

ESTUDIOS

LAS PARTES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000

MIGUEL ÁNGEL BALBÍN LLERA
Secretario Judicial

SUMARIO: 1. Una visión general del nuevo proceso de ejecución.—2. Las partes en la ejecución: 2.1 El derecho de defensa supera al concepto de parte. 2.2 Sujeto activo del proceso de ejecución forzosa. 2.3 Legitimación de los consumidores y usuarios. 2.4 Sujeto pasivo del proceso de ejecución forzosa. 2.5 Sucesión procesal de ejecutante y/o ejecutado. 2.6 Ejecución sobre bienes gananciales. 2.7 Ejecución frente al deudor solidario. 2.8 Asociaciones o entidades temporales. 2.9 Entidades sin personalidad jurídica. 2.10 La posición del tercero en la ejecución. 2.11 Colaboradores. 2.12 Postulación y costas.

1. UNA VISIÓN GENERAL DEL NUEVO PROCESO DE EJECUCIÓN

Como es sabido, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 ha recuperado la regulación unitaria de la ejecución (para títulos judiciales y extrajudiciales) que había quebrado con la LEC de 1855. El esfuerzo por regular de forma unitaria, completa y sistemática todo cuanto atañe a la ejecución de títulos judiciales, extrajudiciales y extranjeros ha desembocado en la concepción del proceso de ejecución como un verdadero proceso autónomo, con realidad física independiente del proceso declarativo que haya podido, o no, precederle. Se hace comenzar a instancia de parte por demanda, a veces sucinta (arts. 538.2 y 549), sujeta a reparto, goza de normas propias en materias como la competencia y distribución de funciones entre Juez y Secretario (art. 545), acumulación de ejecuciones (art. 555), causas de oposición (art. 556 y ss.), motivos de suspensión (arts. 565 y ss.), etc.

En suma, la LEC concibe la ejecución como una realidad física independiente. Y, aunque pueda resultar paradójico, es en el terreno de la naturaleza jurídica donde han surgido discrepancias. Es cierto que la doctrina se esforzaba, ya con la vieja LEC de 1.881, en afirmar la existencia de, al menos, tres tipos de procesos en atención a su naturaleza jurídica (declarativo, ejecutivo y cautelar). Pero el nuevo proceso de ejecución admite en su seno la tramitación de un *incidente de naturaleza declarativa* que pueda promover el ejecutado al ejercitar las causas de

oposición que están a su alcance. Y, dado que el artículo 517 ha reunido títulos de procedencia y características muy heterogéneas (en sustancia, los títulos judiciales y arbitrales, que abrían la ejecución «ordinaria» conforme a los arts. 921 y ss., junto con la mayoría de los extrajudiciales que permitan, conforme al viejo artículo 1429 LEC, abrir el juicio ejecutivo, exceptuando el reconocimiento de deuda, la confesión hecha ante juez competente y la letra de cambio, cheque y pagaré), el legislador se ve obligado a reconocer, también, múltiples grupos de causas de oposición, según la naturaleza del título. Ello ha llevado a cierto sector doctrinal (véase, por ejemplo, Moreno Catena y Cortés Domínguez ⁽¹⁾) a considerar que subsiste, enmascarado dentro de la ejecución, el viejo juicio ejecutivo de la LEC de 1.881, lo que repercute en la sistemática de sus obras ya que, cuando estudian el proceso de ejecución, se limitan a lo que se refiere a títulos judiciales y arbitrales, omitiendo cualquier referencia a los extrajudiciales.

En este contexto que acabamos de definir someramente, se inserta la regulación de las partes en el proceso de ejecución (fundamentalmente en los arts. 538 a 544). Hay que decir, en descargo del legislador, que se ha pretendido, realizar una regulación sistemática y pormenorizada de la cuestión, integrando lagunas y recogiendo soluciones doctrinales y jurisprudenciales. Pasamos a exponer con detalle los diversos aspectos de la regulación.

2. LAS PARTES EN LA EJECUCIÓN

2.1 El derecho de defensa supera al concepto de parte

Como regla general, sostiene el artículo 538.1 LEC 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*». Será, pues, el auto despachando ejecución el que confiera la condición de parte a ejecutante y ejecutado. Pero la cuestión, que parece de pura lógica, requiere de un análisis más detallado ya que la nueva LEC no sólo contempla la posibilidad de despachar ejecución frente a sujetos que no figuran en el título ejecutivo como deudores, sino que permite, con gran amplitud, oponerse a la misma (en sentido amplio: por motivos procesales, de fondo o con recursos) a sujetos contra los que no se ha despachado y que, en principio, no tendrían la consideración de parte.

Ello nos lleva a considerar que, si uno de los requisitos de la doctrina clásica (enumerados por *Calamandrei* y abundantemente reflejados en los manuales al uso) para poder recurrir era el de ser parte en el proceso, tal requisito parece haber iniciado un declive si tenemos en cuenta que el artículo 538.3.º permite «*utilizar los medios de defensa que la ley concede al ejecutado*» (entre ellos, por aplicación del art. 562, los recursos) a aquellas personas «*frente a las que no se haya despachado ejecución*» (y que, por tanto, según la definición del 538.1, no son parte). Otro ejemplo lo encontramos en el artículo 541.4 que, en referencia a los párrafos que le preceden, permite al «*cónyuge al que se ha notificado el embargo*» (contra el que no se habrá despachado ejecución y que no es, por tanto, parte) «*interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado...*», si bien a los solos efectos, en este caso, de defender los intereses de la comunidad de gananciales.

⁽¹⁾ Véase la sistematización de la obra «La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», tomo IV, *La Ejecución Forzosa*, de VÍCTOR MORENO CATENA, editorial Tecnos, Madrid, 2000, en la que, al estudiar el proceso de ejecución, se omite toda referencia a cuanto afecta los títulos extrajudiciales.

Desde luego, resulta encomiable que la LEC se preocupe de dotar, incluso con la plenitud propia que correspondería a quienes fuesen parte, a aquellas personas contra las que no se ha despachado ejecución de los medios de oposición necesarios, cuando se ven afectados por el desarrollo de la misma. No cabe duda de que con ello se colma su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, por lo que en modo alguno criticamos esa medida. Tan sólo quisiéramos incidir en que el resultado final es la superación de la doctrina clásica sobre el derecho a recurrir, pues se concluye ahora que no siempre es necesaria la condición de parte para el acceso a los recursos.

2.2 Sujeto activo del proceso de ejecución forzosa

Es la persona o personas que *piden y obtienen el despacho de la ejecución*, según el artículo 538,1 y, según el párrafo 2.º, deben aparecer como acreedores en el título ejecutivo. Por lo tanto, y a diferencia de lo que ocurre con el posible sujeto pasivo de la ejecución, que no siempre aparecerá como tal en el título ejecutivo, en palabras de la nueva LEC el ejecutante debe aparecer referido *nominatim* («a instancia de quien figure como acreedor en el título ejecutivo...» dice el art. 538), sin perjuicio de la sucesión procesal y sin perjuicio, también, de lo que a continuación diremos respecto de los consumidores y usuarios a que se refiere el artículo 519 en relación con el 221 LEC.

Observa, sin embargo, Felices Zubiri ⁽²⁾, que la doctrina y jurisprudencia habían destacado que ejecutante y ejecutado no tienen necesariamente que coincidir con acreedor y deudor, aunque ello sólo es reconocido explícitamente así por la nueva LEC respecto del ejecutado.

La ejecución sólo se despacha a instancia de parte y nadie más que quien figura como acreedor en el título ejecutivo puede solicitarla, lo que tendrá importancia no sólo en cuanto al despacho en sí, sino también en cuanto a la concreción de las personas contra las que se podrá despachar (art. 538.1 y 549.1).

2.3 Legitimación de los consumidores y usuarios

Partiendo de que el artículo 11 LEC reconoce legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas (sin perjuicio de la legitimación individual de cada consumidor o usuario, en los casos en que éstos no sean «una pluralidad indeterminada o de difícil determinación...») para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios, el artículo 221 LEC prevé que la sentencia que ponga fin al procedimiento declarativo instado por tales asociaciones, en que «se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica», esté en condiciones de determinar «...individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena», en cuyo caso sólo serán beneficiarios aquellos que hayan sido contemplados expresamente. De hecho, la sentencia deberá hacer, en todo caso, un pronunciamiento específico siempre que se hubieren personado (además de la asociación) consumidores o usuarios determinados (art. 221.3.º), circunstancia favorecida por la publicidad que, conforme exige el artículo 15 de la LEC, se ha de dar a este tipo de procedimientos.

⁽²⁾ ESTHER FELICES ZUBIRI, en la obra colectiva dirigida por Lledó Yagüe y coordinada por Sesma de Luis, San Román Moreno y Zorrilla Ruiz. «Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento civil», editorial Dykinson, año 2000. pp. 529-530.

Pero cuando, habiendo promovido el pleito una asociación, «...la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante». En estos supuestos, es preciso el reconocimiento de la condición de beneficiario del fallo para poder o bien instar la ejecución o bien intervenir y beneficiarse de la ya instada por la asociación demandante. El mecanismo para ello lo contempla el artículo 519 LEC, el cual establece que «Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución».

La previa solicitud de interesado, así como la audiencia del condenado (si bien no se establece plazo específico para ella, de modo que lo fijará razonablemente el tribunal) se constituyen en características esenciales de este incidente que se encomienda al tribunal competente para llevar a cabo la ejecución, que, por aplicación del artículo 545.1 será, por lo general, el que conoció también del proceso declarativo en primera instancia. Pero, en tanto que habrá de ser previo a la misma, pues el auto favorable que se obtenga integrará el título ejecutivo, no queda claro si debe tramitarse en pieza separada del propio proceso declarativo o en una pieza separada del proceso de ejecución. Lo normal sería lo primero, salvo que ya se hubiere despachado ejecución a instancia de la propia asociación de consumidores (art. 221.1.II) en cuyo caso podría formarse una pieza separada en la propia ejecución, para dilucidar si se deja intervenir en ella al consumidor o usuario que solicita su reconocimiento como beneficiario.

El artículo 519 sólo se remite al 221.1, pero en la regla 2.ª de éste artículo se contempla la variante de que, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la Ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de consumidores y usuarios, la declaración haya de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. Entiende Saamanes Ara ⁽³⁾ que este precepto no está pensando en la parte activa, que será una asociación de consumidores actuando en defensa de intereses generales, por lo que será innecesaria cualquier declaración de extensión de los efectos de la sentencia. Se está refiriendo, en realidad, a la posible extensión de los efectos de la cosa juzgada a otras empresas distintas de la o las que figuraban como demandadas en el proceso declarativo, que ofrecen productos o servicios similares a los tildados de defectuosos o dañinos por la sentencia, pues ya la propia Exposición de Motivos está previendo que en el futuro se puedan dictar normas sustantivas complementarias para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios en cuanto colectividades, de modo que «como cauce para esa tutela, no se considera necesario un proceso o procedimiento especial y sí, en cambio, una serie de normas especiales, en los lugares oportunos». Esa posible extensión a terceros de los efectos de la sentencia habría de pasar necesariamente por una adecuada publicidad de la demanda presentada en su día para que los mismos tuvieran la oportunidad de participar en el proceso.

