

EMBARGO DE BIENES Y SOCIEDAD DE GANANCIALES*

Fernando GASCÓN INCHAUSTI

Profesor Ayudante de Derecho Procesal (UCM)

Sumario. **I.** INTRODUCCIÓN. — **II.** EMBARGO DE BIENES TRABADO CON OCASIÓN DE DEUDAS NACIDAS ESTANDO VIGENTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: **1º.** La deuda en virtud de la que se procede es privativa y se han trabado bienes privativos del cónyuge deudor; **2º.** La deuda en virtud de la que se procede es privativa, pero se han trabado bienes privativos del otro cónyuge; **3º.** La deuda en virtud de la que se procede es privativa y se han embargado bienes gananciales; **4º.** La deuda es ganancial y se han trabado bienes gananciales; **5º.** La deuda es ganancial y se traban bienes privativos del cónyuge no deudor; **6º.** La deuda es ganancial y se traban bienes privativos del cónyuge deudor. — **III.** EMBARGO DE BIENES TRABADO CON OCASIÓN DE DEUDAS NACIDAS ESTANDO DISUELTA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: **1º.** Sociedad disuelta, pero pendiente de liquidación; **2º.** Sociedad disuelta y liquidada; **3º.** Deudas anteriores al nacimiento de la sociedad de gananciales. — **IV.** BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN.

Cuando se trata de la ejecución de sentencias o títulos extrajudiciales derivados de deudas contraídas por persona casada, la experiencia demuestra cómo en la mayoría de los supuestos se acaba trabando el embargo sobre bienes gananciales. Y ello es lógico, si se tienen en cuenta al menos las siguientes razones: 1) el de la sociedad de gananciales es el régimen económico matrimonial más habitual en nuestro país, en la medida en que es el aplicable en defecto de pacto expreso en contrario, por medio de capitulaciones matrimoniales (art. 1316 CC); 2) vigente este régimen, lo normal es que los bienes más importantes presentes en el haber matrimonial tengan carácter ganancial (arts. 1347 y 1361 CC); y 3) es, asimismo, lo más habitual que los bienes gananciales se encuentren sujetos a la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir los cónyuges, incluso por actos negociales celebrados a título individual (arts. 1362, 1365-1369 CC, 6-7 CCom).

Cuando no se cumplen las circunstancias anteriores –o, al menos, no está claro si se cumplen–, el embargo de bienes gananciales resulta no sólo discutible, sino indudablemente discutido por el otro cónyuge, que

* Publicado en *Tribunales de Justicia*, 2001-7, págs. 55-68.

con gran frecuencia no intervino en el negocio del que trae causa la ejecución, y que no se resigna a ver cómo se proyecta la actividad del Ejecutor sobre bienes que integran lo que él –quizás en sentido impropio, pero muy gráfico– considera que es su patrimonio. La reacción se agrava exponencialmente si entre el nacimiento de la deuda y el comienzo de la ejecución ha mediado la disolución en la sociedad legal de gananciales – máxime cuando ésta ya se ha liquidado– y la ejecución se proyecta a pesar de todo sobre los bienes, ahora propios, de quien no fue deudor.

Una primera mirada al volumen de la jurisprudencia recaída sobre esta cuestión es clara señal de la importancia que ha cobrado en la práctica. No se trata, a nuestro juicio, de que el tema sea de por sí especialmente difícil, desde un punto de vista jurídico; pero sí que puede resultar en ocasiones complejo, porque son muchas las variables que deben tenerse en cuenta, muchos los preceptos aplicables, y muy intrincada la relación entre normas sustantivas y normas procesales. Para empezar, los preceptos que regulan el régimen de la sociedad de gananciales son claros en cuanto a los principios generales que los inspiran, pero a veces de interpretación oscura: así, a menudo, el carácter ganancial de un bien será cuestión discutible; y más aún puede serlo la determinación acerca de si de cierta deuda, contraída aisladamente por uno solo de los cónyuges, debe responder o no el patrimonio ganancial. Tampoco son infrecuentes –según se apuntó antes– los cambios en el régimen económico matrimonial, en no pocas ocasiones movidos por ánimos fraudulentos, y que igualmente suelen generar dudas acerca de la naturaleza de las deudas y de los bienes afectos a su pago.

En las páginas que siguen pretendemos exponer, a la luz de la jurisprudencia emanada sobre esta cuestión de la Sala Primera del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, cuáles son los cauces de que dispone el cónyuge “no deudor” –*rectius*, que no intervino en el negocio del que surgió la deuda cuyo incumplimiento motiva el proceso de ejecución– para poner de relieve lo indebido del embargo trabado, ya sea por el bien sobre el que recae, ya sea por la cuota afectada, y, dado el caso, para tutelar sus derechos patrimoniales en la ejecución. Al efecto, habrán de tenerse en cuenta no sólo las normas del Código Civil, sino también las de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, y tanto las de la tercería de dominio como el novedoso art. 541 LEC, que lleva la significativa rúbrica de “Ejecución en bienes gananciales”.

Pues bien, de la lectura de las sentencias recaídas en los últimos años sobre esta materia se desprende con claridad cómo para nuestros Tribunales –en interpretación mayoritariamente correcta de la Ley–, son tres los datos básicos para resolver los problemas de índole tanto sustantiva como procesal que plantea el embargo de bienes gananciales:

1º. La vigencia o no del régimen de gananciales en el momento de nacimiento de la deuda: éste, y no el momento del embargo, es el verdaderamente relevante si se quiere atender a una adecuada tutela de los acreedores frente al fraude.

2º. El carácter "ganancial" o no de la deuda en virtud de la cual se procede. Con la expresión "deuda ganancial" pretende aludirse –de forma muy atécnica, pero reiteradamente empleada por los tribunales– al dato de que, a pesar de haber sido contraída por uno solo de los cónyuges, es el conjunto del patrimonio de la sociedad de gananciales el que queda afecto a la responsabilidad en caso de incumplimiento: y esto, como regla, depende del hecho de que el negocio jurídico estuviera llamado a redundar en beneficio de la propia sociedad de gananciales [Naturalmente, también son gananciales las deudas contraídas conjuntamente por los dos cónyuges, o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro; pero la experiencia demuestra cómo en estos casos no se plantean los problemas que han ocupado a la jurisprudencia estudiada ahora].

3º. El carácter ganancial del bien trabado, aunque no necesariamente cuando se practicó el embargo; en rigor, lo relevante es que el bien, en algún momento, haya pertenecido a la sociedad de gananciales, con independencia de que fuera ya componente del patrimonio ganancial al surgir la deuda, y también con independencia de que no ostente ya esa condición en el momento de la ejecución (v.g., por disolución de la sociedad y asignación en exclusiva a uno, o por haber sido adquirido por tercero a título hereditario).

De la posible combinación de estos tres factores se deducen los derechos del cónyuge no deudor y, por ende, los mecanismos procesales a su disposición para hacerlos efectivos. Veámoslo.

II. EMBARGO DE BIENES TRABADO CON OCASIÓN DE DEUDAS NACIDAS ESTANDO VIGENTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

El supuesto más frecuente en la práctica es aquél en que el proceso de ejecución trae causa de una deuda contraída por uno de los cónyuges en un momento en que estaba vigente la sociedad de gananciales. Ha de insistirse en la relevancia de este momento –el de nacimiento de la deuda–, pues de él depende que pueda decirse que la deuda corre a cargo o no de la sociedad de gananciales. Porque es en este momento en el que el acreedor mide la base patrimonial que sirve de garantía a su crédito: no se trata, evidentemente, de que los bienes integrantes del haber ganancial en ese momento queden sujetos a algún tipo de afección real; lo importante es que en el momento de nacimiento de la deuda el acreedor

sabe que existe un patrimonio ganancial que, en determinados supuestos, puede quedar afecto a su pago. Por eso, como insiste en recordarnos la jurisprudencia, el hecho de que, después de ese momento, la sociedad se haya disuelto y haya llegado incluso a liquidarse es algo que no afecta a la responsabilidad frente a terceros (art. 1317 CC: “La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros”), aunque puede ser fuente de alguna complejidad.

Pues bien, nacida la deuda mientras regía la sociedad de gananciales, cabe imaginar al menos seis situaciones:

1º. La deuda en virtud de la que se procede es privativa y se han trabado bienes privativos del cónyuge deudor.

