

GUERINO BIASUCCI*

LA POSICIÓN DE LOS TERCEROS EN LA EJECUCIÓN
DINERARIA ESPAÑOLA E ITALIANA:
“PRIMAUTÉ” DEL ACREEDOR PROCESAL
VS PAR *CONDICIO CREDITORUM*

RESUMEN. *El objetivo de este artículo es comparar el papel de los terceros en los procedimientos de ejecución italianos y españoles a partir de una breve exposición del tratamiento que recibe esta cuestión en uno y otro ordenamiento. Sin ánimo de efectuar un examen exhaustivo sobre la extensa materia del proceso de ejecución, este trabajo se centra en el aspecto más divergente de ambos sistemas, es decir, la figura del acreedor interviniente. A diferencia del italiano «terzo contrario» o su equivalente español en el “acreedor preferente”, nos referimos al status de otros acreedores como intervinientes en el proceso, cuya falta se evidencia en el proceso de ejecución español. Esta ausencia se explica por los principios ordinarios que inspiran cada uno de estos procesos de ejecución, uno basado en la igualdad de todos los acreedores y, por tanto, en la insolvencia, y otro que tiende a acelerar el procedimiento y a garantizar la rápida satisfacción del acreedor que fue el primero en actuar contra su deudor. Examinaremos esta cuestión por su eventual utilidad para alumbrar un sistema mixto que aúne o combine la estabilidad de las decisiones que caracteriza al sistema italiano y la necesidad, ahora vital, de dar una solución rápida a los problemas crediticios del país, en coherencia con las prioridades de aceleración y simplificación procedimental que marca la Unión Europea.*

CONTENIDO 1. Introducción – 2. El concepto de tercería y de intervención: las diferencias entre los dos sistemas – 3. Opposizione di terzi vs Tercería de dominio – 4. La posición de los acreedores con privilegio y la tercería de mejor derecho – 5. Los principios de ordenación de los dos sistemas – 6. Conclusiones

* PhD Student, Roma Tre University.

1. *Introducción*

Nunca es fácil intervenir en una materia como la comparación jurídica en la que tantos autores procedentes de tan diversos ámbitos realizan sus aportaciones. Esta dificultad aumenta cuando, en particular, la comparación jurídica se proyecta sobre los ordenamientos italiano y español, por la frecuencia con la que se aborda esta perspectiva comparada en numerosos trabajos¹. La razón de tal proliferación podría atribuirse a las numerosas similitudes de diversas instituciones de los dos sistemas jurídicos considerados y a la influencia ejercida por juristas del pasado de la talla – en el ámbito del Derecho procesal civil – de Chiovenda o Carnelutti, a través de las obras de Alcalá-Zamora y Castillo, Gómez Orbaneja o Prieto-Castro. Pero sería reduccionista atribuir el fundamento de tal *fil rouge* a una mera identidad parcial del derecho. Esta afirmación se apoya en un silogismo: si es cierto que el sistema jurídico es un reflejo de la sociedad², también hay que afirmar que los pueblos itálicos y españoles, en realidad, están muy próximos entre sí, y no sólo en el ámbito del derecho. Este vínculo se ve reforzado por la legislación comunitaria, que ha intentado en repetidas ocasiones armonizar los distintos sistemas jurídicos de Europa. No menos importante, de hecho, es la propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la UE presentada en 2017³, con el objetivo de «laying down minimum standard concerning the commencement, conduct and conclusion of civil proceeding», seguida del proyecto de UNIDROIT sobre “Best practices for effective enforcement”⁴. Precisamente de cara a la concreción de tales proyectos,

¹ Piénsese en los numerosos artículos que abordan el estudio comparado de los ordenamientos de Italia y España en ámbitos como el derecho regional, constitucional o el procesal, tanto civil como penal, y cuya amplitud, a estas alturas, aconseja no compendiar en una nota bibliográfica.

² R. IANNONE, «*La dimensione culturale del diritto*», *Quaderni di Sociologia*, 29, 2002, <<http://journals.openedition.org/qds/1297>>, DOI: <https://doi.org/10.4000/qds.1297>, [consulta fecha 29.10.21], «Nel diritto, tale conoscenza può essere colta guardando alla natura e funzione delle norme giuridiche le quali, lungi dall'essere mere forme specifiche di mediazione simbolica o semplice strumento di comunicazione finalizzata all'ordine sociale, costituiscono la forma tipica dell'azione e uno dei principali fattori costitutivi del processo di costruzione della realtà stessa. Il diritto in altri termini è anche, e forse soprattutto, norma giuridica che riflette e produce cultura».

³ EU *Proposal of an EU Directive on Accelerated Extrajudicial Collateral Enforcement Mechanism*, ST 14261 2019 REV 1 COR.

⁴ UNIDROIT, *Study lxxvi b: best practices for effective enforcement*, at <<https://www.unidroit.org/work-in-progress/effective-enforcement-best-practices>>.

cuya salida natural sería un nuevo y revisitado proyecto Storme⁵, parece interesante examinar algunos aspectos del proceso de ejecución italiano y español, que, dada su similitud, se beneficiarán sin duda de la comunión de sus mejores y más eficaces instituciones procesales.