Respecto al primer inciso del artículo 221, el incidente del artículo 519 se orienta a comprobar si en el solicitante concurren los «datos, características y requisitos...» fijados en la sentencia para que pueda ser considerado beneficiario. Se omite toda referencia a la possibili-

⁽³⁾ CARMEN SAAMANES ARA, «Las pautas en el Proceso Civil», Colección *Ley de Enjuiciamiento civil 2000*, editorial La Ley-Actualidad, año 2000, p. 96.

dad de *practicar pruebas*, pero parece obvio que el incidente deberá permitir la práctica de todas aquellas tendentes a acreditar el derecho a participar en la ejecución o a evitar que dicho derecho se reconozca, pudiendo resultar conveniente, a estos efectos convocar una audiencia⁽⁴⁾.

No se indica si dicho auto es recurrible, considerando Senés Motilla⁽⁵⁾ que, por aplicación de las reglas generales de los artículos 451 y 562.1.1.º, debería admitirse el de reposición y que resulta más dudoso que quepa el de apelación ya que, en concreto, el previsto en el artículo 563 basado en actos de ejecución contradictorios con el título ejecutivo judicial, ha de negarse su posibilidad ya que se requiere que se hubiere «*despachado ejecución*», cosa que aquí no ha ocurrido. Entendemos nosotros que quizá podría admitirse la apelación al amparo del artículo 455.1 cuando el auto no reconozca la condición de beneficiario, ya que, respecto del consumidor o usuario solicitante, resultaría definitivo, (en cuyo caso, la apelación se admitiría en lugar de la reposición, que no sería procedente por ser definitivo el auto, tal como excluye el art. 451), pero nos encontramos con el obstáculo de que el artículo 562 tan sólo permite utilizar el recurso de apelación para combatir concretas actuaciones procesales cuando la Ley expresamente lo haya previsto. No obstante, una interpretación tan rígida podría dejar en indefensión al consumidor o usuario, que se enfrenta a un auto definitivo desfavorable que no puede recurrir con efecto devolutivo y, además, en puridad de técnica procesal, el proceso de ejecución aun no ha comenzado, pues no se ha dictado todavía el auto despachándola, sino que se está constituyendo un documento complementario al título ejecutivo, por lo que podría evitarse la aplicación del limitativo artículo 562.1.2.º.

Si recae auto reconociéndole la condición de beneficiario, el efecto inmediato será que el sujeto podrá «*instar la ejecución*», para lo cual le servirá de título ejecutivo el propio auto junto con la sentencia. Conforme al artículo 519 parece que puede haber lugar a sucesivas solicitudes de reconocimiento de la condición de beneficiario que den lugar a que se insten sucesivas ejecuciones, referida cada una a los intereses individuales de los diversos beneficiarios. Sin embargo, si la ejecución fue instada con carácter general por la asociación de consumidores y usuarios, lo que el artículo 221.1.ª, párrafo 2.º da a entender es que el mecanismo del 519 servirá no para que se pueda instar individualmente la ejecución sino para «*intervenir en la ya instada*» por la asociación.

Esta contradicción plantea dos dudas. La primera de ellas es la de que, puesto que la asociación no solicitará una ejecución genérica (vacía de contenido), sino en beneficio de concretos consumidores y usuarios, podrá promover el incidente del artículo 519 a favor de una relación concreta de los mismos para que se les reconozca la condición de beneficiarios. A mi entender, el artículo 519 es taxativo, en este sentido, y sólo permite promover el incidente a los concretos interesados, no a la asociación. Entonces, la mención que hace el artículo 221 de que la ejecución haya sido instada por la asociación y se permita intervenir en ella a los consumidores que vean reconocido su derecho a través del artículo 519, podría referirse a que la asociación inste el despacho de ejecución en todo aquello que afecte a intereses generales, que sean susceptibles de amparo sin necesidad de concretar quién es el perjudicado porque se entienda que perjudican a toda la sociedad (así, haciendo cesar inmisiones nocivas, o prohibiendo la difusión de propaganda perniciosa...), lo que no impide que en el título ejecutivo se protejan también otras materias adicionales que requieran de la individualización de los perjudicados para su ejecución, en cuyo caso, éstos estarían legitimados para intervenir en la ejecución más general ya instada por la asociación.

⁽⁴⁾ Vid. VICTOR MORENO CATENA, *opus cit.*, pp. 54-55.

⁽⁵⁾ CARMEN SENÉS MOTILLA, «Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa», editorial La Ley, año 2000, p. 37.

La segunda de las dudas consiste en saber si, cuando no se ha promovido previamente la ejecución por la asociación de consumidores, la solicitud que verifiquen concretos beneficiarios, tras el incidente del artículo 519 dará lugar, respecto de cada uno de ellos, a un proceso de ejecución sucesivo e independiente del que pueden haber promovido otros beneficiarios que se les hayan anticipado o bien, si podrán ir sumándose a la ejecución que instó el primero de ellos. Aunque el artículo 519 se limite a decir que «con testimonio de ese auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución», no se ve razón jurídica para no obrar de la misma manera que en el caso del artículo 221, evitando la apertura de innumerables ejecuciones independientes. Cosa distinta será la conveniencia de formar piezas separadas para diversos beneficiarios dentro de la ejecución global, si la complejidad de la materia lo requiere.

A este respecto, no puede olvidarse la posibilidad que tiene el ejecutado de oponerse a la ejecución respecto de algunos beneficiarios, de todos o de ninguno, ya que la mera audiencia que se le concede en el artículo 519 no ha de mermar, sin duda, su derecho a formular oposición al amparo de los artículos 556 y ss., lo que, tratándose de un título judicial, se traduce en la posibilidad de oponerse por causas de fondo (art. 556) y por causas procesales (art. 559), sin perjuicio de oponerse a concretos actos de ejecución, conforme a los artículos 562 y 563. Este argumento abogaría por la formación de procesos de ejecución independientes (con realidad física diferenciada, es decir, en legajo aparte) ya que, de otro modo, sería difícilmente sostenible la tramitación de oposiciones que difieren en cuanto a los sujetos afectados, al momento del inicio e incluso a las causas esgrimidas, pero sería también compatible con la formación de piezas separadas para cada usuario, dentro de una ejecución global.

En otro orden de cosas, en el número 7.º del artículo 6.1 se reconoce capacidad para ser parte a «los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados». Se trata aquí de un grupo perfectamente identificable de consumidores y usuarios que, como tal agrupación, constituyen un ente sin personalidad jurídica, distinto del que constituiría una asociación legalmente constituida para la defensa de consumidores y usuarios y distinto, también, de la personalidad física de cada consumidor o usuario afectado, pero al que se reconoce expresamente capacidad para ser parte, esto es, para comparecer en juicio y ejercitar acciones.

El reconocimiento no se limita, obviamente, a la posibilidad de ejercitar acciones declarativas, sino que podrán también solicitar, como tal grupo, el despacho de la ejecución, en cuyo caso, no necesariamente estarán sujetos a la exigencia de acreditar su condición de beneficiarios a través del incidente del artículo 519 ya que el grupo ha de ser perfectamente identificable en cuanto a los miembros que lo componen y, por eso, si la sentencia declarativa es totalmente estimatoria ya incluye, por definición, un juicio de valor sobre la legitimación de cada concreto consumidor que compone el grupo, pasando tal cuestión a ser cosa juzgada.

Ello ha de ser así porque se exige que el grupo demandante esté constituido por la mayoría de los afectados por el hecho dañoso, y que éstos estén determinados o sean fácilmente determinables ya que, de otro modo, no se podría averiguar cuántos se necesitan para componer la mayoría y no podría, además, accionarse por esta vía del artículo 6.1.7.º, sino que, conforme al artículo 15.3 LEC, sólo estarían legitimadas para demandar (en el proceso declarativo) las asociaciones legalmente constituidas para la defensa de consumidores y usuarios con lo que, para extender los efectos de la ejecución a otros afectados habría que acudir, entonces, al incidente del artículo 519.

Mencionar, por último, que la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, ha reformado el artículo 11 de la LEC 1/2000, para añadir un apartado 4.º según el cual «... el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8.º estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios». Dichas entidades a las que se refiere el artículo 6.8.º son 8.º «Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios».

Se trata, en definitiva, de la incorporación expresa a nuestro Ordenamiento de la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, que contempla un mecanismo *ad hoc* de protección de los intereses de los consumidores y usuarios frente a prácticas que puedan suponer un riesgo para sus intereses que, en lo que parece una dicción alternativa, se denominan colectivos o difusos en tanto que afectan a una generalidad indeterminada de público, que se encuentra expuesto a las prácticas supuestamente lesivas. En el orden procesal, la tramitación se remite al juicio verbal, por su agilidad, contiene algunas especialidades en cuanto a competencia y vemos que se legitima expresamente a una novedosa figura que comprende las «entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea» para promover el procedimiento declarativo y, en consecuencia, también el de ejecución.

En la medida en que la acción de cesación puede proteger tanto los intereses colectivos como los difusos, y que el artículo 221 LEC no ha sufrido más cambio en virtud de la Ley 39/2002 que la de contemplar la posibilidad de publicar con cargo al demandado la sentencia, de forma total o parcial, u obtener una declaración rectificadora, parece darse a entender que regirá, en cuanto a la atribución de la condición de parte, cuanto ya dijimos con ocasión de comentar más arriba el resto del artículo 221, si bien, debido a la embrionaria regulación que se efectúa de la acción de cesación ⁽⁶⁾, surgen dudas en cuanto a si será éste de plena aplicación en cuanto a los sujetos que, aparte del Fiscal o la asociación habilitada a nivel europeo, puedan ser reconocidas como partes en intervenir en la ejecución, a la vista de que la legitimación para promover la acción de cesación se contempla de forma restrictiva.

2.4 Sujeto pasivo del proceso de ejecución forzosa

Conviene insistir en que la ejecución *sólo puede despacharse a instancia de parte* (de quien aparezca como *acreedor* en el título ejecutivo, según art. 538.1) y ello no implica sólo el hecho mismo de despacharla, sino que predetermina contra qué personas (y en su caso bienes) podrá despacharse, no pudiendo dirigirse más que contra aquéllos contra los que se haya solicitado por el ejecutante que, por su parte, incurre en responsabilidad por daños y perjuicios si «...indujera al tribunal a extender la ejecución frente a personas o bienes que el título o la ley no autorizan...» (art. 538.4). Por supuesto, el tribunal deberá decidir, una vez efectuada la solicitud, si despacha, o no, ejecución y si lo hace contra todas las personas y bienes o sólo contra algunos.