Por deuda “privativa” ha de entenderse aquella de la que no debe responder la sociedad de gananciales, sino únicamente, con su patrimonio privativo, el cónyuge que la contrajo. Cuando se procede en virtud de este tipo de deudas, el embargo de bienes privativos del cónyuge deudor es la situación más deseable, por cuanto se produce un claro ajuste entre sujeto responsable y patrimonio afecto al levantamiento de la responsabilidad. La jurisprudencia no nos puede dar medida de su frecuencia en la práctica –que puede intuirse escasa–, puesto que la normalidad del supuesto hace que no plantee dificultades y que, lógicamente, no se hayan dictado resoluciones judiciales resolviendo problemas derivados de ella.

2º. La deuda en virtud de la que se procede es privativa, pero se han trabado bienes privativos del otro cónyuge.

En este caso, es evidente que los elementos patrimoniales trabados no se hallan afectos, ni siquiera a título subsidiario, al cumplimiento de la obligación base de la ejecución. Por eso, el cónyuge no deudor, titular de los bienes embargados, está habilitado para reaccionar frente a la traba, y podrá hacerlo de dos formas diversas, en función del modo en que el tribunal haya decretado el embargo.

a) Es posible, en primer lugar, que el tribunal haya embargado los bienes a sabiendas de su carácter privativo del cónyuge no deudor, por entender –erróneamente– que están afectos al pago de la deuda. Este error, a su vez, puede tener un doble origen: o bien el tribunal entiende que, a pesar de ser privativos la deuda de un cónyuge y el bien del otro, el segundo responde de la primera (cosa que no es cierta); o bien el tribunal entiende que la deuda no es privativa, sino ganancial, y que existe, una responsabilidad subsidiaria de los bienes privativos (v.g., al amparo del art. 1367 CC, o como consecuencia del régimen primario matrimonial –arts. 1318.1 y 1319.2 CC–).

Pues bien, en tal caso –y máxime con la LEC de 2000 en la mano– es evidente que el cónyuge no deudor ha de ser considerado a estos efectos como parte en la ejecución, de manera que pueda utilizar los medios de defensa propios de quienes son parte: así se deduce del art. 538.3 LEC, en virtud del cual “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”. En concreto, el cónyuge no deudor habrá de reaccionar frente al embargo de sus bienes privativos formulando oposición de fondo a la ejecución, en la que alegará que no procede la extensión de responsabilidad afirmada por el Ejecutor, es decir, que los bienes embargados no deben responder de la deuda por la que se haya despachado ejecución. Es cierto que este motivo de oposición no está expresamente previsto en los arts. 556 y 557 LEC, y en nuestro Ordenamiento el incidente de oposición sólo puede ser cauce de los motivos contemplados en tales preceptos; sin embargo, la LEC sí que se lo otorga expresamente como causa de oposición, en el art. 541.2, al cónyuge no deudor en los casos en que lo embargado hayan sido bienes gananciales, y la extensión analógica se impone también a los supuestos que nos ocupan ahora.

b) Pero también es posible –y más probable–, en segundo término, que el embargo de los bienes privativos del cónyuge no deudor se haya fundado en una errónea atribución de su titularidad por parte del Ejecutor, quien los consideró gananciales o privativos del cónyuge deudor (de hecho, salvo que expresamente conste que se debe a lo contrario, debe presumirse que es a esto a lo que obedece la traba, de cara a determinar el cauce de reacción procedente).

En este caso, el cónyuge no deudor es un tercero para el proceso de ejecución, dado que el tribunal no le ha tenido deliberadamente en cuenta, ni ha querido involucrar su patrimonio en la actividad ejecutiva –lo contrario, por tanto, de lo que sucedía en el supuesto anterior–. Para liberar sus bienes del embargo no tendrá, en consecuencia, más alternativa que acudir a los cauces de la tercería de dominio (arts. 595 y sigs. LEC) [o, en su caso, podrá beneficiarse, tratándose de inmuebles, de la denominada “tercería registral” –arts. 38 LH y 658 LEC–, siempre que conste inscrito en el Registro el carácter privativo de su titularidad]. En este sentido, puede verse la SAP Jaén, Sección 1ª, de 15 de febrero de 1997 (AC 1997\417): en virtud de deudas exclusivas de uno solo de los cónyuges, se embargaron unas fincas, creyéndolas gananciales, aunque en realidad había sobre ellas un condominio ordinario de los esposos; la

tercería prosperó, alzándose la traba sobre la mitad indivisa de los bienes correspondientes a la tercerista.

c) A estas situaciones debe asimilarse la que se produce cuando, en virtud de una deuda privativa, se procede al embargo de un bien primitivamente ganancial pero asignado en exclusiva al cónyuge no deudor tras disolver y liquidar la sociedad de gananciales: porque cuando surgió la deuda, el patrimonio responsable era el privativo del deudor y, en su caso, su derecho sobre la sociedad de gananciales. Por eso, liquidada la sociedad en el lapso de tiempo que media entre el nacimiento de la deuda y el embargo –y siempre que no haya habido fraude de acreedores al distribuir los bienes–, esa base patrimonial no se ha visto alterada o perjudicada por la liquidación, sino que se ha concretado en bienes determinados. Y puesto que los bienes asignados al cónyuge no deudor no responden de la deuda, debe reconocerse que éste tiene el carácter de tercero en esa ejecución. De ahí que tenga a su disposición la tercería de dominio para lograr su desafección: esto es lo que sucedió en el supuesto resuelto por la STS de 6 de diciembre de 1989 (RAJ 8805).

3º. La deuda en virtud de la que se procede es privativa y se han embargado bienes gananciales.

Como es bien sabido, en garantía de los acreedores los bienes gananciales responden a título subsidiario ante la insuficiencia de los privativos para hacer frente a las deudas privativas. Ahora bien, en el fondo, y como se deduce del art. 1373 CC, lo que responde es aquella parte del haber ganancial que, de no existir la comunidad, correspondería al cónyuge deudor. Por eso, el citado art. 1373 CC concede al cónyuge no deudor una doble opción ante el embargo de bienes gananciales motivado por una deuda privativa:

— Solicitar del tribunal que sustituya el embargo sobre los bienes gananciales por un embargo sobre la cuota indivisa del deudor en la sociedad, que habrá que entender a partir de entonces disuelta, de forma que en adelante la actividad ejecutiva se proyecte únicamente sobre los bienes y derechos que se atribuyan al cónyuge deudor tras liquidar el haber ganancial.

— Abstenerse de reaccionar ante el embargo –tolerando, por tanto, la realización forzosa del bien ganancial para el pago de una deuda privativa–, aunque su “concesión” le dará derecho a los reembolsos y compensaciones pertinentes cuando la sociedad se disuelva y se liquide.

Es evidente que, si el cónyuge no deudor se decanta por esta segunda posibilidad, no habrá incidencia alguna sobre el proceso de ejecución. Ahora bien, ¿cuál es la forma de hacer efectivo el derecho a la

sustitución? Una vez más, la respuesta se halla en función del título en que el Ejecutor se haya fundado para proceder al embargo.

a) Es posible, en primer término, que el tribunal haya embargado el bien ganancial por considerar –erróneamente– que la deuda es ganancial.

En tal caso, el tribunal está extendiendo sobre el patrimonio del cónyuge no deudor (en concreto, sobre el derecho que le corresponde en los gananciales) la responsabilidad derivada de la deuda. Por ello, el cónyuge no deudor, por mor del art. 538.3 LEC, tendrá la consideración de parte y como tal habrá de defender sus derechos. Y, en concreto, habrá de hacerlo conforme dispone el art. 541.2 LEC, que expresamente contempla la situación que nos ocupa ahora. Se obliga en él al tribunal a notificar al cónyuge no deudor el embargo de bienes gananciales y a darle traslado de la demanda ejecutiva y del auto despachando ejecución, y se le permite expresamente formular oposición de fondo a la ejecución, aduciendo como motivo –por lo que ahora nos interesa– “que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado ejecución”: se trata, como hemos apuntado antes, de una extensión de los motivos de fondo que ordinariamente –arts. 556 y 557 LEC– pueden oponerse a una ejecución forzosa. [En este sentido, y adelantándose al contenido de la LEC de 2000, la SAP Sevilla, Sección 6ª, de 14 de febrero de 1997 (AC 1997\409), sostiene que cuando el deudor pretende impugnar el carácter ganancial atribuido por el Ejecutor a la deuda a la hora de embargar bienes gananciales, ha de acudir a la oposición de fondo a la ejecución, y no a la tercería].

