

LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES Y LA SUSTITUCIÓN CONSTANTE MATRIMONIO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES POR EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

NEREA MONZÓN CARCELLER

SUMARIO: I. Introducción.— II. Protección del acreedor consorcial. Posturas jurisprudenciales con relación a la sustitución de la sociedad de gananciales por la separación de bienes. a) Nulidad. b) Rescisión. c) Simulación. d) Posición actual de la jurisprudencia.— III. Protección del acreedor privativo. a) Inaplicación art. 1.401 Cc. b) Imposibilidad de embargar la cuota adjudicada al cónyuge no deudor. c) Problema registral. d) El ejercicio de la acción pauliana.

I. INTRODUCCIÓN

La modificación, constante matrimonio, del régimen económico matrimonial a través del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales fue factible en nuestro ordenamiento a raíz de la reforma operada por la Ley 14/1975, de 2 de mayo.

La admisión de la mutabilidad llevaba consigo la necesidad de proteger «*los intereses generales y los intereses de terceros*», según señala la propia Exposición de Motivos. Tal protección se arbitra, de un lado, imponiendo un régimen de publicidad a través del Registro Civil y, en su caso, del Registro de la Propiedad en lo afectante a los bienes inmuebles; y, de otro lado, fijando la relatividad e irretroactividad de tales pactos modificativos, que no podrán perjudicar derechos ya adquiridos por terceros. Esta última garantía, a juicio del legislador, «*es tan natural que no requiere ningún comentario*». Sin duda, no contemplaba la enorme litigiosidad a que daría lugar la necesaria protección de los acreedores ante el otorgamiento de capitulaciones modificativas del régimen.

Tras la Ley de 13 de mayo de 1981, la citada medida de salvaguardia quedó contenida en el art. 1.317 del Cc.¹ «La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros». Con relación a este precepto hay que efectuar una serie de consideraciones.

1 Vino a coincidir con el último párrafo del art. art. 1.322, vigente entre las reformas del 75 y 81.

En primer lugar, debemos preguntarnos si subyace o no en el citado artículo una presunción de fraude a los acreedores. En mi opinión, la respuesta debe ser negativa, pues de lo contrario el legislador habría mantenido la regla de la inmodificabilidad. Se parte de que es perfectamente legítimo que los cónyuges deseen salvaguardar parte de su patrimonio, frente a futuras deudas que pueda generar el desarrollo de una actividad económica arriesgada por parte de uno o de ambos cónyuges. Se trata, en definitiva, de modificar el régimen de responsabilidad de cara al futuro, lo que no sólo es admisible, sino, en ocasiones, aconsejable para preservar parte de los bienes de la economía familiar. Ahora bien, lo anterior no impide que el legislador sea realista y tenga en mente la posibilidad, más que hipotética, de que tales pactos modificativos se adopten con el fin de perjudicar a sus acreedores, de modo que se atribuyan al cónyuge no deudor los bienes más identificables y de fácil realización (especialmente inmuebles), tratando de que el acreedor no pueda embargar bienes antes gananciales por constar como privativos a nombre del esposo no deudor. Por tanto, el objeto del art. 1.317 no es presumir la existencia de fraude, sino establecer la inoponibilidad de la modificación a los acreedores anteriores, inoponibilidad que deberá articularse a través de mecanismos específicos, como a lo largo del presente trabajo se verá.

En segundo lugar, deben examinarse algunos requisitos que exige la aplicación de este precepto.

Como señala LACRUZ, el art. 1.317 constituye una excepción frente a la regla general según la cual la modificación tiene eficacia «*erga omnes*» desde el momento de su publicación, al no poder perjudicar derechos ya adquiridos por terceros. Deben considerarse como tales, no sólo a los titulares de derechos reales, sino también a los acreedores de uno o ambos cónyuges, siguiendo al citado autor. En el presente trabajo voy a centrarme únicamente en los terceros acreedores.

El precepto es aplicable tanto a la sustitución de un régimen por otro como a la modificación de determinadas cláusulas capitulares pero sin alterar el régimen vigente. Sin embargo, a juicio de BLASCO GASCÓ, no está pensado para los supuestos de disolución y liquidación del régimen por disolución del matrimonio.

El acreedor debe acreditar, para gozar de esa garantía, la anterioridad de su derecho a la modificación del régimen, ahora bien, el Tribunal Supremo señala que aunque la existencia de un crédito anterior «*constituya la hipótesis ordinaria, tampoco pueden descartarse los nacidos con posterioridad si se demuestra que se llevó a cabo en consideración de un crédito futuro y a fin de privar de garantías a un acreedor de próxima y muy probable existencia*»², si bien en estos casos el acreedor deberá probar, además del perjuicio, la relación de causalidad entre éste y la modificación del régimen.