El auto despachando ejecución tiene notable importancia pues atribuye la condición de parte que, como indica Senes Motilla ⁽⁷⁾, en la ejecución tiene un concepto «matizadamente

⁽⁶⁾ Vid., recientemente, el comentario de Almagro Nosete «Protección procesal de los intereses colectivos o difusos en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Actualidad Civil* núm. 1/2004, 1.ª quincena de enero de 2004.

⁽⁷⁾ CARMEN SENES MOTILLA, *Opus cit.*, p. 68, con cita de Fernández López, M. A.

formal». Es decir, que el ejecutante no tiene la potestad de fijar por su mera afirmación, quienes serán las partes ejecutadas (como fijaría a los demandados en el proceso declarativo), pues ello depende de lo que diga el título, pero tampoco el título es, en última instancia, definitivo, pues está expuesto a la oposición a la ejecución que pueda efectuar el ejecutado.

En el sistema de la LEC de 1.881, la ejecución sólo podía seguirse (en el típico caso de títulos judiciales) contra aquellas personas contempladas en la propia resolución que se ejecutaba. No obstante, el TC (*STC 4/85, de 18 de enero*) había reconocido el derecho de terceros a comparecer como parte en el proceso de ejecución aunque no fueran litigantes en el proceso principal, siempre que no hubieran podido serlo en éste y alegasen un derecho o interés legítimo y personal que pudiera verse afectado por la ejecución de que se trate. En cambio, la LEC 1/2000, en su artículo 538 amplía notablemente el círculo de personas que pueden ser llamadas al proceso de ejecución. Así, según el párrafo 2.º, sólo podrá despacharse ejecución frente a los siguientes sujetos:

1.º Quien aparezca como deudor en el mismo título.

2.º Quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, responda personalmente de la deuda por disposición legal o en virtud de afianzamiento acreditado mediante documento público.

3.º 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 estas personas, a los bienes especialmente afectos.

El número 1.º no requiere de explicación adicional alguna pues la ejecución se despacha precisamente contra quien aparece como deudor en el título ejecutivo. En cambio, en los números 2.º y 3.º se alude a una responsabilidad que deriva de la ley o de documento fehaciente. En el número 2.º la condición de ejecutado se fundamenta en un *vínculo de carácter personal* (de origen legal o convencional) que permite dirigir la ejecución genéricamente contra todos los bienes de quien, por dicho vínculo, aparezca como deudor, al entrar en juego el artículo 1911 del CC. En el número 3.º se fundamenta en una *afección real de determinados bienes* al cumplimiento de una obligación, lo que sólo autorizará a dirigir la ejecución contra esos concretos bienes del ejecutado (es el típico ejemplo del hipotecante no deudor o del tercer poseedor, contemplados en el art. 685.1).

Sin embargo, el artículo 538, en su párrafo 3 añade un supuesto plausible pero, acaso, de redacción desafortunada, según el 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»*. Es decir, que la ejecución puede, excepcionalmente, dirigirse contra bienes de quienes no fueron declarados parte en la resolución que la despachó. Y, como supuesto de hecho, se alude a que ciertos bienes estén afectos al cumplimiento de la obligación, lo que coincide plenamente con el que también servía de base al número 3.º del párrafo 2, y que ya obligaba a despachar ejecución contra el propietario de los bienes afectos especialmente al pago de la deuda. Como apunta Senés Motilla ⁽⁸⁾, el ejecutante tiene la carga de señalar en su demanda o escrito que solicita ejecución a todos aquellos que puedan verse afectados por la misma y el tribunal, si concurren los presupuestos, debe despachar ejecución

⁽⁸⁾ CARMEN SENÉS MOTILLA, *Opus cit.*, p. 72.

contra todos ellos constituyéndoles en parte procesal. Por ello, el 538.3 ha de tener sin duda un carácter eminentemente residual y sólo debería entrar en juego cuando la extensión de responsabilidad se constata con posterioridad al despacho de la ejecución.

Desde otra óptica, el artículo 538.3, genéricamente considerado y haciendo abstracción del supuesto de hecho que le sirve de base, es un eficaz mecanismo para extender el régimen de garantías procesales no sólo a los sujetos materialmente afectados por el embargo y que no fueron constituidos en parte por la resolución inicial (sin cuyo precepto no podrían, por ejemplo, recurrir en el proceso), sino que tiene un carácter integrador y puede entenderse que dota a todos los terceros afectados por actuaciones ejecutivas de los medios de defensa que le corresponderían de haber sido parte en el proceso.

2.5 Sucesión procesal de ejecutante y/o ejecutado

Dispone el artículo 540 LEC que *«la ejecución podrá despacharse a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo y frente al que se acredite que es el sucesor de quien en dicho título aparezca como ejecutado»*. Conviene destacar que este artículo está pensando, en todo momento, en una sucesión acaecida (según las correspondientes normas de derecho sustantivo) *antes de despacharse la ejecución*, de modo que obliga a extraer dos consecuencias:

1.^a) Que no estamos ante una verdadera sucesión procesal, pues no hay proceso pendiente alguno, dado que éste aun no ha comenzado; no se olvide que el proceso de ejecución es completamente independiente del proceso declarativo que haya podido precederle y que lo que el artículo 540 llama «sucesión procesal» se produce, en caso de títulos judiciales, en el interregno más o menos dilatado que puede darse entre ambos procedimientos e, incluso, el artículo 540 afectaría a sucesiones referidas a la posición de acreedor o deudor en títulos extrajudiciales antes de que se despache ejecución, supuestos en los que no ha precedido proceso alguno y el de ejecución aun no ha comenzado. Estamos, en realidad, ante una sucesión en la legitimación *ad causam*, es decir, en la capacidad que tiene una concreta persona para figurar como demandante o demandado en razón de su posición en una determinada relación jurídica.

Como señala con carácter general el profesor Moreno Catena ⁽⁹⁾, *«la sucesión procesal consiste en un cambio de personas en el proceso, de modo que un sujeto entra en el proceso y ocupa la posición de otro por haber pasado a ser titular del derecho o de la relación jurídica, y de este modo se logra la adecuación de la realidad jurídica con el proceso»*. En similar sentido, para Ramos Méndez *la sucesión procesal es la sustitución en un juicio pendiente de una parte por otra persona que ocupa su posición procesal por haber devenido titular de los derechos sobre la cosa litigiosa*. Pero es lo cierto que en el supuesto descrito por el artículo 540 el proceso aun no ha comenzado.

2.^a) Que toda la iniciativa y la carga de acreditación sobre el ejecutante, lo cual es lógico ya que, no habiéndose iniciado el proceso de ejecución, sólo a él corresponde solicitar el despacho (arts. 538.2 y 549).

La sucesión procesal se sustenta siempre en una sucesión acaecida según normas de derecho material y puede afectar a las personas físicas, bien sea de forma universal y *mortis causa* (arts. 661, 995, 1003 y 1023 del CC) o bien *inter vivos* (1.112 sobre transmisibilidad de obli-

⁽⁹⁾ VICTOR MORENO CATENA, «La ejecución forzosa...», *opus cit.*, p. 50.

gaciones, 1205 para la subrogación o 1.526 del CC para la cesión de créditos, derechos o acciones); pero puede afectar también a personas jurídicas en casos de fusión o absorción. Y esa sucesión de derecho sustantivo, para que surta efectos en el proceso, debe ser acreditada disponiendo el número 2.º del artículo 540 que *«habrán de presentarse al tribunal los documentos fehacientes en que aquélla conste. Si el tribunal los considera suficientes a tales efectos, procederá, sin más trámites, a despachar la ejecución a favor o frente a quien resulte ser sucesor en razón de los documentos presentados.* Los términos legales siguen pensando en una sucesión previa al inicio del proceso y la expresión *«procederá sin más trámites...»* vuelve a indicarnos que se prescinde de cualquier audiencia del demandado y que la iniciativa y carga corresponden al demandante de ejecución.

Según el párrafo 3, *«si la sucesión no constara en documentos fehacientes o el tribunal no los considerare suficientes, de la petición que deduzca el ejecutante se dará traslado a quien conste como ejecutado en el título...»*. Estamos, de nuevo, ante una actividad que se encomienda al ejecutante pero, obviamente, el traslado a quien conste como ejecutado en el título -expresión incorrecta técnicamente pues según el título será, todo lo más, deudor y sólo pasará a ser ejecutado desde que se despache ejecución contra él- no será posible si la sucesión se refiere a éste y ha sido originada por causa de muerte). Continúa diciendo el precepto que también se dará traslado *«...a quien se pretenda que es su sucesor y, oídos todos ellos en comparecencia, el tribunal decidirá lo que proceda sobre la sucesión...»*, pero se añade que lo hará *«...a los solos efectos del despacho de la ejecución»*, de modo que no impedirá al ejecutado oponerse ulteriormente a la misma, si a su derecho interesare.

Respecto a la sucesión que tenga lugar una vez ya iniciado el proceso de ejecución, el artículo 540 guarda silencio. La doctrina⁽¹⁰⁾ sostiene la necesidad de acudir a las normas generales sobre sucesión contenidas en los artículos 16 y 17 de la LEC.

El primero de ellos atiende a la muerte de una de las partes, que dé lugar a la transmisión (*mortis causae*) de *«lo que sea objeto del proceso»*. Se produce la suspensión, audiencia de las demás partes, acreditación de la defunción y admisión a la litis del sucesor personado *«en nombre»*⁽¹¹⁾ del ejecutante o ejecutado difuntos, asumiendo las cargas y expectativas que éstos tenían en el concreto proceso. En caso de que no se personare el sucesor en el plazo de 5 días desde que le conste al tribunal el fallecimiento, se prevé que las demás partes puedan identificar a los sucesores y pedir que se les emplace. Si, pese a todo, nadie se persona, si se trataba de sucesión del demandado se ordena seguir adelante el proceso (parece que, trasladado a la ejecución, ello significa que se continuará contra los bienes del caudal relicto); en cambio, si era el demandante el fallecido, se entenderá que hay desistimiento del proceso declarativo, salvo que el demandado se opusiere (en el terreno de la ejecución no queda claro si da lugar al archivo definitivo o, más bien, al archivo provisional en tanto no prescriban las acciones y no podría darse el caso de que se opusiera el ejecutado, pues no cabe que continúe la ejecución sin ejecutante, sin perjuicio cumpla voluntariamente o acuda a un expediente de consignación). No queda claro, tampoco, si la no-personación de los sucesores del ejecutante que no quisieran comparecer, entraña renuncia a la acción ejecutada, aunque no hay obstáculo para que sea así.

⁽¹⁰⁾ CARMEN SENÉS MOTILLA, *Opus cit.*, p. 69. En igual sentido Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar, *El Nuevo Proceso Civil, Ley 1/2000*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 586-587. También, Esther Felices Zubiri, en la obra colectiva dirigida por Lledó Yagüe ya mencionada.