Suscitado el incidente de oposición por esta razón, será el acreedor quien tendrá la carga de probar la responsabilidad de los bienes gananciales o, lo que es lo mismo, el carácter “ganancial” de la deuda [cabe presumir que la norma tendrá pleno sentido cuando la ejecución derive de un título extrajudicial, aunque quizás no tanto si se trata de la ejecución de una sentencia, pues es posible que ya exista pronunciamiento judicial al respecto]. En caso de fracasar el ejecutante, por ser privativa la deuda, el cónyuge no deudor podrá ejercitar su derecho a la disolución de la sociedad de gananciales y a que el embargo se concrete exclusivamente sobre la cuota indivisa de su cónyuge sobre el haber ganancial (art. 1373 I CC). De hacerlo así, se aplicará lo dispuesto en el art. 541.3 LEC: el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre la división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo, conforme al procedimiento de liquidación de los arts. 806 a 811 LEC; entre tanto, se suspenderá la ejecución sobre los bienes comunes, que se reanudará una vez liquidada la sociedad, pero proyectándose únicamente sobre los atribuidos al cónyuge deudor (cfr. SAP Zaragoza, Sección 2ª, de 4 de febrero de 1995, AC 1995\242).

Cabe plantearse, en todo caso, cuál es el plazo del que se dispone para proceder a esta liquidación. Porque es evidente que si la ejecución se suspende mientras no se practique la liquidación, tienen los acreedores derecho a que se efectúe prontamente. La STS de 29 de abril de 1994 (RAJ 2946) entiende que lo deseable sería que en la propia resolución accediendo a la petición *ex art. 1373 CC* se fije el plazo y, si no, que se haga en plazo “prudencial”: en el caso por ella examinado, transcurridos casi dos años sin haberse procedido a la liquidación, presume el Tribunal Supremo que ha sido abandonada la opción ejercitada, y permite que se pase a la realización forzosa de los bienes gananciales inicialmente embargados. Por otra parte, en aparente contraste con lo dispuesto por la Ley en este punto, la SAP Jaén, Sección 2ª, de 16 de septiembre de 1997 (AC 1997\1952) parece dar a entender que, ejercitado el derecho de opción del art. 1373 I CC, la disolución de la sociedad no tiene por qué decretarse de manera automática, sino sólo en caso de que el cónyuge no deudor no designe bienes privativos del cónyuge deudor sobre los que trabar el embargo –para lo que se le ha de conceder un plazo–.

Ahora bien, ha de quedar claro que, en estos casos –esto es, cuando el Ejecutor atribuyó carácter ganancial a la deuda–, la defensa del cónyuge no deudor pasa por la promoción de un incidente de oposición de fondo a la ejecución, que ha de interponerse en el plazo de diez días a contar desde la notificación del auto despachando ejecución (art. 556.1 LEC). Por eso, transcurrido tal plazo, precluye la posibilidad de oponerse y de evitar que el embargo trabado sirva de causa a una posterior realización forzosa: se operarán, en consecuencia, las consecuencias previstas por el art. 1373 II CC (“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”).

b) Pero también puede suceder que se hayan embargado bienes gananciales, a sabiendas del carácter privativo de la deuda, como única forma de satisfacer al acreedor ante la insuficiencia de los bienes privativos del cónyuge deudor.

En tal caso, el ejercicio por el cónyuge no deudor de su derecho a la disolución de la sociedad de gananciales será más sencillo, pues no será preciso demostrar el carácter privativo de la deuda ni, por ende, que tiene derecho a lo previsto por el art. 1373 I CC. El art. 541.3 LEC, según se ha visto, permite en estas situaciones que el cónyuge no deudor opte por pedir al tribunal la disolución de la sociedad conyugal, procediéndose según se ha descrito antes (liquidación y prosecución de la ejecución sobre la cuota atribuida al deudor).

No obstante, ni antes ni después de la LEC se ha señalado por el legislador cuál es el cauce procedimental para hacerlo; sin embargo, de la lectura de la jurisprudencia se deduce que el utilizado en la práctica ha sido el cauce de incidentes: cfr. STS de 29 de abril de 1994 (RAJ 2946); STS de 12 de enero de 1999 (RAJ 35); STS de 2 de junio de 1999 (RAJ 4725); SAP Barcelona, Sección 17ª, de 7 de junio de 1999 (AC 1999\6796); SAP Badajoz, Sección 1ª, de 23 de marzo de 1999 (AC 1999\6876). Ahora bien, tras la entrada en vigor de la LEC de 2000, ¿se tratará del especial incidente de oposición previsto en el art. 560 LEC? La solución a este interrogante depende, en buena medida, de la respuesta que se ofrezca a otras dos cuestiones, que ya suscitaron algún problema en el pasado, según se deduce de la lectura de la jurisprudencia:

— *La duración del plazo de que dispone el cónyuge no deudor para ejercitar su derecho a optar por la disolución*: se trata de una cuestión que no aclara el art. 1373 I CC, y que tampoco recibe respuesta en el art. 541.3 LEC. Como regla, la jurisprudencia mayoritaria se inclina por entender que el derecho de opción que concede el art. 1373 CC debe ejercitarse o bien dentro del plazo que haya designado el tribunal, o bien dentro de uno que sea “razonable” o “prudencial” (STS de 29 de abril de 1994, RAJ 2946). Ocurre, no obstante, que no suelen los tribunales fijar plazo para el ejercicio de este derecho. Más aún, cabe preguntarse dónde habrían de efectuarlo: a nuestro entender, el plazo para el ejercicio del derecho que concede el art. 1373 CC habría de establecerse por el tribunal en una resolución que, según la Ley, hubiera de notificarse al cónyuge no deudor; y, en los casos que nos ocupan, el art. 541.3 LEC sólo prevé la notificación al cónyuge no deudor del embargo –pero no del auto que despacha ejecución–, de donde se deriva que es en la providencia de embargo donde debería fijar el tribunal, si quisiera, el plazo para ejercer la opción.

En cualquier caso, si el tribunal no lo ha señalado, el principal problema es el de determinar qué se entiende por plazo “razonable” o “prudencial”. Si atendemos a los ejemplos que nos suministra la jurisprudencia, el resultado puede calificarse, cuando menos, de paradójico: así, en el caso resuelto por la SAP Sevilla, Sección 5ª, de 23 de julio de 1998 (AC 1998\6613), se entendió que un lapso de dos años sin ejercitar la facultad “no debe considerarse excesivo... por tratarse de una persona de poca altura y escasos medios” (además de que, a juicio de esta sentencia, el derecho del art. 1373 CC puede ejercitarse por los cauces de la tercería de dominio, en cuyo caso estará sujeto a los plazos amplios de ésta); y la SAP Jaén, Sección 2ª, de 16 de septiembre de 1997 (AC 1997\1952), sostiene que, en tanto que sustitutivo de la tercería, no tiene más tope temporal que el de ésta. En cambio, la SAP Badajoz, Sección 1ª,

de 23 de marzo de 1999 (AC 1999\6876) considera extemporáneo el intento de ejercitar este derecho dos años después de haber conocido el embargo, lo que es denotador de mala fe en el cónyuge no deudor y permite presumir el abandono de la opción concedida por el art. 1373 CC.

— En clara conexión con lo anterior, también se ha planteado la jurisprudencia en alguna ocasión *si resulta admisible ejercitar la facultad de opción del art. 1373 I CC por los cauces de la tercería de dominio*. La respuesta ofrecida por nuestros tribunales ha sido, en la mayoría de los supuestos, desfavorable: cfr. STS de 19 de julio de 1989 (RAJ 5727); STS de 29 de abril de 1994 (RAJ 2946); STS de 12 de enero de 1999 (RAJ 35); STS de 2 de junio de 1999 (RAJ 4725); SAP Granada, Sección 3ª, de 8 de noviembre de 1993 (AC 1993\2272); SAP Burgos, Sección 2ª, de 21 de julio de 1997 (AC 1997\1633); SAP Jaén, Sección 2ª, de 16 de septiembre de 1997 (AC 1997\1952). La razón que suele aducirse, básicamente, consiste en que la subsistencia de la sociedad de gananciales impide atribuir al tercerista la condición de tercero; además, se insiste en el carácter del expediente ex art. 1373 CC como *sustitutivo* de la tercería de dominio –y, por tanto, como algo distinto a ella– (SAP Jaén, Sección 2ª, de 16 de septiembre de 1997, AC 1997\1952).