Asimismo, creo conveniente analizar con relación a esta disposición, otra cuestión sobre la que no existe unanimidad doctrinal. Se trata, en concreto, de averiguar

2 STS de 17 de noviembre de 1987.

si el art. 1.317 del Cc. constituye un simple principio general que ha de concretarse posteriormente o si, por el contrario, implica la existencia de un mecanismo específico de protección. BLASCO GASCÓ opta por esta segunda afirmación, señalando que supone «*per se un instrumento de inoponibilidad*», que actúa como alternativa a la rescisión por fraude. Apunta, asimismo, que el art. 1.317 del Cc. es más favorable para el acreedor porque le libera de la necesidad de probar la existencia de fraude, puesto que directamente impide que se perjudique su crédito, al mantener la responsabilidad patrimonial de los bienes antes gananciales. En cambio, me resulta más convincente la opinión de FERNÁNDEZ CAMPOS según la cual se trata de un principio de protección, que tendrá distintas aplicaciones según nos encontremos ante un acreedor consorcial o privativo, ya que el art. 1.317 del Cc. no especifica ninguna concreta sanción.

Finalmente, conviene precisar que, si bien el presente trabajo se centra exclusivamente en la sustitución de la sociedad de gananciales por el régimen de separación de bienes, el art. 1.317 del Cc. se encuentra en sede de régimen económico matrimonial primario y que por tanto se aplica a todos los regímenes económico-matrimoniales y no únicamente al de gananciales.

La modificación del régimen económico constante matrimonio ha generado una gran litigiosidad. Sin embargo, la jurisprudencia, lejos de seguir una línea uniforme a la hora de concretar el mecanismo idóneo para la protección de los acreedores, ha ido «*aplicando indistintamente diversos regímenes de ineficacia*»³, desconociendo los cauces específicos que contempla el Código civil tras la reforma de 1981. Existe una abundante jurisprudencia sobre esta materia, que ha ido evolucionando desde decretar la nulidad o ineficacia total de las capitulaciones matrimoniales hasta señalar que es innecesario optar por tales regímenes de invalidez e ineficacia puesto que subsiste, tras la liquidación de la sociedad de gananciales, la responsabilidad real de los bienes antes gananciales, con independencia de que éstos se hubiesen adjudicado al cónyuge no deudor.

La diversidad jurisprudencial se debe, por un lado, a que los remedios de protección de los acreedores no serán los mismos según el acreedor tenga el carácter de consorcial o de privativo, Y, por otro lado, se argumenta en defensa de tal jurisprudencia oscilante la formulación de planteamientos procesales defectuosos en la demanda, lo que hace difícil que los tribunales, en ocasiones, puedan «*optar por la solución adecuada*»⁴.

Una vez expuestas estas consideraciones introductorias, pasaré a examinar los mecanismos de protección del crédito, diferenciando entre el acreedor consorcial y privativo.

3 FERNÁNDEZ CAMPOS.

4 CABANILLAS.

II. PROTECCIÓN DEL ACREEDOR CONSORCIAL

A) NULIDAD

En un principio, el Tribunal Supremo optaba por decretar la nulidad de las capitulaciones matrimoniales. Así lo hizo en la STS de 22 de diciembre de 1989 (RJA 8867). En ella se señala que se advierte la existencia de un «*consilium fraudis*» al adjudicar el inmueble al cónyuge no deudor y practicar la liquidación de la sociedad de gananciales sin hacer referencia en el pasivo a la existencia de la deuda y su reclamación en vía judicial, y por ello decreta la nulidad de las capitulaciones. A juicio de BLASCO GASCÓ, esta sentencia no sólo confunde la garantía del art. 1.317 del Cc. con la acción de rescisión, sino también la rescisión con la nulidad. La nulidad, a juicio del tribunal, es fruto de la aplicación del art. 1.317 del Cc., pues es obvio que «*la acción de la entidad acreedora no tiene las mismas posibilidades de satisfacción después de las capitulaciones*» y a ello hay que añadir la «*ineficacia registral del embargo practicado sobre la finca adjudicada al cónyuge no deudor, lo que contradice el precepto del art. 1.317 del Cc.*». Ahora bien, el criterio seguido por el Tribunal es erróneo y no debe optarse por la nulidad porque la norma vulnerada tiene otras consecuencias previstas para su contravención en los artículos 1.401 y 1.402 del Cc.

B) RESCISIÓN

En otros casos, el Tribunal Supremo ha estimado acertado el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores, decretando así la ineficacia total de las capitulaciones matrimoniales. En esta línea cabe destacar la STS de 30 de enero de 1986 (RJA 338). Resulta llamativo al leer esta sentencia la circunstancia de que el deudor principal y sus fiadores solidarios acudieran el mismo día y ante el mismo notario (junto con sus respectivas esposas), aunque en actos separados, a otorgar capitulaciones matrimoniales por las que se disolvían y liquidaban las sociedades de gananciales respectivas y se sustituían por un régimen de separación de bienes. Este dato, sin duda, fue de gran ayuda para el juzgador a la hora de fundar su convicción de que había existido un fraude a la entidad acreedora. La sentencia señala que el art. 1.317 del Cc. «*trata de evitar el posible fraude a los terceros derivado de la modificación de las capitulaciones y que éstas perderán su eficacia, en un caso como el debatido en el que totalmente fueron destinadas a defraudar a un acreedor de los otorgantes y, probado este fraude, como lo ha sido en la instancia, ha de acordarse su rescisión por esta causa... sin que quepa hablar de rescisión parcial porque, como un todo, los contratos objeto de rescisión tienen una finalidad unívoca que impide la ineficacia parcial*». Esta postura tiene el inconveniente de que olvida el carácter subsidiario de la acción rescisoria (art. 1.294 del Código civil), inconveniente que la sentencia soluciona apuntando que

