecución. No se le configura nominativamente como causa de oposición, sino como una «manifestación». Que el apartado termine recogiendo una regla distributiva de la carga de la prueba y que remita la operatividad de la misma al procedimiento de la LEC para la ejecución de los bienes gananciales nos debe situar en el ámbito del art.º 541.2 LEC y, por tanto, podemos permitir concluir que, pese a la desafortunada expresión de que baste la mera manifestación y de que la misma se haga dentro de los diez días anteriores a la subasta, tal «manifestación» se ha de articular, se ha de configurar como una causa de oposición a la ejecución, a plantear dentro del plazo ordinario de diez días desde la notificación, y con la que se dilucidará si el expectante se debe entender extinguido conforme al art.º 99,1 LREMV. Oposición, por tanto, relativa (la relatividad es aquí incluso mayor que la de la privatividad de la deuda) pues su éxito no impedirá el apremio del bien, pero sí permitirá que se haga con respeto al expectante. Y con la importantísima merma del valor del bien que ello conllevará. Participa este incidente de la misma naturaleza y peculiaridades que el de privatividad de la deuda y hay en él, con más seguridad que en este último, declaración definitiva de derechos.

Además de ese posible efecto sustantivo el apartado segundo se endereza a explicar la forma y trámites a seguir para garantizar la posición del cónyuge no deudor, o, quizá con expresión más precisa, la posición del cónyuge que no aparece como deudor en el título ejecutivo (y que limitadamente puede serlo en la medida en que la actuación individual de cónyuge deudor pudo legalmente comprometer todo el patrimonio consorcial; también, por tanto, los derechos que podía ostentar en el mismo el cónyuge que por no haber contraído la deuda no aparezca como deudor en el título ejecutivo). En definitiva para salvar la apariencia que genera una actuación unilateral.

La norma se dirige, al igual que el art. 541 LEC, de la que creo es heredera, a romper la apariencia de privatividad de la deuda contraída por uno solo de los cónyuges, y por

ello se refiere sólo a este supuesto y no, por su obviedad, al de la deuda contraída por ambos cónyuges. Y utiliza la misma técnica que el mencionado precepto procesal, esto es trasladar al que no aparece como sujeto pasivo en el título ejecutivo la carga de reaccionar, de forma que su pasividad en el plazo que marca la norma permitirá presumir que la ejecución se refiere a alguno de los supuestos del apartado uno con el secuento efecto extintivo del derecho expectante.

c) Algunas consideraciones sobre los aspectos procedimentales de la norma

Es redundante la cita de los bienes comunes. Pues para estos se habrá tenido que realizar la notificación prevenida en el art. 541 LEC, que creo embebe y hace innecesario la del art. 99 de la Ley Aragonesa. Aunque parece conveniente que se precise el alcance de la notificación, pues no es coincidente el ámbito de oposición del art. 54.2 LEC y el resultante del art. 99 de la ley aragonesa. Aquí es más restringido.

Y en segundo lugar porque permite, con relación a los bienes privativos, haber seguido todos los trámites del apremio y notificar el embargo «al menos diez días hábiles antes de la celebración de la subasta», ya que de hacerse así, de reaccionar el cónyuge no deudor con esa antelación mínima, la inexorable consecuencia será la suspensión de la subasta, con los gastos que ello conlleva, para dilucidar esa oposición y que así quede claro en el proceso de ejecución, sobre todo frente a los postores en la subasta, si pujan por un bien libre o no de esa carga real, del derecho expectante. Más pertinente hubiera sido ordenar la notificación antes de la convocatoria de la subasta. Y en la práctica forense es lo que será, no ya lo conveniente, sino necesario hacer.

La norma hace referencia a un momento de gran relevancia y trascendencia en el modo normal o clásico de realización de los derechos embargados, como lo es la subasta, en el que un tercero, el mejor postor, consolida un derecho, el de adquirir los bienes subastados, y surge para él, como obligación esencial, la de pagar la diferencia entre la postura ofrecida y la cantidad consignada. Pero de trascendencia jurídica, en los efectos traslativos de la realización, limitada, pues la perfección del negocio jurídico sólo se produce con la aprobación del remate (sentencia de 1 de septiembre de 1997: en rigor más que la aprobación del remate la perfección se produce cuando se consigna la diferencia entre el depósito y la postura). Lo que integra el título. Y la consumación cuando se expide por el secretario el testimonio del auto de aprobación del remate (el modo), mientras que en los medios de realización alternativos a la subasta introducidos en la LEC 2000, el convenio de realización y la realización a través de persona o entidad especializada, la identificación de esos momentos, perfección y consumación, puede ser llegar a alcanzar tanta complejidad jurídica como la que pueda ofrecer el negocio jurídico consensuado por las partes y que sirva instrumentalmente para alcanzar la finalidad buscada en el convenio procesal, esto es la realización del bien. La perfección sobre todo puede quedar enturbiada.

Con todo entiendo que la aprobación que impone el art. 642.2 LEC centrará en el mismo la perfección de la enajenación, estando constituida la consumación por la expedición del testimonio de dicha aprobación judicial, por más que, en contra de lo que definiendo, el ameritado precepto contemple una «transmisión» ya realizada. Vuelvo a reiterar la extremada conveniencia de que la notificación se haga con la antelación suficiente para que el perito lo tenga en cuenta al valorar el bien. Pues pese a la dicción del art. 639.3 LEC que impone la perito el ajustarse al valor de mercado, a mi criterio corresponde al perito evaluar la minoración que conllevará en el valor del bien embargado el expectante y no por el Secretario en liquidación registral que se ha diseñado en la LEC (posiblemente uno de los

apartados más desafortunados en la nueva regulación del procedimiento de apremio), dado que es claro en el art. 666 LEC que la operación de este fedatario se debe limitar al cálculo aritmético resultante de deducir de aquél valor «el importe total garantizado». El impacto de un expectante sobre el valor de un bien es estimativo y más adecuado para su cálculo por un perito que por el Secretario Judicial.

El juego de los arts. 657 y 666 LEC, en su redacción final tras las enmiendas que se introdujeron en el Senado⁵⁸, llevan a un resultado absurdo y, paradójicamente, generador del defecto contrario al que tenía la LEC de 1881: pues así como en la derogada Ley procesal, bajo la vigencia de un sistema de subrogación del rematante en las cargas anteriores y preferentes, se incurría en la contradicción de no realizar la minoración del importe de dichas cargas en el valor del bien a subastar, para así determinar su justo precio, ahora, bajo la vigencia también del principio de subrogación de cargas (aunque sólo por las anteriores), aquélla minoración o descuento será del «total garantizado que resulte de la certificación de cargas o, en su caso, el que se haya hecho constar en el Registro con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 657»; esto es sólo en tanto en cuanto el Registro se adapte, conforme a lo previsto «en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria» (sic: art. 657. 2 LEC) a la información facilitada por los acreedores. De manera que se pasa de un sistema en el que no se liquidaban (entendiéndose por liquidación el mero cálculo contable; no la extinción de las cargas anteriores), del valor de mercado, las cargas, a otro en el que se minorarán cargas que no existan o que pueden no existir o cuya existencia sea puramente registral. Y sólo a instancias del ejecutante. Con esta solución se produce una grave merma en la garantía que la misma ley establece a favor del ejecutado en el sentido de impedir que se malbaraten los bienes inmuebles del ejecutado no autorizando posturas inferiores al 50% del valor —art. 670.4 LEC—, pues con esta minoración, que podemos denominar registral, y por tanto en alguna medida posiblemente ficticia (en tanto que lo que publique el Registro ya puede no corresponderse con la realidad ¡¡aunque conste en el Juzgado por la información facilitada por los acreedores!!), se produce una reducción proporcional de esa garantía y de ese derecho del ejecutado. El cálculo aritmético que debe realizar el Secretario en relación a lo que conste en el Registro no se corresponde a la valoración que hay que realizar de la merma que puede provocar el expectante en el valor del bien. Que, repito, me parece más propio de la labor del perito tasador. Expectante que, por su naturaleza de derecho real de naturaleza legal no será explícito en el Registro. Defender que esa repercusión del expectante en el valor la debe calcular el Secretario tiene el inconveniente de que el mismo carecerá, que a mí me conste, de toda referencia legal para su cálculo (y el Secretario debe ajustar su actuación a criterios de legalidad), dado que las pautas que suministra la legislación fiscal (art. 26 de la Ley del impuesto sobre sucesiones y donaciones, Ley 29/1987, de 18 de diciembre), lo son para el usufructo, no para el expectante.