No obstante, en alguna ocasión aislada –rodeada a menudo de circunstancias concomitantes ciertamente excepcionales– sí que han considerado nuestros tribunales que la tercería de dominio constituye un instrumento procesal a disposición de los cónyuges no deudores ante el embargo de bienes gananciales como consecuencia de deudas privativas del otro esposo; la admisión de la tercería de dominio, no obstante, ha tenido diverso alcance:

En efecto, existe un primer grupo de resoluciones en las que se ha permitido al cónyuge no deudor instar sin más el alzamiento del embargo sobre bienes gananciales operado en virtud de deuda privativa del otro cónyuge. Se trata de una solución que, a nuestro entender, choca frontalmente con lo dispuesto por el art. 1373 CC; en efecto, ya es anómalo entender que pueda acudirse a la tercería de dominio en estos supuestos, pero lo es más que la estimación de la tercería conduzca a un alzamiento total del embargo, que no va seguido de la disolución de la sociedad de gananciales; significa, en resumidas cuentas, que no se entiende a la tercería de dominio como cauce procesal para ejercer la facultad concedida por el art. 1373 CC, sino para enervar el embargo *in toto*, atribuyendo al tercerista un derecho más amplio que el que realmente le corresponde: cfr. la STS de 23 de enero de 1987 (RAJ 348), a juicio de la cual, en los casos en que se embarguen bienes gananciales por deudas privativas, procede la tercería de dominio y el alzamiento del embargo. No obstante, en la mayoría de los casos, los tribunales han

tratado de justificar –aunque sin razón, creemos– su decisión en el hecho de que la deuda resulta totalmente ajena al tercerista, pues se ha contraído a sus espaldas, sin que ni siquiera le hubiera sido comunicada la pendencia del proceso contra su cónyuge: cfr. STS de 16 de noviembre de 1996 (RAJ 8950); STS de 17 de julio de 1997, (RAJ 5513); SAP Málaga, Sección 4ª, de 16 de enero de 1997 (AC 1997\791).

Otras sentencias, en cambio, se han limitado a admitir que la tercería de dominio pueda válidamente utilizarse como cauce procesal para el ejercicio de la opción por la sustitución del embargo que concede el art. 1373 I CC al cónyuge no deudor: así, la SAP Sevilla, Sección 5ª, de 23 de julio de 1998 (AC 1998\6613) admitió la viabilidad de la tercería de dominio a estos efectos, al entender que el derecho del cónyuge no deudor en virtud del art. 1373 CC es precisamente uno de aquéllos que le permite enervar el embargo trabado, concurriendo el mismo fundamento que en la generalidad de las tercerías (no obstante, también ha de tenerse en cuenta que, en el presente caso, ya se había intentado el ejercicio incidental de la facultad del art. 1373 CC, y se había rechazado, y que la tercería de dominio era el segundo intento de lograr que el patrimonio ganancial no desapareciera por completo en virtud de una deuda contraída por el marido en virtud de delito, y que de lo contrario –en términos de la sentencia– se podría llegar “a una situación de verdadera indefensión que se vería agravada en el caso concreto si tenemos en cuenta que lo que se embarga es la vivienda familiar y que la actora es una persona de escasos medios y formación”). La SAP Granada, Sección 3ª, de 8 de noviembre de 1993 (AC 1993\2272) expresamente rechaza que la tercería de dominio, aun utilizada en los supuestos excepcionales antes descritos –esto es, para evitar el embargo de bienes gananciales como consecuencia de deudas privativas contraídas a espaldas del otro cónyuge, que tampoco tuvo conocimiento del proceso–, pueda ser cauce apto para pedir y obtener la disolución de la sociedad de gananciales, según prevé el art. 1373 CC.

En resumidas cuentas, la jurisprudencia, en su mayoría, sanciona el ejercicio del derecho de opción del art. 1373 CC por los cauces de un incidente atípico, que no goza de los márgenes temporales tan amplios de la tercería de dominio pero que, al no constituir propiamente una oposición de fondo a la ejecución, tampoco debería quedar constreñido por los estrechos plazos del art. 556.1 LEC. Esto último sólo sucederá en los casos examinados en el apartado anterior, esto es, cuando el cónyuge no deudor deba discutir antes que nada la calificación de ganancial atribuida a la deuda por el Ejecutor: dado que ha de hacerlo por los cauces de la oposición a la ejecución, la puesta en marcha del ejercicio del derecho del art. 1373 CC sí que está sujeta a plazos preclusivos; ahora

bien, en caso de que triunfe su oposición, tampoco el art. 541.2 *i.f.* LEC sujeta a límite temporal –ni condiciona procedimentalmente– el ejercicio de la opción, aunque cabría esperar del auto resolutorio de la oposición pronunciamiento al respecto.

c) ¿Y si el problema radica en que no está claro en qué concepto embargó el tribunal los bienes gananciales, si como responsables directos de una deuda ganancial o como responsables subsidiarios de una deuda privativa?

En principio, la LEC le ofrece al cónyuge no deudor un criterio aparente para saber si el tribunal ha considerado que la deuda es o no ganancial. En efecto, en caso de que la estime ganancial, se aplicará el art. 541.2 LEC y, por consiguiente, se le notificará el embargo y se le dará traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución; en cambio, si el tribunal estima que la deuda es privativa, será de aplicación directa el art. 541.3 LEC, y tan sólo se le notificará al cónyuge no deudor el embargo de bienes gananciales, pero no se le dará traslado de la demanda ni del auto mencionados. En consecuencia, en función de aquello que es objeto de notificación y traslado, el cónyuge no deudor puede saber en qué concepto se ha producido el embargo, y qué cauces debe seguir para reaccionar frente a él.

Sucedo, sin embargo, que el criterio en la práctica no tiene por qué ser del todo seguro y definitivo: cabe pensar en tribunales que, por error, o *ad cautelam*, notifiquen al cónyuge no deudor la demanda ejecutiva y el auto despachando ejecución, aunque consideren que la deuda es privativa; y cabe pensar, en esos mismos casos, que de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución no se deduzca con claridad uno u otro extremo. Por eso, a nuestro juicio, cuando se plantee la duda para el cónyuge no deudor, la opción más segura pasa por promover en tiempo y forma el incidente de oposición: porque lo que sí está claro es que para la LEC la alegación de que la deuda no es ganancial, sino privativa, es propia de la oposición por motivos de fondo a la ejecución, que tiene sus trámites y, sobre todo, sus plazos. En relación con esto, la SAP Barcelona, Sección 17ª, de 7 de junio de 1999 (AC 1999\6796) señala que “la tercería de dominio ... interpuesta por el cónyuge no deudor porque el Juez-ejecutor entienda que de la deuda deben responder los bienes gananciales conforme a las reglas establecidas en los arts. 1365 a 1373 CC no es el cauce adecuado para resolver sobre el error en la atribución de la traba, pues, en definitiva, lo embargado son bienes gananciales y el problema surge respecto a si los bienes trabados han de responder o no de las deudas contraídas por el otro cónyuge, lo que no es materia u objeto de una tercería de dominio sino más bien de una oposición de fondo a la ejecución”.

De forma singular, en el supuesto resuelto por la SAP Burgos, Sección 2ª, de 21 de julio de 1997 (AC 1997\1633), ante la duda acerca del carácter ganancial o privativo de la deuda, el cónyuge no deudor optó por presentar tercería de dominio en la que a título eventual se solicitaba la aplicación de lo dispuesto en el art. 1373 CC; ambas peticiones fueron, sin embargo, desestimadas, al entender el tribunal que la deuda tenía carácter ganancial.

d) Al margen de los problemas anteriores, cabe plantearse si la facultad de opción que concede el art. 1373 I CC puede ejercitarse desde que se traba como medida cautelar el embargo preventivo, esto es, antes de que haya comenzado el proceso de ejecución, o si debe esperarse a la terminación del proceso de declaración y a que se dicte auto despachando formalmente la ejecución. La Ley no da respuesta explícita a la cuestión, aunque tampoco cierra las puertas a la admisibilidad de la hipótesis planteada. De hecho, aunque como *obiter dictum*, parece admitirlo la STS de 12 de enero de 1999 (RAJ 35); y, con mayor claridad, la SAP Sevilla, Sección 6ª, de 10 de marzo de 1993 (AC 1993\760) recoge un supuesto de embargo preventivo con ocasión del cual se planteó el ejercicio de la facultad del art. 1373 CC.

