

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA TERCERÍA DE DOMINIO*

Jaime Vegas Torres
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense

1. Hace ya algunos años, MIGUEL ANGEL FERNANDEZ LOPEZ, en su excelente monografía sobre la tercería de dominio¹, puso de manifiesto que, en contra de lo que hasta entonces se había sostenido de manera pacífica por la doctrina y por la jurisprudencia², la acción que constituye el objeto de la tercería de dominio no es una *acción reivindicatoria*.

A tal conclusión se llegaba en virtud de dos tipos de argumentos de indiscutible solidez. Por un lado, la calificación de la tercería de dominio como *acción reivindicatoria* dejaba fuera del ámbito de la tercería todos aquellos bienes y derechos que, siendo susceptibles de embargo, no son susceptibles de *reivindicación* (v.gr., dinero, créditos realizables en el acto, sueldos y pensiones o créditos y derechos no realizables en el acto). Ciertamente, sería inaceptable que, embargada una cantidad de dinero o embargado un crédito que sólo en apariencia pertenecen al ejecutado, quedara privado el verdadero titular, tercero respecto de la ejecución, de la posibilidad de liberar tales bienes del embargo mediante la interposición de una tercería de dominio, y la propia jurisprudencia no se atrevió a llegar a tal conclusión³. Ahora bien, si es posible la tercería de dominio respecto de bienes y derechos cuya titularidad no se traduce en un derecho de *dominio*, en sentido técnico-jurídico, y que, por tanto, no podrían ser objeto *reivindicación*, es evidente que la tercería, al menos en tales casos, no puede ser encajada en el molde conceptual de la *acción reivindicatoria*⁴.

* Publicado en I. DÍEZ-PICAZO Y J. MARTÍNEZ-SIMANCAS, *Estudios sobre Derecho Procesal*, vol. II, Madrid, 1996, págs. 1993-2033.

¹FERNANDEZ LOPEZ, MIGUEL ANGEL, *La tercería de dominio*, Madrid, 1980; pueden verse también, del mismo autor, *Derecho procesal civil* (con De la Oliva Santos), Madrid, 1992, tomo III, § 60, núms. 5 a 17; "Naturaleza y función de la tercería de dominio", en el volumen *Ejecución de sentencias civiles* de la serie Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1995 y, en fin, *Derecho Procesal Práctico* (con Rifá Soler y Valls Gombau), Madrid, 1995, tomo V, §§ 88 a 90.

²Cfr., al respecto, FERNANDEZ LOPEZ, MIGUEL ANGEL, *La tercería de dominio*, Madrid, 1980, págs. 83-84.

³Como lo demuestran las sentencias de 25 de abril de 1967 y de 6 de febrero de 1958, citadas por FERNANDEZ LOPEZ, *La tercería...*, cit., pág. 101; más recientemente, es de mucho interés la sentencia de 29 de octubre de 1984 (R.A. 5077), citada por FERNANDEZ LOPEZ en *Derecho Procesal Práctico*, cit., pág. 669, nota 47.

⁴Para un desarrollo más extenso de este argumento, cfr. FERNANDEZ LOPEZ, *La tercería...*, cit., págs. 99-101 y, del mismo autor, *Derecho Procesal Práctico*, cit., págs. 667 a 671.

Por otra parte, aun en los casos en que la tercería estuviera encaminada a liberar del embargo bienes susceptibles de *dominio*, en sentido propio, y, por tanto, susceptibles de reivindicación, tampoco resultaría viable la reducción de la tercería de dominio a la categoría de *acción reivindicatoria*, aunque sólo sea porque la finalidad característica de esta última, a saber, la recuperación de la posesión, no es en modo alguno esencial a la tercería de dominio. No puede negarse la posibilidad de que el tercero que, además de dueño, es poseedor de ciertos bienes embargados en concepto de pertenecientes al ejecutado pida y obtenga el alzamiento de la traba precisamente mediante el ejercicio de una tercería de dominio y tal tercería, en cuanto ejercitada por quien es poseedor, no podría calificarse de ningún modo como *acción reivindicatoria*⁵. Por lo demás, y como también se ha subrayado⁶, es perfectamente posible que, aun en aquellos casos en que el tercero dueño de los bienes embargados no tenga la posesión de los mismos e, incluso, sea poseedor o tenedor sin título el propio ejecutado, no tenga aquél interés alguno en recuperar la posesión y sí únicamente en que se alce el embargo; la viabilidad de la tercería de dominio, encaminada exclusivamente al levantamiento de la traba, no parece cuestionable y esta tercería, respecto de la cual el Juez no podría, sin incurrir en incongruencia, proveer ordenando una entrega de la posesión no solicitada, no sólo no sería una *acción reivindicatoria*, sino que supondría precisamente la exclusión del ejercicio de dicha acción en un supuesto en el que bien podría haber sido ejercitada.

La certera crítica de FERNANDEZ LOPEZ a la concepción que asimilaba la tercería de dominio a la *acción reivindicatoria* es hoy compartida por la generalidad de la doctrina⁷ y ha surtido también perceptibles efectos sobre la jurisprudencia, que parece haber renunciado ya a defender la citada asimilación⁸.

⁵FERNANDEZ LOPEZ, *La tercería...*, cit. págs. 93 y sigs., donde se citan diversos casos de tercerías ejercitadas por terceros poseedores de los bienes embargados cuya viabilidad había sido corroborada incluso por el Tribunal Supremo, pese a incurrir con ello en clara contradicción con su doctrina acerca de la naturaleza de la tercería de dominio como *acción reivindicatoria*; cfr., asimismo, *Derecho Procesal Práctico*, cit., págs. 663 y sigs.

⁶FERNANDEZ LOPEZ, *La tercería...*, cit., págs. 329-330.

⁷CARRERAS LLANSANA, en el prólogo a la monografía de FERNANDEZ LOPEZ, admite que la crítica de éste a la calificación jurisprudencial de la tercería de dominio como acción reivindicatoria ha conseguido modificar su criterio anterior, concorde con el jurisprudencial (pág. 12). Cfr., asimismo, entre otros, MORENO CATENA, *Derecho Procesal* (con Almagro, Cortés y Gimeno), tomo I, vol. II, pág. 473; MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo), tomo II, vol. 2º, Barcelona, 1993, pág. 189 y TOME PAULE, *Instituciones de Derecho Procesal* (con Almagro), Madrid, 1994, pág. 463.

⁸Cfr., sobre el estado actual de la jurisprudencia, FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho Procesal Práctico*, cit., págs. 671-672; el cambio de orientación jurisprudencial se remonta, al menos, a la sentencia de 29 de octubre de 1984 (R.A. 5077), que recoge prácticamente todos los argumentos esgrimidos por FERNANDEZ LOPEZ en su monografía publicada cuatro años antes: así, después de razonar abundantemente sobre la procedencia de la tercería respecto de bienes inmateriales, pese a no poder ser éstos objeto de reivindicación en sentido propio, continúa diciendo que "la acción actuada en la Tercería de dominio, aunque con indudables analogías, no siempre puede identificarse con la acción reivindicatoria, pues entre ellas pueden señalarse, como indica el recurrente, notables diferencias, entre ellas, que la acción reivindicatoria se interpone por el propietario, no poseedor frente al poseedor no propietario, mientras que la tercería de dominio puede ejercitarse por el que posee el bien indebidamente

2. Descartada la tradicional caracterización de la tercería de dominio como *acción reivindicatoria* queda de nuevo abierto el problema de la naturaleza jurídica de la acción que nuestro ordenamiento jurídico concede los terceros para pedir y obtener el alzamiento del embargo de bienes y derechos que les pertenecen y que, no obstante, han sido trabados como si pertenecieran al deudor ejecutado.

A este respecto, quizá puede ser útil empezar por esclarecer qué es lo que el Tribunal Supremo quería decir cuando identificaba la tercería de dominio con la *acción reivindicatoria*. Porque es preciso reconocer de inmediato que no se puede atribuir a la jurisprudencia la intención de desnaturalizar hasta tal punto la tercería como para ponerla a disposición únicamente del tercerista efectivamente desposeído de sus bienes, ni la de atribuir a la tercería la finalidad de recuperar la posesión. En este sentido debe hacerse notar que, cuando la jurisprudencia proyectaba sobre la tercería de dominio el requisito de la desposesión, identificaba ésta con el hecho mismo de la traba, por lo que la exigencia de acreditar la desposesión quedaba reducida a la de acreditar la realidad del embargo⁹. Partiendo de tal identificación, la pretensión recuperatoria de la posesión, esencial en la *acción reivindicatoria*, también estaría siempre presente en la tercería de dominio, puesto que quedaría identificada con la pretensión de alzamiento del embargo.

Claro está que, si se toman los conceptos de *desposesión* y de *embargo* en su preciso sentido técnico jurídico no se puede atribuir al embargo el efecto de producir un cambio en la posesión ni tampoco cabe identificar la pretensión de que se levante el embargo con una pretensión de devolución de la posesión perdida¹⁰. Pero, si se admitiera que un concepto jurídico en este caso, el de *desposesión* pudiera ser utilizado en sentido figurado para aludir a otro distinto que, en el presente caso, sería el de *embargo*, la asimilación de la tercería de dominio a la *acción reivindicatoria* tendría un indiscutible valor, si no como calificación jurídica rigurosa desde un punto de vista técnico, sí, al menos como metáfora: el tercerista *desposeído* de sus bienes (entiéndase, el tercerista que ha visto embargados sus bienes en una ejecución seguida por deudas de otro) pide *que se le devuelva la posesión* (entiéndase, pide que se levante el embargo). Desde este punto de vista, en conclusión, la caracterización de la tercería de dominio como *acción reivindicatoria*, inaceptable en cualquier tipo de análisis que pretenda estar

trabado, que la acción reivindicatoria se actúa frente al poseedor o detentador, mientras que la tercería de dominio se interpone frente al ejecutante que no posee ni detenta y frente al ejecutado que, en muchos casos, tampoco es poseedor, y finalmente, que la acción reivindicatoria pretende la recuperación de la posesión, en tanto que la tercería se dirige al levantamiento del embargo"; los mismos razonamientos han sido utilizados posteriormente por las sentencias de 15 de febrero y 26 de septiembre de 1985 (R.A. 812 y 4473), 9 de julio de 1987 (R.A. 5215), 8 de octubre de 1990 (R.A. 7482), 8 de febrero de 1991 (R.A. 1155), 10 de junio de 1991 (R.A. 4438) y 31 de mayo de 1993 (R.A. 4058), entre otras.

⁹Cfr. FERNANDEZ LOPEZ, *La tercería...*, cit., págs. 89-92 y, más recientemente, *Derecho Procesal Práctico*, cit., págs. 664-665.

¹⁰Desde este punto de vista es certera la crítica que FERNANDEZ LOPEZ hace a la identificación de embargo con desposesión que la jurisprudencia postula: "la equiparación de que habla el Tribunal Supremo entre la traba judicial y el hecho de la detención o posesión por un tercero no es más que un intento de conciliar lo inconciliable" (Cfr. FERNANDEZ LOPEZ, *La tercería...*, cit., pág. 92).

presidido por criterios de técnica jurídica depurada, tiene, no obstante, un cierto valor descriptivo, una vez desentrañada esa especie de "licencia poética" de la que la jurisprudencia se valía para definir la naturaleza de la tercería de dominio.