«es improcedente apoyarse en el carácter subsidiario de la acción rescisoria para impedir su ejercicio en tanto el perjudicado no demuestre que carece de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio». Sin embargo, en nuestro Derecho existe un remedio legal específico para proteger a los acreedores consorciales contemplado en los artículos 1.401 y 1.402 del Cc. (como se verá más adelante).

BLASCO GASCÓ opina que podría ejercitarse la acción de rescisión por fraude cuando en la conducta fraudulenta interviene un tercero, además de los cónyuges, o cuando el acreedor es privativo y los bienes adjudicados al cónyuge deudor tras la liquidación son insuficientes (esto último se examinará con mayor amplitud al analizar lo relativo al acreedor no consorcial).

C) SIMULACIÓN

En cambio el Tribunal Supremo no ha sido partidario de estimar la acción de simulación porque las capitulaciones matrimoniales son generalmente negocios verdaderos. Así, la STS de 28 de abril de 1993 (RJA 2952) entiende que no hay simulación puesto que existió causa para el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. Tal causa *«fue la de establecer un régimen de separación de bienes entre los esposos con el fin de proteger el patrimonio inmobiliario de la esposa frente a una eventual crisis de la actividad desarrollada por el esposo. No ha quedado acreditado, en absoluto, la falta de ninguno de los elementos esenciales del contrato y, por ello, no cabe afirmar que hay simulación absoluta»*.

Por el contrario, la STS de 26 de noviembre de 1993 (RJA 9141) declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, que estimó la nulidad por simulación de la escritura de capitulaciones. No obstante, en mi opinión lo que hace el Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación, no es tanto apoyar la procedencia de la simulación como afirmar la imposibilidad de casar una sentencia en la que *«la Sala de instancia, en uso legítimo de su función de valorar las pruebas, obtiene la convicción de que tales capitulaciones fueron absolutamente simuladas a través de la prueba de presunciones, y los recurrentes no plantean ni un solo motivo para destruir los hechos base de dichas presunciones ni para combatir las consecuencias obtenidas según reglas del criterio humano por existir enlace preciso y directo entre ambos»*. Tras la lectura de la sentencia no me parece que el Tribunal Supremo estime acertado que se impugnen las capitulaciones alegando la existencia de simulación y, menos aún, si quien impugna es uno de los propios otorgantes. Lo que sucede es que no hay motivos para casar la sentencia objeto de recurso.

La simulación tendría lugar si los cónyuges fingen que los bienes salen de la masa ganancial sin que ello suceda, pero no así cuando se disuelve y liquida la sociedad de gananciales, adjudicando a uno y otro esposo los bienes antes comunes⁵.

5 CABANILLAS.

D) POSTURA ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA

Desde hace algunos años, el Tribunal Supremo viene manteniendo el siguiente criterio para la protección del crédito consorcial: Tal postura consiste en que es totalmente innecesario solicitar la nulidad o ineficacia de las capitulaciones matrimoniales, y ello porque si los bienes del cónyuge deudor son insuficientes, el acreedor podrá dirigirse contra los bienes adjudicados al cónyuge no deudor.

El principio general del artículo 1.317 del Cc. se concreta, para el supuesto del acreedor consorcial, en los siguientes preceptos del mismo Cuerpo legal:

— Artículo 1.401.I: «*Mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial*».

— Artículo 1.402: «*Los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes de partición y liquidación de las herencias*».

En virtud de esa remisión, resultan aplicables los artículos 1.082, 1.083 y 1.084, que atribuyen a los acreedores los siguientes derechos:

— derecho a oponerse a que se lleve a efecto la división de los bienes gananciales entre los cónyuges hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos.

— derecho a intervenir a su costa en la liquidación de la sociedad conyugal, para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos. Este derecho corresponde tanto al acreedor consorcial como al privativo.

— tras la liquidación, división y adjudicación, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero a cualquiera de los cónyuges. Ahora bien, tratándose del cónyuge no deudor, sólo pueden dirigirse contra los bienes adjudicados después de la liquidación y no contra los suyos privativos. Por el contrario, si es el deudor responde tanto con los bienes adjudicados como con los privativos.

A continuación, voy a examinar algunas sentencias que se encuadran dentro de esa línea jurisprudencial.