4º. La deuda es ganancial y se han trabado bienes gananciales.

Estos supuestos no deberían ofrecer ninguna duda, por cuanto los bienes gananciales responden del pago de las deudas gananciales: en consecuencia, el cónyuge no deudor carece de argumentos con los que oponerse a la traba y a la realización forzosa de los bienes gananciales [De hecho, a la luz del primer inciso del art. 541.2 LEC, ni siquiera tiene derecho a que la demanda ejecutiva se dirija frente a él ni, por ende, a que su ausencia en ella pueda constituir un óbice para la ejecución]. Sin embargo, en la práctica, un ingente volumen de resoluciones judiciales demuestran que raramente el cónyuge no deudor se resigna ante el embargo de bienes gananciales, especialmente en los supuestos en que, en el momento de practicarse el embargo, la sociedad de gananciales ya se había disuelto e, incluso, liquidado.

En todos estos casos, el cónyuge no deudor ha utilizado la vía de la tercería de dominio, que ha sido sistemáticamente rechazada por nuestros tribunales. Y los argumentos son de diversa índole:

En un plano general, al presentar la tercería de dominio se pretende ignorar con frecuencia que el momento decisivo a estos efectos no es el de la traba, sino el de nacimiento de la deuda: es en ese momento en el que se fija la base patrimonial responsable frente al acreedor, esto es, que el acreedor sabe que existe una sociedad de gananciales como soporte económico de su deudor. Por eso, como dice el art. 1317 CC, las

modificaciones posteriores en el régimen económico matrimonial no pueden perjudicar a los acreedores. De ahí que merezca ser rechazado cualquier intento de alterar el curso de la ejecución, con independencia del cauce procedimental elegido para ello.

Pero es que, en concreto, la tercería de dominio no es en absoluto cauce válido a tal fin. Las explicaciones ofrecidas por los tribunales al respecto son múltiples:

— Se dice, en primer término, que al integrar la sociedad de gananciales una comunidad de bienes en mano común, de naturaleza germánica, no puede alegarse la titularidad exclusiva que, a juicio de algunos, es presupuesto para que triunfe la tercería de dominio: cfr. STS de 29 de septiembre de 1986 (RAJ 4923); STS de 13 de julio de 1988 (RAJ 5992); STS de 26 de septiembre de 1988 (RAJ 6859); STS de 12 de junio de 1990 (RAJ 4754); STS de 29 de diciembre de 1993 (RAJ 10162); STS de 29 de abril de 1994 (RAJ 2946); SAP Córdoba, Sección 1ª, de 31 de mayo de 1994 (AC 1994\963); SAP Burgos, Sección 2ª, de 21 de julio de 1997 (AC 1997\1633).

— También se aduce con frecuencia que el cónyuge no deudor no tiene la condición de tercero, pues no resulta del todo ajeno a la deuda, dado su carácter ganancial: cfr. STS de 26 de enero de 1985 (RAJ 200); STS de 4 de febrero de 1988 (RAJ 10354); STS de 13 de julio de 1988 (RAJ 5992); STS de 19 de julio de 1989 (RAJ 5727); STS de 6 de junio de 1990 (RAJ 4740); STS de 13 de abril de 1993 (RAJ 3000); SAP Las Palmas, Sección 2ª, de 7 de julio de 1997 (AC 1997\1523); SAP Toledo, Sección 2ª, de 16 de febrero de 2000 (AC 2000\426).

— Finalmente, una línea más minoritaria, pero a nuestro juicio más acertada, considera que el cónyuge no deudor de lo que en realidad carece es de un derecho a enervar el embargo trabado sobre los bienes, derivado del carácter ganancial de la deuda y de la responsabilidad de tales bienes para el pago de aquélla: STS de 1 de febrero de 1990; SAP Jaén de 21 de abril de 1993 (AC 1993\501); SAP La Coruña, Sección 1ª, de 9 de diciembre de 1993 (AC 1993\2579).

En concreto, y presumiendo que la sociedad estaba vigente en el momento de nacer la deuda, pueden darse hasta tres situaciones:

a) Que la sociedad estuviera aún vigente en el momento de embargarse el bien ganancial: en estos casos, se ha solido intentar la tercería de dominio al objeto de liberar del embargo, cuando menos, la cuota abstracta e indivisa que corresponde al tercerista en el bien ganancial –intentando una extensión forzada e improcedente del ámbito del art. 1373 CC–. Siendo indudable que a tal pretensión no le subyace derecho sustantivo alguno, el rechazo a la tercería ha sido unánime: cfr.

STS de 12 de mayo de 1989 (RAJ 3764); STS de 19 de julio de 1989 (RAJ 5727); STS de 12 de junio de 1990 (RAJ 4754); STS de 4 de marzo de 1994 (RAJ 1652); STS de 26 de junio de 1997 (RAJ 5397); STS de 8 de julio de 1997 (RAJ 5576); STS de 30 de diciembre de 1999 (RAJ 9095); SAP Zaragoza, Sección 5ª, de 25 de abril de 1994 (AC 1994\640); SAP Córdoba, Sección 1ª, de 31 de mayo de 1994 (AC 1994\963); SAP Zaragoza, Sección 5ª, de 3 de abril de 1995 (AC 1995\694); SAP Salamanca de 6 de abril de 1995 (AC 1995\695); SAP Sevilla, Sección 6ª, de 14 de febrero de 1997 (AC 1997\409); SAP Alicante, Sección 6ª, de 27 de julio de 1999 (AC 1999\6781).

Además, ha de insistirse en que si fue uno solo de los cónyuges quien celebró el negocio del que surgió la deuda ganancial –que, a su vez, es la causa del embargo sobre bienes gananciales–, el acreedor no está obligado a demandar al cónyuge no deudor; tan sólo es necesaria, porque lo exigen tanto el art. 144 RH como el art. 541.2 LEC, la notificación del embargo del bien ganancial a dicho cónyuge no deudor –con traslado de la demanda ejecutiva y del auto despachando ejecución–, sin que la ausencia de llamamiento inicial al proceso sea óbice para dicho embargo y su posterior y eventual anotación registral: cfr. STS de 27 de junio de 1986 (RAJ 4788); RRDGRN de 24 y 28 de noviembre de 1986 (RAJ 6879 y 6881, respectivamente).

b) Que la sociedad se hallara disuelta, aunque aún no liquidada en el momento del embargo del bien originariamente ganancial: se aduce en estos casos que, disuelta la sociedad, a pesar de la falta de liquidación, cada cónyuge es titular de una cuota abstracta. Aun siendo cierto lo anterior, lo es más que al nacer la deuda respondía la sociedad de gananciales de su pago, y que la posterior disolución de la sociedad no puede perjudicar el derecho del acreedor a resarcirse con los bienes que la integraban (art. 1317 CC). Entiéndase bien: no se trata de que el acreedor tenga derecho a resarcirse con los concretos bienes que en ese momento integraban el haber ganancial; pero sí que tiene derecho a que, a la hora de pagarle –y, por ende, de ejecutar–, se actúe como si aún estuviese vigente la sociedad de gananciales, integrada por los elementos que formaban parte de ella en el momento anterior a su disolución.

Por eso, también en estos casos la tercería de dominio se ha rechazado: la jurisprudencia se ha fundado, sobre todo, en razones de tutela al acreedor, aunque en el fondo sigue tratándose de una cuestión de afección legal de los bienes al pago de una deuda, con independencia de su actual situación dominical: cfr. STS de 18 de mayo de 1989 (RAJ 3773); STS de 13 de abril de 1993 (RAJ 3000); STS de 25 de septiembre de 1999 (RAJ 7274); SAP Madrid, Sección 14ª, de 28 de septiembre de 1992 (AC 1992\1303); SAP La Coruña, Sección 1ª, de 9 de diciembre de 1993

(AC 1993\2579); SAP Las Palmas, Sección 2ª, de 7 de julio de 1997 (AC 1997\1523); SAP Cuenca de 19 de febrero de 1998 (AC 1998\416); SAP La Rioja de 1 de septiembre de 1999 (AC 1999\2169).