2. *El concepto de tercería y de intervención: las diferencias entre los dos sistemas*

En Italia, el término *tercero* se utiliza comúnmente para significar «una tercera persona, es decir, una persona distinta de las dos partes en cuestión o de los dos interlocutores»⁶. En concreto, por referencia al proceso de ejecución español, el tercero se identifica como «aquel[los] sujeto[s] que, sin ser parte, ostente[n] un interés especial en el proceso de ejecución, en la medida en que puede[n] verse afectado[s] por su desarrollo o su resultado (que es irrevocable»⁷. Por lo tanto, la parte interviniente puede hacer valer o un derecho incompatible con el que hace valer el ejecutante, o eventualmente el ejecutado, o bien un derecho compatible con el que es objeto de la acción. Este concepto se debilita en los procedimientos de ejecución italianos. En los procedimientos de ejecución italianos, junto a las dos partes principales, que tienen intereses contrapuestos, hay otras personas con intereses similares a los del acreedor principal-parte anterior, es decir, los acreedores intervinientes. Los acreedores intervinientes, en el proceso de ejecución italiano, precisamente por el interés especial que tienen, no se agrupan exactamente con los terceros como *extraños*, sino que, de acuerdo con el principio de *par condicio creditorum* según el art. 2741 c.c.⁸, se consideran iguales a los demás acreedores. Así, por supuesto, las reclamaciones del deudor serán incompatibles con las de los acreedores, y también entrarán en conflicto los créditos de los distintos acreedores, con evidentes consecuencias para el mecanismo de reparto. Por lo tanto, mientras que en el proceso de ejecución español el término tercero se entiende como un sujeto dis-

⁵ M. STORME, “A single civil procedure for Europe: A Cathedral Builders’ Dream”, *Ritsumeikan Law Review* n. 22, 2005.

⁶ “Térzo” in *Treccani.it – Enciclopedia on line*, Istituto dell’Enciclopedia Italiana.

⁷ F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho procesal civil materiales para el estudio*, 2021, p. 415, v.e. disponible en <<https://eprints.ucm.es/id/eprint/62238/>> [consulta fecha 29.10.21].

⁸ En su forma más sintética y correcta según R. NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, in *Comm. Scialoja, Branca, sub art. 2741*, Bologna-Roma, 1945, 1.

tinto, como ya se ha dicho, al *extraneus* del proceso y de las propias partes, en el proceso de ejecución italiano “tercero” adquiere el significado de “acreedor ulterior”. Esto no quita que haya fuertes puntos de contacto como, por ejemplo, en la “*opposizione dei terzi*” que tiene su contrapartida española en la “*tercería de dominio*”, pero las identidades entre ambos sistemas, como se verá más adelante, se detienen solo en estas instituciones. Esto se debe a los diferentes principios que regulan el proceso de ejecución italiano y español, que han influido en los legisladores en la creación de instituciones completamente diferentes. Esta discrepancia también se observa en las expresiones verbales solas. Las instituciones españolas de “*tercería de mejor derecho*” y de “*reembargo*” son próximas, pero no iguales, a las figuras italianas del “*creditore procedente*” y del “*interveniente*”. Aunque solo sea desde un punto de vista lingüístico, puede entenderse que en el ordenamiento jurídico italiano existe una diferencia puramente procesal entre “procedente” e “interveniente”, mientras que en el ordenamiento jurídico español el tercerista de mejor derecho aspira a convertirse en acreedor procedente al amparo de su derecho de privilegio al cobro que ha de hacer valer para adquirir la condición de acreedor procedente por medio de la tercería, mientras que el reembargante adquiere sus derecho sobre el bien reembargado desde su propia ejecución y no necesita intervenir procesalmente en el proceso de ejecución del primer embargo. Ambos, como “*terceros*”, entran en el proceso de ejecución en oposición al curso ordinario del procedimiento. Para comprender mejor el matiz lingüístico aquí como *hyuseteron protereron* del papel, será necesario primero esbozar las instituciones en cuestión.

3. *Opposizione dei terzi vs Tercería de dominio*

“La opposizione dei terzi all’esecuzione”, regulada en el derecho italiano por el art. 619 c.p.c., constituye «la oposición de una persona que, sin ser parte en el procedimiento (y, por tanto, siendo *tercero* en el proceso de ejecución⁹), está, sin embargo, de facto e ilegítimamente, implicada en él de tal manera que, si la ejecución llegara a su fin, ese tercero sufriría el sacrificio injusto de sus derechos»¹⁰. Esta definición no difiere

⁹ Este supuesto está relacionado con lo expuesto en el párrafo anterior.

¹⁰ A. CARRATTA, C. MANDRIOLI, *Diritto procedurale civile*, IV, *L’esecuzione forzata, i procedimenti sommari, cautelari e*

de la figura homóloga española, que encontramos regulada en los arts. 595 a 604 LEC bajo la denominación de “tercería de dominio” y que se define como «el instrumento principal que otorga el ordenamiento al tercero cuyos bienes han sido embargados en la creencia errónea de que pertenecían al ejecutado»¹¹. Evidentemente, la finalidad de ambas instituciones en los dos ordenamientos jurídicos es que el juez executor sepa que la titularidad real del bien embargado, o de uno de sus bienes, no es del deudor sino de un tercero. Como subraya la definición dada por el autor español (creencia errónea), el *error* en la titularidad del bien por parte de quien lo embarga materialmente, el *funcionario judicial* o *Letrado de la Administración de Justicia*¹², es fundamental. Precisamente por esta razón, esta aberración suele producirse en la expropiación de bienes muebles, tanto que no gozan de publicidad registral, como bienes y derechos sometidos a publicidad registral, por la razón de que la resolución procesal de embargo se adopta en España a la luz de la mera apariencia de titularidad del ejecutado sobre el bien embargable, como prevista el aptdo. 1 del art. 593 LEC¹³, donde es el funcionario encargado quien tiene la función de acordar el embargo. La tercería de dominio, al igual que la oposición de terceros, es definida por algunos como una fase incidental y cognitiva dentro del proceso de ejecución¹⁴. Es evidente que, para ambos ordenamientos jurídicos, la persona legitimada para ejercitar la acción es la que realmente sufriría el perjuicio de la realización forzosa del bien embargado, el tercerista. Sin embargo, existen diferencias en cuanto a las partes pasivas de la acción: en el sistema procesal italiano, el tercero que desee presentar una oposición debe hacerlo no solo contra el acreedor, sino también contra el deudor, dada la hipótesis de litispendencia necesaria¹⁵. Este no es el caso del derecho español, según el cual la oposición debe dirigirse contra el deudor solo «cuando el bien al