En definitiva el legislador no ha regulado el momento procesalmente adecuado para realizar la notificación, sino que lo que le ha preocupado es concretar el momento último para el mismo, dado que si se traspassa éste sin haberla realizado, inexcusablemente se habrá producido en el proceso una situación patológica. Bien porque realizado antes de la subasta, pero sin otorgar aquél plazo de oposición, cuando el cónyuge no deudor quisiera reaccionar se podría encontrar con que el bien está ya subastado. Y no debe quedar tranquilo el no deudor ante la suerte que pueda correr el expectante por la (aquí polémica) protección que pueda desplegar el Registro, ante futuras adquisiciones, a terceros registrales. O

(58) La redacción aprobada en el Senado responde a dos desafortunadas enmiendas del Grupo Parlamentario Popular, las números 285 y 288, con las que se trastocó el coherente sistema que había sido diseñado en el Congreso.

desde el punto de vista del postor, que podría pensar que había adquirido un bien libre de cargas y encontrarse que el mismo estaba gravado por un derecho expectante de viudedad. Por tanto de un probable valor muy inferior a aquél por el que pujó y con la perspectiva de que el titular del expectante pueda reclamar en el futuro su usufructo.

La postura correcta, entiendo, hubiera sido determinar el momento procesalmente adecuado para practicar la notificación, que no puede ser otro que tras el embargo y antes de la valoración de los bienes. Particularmente, tratándose de bienes comunes, deberá procurarse la coincidencia de dicha notificación para intentar tramitar conjuntamente esta oposición con la prevenida en el art. 541.2 LEC. Razones de economía procesal evidentemente lo aconsejan.

En todo caso lo que la norma impone es el momento último para hacer la notificación («al menos diez días hábiles antes de la celebración de la subasta», dirá la norma), ya que ese es el plazo ordinario para la oposición, de forma tal que los postores deben conocer las circunstancias jurídicas que pueden rodear el bien por el que van a pujar, no siendo aceptable que se pujan por él entendiéndolo libre y con posterioridad se hiciera valer aquél derecho expectante por el cónyuge del deudor. El uso por el no deudor, dentro de ese plazo finalísimo (tal como lo ha regulado el legislador aragonés) fatalmente conducirá a la suspensión de la subasta para poder tramitar la oposición, el incidente de viudedad.

La regulación contenida en el art. 99 LREMV está pensando en el consorcio conyugal. Y esto aporta un problema adicional, ya que como se cuida de advertir el art. 89.3 LREMV la viudedad es compatible con cualquier régimen económico, surge con el matrimonio (art. 89.1 LREMV), lo que arroja serias dudas sobre lo que acaecerá cuando se trate de enajenaciones judiciales respecto a bienes inmuebles de un cónyuge cuyo matrimonio esté sometido al régimen de separación de bienes, al que las previsiones contenidas en el apartado 1 del art. 99 LREMV no serán directamente aplicables. Esta es una de las novedades más llamativas de la Ley aragonesa, que tiene una mayor trascendencia práctica y a la que los Juzgados tendrán que prestar una especial atención: tanto en el régimen de separación de bienes como en el consorcio con relación a los bienes privativos, hay que hacer la notificación prevenida en el art. 99.2 LREMV. Y aquí surge quizá uno de los inconvenientes más graves de esta regulación, pues la condición del estado civil de casado en los titulares de bienes privativos es dato que habitualmente se desconocerá, sobre todo en relación con los adquiridos antes de contraer matrimonio. El Registro de la Propiedad no permite conocer su estado civil actualizado al tiempo del apremio. Es fácil imaginar, que por desconocimiento por parte de todos, se realizarán bienes privativos sin notificación al cónyuge no titular. En tanto no se perfeccione la (silente) publicidad del Registro Civil, la actual regulación hará inevitables esos problemas, con daño evidente a la seguridad jurídica en el tráfico jurídico forzoso.

2. El embargo del usufructo de viudedad

Con relación al derecho de usufructo, al igual que en la Compilación, es inembargable. Lo afirma expresamente el art. 108.1 LREMV, y esa consecuencia sería resultado inexorable de su inalienabilidad, pues esa es una nota inexcusable de todo derecho que se quiera embargar, (art. 605.1 LEC) dado que el procedimiento de apremio ha de finar con la transmisión al rematante del derecho de propiedad.

Sólo hay una excepción a este supuesto, y es el contemplado en el art. 108.3 LREMV, referido sólo al usufructo de bienes determinados cuando se embargue conjuntamente con

la nuda propiedad. Esto implica que se trate de supuestos de deuda común entre los nudos propietarios y el usufructuario.

Embargo conjunto no parece exigir necesariamente el embargo simultáneo, aunque será muy difícil que no sea así. Y cuando no lo sea tiene que resultar la inminencia de la afección de ambos derechos. En todo caso el embargo del derecho expectante está vinculado al de la nuda propiedad, de forma que su perfección sólo se alcanzaría con la de este último. En cualquier caso inaccesible al registro sin la afección conjunta.

Junto a ese supuesto de deuda común habrá que admitir los supuestos de concurrencia de deuda y responsabilidad. Pues siendo los gastos de conservación a cargo del usufructuario (art.108.3 LREM) puede darse en ocasiones una afección legal del bien usufructuado a la atención de aquellos gastos de conservación. Será el supuesto del art. 9.1 e), pfo tercero de la Ley de 21 de julio de 1960 de propiedad horizontal⁵⁹, en el que se establece una afección legal del piso o local al cumplimiento de la obligación de contribuir a los gastos de mantenimiento, con la que vuelve a adquirir relevancia la distinción entre deuda y responsabilidad⁶⁰.

Esto quiere decir que es posible el embargo del derecho de viudedad siempre que se haga valer esa afección, lo que obligatoriamente conllevará la necesidad de llamar al proceso (aunque sea al de ejecución: art. 538.3 LEC, al margen de las dudas sobre la constitucionalidad de la norma) a los nudos propietarios, dado que la desmembración de las utilidades del dominio no puede erigirse en un obstáculo para la virtualidad de esa afección. Por tanto el usufructuario que no atienda los gastos de conservación podrá ver como se le embarga su usufructo de viudedad siempre que sean llamados al proceso (aunque sea de ejecución) a los nudo propietarios⁶¹.

Podríamos pensar en la posibilidad de embargo en otro supuesto específico: el del usufructo de dinero (art. 117 LREM). Pues en el mismo se reconoce a favor del viudo la facultad de su disposición, con lo que se daría la nota de la alienabilidad exigida en el art. 605 LEC antes citado. La respuesta tiene que ser negativa pues la inembargabilidad resulta no sólo de la nota de la inalienabilidad sino también de la inembargabilidad por expresa disposición legal (art. 605.4 LEC), lo que es el caso por disponer expresamente esa característica de este derecho el art. 108 de la Ley Aragonesa.