Además, se ha puesto de relieve que, estando ya disuelta la sociedad de gananciales –y con independencia de que se haya liquidado o no–, no es posible ejercitar la facultad reconocida por el art. 1373 CC, pensado para una sociedad de gananciales en funcionamiento: STS de 8 de octubre de 1990 (RAJ 7482); SAP Madrid, Sección 14ª, de 11 de mayo de 1994 (AC 1994\962).

c) Que la sociedad se hallara disuelta y liquidada en el momento de embargarse un bien originariamente ganancial atribuido al cónyuge no deudor. Se trata de un supuesto relativamente frecuente: contraída la deuda, y en previsión de las consecuencias de un posible impago, los cónyuges celebran capitulaciones matrimoniales para acogerse al régimen de separación de bienes y liquidan la sociedad de gananciales atribuyendo a aquél que no intervino en el negocio crediticio los bienes más valiosos –habitualmente los inmuebles–. Ahora bien, esta alteración en la titularidad de los bienes, acaecida con posterioridad al nacimiento de la deuda, no afecta al acreedor, que tiene derecho a resarcirse de su crédito como si la sociedad siguiera vigente. Por ello, es admisible el embargo de bienes antes gananciales y que actualmente son de propiedad exclusiva del cónyuge no deudor, y por eso mismo no puede prosperar la tercería de dominio que éste interpusiera, por mucho que haya acreditado su titularidad actual y exclusiva con anterioridad al embargo: porque ese dominio, en estas circunstancias, no es suficiente para enervar el embargo.

Las sentencias recaídas sobre el particular son muy numerosas: cfr. STS de 20 de febrero de 1987 (RAJ 701); STS de 21 de julio de 1987 (RAJ 5806); STS de 18 de noviembre de 1988 (RAJ 8609); STS de 20 de marzo de 1989 (RAJ 2186); STS de 2 de julio de 1990 (RAJ 5765); STS de 24 de julio de 1991 (RAJ 5418); STS de 19 de febrero de 1992 (RAJ 1320); STS de 9 de marzo de 1995 (RAJ 1845); STS de 18 de marzo de 1995 (RAJ 1963); STS de 17 de julio de 1997 (RAJ 6018); STS de 3 de julio de 1999 (RAJ 4902). También SAP Granada, Sección 4ª, de 23 de marzo de 1993 (AC 1993\673); SAP Jaén de 21 de abril de 1993 (AC 1993\501); SAP Granada, Sección 3ª, de 15 de septiembre de 1993 (AC 1993\1684); SAP Madrid, Sección 14ª, de 11 de mayo de 1994 (AC 1994\962); SAP Cuenca de 25 de julio de 1994 (AC 1994\1261); SAP Jaén, Sección 1ª, de 30 de octubre de 1997 (AC 1997\2167); SAP Cádiz, Sección 6ª, de 24 de septiembre de 1998 (AC 1998\8190: en esta sentencia se aplica el principio de subrogación real, y se permite proyectar la ejecución sobre los bienes que, sin haber sido originariamente gananciales, por haberse adquirido tras la

disolución, se han comprado con dinero perteneciente a la primitiva sociedad de gananciales); SAP Las Palmas, Sección 3ª, de 30 de octubre de 1998 (AC 1998\7571); SAP Valencia, Sección 9ª, de 11 de mayo de 1999 (AC 1999\5854); SAP Toledo, Sección 2ª, de 12 de mayo de 1999 (AC 1999\5749); SAP Asturias, Sección 4ª, de 18 de enero de 2000 (AC 2000\211: en este caso, la singularidad radica en que se atribuye carácter ganancial a la obligación de pagar las costas de un proceso entablado como consecuencia de una deuda ganancial).

En algunas de ellas, además, se utiliza como refuerzo argumentativo la apreciación de que la liquidación de la sociedad de gananciales se efectuó en fraude de acreedores –atribuyendo al cónyuge no deudor los bienes más cuantiosos–, aunque en el fondo la presencia del fraude es irrelevante, pues no deriva de él la posibilidad de perseguir los bienes anteriormente gananciales, sino de lo dispuesto en el art. 1317 CC: cfr. STS de 26 de enero de 1985 (RAJ 200); STS de 21 de mayo de 1992 (RAJ 4919); STS de 25 de febrero de 1999 (RAJ 1893); SAP Vizcaya, Sección 4ª, de 28 de enero de 2000 (AC 2000\290).

Es más, si al liquidar la sociedad de gananciales los cónyuges no han tomado la precaución de formar el inventario judicial o extrajudicial a que se refiere el art. 1401 CC, se admite una extensión *ultra vires* de la responsabilidad que alcanza al conjunto del patrimonio ahora privativo del cónyuge no deudor –incluidos los bienes que nunca fueron gananciales–, por las deudas imputables a la sociedad de gananciales ahora inexistente: STS de 28 de abril de 1988 (RAJ 3299); STS de 19 de febrero de 1992 (RAJ 1320); STS de 7 de noviembre de 1997 (RAJ 7937); SAP Asturias, Sección 1ª, de 7 de julio de 1994 (AC 1994\1576); SAP Murcia, Sección 1ª, de 5 de febrero de 1998 (AC 1998\272). En estos casos, por consiguiente, la tercería sólo habrá de prosperar si se pretendiera el embargo de bienes que hubiesen sido privativos durante la vigencia de la sociedad de gananciales, siempre que al liquidar la sociedad se hubiera formado inventario: STS de 7 de noviembre de 1997 (RAJ 7937).

En todos estos supuestos, insistimos, la vía utilizada para intentar el alzamiento de la traba ha sido la tercería de dominio, que se ha empleado como expediente para discutir con plenitud acerca del carácter ganancial o privativo de la deuda: por todas, cfr. STS de 23 de marzo de 1979 (RAJ 915); STS de 20 de febrero de 1987 (RAJ 701); STS de 18 de noviembre de 1988 (RAJ 8609); STS de 20 de marzo de 1989 (RAJ 2186); STS de 19 de febrero de 1992 (RAJ 1320); STS de 28 de septiembre de 1998 (RAJ 6799). En ocasiones, sin embargo, la jurisprudencia se ha mostrado restrictiva, y ha entendido que en el proceso de tercería no puede discutirse acerca de la naturaleza –privativa o ganancial– de la deuda: cfr. STS de 29 de septiembre de 1986 (RAJ 4923); STS de 17 de julio de 1997

(RAJ 5513); otra línea de sentencias lo que no permite es discutirlo en casación, aunque sí durante las fases anteriores de la tercería: cfr. STS de 12 de mayo de 1989 (RAJ 3764); STS de 25 de febrero de 1997 (RAJ 1328).

5º. La deuda es ganancial y se traban bienes privativos del cónyuge no deudor.

El cónyuge no deudor, como regla, no responde con sus bienes privativos de las deudas gananciales en cuyo nacimiento no haya intervenido. Por eso, si en virtud de deuda ganancial contraída por el otro cónyuge se embargan sus bienes privativos creyéndolos gananciales el Ejecutor, podrá acudirse a la tercería de dominio: así, la SAP Sevilla, Sección 5ª, de 31 de octubre de 1997 (AC 1997\2351), que estimó la tercería de dominio precisamente por ser privativo el bien, sin siquiera entrar en consideraciones acerca del carácter privativo o ganancial de la deuda; lo mismo se hace en la SAP Valencia, Sección 6ª, de 17 de enero de 1995 (AC 1995\98); en la SAP Córdoba, Sección 3ª, de 18 de diciembre de 1996 (AC 1996\2443) se argumenta que, “aunque fuere ganancial la deuda contraída por el marido, la tercería prosperaría ya que no responderían los bienes privativos de aquélla de tal deuda en la que ella no tuvo intervención a título personal por haberse obligado exclusivamente su esposo”; y algo parecido subyace también a la SAP Asturias, Sección 1ª, de 7 de julio de 1994 (AC 1994\1576).

No obstante el cónyuge sí que ha de responder con sus bienes privativos de las deudas que deriven de lo que se conoce como *régimen matrimonial primario* –esto es, al margen del concreto régimen vigente entre los esposos–: cuando se trate de deudas nacidas en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 1319.2 CC), o cuando se trate de una carga del matrimonio que se halle obligado a levantar (art. 1318.1 CC). Su responsabilidad, en estos casos, es siempre subsidiaria.