camerali, Torino, 2019, p. 246.

¹¹ GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho procesal civil materiales para el estudio*, 2021, p. 457, v.e. disponible en <<https://eprints.ucm.es/id/eprint/62238/>> [consulta fecha 29.10.21].

¹² Referencias a “Secretario Judicial” ahora llamado “Letrado de Administración de Justicia” por disp. adic. 1 de Ley Orgánica n. 7/2015 de 21 julio.

¹³ Art. 593 LEC «1. Para juzgar sobre la pertenencia al ejecutado de los bienes que se proponga embargar, el Letrado de la Administración de Justicia, sin necesidad de investigaciones ni otras actuaciones, se basará en indicios y signos externos de los que razonablemente pueda deducir aquélla»

¹⁴ GASCÓN INCHAUSTI, cit., p. 455.

¹⁵ *Litisconsorzio* que, por razones obvias, implica también a los acreedores intervinientes, v. G. TARZIA, *Sul litisconsorzio necessario nell'opposizione di terzo all'esecuzione*, in *Giur. It.*, 1965, I, 529.

que se refiera haya sido por él designado», lo que hay que poner en relación con el deber de manifestación de bienes que el artículo 589 LEC atribuye al deudor ejecutado. En todo caso, en el incidente de tercería de dominio el art. 600 párr. 2, LEC señala que «Aunque no se haya dirigido la demanda de tercería frente al ejecutado, éste podrá intervenir en el procedimiento con los mismos derechos procesales que las partes de la tercería». La opposizione dei terzi, así como la tercería de dominio, debe ejercerse en un momento determinado, para no ver frustrado el *petitum*; momento que en el proceso de ejecución español es «antes de que se ordene la venta o cesión del bien» o «en el momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta» (art. 596, párr. 2, LEC). En cuanto a la tercería, merece una mención adicional la (mal) llamada *tercería registral*¹⁶. El ordenamiento jurídico español prevé una protección jurídica reforzada para los titulares de derechos reales sobre bienes inscritos en los Registros de la Propiedad. Se trata de la protección prevista en el art. 38, párr. 3, LH¹⁷. Esta protección encuentra su contrapartida italiana en la protección *ex art.* 510 c.p.c. Esta descripción de las dos instituciones presenta un cuadro de la oposición que puede hacer un tercero injustamente vinculado, que no es diferente entre los dos sistemas jurídicos, pero que, sin embargo, está influenciado por las orientaciones sistemáticas de las dos legislaciones.

4. *La posición de los acreedores con privilegio y la tercería de mejor derecho*

Otra categoría de acreedores, en el proceso de ejecución, es la de los acreedores preferentes¹⁸, cuya protección jurídica en el proceso español de ejecución se entiende mejor explicando que el sistema de realización forzosa se basa en un principio de sub-

¹⁶ Decimos “mal llamada” porque la tercería entraña el ejercicio de una pretensión por un tercero respecto de un proceso de ejecución ajeno, que, en cambio, no existe en relación con la falta de inscripción registral del embargo de un bien acordado como perteneciente al deudor y que, sin embargo, consta inscrito a nombre de un tercero. La denegación de la inscripción de embargo en el Registro, que en lo que consiste la llamada ordinariamente “*tercería registral*”, no es más, pues, que el funcionamiento de los propios principios registrales que protegen la titularidad inscrita.

¹⁷ Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, BOE-A-1946-2453, <[https://www.boe.es/eli/es/d/1946/02/08/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/d/1946/02/08/(1)/con)>.

¹⁸ «Es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro» (art. 2573 c.c.n.).