De esta forma, se puede apreciar que en la concepción de la tercería de dominio como *acción reivindicatoria* estaban presentes, en cierta forma, dos diferentes elementos: en primer término y con carácter principal, la pretensión de alzamiento de la traba, que según el "tropo" de que se valía el Tribunal Supremo para defender tal calificación, se nos presentaba vestida con el ropaje de la pretensión de recuperación de la posesión característica de la acción reivindicatoria; en segundo término, la declaración de la titularidad del tercerista sobre los bienes embargados, asimilada a la declaración del dominio implícita en toda acción reivindicatoria.

La asimilación de la tercería de dominio a la *acción reivindicatoria*, escondía, por tanto, una explicación bastante plausible, al menos en principio, del fenómeno procesal que nos ocupa. Tomando como punto de partida esta explicación, analizaremos a continuación los dos elementos simples en que se apoya: la pretensión de alzamiento del embargo, por un lado, y la declaración de la pertenencia al tercerista de los bienes embargados, por otro.

3. Parece fuera de discusión que la petición de alzamiento del embargo constituye el ingrediente más característico de la tercería de dominio. Esta petición es consustancial a la función que la tercería de dominio desempeña dentro del régimen legal de la ejecución forzosa por deudas pecuniarias y por eso se ha afirmado, con toda razón, a nuestro juicio, que la petición de *que se alce la traba recaída sobre el bien objeto de la tercería* es la "petición fundamental ... que califica jurídicamente la tercería de dominio de modo que si falta no puede entenderse que sea de tercería la acción ejercitada"¹¹.

La petición de levantamiento de la traba envuelve una pretensión típicamente impugnatoria. El embargo, en efecto, es un acto jurídico y, más concretamente, un acto

¹¹FERNANDEZ LOPEZ, *La tercería de dominio...*, cit., pág. 327; cfr., asimismo, *Derecho Procesal Práctico*, cit., pág. 738. En la jurisprudencia, aparte de las sentencias reseñadas en el lugar últimamente citado, merece la pena reproducir, por su extraordinaria expresividad, el siguiente fragmento de la sentencia de 17 de febrero de 1992 (R.A. 1258): "La llamada tercería de dominio (que, aunque con ciertas analogías, no puede confundirse con la acción reivindicatoria) tiene una finalidad primordial y única, que es la de liberar de un embargo bienes que han sido indebidamente trabados, por lo que *cualquier otro pedimento, que no sea el expresado, es totalmente ajeno a la finalidad institucional del mencionado proceso de tercería de dominio*"; más adelante, la sentencia se refiere en repetidas ocasiones a la solicitud de alzamiento o levantamiento del embargo como "pedimento principal y único" o "pedimento esencial y único" de la tercería de dominio. Estas declaraciones son especialmente significativas puesto que constituyeron la *ratio decidendi* de la desestimación de un motivo de casación en el que se había denunciado incongruencia omisiva por haberse limitado el fallo de la sentencia a pronunciarse sobre la petición de alzamiento del embargo sin entrar a decidir sobre otras peticiones contenidas en la súplica de la demanda y que se referían, básicamente, a la declaración de la titularidad del tercerista sobre los bienes embargados y a la declaración de la ajenidad del tercerista respecto de la responsabilidad actuada en el proceso de ejecución. Un caso prácticamente idéntico, resuelto de la misma manera y con la misma argumentación, en la sentencia de 2 de noviembre de 1993 (R.A. 8564).

procesal del órgano jurisdiccional y, por tanto, pedir el alzamiento del embargo es tanto como pedir que tal acto judicial sea revocado y quede sin efecto. Ahora bien, cabe preguntarse cuál es la naturaleza de esta pretensión impugnatoria.

La pertenencia de los bienes embargados al deudor ejecutado es un presupuesto de la afección¹². La ausencia de este presupuesto vicia la traba, determinando la ineficacia de la misma. Pero esta sanción de ineficacia se puede concretar de dos maneras bien distintas: *ineficacia absoluta o radical*, que operaría *ipso iure* y con independencia del eventual ejercicio de una acción impugnatoria, acción que en caso de ejercitarse sería de naturaleza *meramente declarativa*, o bien *ineficacia relativa*, que sólo operaría una vez ejercitada con éxito la acción impugnatoria, acción que sería de naturaleza *constitutiva* ya que su estimación, a diferencia del caso anterior, no se limitaría a declarar una situación jurídica preexistente sino que produciría un verdadero *cambio jurídico* al tornar ineficaz un acto que hasta entonces venía desplegando sus normales efectos¹³. La cuestión estriba, entonces, en determinar de qué manera incide sobre los efectos del embargo la ausencia del presupuesto de pertenencia al ejecutado de los bienes embargados.

Para afrontar adecuadamente esta cuestión conviene tener bien presente el peculiar tratamiento que nuestro ordenamiento dispensa, dentro de la ejecución forzosa, al requisito de pertenencia de los bienes embargados al deudor ejecutado. En relación con este punto, nos enseña CARRERAS que "como ocurre tantas veces el el Derecho, ha habido que elegir entre dos males, a saber, el de que para que no se afecten bienes que no pertenezcan al ejecutado se paralice el proceso de ejecución y se esterilice éste en una averiguación previa sobre la titularidad de los derechos, y el de que para evitar que quede el proceso de ejecución privado de eficacia pueda darse la hipótesis de que algunas veces se traben bienes que no pertenezcan al patrimonio del ejecutado"¹⁴. Como es bien sabido, nuestro Derecho ha optado por el segundo de estos males que es, sin duda, el menor.

Los dos términos de la alternativa que plantea CARRERAS bien podrían representar los dos polos opuestos entre los que se mueve la actividad jurisdiccional ejecutiva y que vendrían dados, por un lado, por la necesidad de satisfacer el crédito del ejecutante y, por otro, por la necesidad de que el pago al ejecutante se haga con cargo al patrimonio del ejecutado. Si se refuerza al máximo la atención a la segunda de estas necesidades, exigiendo, por ejemplo, con carácter previo al embargo, una exhaustiva comprobación de la pertenencia de los bienes al ejecutado, sería prácticamente

¹²Cfr. CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, págs. 274 y sigs.

¹³Con este mismo enfoque, examina la cuestión FERNANDEZ LOPEZ, *La tercería...*, cit., págs. 132 y 133; no obstante, conviene advertir que las conclusiones a las que llega en esta monografía han sido objeto de radical revisión en trabajos posteriores del mismo autor (cfr., especialmente, *Derecho Procesal Práctico*, cit., págs. 679-682). Sigue siendo, no obstante, de mucho interés la referencia a la doctrina extranjera acerca de la naturaleza constitutiva o merodeclarativa de la acción de impugnación del embargo trabado sobre bienes no pertenecientes al ejecutado que se hace en *La tercería...*, cit., pág. 137, nota 155.

¹⁴CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., pág. 277.

imposible atender con mediana eficacia a la primera necesidad. Por esto, el legislador asume el riesgo de que puedan embargarse bienes que sólo en apariencia pertenecen al ejecutado. Se sacrifica en alguna medida la atención a la segunda de las necesidades enunciadas en aras de lograr una razonable eficacia en la atención a la primera.

Pues bien, el problema de si el embargo trabado sobre bienes que sólo en apariencia pertenecen al ejecutado es radical o absolutamente nulo o si, por el contrario, es eficaz, en principio, salvo que sea impugnado en tiempo y forma por el verdadero dueño de los bienes, ha de abordarse también con referencia a esos dos polos opuestos. El aspecto crucial a tener en cuenta, en este punto, es el de la relación entre la eficacia del embargo y la eficacia del pago al ejecutante realizado con el producto de la venta de los bienes embargados o mediante la adjudicación en pago de dichos bienes. Si se sanciona con la nulidad radical o absoluta el embargo trabado sobre bienes de los que el ejecutado sólo es titular aparente, la consecuencia ineludible es que el pago que eventualmente se haya realizado al acreedor con el producto de la venta o con la adjudicación de los bienes embargados sería igualmente nulo. Esto nos llevaría a una situación difícilmente sostenible. Padecería gravemente, por un lado, la seguridad jurídica, ya que ningún ejecutante, ni aun después de percibir el montante de su crédito o de adjudicarse en pago los bienes embargados podría estar seguro de haber logrado una satisfacción definitiva de su derecho; en efecto, una eventual declaración de nulidad del embargo producida tras la comprobación, con posterioridad al pago o adjudicación, de que los bienes embargados no pertenecían al ejecutado sino a un tercero traería aparejada la nulidad del pago, con la consiguiente devolución de la cantidad percibida por el ejecutante o de la cosa que se adjudicó y, en fin, un retorno a la situación anterior a la ejecución de acreedor insatisfecho frente a deudor moroso. Por otro lado, la nulidad absoluta o de pleno derecho del embargo trabado sobre bienes no pertenecientes al ejecutado abocaría a una situación en la que los procesos de ejecución no quedarían definitivamente cerrados jamás. Ni aun en el caso, quizá no todo lo frecuente en la práctica como sería deseable, de que se logre en una ejecución el pago del montante total del crédito del ejecutante podría descartarse definitivamente una reapertura o reanudación de la ejecución, que sería obligada si se pusiera de manifiesto con posterioridad al pago la nulidad de éste derivada de la del embargo por haber sido éste trabado sobre bienes no pertenecientes al ejecutado.

Los graves inconvenientes reseñados sólo pueden salvarse con una nueva concesión en detrimento de la necesidad de asegurar que el pago al acreedor lo soporte en su patrimonio el deudor y en aras de garantizar que la ejecución conduzca al definitivo pago y extinción del crédito. La concesión consiste esta vez en no sancionar con la nulidad absoluta o radical el embargo trabado sobre bienes de los que el ejecutado sólo es titular en apariencia, sino, por el contrario, en mantener la eficacia de dicho embargo de tal manera que, vendidos los bienes embargados y entregado al ejecutante el producto de la venta o bien adjudicados dichos bienes al ejecutante, el pago así realizado valga definitivamente como hecho extintivo del crédito del ejecutante y no pueda verse invalidado por una eventual demostración posterior de que los bienes embargados pertenecían a un sujeto distinto del deudor ejecutado.

Ciertamente, tantas concesiones conducen a un sistema en el que la ejecución forzosa se presenta con la apariencia de una inexorable máquina guiada por el exclusivo propósito de lograr la definitiva satisfacción del ejecutante y en el que sólo de manera muy secundaria se procura que dicha satisfacción se logre a costa del patrimonio del ejecutado. Queda abierta, en efecto, no sólo la posibilidad de que se afecten a la ejecución bienes no pertenecientes al ejecutado, sino incluso la de que la ejecución culmine con la satisfacción definitiva del derecho del ejecutante pero sin merma alguna del patrimonio del ejecutado, por haberse proyectado la actividad ejecutiva sobre bienes pertenecientes a un tercero. Y aunque pueda admitirse en la regulación de la ejecución forzosa una cierta preponderancia de la protección del interés del acreedor en detrimento de la de otros intereses en juego, dada la trascendencia que la eficaz protección del crédito tiene para el buen desenvolvimiento de la economía, no sería tolerable llegar hasta el punto de preocuparse exclusivamente por la rápida y eficaz satisfacción del acreedor, sin prestar la debida atención a la lógica exigencia de que tal satisfacción la soporte quien debe soportarla, es decir, el deudor, y no cualquier otro sujeto.