(59) Guilarte Gutiérrez, Vicente en la obra colectiva «la reforma de la propiedad horizontal», edit. Lex Nova 1999, pág. 147, a propósito de la naturaleza jurídica de esta afección razonará que «...no estamos ante una hipoteca legal, tácita o expresa, al no existir la concreta tipificación de la misma por el legislador», considerando por el contrario que «resulta más descriptiva la clásica configuración de la obligación que examinamos como obligación «propter rem»; es decir...se colige la existencia de una obligación atípica —la surgida con ocasión de los gastos generales— en cuanto que el sujeto pasivo obligado a la prestación, **responsable de la misma diríamos con más precisión**, queda determinado en función de la relación dominical en que se encuentra respecto de una determinada cosa —la vivienda o local—».

(60) La Dirección General de los Registros y del Notariado la ha calificado de «verdadera afección del piso o local, en garantía del pago de las cuotas por gastos comunes, que opera con alcance *erga omnes*, esto es, cualquiera que sea el titular del inmueble y las cargas sobre él constituidas» (resoluciones de 9 de febrero de 1987 y de 5 de enero de 1997).

(61) La sentencia de la AP de Zaragoza de 23 de diciembre de 1996 razonaría sobre este particular que «el adquirente no puede ser directamente demandado para reclamarle el pago de las cuotas debidas por el anterior titular sino solamente para obligarle a soportar la declaración de sujeción del piso y la posterior ejecución que eventualmente pudiera llevarse a cabo sobre su propiedad». En la actualidad ello sería posible hacerlo sólo en el proceso de ejecución con base al citado art. 538 LEC. Otra cosa es que las meras previsiones de este precepto puedan no satisfacer las exigencias constitucionales a un proceso debido (problema que no se plantea, como reiteradamente he razonado, en relación a la responsabilidad de los bienes comunes). Lo que sólo podrá aclarar la jurisdicción de amparo.

Intervención de D. Francisco CURIEL LORENTE

**LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO
PARA LA PUBLICIDAD REGISTRAL DEL EMBARGO JUDICIAL
DE BIENES INMUEBLES DE PERSONAS CASADAS**

Es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en lo sucesivo D.G.R.N., que el embargo supone la afección de un bien a un proceso de ejecución; mediante él se concreta sobre un bien determinado, al menos de momento, la responsabilidad que el deudor tiene de responder del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1.911 del Código Civil, en lo sucesivo C.c.). Al contrario que la hipoteca, el embargo no supone afección del bien trabado al crédito del ejecutante; éste sólo percibirá lo obtenido por la realización del bien para el pago de su crédito si no se han interpuesto y prosperado tercerías de mejor derecho.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo sucesivo LEC, se refiere también al embargo como afección de un bien al proceso de ejecución (art. 584), y lo entiende hecho desde que se decreta por resolución judicial o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia del embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de publicidad de la traba (art. 587,1).

Para desvanecer las dudas que el anterior 1.453 de la LEC había suscitado, la nueva LEC deja claro que la publicidad no es requisito del embargo y que sólo a instancia del ejecutante expedirá el Juez mandamiento de embargo para que la anotación se practique en el Registro de la Propiedad cuando ello proceda (art. 629,1).

Todo ello, claro está, sin perjuicio de las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas (art. 587,2).

Si, practicado un embargo y no anotado en el Registro de la Propiedad, un tercero de buena fe que lo desconozca adquiere el bien a título oneroso del titular registral e inscribe su derecho en el Registro, no se verá afectado por la traba; su adquisición impedirá, además, la inscripción que se derive del proceso de ejecución por aplicación del principio del tracto sucesivo (art. 20 de la Ley Hipotecaria, en lo sucesivo L.H.).

Practicada la anotación de embargo en el Registro, el titular registral puede seguir realizando actos dispositivos sobre el bien embargado, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación (art. 71 L.H.). Los asientos que tales actos dispositivos hayan producido, si no traen causa de asientos anteriores al de anotación y la ejecución sigue adelante, serán cancelados en virtud del mandamiento que al efecto expida el Juez que la tramite.

El legislador ha querido desde 1992 (R.D. 1.368 de 13 de Noviembre) que la eficacia cancelatoria derivada de la anotación de embargo en virtud del principio de purga que rige en los procedimientos de ejecución, alcance no sólo a los actos dispositivos realizados por el dueño de la finca embargada con posterioridad a la anotación de embargo, sino también a los actos dispositivos realizados por la persona embargada con anterioridad al embargo que hayan llegado al Registro después de la anotación de embargo (art. 175,2 R.H.), salvo que prospere la tercería de dominio interpuesta en tiempo hábil. Al titular del dominio rezagado se le obliga así a acudir a la tercería de dominio si no quiere ver perjudicado su derecho, dejando a salvo las acciones que le competan por resarcimiento o enriquecimiento injusto o nulidad de la ejecución (arts. 593 y 594 LEC).

Por todo ello la publicidad de la traba de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad resulta fundamental y ha de recomendarse a todo ejecutante.

Del tema que hoy nos ocupa voy a referirme únicamente a los requisitos que, por exigencias del principio hipotecario de tracto sucesivo (art. 20 L.H.), es decir, en función de la titularidad dominical que el Registro publique, ha de reunir el documento judicial que ordene la anotación del embargo de un bien inmueble en el Registro de la Propiedad. Para ello centraré mi atención en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, en lo sucesivo R.H., (su redacción actual data del R.D. 1.867/1998 de 4 de septiembre), refiriéndome también a la doctrina de la D.G.R.N. sobre el mismo y a los preceptos de la Ley Aragonesa 2/2.003, de 12 de Febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, en lo sucesivo LEREM, que tengan relación con el referido precepto reglamentario.

Antes que nada debo decir, y es un dato a tener muy en cuenta, que, a día de hoy, 4 de noviembre de 2003, no se ha dictado por la D.G.R.N. ninguna resolución que resuelva recurso interpuesto contra nota de calificación registral extendida con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva LEC (8 de enero de 2001). Ignoro por ello si el art. 538 y sus concordantes de la nueva LEC modificarán en algún sentido los criterios de la D.G.R.N. en el tema que nos ocupa.

Para facilitar la exposición distinguiré tres situaciones: A. Sociedad conyugal no disuelta; B. Sociedad conyugal disuelta y no liquidada; y C. Sociedad conyugal disuelta y liquidada, refiriéndome por último al supuesto de que el bien embargado sea la vivienda habitual de la familia.

A) SOCIEDAD CONYUGAL NO DISUELTA

El acreedor ha de reclamar el pago de quien contrajo con él la deuda: uno o los dos cónyuges, salvo que, contraída solidariamente por ambos, el acreedor decida dirigir la acción sólo contra uno de ellos. En principio la presunción es de mancomunidad (art. 1.137 C.c.).

Contraída la deuda por los dos cónyuges y dirigida la demanda contra ambos (no cabe despachar ejecución frente a la comunidad de gananciales, art. 541,1 LEC), puede el acreedor solicitar el embargo de bienes comunes o de bienes privativos de cualquier cónyuge indistintamente, porque la Ley no establece gradación de responsabilidad entre las distintas clases de bienes, sino la responsabilidad simultánea de todos ellos (arts. 37,3 LEREM, y 1.362, 1.369 y 1.373 C.c.).

En estos casos la anotación del embargo en el Registro no ofrece problema alguno, sea cual sea la titularidad que el mismo proclame, pues se cumplen las exigencias del principio de tracto sucesivo al estar demandados los dos cónyuges.