sistencia de las cargas anteriores inscritas; por decirlo empleando las palabras de la Exposición de motivos de la LEC (aptdo. XVII), «*En relación con la subsistencia y cancelación de cargas se ha optado por mantener el sistema de subsistencia de las cargas anteriores al gravamen que se ejecuta y cancelación de las cargas posteriores, sistema que se complementa deduciendo del avalúo el importe de las cargas subsistentes para determinar el valor por el que los inmuebles han de salir a subasta. Esta solución presenta la ventaja de que asegura que las cantidades que se ofrezcan en la subasta, por pequeñas que sean, van a redundar siempre en beneficio de la ejecución pendiente, lo que no se conseguiría siempre con la tradicional liquidación de cargas.*». Estos, según lo dispuesto tanto en el código italiano (art. 2741 c.c.) como en el español (arts. 1921 y ss. CC español), tienen derecho de preferencia en el orden de distribución de las ganancias (art. 613.2 LEC a contrario¹⁹). Este derecho se protege de forma diferente debido a la distinta causa del privilegio. En la legislación española, este privilegio se reclama a través de la *tercería de mejor derecho* (arts. 614 - 620 LEC). Esta última se refiere al ejercicio de una o varias acciones según las circunstancias. En primer lugar, el tercero - que no es acreedor hipotecario o que no tenga sus derechos y/o privilegio inscrito registralmente con anterioridad al embargo del bien - tiene la carga de hacer valer su preferencia interponiendo una acción constitutiva contra el ejecutante para que se le reconozca su derecho. Por otro lado, los acreedores hipotecarios en el proceso de ejecución español gozan de lo que podría llamarse una protección reforzada, ya que la venta forzosa carece del efecto purgativo de la ley italiana. En este caso, el sistema registral y la ejecución forzosa garantizan en España que sus derechos y privilegios se mantendrán intangibles y no les puede afectar de forma directa ningún otro proceso de ejecución dirigido contra el deudor común. Esto se traduce, en el sistema español, en que el importe de estos créditos anteriores inscritos se deduce del valor de tasación del bien *ex* art. 666 LEC y que una de las condiciones necesarias para participar en la subasta, que se hace constar siempre, es que “las cargas, gravámenes y asientos anteriores al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el solo hecho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos si el remate se adjudicare a su favor” (art. 668.2.II LEC). Esta disposición del legislador español es coherente con el carácter

¹⁹ Dispone el apdo. 2 del artículo 613 LEC que “Sin estar completamente reintegrado el ejecutante del capital e intereses de su crédito y de todas las costas de la ejecución, no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto *que no haya sido declarado preferente por sentencia dictada en tercería de mejor derecho*”.

singular de la aplicación española, que de otro modo se prestaría a fuertes aberraciones. Esta solicitud será suficiente por sí misma si la reclamación ya está respaldada por un título ejecutivo; en cambio, si la reclamación no está respaldada por un título ejecutivo, el tercerista tendrá que acumular en su demanda de tercería la pretensión de condena frente al ejecutado²⁰, para obtener este título²¹. La acción descrita tiene un límite dentro del cual se puede interponer, a saber, «es aquel en que las cantidades de dinero obtenidas en el proceso de ejecución se entregan al ejecutante» (ver art. 615, párr. 2 LEC). En cambio, según la legislación italiana, el acreedor que tiene un derecho de retención contra el deudor no tiene que interponer una acción específica para hacer valer su derecho. El legislador italiano ha querido proteger a esta categoría de acreedores, dándoles la posibilidad de intervenir “*semplicemente*” en el procedimiento, en virtud de los arts. 525 y ss. c.p.c., para que se les adjudique la suma que les corresponde bajo su derecho de tanteo. Solo en el caso de que surja un conflicto entre varios acreedores concurrentes sobre la existencia de la cuantía o los derechos de tanteo, el juez deberá proceder según lo dispuesto en el artículo 512 c.p.c. Según algunos autores²², este litigio puede incluirse entre las «oposiciones sobre el fondo del proceso de ejecución», que abren así una fase cognitiva en el proceso, cuyo objetivo es resolver de forma simplificada²³ todos los litigios

²⁰ GASCÓN INCHAUSTI, cit., p. 462 «En efecto, debe insistirse en la idea de que el tercerista pretende el cobro forzoso de su crédito en el marco del proceso de ejecución; y esto sólo le está permitido a quien dispone de título ejecutivo. Si el tercerista ya disponía de título ejecutivo antes de interponer su tercería, en caso de que la gane estará legitimado para obtener el cobro forzoso, pues tiene título ejecutivo: no tiene sentido que ejercite una acción de condena frente al ejecutado, pues ya tiene lo que le aportaría el éxito de esa acción (el título ejecutivo). En cambio, si no dispone de título ejecutivo, es imprescindible que lo obtenga, pues de lo contrario, aunque se reconociera la preferencia de su crédito sobre el del ejecutante, no sería legítimo el cobro del tercerista en el marco de una ejecución forzosa: de ahí que resulte necesario obtener un título ejecutivo, a través del ejercicio de una acción de condena frente al ejecutado – con la ventaja de que el ordenamiento le permite incluir dentro de la tercería de mejor derecho esta acción de condena –».

²¹ Para apreciar la distinción entre los sistemas italiano y español, hay que añadir también que el sistema español prevé un corolario de *documentos con fuerza ejecutiva*, títulos judiciales y no judiciales, que es diferente del sistema italiano cf. arts. 517-520 LEC.

²² C. FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942, p. 196 in *sub art. 512, Codice di Procedura Civile commentato* a cura di C. Comoglio e R. Vaccarella, Torino, 2010.

²³ Simplificado por el hecho de que no es necesario interponer una única acción y porque «L'ordinanza con la quale il giudice della esecuzione mobiliare, provvedendo alla distribuzione della somma ricavata dalla vendita dei beni pignorati, risolve una contestazione in ordine ai criteri di distribuzione, che non atteneva né all'esistenza dei crediti, né a quella di diritti di prelazione, ma solamente alla graduazione dei crediti stessi, non decide una opposizione alla