Pero para garantizar que, pese a todo y sin claudicar del esquema expuesto, la ejecución forzosa no se traduzca en un definitivo e irreparable perjuicio patrimonial para un tercero, lo que sería gravemente injusto, ni en un igualmente injusto enriquecimiento del deudor, que vería extinguida su deuda sin merma alguna en el activo de su patrimonio, el Derecho introduce los necesarios mecanismos correctores. El más importante de éstos es la garantía de que ni el embargo ni la realización de los bienes embargados, cuando éstos pertenecen, no al ejecutado, sino a un tercero, privan a éste de la titularidad de los bienes en cuestión. Esta trascendental garantía encuentra soporte en la previsión contenida en el art. 1533.II L.e.c. para el caso del tercero que ha visto cómo sus bienes han sido vendidos y entregados al rematante o adjudicados y entregados al acreedor: ya no podrá ejercitar la tercería pero "queda a salvo" su derecho "para deducirlo contra quien y como corresponda". No es precisamente un paradigma de diafanidad el precepto en cuestión, pero sí parece claro, cuando menos, que ese derecho que "queda a salvo" no es otro que la titularidad del tercero sobre los bienes que han sido primero embargados y luego vendidos o adjudicados y entregados al rematante o al acreedor¹⁵.

La inmunidad de la titularidad del tercero respecto de los bienes embargados, vendidos o adjudicados y, en fin, entregados, aboca a un conflicto de intereses entre el tercero en cuestión y el rematante que compró dichos bienes o el ejecutante que se los adjudicó. Tal conflicto tiene dos posibles desenlaces: si el rematante o el ejecutante no pueden ampararse en la protección que el ordenamiento dispensa a los adquirentes de buena fe, el tercero podrá recuperar sus bienes mediante el ejercicio de la correspondiente acción reivindicatoria; si, por el contrario, el rematante o el ejecutante pueden invocar en su favor la citada protección, el tercero habrá perdido definitivamente la titularidad de los bienes sobre los que se proyectó la ejecución, aunque, conviene subrayarlo, no por efecto de ésta, sino como consecuencia de la normal aplicación al

¹⁵Cfr. FERNANDEZ LOPEZ, *La tercería...*, cit. págs. 414-415.

caso de las normas jurídico-materiales que disciplinan las condiciones de eficacia de las adquisiciones a *non domino* (básicamente, los arts. 464 C.c. y 38 L.H.)¹⁶.

Si el desenlace fuera el primeramente expuesto, el rematante o el ejecutante desposeídos podrían, en fin, dirigirse contra el que fue deudor ejecutado para reclamar del mismo la cantidad que el primero de aquéllos pagó en concepto de precio o el valor por el que el segundo se adjudicó el bien o bienes embargados. Tal reclamación podría hacerse en concepto de responsabilidad por evicción si se cumplieron en el proceso previo las exigencias que condicionan el nacimiento de tal responsabilidad o bien en concepto de enriquecimiento injusto. En todo caso, conviene subrayar dos cosas: en primer lugar, que la entrega por el ejecutado al rematante del precio que éste pagó o, en su caso, la entrega al ejecutado del valor por el que se adjudicó los bienes embargados constituye una reparación razonablemente satisfactoria de la lesión que rematante o ejecutante sufren en caso de verse privados de los bienes adquiridos en la ejecución y, en segundo lugar, que los riesgos de evicción son conocidos tanto por quienes concurren a una subasta judicial como por los acreedores que toman la decisión de pedir la adjudicación en pago y cabe esperar, por tanto, que descuenten dichos riesgos en el cálculo de la contraprestación que están dispuestos a satisfacer o soportar a cambio de la adquisición de los bienes embargados. Nuestro ordenamiento no deja lugar a engaño sobre esto último y clara muestra de ello son las previsiones de los arts. 1489.2º, 1492, 1493, 1495, 1496 y 1497, guiadas todas ellas, más que por el propósito de acreditar exhaustivamente la titularidad del deudor sobre los inmuebles embargados, por el de que, con carácter previo a la subasta, puedan los que pretendan concurrir a ella conocer y calibrar debidamente los riesgos de evicción. Y una última observación, con referencia al caso de que el vencido por el tercero sea el ejecutante que se adjudicó los bienes embargados: la evicción no determina la "resurrección" del crédito que fue objeto de la ejecución; éste quedó definitivamente extinguido en virtud de la adjudicación, de tal manera que lo que la evicción comporta es el nacimiento de un nuevo y distinto crédito basado en la responsabilidad por evicción o en el enriquecimiento injusto.

Mayores dificultades plantea el segundo de los desenlaces arriba enunciados, es decir, el que conduce a que el tercero titular de los bienes embargados no pueda recuperarlos, al haber sido éstos adquiridos de forma irrevindicable por el rematante o por el ejecutante. Ciertamente, el tercero en cuestión podrá dirigirse en tal caso contra el deudor ejecutado, invocando el enriquecimiento injusto experimentado por éste al haber visto extinguida una deuda sin merma alguna de su patrimonio, pero, por esta vía, el tercero sólo podrá obtener el importe del precio pagado por el rematante o el valor por el cuál se adjudicó los bienes el ejecutante, pues estos son los parámetros que delimitan el enriquecimiento experimentado por el ejecutado. El problema es que en la ejecución es posible, e incluso cabe considerar normal, que los bienes se vendan o se adjudiquen por un precio o un valor inferior muy inferior, con frecuencia al valor real o de mercado. Esta pérdida de valor no queda comprendida en la acción de enriquecimiento injusto que el tercero podría ejercitar contra el deudor ejecutado y sólo podría aquél obtener un

¹⁶Cfr. FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil* (con De la Oliva Santos), cit., tomo III, § 60, núm. 6.

resarcimiento completo si pudiera demostrar que en el embargo y posterior venta o adjudicación de sus bienes medió dolo o negligencia por parte del juez executor o por parte de ejecutante y/o ejecutado, supuesto que no tiene por qué darse habida cuenta de que basta la apariencia de titularidad del deudor para que los bienes puedan ser lícitamente embargados y, consecuentemente, vendidos o adjudicados sin que, por lo demás y como es natural, existiendo tal apariencia, deba el juez executor tomar en consideración las eventuales protestas que pudiera efectuar el ejecutado de no pertenecer a su patrimonio los bienes afectados a la ejecución¹⁷. En el caso que nos ocupa, por tanto, el embargo y subsiguiente venta o adjudicación de bienes pertenecientes a un tercero puede conducir, finalmente, a un quebranto económico para éste. Y nótese que tal quebranto no puede en este caso justificarse como posible resultado de un riesgo voluntariamente asumido por quien lo sufre. El tercero que ve embargados y vendidos o adjudicados sus bienes en un proceso de ejecución seguido por deudas de otro se limita a padecer una situación que él no ha provocado en absoluto y es evidente que esta actitud puramente pasiva no puede interpretarse como comportamiento voluntario que implique una consciente asunción de un riesgo.

El perjuicio, potencialmente grave, que se ocasiona al tercero en el caso que acaba de plantearse viene determinado por la confluencia de tres factores: 1º) que el embargo se traba sobre la base de la simple apariencia de titularidad del ejecutado; 2º) que el embargo así trabado surte plenos efectos, lo que determina la plena eficacia del pago o adjudicación efectuados con cargo a los bienes embargados, incluso en el caso de que, con posterioridad al pago o adjudicación se ponga de manifiesto que los bienes en cuestión no pertenecían al ejecutado; y 3º) que, dándose determinadas condiciones, el Derecho material protege a quienes adquieren de buena fe sobre la base de una mera apariencia de titularidad del transmitente, aunque dicha apariencia no responda a la realidad. Sucede, sin embargo, que ninguno de estos factores puede ser alterado sustancialmente si no se quiere poner en peligro la eficacia práctica del proceso de ejecución. No cabe, por tanto, eliminar radicalmente el riesgo de que pueda darse una situación como la descrita¹⁸.

¹⁷Indudablemente, como enseña CARRERAS, *El embargo...*, cit., pág. 297, el ejecutado, en el momento del embargo puede manifestar al juez que los bienes que se intenta afectar no le pertenecen con la finalidad de "librarse de futuras responsabilidades". Nos parece que la alusión debe entenderse referida a las responsabilidades en las que podía incurrir el ejecutado frente al verdadero propietario en caso de que éste quedara finalmente privado de los bienes embargados. Pero como la advertencia del deudor no tendría por qué ser atendida por el juez en caso de que existiera una apariencia sólida de titularidad en favor del deudor ejecutado, la consecuencia sería que el tercero podría verse privado de sus bienes y, si el deudor hubiese hecho la advertencia a que nos referimos, el tercero sólo podría reclamar de éste la devolución del importe del precio pagado por el rematante o del valor por el que se adjudicó el bien el ejecutante y nada más.

¹⁸No obstante, como señala FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho Procesal Práctico*, cit. pág. 639, sin perjuicio de la necesidad de mantener la regla según la cual el embargo debe acordarse sin una exhaustiva averiguación previa sobre la titularidad de los bienes, sí sería posible y deseable un perfeccionamiento de la regulación de la actividad de búsqueda de los bienes del deudor. Si, en esta línea, y como propone el autor citado, se estableciera la obligación del propio deudor de manifestar cuántos y cuáles son los bienes que posee, reforzando tal obligación con sanciones personales o pecuniarias, podrían evitarse en mucha medida los embargos de bienes no pertenecientes al ejecutado.

Ahora bien, sí se puede introducir un nuevo mecanismo corrector que, aun costa de permitir una cierta perturbación del normal desarrollo de la ejecución forzosa, se traduzca en una notable reducción del riesgo y, al mismo tiempo, permita establecer una vinculación entre la voluntad del tercero cuyos bienes han sido afectados a la ejecución como pertenecientes al ejecutado y la eventual lesión patrimonial que dicho tercero puede llegar a sufrir como consecuencia de la ejecución. Este es el papel que, a nuestro modo de ver, desempeña la tercería de dominio: al permitir al tercero que impugne el embargo hasta el momento mismo de la consumación de la venta o adjudicación forzosa de sus bienes, se pone en sus manos un instrumento que le permite impedir, antes de que llegue a producirse, la consumación de la ejecución forzosa sobre sus bienes y, por tanto, evitar que los mismos puedan llegar a ser adquiridos de manera irreivindicable por otro sujeto. Por otro lado, disponiendo el tercero de este medio para evitar el daño patrimonial que se le puede ocasionar con la ejecución, en caso de que, por no utilizarlo, llegue a producirse el daño, podrá éste explicarse como fruto del riesgo asumido por el tercero al no interponer la tercería de dominio¹⁹. Se cierra así el sistema de sacrificios y compensaciones con el que se logra que la ejecución forzosa pueda ser razonablemente eficaz y, al mismo tiempo, razonablemente justa.