⁽¹¹⁾ En realidad la expresión es poco afortunada, ya que la personalidad del difunto se ha extinguido por fallecimiento, luego nadie le podrá representar. El sucesor actúa en nombre propio ejercitando los derechos que ha recibido del difunto por la sucesión.

Si la sucesión lo es por transmisión del objeto litigioso, origina también suspensión de la ejecución, audiencia de partes, acreditación de la transmisión y, en su caso, mediante auto, se permite que el sucesor ocupe la posición procesal del ejecutante o el ejecutado. La sucesión no tiene lugar en este caso si la contraparte acredita que le perjudica porque disponía de derechos; defensas u opciones de reconvenir que sólo podía ejercitar frente al transmitente del objeto litigioso.

2.6 Ejecución sobre bienes gananciales

El sistema de la LEC 1/2000 cuando la ejecución afecta a bienes gananciales, como señala Senés Motilla ⁽¹²⁾, se caracteriza por:

1) Se niega la posibilidad de despachar ejecución contra la que la Ley denomina «*comunidad de gananciales*» (art. 541). Y es que, como se señala Felices Zubiri ⁽¹³⁾, la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica y no opera en el tráfico como sujeto diferenciado.

2) No hay litisconsorcio pasivo necesario que obligue a demandar conjuntamente a ambos cónyuges, y ello aunque la ejecución verse sobre deudas de las que deba responder el patrimonio ganancial. El TS ya había manifestado (S 6 de julio de 2000, De Asís, haciéndose eco de consolidada jurisprudencia), que «*cuando se ejerciten acciones reales hay que demandar a los dos cónyuges, y en las personales, solamente al cónyuge interesado*» (en igual sentido, SS de 5 de mayo de 2000, 15 de febrero de 1999, 21 de diciembre de 1998, 25 de enero de 1990, 10 de junio y 30 de octubre de 1985, 26 de septiembre de 1986, 4 abril y 6 junio 1988 y 16 de junio de 1989, entre otras).

No obstante, aun dentro del ejercicio de acciones personales, señalaba la S de 26 de noviembre de 1996 (Almagro Nosete) que «*si los dos esposos tuvieron intervención, de manera directa o indirecta (representado uno por el otro) en el contrato cuestionado, la demanda debe, inexcusablemente, ser dirigida frente a los dos, pues lo contrario significa una defectuosa o inadmisibile constitución de la relación jurídica procesal (SS del TS de 6 de junio de 1988 y 25 de enero de 1990)*».

3) El ejecutante tiene la carga de identificar al cónyuge no deudor y solicitar del tribunal la notificación del embargo (arts. 549,1.5.º y 541,3).

El artículo 541 se refiere a los supuestos en que deba responder el patrimonio ganancial, ya sea por tratarse de deudas gananciales (párrafo 2.º), ya por insuficiencia de los bienes privativos de uno de los cónyuges (párrafo 3.º), pero para determinar cuál de ellos podrá ser demandado la Ley atiende exclusivamente al criterio de quién contrajo la deuda.

a) Si las deudas son gananciales, pero contraídas por uno sólo de los cónyuges, «*la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor...*» (no hay legitimación para demandar al otro cónyuge y ello aunque se entienda, en principio, que debe responder el patrimonio ganancial), pero el embargo de bienes gananciales (si es que llega a producirse) habrá de notificarse también al otro cónyuge dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto a fin de que pueda oponerse dentro del plazo ordinario. La oposición 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 la ejecución. Cuando la oposición se funde en esta última causa, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes

⁽¹²⁾ CARMEN SENÉS MOTILLA, *opus cit.*

⁽¹³⁾ ESTHER FELICES ZUBIRI, en la obra colectiva dirigida por Lledó Yagüe, ya citada.

gananciales ⁽¹⁴⁾. Sólo *si no se acreditara esta responsabilidad*, el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente.

b) Si son deudas *gananciales pero contraídas al unísono* por ambos cónyuges la LEC guarda silencio pero ambos figurarán en el título ejecutivo y, en consecuencia (y conforme a la jurisprudencia más arriba reseñada) contra ambos se despachará ejecución, a instancia del ejecutante.

c) Si las *deudas son privativas* de uno sólo de los cónyuges, sólo contra él habrá de despacharse ejecución pero, dado que los bienes gananciales podrán ser perseguidos a falta o por insuficiencia de los privativos, el embargo de aquéllos habrá de notificarse al cónyuge no deudor que podrá optar, en coincidencia con lo prevenido en el artículo 1373 CC, por pedir la disolución de la sociedad conyugal. La cuestión había suscitado gran polémica en la doctrina y jurisprudencia respecto al modo en que el cónyuge no deudor podía hacer valer ese derecho. El artículo 541.3 dispone que el propio tribunal ejecutor oiga a los cónyuges (con carácter previo) y resuelva lo procedente sobre división de patrimonio y en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en la LEC, suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a bienes comunes.

La remisión que se contiene al llamado *«procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial»* (proceso especial de los arts. 806 y ss. dentro del Libro III de la LEC), obliga, a nuestro entender ⁽¹⁵⁾, a que sea el propio tribunal competente para la ejecución el que lleve a cabo, conforme a dichas normas, el proceso de liquidación de gananciales (en igual sentido opina Senés Motilla) con la consiguiente carga adicional de trabajo que al tribunal ejecutor se le viene encima. Es un criterio que desentona, en cierto modo, con todos aquéllos otros, ya enunciados, que procuraban agilizar la ejecución, pero diremos que, por un lado, se encuentra en sintonía con lo dispuesto en el artículo 664, párrafo 2.º, que también encomienda al propio tribunal ejecutor, dentro del proceso de ejecución, la tramitación de aquellas actuaciones necesarias, conforme al Título VI de la LH (generalmente, expedientes de dominio), para la suplencia de títulos de bienes inmuebles que hayan de ser subastados cuando dicho tribunal fuera también competente para conocer de ellas; y, por otro lado, tiene el mérito de poner fin las vacilaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la forma apropiada de hacer valer lo que ya el artículo 1373 CC reconocía al cónyuge no demandado.

No obstante, la cuestión de la liquidación de gananciales en el seno del proceso de ejecución plantea, al menos, las siguientes dudas:

a) *Competencia*.—Del tenor literal del artículo 541.3 se desprende que el propio tribunal que está conociendo de la ejecución será el competente para tramitar el referido procedimiento de liquidación de gananciales, lo que debe ponerse en relación con el artículo 807 LEC, que considera competente para la liquidación, en cambio, al que conoció del proceso matrimonial que dio lugar a la disolución del régimen de gananciales, si bien contempla un fuero alternativo que otorga competencia a *«aquel ante el que se sigan (...) las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil»* y, desde luego, según el artículo 1373 CC es causa de disolución el embargo del que aquí hablamos, aparte de que el propio artículo 571.3 bastaría, *per se*, para instaurar este fuero especial del tribunal ejecutor.

⁽¹⁴⁾ Esta distribución de la carga de la prueba es completamente lógica, pues nadie puede ser obligado a demostrar un hecho negativo.

⁽¹⁵⁾ En el mismo sentido, SENÉS MOTILLA, *Opus cit.*

No se dice qué ocurrirá si el régimen de gananciales ya estuviere en liquidación ante otro tribunal. Lo lógico será esperar a que aquél termine, suspendiendo, entretanto, la ejecución sobre los bienes afectados. No hay razón jurídica que ampare una imposición de la fuerza atractiva del fuero del tribunal de ejecución sobre la de otros tribunales (habitualmente el que conoció del proceso matrimonial).

b) *Posición del ejecutante.*—Si el tribunal ejecutor ha de conocer del procedimiento de liquidación de gananciales, se formarán actuaciones separadas, en las que el ejecutante sólo podrá personarse al amparo del artículo 1492 CC en relación con el 782.5 de la LEC (con los mismos derechos que el acreedor en la partición y liquidación de herencias) y seguirán corriendo intereses a su favor (572.1, 575 y 576 LEC). La ejecución continúa para los demás bienes.

c) *Posición del cónyuge que optó por la disolución.*—Parece que habrá de ser similar a la del actor en el proceso de liquidación, con todas sus cargas y expectativas (formular propuestas de inventario y liquidación, acudir a comparencias y vistas, etc.). Si no cumpliere con dichas cargas procesales, no queda claro que pueda suplir su pasividad el otro cónyuge (la opción de pedir la disolución de gananciales sólo se concede al cónyuge no deudor, aunque su actuación esté inspirada por la idea de defensa de los intereses de la comunidad de gananciales). En cualquier caso, el efecto que habría de producir esa pasividad en un proceso especial en el que el impulso de oficio tiene puntuales excepciones, tendría que ser el sobreseimiento del proceso por el tribunal ejecutor, que reanudaría el apremio sobre los bienes afectados. Por supuesto, siempre cabe la posibilidad de acuerdo o transacción, al amparo genérico del artículo 19, que sería homologado por el tribunal sólo si no perjudica el interés general o a terceros (en particular, al acreedor, que, como vimos, puede personarse y vigilar el desarrollo de la liquidación).

El procedimiento se basa en una *solicitud* (y propuesta) de *inventario judicial* (en este caso parece que la ha de efectuar el cónyuge que, ante el embargo, optó por la disolución). Una vez formado el inventario por el Secretario judicial, puede suscitarse controversia sobre inclusión o exclusión, que se dilucida por el *juicio verbal* y se resuelve por sentencia. Zanjadas estas cuestiones, cualquier cónyuge puede *solicitar la liquidación*, acompañando propuesta, (nuevamente parece ser una carga procesal del que, ante el embargo, optó por la disolución). Se produce una novedosa *comparencia* ante el Secretario Judicial para que los cónyuges traten de llegar a un acuerdo y, si no lo hay, se continúa por los trámites del *juicio verbal* resolviéndose mediante sentencia.

Finalmente, en virtud del artículo 541.3, el cónyuge no demandado de ejecución *en los casos previstos en los párrafos 1.º* (deuda presuntamente ganancial) *y 2.º* (deuda privativa con embargo de bienes gananciales), al cual se le haya notificado el embargo (dicha notificación es de suma importancia pues le permite ejercer los medios de defensa, por lo que existiría nulidad de actuaciones caso de no practicarse o verificarse defectuosamente) «...podrá interponer los recursos y usar los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales».

Estamos ante una legitimación excepcional para oponerse a la ejecución por quien no es parte, similar a la del artículo 538.3 pero concretada al ámbito conyugal. En el caso del párrafo 1, a los medios ordinarios de oposición vimos que se añadía el motivo de que los bienes gananciales no tienen que responder de la deuda (invirtiéndose la carga de la prueba), pero la opción de disolver gananciales sólo sería operativa si el ejecutante no acreditaba esa responsabilidad. En cambio, en el párrafo 2.º no se concede esa causa adicional de oposición (los medios de oposición serán los mismos que tiene el cónyuge contra el que se despachó ejecución) y la opción de disolver gananciales opera en todo caso.