La STS de 19 de febrero de 1992 (RJA 1320) es bastante indicativa en la cuestión que nos ocupa. En este caso, el acreedor era la Hacienda Pública por unas deudas tributarias del marido anteriores a la modificación del régimen económico. Se traba embargo sobre bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de la mujer, quien interpone tercería de dominio. Debe tenerse en cuenta que el artículo 41 de la Ley General Tributaria dispone que «*Los adquirentes de bienes afectos por la Ley a la deuda tributaria responderán con ellos por derivación de la acción tributaria, si la deuda no se paga*»⁶. A este respecto, señala el Tribunal

6 El art. 88 de la Ley 40/98 señala que las deudas tributarias por IRPF tendrán la misma consideración que las recogidas en el art. 1.365 del Cc. El contenido de este artículo viene a coincidir con el art. 85 de la ya derogada Ley 18/91.

Supremo que es innecesario declarar la nulidad o invalidez total o parcial de las capitulaciones, como solicitó el Abogado del Estado, puesto que no se trata de cuestionar la propiedad de los bienes gananciales adjudicados al cónyuge no deudor, «sino de hacer efectivos sobre ellos los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la modificación del régimen». La deuda tiene un carácter indiscutiblemente ganancial y a pesar de que los bienes estén registralmente a nombre del cónyuge no deudor, se posibilita la anotación preventiva de embargo, por el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, siempre que se dirija la demanda contra ambos, como sucede en el caso de autos, o se notifique el apremio administrativo del que deriva la tercería interpuesta.

Se señala asimismo que no procede la nulidad de las capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores puesto que *«ha de buscarse la subsistencia del acto en virtud del principio del favor negotii»*, y que la consecuencia es la falta de perjuicio que se formula genéricamente en el artículo 1.317 del Cc y, se concreta en otros preceptos, básicamente el artículo 1.401 del Cc. Añade, además, que la inoponibilidad *«exige una declaración judicial que la haga valer, pues, si bien en pura teoría, la responsabilidad de los bienes consorciales persiste ex lege, los bienes comunes pasan a ser sustantiva y registralmente privativos con la inquestionable alteración del régimen de responsabilidad de los mismos que exige la destrucción de esa nueva configuración dominial mediante la oportuna declaración jurisdiccional»*.

La misma orientación sigue la STS de 7 de noviembre de 1992. En la demanda se solicitó la declaración de nulidad de las capitulaciones matrimoniales o su rescisión por fraude de acreedores. El Tribunal Supremo afirma, con relación a la rescisión, que no se cumple el requisito de la subsidiariedad pues *«no puede afirmarse que el acreedor demandante no tuviera otro recurso legal para hacer efectivo su crédito que el ejercicio de la acción rescisoria»*. Por otro lado, *«la normativa hipotecaria no constituye obstáculo alguno para la persecución de los bienes»* adjudicados al cónyuge no deudor, siempre que, como exige el artículo 144.2 del Reglamento Hipotecario, la demanda se hubiese dirigido contra los respectivos adjudicatarios, en cuyo caso se podrá proceder a la anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad. Es innecesario pedir la declaración de nulidad o ineficacia ya que el artículo 1.317 *«no puede llegar nunca a la solución rescisoria a la que llega la Sala a quo»*, consagra una responsabilidad *ex lege* inderogable por voluntad de los particulares, que no afecta a la validez de las adjudicaciones.

Esta solución, señala CABANILLAS en su comentario a la presente sentencia, es la que mejor se acomoda a nuestro ordenamiento, y ofrece la más sencilla y eficaz protección a los acreedores.

La STS de 6 de junio de 1994 (RJA 4585) se pronuncia en el mismo sentido que las anteriores. En este caso, se señala el carácter ganancial de las deudas contraídas por un cónyuge comerciante en el ejercicio del comercio sin oposición en forma legal de su consorte (arts. 6, 7, 8 y 11 del C. de c.). Tales deudas son anteriores al

otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales y, en consecuencia, los bienes antes gananciales siguen respondiendo de tales deudas con independencia de su adjudicación al cónyuge no deudor. La sentencia expresa asimismo la incidencia de las capitulaciones sobre los bienes inmuebles. La eficacia y oponibilidad de las capitulaciones depende de su inscripción en el Registro Civil, pero ello no debe alterar el sistema de publicidad registral inmobiliario de modo que, hasta tanto no se produzca la toma de razón en el Registro de la Propiedad en la forma y con los efectos previstos en la Ley Hipotecaria, los terceros de buena fe no verán alterada su posición jurídica.

Por su parte, la STS de 10 de marzo de 1998 (RJA 1042) de nuevo se ocupa de una deuda contraída por un deudor comerciante en el ejercicio del comercio, sin oposición de su consorte en la forma requerida por el Código de comercio. Profundiza la sentencia en la cuestión de la publicidad de las capitulaciones matrimoniales y los efectos frente a terceros de buena fe. Apunta que no cabe confundir la propiedad de los bienes adjudicados tras la liquidación, con la responsabilidad por deudas gananciales anteriores al otorgamiento de capitulaciones. En tanto no se produzca la publicidad necesaria de las capitulaciones matrimoniales del Registro Civil y, en su caso, en los Registros de la Propiedad y Mercantil, el tercero de buena fe se halla plenamente protegido y no pueden oponérsele las consecuencias jurídicas del nuevo régimen.