Pues bien, cuando nos hallemos ante uno de estos últimos supuestos, dada la responsabilidad subsidiaria de los bienes privativos para el levantamiento de las cargas que pesan sobre la sociedad de gananciales, no podrá el cónyuge no deudor oponerse eficazmente al embargo de bienes: así lo señala, *obiter*, la SAP La Rioja de 1 de septiembre de 1999 (AC 1999\2169). A lo sumo, tendrá derecho a los reembolsos y compensaciones pertinentes cuando se disuelva y liquide el régimen económico matrimonial.

Ahora bien, a lo que sí puede tener derecho el cónyuge no deudor en estos casos es a poner de manifiesto la existencia de bienes gananciales suficientes con los que hacer frente a la deuda; y posiblemente el cauce más adecuado para proceder a ello sea la oposición a la ejecución: porque si se le han embargado bienes privativos a título directo, se le está

haciendo extensiva la responsabilidad a su patrimonio privativo, y es de aplicación el art. 538.3 LEC, que le da derecho a defenderse en plenitud en la ejecución; y, entre esos derechos, está el de que se respete el orden a la hora de embargar bienes (primero bienes comunes, después bienes privativos del cónyuge que contrajo la deuda, y sólo entonces sus bienes privativos).

6°. La deuda es ganancial y se traban bienes privativos del cónyuge deudor.

Cuando una deuda es ganancial, han de responder de ella los bienes gananciales. Sin embargo, el cónyuge que ha contraído la deuda ganancial siempre es responsable de ésta, en los supuestos previstos por los arts. 1367 y, sobre todo, 1369 CC. Por eso, embargados sus bienes privativos para lograr la satisfacción de una deuda ganancial, no tendrá derecho alguno a oponerse al embargo, ni debe habilitársele cauce alguno para tratar de enervarlo.

III. EMBARGO DE BIENES TRABADO CON OCASIÓN DE DEUDAS NACIDAS ESTANDO DISUELTA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Lo lógico, según se ha visto, es pensar que los problemas suscitados en relación con el embargo de bienes gananciales sólo se plantean cuando de la deuda puede predicarse o no justamente el carácter de ganancial – *rectius*, cuando resulte posible hacer extensiva al patrimonio ganancial la responsabilidad derivada de la deuda–. Surgida la deuda en un momento en que la sociedad de gananciales ya estaba disuelta –ya sea por defunción de uno de los cónyuges, ya sea por separación o divorcio, ya sea por capitulaciones matrimoniales en virtud de las cuales se pasa al régimen económico de separación de bienes– no es posible que la responsabilidad pueda afectar a los bienes del patrimonio de un tercero, sea éste el cónyuge no deudor, el ex-cónyuge o los herederos del cónyuge fallecido.

Nótese, porque la jurisprudencia insiste mucho en ello, en que cuando la disolución de la sociedad de gananciales obedece al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, sólo tiene efectos frente a terceros a partir del momento en que se le da publicidad registral: mediante la inscripción de las capitulaciones en el Registro Civil y, eventualmente, en el Registro de la Propiedad si se ven involucrados inmuebles. Por eso, en alguna ocasión, a pesar de haberse otorgado las capitulaciones en el momento de contraerse la deuda, la falta de publicidad motiva su inoponibilidad al acreedor; en estos casos, los tribunales han entendido que la deuda se ha contraído bajo la vigencia de la sociedad de gananciales, y han aplicado las categorías expuestas en el

epígrafe anterior para resolver cuanto tiene que ver con problemas de embargo de bienes: cfr. por todas STS de 26 de junio de 1992 (RAJ 5478); en sentido contrario, sin embargo, cfr. SAP Asturias, Sección 6ª, de 21 de mayo de 1998 (AC 1998\5595).

Y también ha de quedar claro que, cuando obedece a separación matrimonial, la disolución opera a estos efectos una vez la sentencia de separación haya adquirido firmeza; por eso, las deudas contraídas durante la apelación de la sentencia estimatoria de la separación son deudas respecto de las que, dado el caso, puede predicarse la naturaleza ganancial: cfr. SAP Las Palmas, Sección 2ª, de 7 de julio de 1997 (AC 1997\1523).

1º. Sociedad disuelta, pero pendiente de liquidación.

Decíamos que, estando disuelta la sociedad de gananciales, no debería haber bienes gananciales que hubieran de responder del pago de la deuda ni, por tanto, bienes gananciales que embargar. No es esto, sin embargo, lo que sucede siempre en la práctica. Porque, con gran frecuencia, producida la disolución de la sociedad de gananciales, no se procede seguidamente a su liquidación, de manera que, al menos en apariencia, subsiste una masa patrimonial, perteneciente anteriormente a la sociedad de gananciales: ocurre, sin embargo, como ha señalado reiteradísimamente la jurisprudencia, que se trata de una comunidad de bienes de naturaleza singular, en relación con la cual se insiste en lo siguiente:

— No se trata de una comunidad de bienes en mano común, de tipo germánico, sino de una comunidad de tipo romano, en la que existen cuotas.

— La cuota, sin embargo, es abstracta e indivisa, y se proyecta sobre el conjunto de la masa patrimonial, pero no sobre cada uno de los singulares bienes que la integran: de forma que, aunque puede decirse que a cada antiguo “socio” –cónyuge o herederos– le corresponde la mitad del todo –u otra cuota, según cuentas internas y reembolsos–, no es correcto afirmar que a cada cual le corresponda la mitad de cada bien singular, pues ello supone prejuzgar cuál será el destino de cada bien tras la liquidación.

[Sobre los extremos anteriores, cfr., entre otras, STS de 21 de noviembre de 1987 (RAJ 8368); STS de 8 de octubre de 1990 (RAJ 7482); STS de 17 de febrero de 1992 (RAJ 1258); STS de 25 de febrero de 1997 (RAJ 1328); SAP Valencia, Sección 6ª, de 2 de marzo de 2000 (AC 2000\1051); SAP Sevilla, Sección 5ª, de 14 de junio de 1994 (AC 1994\1089); SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 9 de marzo de 1996 (AC 1996\509); SAP Asturias, Sección 6ª, de 21 de mayo de 1998 (AC

1998\5595); SAP Málaga, Sección 4ª, de 5 de noviembre de 1998 (AC 1998\8916); SAP Pontevedra, Sección 3ª, de 30 de mayo de 2000 (AC 2000\1267).]

Lo anterior tiene gran relevancia, a los efectos que seguidamente se verán. Así, suele suceder con más frecuencia de la deseable que el tribunal, por error, o inducido por el ejecutante, procediendo en virtud de deudas contraídas por un cónyuge tras la disolución de la sociedad ganancial, embarga bienes que integran esa denominada sociedad *postganancial* o *postmatrimonial*, en la creencia –que puede ser frecuente si el título es extrajudicial– de que la sociedad subsiste (a menudo, no se ha producido alteración en el Registro) y de que la deuda es ganancial.

Pues bien, en estos casos, el cónyuge no deudor, o el ex-cónyuge no deudor, o sus herederos –en función de la causa de la disolución– ha de tener a su disposición la tercería de dominio. En efecto, embargando como un todo bienes pertenecientes a esa comunidad postganancial, está afectando la cuota abstracta e indivisa que al cónyuge no deudor le corresponde sobre ella; está el tribunal, en definitiva, embargando los derechos de un tercero a la ejecución: cfr. STS de 8 de octubre de 1990 (RAJ 7482); STS de 20 de noviembre de 1991 (RAJ 8415: que insiste en que, a pesar de las similitudes, aquí no se trata de hacer efectivo lo previsto por el art. 1373 CC); STS de 17 de febrero de 1992 (RAJ 1258); STS de 14 de marzo de 1994 (RAJ 1776); SAP Pontevedra, Sección 4ª, de 3 de noviembre de 1994 (AC 1994\2096); SAP Asturias, Sección 6ª, de 21 de mayo de 1998 (AC 1998\5595); SAP Málaga, Sección 4ª, de 5 de noviembre de 1998 (AC 1998\8916); SAP Barcelona, Sección 17ª, de 7 de junio de 1999 (AC 1999\6796); SAP Valencia, Sección 6ª, de 2 de marzo de 2000 (AC 2000\1051); SAP Pontevedra, Sección 3ª, de 30 de mayo de 2000 (AC 2000\1267: sentencia ésta que también recuerda que en estos casos no resulta de aplicación lo previsto por el art. 1373 CC).