Finalmente, no debe perderse de vista la regulación que efectúa el artículo 144 Reglamento Hipotecario respecto a la anotación de embargo sobre bienes gananciales, distinguiendo si está vigente el régimen económico matrimonial o si ya está disuelto y dedicando especial consideración a los actos de disposición sobre la vivienda conyugal.

2.7 Ejecución frente al deudor solidario

La LEC 1/2000, en el artículo 542 distingue el caso de los laudos y títulos judiciales del supuesto de los demás títulos extrajudiciales.

a) Respecto a los laudos y los títulos ejecutivos judiciales, si fueron «...obtenidos sólo frente a uno o varios deudores solidarios no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso». Se trata de respetar el principio de audiencia no dando lugar a ejecuciones contra quienes no fueron parte en el proceso declarativo (o arbitral).

Con anterioridad a la LEC 1/2000, el artículo 1252 del CC era el encargado de regular los requisitos de la cosa juzgada (identidad de personas, objetos y causas) y señalaba que se entendía que concurría identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito estuviesen unidos a los que contendieron en el pleito anterior por vínculos de solidaridad. Esta circunstancia dio lugar a una jurisprudencia del TS reflejada, entre otras, en la S de 8 de junio de 1998 (Sierra), referida a la clásica materia de responsabilidad decenal del artículo 1591 CC, que proclamaba «...la doctrina jurisprudencial de esta Sala, ya consolidada y pacífica hasta la saciedad, que afirma el principio de responsabilidad solidaria, cuando no se puedan separar las conductas causadas en caso de responsabilidad por ruina, de promotores, contratistas, arquitectos y aparejadores, aunque tengan origen diferente, y, ello tiene como consecuencia la inaplicabilidad del litisconsorcio pasivo necesario, ya que el perjudicado puede demandar a todos o a algunos de los responsables solidarios a su elección, en aplicación del artículo 1144 del Código Civil (por todas, la Sentencias de 12 de marzo de 1985, 6 de junio de 1986, 27 de octubre de 1987, 17 de mayo de 1988, 22 de marzo de 1993 y 13 de octubre de 1994).

Ahora bien, esta extensión de los efectos de cosa juzgada a personas que no fueron parte, ni pudieron ser oídas en el pleito inicial, entra en conflicto con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la CE. Por ello, en la STS de 3 de noviembre de 1999 (Gullón Ballesteros), se pone en entredicho esta línea jurisprudencial y, con cita de los precedentes de las STS de 17 de marzo y 14 de febrero de 1993, se da una nueva consideración al tema, afirmando que, en casos en los que la responsabilidad solidaria no está ya proclamada previamente por una norma legal, en modo alguno se puede declarar la responsabilidad de quien no haya sido llamado al proceso, con la consiguiente acción de repetición contra él del condenado, sin que pueda defenderse plenamente, pues en ese ulterior proceso su responsabilidad ya habría sido discutida en el primero en que no fue parte. Tal situación le dejaría indefenso, y se vulneraría el artículo 24 CE al ser condenado sin haber sido oído. Si bien el actor puede llamar al proceso a quien considere conveniente, si se demuestra que en la relación obligacional intervinieron otras personas extrañas a la *litis* es cuando el litisconsorcio pasivo necesario se impondrá al no esta correctamente integrada la relación jurídico procesal y no poder ser condenados (ni siquiera como responsables solidarios) los no demandados. Y, si la pacífica jurisprudencia anterior presumía la responsabilidad de los agentes que intervienen en la construcción cuando no se podía precisar su parte de culpa, esta nueva línea pone en entredicho esa presunción y permite operar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario siempre que no haya declaración legal expresa de solidaridad.

La nueva LEC deroga el artículo 1.252 del CC y la institución de la cosa juzgada pasa a regularse en el artículo 222, sin referencia ya a los vínculos de solidaridad; y el artículo 542.1 regula expresamente la ejecución contra el responsable solidario y circunscribe la ejecución del título judicial o arbitral a aquellas *personas que hayan sido parte* en el proceso judicial o arbitral. Si fueron varios, ya veremos luego el margen de maniobra que concede al ejecutante el párrafo 3.º.

b) Respecto a los títulos extrajudiciales, el número 2.º del artículo 542 dice que *«sólo podrá despacharse ejecución frente al deudor solidario que figure en ellos o en otro documento que acredite la solidaridad de la deuda y lleve aparejada ejecución conforme a lo dispuesto en la ley»*. De modo que, con arreglo a la práctica jurídica, en especial en el ámbito mercantil, en este caso se admite el afianzamiento que conste separadamente aunque, como indica Senes Motilla ⁽¹⁶⁾, el despacho de la ejecución sólo será procedente frente al fiador solidario en caso de venir documentado en un título con fuerza ejecutiva (art. 542,2), siendo esta exigencia más estricta que la prevista con carácter general en el artículo 538,2,2.º (que sólo exigía que constara su deber de responder personalmente por afianzamiento en un «documento público», no necesariamente con fuerza ejecutiva).

Como lógico corolario, dice el número 3.º del artículo 542 que *«Cuando en el título ejecutivo aparezcan varios deudores solidarios, podrá pedirse que se despache ejecución, por el importe total de la deuda, más intereses y costas, frente a uno o algunos de esos deudores o frente a todos ellos»*. En otras palabras, la ejecución se restringe tanto como restringido sea el título que ha de dar lugar al despacho. Si en él figuran varios deudores, entra en juego el *ius variandi* del acreedor (1.144 CC) que puede reclamar contra alguno, contra varios o contra todos, sin perjuicio de las relaciones internas entre acreedores o entre deudores, caso de que resulte pagada la deuda y que darán lugar, si fuere preciso, a reclamaciones entre ellos ya fuera del concreto proceso de ejecución a que se dio lugar. En consecuencia, será admisible que, despachada ejecución contra alguno de ellos, si resultare infructuosa podrá pedirse que se despache contra otro u otros.

No parece que puedan acumularse las ejecuciones así instadas, ya que el artículo 547 sólo permite acumular las producidas entre el mismo ejecutante y ejecutado o entre diversos ejecutantes contra un mismo ejecutado, mientras que aquí hay un ejecutante contra varios ejecutados.

2.8 Asociaciones o entidades temporales

Según el artículo 543 en su número 1.º, *«Cuando en el título ejecutivo aparezcan como deudores uniones o agrupaciones ⁽¹⁷⁾ de diferentes empresas o entidades, sólo podrá despacharse ejecución directamente frente a sus socios, miembros o integrantes si, por acuerdo de éstos o por disposición legal, respondieran solidariamente de los actos de la unión o agrupación»*. Esta previsión legal encaja con lo dispuesto en la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional.

El artículo 7 de dicha Norma dispone que *«Tendrán la consideración de Unión Temporal de Empresas el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro»* aun-

⁽¹⁶⁾ CARMEN SENES MOTILLA, *Opus cit.*, pp. 75-76.

⁽¹⁷⁾ Según el artículo 4 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, *«Las Agrupaciones de Interés Económico sólo podrán constituirse por personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales, agrícolas o artesanales, por entidades no lucrativas dedicadas a la investigación y por quienes ejerzan profesiones liberales»*.

que, a diferencia de las agrupaciones de interés económico, «*La Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia*». Y el artículo 8.d) establece la necesidad de que la unión temporal de empresas se constituya en escritura pública que ha de contener una serie de requisitos, tales como el objeto, la duración o el domicilio fiscal y, entre ellos, el número octavo exige que conste «*La responsabilidad frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del común, que será en todo caso solidaria e ilimitada para sus miembros*». El miembro que, en virtud de esa solidaridad, pague más de lo que le corresponda, podrá repetir contra los demás, ya que la escritura también debe contener «*La proporción o método para determinar la participación de las distintas empresas miembros en la distribución de los resultados o, en su caso, en los ingresos o gastos de la Unión*».

Añade el número 2.º del artículo 543 que «*Si la ley expresamente estableciera el carácter subsidiario de la responsabilidad de los miembros o integrantes de las uniones o agrupaciones a que se refiere el apartado anterior, para el despacho de la ejecución frente a aquéllos será preciso acreditar la insolvencia de éstas*». En este caso, la previsión concuerda más con el actual régimen sustantivo de las uniones y agrupaciones de empresas, contenido en la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, a las que sí se reconoce personalidad jurídica, así como carácter mercantil. Y se establece en su artículo 5,1.º que «*Los socios de la Agrupación de Interés Económico responderán personal y solidariamente entre sí por las deudas de aquélla*»; pero añade el número 2.º que «*La responsabilidad de los socios es subsidiaria de la de la Agrupación de Interés Económico*». Sólo después de haberse acreditado la insolvencia de la agrupación (a la que el artículo 1 de la Ley reconoce personalidad jurídica independiente) podrá despacharse ejecución contra los socios.

Tal insolvencia podrá acreditarse, según Senes Motilla, mediante testimonio del auto que declara en quiebra la agrupación, pero también mediante testimonio judicial acreditativo del sobreseimiento de un proceso de ejecución singular que resulte infructuoso contra la misma (a la difusa figura del sobreseimiento en la ejecución civil alude el art. 545.4, que exige que adopte la forma de auto; también, pero sin nada que ver con la insolvencia del ejecutado, se menciona en el art. 566.3).

Al amparo del artículo 21 de la repetida ley, el socio que pague más proporción de la deuda que la que le correspondía, podrá repetir contra los demás.

La amplitud del artículo 543 permite entender incluida prácticamente cualquier forma de colaboración entre empresarios, pero resulta que en algunos casos (particularmente las Uniones Temporales de Empresas) no tendrán personalidad jurídica. Y, como apunta Saamanes Ara⁽¹⁸⁾, se exige, para despachar ejecución contra ellas que figuren en el título ejecutivo, pero no que éste sea extrajudicial, de modo que, no figurando con capacidad para ser parte en el casuístico artículo 6, no queda claro si las mismas pueden o no ser demandadas como tales en el previo proceso declarativo para constitución del título judicial. Para Felices Zubiri⁽¹⁹⁾, dado que la UTE carece de personalidad jurídica, no sería preciso demandarla para constitución del título ejecutivo, habiéndolo admitido así la SAP de Madrid de 27 de junio de 1994, según la cual bastaría con demandar a los integrantes.

Sin embargo, la cuestión no queda tan clara, pues Saamanes Ara⁽²⁰⁾ menciona otra jurisprudencia menor discordante: así, la SAP de Barcelona de 15 junio 1994 sostuvo que su falta

(18) CARMEN SAAMANES ARA, *opus cit.*, p. 24.

(19) ESTHER FELICES ZUBIRI, en la obra colectiva, dirigida por Lledó Yagüe, antes citada; p. 534.