Otras cuestiones de interés son objeto de examen en la STS de 21 de junio de 1994 (RJA 5235). Me parece oportuno relatar muy brevemente los hechos que dieron lugar a la misma. El marido encarga la construcción de un chalet en terreno propiedad del matrimonio. La deuda generada por la edificación no fue pagada a su vencimiento, por lo que el pago fue reclamado en juicio declarativo, siendo estimada la acción del constructor. Posteriormente, se otorgan capitulaciones matrimoniales modificando el régimen y sustituyéndolo por el de separación de bienes. En la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, en la que no se mencionó la existencia de la deuda, se adjudica la vivienda construida por el actor a la esposa. Posteriormente, el referido inmueble es embargado en ejecución de la sentencia recaída en el pleito entre el contratista y el cónyuge deudor y, seguidamente, la mujer formula tercería de dominio, que es desestimada por el Juzgado de primera instancia, la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo. Alega la esposa recurrente que su consorte no actuó en interés de la familia al encargar la construcción, lo que rechaza el Tribunal Supremo basándose en que la vivienda sirvió de domicilio familiar y que no hay ninguna prueba en contra del carácter ganancial de la edificación construida sobre un terreno también ganancial. Asimismo, el Tribunal Supremo niega a la esposa la legitimación para el ejercicio de una tercería de dominio, «*puesto que su vinculación con el deudor es evidente y manifiesta*» y las capitulaciones matrimoniales se otorgaron tras el nacimiento de la deuda y el juicio declarativo que concluyó con sentencia condenatoria del cónyuge deudor. Entre otros motivos por los que solicita la casación, la recurrente alega uno que resulta

llamativo, y es la infracción del artículo 609.2 del Código civil alegando haber adquirido el inmueble por prescripción. Tal argumento es desestimado por el Tribunal afirmando que nada consta acerca de los plazos inicial y final de la usucapión y que no hay buena fe por su parte porque existe una «*tentativa de fraude*» a derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la liquidación de la comunidad ganancial.

Es reiterativa en la posición jurisprudencial que venimos analizando la STS de 13 de octubre de 1994 (RJA 7482). En ella se señala que las capitulaciones matrimoniales modificativas del régimen pierden su eficacia cuando fueron destinadas a defraudar a los acreedores, sin que sea preciso obtener una previa declaración de insolvencia en juicio, «*cuando del conjunto de la prueba se estima que el contrato se otorgó en fraude de acreedores quienes no pueden de otro modo cobrar lo que se les debe*». Tras la liquidación de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes que eran consorciales, ya que subsiste la responsabilidad de tales bienes por aplicación de los artículos 1.401 y 1.402 del Código civil que garantizan la conservación de los créditos de terceros, incluso contra el cónyuge no deudor por los bienes que le fueron adjudicados, en virtud de la máxima *antes es pagar que partir*. En esta resolución se puede evidenciar como el Tribunal Supremo considera que, en los supuestos de carga de la sociedad de gananciales, también responden directamente los bienes comunes frente a los acreedores si el acto se realizó en interés del consorcio y no únicamente cuando nos encontremos ante un caso de responsabilidad externa (arts. 1.365 y concordantes). En concreto, en la sentencia la carga es la contemplada en el artículo 1.362.4ª del Código civil, esto es, «*la explotación regular de los negocios*» de cada cónyuge. Consiguientemente, el Tribunal Supremo le confiere el mismo tratamiento que a los casos de responsabilidad externa, puesto que considera que ese acreedor tiene naturaleza consorcial y aplica para la resolución del caso los artículos 1.401 y 1.402 del Cc.

De nuevo el acreedor es la Hacienda Pública en la STS de 9 de marzo de 1995 (RJA 1845). Se procede al embargo de un bien que tenía la condición de ganancial al tiempo de nacer las obligaciones tributarias y es interpuesta tercería de dominio por el cónyuge no deudor siendo ésta desestimada. En la sentencia se analiza el problema de la publicidad y oponibilidad de las capitulaciones matrimoniales. En efecto, se señala que la modificación pactada sólo puede perjudicar a los terceros a partir de la fecha de la inscripción registral correspondiente, dado que cualquier interpretación distinta «*conduciría al absurdo de permitir que los cónyuges hicieran uso de sus pactos capitulares en el momento que más beneficioso fuera para sus intereses, olvidando los legítimos derechos de terceros que con ellos contratasen*».

La misma postura jurisprudencial se halla en las SSTS de 21 de mayo de 1992 (RJA 4919) y de 17 de julio de 1997 (RJA 6018), que reiteran aspectos ya destacados en otras sentencias.