Si la deuda la ha contraído sólo uno de los cónyuges el acreedor ha de dirigir la demanda contra él como deudor, pudiendo solicitar el embargo de bienes privativos del mismo o de bienes comunes indistintamente (arts. 38,1, 42,1, a 43 LEREM, y 1.365, 1.368, 1.369 y 1.373 C.c.). Excepcionalmente, si la deuda se contrajo para atender las atenciones legítimas a que se refiere el artículo 36,1 de la LEREM, el acreedor puede también pedir el embargo de bienes privativos del cónyuge no deudor (art. 38,2 LEREM).

El hecho de que el acreedor pueda solicitar el embargo de esa clase de bienes indistin-

tamente, no quiere decir que el Juez vaya a decretarlo sin más. A falta de pacto entre acreedor y deudor, el artículo 592 LEC establece que el Juez embargará bienes del ejecutado teniendo en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado; en su defecto, la LEC fija un orden para el embargo de bienes.

Aparte de ello la LEREM contempla dos supuestos en los que el embargo de cierta clase de bienes ha de decretarse sólo para el caso de que no existan en el matrimonio otros bienes que el legislador estima preferentemente responsables frente a la deuda contraída por uno solo de los cónyuges:

- De las deudas privativas del cónyuge deudor (se consideran deudas privativas las que no deben ser soportadas por el patrimonio común y, en particular, las anteriores al consorcio y las deudas y cargas por razón de sucesiones y donaciones: art. 41 en relación con el art. 36 LEREM) responden en primer lugar sus bienes privativos y, sólo en el caso de que no existan o de que sean insuficientes, responden los bienes comunes.
- De las deudas contraídas para satisfacer las atenciones legítimas a que se refiere el art. 36,1,a, responden los bienes privativos del cónyuge no deudor, en defecto de bienes comunes y de bienes privativos del cónyuge deudor (art. 38). Conviene recordar que la responsabilidad de los bienes privativos del cónyuge no deudor por ese tipo de deudas es consecuencia de la norma imperativa de régimen económico matrimonial primario establecida en el art. 7 de la LEREM: «Marido y mujer responden solidariamente, frente a terceros de buena fe, de las obligaciones contraídas por uno de ellos para atender a la satisfacción de las necesidades familiares».

En estos supuestos en los que se establece la gradación de responsabilidad es a los cónyuges a quienes compete poner de manifiesto la existencia de bienes suficientes en la masa prioritariamente responsable y el Juez, en definitiva, quien decide qué bienes deben ser embargados, sin que dicho extremo pueda ser calificado por el Registrador.

Cuando la deuda la contrae uno solo de los cónyuges, las exigencias para que el embargo se anote en el Registro varían en función de quien aparezca como titular del mismo en el Registro. Distinguiremos por ello varios supuestos:

1. Bienes consorciales o presuntivamente consorciales

Se trata de aquéllos que han sido adquiridos:

- por ambos cónyuges con carácter consorcial.
- por ambos cónyuges en forma conjunta y sin atribución de cuotas.
- por uno solo de los cónyuges, con carácter oneroso, para la sociedad de consorciales.
- por uno solo de los cónyuges, con carácter oneroso, sin expresar que adquiere para la sociedad conyugal, en cuyo caso la inscripción deberá haberse practicado con carácter presuntivamente ganancial o consorcial a favor del cónyuge adquirente.

En todos estos supuestos basta que uno de los cónyuges, sea o no el adquirente, aparezca demandado y que el embargo haya sido notificado al otro cónyuge para que la anotación del embargo se practique en el Registro (art. 144,1 R.H.).

El supuesto más problemático es el último contemplado; pero también para él el art.

144 R.H., tras su reforma por R.D. 1.867/1998 de 4 de septiembre, realizada con la plena conformidad del Consejo General del Poder Judicial según indica la Exposición de Motivos, estima que basta con que la demanda se dirija contra el cónyuge deudor, sea o no quien adquirió el bien, y se notifique el embargo al cónyuge no deudor para que el embargo pueda anotarse en el Registro.

En el ámbito de la comunidad aragonesa éste será también el criterio a seguir en estos casos, pues el legislador aragonés, que se refiere en el art. 48,7 LEREM a actos de modificación inmobiliaria sobre bienes inscritos con carácter presuntivamente consorcial, estableciendo que dichos actos deberán ser otorgados por el cónyuge adquirente, no establece ninguna norma específica para el tema que ahora tratamos.

Anotado el embargo sobre el bien consorcial, si el cónyuge no deudor estima que de la deuda no deben responder los bienes consorciales por ser privativa del cónyuge deudor puede: o soportar la ejecución y no hacer nada; o tratar de demostrar en el procedimiento del art. 541 de la LEC que la deuda no debe ser soportada por el bien consorcial; si el acreedor demuestra que sí debe éste soportarla, el cónyuge aragonés puede pedir: bien la liquidación del consorcio, sin disolución del mismo, al exclusivo fin de constatar el valor que ha de quedarle a salvo; bien la disolución del consorcio y la división de los bienes comunes.

En el primer caso la ejecución dejará a salvo el valor que corresponda al cónyuge no deudor; en el segundo, el embargo deberá concretarse y recaer sobre la participación indivisa adjudicada, en su caso, en la división al cónyuge deudor, lo que deberá realizarse mediante la correspondiente resolución judicial y mandamiento dirigido al Registrador.

2. Bienes inscritos en parte como consorciales o presuntivamente consorciales y en parte como privativos

Si el cónyuge deudor es el titular de la participación privativa y contra él se ha dirigido la demanda habiéndose embargado la totalidad del bien, bastará que el embargo se haya notificado al otro cónyuge para que la anotación se practique en el Registro sobre la totalidad del bien.

Por el contrario, si la demanda se dirige —por ser él el deudor— contra el cónyuge no titular de la participación indivisa privativa, respecto de dicha participación no basta con la notificación del embargo al cónyuge titular de la misma, habiendo de denegarse la anotación respecto de dicha participación por exigencias del principio del tracto sucesivo.

3. Bienes inscritos con carácter privativo a favor de un cónyuge, bien por haberlos adquirido a título lucrativo, bien por haberlos adquirido a título oneroso acreditando cumplidamente el carácter privativo del precio o de la contraprestación

Sólo será anotable el embargo en el Registro cuando la demanda se dirija contra el cónyuge titular registral, no siendo menester la notificación del mismo al cónyuge no titular, salvo cuando se trate de la vivienda habitual de la familia como veremos posteriormente. Ello sin perjuicio de los efectos que de la ausencia de notificación del embargo puedan derivarse en cuanto a la subsistencia, en su caso, del derecho expectante de viudedad del cónyuge no deudor si llega a enajenarse el bien ejecutado (vid. art. 99 LEREM).

4. Bienes inscritos con carácter privativo a favor de un cónyuge, cuando la privatividad resulte sólo de la confesión del consorte

Según el art. 95,4 R.H.: «Si la privatividad resultare sólo de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor de haga aquélla. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia».

Cuando los bienes aparezcan inscritos de ese modo el embargo será anotable si la demanda se hubiere dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor (art. 144,2 R.H.).

La D.G.R.N. (Ron. de 13 de febrero de 1999) ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente respecto de la anotación de embargo ordenada sobre un bien inscrito del modo indicado en este epígrafe. La demanda se dirigía, como deudor, contra el cónyuge del titular registral. A éste se le había notificado el embargo.