(20) CARMEN SAAMANES ARA, *opus cit.*, pp. 23 y 24, notas al pie.

de personalidad diferenciada no era óbice para ser tenida por parte en un proceso y que bastaba con demandarla a ella, pues a su través se demandaba también a los integrantes. Y la SAP de Salamanca de 6 mayo 1997 rechazó la excepción de litisconsorcio necesario y estimó suficiente con que se hubiera demandado a la UTE sin personalidad jurídica, emplazada a través de su gerente, no siendo necesario demandar también a los integrantes, pues a través de aquél emplazamiento ya pudieron tener conocimiento todos los integrantes y personarse individualmente si a su derecho convenía. Y en la SAP de Pontevedra de 27 enero 1977 se dice, igualmente, que la carencia de personalidad no es óbice para que pueda ser tenida por parte en el proceso la UTE como un supuesto más de lo que se conocía como «uniones sin personalidad».

2.9 Entidades sin personalidad jurídica

En la LEC de 1881 no se contenía referencia alguna a la legitimación «*ad processum*» (aptitud genérica para ser demandante o demandado en cualquier proceso judicial), por lo que se acudía a la normativa supletoria del CC en materia de capacidad jurídica, que aparece ligada a la personalidad. Sin embargo, la jurisprudencia ya había puesto de manifiesto casos en que, no obstante no gozar de personalidad jurídica, se reconocía capacidad para ser parte a ciertos entes (paradigmático ha sido el ejemplo de las agrupaciones de festejos). También en ocasiones el reconocimiento de capacidad lo era de forma sólo relativa (sólo para ser demandados o sólo para ejercitar concretas acciones).

Ante esta situación, el TS se había ocupado en considerable número de sentencias de la normativa aplicable a sociedades irregulares, distinguiendo las que son civiles de las que son mercantiles, en atención a los fines a que se enderezan. Así, la STS 21 de marzo de 1998 (Fernández-Cid de Temes) consideró sociedad mercantil irregular a aquélla que no consta en escritura pública ni se ha inscrito en el Registro Mercantil, pero aseguraba que se había venido sosteniendo que tiene personalidad y no se transforma en sociedad civil, siéndole de aplicación las normas relativas a las sociedades colectivas, según las Sentencias que cita de 3 de abril de 1991, 6 de octubre de 1990, 16 de marzo de 1989, 1 de octubre de 1986, 21 de junio de 1983, 15 de octubre de 1974, 7 de febrero de 1964, 22 de marzo de 1962, 3 de marzo de 1960, 26 de junio de 1959, 29 de noviembre de 1958 y 23 de marzo de 1954.

En la STS de 14 de noviembre de 1997 (O'Callaghan Muñoz) se sostiene que a las sociedades civiles irregulares se les ha de aplicar la normativa de la copropiedad romana (art. 1.669 CC), salvo en lo que respecta a su disolución, para la que no son adecuados los artículos 400 y 404 CC, sino más convenientes las reglas de la partición de herencia (remisión del art. 1708 CC, así como del propio 406 CC).

Como indica Rodrigo Uría ⁽²¹⁾ (analizando las mercantiles), a las sociedades irregulares les falta al menos alguno de los requisitos fundamentales de constitución en escritura pública e inscripción registral, y la jurisprudencia venía considerando que el contrato de sociedad no es formal, y que existe aunque no se haya formalizado en escritura pública (117 C. Comercio) pero con validez y efectos sólo *inter partes*, no frente a terceros. Sin embargo, la Ley de Sociedades Anónimas ha regulado expresamente la materia, considerándolas como «sociedades en formación» y otorgándoles una regulación específica que permite su disolución a instancia de cualquier socio y que se remite, si iniciaron su actividad en esas condiciones, a las normas de las sociedades colectivas o bien de la sociedad civil, con la consiguiente responsabilidad frente a terceros.

⁽²¹⁾ RODRIGO URÍA, «Derecho Mercantil», 23.ª edición, Madrid, 1996, Editorial Marcial Pons.

El artículo 6 de la LEC 1/2000 integra esa laguna legal y regula expresamente la capacidad para ser parte. En su párrafo 1, número 5.º, la atribuye a *las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte*. También se reconoce en el número 4.º a *las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración* y en el número 7.º a *los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables*, tal como expusimos en el epígrafe dedicado a la legitimación activa de consumidores y usuarios.

Según el artículo 544, «*En caso de títulos ejecutivos frente a entidades sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados, podrá despacharse ejecución frente a los socios, miembros o gestores que hayan actuado en el tráfico jurídico en nombre de la entidad, siempre que se acredite cumplidamente, a juicio del tribunal, la condición de socio, miembro o gestor y la actuación ante terceros en nombre de la entidad*».

Se trata de que en las llamadas «uniones de hecho» o «sociedades irregulares», la circunstancia de no haber llegado a adquirir personalidad jurídica por algún defecto en su constitución, no se erija en obstáculo para las reclamaciones que se hayan de formular contra ellas debido a su actuación frente a terceros en el tráfico jurídico con apariencia de personalidad. La previsión coincide, por otra parte, con la contenida en el artículo 6.2 de la LEC, en el sentido de que «*Sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado*».

Sin embargo, según la opinión de Felices Zubiri ⁽²²⁾, la nueva LEC recoge la suficiencia del despacho de ejecución frente a socios, miembros o gestores de entidades carentes de personalidad jurídica, «*sin que resulte necesario ni sea posible que la demanda ejecutiva se dirija contra tales entidades, no pudiendo prosperar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario*», citando en su apoyo la STS de 22 de mayo de 93, según la cual las entidades sin personalidad no podían ser demandadas ni comparecer en juicio.

Pero, según sostenemos nosotros, la indicada jurisprudencia no tuvo un carácter absoluto (se contemplaron excepciones de entes sin personalidad a los que se permitía comparecer en juicio), ni es aplicable actualmente, por ser anterior a la LEC 1/2000, que ha variado sustancialmente el panorama procesal. El artículo 544 interpretado en conjunción con el 6.2 sí que permite que se despache ejecución contra una entidad sin personalidad jurídica, porque este último precepto le confiere capacidad para ser parte, en general, no limitada necesariamente a un proceso declarativo, mientras que el artículo 544 otorga la facultad de que se despache ejecución contra socios miembros o gestores, pero sin que ello, necesariamente, excluya la posibilidad de despacharla contra la entidad sin personalidad jurídica, que es quien precisamente figura como deudor en el título ejecutivo (art. 538.2.1.º), dirigiéndose, en su caso, el apremio contra los bienes puestos en común.

Cosa distinta es que exista litisconsorcio pasivo necesario entre la entidad y sus integrantes. A este respecto, plantea Saamanes Ara ⁽²³⁾ la cuestión de que el artículo 544 permite que se dirija la demanda de ejecución contra los *socios, miembros o gestores* de las entidades sin per-

(22) ESTHER FELICES ZUBIRI, obra colectiva dirigida por Lledó Yagüe, p. 534.

(23) CARMEN SAAMANES ARA, *opus cit.*, p. 22.

sonalidad jurídica, aun cuando los mismos no hayan sido oídos ni figuren como condenados en el proceso declarativo en el que se haya constituido el título judicial. De esta forma, el precepto se aparta de la coherente línea mantenida, en cuanto al deudor solidario, por el artículo 542.1, que, como vimos, sólo permite dirigir la ejecución contra quienes hayan sido parte en el proceso judicial o figuren en el título ejecutivo extrajudicial, garantizando así su derecho a la tutela judicial efectiva. Para la autora mencionada, será aconsejable demandar, ya en fase declarativa, también a los socios, miembros o gestores contra los que se proyecte pedir el despacho de ejecución, evitando los problemas que surgirían luego para el caso de no acreditar cumplidamente la condición de socio, miembro o gestor y la actuación ante terceros y en prevención, asimismo, de que se formule una posible oposición a la ejecución por motivos procesales (art. 559, carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda).

Por último, el artículo 544 hace la excepción de que *«Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las comunidades de propietarios de inmuebles en régimen de propiedad horizontal»*. Y ello es lógico ya que el artículo 22 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (modificada por Ley 8/1999, de 6 de abril) ya establecía un régimen de responsabilidad específico al señalar en su apartado 1.º que *«La comunidad de propietarios responderá de sus deudas frente a terceros con todos los fondos y créditos a su favor...»*, ciertamente, como apunta Saamanes Ara ⁽²⁴⁾, no se incluyen como posible objeto de la responsabilidad los elementos comunes, aun siendo posible que algunos de ellos sean susceptibles de enajenación separada.

Continúa señalando dicho precepto que *«Subsidiariamente y previo requerimiento de pago al propietario respectivo, el acreedor podrá dirigirse contra cada propietario que hubiese sido parte en el correspondiente proceso por la cuota que le corresponda en el importe insatisfecho»*, lo que resulta coherente con lo establecido en la STC 173/1989, de 19 de octubre, en la que el recurrente en amparo solicitó la nulidad de actuaciones sosteniendo que el Presidente carece al efecto de legitimación para obligar a los comuneros en sus bienes comunes y privativos y que por ello los únicos que poseen esa legitimación son los copropietarios, que debieron ser citados individualmente. El TC desestimó el amparo afirmando que *«...de plantearse el problema de legitimación, es el propio Presidente que recurre quien tenía en sus manos aclararlo, ya que, aparte de su legítima capacidad procesal para comparecer como demandado, según la Ley, debió convocar -en su caso- la correspondiente junta de copropietarios, oponiéndose en principio y solicitando tiempo para obtener el acuerdo de aquélla, o, lo que es lo mismo, dando noticia así a todos los comuneros para que ejercitaran o no su defensa directa. «Si no lo hizo -dice el autor- por no estimarlo conveniente, o por cualquier otra razón, en modo alguno puede ahora alegarse que se ha causado una grave indefensión, cuando de su propia voluntad dependió el personarse o no en autos»*. Sin perjuicio de que también pudo dicho Presidente -hoy el que recurre- comparecer en el juicio ejecutivo a título personal. Consideración esta última que tiene suma trascendencia, dado que dicha parte recurre ahora en amparo como copropietario, aparte -aunque no del todo claro- como Presidente de la Comunidad».

Para terminar, concreta el apartado 2.º del artículo 22 LPH que *«Cualquier propietario podrá oponerse a la ejecución si acredita que se encuentra al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad en el momento de formularse el requerimiento a que se refiere el apartado anterior»*.

⁽²⁴⁾ CARMEN SAAMANES ARA, *opus cit.*, p. 25.

2.10 La posición del tercero en la ejecución

Tercero será, por definición, todo aquél que no sea parte en el proceso de ejecución. El estatus de «parte procesal» lo confiere el propio auto que despacha ejecución (art. 538.1 y 549.5), tal como ya hemos visto. Por regla general, debe despacharse ejecución (siempre a instancia del ejecutante) contra todos aquéllos a los que la misma haya de afectar, ya sea por figurar como deudores en el título, ya por desprenderse su responsabilidad de una disposición legal o contractual o, en fin, porque resulten ser titulares de bienes que se deban considerar afectos a la ejecución (art. 538.1.2 y 3). No obstante, en algunas ocasiones la ejecución puede llegar a afectar a otras personas a las que no se haya constituido previamente en partes procesales y a continuación trataremos de ofrecer una enumeración de los diversos supuestos posibles, tal como los agrupan Montero Aroca y otros ⁽²⁵⁾:

1. La ejecución que afecta de modo lícito a un bien perteneciente a tercero.

Se trata del supuesto del artículo 538.3.º, cuyo comentario ya efectuamos en otro epígrafe y damos aquí por reproducido, ya que la adecuada comprensión de este precepto requiere de su contraposición con los supuestos del párrafo 2.º del mismo.