El alcance de esta tercería es teóricamente limitado, aunque en la práctica puede resultar desproporcionadamente lesivo para los acreedores:

— En efecto, el éxito de la tercería de dominio no conduce a la desafección de los bienes embargados, sino a la reducción del embargo trabado, que sólo se proyectará sobre la cuota que el deudor tenga sobre la comunidad postganancial: cfr. STS de 8 de octubre de 1990 (RAJ 7482); STS de 17 de febrero de 1992 (RAJ 1258); SAP Málaga, Sección 4ª, de 5 de noviembre de 1998 (AC 1998\8916); SAP Barcelona, Sección 17ª, de 7 de junio de 1999 (AC 1999\6796).

— Pero como se trata de una comunidad de cuota abstracta e indivisa, resulta que el embargo resultante es un embargo que, aunque

pueda quedar debidamente garantizado mediante anotaciones registrales, no puede ir seguido del paso a la realización forzosa en tanto no se haya liquidado la comunidad de bienes en cuestión: cfr. STS de 8 de octubre de 1990 (RAJ 7482); también RDGRN de 8 de julio de 1991 (RAJ 5438); en este caso, la acreedora era la ex-esposa, en razón de pensiones impagadas; en ejecución de sentencia, se embargó la cuota del ex-marido sobre la vivienda común –antes ganancial–, que se sacó a subasta en la que, por falta de postores, la acreedora se adjudicó la parte que le faltaba para integrar el dominio pleno; la denegación del Registrador a inscribir la adquisición motivó la resolución de la DGRN en cuestión; asimismo SAP Asturias, Sección 6ª, de 21 de mayo de 1998 (AC 1998\5595), y especialmente AAP Vizcaya, Sección 3ª, de 31 de mayo de 1999 (AC 1999\6270, que anula la providencia por la que se manda pasar a la vía de apremio cuando lo embargado fue la cuota del deudor en un bien de la sociedad post-ganancial, porque no es posible llegar a tal fase hasta que no se haya liquidado previamente la sociedad de gananciales y se sepa si efectivamente tal bien se adjudica o no al deudor o, en su caso, en qué cuota.

— Por eso, en alguna ocasión se ha señalado que lo realmente susceptible de embargo y anotación preventiva es el derecho eventual que corresponde al cónyuge sobre los bienes concretos que se le adjudiquen como consecuencia de la liquidación y división, pero no la mitad indivisa de la comunidad post-ganancial: cfr. RDGRN de 16 de octubre de 1986 (RAJ 6068); SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 9 de marzo de 1996 (AC 1996\509); SAP Asturias, Sección 6ª, de 21 de mayo de 1998 (AC 1998\5595); SAP Pontevedra, Sección 3ª, de 30 de mayo de 2000 (AC 2000\1267).

— Es indudable la legitimación de los acreedores para solicitar esta liquidación, pero también lo son las complicaciones y dilaciones que esto puede acarrear en la práctica a la hora de hacer efectivo su derecho. En especial, han de evitarse los fraudes de acreedores al liquidar en estas situaciones la comunidad post-matrimonial; así, en el caso resuelto por la SAP Zamora de 4 de diciembre de 1999 (AC 1999\8249), la deuda se había contraído estando disuelta pero no liquidada la sociedad de gananciales, y el embargo se trabó sobre el derecho del cónyuge deudor en tal masa; pues bien, efectuado así el embargo, se pretendió liquidar la sociedad adjudicando íntegro al cónyuge no deudor el único bien inmueble; la Audiencia estima que este reparto es fraudulento, y reconoce al ejecutante el derecho a proyectar el embargo y la realización forzosa sobre la mitad de dicho bien.

2º. Sociedad disuelta y liquidada.

Ya hemos dicho que, disuelta la sociedad, el cónyuge, ex-cónyuge o sus herederos no responden de las deudas contraídas por el otro con posterioridad. Sin embargo, no puede descartarse que, a pesar de ello, se produzca un embargo de bienes que en su día formaron parte de la sociedad de gananciales, pero que, en el momento de su traba, por mor de la liquidación, son de la propiedad exclusiva de quien no puede considerarse deudor.

En tal caso, 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 (RAJ 6799); SAP Córdoba, Sección 3ª, de 24 de julio de 1992 (AC 1992\1083); SAP Granada, Sección 3ª, de 15 de septiembre de 1993 (AC 1993\1684); SAP Almería, Sección 1ª, de 24 de noviembre de 1999 (AC 1999\8292).

No obstante, 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 1987 (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, como sería la operada por el Ejecutor al embargar sin más los bienes asignados a los titulares de la cuota post-ganancial no afecta en principio al pago de la obligación.

Ahora bien, si lo que hace el Ejecutor es extender de manera directa la responsabilidad derivada del título sobre esos bienes en la errónea creencia de que esto es posible, entonces la vía adecuada para que el titular de los bienes defienda su derecho ya no es la de la tercería, porque, en virtud del art. 538.3 LEC, ha de considerársele como parte a estos efectos: en tal caso, deberá acudir al incidente de oposición de fondo a la ejecución y, aunque la Ley no lo prevea expresamente para este supuesto, tendrá el derecho a esgrimir en él, como motivo de oposición de fondo, el error del juez al extender la responsabilidad a sus bienes.

Esto último será también lo que deba hacerse en los supuestos expuestos en el apartado anterior (sociedad disuelta pero aún no liquidada), si se embargan bienes considerando que puede hacerse extensiva sobre ellos la responsabilidad dimanada de la deuda en cuya virtud se está procediendo.

3º. Deudas anteriores al nacimiento de la sociedad de gananciales.

Los argumentos expuestos en los apartados anteriores también serán de aplicación a los casos en que la deuda hubiera surgido con anterioridad al momento en que se instauró la sociedad de gananciales – v.g., por ser deudas anteriores al matrimonio–; en tal caso, en el momento

de contraerse la deuda no existía sociedad de gananciales alguna que pudiera quedar afectada al cumplimiento de la obligación, y no puede, por consiguiente, hacerse a ésta responsable ni directa ni subsidiaria. Por eso, el cónyuge no deudor ostenta la condición de tercero y puede enervar la traba acudiendo a la tercería de dominio: cfr. el supuesto resuelto por la SAP Soria de 12 de marzo de 1998 (AC 1998\4132).

IV. BIBLIOGRAFÍA.

En general, sobre el régimen de responsabilidad existente en el marco de la sociedad de gananciales, y al margen de los manuales al uso, pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos:

— BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: *Responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales de un cónyuge*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

— BENDITO CAÑIZARES, María Teresa: *Marido y mujer frente a las deudas del otro cónyuge: la tercería de dominio*, Tecnos-Colección Jurisprudencia Práctica, Madrid, 1996.

— GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex nova, Valladolid, 1991.

— LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: *La liquidación de la sociedad de gananciales. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

— MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*, Civitas-Cuadernos, Madrid, 1995.

— DE LOS MOZOS, José Luis, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. Albaladejo), Tomo XVIII, vols. 1 y 2, Edersa, Madrid, 1982 y 1984.

— PASTOR ÁLVAREZ, María del Carmen: *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Universidad de Murcia, 1998.

— RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La comunidad postganancial*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997.

Por lo que respecta al régimen procesal introducido por el art. 541 de la LEC de 2000, puede verse:

— GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi, en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* (coord. Alonso-Cuevillas y Sayrol), Vol. III, Economist & Jurist, Barcelona, 2000.

— GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (dir. Lorca Navarrete), T. III, Lex nova, Valladolid, 2000.

- MONTERO AROCA, Juan, en *El nuevo proceso civil. Ley 1/2000* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- MORENO CATENA, Víctor, *La ejecución forzosa* (Tomo IV), en *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. Cortés Domínguez y Moreno Catena), Tecnos, Madrid, 2000.
- SABATER MARTÍN, Aníbal, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. Fernández-Ballesteros López, Rifá Soler y Valls Gombau), T. II, Iurgium, Barcelona, 2000.
- VEGAS TORRES, Jaime, en *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* (con De la Oliva Santos y Díez-Picazo Giménez), C.e.r.a., Madrid, 2000.