Tras señalar la D.G.R.N. que la declaración de privatividad es un medio de prueba que opera sólo en la esfera interconyugal, sin desvirtuar la presunción de ganancialidad del art. 1.361 C.c., y de plantear los diversos problemas que se seguirían de considerar aplicable o no el régimen de ganancialidad o privatividad del bien, bastando en el primer caso con notificar el embargo trabado al cónyuge titular, llega a la conclusión de que, ante la indeterminación que se produce en la titularidad del bien, lo más respetuoso con el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses, con los principios registrales de tracto y salvaguardia judicial de los asientos del Registro de la Propiedad y con las exigencias de la seguridad del tráfico, será adoptar la solución que garantice suficientemente los derechos de todos los interesados, tanto si el bien es efectivamente privativo como ganancial, lo que por otra parte asegurará la inatacabilidad de la ejecución.

En consecuencia no estima suficiente la notificación del embargo al cónyuge titular registral, exigiendo demanda conjunta contra ambos cónyuges.

El legislador aragonés ha seguido un criterio diferente en este punto. El art. 32 de la LEREM establece: «1. Se considerará privativo un bien determinado cuando la atribución por un cónyuge de tal carácter al dinero o contraprestación con que lo adquiriera sea confirmada por declaración o confesión del otro, que habrá de constar en documento público si ha de acceder al Registro de la Propiedad. 2. La titularidad y libre disposición del bien así adquirido, aun fallecido el otro cónyuge, no puede quedar afectada o limitada sino por el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a acreedores y legitimarios en defensa de su derecho».

Tratándose de cónyuges sometidos a la Ley Aragonesa no se plantearán, pues, los problemas a que alude la resolución a que acabo de referirme, porque el legislador aragonés ha decidido que el bien así adquirido tenga la consideración de privativo del cónyuge adquirente a todos los efectos. Y, en consecuencia, sólo cuando la demanda se dirija contra él el embargo podrá ser anotado en el Registro.

5. Bienes inscritos a favor de un cónyuge aragonés con carácter privativo por haberle atribuido ese carácter ambos cónyuges en escritura pública en el momento de su adquisición

Es el supuesto contemplado por el art. 33 de la LEREM.

El bien así adquirido tiene el carácter de privativo del cónyuge adquirente a todos los efectos, sin perjuicio, en su caso, de los derechos de reembolso o reintegro entre los patrimonios privativos y el común a que haya lugar. Sólo si la demanda se dirige contra el titular registral se anotará el embargo en el Registro.

6. Bienes inscritos a favor de un cónyuge aragonés con carácter privativo al amparo del art. 31 de la LEREM

Dice el referido precepto: «1. Adquirido bajo fe notarial dinero privativo, se presume que es privativo el bien que se adquiera por cantidad igual o inferior en escritura pública autorizada por el mismo Notario o su sucesor, siempre que el adquirente declare en dicha escritura que el precio se paga con aquel dinero y no haya pasado el plazo de dos años entre ambas escrituras. 2. La presunción admite en juicio prueba en contrario».

Al contrario que en los supuestos de los artículos 32 y 33 de la LEREM, en el que ahora contemplamos no intervienen ambos cónyuges, sino sólo el adquirente.

El carácter esencialmente fungible del dinero hace muy difícil probar que el dinero adquirido privativamente por un cónyuge en un momento anterior es precisamente el mismo que dicho cónyuge utiliza en un momento posterior para realizar una adquisición privativa.

Baste recordar el supuesto de hecho de la Ron. de la D.G.R.N. de 7 de diciembre de 2000. El cónyuge comprador manifiesta en la escritura pública de compraventa que adquiere con carácter privativo por haber efectuado el pago con dinero procedente de la donación que sus padres le han hecho en la escritura pública que aporta. En dicha escritura de donación se anunciaba que el dinero se destinaría a la compra del piso que posteriormente se adquiere. El Registrador inscribe con carácter presuntivamente ganancial por no acreditarse de manera indubitada que el dinero empleado en el pago del precio por el adquirente tenga aquél carácter.

Interpuesto recurso contra la calificación del Registrador, la D.G. confirma el criterio de éste. El art. 95 R.H. permite la inscripción con carácter privativo cuando el carácter privativo del precio o de la contraprestación se justifique mediante prueba documental pública. En el caso contemplado sólo se prueba que se adquirió un dinero privativo, mas no que éste es el que se está utilizando en la adquisición posterior, sin que basten las manifestaciones realizadas al efecto por el cónyuge para destruir la presunción de ganancialidad.

Ante estas dificultades y tratando de encontrar remedio para un problema que el tráfico jurídico plantea, el legislador aragonés ha creído oportuno introducir una presunción iuris tantum de privatividad en el art. 31 citado.

El bien así adquirido por un cónyuge aragonés se inscribirá en el Registro con carácter privativo a favor del cónyuge adquirente, haciéndose constar en el asiento: 1. La fecha de la escritura en virtud de la cual se adquirió el dinero privativo y la cantidad a que ascien-

de. Y 2. La manifestación expresa del cónyuge adquirente de que el precio se paga con aquél dinero.

Mientras la presunción no se desvirtúe el bien tiene carácter de privativo y, en consecuencia, sólo cuando el procedimiento de ejecución se entable contra el titular registral podrá anotarse el embargo en el Registro.

B) SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA Y NO LIQUIDADADA

«Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos» (art. 144,4 R.H.).

Es doctrina reiterada de la D.G.R.N. que, disuelta y no liquidada la sociedad conyugal, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que puedan disponer separadamente, sino que su participación se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación que requiere la actuación conjunta de ambos cónyuges o sus herederos hasta que se produzca la división (entre otras, Ronés. de 8 de julio de 1991, 28 de febrero de 1992 y 9 y 10 de octubre de 1998).

Por ello, el art. 144,4 R.H. en su párrafo primero exige, para que el embargo se anote en el Registro, que la demanda se dirija contra ambos cónyuges o sus herederos.

Con igual criterio, el art. 70,1 de la LEREM, establece que «hasta la división, el patrimonio común responde del pago de las deudas comunes, pero los acreedores que pretenden cobrar una deuda de esta naturaleza sobre bienes comunes habrán de proceder contra ambos cónyuges o sus herederos».

Conviene recordar que, **en caso de fiducia**, la delación de la herencia no se entiende producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción (art. 133,2 de la Ley Aragonesa de Sucesiones por Causa de Muerte, en lo sucesivo LSPCM). En esta situación de herencia yacente, la administración y representación del patrimonio hereditario corresponderá, según los casos, al cónyuge viudo o al fiduciario o fiduciarios en los términos que expresa el art. 134 de la citada Ley. **En el ámbito procesal, el administrador está legitimado activa y pasivamente respecto de cualesquiera acciones referidas al patrimonio hereditario** (art. 137,2 LSPCM).

La legitimación pasiva que los arts. 144,4 R.H. y 70,1 de la LEREM establecen sólo tendrá lugar cuando se pretenda embargar la totalidad del bien; porque, lógicamente, no se veda la actuación dirigida particularmente contra un cónyuge o sus herederos por parte de sus acreedores privativos, si bien en estos casos el embargo habrá de pretenderse y decretarse sobre los derechos que al deudor correspondan sobre un bien concreto en la división del consorcio (art. 70,2 LEREM).

Sostiene la D.G.R.N. (entre otras, Ronés. de 8 de julio de 1991, 9 y 10 de octubre de 1998 y 23 de diciembre de 2002) que si se embargan los derechos que puedan corresponder sobre un bien concreto a uno de los cónyuges en la liquidación de la sociedad conyugal, el objeto embargado carece de sustantividad jurídica y no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial. Y entiende que lo pro-

cedente es solicitar el embargo de la cuota global que a un cónyuge o a sus herederos les corresponde sobre la masa de bienes.