que puedan surgir durante el reparto del producto. Así, los derechos de los acreedores privilegiados están protegidos si el privilegio es general, mientras que los privilegios especiales, y más concretamente el privilegio hipotecario, no lo están. Cuando el crédito está garantizado por una hipoteca, la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé un proceso especial arts. 681-698 LEC²⁴. Este proceso se caracteriza por la rapidez y la sencillez: sólo tendrán legitimación activa quienes figuren en los registros públicos, mientras que la legitimación pasiva será la del deudor y, eventualmente, la del hipotecante no deudor. El procedimiento hipotecario obvia la fase de embargo presente en la ejecución ordinaria y, transcurridos cinco días desde el requerimiento, se puede solicitar que se proceda directamente a la realización forzosa del bien hipotecado. Por tanto, se puede apreciar la rapidez y fluidez que el legislador ha querido dar a este proceso. Por otro lado, el ordenamiento jurídico italiano se opone a la previsión de un procedimiento específico para los acreedores que disfrutan de una garantía hipotecaria. El legislador italiano no ha impuesto procedimientos específicos que puedan ser iniciados únicamente por los acreedores hipotecarios, pero en caso de que un bien hipotecado sea embargado por un acreedor que no sea el beneficiario de la inscripción, dos instituciones acuden al rescate. La primera es la prevista en el art. 498 c.p.c., según el cual la notificación debe hacerse, entre otros, al acreedor que figure en los registros públicos, para que tenga conocimiento del embargo. La segunda, prevista en el art. 596 c.p.c., que remite al art. 510 c.p.c., prevé la inmovilización de las sumas obtenidas por la venta del inmueble objeto de la hipoteca hasta la certeza de poder ceder dichas sumas al acreedor en cuestión (o, en todo caso, durante un período no superior a tres años). Este tipo de tutela no es necesario en derecho español porque el valor de las cargas anteriores se deduce del valor de

distribuzione ai sensi dell'art. 512 c.p.c. e non ha carattere decisorio e contro di essa può essere proposta opposizione agli atti esecutivi, avendo ad oggetto il modo e non il merito dell'esecuzione, con la conseguenza che la immediata proposizione in sua vece del ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. è inammissibile.» Cass. 10 giugno 1996, n. 5576.

²⁴ El objetivo del legislador procesal era evidente, establecer una nueva tipología procesal clara que concediese respuesta a las nuevas realidades jurídicas, suprimiendo la diversidad procesal existente en una doble dirección, tanto interna, en referencia a la pluralidad de procesos especiales regulados en la interinidad del texto procesal, como externa, respecto de las normas procesales consignadas y desarrolladas en diferentes textos normativos de carácter sustantivo, filosofía anunciada en la Exposición de Motivos de la LEC, al establecer que «lo exigible y deseable no es unificar a ultranza, sino suprimir lo que resulta innecesario y, sobre todo, poner término a una dispersión normativa a todas luces excesiva». A. DOMENECH, *La ejecución hipotecaria*, Barcelona, 2009, p. 22.

realización de bien, por lo que siempre se salvaguarda el derecho y la prioridad del acreedor hipotecario, teniendo en cuenta que en el sistema de realización español, como se ha mencionado anteriormente, el bien se transmite con sus cargas anteriores, por la propia lógica del carácter estrictamente singular del proceso de ejecución español. Las instituciones descritas hasta ahora dan una pista de lo que se pondrá de manifiesto en el siguiente apartado, el sistema español, marcado por la rapidez y la singularidad de la ejecución, ha establecido instrumentos de protección del acreedor preferente que difieren de la legislación concursal italiana. Las disposiciones que tienden a “singularizar” el procedimiento de ejecución, en este sentido también va la disposición del art. 614, párr. 2 LEC, es decir, la imposibilidad de interponer una segunda acción de tercería de mejor derecho²⁵, pone de manifiesto lo fundamental que es el derecho español para la más rápida satisfacción del acreedor, pero este aspecto sacrifica la certeza de la decisión judicial, esa garantía para el deudor de la que está lleno el derecho italiano. Cabe destacar que la mencionada imposibilidad, se aplica al mismo tercerista de mejor derecho porque deben hacerse valer todas las eventuales preferencias crediticias en la misma demanda de tercería. Por otra parte, no se prevé ninguna ejecución para el acreedor hipotecario porque, como ya se ha dicho, no hay efecto “*purgativo*” típico italiano.

5. *Los principios de ordenación de los dos sistemas*

Como se ha mencionado anteriormente, el procedimiento español favorece la rapidez y la inmediatez frente a la certeza de las decisiones del juez en el momento del reparto de los productos. Pero, sobre todo, el legislador español, al preparar el procedimiento de ejecución, ha querido privilegiar, por encima de todo, la oportunidad del acreedor o, tomando prestada la expresión de numerosos papeles sobre las fuentes comunitarias, el “*primaute*” del acreedor procesal. En realidad, desde el punto de vista del derecho español, sería erróneo hacer una distinción propia del derecho italiano, ya que la subdivisión entre acreedor procesal y acreedor interviniente es una diferencia del sistema italiano. En el derecho español, de hecho, cabe afirmar que se favorece al acreedor

²⁵ Art. 614, párr. 2, LEC «No se admitirá la demanda de tercería de mejor derecho si no se acompaña el principio de prueba a que se refiere el apartado anterior. Y, en ningún caso, se permitirá segunda tercería de mejor derecho, que se funde en títulos o derechos que poseyera el que la interponga al tiempo de formular la primera.»