En este marco, y volviendo ya a la cuestión relativa a la naturaleza de la tercería de dominio en cuanto acción de impugnación del embargo, se puede concluir que tal acción es de naturaleza *constitutiva*. En efecto, como hemos visto, el embargo trabado sobre bienes que sólo en apariencia pertenecen al ejecutado no es radical o absolutamente nulo, sino, por el contrario, plenamente eficaz. Por tanto, no puede concebirse la tercería de dominio como acción encaminada a poner de manifiesto y lograr que se declare que el embargo es ineficaz, sino como acción dirigida a privar de efecto a un embargo que, hasta que la acción se ejercita, surte todos sus efectos, un embargo que subsiste incluso mientras la acción se sustancia y que, en fin, sólo queda sin efecto una vez que la acción prospera y precisamente como consecuencia de la sentencia estimatoria de la tercería. La tercería de dominio, en suma, comporta la petición dirigida al órgano jurisdiccional de que produzca un *cambio jurídico*: que unos bienes válidamente y eficazmente afectados a la ejecución sean, en virtud de la sentencia que se solicita, desafectados. Un cambio jurídico que también puede contemplarse desde otra perspectiva ya que, teniendo en cuenta que con el embargo nace el derecho o facultad procesal del ejecutante de obtener la satisfacción de su crédito con el producto de la venta o mediante la adjudicación en pago de los bienes embargados, derecho o facultad procesal que no depende, en rigor, de que los bienes embargados pertenezcan realmente al ejecutado, con la tercería se pretendería la extinción de tal derecho o facultad procesal. A lo que, en fin, puede añadirse, para completar la caracterización, que el cambio jurídico pretendido con la tercería no afecta a ningún derecho o relación jurídica material, sino que se refiere únicamente a los efectos, exclusivamente procesales, del embargo, por lo que, con FERNANDEZ LOPEZ, podemos concluir que la tercería de dominio se inscribe en la categoría de las *acciones constitutivas*

¹⁹Al menos en los supuestos en que el tercero haya tenido conocimiento del embargo de sus bienes antes de su entrega al rematante o al adjudicatario. Tal conocimiento previo, por lo demás, se ve facilitado, en la mayor parte de los casos, por la adopción de las medidas de garantía del embargo.

procesales, con la que se hace referencia a aquellas acciones que se dirigen a cambiar los efectos de una resolución judicial, efectos que se producirían plenamente si la acción no fuera ejercitada²⁰.

4. Según la construcción jurisprudencial tradicional, para que la pretensión impugnatoria que constituye el objeto de la tercería de dominio pueda prosperar es preciso que el tercerista alegue y pruebe que es él y no el deudor ejecutado el verdadero titular de los bienes o derechos embargados²¹. Tal exigencia es plenamente consecuente con la concepción de la tercería de dominio como *acción reivindicatoria*: en efecto, si en ésta la pretensión recuperatoria sólo puede prosperar en caso de que el actor alegue y pruebe su derecho de dominio sobre la cosa reivindicada, es lógico que en aquélla el éxito de la pretensión de alzamiento del embargo que es la que se asimila a la recuperatoria de la posesión quede sujeto a las mismas exigencias de alegación y prueba del derecho del tercerista sobre los bienes embargados.

La pretensión impugnatoria de la tercería de dominio estaría, así, indisolublemente unida a la declaración judicial del derecho que el tercerista invoca como fundamento de su pretensión por lo que bien podría concluirse que, en toda tercería de dominio, además de la pretensión de revocación del embargo, de naturaleza constitutivo-procesal, estaría presente, implícita o explícitamente, una pretensión de naturaleza merodeclarativa, referida a la existencia del derecho del tercerista sobre los bienes embargados²².

²⁰FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho procesal civil* (con De la Oliva Santos), cit., tomo III, § 60, núm. 8. Ultimamente, en *Derecho Procesal Práctico*, cit., págs. 679-682, el autor citado ha completado el desarrollo de la construcción de la tercería de dominio como acción *constitutiva procesal*, analizando todas las notas características de este tipo de acciones y verificando su concurrencia en la acción de tercería. También afirman la naturaleza *constitutiva* de la tercería de dominio PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II, Pamplona, 1985, pág. 753, aunque añade también una vertiente declarativa del derecho del tercerista y TOME PAULE, *Instituciones...*, cit., pág. 463.

²¹Cfr. FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho Procesal Práctico*, cit., págs. 763 y sigs. y la jurisprudencia que allí se cita.

²²Ambos ingredientes □alzamiento del embargo y declaración de la titularidad del tercerista □ aparecen indisolublemente unidos, con cierta preponderancia del segundo, en las siguientes afirmaciones que encontramos en CARRERAS, *El embargo...*, cit.: "no basta con alegar que los bienes no son del ejecutado, sino que es preciso solicitar una declaración de dominio en favor del tercerista" (pág. 301); "el Juzgador sólo puede fallar sobre los bienes que constituyen el objeto de la tercería y el dominio de ellos" (pág. 315); "en la sentencia debe decidirse, no sólo sobre el dominio, sino de acuerdo con las afirmaciones jurídicas realizadas por el tercerista para acreditarlo" (pág. 315); "si la demanda del tercerista es estimada por el juzgador, debe éste no sólo declarar el dominio, sino además, ordenar que se alce el embargo" (pág. 316). En esta misma línea, dice PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, cit., pág. 753 que "en la demanda de tercería se ejerce una acción de doble faz: *constitutiva*, persecutoria de una sentencia que declare la imposibilidad de continuar el proceso de ejecución con la traba del bien embargado, y *declarativa* del derecho del «tercerista»"; MORENO CATENA, *Derecho Procesal*, cit., pág. 476, afirma que "la sentencia estimatoria de la tercería se limitará a ordenar el alzamiento del embargo indebidamente trabado y también de las medidas de aseguramiento que se hubieran acordado, sustrayendo así de la ejecución el bien a que se refiera y declarando la titularidad del tercerista". En la doctrina tradicional sobre la tercería de dominio se concede tal importancia a la declaración de la titularidad del tercerista que, a veces, se llega a presentar esta declaración como objeto principal de la tercería. Desde esta perspectiva, el alzamiento del embargo puede incluso llegar a desaparecer del objeto

Como corolario natural de este planteamiento, la eficacia de cosa juzgada de la sentencia firme que decide sobre la tercería se extiende a la cuestión relativa a la titularidad del tercerista sobre los bienes embargados²³. Tal cuestión queda definitivamente decidida entre quienes han sido parte en el proceso de tercería con el consiguiente efecto excluyente de eventuales procesos declarativos posteriores entre los mismos sujetos en los que se pretenda plantear de nuevo la discusión sobre la titularidad de dichos bienes y con el efecto positivo o prejudicial propio de la cosa juzgada material sobre procesos ulteriores entre los mismos sujetos en los que la discusión sobre la titularidad de los bienes que fueron objeto de la tercería, sin constituir propiamente la cuestión litigiosa, sí forme, en alguna medida, parte de ella.

5. Conviene de inmediato subrayar que el papel que se asigna por la concepción tradicional de la tercería de dominio a la declaración del derecho del tercerista no responde, ni mucho menos, a una necesidad lógica que venga impuesta por la propia naturaleza y función del instituto que nos ocupa. Ciertamente, en la tercería de dominio es ineludible la discusión acerca de la titularidad de los bienes embargados y, concretamente, sobre si dicha titularidad corresponde al tercerista o al deudor ejecutado. Pero, esto sentado, debe advertirse a continuación que la articulación técnica de la discusión admite al menos cuatro modalidades en función de la combinación de las dos siguientes alternativas:

1º.- La discusión puede articularse sobre la base de una inicial incertidumbre respecto de la titularidad del tercerista, en cuyo caso sería este sujeto quien asumiría la posición de parte activa en el proceso, para lograr la prueba de su derecho, con la mayor incomodidad que esta posición implica, o bien sobre la base de la certeza, siquiera sea provisional, de que el tercerista es titular de los bienes embargados, certeza provisional que podría hacerse derivar del título aportado con la demanda de tercería y que

de la tercería: véase, por ejemplo, la conclusión a la que llegaba FERNANDEZ LOPEZ, partiendo de la concepción tradicional, en *Derecho procesal civil* (con De la Oliva Santos), cit., § 60, núm. 8: "la tercería de dominio cumple su función en la medida en que declara la titularidad del tercerista sobre el bien trabado; esta declaración destruye por completo la «presunción» o apariencia de titularidad a favor del deudor que sirvió para el embargo y, como el Juez sólo puede embargar bienes que pertenezcan al deudor, debe serlo también para que el propio Juez, de oficio, alce la traba". Es preciso reconocer de inmediato que la doctrina científica se ha visto fuertemente condicionada, en este punto, por la hasta hace poco tiempo férrea jurisprudencia que, anclada en la asimilación de la tercería a la acción reivindicatoria, no dudaba en presentar la declaración de dominio del tercerista como ingrediente esencial y casi único de la tercería de dominio.

²³Cfr., en este sentido, FERNANDEZ LOPEZ, *La tercería...*, cit., págs. 147-148. Otro corolario "natural" de la concepción de la tercería de dominio como proceso encaminado a la declaración del dominio (o más en general, de la titularidad) del tercerista sobre los bienes embargados es la atribución de la jurisdicción por razón del objeto para conocer de las demandas de tercería exclusivamente a los órganos jurisdiccionales del orden civil: cfr., en este sentido, FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho Procesal Práctico*, cit., pág. 861. Sostiene FERNANDEZ LOPEZ que, aun abandonando la idea de que la declaración definitiva de la titularidad del tercerista forme parte del objeto de la tercería, la atribución del conocimiento de ésta a los órganos jurisdiccionales civiles, de manera exclusiva, debe mantenerse porque "la procedencia de la traba sigue siendo de orden civil y sólo puede resolverse de modo definitivo ante los jueces civiles".

constreñiría a ejecutante y ejecutado a asumir el papel de partes activas, para destruir esa inicial certeza que les perjudica, con la consiguiente incomodidad que de ello resulta.

2°.- Sea cual sea la opción que se siga de las planteadas en el número precedente, la discusión sobre la titularidad de los bienes embargados en el marco de la tercería de dominio puede configurarse como una discusión *plena*, en cuyo caso la decisión recaída al respecto en el proceso de tercería surtiría plenos efectos de cosa juzgada, o como una discusión *limitada*, a los puros efectos de resolver sobre la tercería, en cuyo caso la sentencia de tercería, sin perjuicio de su eficacia de cosa juzgada en relación con la decisión revocatoria o confirmatoria del embargo, no impediría ni condicionaría procesos ulteriores entre quienes fueron parte en el de tercería cuyo objeto fuera o de cuyo objeto formara parte precisamente la discusión acerca de la titularidad de los bienes que fueron objeto de la tercería.