En la STS de 7 de noviembre de 1997 (RJA 7937) se aprecia claramente la distinción entre disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. En este caso, se otorgan capitulaciones que sustituyen la comunidad de gananciales entonces vigente por el régimen de separación de bienes y, sin embargo, no se procede a la liquidación del régimen. Cuatro años más tarde, el cónyuge no deudor adquiere un inmueble que se inscribe en el Registro inmobiliario a su favor, con carácter presuntivamente ganancial, como se destaca en la sentencia. La Tesorería General de la Seguridad Social traba embargo sobre la referida finca por las deudas de su consorte, anotándose preventivamente el embargo en el Registro. A continuación, el cónyuge no deudor interpone tercería de dominio. No puede considerarse, dice el Tribunal Supremo, que la disolución del régimen sea nula por no ir acompañada de la correspondiente liquidación, pues ello implicaría mantener la vigencia de la sociedad de gananciales desconociendo la voluntad de los otorgantes de capitulaciones, que está además amparada en la ley. Sin liquidación hay una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial de la que ambos esposos son titulares. Para que subsistiese el embargo trabado sobre el inmueble privativo, adquirido en un momento ulterior a la disolución del régimen de gananciales, debería haber quedado acreditado que existió una subrogación real de los bienes, esto es, que el inmueble se adquirió con bienes pertenecientes a la extinta sociedad de gananciales, circunstancia que no ha quedado probada en el caso de autos. Lo que no puede hacer el acreedor es embargar bienes privativos del cónyuge no deudor, pues el patrimonio anteriormente ganancial continúa respondiendo de las obligaciones que pesaban sobre la comunidad ganancial, pero no de las posteriores contraídas por cualquier titular. Cuando tenga lugar la liquidación, con independencia de la responsabilidad que alcanza al cónyuge deudor, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados en el supuesto de que se hubiese formulado debidamente inventario, pues si no fue así, por aplicación de las normas de las sucesiones, y en virtud de la remisión que efectúa el artículo 1.410 del Cc., tal responsabilidad será *ultra vires*. Para que el cónyuge no deudor responda con sus bienes privativos, no basta con que no se realizase inventario, sino que es preciso, asimismo, que se le adjudicasen bienes gananciales de manera que tales bienes se confundan con los suyos propios, circunstancia que en este caso no sucedió porque no existió ni liquidación ni adjudicación de bienes y, tampoco consta que tuviera lugar una subrogación real. En definitiva, la tercería de dominio era procedente y la entidad acreedora conserva su acción contra los bienes gananciales pero no puede dirigirse contra los privativos del cónyuge no deudor al no haber confusión de patrimonios.

Para concluir con el acreedor consorcial hay que realizar una serie de consideraciones que nos aclaren toda la protección que el ordenamiento confiere a su crédito.

El principio general del artículo 1.317 Cc. tiene su proyección para el acreedor consorcial en los artículos 1.401, 1.402 y (por la remisión de éste) en los artículos

1.082, 1.083 y 1.084, todos ellos del Código civil, y en el artículo 144.2 del Reglamento Hipotecario. Este régimen está previsto, por tanto, para las deudas contraídas por ambos cónyuges, o por uno de ellos, si pueden hacerse efectivas sobre la masa ganancial. Tras la disolución de la sociedad de gananciales, los bienes adjudicados al cónyuge no deudor continúan respondiendo por las deudas consorciales anteriores si se formuló debidamente inventario judicial o extrajudicial, pues en caso contrario responderá no sólo con los bienes comunes adjudicados a resultas de la liquidación, sino también con los suyos propios.

Cuando la deuda ha sido contraída por ambos esposos conjuntamente, no hay ninguna duda de que los bienes gananciales responden y de que el acreedor tiene la condición de consorcial (art. 1.367 Cc.). Ahora bien, si hay un solo cónyuge deudor la ganancialidad pasiva no se presume, correspondiendo al acreedor la carga de la prueba del carácter ganancial de la deuda, para así poder gozar de la protección dispensada por el citado artículo 1.401. Para poder acreditar la ganancialidad de la deuda, el acreedor debe entonces demandar a ambos cónyuges en el declarativo ordinario que corresponda. En cambio, el juicio ejecutivo no permite que en él se discuta el carácter ganancial o no de la deuda. Todos estos problemas se evitarían fácilmente si los acreedores se acostumbrasen a contratar con ambos cónyuges conjuntamente.

Volviendo a lo anterior, si el acreedor dirige su demanda contra ambos cónyuges se evitarán considerables problemas registrales en lo que a la anotación preventiva de embargo se refiere. Una cosa es que tras la sustitución del régimen subsista la responsabilidad de los bienes antes comunes por deudas anteriores al otorgamiento de capitulaciones y otra distinta que no se haya modificado la titularidad de los bienes. Pues, no se trata de discutir la propiedad de los bienes, pero si los inmuebles constan como privativos a nombre del cónyuge no deudor, y éste no fue demandado, el registrador denegará la anotación preventiva por quebrantar los principios registrales de tracto sucesivo y legitimación.

Así, la RDGRN de 3 de noviembre de 1987 declara que *«no existe ninguna presunción de que las deudas de un cónyuge sean también deudas de la sociedad»* y, consecuentemente, para que la ejecución pueda extenderse a los bienes adjudicados tras la liquidación al cónyuge no deudor, *«será necesario que la sentencia dictada en el procedimiento adecuado declare de forma indubitada la responsabilidad directa del patrimonio antes ganancial»*. De no resultar acreditada tal circunstancia, al estar disuelta la sociedad de gananciales al tiempo de la traba, queda excluida la aplicación del artículo 1.373 del Cc. y, en consecuencia, debe denegarse la anotación preventiva de embargo.