que primero embargó los bienes del acreedor y en cuyo favor está reconocido el derecho de realización y aplicación del artículo 613 LEC (que favorece el principio general de prioridad temporal que expresa la máxima *prior tempore potior iure*), ya que el derecho ibérico no permite – con el carácter colectivo que destila el sistema italiano – la intervención de otros acreedores en el procedimiento de ejecución²⁶ (o, si se permite, queda limitada a una posición subordinada)²⁷. A pesar, por tanto, de los numerosos puntos en común²⁸ entre ambos sistemas, especialmente gracias a la influencia que juristas como Chiovenda y Calamandrei han ejercido en el procesalismo español, en estos principios los dos sistemas difieren. Esta discrepancia puede justificarse por el carácter autoritario del código italiano, como afirman algunos Autores²⁹, que se opone al principio pater-

²⁶ Está, en realidad, muy limitada al estrecho círculo de su legítimo interés en un proceso de ejecución ajeno, circunscrito al cobro del eventual sobrante de la realización de los bienes ex art. 672 LEC. A estos llamados “terceros acreedores posteriores” la jurisprudencia les permite intervenir, aunque no lo diga expresamente la ley, en el trámite de valoración o tasación del bien embargado (B. SÁNCHEZ LÓPEZ, *Ejecución dineraria: liquidez, embargo y realización forzosa*, 2019, p. 393).

²⁷ Esto se refiere a acreedores posteriores no dotados de un crédito cuya preferencia disfrute de publicidad registral, lo que por sí ya representa la salvaguarda institucional del respeto de sus derechos crediticios.

²⁸ La contigüidad de los sistemas también se analiza desde el punto de vista de los principios de ordenación de los dos códigos, y así el legislador ibérico en la Exposición de los motivos de la LEC: “es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinándola con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela” especificando que “esta inspiración fundamental del proceso – excepto en los casos en que predomina un interés público que exige satisfacción – no constituye, en absoluto, un obstáculo para que (...) la Ley refuerza notablemente las facultades coercitivas de los tribunales respecto del cumplimiento de sus resoluciones o para sancionar comportamientos procesales manifiestamente contrarios al logro de una tutela efectiva” que se hace eco del Informe al Rey sobre el cp. de 1940, donde leemos que el cp. de 1940, donde se afirma que nuestro proceso civil, incluso ante un “reforzamiento” general de los poderes de impulso e investigación del juez, está marcado por el principio dispositivo, entendido “como expresión irreprimible del poder reconocido a los particulares para disponer de su propia esfera jurídica” y declinado según los “aforismos de la sabiduría antigua: *ne procedat iudex ex officio; ne beat iudex ultra petita partian; iudex secundum alligata et probata decidere debet*” v. M.P. FUIANO, *La soddisfazione dei creditori nell'esecuzione singolare e collettiva spagnola*, en *Riv. dir. proc.*, 2021, 1, p. 282.

²⁹ S. SAITTA, *Commemorazioni del codice di procedura civile del 1865*, in *Quad. dir. proc. civ.*, I, Padova 1969, 86 ss.; *id.*, *L'estinzione del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1957, 1005 ss.; F. CIPRIANI, *Ideologie e modelli del processo civile*, Napoli, 1997, *passim*; *Id.*, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 455 ss.; *Id.*, *Il processo civile italiano tra revisionisti e negazionisti*, 2002, *Id.*, *Il processo civile nello Stato democratico*, Napoli 2006, 95 ss.; *Id.*, *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, 2003, *ivi*, 27 ss.; G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, I, 8 a ed., Padova 2018, 328 ss.; *Id.*, *La grande illusione*, in *Giusto proc. civ.* 2008, 621 ss.; *Id.*, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un «revisionista»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 575 ss.; *Id.*, *Note sui rapporti tra giurisdizione e legge nello Stato di diritto*, *ivi* 1987, 1 ss. cit. in FUIANO, *cit.*, p. 298.

nalista-moralista³⁰ que caracteriza al legislador español³¹. Esta afirmación se confirma si se observan algunos pasajes de la Exposición de Motivos de la LEC, en los que el legislador quiso potenciar la «responsabilidad de los litigantes» y la «procuraduría y abogacía» con una fuerte propensión a una «respuesta judicial más pronta, mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela, y con mayor capacidad de transformación real de las cosas»³² para obtener una efectiva justicia civil. Esta orientación se aleja completamente del concepto de igualdad de condiciones entre los distintos acreedores, *par conditio creditorum*³³ y tradición romanista³⁴ aplicado por el ordenamiento jurídico italiano. La razón de una opción legislativa tan fuerte se encuentra tanto en la voluntad de acelerar los tiempos de los juicios, tratando de ajustarse al European Average Time Disposition³⁵, como en la de solucionar el ya patológico problema del crédito que se ha visto agravado por la crisis financiera de 2008 y la crisis sanitaria de 2020.

6. *La intervención de terceros y el reembolso*

La intervención en el procedimiento de ejecución por parte de terceros³⁶ acreedores y la acción de reembolso son las instituciones que mejor ilustran los principios

³⁰ CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli 1992.

³¹ A. GIROLAMO, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un «revisionista»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 2, pp. 576-582.

³² Papel de tornasol de la eficacia de las disposiciones son los informes proporcionados por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales/>> y el informe de la Comisión Europea del Consejo de Europa para la eficacia de la justicia (CEPEJ) <<https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-stat>>.

³³ Principio que algunos autores afirman que está cada vez más debilitado M. FABIANI, *La par conditio creditorum al tempo del codice della crisi*, in *Quest. giust.*, 2, 2019, p. 202.

³⁴ P. LAZO GONZALEZ, *El contexto dogmático de la par conditio creditorum en el derecho romano*, RDUCN, v. 17, n. 2, p. 79-97, 2010, en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532010000200004&lng=es&nrm=iso/>; <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532010000200004>> [consulta fecha 29.10.21].