6. En relación con la primera de las alternativas planteadas, quizá convenga comenzar por explicar algo que a primera vista puede parecer sorprendente. En efecto, se ha dicho que cabe la posibilidad de configurar la tercería de manera que el papel de partes *activas* corresponda, no al tercerista, sino a ejecutante y ejecutado. Pues bien, cabría preguntarse cómo es posible que se atribuya la posición de partes *activas* a quienes son precisamente los sujetos *pasivos* de la pretensión formulada por el tercerista. La contradicción se resuelve, a nuestro juicio, considerando separadamente el papel que a las partes corresponde respecto de la pretensión que desencadena el proceso, por un lado, y respecto de las cargas de alegación y prueba, por otro. Así, es evidente que respecto de la petición de tutela jurídica que da lugar al inicio del proceso el *actor* es siempre el sujeto *activo*, mientras que el demandado o demandados son siempre el sujeto o sujetos *pasivos*. Este inicial reparto de papeles se traduce normalmente en un reparto de las cargas de alegación y prueba en virtud del cual se exige, antes de nada, al actor que alegue y pruebe los hechos constitutivos del derecho a la tutela jurisdiccional que pretende hacer valer, de tal forma que las cargas alegatoria y probatoria del demandado respecto de los eventuales hechos impeditivos, extintivos y excluyentes que pueda oponer a la pretensión del demandante sólo adquieren relevancia en el caso de que el actor haya conseguido levantar las cargas que a él le incumben. Dicho de otra manera, las cargas de alegación y prueba que corresponden al demandado son normalmente cargas *eventuales*, que sólo entran en juego para el caso de que el actor haya conseguido levantar las que a él le corresponden y esta *eventualidad* de las cargas alegatoria y probatoria del demandado permite explicar por qué mientras que para el actor resulta esencial, si quiere que el proceso termine con una decisión favorable, alegar y probar todos los hechos a los que el ordenamiento anuda la concesión de la tutela solicitada, el demandado puede permitirse, incluso, permanecer absolutamente pasivo confiando simplemente en que los hechos alegados por el actor no bastan para justificar que se le conceda la tutela solicitada o que, aun constituyendo tales hechos base suficiente para la concesión de la tutela, el actor no logrará probarlos. De esta manera, se puede concluir que, según el reparto normal de las cargas de alegación y prueba, mientras que para el actor es una verdadera y propia *necesidad* asumir un papel activo en el proceso, para el demandado la actividad procesal defensiva es simplemente una *opción* cuya no utilización no tiene por qué traducirse en un resultado desfavorable

para él. Y así se explica también por qué es comúnmente admitido que la posición procesal del demandante es más incómoda y más difícil que la del demandado: mientras que el primero se ve constreñido a realizar un importante esfuerzo procesal en el que cualquier error o fracaso resulta fatal, el segundo puede optar por una defensa meramente pasiva o por defenderse activamente y ni siquiera los errores o fracasos que pueda cometer o experimentar al defenderse activamente se traducirán en un desenlace desfavorable si el actor no consigue levantar las cargas que le incumben.

No obstante, hay supuestos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico articula las cargas de alegación y prueba de las partes de manera muy diferente a la expuesta. Sucede así en aquellos casos en que, solicitada una determinada tutela jurisdiccional por el *actor*, la concesión de la tutela solicitada no se hace depender, ante todo, de que el *actor* alegue y/o pruebe todos los hechos constitutivos del derecho que invoca, sino de que el *demandado* no alegue o no consiga probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes que pueda oponer a la pretensión del demandante. Conviene precisar que no habría en estos supuestos una *inversión* de la carga de la prueba, entendiendo por tal el fenómeno que se produciría si se dispusiera que, en el momento de dictar sentencia, la incertidumbre sobre los hechos constitutivos de la pretensión del actor perjudicara al demandado o que, una vez fijados los hechos constitutivos, la incertidumbre sobre los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes que hubiera opuesto el demandado perjudicara al actor. Lo que sucede en los supuestos que nos ocupan es que el ordenamiento considera fijados *ab initio* los hechos constitutivos de la pretensión del demandante, a cuyo efecto, se exige normalmente a éste, como requisito de admisibilidad de la demanda, que aporte con ella una justificación inicial de su derecho. De esta manera, lo que se consigue es invertir la relación normalmente existente entre las respectivas cargas alegatoria y probatoria del actor y del demandado. La carga de alegar y probar los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes que el demandado pueda oponer a la pretensión del demandante deja de ser *eventual*, puesto que aquí se partiría de que los hechos constitutivos se consideran inicialmente fijados y, en consecuencia, el demandado se ve constreñido a adoptar una posición procesal *activa*, alegando y probando los hechos que le puedan resultar favorables; el *actor*, sin embargo, puede, en este esquema, una vez presentada la demanda y aportada, en su caso, la justificación inicial de su derecho que se le exija, permanecer pasivo durante el resto del curso del proceso. Resulta así que la asunción de un papel *activo* en el proceso deja de ser *necesaria* para el demandante y pasa a serlo para el demandado y que, en fin, la posición procesal relativamente más incómoda y arriesgada deja de ser la de actor y pasa a serlo la de demandado: forzado éste a alegar y probar los hechos que le puedan favorecer, cualquier error o fracaso en tal empeño determinará la estimación de la demanda; el actor, en cambio, podrá optar por la pasividad y, aun en el caso de que quiera aprovechar las oportunidades de alegación y prueba que se le concedan durante el curso del proceso para reforzar su posición o para debilitar la del contrario, los eventuales errores o fracasos en que pueda incurrir no tendrían por qué perjudicarlo si el demandado no consigue levantar las cargas que le incumben²⁴.

²⁴Es esto lo que sucede, por ejemplo, en el incidente de oposición del juicio ejecutivo.

Pues bien, cuando más arriba afirmábamos que la tercería de dominio podía articularse técnicamente de modo que el peso de la actividad procesal de alegación y prueba se haga recaer bien sobre el tercerista, bien sobre ejecutante y ejecutado, nos referíamos precisamente a la posibilidad de que la tercería se configure de acuerdo con cualquiera de los dos esquemas que, sintéticamente, se acaban de exponer. La elección de una u otra configuración comporta una nueva toma de posición en relación con el conflicto de intereses que se genera cuando en un proceso de ejecución se embargan bienes que no pertenecen al ejecutado. Así, desde el punto de vista del interés del tercero en poner fin cuanto antes a una situación que afecta negativamente a su patrimonio y que él no ha provocado en absoluto, la solución más adecuada parece que sería la de configurar la tercería de tal manera que, una vez solicitado por el tercero el alzamiento de la traba, se hiciera depender la decisión de la tercería de que ejecutante y/o ejecutado logran demostrar que la titularidad de los bienes embargados corresponde a éste último. Esta solución vendría abonada, además, por la consideración de que, en definitiva, lo que interesa a los efectos del embargo es que los bienes pertenezcan al ejecutado y que, por tanto, aunque se permita, en principio, que la traba se produzca sobre la base de la simple apariencia y sin una comprobación exhaustiva de la titularidad, una vez que ésta haya sido puesta en cuestión por un tercero, lo que interesa demostrar es que el ejecutado es dueño y esta demostración ha de correr a cargo del propio ejecutado, en cuanto interesado en la defensa de la titularidad cuestionada y del ejecutante, en cuanto interesado en el mantenimiento de la traba.

El problema que plantea la solución apuntada es, nuevamente, el de que puede dar al traste con la eficacia práctica de la ejecución. El deudor ejecutado, concertado con terceros, podría promover tercerías sobre todos y cada uno de los bienes y derechos que fueran embargados provocando justamente lo que con la regla que habilita el embargo sobre la base de la mera apariencia se trata de evitar: que la ejecución se vea frustrada en la práctica por la multiplicación de procesos declarativos acerca de la titularidad de los bienes embargados. Y la solución a este problema exige, nuevamente, concesiones en aras de la eficacia de la ejecución que comportan un debilitamiento de la posición del tercero cuyos bienes han sido embargados. Aun así, caben modulaciones. El remedio más drástico, sin duda, es configurar la tercería de modo que su éxito dependa de que el tercerista alegue y pruebe todos los hechos determinantes de la titularidad que se atribuye respecto de los bienes embargados. Tal remedio iría en la línea de una muy intensa protección del crédito: no sólo se permitiría el embargo sobre la base de la mera apariencia de pertenencia al ejecutado de los bienes embargados, con el consiguiente riesgo de afección de bienes pertenecientes a terceros y no sólo se arrojaría sobre los terceros cuyos bienes fueran embargados la carga de dirigirse al juez para solicitar el alzamiento del embargo sino que, además, se constreñiría al tercerista a asumir el papel *activo* en el proceso de tercería aportando y justificando los hechos determinantes de su titularidad. Pero también cabe afrontar el problema de la utilización puramente obstructiva de la tercería con soluciones más matizadas: por ejemplo, exigiendo al tercerista una justificación inicial, más o menos intensa, de su derecho, justificación que sería requisito de admisibilidad de la propia tercería y que determinaría una fijación, siquiera sea provisional, de la titularidad del tercerista, y hacer recaer luego el peso del

proceso sobre ejecutante y ejecutado quienes habrían de asumir el papel *activo*, destruyendo con sus alegaciones y pruebas esa certeza inicial.

7. Entrando ahora en la segunda de las alternativas arriba planteadas, lo primero que conviene subrayar es que tal alternativa presupone que a los fines de la tercería de dominio no es necesaria una discusión *plena* ni una decisión *definitiva*, con fuerza de cosa juzgada material, sobre la titularidad de los bienes embargados. Si para que el juez ejecutor deba acordar, a instancia del ejecutante, la afección de ciertos bienes a la ejecución es suficiente la constatación de que éstos aparecen como pertenecientes al ejecutado, para justificar la procedencia de la revocación del embargo ha de ser suficiente con la destrucción de esa apariencia de titularidad. Y aunque, ciertamente, el tercero que demuestra cumplidamente ser el verdadero titular de los bienes embargados destruye la apariencia de titularidad del deudor ejecutado que sirvió de base al embargo, también es verdad que para destruir tal apariencia no es necesaria esa demostración cumplida: bastaría con que el tercero lograra hacer valer en su favor una apariencia de titularidad más sólida que la existente en el momento del embargo en favor del deudor ejecutado. En consecuencia, el debate sobre la titularidad de los bienes embargados, en el marco de la tercería de dominio, bien podría quedar limitado a una confrontación de apariencias cuya decisión serviría de base a la estimación o desestimación de la tercería pero no podría proyectar su eficacia sobre ulteriores procesos entre los mismos sujetos cuyo objeto principal fuera, total o parcialmente, la titularidad de los bienes que fueron objeto de la tercería.

No obstante lo dicho, nada impide al legislador condicionar el desenlace de la tercería de dominio a una previa discusión *plena* sobre la titularidad de los bienes embargados y a una decisión definitiva con fuerza de cosa juzgada material sobre tal extremo. Tal opción legislativa podría encontrar su fundamento en consideraciones de economía procesal: si en la tercería ha de plantearse necesariamente un debate sobre la titularidad de los bienes embargados, aprovechése la ocasión para discutir tal cuestión a fondo y para obtener una resolución definitiva sobre ella, lo que permitirá evitar ulteriores litigios sobre la misma materia. Ahora bien, las eventuales ventajas que en términos de economía procesal pueda presentar esta opción tendrían un precio: complicar la tercería y, en consecuencia, complicar también el proceso de ejecución²⁵.