Además del carácter ganancial de la deuda, deberá el acreedor probar la anterioridad de su crédito al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales modificativas del régimen. Lo que es innecesario es acreditar la existencia de fraude a los acreedores en la sustitución de un régimen por otro, puesto que el artículo 1.317 del Código libera al acreedor de esa carga.

Una cuestión controvertida en la doctrina es la de si el acreedor consorcial, para poder dirigirse contra los bienes adjudicados al cónyuge no deudor, debe haber perseguido anteriormente los bienes privativos y los gananciales adjudicados al esposo deudor. O lo que es lo mismo, si el cónyuge no deudor, al ser embargados los bienes que le fueron adjudicados, podrá oponer la necesidad de llevar a cabo la excusión previa de los bienes del esposo deudor. Siguiendo a FERNÁNDEZ CAMPOS, opino que para la aplicación de los artículos 1.317 y 1.401 del Cc. no hay necesidad de excusión previa del patrimonio del deudor, en tanto que ello supondría alterar el régimen de responsabilidad de los bienes existente antes de la modificación del régimen de gananciales, alteración de la responsabilidad que los citados preceptos pretenden evitar.

Finalmente, hemos de referirnos a la cuestión de si puede o no ejercitarse la acción pauliana por el acreedor consorcial cuando se sustituya el régimen de gananciales por el de separación de bienes. Parece que el acreedor consorcial no precisa ejercitar esta acción al disponer del régimen más favorable contemplado en el artículo 1.401 del Cc. Si los bienes antes gananciales continúan respondiendo por las deudas anteriores, deviene innecesario el ejercicio de la acción pauliana. No podemos decir entonces que el acreedor consorcial sufra perjuicio pauliano, pues cuenta con un remedio específico que le beneficia y que desplaza al genérico.

El problema es cómo deben reaccionar los tribunales frente a demandas que contienen planteamientos procesales defectuosos, en tanto en cuanto sólo solicitan la nulidad o la rescisión del negocio capitular. FERNÁNDEZ CAMPOS es partidario de admitir el ejercicio de la acción pauliana si concurren los presupuestos de ésta, puesto que los efectos que se persiguen son en ambos casos semejantes; básicamente, el acreedor puede dirigirse contra los bienes adjudicados al cónyuge no deudor tras la liquidación. Y añade además que *«admitir dicha pretensión no vulnera lo que debe ser la correcta actuación del juzgador»*.

En cambio, yo mantengo una opinión distinta. Creo que los tribunales deben seguir una línea coherente y uniforme de actuación al resolver y, que a ello no ayudaría el hecho de que, para proteger al acreedor y al amparo del principio de economía procesal, terminasen admitiendo como válido un planteamiento procesal que no es el adecuado, por existir otros mecanismos específicos más idóneos. Entiendo, asimismo, que la postura que defiende es más acorde con el principio de seguridad jurídica, aunque reconozco que no favorece al acreedor dado que le obligaría a iniciar un proceso ulterior para poder realizar así su crédito.

III. PROTECCIÓN DEL ACREEDOR PRIVATIVO

La solución a aplicar es de signo distinto cuando el acreedor tiene el carácter de privativo y, debe tenerse en cuenta, como ya he apuntado, que no existe presunción de ganancialidad pasiva.

A) INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.401 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1.401 del Cc. habla de «*deudas de la sociedad*», con lo que queda descartada su aplicación a un supuesto de deuda privativa. Y si hemos afirmado que el art. 1.317 del Cc. es un principio general que se concreta, para el caso del acreedor consorcial en el art. 1.401 del Cc., «*nuestro Código civil no contiene ningún precepto específico destinado a proteger al acreedor privativo*», tal y como destaca FERNÁNDEZ CAMPOS.

Eso sí, el acreedor privativo tiene derecho a participar en la liquidación para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos (art. 1.083 Cc).

B) IMPOSIBILIDAD DE EMBARGAR LA CUOTA ADJUDICADA AL CÓNYUGE NO DEUDOR

Tras la liquidación, la parte adjudicada al deudor puede ser suficiente, en cuyo caso no habría ningún tipo de perjuicio; pero puede ser también insuficiente. En este último caso, debemos cuestionar si cabe que el acreedor se dirija entonces contra la parte adjudicada al cónyuge no deudor. Pues bien, lo cierto es que no. Es verdad que el artículo 1.373 del Cc. permite el embargo de bienes gananciales, a lo que puede oponerse el cónyuge no deudor exigiendo que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor. Producida ya la liquidación, el acreedor sólo puede embargar la parte adjudicada al cónyuge deudor. Y ello porque, como señala FERNÁNDEZ CAMPOS, «*el artículo 1.317 del Cc. no puede conceder al acreedor no consorcial más de lo que éste podía hacer antes de la disolución del régimen de gananciales*».