³⁵ En este sentido, aunque España no se encuentra en la misma situación desastrosa que Italia, sí está en la parte baja del ranking elaborado por el informe de la CEPEJ, ver nota 24.

³⁶ La sentencia identifica un perfil interesante. Pret. Alba, 17 de marzo de 1994, en *Giur. it.*, 1994, I, 2, 1109, según la cual un acreedor que hace valer un crédito distinto del que se hace valer debe ser considerado también como *tercero*.

subyacentes a ambos sistemas. Por regla general, en el ordenamiento jurídico italiano, la acción ejecutiva ejercida sobre un bien concreto no excluye la acción concurrente de otros (art. 499 c.p.c.). Por lo tanto, los acreedores que hayan intervenido legítima y oportunamente, a más tardar en la primera audiencia fijada para la autorización de la venta o para la cesión, tienen derecho a participar en la distribución de la suma obtenida en la ejecución y, por lo tanto, a participar en la expropiación y a provocar los actos individuales (art. 529 c.p.c.). Por el contrario, los acreedores que intervienen posteriormente sólo participan en el reparto del importe residual, una vez satisfechos los derechos del acreedor embargante y de los que intervinieron con prontitud. Esta división temporal es el factor determinante para diferenciar ambos sistemas, ya que el sistema español no contempla de ninguna manera la posibilidad de los terceros acreedores de convertirse en parte ejecutante en la ejecución, en el sentido de tener reconocidos derechos de realización sobre el bien en el proceso ajeno; esto solo se puede conseguir ejercitando con éxito una tercería de mejor derecho, como se ha indicado³⁷. Por lo tanto, el acreedor que actúe con posterioridad sobre ese bien en particular puede, desde su propio proceso de ejecución, pero no desde el ajeno, pedir y obtener el reembolso del bien, lo que le conferirá el derecho a obtener la cantidad que sobre en la realización forzosa celebrada en la ejecución ya despachada (art. 610 LEC)³⁸. En esta disciplina, o más bien en la falta de previsión de la “institución italiana” de la intervención, vuelve a evidenciarse el principio de *primauté* del embargo español. Una vez más, esta diferencia se refleja en la posibilidad que la ley italiana reserva al acreedor de realizar un embargo posterior (art. 524 c.p.c.), que, dependiendo del momento en que se produzca el primer embargo, puede unificarse o equipararse a la intervención tardía en el procedimiento (véanse los

³⁷ Ahora bien, cuestión distinta es que a todo acreedor se le permite participar en el sobrante de la realización forzosa, que es una facultad que está escasamente reconocida en el art. 672 LEC. Ergo, trasladando esto al sistema italiano, todos los acreedores posteriores españoles se encuentran en la segunda de las situaciones que se describen en el texto: terceros con mero derecho al sobrante de la realización forzosa.

³⁸ «En sentido estricto, reembolso es la traba, en una ejecución singular, de un bien que ya se encuentra embargado en otra u otras ejecuciones anteriores» D.R. VEGA TORRES, *Algunas cuestiones que plantea el reembolso*, en V. Moreno Catena (dir.), *La ejecución civil, Colección Estudios de Derecho Judicial. CGPJ. Escuela Judicial*, 53, 2004, Madrid, 2005, pp. 497-574. Cuando el reembolso recae sobre bienes inscritos registralmente opera la excepción, prevista en el apto. 2, 610 LEC, en el sentido de, por la propia lógica de la subsistencia de cargas anteriores, el reembargante podrá realizar el bien en su propio proceso de ejecución sin afectar por ello a los derechos de realización de embargantes anteriores.

párrafos 2 y 3 del art. 524 c.p.c.). Puede decirse que los legisladores español e italiano se han movido en dos direcciones distintas: una siguiendo el principio de *prior in tempore, potior in iure*, lo otro en la línea de *par condicio creditorum*³⁹. En aras de la exhaustividad, cabe señalar que el proceso de ejecución español tiene un enfoque diferente de la ejecución colectiva⁴⁰, lo que demuestra que el principio de *la par condicio* no es completamente ajeno al derecho español. A diferencia del concurso italiano, es decir, de la liquidación judicial, que sólo es aplicable a las personas que ejercen actividades empresariales⁴¹, según la Ley Concursal española⁴² – que es la que regula este procedimiento – la declaración de concurso también puede emitirse tras la insolvencia comprobada de cualquier deudor, o del deudor común si ya no puede cumplir las obligaciones vencidas e inmediatamente exigibles (art. 1 y 2 LC)⁴³. A la luz del art. 2.4 LC, que incluye entre los indicadores de insolvencia los embargos infructuosos por parte de los acreedores, se

³⁹ *Par condicio creditorum* atenuado en su aplicación, «fatte salve le cause legittime di prelazione, la soddisfazione sul ricavato della LEC vendita dei beni pignorati, pur non essendo riservata al creditore procedente, ed essendo perciò soggetta ad una ripartizione proporzionale in caso di insufficienza a soddisfare tutti i creditori, è tuttavia limitata a vantaggio, oltre che del creditore procedente, di quelli, tra gli altri creditori, che trovandosi in una delle particolari situazioni, abbiano assunto tempestivamente una precisa iniziativa nel processo espropriativo, che abbiano cioè effettuato un intervento nel processo». En esencia, los terceros acreedores se aprovechan de la iniciativa del acreedor reclamante provocando un reparto proporcional respecto a los bienes embargados. MANDRIOLI y CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, *L'esecuzione forzata, i procedimenti sommari, cautelari e camerali*, Torino, 2015, p. 90 y 91.