Pero debe hacerse notar que, con independencia de las consideraciones de economía procesal y/o de mayor o menor complicación del proceso de ejecución, la opción por una discusión *plena* o *limitada* sobre la titularidad de los bienes embargados comporta también una toma de posición respecto del conflicto que se plantea entre el interés en que la ejecución no redunde en perjuicio de terceros y el interés en optimizar la eficacia del proceso de ejecución como instrumento de tutela del crédito. Así, en efecto, considerando conjuntamente las dos alternativas arriba enunciadas, resulta que la

²⁵Una de las consecuencias de configurar la tercería como debate *pleno* sobre la titularidad del tercerista encaminado a lograr una decisión con fuerza de cosa juzgada material sobre tal extremo es la necesidad que se puede plantear en ocasiones de llamar al proceso a sujetos distintos de tercerista, ejecutante y ejecutado. Sobre los problemas que esto puede plantear y la vacilante jurisprudencia al respecto, cfr. FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho Procesal Práctico*, cit., págs. 732-736.

tercería puede configurarse de cuatro diferentes maneras. En un extremo, como construcción máximamente preocupada por el interés en la eficacia de la ejecución, tendríamos la representada por la exigencia de una discusión *plena* sobre la titularidad del *tercerista*, ya que éste se vería constreñido, no ya a asumir el papel *activo* en el proceso, sino a llevar ese papel *activo* hasta sus últimas consecuencias, justificando plenamente ser titular de los bienes embargados. En el otro extremo, claro está, y como construcción máximamente respetuosa con el interés del tercero en obtener una fácil salida de la incómoda situación en la que se ha visto envuelto y que él no ha provocado, estaría la configuración de la tercería sobre la base de una discusión *plena* sobre la titularidad del *ejecutado*, haciendo recaer sobre éste y sobre el ejecutante la carga de justificar cumplidamente dicha titularidad, si quieren evitar el éxito de la tercería. Las construcciones de la tercería de dominio sobre la base de una discusión *limitada* sobre la titularidad de los bienes embargados representarían, en fin, soluciones intermedias que se inclinarían en favor de uno u otro de los intereses considerados en función de que la discusión se planteara sobre la titularidad del *tercerista* o sobre la del *ejecutado*.

8. A la luz de las consideraciones que se acaban de hacer, se puede establecer ya una importante conclusión: la posición tradicional de la jurisprudencia sobre el papel que la cuestión de la titularidad de los bienes embargados juega en la tercería de dominio se inclina claramente por la tutela del interés en la eficaz protección del crédito. En efecto, el tercero, que en aras de ese mismo interés, ha tenido que soportar que, para evitar enojosas para el ejecutante averiguaciones previas, el juez haya podido embargar bienes de su pertenencia sobre la base de una simple y engañosa apariencia de pertenencia al ejecutado y que, como consecuencia, ha tenido que contratar los servicios de unos profesionales del Derecho para presentarse ante el juez y ponerle de manifiesto el error cometido en la apreciación sobre la titularidad de los bienes embargados, se encuentra con que, además, se le exige desplegar todo el esfuerzo procesal necesario para lograr una cumplida y acabada justificación de su derecho. Mientras tanto, el ejecutado y, sobre todo, el ejecutante, pueden incluso permitirse permanecer en una posición expectante, amparados bajo la apariencia de titularidad que sirvió de base al embargo y confiando en que dicha apariencia prevalecerá, aunque sea mera apariencia, si el esfuerzo probatorio del tercerista no alcanza el resultado buscado. Y todo esto a pesar de que lo que verdaderamente interesa, a los efectos de la ejecución, no es tanto si el tercerista es o no dueño como si lo es o no el ejecutado.

Sin entrar ahora en otro tipo de valoraciones²⁶, vamos a limitarnos a examinar si la concepción jurisprudencial reseñada se encuentra suficientemente respaldada por la regulación legal de la tercería de dominio.

Comenzaremos por examinar, a la luz de la regulación positiva de la tercería de dominio, la consistencia de la concepción tradicional en cuanto sostiene que en la tercería se produce una discusión *plena* sobre la titularidad de los bienes embargados y, consiguientemente, que la sentencia firme que decide la tercería extiende su eficacia de cosa juzgada material a la decisión relativa a la titularidad. La concepción tradicional, en este punto, no cuenta, a nuestro juicio, con el suficiente respaldo legal. Ya se ha dicho que, a los efectos de decidir sobre el alzamiento o subsistencia de la traba no es necesaria una discusión *plena* sobre la titularidad de los bienes embargados. Si el embargo se basa en una apariencia de titularidad en favor del deudor ejecutado, la decisión acerca de la subsistencia o levantamiento de la traba debe depender, en principio, de que, al final del proceso de tercería, se mantenga o no la apariencia de titularidad en favor del ejecutado. No es preciso, por tanto, que el tercerista demuestre cumplidamente su titularidad ni tampoco es necesario exigir al ejecutado o al ejecutante que demuestren cumplidamente la titularidad de aquél. Estos resultados pueden producirse en el marco del juicio de tercería, pero la decisión de ésta, en un sentido o en otro, no tiene por qué quedar condicionada a que se alcance la certeza absoluta sobre una u otra titularidad, ni tales certezas tienen por qué buscarse en el proceso de tercería. Así, bastaría con que, al final del proceso, el tercerista hubiera logrado acreditar una apariencia de titularidad en su favor de mayor peso o consistencia que la existente en el momento del embargo en favor del ejecutado para que pudiera considerarse desprovisto del base el embargo y, en consecuencia, resultara abonado el alzamiento del mismo.

²⁶Resultaría, quizá, fácil sucumbir en este momento a la tentación de juzgar y juzgar negativamente este planteamiento claramente inclinado del lado del acreedor y no ya frente al deudor, sino incluso frente a terceros que nada deben a aquél y que simplemente han tenido la mala fortuna de ver sus bienes embargados por una falsa apariencia de pertenencia al ejecutado. Vamos a evitar, sin embargo, adentrarnos por estos terrenos. Son terrenos peligrosos. Es fácil adivinar cuál sería la respuesta mayoritaria si en una encuesta de opinión se preguntara a los ciudadanos si les parece bien o mal que un juez, a instancia de una entidad financiera, pueda embargar sus bienes para pagar las deudas de otro, simplemente porque existe una apariencia de que dichos bienes pertenecen al deudor y sin hacer más averiguaciones sobre si dicha apariencia corresponde a la realidad. Y no es aventurado predecir una indignada reacción del encuestado si se le planteara que, además, en caso de que se diera la situación descrita, no sería la entidad acreedora la que tendría que probar que los bienes pertenecen al ejecutado sino que se le exigiría a él que probara que los bienes en cuestión le pertenecen. Ahora bien, si el entrevistado fuera uno de los muchos españoles que han comprado su vivienda con un préstamo hipotecario y se le explicara que para eliminar el riesgo de que pudieran producirse tan "injustas" situaciones habría que adoptar medidas que podrían suponer un incremento de los intereses que las entidades financieras aplican a sus operaciones de crédito, nos parece que su respuesta a los interrogantes anteriores no sería ya tan fácilmente predecible. Baste con este sencillo ejemplo para ilustrar las dificultades que presenta cualquier juicio crítico de aquellas normas que parecen inspiradas por una idea de superprotección del crédito.

Sólo con apoyo en una expresa y clara disposición legal, decíamos, sería posible defender que el tercerista debe demostrar cumplidamente su derecho en el juicio de tercería, como si de un proceso directamente encaminado a la declaración de tal derecho se tratara. Y esta expresa disposición legal no existe. No lo es lo dispuesto por el art. 1532 L.e.c. en el que, con referencia a la tercería de dominio se dispone que "habrá de fundarse ... en el dominio de los bienes embargados al deudor". Este precepto cumple dos importantes finalidades: en primer lugar, delimita el objeto de la tercería de dominio, ciñéndolo a la impugnación del embargo trabado sobre bienes no pertenecientes al ejecutado y precisamente sobre la base de que los bienes embargados no pertenecen al ejecutado; en segundo término, expresa, para la tercería de dominio, la regla general que limita la legitimación activa a aquellos sujetos que invocan como lesionado un derecho propio. Ciertamente, el art. 1537 L.e.c. anuncia, en cierto modo, que en la tercería de dominio se ha de discutir acerca de la titularidad de los bienes embargados, pero, salvo que se interprete con una importante dosis de voluntarismo, no nos parece que el precepto diga nada acerca de si esa discusión ha de ser *plena* o *limitada*.

Tampoco dice nada al respecto el art. 1534, en cuanto ordena que la tercería se sustancie "por los trámites del juicio ordinario que corresponda a su cuantía". Este precepto, ciertamente, configura la tercería como un proceso plenario, sin limitaciones en cuanto a oportunidades de alegación y prueba y de él puede deducirse, asimismo, que la sentencia firme que ponga fin al juicio de tercería tendrá la eficacia de la cosa juzgada material. Ahora bien, la discusión plena y la decisión con fuerza de cosa juzgada material han de quedar referidas a la materia objeto del proceso y, tratándose de una tercería de dominio, esta materia no es otra que la procedencia o improcedencia del mantenimiento del embargo trabado sobre ciertos bienes. Si para decidir sobre esta cuestión fuera ineludible una previa declaración de certeza acerca de la titularidad de los bienes embargados, tal declaración quedaría incluida en el objeto del proceso y, al ser éste plenario, comprendida en el ámbito de la cosa juzgada material. Pero ya hemos dicho que la discusión sobre el alzamiento o mantenimiento de la traba no requiere una previa declaración de certeza sobre la titularidad; basta con un juicio basado en la apariencia de titularidad, bien en favor del tercerista, bien en favor del deudor ejecutado. Hay discusión *plena*, por tanto, acerca de la subsistencia o levantamiento del embargo, y la decisión sobre este punto quedará revestida de la fuerza de la cosa juzgada material; esto es lo único que se puede deducir del art. 1534, que nada dice, sin embargo, acerca de si la discusión sobre la titularidad de los bienes embargados ha de ser *plena* o *limitada*.

La concepción tradicional, en el punto que nos ocupa, responde, como ya hemos dicho, a la errónea equiparación de la tercería de dominio a la *acción reivindicatoria*. En efecto, en la acción reivindicatoria el actor debe acreditar el dominio sobre los bienes que reclama. Aquí sí que es necesaria una declaración de certeza del dominio para que la acción pueda prosperar. Por tanto, la discusión sobre el dominio en el proceso es *plena* y la sentencia que estima la acción, con independencia de su eficacia en cuanto sentencia de condena, vale también como sentencia declarativa del dominio del actor sobre los bienes reivindicados. Ahora bien, una vez rechazada la asimilación de la tercería de

dominio a la *acción reivindicatoria* y configurada la tercería de dominio como acción constitutiva procesal dirigida a obtener el levantamiento del embargo trabado sobre la base de una apariencia de titularidad del ejecutado que no responde a la realidad, el alcance de la discusión sobre la titularidad de los bienes embargados que se produce en el proceso de tercería ha de determinarse con referencia a tal finalidad. Y no siendo necesaria, para que la tercería de dominio pueda cumplir con su finalidad, una discusión *plena* sobre la titularidad de los bienes embargados, no hay razón alguna faltando, como falta, una clara previsión legal en tal sentido para condicionar la decisión de la tercería a una declaración de certeza, dotada, como tal, de fuerza de cosa juzgada material, acerca de la titularidad de dichos bienes.