En consecuencia, tras la liquidación no puede alegar la inoponibilidad de la modificación capitular al amparo del artículo 1.317 del Cc., porque los acreedores privativos no tienen derecho adquirido a embargar la parte del cónyuge no deudor. La RDGRN de 16 de febrero de 1987 señala que «*no cabe una vez disuelta la sociedad de gananciales el embargo directo de un bien ganancial concreto, pues los acreedores privativos no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos, ya que del mismo artículo 1.373 del Cc. se desprende que el que el embargo haya de recaer sobre bienes gananciales concretos o sobre la parte que al cónyuge deudor corresponda en el conjunto de los bienes gananciales es algo que depende de la voluntad del cónyuge del deudor, y que de existir ya disolución de la sociedad de gananciales, el embargo sólo es posible sobre la parte que ostente el cónyuge deudor*». Antes de la partición es admisible que el acreedor privativo intervenga a su costa en la liquidación (art. 1.083 Cc.) y se oponga a una división que se haga sin su concurso (art. 403 Cc.). Sin embargo, si la partición ya se consumó, lo único que les queda a los acreedores es impugnarla en los términos que la ley prevé. Quedan, por consiguiente, a salvo las posibles acciones de impugnación de la partición que, en su día, podrán dar lugar a la anotación preventiva de la deman-

da. La misma doctrina del citado Centro Directivo aparece en las resoluciones de 29 de mayo de 1987, 25 de marzo de 1988 y 4 de junio de 1991.

c) PROBLEMA REGISTRAL

Además, si la deuda es privativa, cuando el acreedor pretenda el embargo de los bienes que eran gananciales y que fueron adjudicados al cónyuge no deudor e inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad, el registrador denegará la anotación preventiva puesto que los bienes no figuran inscritos a favor del deudor sino de persona distinta, alegando la aplicación de los principios de tracto sucesivo y legitimación, y al amparo de los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 140.1 del Reglamento Hipotecario. Es más, en los casos en los que se pida, también suele denegarse la anotación de suspensión por tratarse de un defecto insubsanable. La DGRN viene confirmando la denegación realizada por el registrador en aplicación de los citados principios. Tal fue su postura en las resoluciones de 16 de febrero de 1987, 5 de junio de 1987 y 4 de junio de 1991.

La resolución de 25 de marzo de 1988 señala, por su parte, que sí procede la anotación preventiva de embargo cuando ésta es anterior a la publicidad registral de las capitulaciones. En ella se destaca que la «*regla excepcional del artículo 1.373 del Cc. forma parte del régimen de la sociedad de gananciales y, por tanto, tiene aplicación mientras siga vigente el régimen*». El momento relevante para ejercitar la facultad del artículo 1.373 del Cc. es el del cambio de régimen, pero al ser una facultad de terceros hay que atender al momento en que las capitulaciones matrimoniales producen efectos respecto a terceros. El registrador debe anotar preventivamente el embargo mientras no le conste que, en el momento de practicarse el embargo y notificarse éste al cónyuge no deudor, se había producido con eficacia frente a terceros de buena fe el cambio de régimen económico. Consecuentemente, si las capitulaciones matrimoniales modificativas del régimen no han cumplido el requisito de la publicidad registral, puede anotarse preventivamente el embargo sin ruptura de los principios de tracto sucesivo y legitimación.

d) El ejercicio de la acción pauliana

Volviendo al supuesto en el que los bienes adjudicados al cónyuge no deudor figuren ya inscritos en el Registro inmobiliario como privativos, el acreedor no consorcial no tiene más opción que impugnar la partición ejercitando la acción pauliana. Así lo aconseja la DGRN en resoluciones de 16 de febrero de 1987, 29 de mayo de 1987 y 4 de junio de 1991.

Existe ese derecho a impugnar la partición cuando la parte adjudicada al cónyuge deudor resulte de valor inferior a la mitad del remanente líquido, de manera que el acreedor no pueda satisfacer íntegramente su crédito con los bienes adjudicados al deudor⁷.

7 CABANILLAS.

Esa orientación sigue la STS de 15 de junio de 1992 (RJA 5137) en la que se apunta que la acción pauliana puede constituir uno de los mecanismos mediante los cuales se dispense una adecuada tutela a los acreedores tras el cambio del régimen económico cuando, de este modo, se altere la solvencia de uno o ambos cónyuges al pasar de un régimen de sociedad de gananciales a otro de separación de bienes, al amparo del artículo 1.317 del C.c. Y es que una de las vías que existen en la práctica forense para la adecuada tutela de los derechos de los acreedores es la posibilidad de ejercitar la acción pauliana siempre que concurren todos sus presupuestos (arts. 1.111 y 1.291 y ss.).

Finalmente, apunta CABANILLAS que el acreedor privativo también puede actuar en vía subrogatoria cuando el cónyuge deudor tenga derechos de crédito frente a otras personas, entre las que puede hallarse su consorte.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BLASCO GASCÓ, «Modificación del Régimen Económico Matrimonial y Perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1993.

CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentario a la STS de 7 de noviembre de 1992», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1992.

FERNÁNDEZ CAMPOS, *El Fraude de Acreedores: la Acción Pauliana*, Bolonia, 1998.

LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Familia*, cuarta edición, Barcelona, 1997.