Especial mención merece el tercero poseedor de la finca hipotecada en el proceso de ejecución hipotecaria que, con anterioridad a la LEC 1/2000 fue objeto de una evolución de la doctrina constitucional que se analiza con lucidez en la STC de 4-12-97 (Gimeno Sendra). En un primer momento (SSTC 41/1981, 64/1985, 8/1991, 6/1992, 217/1993, 21/1995, 69/1995, entre otras) el TC declaró que la regulación de los antiguos artículos 131 y 132 LH no vulneraba el derecho de defensa incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. Esta regla general, sin embargo, fue quebrada por la doctrina de la STC 6/1992, luego reiterada por la STC 21/1995, según la cual, cuando el afectado por la ejecución era un tercero que poseía la finca ejecutada y que alegaba ostentar un título que no se había extinguido con la ejecución hipotecaria (generalmente arrendamiento), el desalojo o privación de la posesión no podía ordenarse en el propio procedimiento, con arreglo al artículo 131, regla 17, últ. párraf. LH, pues ello colocaba al afectado, sin posibilidad de contradicción, en una situación de indefensión que no quedaba reparada con la posibilidad que el artículo 132 LH le reconocía de acudir al declarativo correspondiente.

Esta última doctrina ya fue restringida en su aplicación por la STC 69/1995 (y en el ATC 309/1994) declarando que, en la medida en que había nacido para garantizar el derecho de defensa de aquellos que, *prima facie*, ostentan un legítimo y aparente título que les legitima para poseer la finca que es objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria, no podía ser aplicada indiscriminadamente a todo poseedor u ocupante afectado por la ejecución hipotecaria, excluyéndose por ello su aplicación en los supuestos en los que se alegara un título que hubiera sido calificado por los propios órganos judiciales como fraudulento o extinguido por la ejecución.

Pero los problemas que en la práctica originó la doctrina de las SSTC 6/1992 y 21/1995 llevó al Pleno del TC a dictar la STC 158/77 sentando como doctrina que «el proceso (del art. 131) de la LH no impedía que los poseedores, en el momento de ser requeridos para el desalojo y ulterior lanzamiento, pudieran exhibir un título cuya eficacia sólo a efectos de la ejecución habría de valorar el Juez, pero sí se oponía, por su propia naturaleza, a que en el mismo proceso se agregase como apéndice final otro procedimiento contradictorio no previsto en

⁽²⁵⁾ MONTERO AROCA y otros, *opus cit.*

la Ley (FJ 5.º). Sin que cupiese apreciar una situación de indefensión material en el poseedor si, «al tener conocimiento de la ejecución mediante los obligados requerimientos, tiene la posibilidad de aducir la existencia de un derecho que en apariencia puede subsistir». Todas las demás cuestiones podían ser formuladas por el deudor o los terceros poseedores y demás interesados, sin exclusión alguna, a través del declarativo ordinario al que se remitía el artículo 132 LH, quedando suficientemente garantizado su derecho de defensa. Al TC sólo le correspondía valorar si los órganos judiciales en la tramitación de aquel procedimiento, se habían pronunciado sobre esa posibilidad de defensa. Mas la decisión en cada una de las situaciones posesorias, como cuestión de legalidad ordinaria, correspondía al Juez o Tribunal estableciendo si ha de hacerse efectivo el lanzamiento en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, o bien si, por constatar que existe un título que resulta suficiente para amparar la continuidad de su situación posesoria, aquella diligencia no debe llevarse a cabo (FJ 6.º).

En este sentido, la jurisprudencia del TS había venido distinguiendo (desde la de 22 de diciembre de 1945 a la de 9 de junio de 1990 y Res. DGRN de 10 y 20 de noviembre de 1987) si el arrendamiento era anterior a la constitución de la hipoteca (caso en que no se vería afectado) o posterior (se extinguiría salvo que fuera expresamente consentido por el acreedor hipotecario). Pero más reciente jurisprudencia consideró compatible el arriendo con el derecho de dominio del acreedor hipotecario (9 de junio de 1990, 23 de febrero de 1991, 6 de junio de 1991) cuando se trata de un derecho personal que no accedió al registro (STS de 9 de mayo de 1996), salvo casos de simulación, fraude o dolo.

En la regulación de la LEC 1/2000, al acreedor hipotecario se le ofrecen las posibilidades de acudir al proceso específico de ejecución hipotecaria de los artículos 681 y ss. (básicamente si dispone de una escritura de hipoteca, cuya inscripción se halle vigente y en la que conste el avalúo del bien y el domicilio para notificaciones del deudor) o bien utilizar la escritura pública como título ejecutivo genérico del artículo 517.2.4.º y abrir un proceso común de ejecución, no sujeto a las especialidades hipotecarias (le será muy útil cuando ya presume que la responsabilidad a reclamar por principal, intereses y costas, excederá de la garantizada por la hipoteca), siendo, entonces, necesario proceder al embargo de bienes como *iter* previo a su realización.

También podría acudir al resucitado proceso extrajudicial de ejecución hipotecaria ante notario, previsto en el artículo 129 LH, en redacción dada por la LEC 1/2000, procedimiento que, en su redacción anterior, preconstitucional, había sido declarado inaplicable por la STS de 4 de mayo de 1998 (Almagro Nosete), basándose en que según la Constitución (art. 117.3), la LOPJ y la propia doctrina del TC (S 167/1987 de 28 de octubre) la ejecución es una función jurisdiccional que corresponde en exclusiva a los tribunales y el procedimiento que regulaba, antes, el artículo 129.2 LH, al configurar una ejecución extrajudicial, debía entenderse derogado por la «disp. trans. 3.ª CE» pues vulneraba, además, el derecho de todos al acceso a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales.

En la ejecución común, la principal garantía del tercero poseedor es el artículo 538.3.º. Pero, centrándonos en las especialidades de la ejecución hipotecaria, el tercero poseedor puede ser incorporado como parte al proceso de ejecución hipotecaria especial (arts. 681 y ss.) cuando, conforme al artículo 685.1, haya acreditado al acreedor la adquisición de los bienes, con independencia de que haya o no inscrito su derecho en el Registro. En estos casos debe ser requerido de pago, igual que el propio deudor o el hipotecante no deudor, y puede personarse y utilizar todos los medios de defensa que competen al ejecutado.

Si el tercero poseedor no ha acreditado su adquisición al acreedor pero ha inscrito su título, comprobándose tal extremo por la certificación del Registrador relativa a la inscripción

de dominio, si apareciere que no ha sido requerido de pago en ninguna de las formas, notarial o judicial, se le notificará la existencia del procedimiento en el domicilio que conste en el Registro, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución o satisfacer antes del remate el importe del crédito, intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca su finca (no es deudor, sólo responde en la medida en que está afecto el bien del que resulta titular), según se desprende de los artículos 689.1 y 662 LEC.

Aun cabe la posibilidad de que ni haya acreditado su adquisición ni tampoco la haya inscrito en el Registro con anterioridad a la expedición de la certificación registral, en cuyo caso, el artículo 689.2 se remite al artículo 659 LEC, según el cual no habrá de efectuársele comunicación alguna, pero si acredita al tribunal la inscripción de su derecho se les dará intervención en el avalúo y en las demás actuaciones del procedimiento que le afecten, pudiendo satisfacer el importe del crédito, intereses y costas hasta el límite de responsabilidad que resulte del Registro, quedando subrogado en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho, teniendo derecho a hacerlo constar en el Registro (art. 659.3).

2. *La ejecución que afecta de modo ilegal a un bien perteneciente a tercero.*

Si nos encontramos ante un embargo efectuado por haber padecido error en cuanto a la titularidad del bien, puede bastar para alzarlo la constancia judicial de este hecho según el artículo 658 LEC⁽²⁶⁾, 38 LH y 15.3.1.º de la *Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles* (28/1998, de 13 de julio)⁽²⁷⁾.

Sin embargo, no debe olvidarse que el artículo 593 establece, como regla general para los casos en que se sospeche que un bien embargado pudiera pertenecer a tercero, la *prohibición de alzar de oficio el embargo* (tal es el título que se ha puesto a dicho precepto). El tribunal, «sin necesidad de investigaciones ni otras actuaciones», basándose en «la percepción directa o por manifestaciones del ejecutado» si llega a tener motivos racionales para entender que los bienes que se propone trabar puedan pertenecer a un tercero, ordenará que se le notifique la inminencia de la traba concediéndole 5 días para efectuar alegaciones, recibiendo tratamiento especial los bienes susceptibles de inscripción registral, cuyo embargo sólo puede evitarse acreditando la titularidad con la oportuna certificación, salvo que se trate de la vivienda familiar del tercero, respecto de la que se admitirá también un documento privado alzándose el embargo sólo si lo consienten las partes.

De no lograrse de las formas expuestas el alzamiento del embargo, será necesario acudir a una tercería de dominio, regulada en los artículos 593 y ss.⁽²⁸⁾

⁽²⁶⁾ Según el artículo 658 LEC, a la vista de la certificación de cargas de la que se desprenda la inscripción a nombre de persona distinta del deudor, una vez oídas las partes personadas, el tribunal puede alzar el embargo, salvo que el ejecutado sea heredero del titular registral o que el embargo se hubiere trabado teniendo en cuenta tal concepto.

⁽²⁷⁾ Según el artículo 15 de la *Ley de Ventas a Plazos* y, en muy similares términos, el artículo 38 LH, «En caso de embargo preventivo o ejecución forzosa respecto de bienes muebles se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de dichos bienes o sus productos o rentas tan pronto como conste en autos, por certificación del registrador, que sobre los bienes en cuestión constan inscritos derechos en favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiese dirigido contra ella la acción en concepto de heredera de quien aparezca como dueño en el Registro. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes respecto de los cuales se suspenda el procedimiento».

⁽²⁸⁾ La *tercería de dominio* puede interponerse desde que se embargue el bien, debiendo acompañar un principio de prueba y exigiéndose caución para la admisión de la demanda. No se admitirá segunda o ulterior tercería sobre los mismos bienes por el que formuló la primera. Se suspenderá la ejecución sólo en cuanto al bien afectado, pudiendo exigirse caución al tercerista. Se sustanciará por los trámites del juicio ordinario pero se resuelve por auto que decide la pertinencia de alzar el embargo.