Existen ya algunas sentencias que apuntan claramente a una revisión de la jurisprudencia tradicional sobre el alcance de la discusión sobre la titularidad de los bienes embargados que se produce en la tercería de dominio y sobre la eficacia de la sentencia de tercería en relación con esta cuestión²⁷. Nos parece que estas sentencias

²⁷En esta línea se sitúan declaraciones de carácter general como la contenida en la sentencia de 29 de junio de 1993 (R.A. 4793) según la cual "la tercería de dominio ... tiene por finalidad primordial y única liberar del embargo los bienes, indebidamente trabados, para lo cual se examinan los títulos aportados y se resuelve acerca de la titularidad dominical en la medida en que haya de conducir o no al alzamiento de los embargos"; como se ve, se apunta hacia una discusión limitada sobre la titularidad, a los únicos efectos de decidir sobre el alzamiento de la traba. En la misma línea, en la sentencia de 11 de abril de 1988 (R.A. 3120) puede leerse que "la finalidad de la tercería de dominio, según la doctrina de esta Sala, es juzgar de la procedencia del embargo, manteniéndolo o alzándolo, según corresponda, atendiendo para discernir ese juicio a la pertenencia o titularidad de la cosa trabada..., con todo, es la corrección de esta actuación procesal [el embargo] más que la atribución del derecho de propiedad, lo que se persigue en el juicio de tercería". Hay sentencias que expresamente niegan que la atribución de la titularidad sea cuestión que deba decidirse en el proceso de tercería: así, la sentencia de 10 de diciembre de 1991 (R.A. 8928), según la cual "la doctrina de esta Sala es concorde, firme y sostenida en cuanto proclama que cuando la tercería es de dominio queda a salvo el derecho de los interesados para dilucidarlo contra quien y como corresponda, según la dicción literal del artículo referido 1533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por el cauce procesal del juicio ordinario correspondiente. En este proceso plenario es donde deberá discutirse y decidirse la atribución de titularidad del derecho de propiedad sobre la finca en cuestión, pues el objeto prioritario de las tercerías es el levantamiento del embargo del bien trabado sobre el que aquél se proyectó"; o la sentencia de 18 de diciembre de 1990 (R.A. 10283) que, con cita de precedentes, declara que en la tercería de dominio "no se discute ni se resuelve por tanto un juicio sobre quién corresponde la verdad dominical sobre la cosa embargada, o la atribución del derecho de propiedad, sino si dicho embargo ha de continuar, si la acción se desestima, o si ha de alzarse, si la misma se estima"; o, en fin, la sentencia de 6 de diciembre de 1989 (R.A. 8805), en la que puede leerse que "en puridad técnica, en la tercería de dominio el pronunciamiento judicial acorde con la «ratio decidendi» no se contrae en dilucidar o valorar una controversia sobre a quién corresponde o no el dominio de la cosa, que en su caso, podrá ser objeto de un proceso declarativo independiente, para constatar el verdadero dominio sobre su objeto". La remisión a un juicio declarativo independiente para dilucidar la cuestión de la titularidad nos parece especialmente significativa del cambio de orientación jurisprudencial: en la concepción tradicional tal juicio sería impensable ya que, al decidirse en la tercería de manera definitiva sobre la titularidad cualquier juicio posterior sobre este tema quedaría excluido por la excepción de cosa juzgada. Una aplicación concreta de esta nueva orientación jurisprudencial bien podría verse en la solución que parece se va imponiendo para el caso de que frente a la tercería se aduzca la nulidad del título invocado por el tercerista y no sean llamados al proceso todos los sujetos que intervinieron en la creación de dicho título: no se puede declarar la nulidad, si esto se solicita por medio de reconvencción, por falta de litisconsorcio pasivo necesario, pero sí se puede desestimar la tercería

apuntan en la dirección correcta. La exigencia de una declaración de certeza sobre la titularidad de los bienes ha venido siendo un lastre para el adecuado funcionamiento de la tercería de dominio. Muchos de los problemas que han venido planteándose en los procesos de tercería, como los que se refieren a la admisibilidad de las acumulaciones o de la reconvención, así como a los sujetos frente a los que puede o debe dirigirse la demanda de tercería o la reconvención que los demandados puedan formular en estos procesos derivan precisamente de la atribución de fuerza de cosa juzgada material a la decisión de la sentencia de tercería sobre la titularidad de los bienes embargados. Estos problemas desaparecerían si se impusiera finalmente la balbuciente corriente jurisprudencial que sostiene que no forma parte del objeto del proceso de tercería la cuestión de la titularidad de los bienes embargados.

9. Resta por examinar la cuestión de cómo reparte la ley los papeles entre las partes en el proceso de tercería. Preceptos clave, a este respecto, son, por un lado, el art. 1537 L.e.c. que, como es sabido, condiciona el curso de la demanda de tercería a que el tercerista presente el título en el que funda su petición de alzamiento del embargo y, por otro, el art. 1541, párrafo segundo, que establece la importante especialidad procedimental consistente en que, si ejecutante y ejecutado no contestan a la demanda de tercería, el Juez debe dar por concluida la tramitación del proceso y dictar sentencia sin más trámites.

Según la concepción tradicional, estos preceptos no alteran el esquema normal del reparto de papeles entre las partes según el cual al actor le corresponde de manera principal alegar y probar todos los hechos constitutivos del derecho que hace valer mientras que los demandados sólo tendrían una carga *eventual* en orden a la alegación y prueba de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes que pudieran oponer a la pretensión del demandante, ya que dicha carga sólo sería relevante en el caso de que el actor no lograra levantar la que a él le incumbe. Manteniendo este esquema, la exigencia de presentar el título como requisito necesario para que se dé curso a la demanda se explica como uno de los excepcionales supuestos en los que la norma procesal exige al actor que justifique inicialmente la solidez de su demanda presentando un principio de prueba de su derecho, lo que no le releva de la carga de aportar durante el proceso la prueba completa del mismo²⁸. Ahora bien, partiendo de aquí, el segundo párrafo del art. 1541 plantea un problema: si los demandados en el proceso de tercería no contestan a la

acogiendo la nulidad del título en cuanto simple excepción, pues esto último no comporta declaración de nulidad ni impide, por tanto, que esta cuestión pueda ser discutida en un proceso posterior con intervención de todos los interesados (cfr. sentencias de 24 de julio de 1992 (R.A. 6453), 10 de diciembre de 1991 (R.A. 8928) y 6 de febrero de 1990 (R.A. 665), por no citar la de 19 de junio de 1992 (R.A. 5360) que parece rechazar incluso que la nulidad por simulación pueda ser considerada en la tercería ni siquiera por la vía de excepción). Desde otro punto de vista, tienen interés, a los efectos que nos ocupan, las sentencias ya citadas en la nota 11 que rechazan que incurra en incongruencia la sentencia dictada en juicio de tercería que se limita a decidir sobre el alzamiento o subsistencia de la traba sin dar respuesta a la expresa petición formulada en la demanda de que se declare la titularidad del tercerista: tales sentencias se basaban en que la declaración de titularidad es ajena al objeto de la tercería de dominio.

²⁸Cfr. CARRERAS, *El embargo...*, cit., pág. 302 y FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho Procesal Práctico*, cit., págs. 876 y sigs., que incluye un detenido estudio de la jurisprudencia al respecto.

demanda, se suprime la fase probatoria, de tal manera que el tercerista que, junto con la demanda, se limitó a aportar un principio de prueba de su derecho, queda privado de la posibilidad de completar la prueba de su titularidad. Sería absurdo e inaceptable concluir que, en tal supuesto, el juez debe rechazar la demanda si el título que aportó el tercerista no proporciona una prueba completa y acabada de que los bienes embargados pertenecen a éste. La solución que propone la doctrina tradicional consiste en que se entienda que la no contestación de los demandados se equipara *ex lege*, precisamente en virtud de lo ordenado por el párrafo segundo del art. 1541, a la *admisión* de los hechos en que el tercerista funda la demanda, de tal manera que, salvo que la demanda se haya planteado de manera incorrecta, la falta de contestación de ejecutante y ejecutado dará lugar a la estimación de la tercería²⁹.

Puede notarse ya que esta peculiarísima *ficta confessio*, que le vendría impuesta al juez por la norma, comporta ya una cierta diferencia respecto del normal reparto de papeles entre actor y demandado: la interposición de esta *ficta confessio* arroja sobre los demandados, al menos, la carga de contestar a la demanda, carga cuyo no levantamiento no tiene en este caso los efectos habituales preclusión del trámite y declaración de rebeldía sino el mucho más trascendente de determinar un vencimiento seguro, al menos en el caso de que la demanda se haya formulado correctamente.

La carga a la que nos referimos se ciñe, ciertamente, al acto formal de contestar a la demanda, pero, levantada dicha carga, cabe preguntarse: ¿qué sucede si los dos demandados o sólo uno de ellos contesta limitándose a negar los hechos de la demanda y, bien porque ambas partes renuncian al periodo probatorio, bien porque recibido el pleito a prueba no se propone ninguna o las propuestas no se admiten o no se practican, llega el momento de dictar sentencia y el juez no dispone de más material probatorio que los documentos aportados por el tercerista con la demanda de los que sólo se deduce un principio de prueba en favor de éste? Según la doctrina tradicional, la situación descrita habría de conducir a la desestimación de la tercería. En efecto, contestada la demanda y negados los hechos en que ésta se funda, se volvería a la confortable para los demandados, especialmente el ejecutante situación habitual: el actor tendría que suministrar la prueba completa y acabada de los hechos constitutivos de su pretensión y sólo para el caso de que lo consiguiera tendría relevancia la carga de los demandados de alegar y probar hechos impositivos, extintivos y/o excluyentes; así, si los demandados niegan los hechos de la demanda y el actor sólo ha suministrado un principio de prueba de los mismos, la incertidumbre consiguiente se traducirá, sin más, en un pronunciamiento desfavorable para el propio actor.

El problema que presenta este planteamiento es, a nuestro juicio, el siguiente: la previsión del párrafo segundo del art. 1541 L.e.c. se traduce en una exigencia puramente formal. En efecto, según las reglas generales, si el demandado quiere simplemente que se le tenga por opuesto a la demanda, sin más, de tal manera que la suerte del proceso

²⁹CARRERAS, *El embargo...*, cit., pág. 313; PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, cit., págs. 757-758; MORENO CATENA, *Derecho Procesal*, cit., pág. 475 y FERNANDEZ LOPEZ, *Derecho Procesal Práctico*, cit., págs. 890-891.

dependa exclusivamente de que el actor logre probar los hechos que sirven de base a la demanda, puede optar por no contestar o por contestar limitándose a expresar que niega los hechos de la demanda y/o el efecto jurídico que de tales hechos se pretende deducir. La diferencia entre una y otra actitud del demandado se ceñirá a la producción o no de la declaración de rebeldía, con sus efectos consiguientes, pero, en lo que ahora interesa, que es la posición en la que el demandado queda respecto de la prueba de los hechos relevantes en el proceso, tal posición es idéntica en uno y otro supuesto. Pues bien, según el planteamiento tradicional, el párrafo segundo del art. 1541 L.e.c. limitaría sus efectos, en el ámbito de la tercería de dominio, a privar a los demandados de la posibilidad de oponerse a la demanda por la vía de la falta de contestación. En tal caso, no se les tendría por opuestos a la demanda sino, por el contrario, se consideraría que admiten los hechos en que la demanda se funda. Ahora bien, no se priva a los demandados de la posibilidad de defenderse eficazmente limitándose a una oposición genérica que haga depender la suerte del proceso de manera exclusiva de la pericia o fortuna del actor en la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión; lo único que sucede es que esta oposición genérica debe formularse expresamente. Pero, insistimos, la exigencia de contestación expresa en la tercería de dominio, a los efectos de evitar que se tenga a los demandados por conformes con los hechos de la demanda, sería puramente formal; nótese que bastaría con un escrito cuyo contenido fuera el siguiente: "me opongo a la demanda y pido la absolución".