⁴⁰ L. PANZANI, *La storia del fallimento: uno sguardo d'insieme*, en *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso e Panzani (dir.), I, Milano 2016, p. 65 ss.

⁴¹ Sin perjuicio de la demostración de la posesión conjunta de los requisitos, llamados en la jerga de “falibilidad”, prescritos por el artículo 1, apartado 2, L.F. En este punto, parece oportuno destacar que el nuevo código de crisis introducido por el Decreto Legislativo 12 de enero de 2019, núm. 14, se sitúa en un sentido de continuidad con el r. d. 16 de marzo de 1942, núm. 267, ya que este supuesto será aplicable en referencia a los empresarios comerciales que no acrediten la posesión conjunta de los requisitos establecidos en el artículo 2, apartado 1, let. d), d.lgs. cit, y, por tanto, no entran en el concepto de “empresa menor”.

⁴² Sobre la reforma de la Ley concursal M. OLIVENCIA, *Los motivos de la reforma de la ley concursal*, RDCP, 17, 2012, pp.23-30; J.M. EMBID IRUJO, *Crisis económica y reforma del derecho concursal español, XXX Convegno di studio su le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, Courmayeur, 23-24 septiembre 2016, *Fondazione centro nazionale di prevenzione e difesa sociale y Fondazione Courmayeur Mont Blanc*.

⁴³ En orden a la decisión legislativa de unir los dos procedimientos m. la *Exposición de Motivos* de la LC, § II «La unidad del procedimiento de concurso se consigue en virtud de la flexibilidad de que la ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso. A mayor abundamiento, se han previsto reglas especialmente ágiles para los concursos de menor entidad».

puede deducir que, si una ejecución contra algún deudor resulta ineficaz, se puede iniciar un concurso entre todos los acreedores. Estas normas acercan el sistema jurídico español al italiano, también a la luz de un procedimiento concursal⁴⁴ casi similar al italiano.

7. Conclusiones

Como ya apuntó Fuiano en su papel⁴⁵, a pesar de la política del legislador español de reducir la estructura del embargo a lo esencial (impidiendo el *par condicio creditorum*) y de otras soluciones que contribuyen a diferenciar la ejecución forzosa del proceso de ejecución italiano, no cabe duda de que ambos procedimientos, en sus líneas esenciales, se solapan sustancialmente. A diferencia del proceso italiano, en el español los diferentes paréntesis cognitivos que se abren en el transcurso de la ejecución forzosa sólo sirven para completar el procedimiento, no para constatar los derechos reclamados. Así, una vez finalizado el reparto del producto, cada parte es libre de hacer valer sus derechos mediante la interposición de una acción ordinaria e independiente. Además, el acreedor embargante podrá actuar contra el tercerista de mejor derecho para constatar la inexistencia de su crédito y obtener lo indebidamente cobrado. De este mosaico legislativo se desprende la intención del legislador español, orientada a la rápida satisfacción del acreedor de acuerdo con la política de «mientras tanto, paga a alguien que, con toda probabilidad, es su acreedor». En contra de lo que han afirmado algunos autores⁴⁶, existe una cierta racionalidad y coherencia por parte del legislador, que pretende perseguir a los deudores mediante instrumentos que, aun siendo sumarios, pueden infundir ese miedo que hoy, con la crisis crediticia⁴⁷, puede provocar este planteamiento. Este enfoque se contrarresta con la eficacia de las medidas adoptadas durante el procedimiento “a los solos efectos” de ejecución o distribución, que, por otra parte, la jurisprudencia

⁴⁴ Hay que recordar que el principio de la *par condicio creditorum* en la liquidación judicial no se observa como en la ejecución singular ver nota 32.

⁴⁵ FUIANO, cit.

⁴⁶ En referencia a la actitud del legislador en las reformas procesales “*muy próximas a la esquizofrenia*”, AROCA, *Proceso (civil y penal) y Garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valencia, 2006, p. 91.

⁴⁷ Entendido en el sentido románico como la confianza en la persona a la que se le presta el dinero dándole confianza.

dencia ha matizado para dotar de estabilidad a las resoluciones que ponen fin a las tercerías e incidentes de oposición. Por otro lado, se produce la vuelta del principio de *par conditio creditorum* en la ejecución colectiva, en la que las decisiones del juez tienen plena estabilidad. Esto es así porque el procedimiento concursal fue concebido con la finalidad de liquidar la totalidad del patrimonio del deudor, satisfaciendo así a todos los titulares de créditos vencidos, por lo que los acreedores consideraron lógico y racional que la fijación de los créditos y su posicionamiento en el grado de reparto fuera decidida por una medida estable, un juzgado. A la luz de esta comparación, de la que surgen aspectos positivos y negativos de los dos sistemas, es ciertamente deseable que los legisladores italiano y español puedan extraer lo que hay de positivo en el otro sistema, integrando mutuamente sus propias debilidades. Este intercambio relacional parece estar en consonancia con la deseable realización de los proyectos europeos mencionados en la introducción, que al estar dirigidos a la más amplia armonización de los procesos, tienen como objetivo la creación de un sistema paneuropeo. «*Ciò che si oppone converge, dai discordanti bellissima armonia*»⁴⁸.

⁴⁸ ERACLITO, fr. 8, *Dell'Origine*, trad. di A. Tonelli, Milano, 1993.