3. *El tercero que ostenta un derecho de crédito contra algún ejecutado.*

Si entiende que su crédito tiene carácter preferente al que se está ejercitando en el proceso de ejecución, puede que su preferencia coincida con la amparada registralmente por el principio de subsistencia de cargas preferentes y anteriores, en cuyo caso no se verá afectado por la ejecución, pero si no es así, o se trata de una preferencia genérica, se verá obligado a acudir a la tercería de mejor derecho, regulada en los artículos 613 y ss. y cuyo estudio excede de las posibilidades de este trabajo ⁽²⁹⁾.

En cambio, si el derecho de crédito del tercero no es preferente, puede surgir la necesidad de notificarle la ejecución para que pueda intervenir en el avalúo y subasta del bien (cuando la carga a favor de ese tercero conste en asientos posteriores), teniendo, incluso, la posibilidad de satisfacer, antes del remate, el crédito, intereses y costas, subrogándose en la posición del ejecutante hasta donde alcance el importe satisfecho, tal como dispone el artículo 659 LEC ⁽³⁰⁾.

4. *Terceros que comparecen como postores.*

Si el proceso de ejecución requiere de la celebración de subasta pública, podrán eventualmente comparecer personas ajenas al mismo cuyo único interés será el de adquirir los bienes embargados. Su participación en la subasta se regula por las normas específicas que le son propias ⁽³¹⁾ y podrán convertirse en adjudicatarios, rematantes o compradores de los bienes.

2.11 Colaboradores

Es común en este punto por la doctrina referirse a otras personas (físicas y jurídicas, públicas o privadas) que actúan como cooperadores en la actividad ejecutiva con cometidos muy diversos. Baste recordar que el artículo 118 de la Constitución Española impone el deber de cumplir las resoluciones judiciales y prestar colaboración a los tribunales durante el proceso declarativo o de ejecución, precepto que es desarrollado por el artículo 17 LOPJ, que deja a salvo el resarcimiento de gastos y abono de remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley.

Por si no fuera suficiente, el artículo 591 de la nueva LEC dispone que «*todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar su colaboración en las actuaciones de ejecución y a entregar al tribunal cuantos documentos y datos tengan en su poder, sin más limitaciones que las que imponen el respeto a los derechos fundamentales o a los límites que, para casos determinados, expresamente impongan las leyes*». Esta disposición va acompañada de la posibilidad de imponer multas coercitivas y, si se recibieren datos ajenos a los fines de la ejecución, el tribunal deberá garantizar su confidencialidad.

La colaboración está muy relacionada con los actos de comunicación, ya que a través de ellos (arts. 149 y ss.), el tribunal se habrá de entender con quienes le hayan de auxiliar en la

⁽²⁹⁾ A la demanda de tercería de mejor derecho debe acompañarse un principio de prueba; puede plantearse desde la anotación de embargo (si es preferencia especial) o desde el despacho de ejecución (si es preferencia genérica) y hasta la entrega al ejecutante del dinero obtenido o la adquisición de la titularidad de bienes por adjudicación en pago; la tercería no impide que continúe la ejecución hasta consignar el dinero obtenido en la cuenta judicial y se sustancia por los trámites del juicio ordinario.

⁽³⁰⁾ Es el propio Registrador el que debe efectuar esa comunicación, una vez expedida la certificación de cargas. Pero si los derechos posteriores fueron inscritos después de la expedición de la certificación de cargas, no se les hará comunicación alguna, si bien pueden comparecer en el proceso de ejecución acreditando al tribunal su inscripción para poder participar en avalúo y subasta.

⁽³¹⁾ Así, el artículo 647 recoge la obligación de identificarse, declarar conocer las condiciones de la subasta, acreditar aval o consignación del 20 por 100 del tipo de la subasta. En caso de inmuebles, el artículo 669 eleva al 30 por 100 la cantidad a consignar o avalar.

ejecución. Los actos de comunicación son responsabilidad del Secretario, así lo preveía el artículo 279.3 LOPJ y lo mantiene el artículo 152 LEC. Ello significa que se realizan bajo su dirección, por él mismo o «por el funcionario que aquél designe». Y, aunque no se diga expresamente, las cédulas (ya sean de citación, requerimiento o emplazamiento), los oficios, los exhortos o los mandamientos podrán ser firmados por el Secretario Judicial, continuando una práctica que se ha comenzado a imponer desde la LOPJ, pues es a él a quien la Ley atribuye y responsabiliza de las comunicaciones.

2.12 Postulación y costas

La regla general es que ejecutante y ejecutado deben estar dirigidos por letrado y representados por Procurador, salvo que se trate de la ejecución de resoluciones (títulos judiciales) dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales (art. 539.1). O, visto desde otra perspectiva, para los títulos extrajudiciales será siempre necesaria la intervención de abogado y procurador.

En el caso del proceso monitorio, si no hubo oposición, se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 150.000 ptas. (art. 539.2). Obviamente, si hubo oposición el asunto se reconduce a las normas generales sobre postulación, pues se precisará abogado y procurador o no según la cuantía (art. 818).

En cuanto a costas, el criterio de la LEC 1/2000 es similar al contenido en el artículo 950 de la vieja LEC de 1881 y si la doctrina (así, Martín-Granizo⁽³²⁾) expresaba dudas sobre si el deber de los tribunales de efectuar pronunciamiento expreso en costas en los incidentes de ejecución contenía o no una remisión al criterio del vencimiento objetivo del viejo artículo 523.1, entendemos aquí que el actual artículo 539.2 se está remitiendo, de hecho, al criterio general sobre imposición de costas del artículo 394 LEC, aunque este precepto comience limitando su ámbito de influencia a los procesos declarativos y respecto de las costas de primera instancia (un incidente en ejecución puede tener, desde luego, naturaleza declarativa pero la expresión «proceso declarativo» parece estar aludiendo, de forma injustificadamente limitativa, a los juicios verbal y ordinario, si bien constituirá la normativa común a la que acudir a falta de otra específica).

Se distinguen, primero, aquellas actuaciones de ejecución (incidentes) para las que *se prevea expresamente pronunciamiento* en costas en cuyo caso el artículo 539.2 se remite a la regla general del artículo 241, debiendo cada parte satisfacer gastos y costas originados a su instancia sin perjuicio de los reembolsos que procedan tras la decisión del tribunal sobre las costas y pudiendo los titulares de créditos derivados de actuaciones procesales reclamarlos de la parte o partes que deban satisfacerlos sin esperar a que el proceso finalice y con independencia del eventual pronunciamiento en costas que en él recaiga (art. 241.2). Los casos en que se prevé pronunciamiento en costas son los de oposición a la ejecución por defectos procesales (art. 559.2) o de fondo (art. 561); tercerías de dominio (art. 603); tercerías de mejor derecho (art. 620.1); gastos de las medidas solicitadas para dar publicidad a la subasta (art. 645.2), incidente de liquidación de daños y perjuicios (art. 716) y sus modalidades (liquidación del equi-

⁽³²⁾ MARIANO MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, comentario al artículo 950 de la vieja LEC de 1881, en la obra colectiva, dirigida por José Luis Albácar López, «Comentarios a la LEC, Doctrina y Jurisprudencia», editorial Trivium, Madrid, 1994, tomo II, p. 788.

valente de una prestación no dineraria según artículo 717, liquidación de frutos, rentas, utilidades o productos del artículo 719.2, rendición de cuentas de una administración del art. 720).

Para el resto de actuaciones en las que no se prevea un expreso pronunciamiento en costas, la satisfacción de éstas corresponderá, por ministerio de la Ley, al ejecutado sin necesidad de expresa imposición, pero se advierte que hasta su liquidación el ejecutante debe adelantar los gastos y costas que se vayan produciendo, salvo los derivados de actuaciones que se realicen a instancia del ejecutado u otros sujetos.

Como sabemos, el derecho a la tutela judicial efectiva engloba el derecho a la ejecución de los pronunciamientos judiciales (SSTC 125/1987, 167/1987, 159/1987, 119/1988, etc.), que deben ser cumplidos en sus propios términos requiriéndose de la actividad necesaria por parte del órgano ejecutante. El derecho a la ejecución engloba, en primer lugar, el derecho a que ésta sea, en la medida de lo posible y conforme al fallo, *in natura*, sustituyéndose por una compensación económica sólo cuando exista justificación para ello. Pero parece obvio que la satisfacción del derecho de crédito que el ejecutante ha visto lesionado ha de ser una satisfacción, en todo caso, íntegra.

No alcanzamos a comprender la razón por la que el artículo 628 dice que el depositario tendrá derecho al reembolso de los gastos ocasionados por el «*transporte, conservación, custodia, exhibición y administración de los bienes...*» únicamente cuando fuere persona distinta del «*ejecutante, del ejecutado y del tercero poseedor del bien mueble objeto del depósito...*» Es decir, que no se incluye al ejecutante entre las personas que tienen derecho al reembolso de los gastos del depósito, pese a que, conforme al artículo 626.4, está legitimado para ser nombrado depositario de los bienes embargados («*en casos distintos de los contemplados en los apartados anteriores o cuando el tribunal lo estime más conveniente...*»). Entendemos que, como parte integrante de su derecho a la tutela judicial efectiva, el ejecutante tiene que poder repercutir los gastos del depósito (alquiler de naves para la custodia, pago de maquinaria y personal para el transporte, etc.) sobre el ejecutado a través de la tasación de costas pues, de otro modo, no vería íntegramente satisfecho su derecho de crédito lesionado.

Para ello podrá ampararse en el artículo 539.2.II, según el cual, genéricamente, todos los gastos y costas del proceso de ejecución para las que no se disponga otra cosa son de cargo del ejecutado, aunque deba anticiparlas el ejecutante. Y, si bien el depósito de bienes embargados no encaja en ninguno de los supuestos tasados que el artículo 241.1 considera como «*costas*», puede encajar en el concepto genérico de gastos para el que dicho precepto acude al *numerus apertus* definiéndolos simplemente como «*aquellos desembolsos que tenga su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso*» y, desde luego, los gastos ocasionados por el depósito de bienes embargados, cuando pertenecen a la categoría de muebles, tienen un origen directo e inmediato en el proceso de ejecución correspondiente. Es más, dicho depósito tiene un carácter de actuación procesal necesaria ya que el artículo 624 exige que en la diligencia de embargo de bienes muebles conste «*la persona a la que se designa depositario y lugar donde se depositan los bienes*» y el artículo 626, con vocablos imperativos (*se le requerirá...*, *se nombrará...*), va dilucidando, según la situación posesoria del respectivo bien, a quién se debe nombrar depositario en cada caso ⁽³³⁾.

⁽³³⁾ En el depósito voluntario, el reembolso de gastos constituye, un derecho que asiste al depositario (art. 1779, *a sensu contrario*), si bien en los depósitos judiciales es de preferente aplicación la normativa de la LEC, habiendo quedado obsoletas las escasas prescripciones que contienen los artículos 1.785 a 1.789 del CC sobre el «secuestro».