Como la propia D.G.R.N. ha puesto de relieve (Ron. de 23 de diciembre de 2002), el embargo de cuota en un patrimonio en liquidación es una medida cautelar que no produce más efectos que el de anticipar el embargo sobre bienes futuros que se adjudiquen —si se adjudican— al deudor en la división del caudal. El procedimiento debe suspenderse hasta la división, pues la cuota trabada no es susceptible de ejecución forzosa.

En el procedimiento de ejecución el embargo ha de concretarse necesariamente sobre bienes específicos. Si se pretende que el embargo se publique en el Registro de la Propiedad ha de recaer sobre bienes inmuebles. Hasta tanto se proceda a la división, se embargue la cuota o se embarguen los derechos que al deudor puedan corresponder sobre un bien concreto, la anotación puede practicarse en el Registro, pero el procedimiento no puede seguir adelante hasta que la liquidación y división de la sociedad conyugal se lleve a efecto, pues sólo entonces podrá saberse la participación que al deudor corresponde, en su caso, en el bien embargado, haciendo posible su avalúo y subasta. El trámite divisorio es, pues, imprescindible, se embargue la cuota o se embarguen los derechos que sobre el bien se adjudiquen al deudor en la división del consorcio. En ningún caso, hasta que la división se realice, existe «objeto de derecho susceptible de enajenación judicial». No se comprende por ello porqué la D.G.R.N. proscriba una fórmula y no la otra, cuando en la práctica judicial y registral se ha impuesto la de embargar los derechos que sobre un bien concreto se adjudiquen al deudor en la división del consorcio, probablemente porque para los terceros resulta más clara que el embargo de cuota, toda vez que ésta puede inducir a creer, erróneamente, que el embargo recae sobre la mitad indivisa de la finca.

El legislador aragonés (art. 70,2 LEREM) parece participar del mismo criterio, permitiendo que los acreedores procedan «contra los derechos que a su deudor puedan corresponder sobre bienes concretos» tras la liquidación y división del consorcio.

C) SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA Y LIQUIDADA

En esta situación, el embargo será anotable si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del embargo al cónyuge titular, antes del otorgamiento de aquélla (144,4, párrafo segundo R.H.).

El párrafo ha sido introducido por R.D. 1.867/1998 de 4 de septiembre, sin que en la Exposición de Motivos se dé explicación alguna sobre las razones de su introducción ni de su alcance.

En su redacción anterior, tras la reforma introducida por R.D. 1.368/1992 de 13 de noviembre, el art. 144 no se refería a la situación de comunidad conyugal disuelta y liquidada. Se aplicaba, en consecuencia, el art. 140,1 del R.H., en virtud del cual si la propiedad de la finca embargada aparecía inscrita a favor de persona distinta de aquélla contra la que se hubiere decretado el embargo, había que denegar la anotación.

Ello acarreaba serios problemas a los acreedores de un cónyuge que, con posterioridad a contraer la deuda, otorgaba escritura de capítulos matrimoniales en la que los bienes de mayor valor y más fácilmente realizables se adjudicaban al cónyuge no deudor.

Frente a quienes sostenían que el precepto reglamentario debía entenderse derogado por normas de superior rango (arts. 1.317 y 1.410 del C.c.), al hacer inviable la anotación de embargo sobre bienes exgananciales adjudicados al cónyuge no deudor al no ser posible demandar a éste en el procedimiento por carecer de legitimación pasiva para ello, otros autores y la propia D.G.R.N. sostuvieron que no cabía confundir la responsabilidad por deudas de bienes exgananciales y las exigencias establecidas para dar publicidad al embargo recayente sobre bienes de aquella naturaleza. El R.H. no desconoce la primera, pero exige la intervención en las actuaciones del cónyuge no deudor titular registral.

Se trataba, en definitiva, salvando los límites estrictos de la legitimación pasiva procesal, de poder traer al proceso no sólo a quien resultase deudor según el título de ejecución, sino también a quien apareciese como dueño de un bien que, por disposición de la Ley, debía soportar la ejecución si la deuda no se pagaba.

El problema era que la D.G.R.N. no se conformaba con la notificación del embargo al cónyuge no deudor o con el traslado a éste de la demanda a los solos efectos del art. 144 R.H.

La D.G.R.N., no obstante, mitigó las exigencias derivadas del principio de tracto sucesivo y permitió que el embargo sobre bien exganancial se anotase en el Registro, aun sin demanda contra el titular registral, bastando sólo que se le notificase previamente el embargo, en dos supuestos:

1. Cuando de la deuda reclamada debían responder los bienes exconsorciales por haberse declarado así en sentencia dictada en juicio declarativo en el que hubieran sido parte los dos cónyuges (Ron. de 28 de octubre de 1987).
2. Cuando en el momento de realizarse el embargo del bien no fuese oponible a terceros de buena fe el cambio de régimen económico en cuya virtud se hubiese producido la liquidación de la comunidad conyugal y la adjudicación del bien consorcial al cónyuge no deudor. Dicha oponibilidad se produce desde el momento en que el cambio de régimen económico aparezca indicado en el Registro Civil (arts. 77,2 de la Ley del Registro Civil y 266 de su Reglamento) o conste en el Registro de la Propiedad dicha modificación (entre otras, Rones. de 24 de septiembre de 1987 y 25 de marzo de 1988).

Si el primer supuesto no ofrecía dificultad alguna, porque el cambio de régimen económico no altera la responsabilidad a que están afectos los bienes que integran, antes de la modificación, las diferentes masas patrimoniales, el segundo fue objeto de críticas porque implicaba vulneración de las exigencias de los principios hipotecarios de legitimación, tracto sucesivo, inoponibilidad y prioridad y porque colocaba al cónyuge titular registral y no deudor en una situación de clara indefensión al tener que soportar la ejecución sin poder demostrar el carácter no ganancial de la deuda, sin que por otro lado le cupiese el recurso previsto en el art. 1.373 del C.c. de que el embargo se concretase a la parte que ostentase el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, porque el art. 1.373 se refiere a una sociedad conyugal no disuelta y en el caso que ahora se contempla la sociedad conyugal ya está disuelta y liquidada.

Quizás estas razones se tuvieron en cuenta para dar nueva redacción al art. 144,2, párrafo segundo del R.H. en los términos que antes hemos señalado.

A la vista del mismo, de los dos supuestos en que la D.G.R.N. había admitido que el embargo se anotase sobre bienes exconsorciales, aun cuando la demanda no se hubiese diri-

gido contra el cónyuge no deudor, parece que sólo subsistiría el primero; es decir, cuando la deuda reclamada deba ser soportada por el bien exconsorcial.

Como he indicado anteriormente, la división del haber consorcial, tras el cambio de régimen económico, no modifica la responsabilidad por deudas que correspondía a los patrimonios privativos y al común (art. 86 LEREM; 1.317 y 1.401 del C.c.).

Según el citado art. 86, el cónyuge no deudor o sus herederos responden solidariamente de las deudas comunes, pero exclusivamente con los bienes que les hayan sido adjudicados, aunque no se haya hecho inventario (el C.c. —art. 1.401— establece incluso la responsabilidad de los bienes privativos del cónyuge no deudor si no se ha hecho inventario). Si dichos bienes no son suficientes, responde con su propio patrimonio del valor de lo adjudicado que haya enajenado o consumido, así como del valor de la pérdida o deterioro de los bienes recibidos.

Acreditada la responsabilidad de los bienes exconsorciales por razón de la deuda reclamada, aquéllos deben soportar la ejecución. Sorprende por ello que el nuevo art. 144,4 exija, además, como requisito concurrente y no alternativo, que la notificación del embargo al cónyuge no deudor haya tenido lugar antes de la liquidación de la sociedad.