El párrafo segundo del art. 1541 se convierte así en un precepto virtualmente inútil. Quizá podría pensarse que tal precepto, en realidad, permite a los demandados lograr una simplificación notable del proceso cuando, estando conformes con los hechos en que se funda la demanda de tercería, tienen el convencimiento de que tales hechos no justifican el alzamiento del embargo. Estaríamos, así, ante una norma puesta a disposición de los demandados, especialmente del ejecutante, para lograr una rápida terminación de la tercería y, consiguientemente, la rápida reanudación de la actividad ejecutiva sobre los bienes embargados objeto de la tercería. Ahora bien, para lograr tal efecto simplificador no es, en rigor, necesaria la previsión del art. 1541, párrafo segundo: se lograría un efecto sustancialmente equivalente, sin alterar las reglas generales sobre el valor de la falta de contestación, con la expresa admisión de los hechos en la contestación a la demanda, admisión que conduciría, igualmente a la eliminación del periodo probatorio en virtud de lo dispuesto por los arts. 550, 552, 693 y 730 L.e.c. y 53 D. 21-11-52³⁰.

³⁰Entendemos que de estos preceptos se deduce, primero, que no solicitando el recibimiento a prueba ninguna de las partes, lo que habría de ser lo normal en caso de que el demandado admita todos los hechos de la demanda, el Juez debe dar por concluido el proceso y dictar de inmediato la sentencia; y, segundo, que aun en caso de que, admitidos los hechos de la demanda por el demandado □ y no alegados por éste hechos impositivos, extintivos o excluyentes, ni ningún otro hecho no consignado en la demanda □, alguna de las partes solicitara el recibimiento a prueba, el Juez *debe* rechazar tal petición. Esto último es especialmente claro para los juicios de menor cuantía y de cognición, en los que la resolución sobre el recibimiento a prueba queda expresamente condicionada a que no exista conformidad en los hechos, con independencia de lo que las partes hayan solicitado al respecto (cfr. art. 693, párrafo antepenúltimo, L.e.c. y art. 53 D. 21-11-52). Y, aunque sin apoyo legal tan claro, la misma conclusión debe mantenerse para los juicios de mayor cuantía y verbal, puesto que sería absurdo recibir el pleito a prueba para tener que rechazar luego todas las pruebas que se propusieran, bien por referirse a

Quizá la única conclusión a la que habría que llegar a la vista de lo expuesto es la de postular la eliminación de la puramente formal y prácticamente inútil previsión contenida en el párrafo segundo del art. 1541 L.e.c. Ahora bien, antes de llegar a tan drástica conclusión parece prudente preguntarse si, quizá, dentro del conjunto de la regulación de la tercería de dominio, lo dispuesto por el art. 1541, segundo párrafo, pueda tener una significación distinta a la que le atribuye la concepción tradicional. En este sentido, nos parece que puede plantearse una concepción alternativa de la tercería de dominio, tan respetuosa, al menos, como la concepción tradicional con el conjunto de la regulación contenida en los arts. 1532 y siguientes de la L.e.c. y en la que tendría perfecto encaje y plena significación lo dispuesto por el precepto que nos ocupa.

Como punto de partida habría que atribuir al art. 1537 L.e.c. un alcance mayor que el que le atribuye la concepción tradicional. La presentación del título en que se funde la tercería junto con la demanda no sería exclusivamente un requisito necesario para que se pudiera dar curso a ésta sino que tendría el efecto adicional de fijar provisionalmente la titularidad del tercerista sobre los bienes embargados, arrojando sobre los demandados la carga de deshacer, con sus alegaciones y sus pruebas, esa fijación provisional. Lo dispuesto por el art. 1541, segundo párrafo, vendría así a confirmar esa peculiar eficacia de la presentación del título. La inactividad de los demandados conduciría aquí a un resultado distinto del habitual, pero no porque el precepto que nos ocupa ordene que tal inactividad se entienda como *admisión* de hechos, sino porque la situación de partida es diferente a la habitual: no se parte de una situación de incertidumbre sobre los hechos constitutivos de la pretensión del demandante, sino de una situación en la que tales hechos, siquiera sea provisionalmente, se tienen por ciertos. Si bien se mira, la inactividad del demandado tendría en ambos casos el mismo significado: el demandado renuncia a defenderse. Lo que sucede es que, si se parte de la incertidumbre sobre los hechos constitutivos de la pretensión del actor, la renuncia del demandado a defenderse no tiene por qué conducir necesariamente a una sentencia desfavorable para el demandado, que sólo se producirá si el actor logra levantar la carga de la prueba que le incumbe; ahora bien, si, por el contrario, se parte de que los hechos en que se funda la pretensión del actor se consideran fijados *ab initio*, aunque sólo sea provisionalmente, la renuncia del demandado a defenderse habrá de conducir normalmente a una sentencia estimatoria de la demanda. Por otro lado, si se parte de la incertidumbre de los hechos en que se basa la demanda, la renuncia del demandado a defenderse no puede conducir a la eliminación de la fase de prueba del proceso ya que el actor necesita dicha fase para tratar de deshacer la incertidumbre inicial que le perjudica; ahora bien, si se parte de la certeza de los hechos en que se basa la demanda, la renuncia del demandado a defenderse hace innecesario el periodo probatorio: no es necesario para el actor, puesto que los hechos constitutivos de su pretensión ya se consideran fijados y no lo es tampoco para el demandado puesto que ha renunciado a defenderse. Esto último explicaría precisamente la especialidad procedimental que el art. 1541, segundo párrafo, establece para el caso de que ninguno de los demandados conteste.

Ciertamente, hasta aquí, la concepción de la tercería de dominio que venimos desarrollando conduce a idénticos resultados prácticos que la concepción tradicional. Si los demandados no contestan y ello conduce a que el juez deba dictar de inmediato sentencia partiendo de los hechos alegados en la demanda, tanto da que ello se deba a que tales hechos han quedado fijados en virtud de una *ficta confessio* que legalmente se anudaría a la falta de contestación como a que los hechos hayan quedado fijados en virtud del título que se aportó junto con la demanda. Las diferencias entre una y otra concepción aparecen claramente, sin embargo, cuando los demandados contestan a la demanda, negando los hechos alegados en ella y/o alegando hechos impeditivos, extintivos o excluyentes. En este supuesto, si se parte de la incertidumbre de los hechos alegados en la demanda —incertidumbre que seguiría existiendo, según la concepción tradicional, al no haberse producido la *ficta confessio* ligada a la falta de contestación, los demandados podrían limitar su defensa a manifestar su oposición a la demanda, renunciando a cualquier tipo de actividad probatoria y ello no conduciría necesariamente a una sentencia estimatoria de la tercería, ya que el actor tendría que probar cumplidamente los hechos en los que apoya su pretensión; si se parte, en cambio, de que los hechos alegados por el actor como fundamento de su pretensión han quedado fijados inicialmente en virtud del título aportado con la demanda, los demandados se verían constreñidos a alegar y probar, bien que los hechos en los que se funda la demanda no son ciertos, bien que concurren otros hechos que impiden desplegar su eficacia a los alegados en la demanda, o ponen fin a los efectos de éstos, o bien sirven de base a un contraderecho de los demandados que les permite enervar la acción ejercitada por el demandante. En este segundo caso, sería el actor quien, una vez aportado el título exigido por el art. 1537 L.e.c. podría permitirse permanecer pasivo a la espera de que los demandados no logran levantar las cargas de alegación y prueba que les incumben.

Somos conscientes de que más de cien años de jurisprudencia avalan la manera de entender la tercería de dominio que venimos llamando concepción tradicional. Y de que sería, cuando menos, poco prudente, pretender introducir ahora un giro radical en la centenaria doctrina jurisprudencial en materia de tercería de dominio. Ahora bien, también es cierto que la jurisprudencia de los últimos años muestra una muy perceptible tendencia a la superación de algunas de las viejas concepciones que lastraban la construcción de la tercería de dominio. Como ya se ha dicho, está prácticamente abandonada la asimilación de la tercería a la *acción reivindicatoria*. Pero no sólo eso: se ha avanzado también en la delimitación de los títulos que el tercerista puede invocar como fundamento de su pretensión de alzamiento del embargo, que ya no se limitan al *dominio exclusivo y excluyente*, y, en fin, se está poniendo en cuestión, incluso, el viejo dogma de la fuerza de cosa juzgada material que se atribuía a la sentencia de tercería en lo que se refiere a la decisión sobre la titularidad de los bienes embargados. En este contexto de cambio jurisprudencial, pensamos que merece la pena reflexionar sobre la concepción de la tercería que hemos planteado como alternativa a la tradicional. Nos parece que es una manera de entender la tercería que, no sólo encaja con facilidad en la regulación positiva del expediente procesal que nos ocupa, sino que, además, se acomoda mejor a la función que a la tercería de dominio le viene asignada por el ordenamiento, proporcionando una respuesta al problema del embargo de bienes no

pertenecientes al ejecutado en la que los intereses en juego son considerados de manera más equilibrada³¹.

³¹Aun a riesgo de incurrir en cierto voluntarismo, nos parece que puede estar en la línea de la concepción alternativa de la tercería que hemos expuesto el siguiente razonamiento contenido en la sentencia de 19 de noviembre de 1992 (R.A. 9243): "El motivo no puede prosperar porque en la tercería de dominio lo único que se discute es *si puede y debe paralizarse una ejecución por existir un título que aconseje tal paralización, y en autos ese título existe*. En la tercerías no cabe reconvencción frente al tercerista relativa a declaraciones sobre la nulidad u otras causas de ineficacia del título esgrimido, puesto que la posición de codemandado en la tercería de uno de los otorgantes del título lo hace imposible procesalmente. *Sí que cabe que de la prueba, y sin que ello comporte una declaración explícita en el fallo, se obtenga la convicción de que el título del tercerista es insuficiente para paralizar la ejecución*, pero ése no es el supuesto de autos tras las afirmaciones de hecho, no rebatidas, que contiene la sentencia recurrida. Por ello, aun atisbándose en toda la contratación de autos una singular actividad negocial que no es impensable pueda bordear el respeto a los derechos de los acreedores, no cabe declararlo aquí y, en consecuencia, ha de decaer el último de los motivos y con ello el recurso". La primera frase entrecomillada parece sugerir que se considera suficiente, al menos inicialmente, el título aportado por el tercerista para dar lugar al alzamiento de la traba, salvo que se pruebe durante el proceso que tal título resulta insuficiente, según parece deducirse de la segunda frase entrecomillada. Y si, partiendo de una situación inicial en la que se considera suficiente el título aportado por el tercerista, se hace depender la suerte de la demanda de que se pruebe que tal título es insuficiente, prueba que, lógicamente, habrá de recaer sobre los demandados, estaríamos ante un esquema muy próximo al que hemos propuesto como alternativo a la concepción tradicional.