El incumplimiento de este requisito fue el motivo aducido por la Registradora para denegar la anotación de embargo solicitada, en la nota de calificación que dio lugar a la Ron. de la D.G.R.N. de 3 de junio de 2002.

Se trataba de un procedimiento administrativo de apremio por deudas derivadas del impago de cuotas a la Seguridad Social, devengadas constante la sociedad de gananciales, por explotación de un negocio del esposo.

La D.G.R.N. no accede a la pretensión del recurrente porque no basta la sola afirmación de la Recaudación de que las deudas son de cargo de la sociedad de gananciales; es menester que tal declaración se haga judicialmente, al no existir presunción de ganancialidad pasiva. No se pronuncia, sin embargo, sobre el motivo aducido en la nota de calificación, de ser la notificación del embargo posterior a la liquidación de la sociedad conyugal.

Respecto de la nueva redacción del art. 144,4, párrafo segundo, se ha pronunciado la Ron. de la D.G.R.N. de 18 de febrero de 2002, viniendo a sostener, «sin prejuzgar sobre el acierto de la literalidad de aquélla»: 1.º) Que la declaración de la ganancialidad de la deuda sólo puede realizarse en juicio declarativo seguido contra ambos esposos. 2.º) Que no tiene sentido debatir sobre si la palabra «aquélla» se refiere a la liquidación o a la ejecución, porque el precepto reglamentario no puede entenderse sino en conexión con la doctrina anterior, conforme a la cual cabe anotar el embargo sobre bienes exconsorciales adjudicados al cónyuge no deudor en procedimiento dirigido contra el cónyuge deudor siempre que la traba y su notificación se hubiesen producido antes de que la disolución de la sociedad de gananciales hubiese producido efectos frente a terceros de buena fe.

Esta resolución, dictada a consecuencia de nota de calificación extendida el 30 de junio de 1999 (con anterioridad, por tanto, a la entrada en vigor de la nueva LEC), parece dar a entender que el art. 144,2, párrafo segundo, habría recogido las dos hipótesis de modalización del tracto a que antes hacíamos referencia.

No parece, sin embargo, que sea ésta la interpretación que se desprende de la redacción del referido párrafo; éste parte de la responsabilidad del bien por razón de la deuda reclamada, con lo que estamos en el ámbito del primer supuesto de modalización, exi-

giendo, como requisito concurrente y no alternativo, que la notificación del embargo al cónyuge no deudor se haya hecho antes de la liquidación de la sociedad conyugal.

Establecida en el C.c. y en la LEREM la responsabilidad de estos bienes sin salvedad alguna, carecería de sentido exigir que la notificación del embargo se haya realizado al cónyuge no deudor antes de la liquidación de la sociedad conyugal. En este punto el Reglamento Hipotecario contravendría preceptos sustantivos.

Hay que tener presente, además, que **la responsabilidad de tales bienes la proclama la Ley con prioridad a los derechos de los partícipes de la sociedad conyugal disuelta**, los cuales podrán repetir frente a los demás partícipes si se consideran perjudicados (art. 86,3 LEREM; y 1.399, 1.400 y 1.403 C.c.).

Incidencia, sobre el tema que nos ocupa, de las nuevas normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Decía anteriormente que, al no haberse dictado todavía resoluciones de la D.G.R.N. que resolviesen recursos contra notas de calificación extendidas con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, ignoraba si los arts. 538 y concordantes de dicha Ley harían variar los criterios mantenidos por la D.G.R.N. acerca de las anotaciones de embargo recayentes sobre bienes consorciales o exconsorciales cuando al interponerse la demanda ejecutiva la sociedad conyugal está ya disuelta. Veamos brevemente porqué.

El art. 538,1 de la LEC establece que «son parte en el proceso de ejecución la persona o personas que piden y obtienen el despacho de la ejecución y la persona o personas frente a las que ésta se despacha».

Son requisitos de la demanda ejecutiva, entre otros: la indicación del título en que se funde y la expresión de la «persona o personas frente a las que se pretende el despacho de la ejecución, por aparecer en el título como deudores o por estar sujetos a la ejecución según lo dispuesto en los arts. 538 a 544 de la LEC» (art. 549 LEC).

Destaca la doctrina como características del procedimiento ejecutivo que en él el actor debe aportar un título ejecutivo, pues en otro caso la ejecución no puede despacharse aunque el actor afirme tener derecho a ella. Y también que es únicamente el Juez, con el despacho de la ejecución, quien decide quiénes son partes de dicho proceso (dice el art. 538,1 LEC que es parte «**quien pide y obtiene**» y «la persona frente a la quien ésta se despacha»).

Precisa el art. 538,2 de la LEC que «a instancia de quien aparezca como acreedor en el título ejecutivo, sólo podrá despacharse ejecución frente a lo siguientes sujetos:

- Quien aparezca como deudor en el mismo título (n.º 1).
- Quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal afectación derive de la Ley o se acredite mediante documento fehaciente. La ejecución se concretará, respecto de esta persona, a los bienes especialmente afectos (n.º 3).

La doctrina considera incluidos dentro de este apartado n.º 3 (**expansión subjetiva de la ejecución**) a los terceros poseedores de bienes hipotecados o embargados, al hipotecante no deudor y al adquirente de viviendas o locales en Régimen de Propiedad Horizontal por deudas a la Comunidad correspondientes a la anualidad en la que tenga lugar la adqui-

sición y a la anterior a dicha fecha. Algún autor considera que también cabe incluir dentro de dicho apartado al cónyuge dueño de bienes exconsorciales por razón de deudas de las que deban responder bienes anteriormente consorciales aunque no hubiesen sido contraídas por él.

Al ser parte en el proceso de ejecución, la persona frente a quien ésta se despacha puede valerse de todos los medios de defensa que la Ley concede al ejecutado.

El art. 538,3 de la LEC añade que: **«También podrán utilizar los medios de defensa que la Ley concede al ejecutado aquellas personas frente a las que no se haya despachado la ejecución, pero a cuyos bienes haya dispuesto el Tribunal que ésta se extienda por entender que, pese a no pertenecer dichos bienes al ejecutado, están afectos los mismos al cumplimiento de la obligación por la que se proceda».**

Si puede ser dudoso que la Ley proclame la afeción de bienes exconsorciales al pago de deudas consorciales contraídas por uno solo de los cónyuges, que no aparece como dueño actual de los bienes, no cabe ninguna duda de que el Juez, a la vista de las manifestaciones que el actor realice en la demanda ejecutiva sobre la naturaleza de la deuda, puede decidir que la ejecución se extienda a dichos bienes (**expansión objetiva de la ejecución**), de conformidad con el art. 538,3 LEC. En tales casos, el cónyuge no deudor, aun sin tener la condición de parte, podrá valerse de los mismos medios de defensa que la Ley concede al ejecutado.

Garantizada la tutela judicial efectiva del cónyuge no deudor, actual titular del bien exconsorcial, tenga o no la condición de parte en el proceso de ejecución, no debería existir inconveniente para anotar en el Registro el embargo recayente sobre bienes exconsorciales que se hubiera notificado adecuadamente al titular registral, aunque la demanda no se hubiera dirigido contra él, ni del mandamiento resultase la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo, ni la notificación del embargo hubiese precedido a la liquidación y división de la sociedad conyugal como exige el actual art. 144 R.H.

El problema es que sólo el art. 541 de la LEC, que da cauce procesal al art. 1.473 del C.c. y que presupone la existencia de una sociedad conyugal regida por un régimen de ganancialidad todavía vigente al interponerse la demanda ejecutiva (no una sociedad conyugal ya disuelta, que es el caso que ahora examinamos), admite expresamente como medio de oposición del cónyuge no deudor que los bienes no deben soportar la ejecución por no ser deuda de la que deban responder bienes gananciales, sin que dicho motivo de defensa se contemple en el art. 557 de la LEC. Pero resultaría sorprendente que el Juez que ha acordado la expansión objetiva de la ejecución precisamente por el único motivo de considerar que «el bien embargado está afecto al cumplimiento de la obligación por la que se procede», no permitiese al cónyuge no deudor alegar como medio de oposición que el bien no debe soportar la ejecución por no estar afecto al cumplimiento de la obligación cuyo pago se exige.

Si la práctica judicial confirma que el cónyuge no deudor o sus causahabientes pueden defender con las debidas garantías en el marco del procedimiento ejecutivo que el bien exconsorcial no debe responder de la deuda reclamada, la actual redacción del art. 144 R.H. (**obsérvese, además, que éste se refiere alternativamente a la demanda o a la ejecución**), no debería representar obstáculo para la anotación del embargo sobre dicha clase de bienes, siempre que el embargo se haya notificado previamente al cónyuge no deudor, y con independencia de que dicha notificación haya precedido o no a la liquidación y división del caudal.

D) VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA

Establece el art. 144,5 R.H. que cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado.

Son premisas, pues, para que, en principio, sea exigible lo que el precepto dispone:

- a) Que la Ley aplicable al supuesto de hecho de que se trate exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos de la vivienda habitual de la familia.
- b) Que dicho carácter de vivienda habitual de la familia conste en el Registro de la Propiedad.

La LEREM establece que marido y mujer determinarán de común acuerdo el domicilio familiar y, en caso de desacuerdo, lo hará el Juez o la Junta de Parientes (art. 2).

Para la realización de actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia, así como para sustraerlos al uso común, será necesario el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial (art. 8 LEREM).

Ambos preceptos tiene el carácter de imperativos (art. 3 LEREM), por lo que no pueden ser alterados por pacto de los cónyuges, y son normas de régimen económico matrimonial primario, por lo que se aplican cualquiera que sea el régimen económico pactado por los cónyuges.

Como se desprende del art. 8 citado no es menester para la aplicación del precepto que el dominio o el derecho de que se disponga corresponda exclusivamente a uno de los cónyuges; puede pertenecerles en proindivisión a ambos. Así lo admite también la Ron. de la D.G.R.N. de 7 de octubre de 1998.

Hay que destacar que tanto el art. 2 de la LEREM como el art. 144,5 R.H. se refieren a los «cónyuges», con lo que el ámbito del precepto que examinamos hay que mantenerlo en el marco de la conyugalidad, sin extrapolarlo a otras situaciones que han sido contempladas en otros preceptos legislativos (parejas de hecho con el mismo o con distinto sexo).

La doctrina admite que una familia, en función de sus necesidades, pueda tener más de una vivienda familiar. La complejidad de la vida moderna, el acceso de la mujer al mundo del trabajo, la necesidad de que los hijos, quizá con uno de los cónyuges, deban residir en lugar diferente por razón de sus estudios, pueden hacer necesario que así sea y no veo ningún obstáculo, precisamente en Aragón donde el pacto prima sobre la Ley, para que los cónyuges decidan dar el carácter de vivienda familiar a más de una vivienda, aunque sólo sea para gozar de la protección que el legislador les brinda frente a actos dispositivos del cónyuge titular del bien. El art. 2 de la LEREM, redactado en singular por razones obvias, no representa obstáculo alguno para ello.

El art. 144,5 R.H. exige que el carácter de vivienda familiar conste en el Registro. El legislador permite que los cónyuges soliciten tal constancia en el Registro para que gocen de la protección que se establece para la vivienda familiar. El art. 7 R.H. considera inscribibles, con carácter general, los actos o negocios que modifiquen facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

Esa constancia puede resultar del propio acto o negocio que determina cual será la vivienda familiar (la naturaleza jurídica de ese acuerdo es discutida) o, indirectamente, de otros actos dispositivos del titular registral que hayan necesitado del concurso del otro cónyuge, precisamente por tratarse de la vivienda familiar (vgr. constitución de hipoteca).

Concurriendo ambas premisas, salvo que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene el carácter de familiar (para lo que el Juez habrá de haber realizado las correspondientes averiguaciones) o que el procedimiento se dirija contra ambos cónyuges, el embargo habrá de haberse notificado al cónyuge no deudor para poder anotarse en el Registro.

¿Por qué establece esta exigencia el legislador hipotecario?

Como señala la Ron. de la D.G.R.N. de 7 de octubre de 1998, para evitar que se embargue la vivienda familiar sin que el cónyuge del deudor tenga, al menos, conocimiento de este hecho.

Pero, salvo pagar y acaso manifestar al Juez la existencia de otros bienes susceptibles de ser ejecutados que permitan levantar el embargo sobre la vivienda familiar, si la autoridad judicial lo estima pertinente, poco más puede hacer el cónyuge no deudor para evitar la ejecución de la vivienda familiar (vid. art. 693 LEC).

No hay que olvidar que la LEC, a los efectos que ahora examinamos, no contempla notificación alguna al cónyuge no deudor en el procedimiento de ejecución, por lo que sólo habrán de notificarse los embargos de vivienda familiar que pretendan ser anotados en el Registro de la Propiedad.

Hay que tener presente, además, que, pese a que el anterior art. 51 de la Compilación Aragonesa pudiera interpretarse en igual sentido, el art. 8 de la LEREM se refiere expresamente a «actos de disposición voluntaria», lo que no acontece precisamente en los supuestos de ejecución forzosa que estamos contemplando.

Todo ello lleva a interpretar restrictivamente la necesidad de notificación del embargo de vivienda privativa al cónyuge no deudor.

En situaciones de **crisis matrimonial**, la adjudicación del derecho de uso puede hacerse en medidas previas, en medidas provisionales y en las sentencias que decreten el divorcio o la separación de los cónyuges.

Se ha discutido sobre la naturaleza jurídica del derecho de uso así concedido, pero es indudable que, una vez inscrito en el Registro de la Propiedad, tiene efectos erga omnes, participa de los caracteres de un derecho real y tiene el carácter de carga (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992 y 20 de mayo de 1993, entre otras).

Si el derecho de uso aparece inscrito a favor del cónyuge no titular del bien, el embargo que recaiga sobre dicho bien será anotable en el Registro sin necesidad de notificarlo al cónyuge al que se haya concedido el uso; dicho uso, inscrito con anterioridad al embargo, afecta a adquirentes posteriores del bien en virtud del principio de prioridad, y deberán respetarlo mientras no se extinga.

Si el derecho de uso no se ha concedido a ningún cónyuge, bastará para anotar el embargo que la demanda se haya dirigido contra el titular registral, pues en estos casos la vivienda familiar habrá dejado de existir.

COLOQUIO

Moderador: D. Francisco Javier HERNÁNDEZ PUÉRTOLAS

La afirmación que hacía al principio sobre la competencia y brillantez del ponente y coponentes así como el interés y riqueza de los asuntos tratados, se ha quedado extraordinariamente corta. Convendrán ustedes conmigo en ello.

La tradición dice que, a continuación de la exposición de la ponencia, se abra un coloquio. En esta ocasión, lo avanzado de la hora lo va a hacer difícil. No obstante, yo ruego en este momento a los presentes que si cualquiera quiere hacer una intervención o proponer alguna cuestión..., a no ser que el consenso demuestre que nadie desea preguntar nada.

Me parece que hay consenso negativo y, en consecuencia, levantamos la sesión y hasta el martes próximo. Muchas gracias.