

Modificación del Régimen Económico Matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC. *

FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ

Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: I. Introducción. Antecedentes. II. La norma del artículo 1.317 CC: A) La modificación del régimen económico matrimonial. B) Realizada constante matrimonio. C) El perjuicio de los derechos ya adquiridos por terceros. D) La previa adquisición del derecho. III. La doctrina del Tribunal Supremo. A) STS de 14 de mayo de 1984. B) STS de 30 de enero de 1986. C) STS de 17 de noviembre de 1987. D) STS de 25 de enero de 1989. E) STS de 6 de diciembre de 1989. F) STS de 21 de julio de 1987. IV. La relación entre el artículo 1.317 C.c. y el art. 144-1 RH. La cuestión registral. A) RDGRN de 16 de febrero de 1987.

I. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES

La introducción en nuestro sistema del Código Civil del principio de mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales (de modificación del régimen económico matrimonial) constante matrimonio (reforma, Ley 2 de mayo de 1975) llevó consigo la necesidad de determinar el alcance y los efectos, fundamentalmente frente a terceros, de las posibles modificaciones del régimen económico durante el matrimonio. Las medidas adoptadas, corolarios del principio de mutabilidad, tenderán (y tienden) a dotar de la publicidad precisa a la organización

* El trabajo que ahora ve al luz fue realizado durante la primera mitad del curso 1990-1991. Con posterioridad a su envío al Anuario de Derecho Civil, han aparecido otros trabajos, como el de V. Guilarte Gutiérrez, «Impugnación de capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores», en la Colección Jurisprudencia Práctica, n.º 20, Madrid, 1991, y se han dictado otras sentencias. En el año 1992, se deben tomar en consideración las SsTS de 19 de febrero de 1992 (RAJ, 1320), de 21 de mayo de 1992 (RAJ, 4919) y de 15 de junio de 1992 (RAJ, 5137). Obviamente no se han podido recoger en este trabajo: «Tempus regit scriptum».

económica del matrimonio y sus modificaciones y a evitar el fraude y perjuicio de los acreedores mediante un mecanismo distinto y más sencillo que la vía de la rescisión por fraude de acreedores (ex arts. 1.291 y sigs. C.c.).

Tales medidas se contenían en el art. 1.322 C.c. (tras la reforma de 1975 y antes de la de 1981), cuyo último párrafo coincide con el actual art. 1.317 C.c.:

- a) En toda inscripción del matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieran otorgado, así como de los pactos modificativos. Si aquéllos o éstos afectaran a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria.

La existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones se indicará mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, y el Notario lo hará constar en las copias que expida.

- b) Las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas constante matrimonio no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.

Por tanto, la protección de los terceros se pretendía por una doble vía: la publicidad registral (y notarial) de las capitulaciones matrimoniales, (los pactos modificativos de las mismas y los modificativos del régimen económico) y la irretroactividad de los efectos de las modificaciones del régimen, realizadas constante matrimonio, frente a los derechos ya adquiridos por terceros. Tales derechos quedan incólumes respecto de la responsabilidad patrimonial de los cónyuges, según los casos.

La publicidad registral se obtenía mediante la inscripción de los capítulos en el Registro civil, y en el Registro de la Propiedad si las capitulaciones o los pactos afectaban a bienes inmuebles (aquí, como ha señalado Amorós Guardiola (1), la novedad residía en que no se hablaba ya de la inscripción del documento en que se modifica el antiguo contrato, sino de las capitulaciones y sus pactos modificativos).

La modificación de las capitulaciones y del régimen económico, decía la propia Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975, «exige una especial protección de los intereses generales y de los intereses de terceros. Esta protección se ha organizado a través de dos fundamentales coordinadas. La primera consiste en el establecimiento de un régimen de publicidad» registral (Registro civil y, en su caso, Registro de la Propiedad). «Una regla complementaria (prose-

(1) AMORÓS GUARDIOLA, M., *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. II, Madrid, 1971, p. 1101, *ad. art.* 1.322.

guía la E. de M.) del sistema de publicidad es la de que la existencia de pactos modificativos ha de indicarse mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, haciéndola constar el Notario en las copias que expida».

Respecto de la segunda norma contenida en el último párrafo del art. 1322 C.c. (o segunda vía de protección), decía la Exposición de Motivos: la segunda medida de salvaguardia o de garantía «es tan natural que no requiere ningún comentario. Consiste en la relatividad e irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal que en ningún caso perjudicarán los derechos ya adquiridos por terceros».

Con ello, entiende el autor citado (2), se precisa la eficacia del acto de modificación de las capitulaciones en un doble sentido:

- a) la eficacia temporal a partir de la fecha de su celebración;
- b) la eficacia subjetiva o repercusión frente a terceros.

Se trata de una cuestión de oponibilidad/inoponibilidad *erga omnes* del contenido normativo del régimen económico matrimonial adoptado *ex novo* por los cónyuges mediante la modificación del anterior. El alcance de la eficacia no se plantea *inter partes* (entre los cónyuges) sino frente a terceros. Es aquí donde la eficacia de la modificación conoce un límite: no puede perjudicar los derechos ya adquiridos por terceros. Respecto de determinados terceros y sus relaciones jurídicas con los cónyuges (o con uno de los cónyuges), la modificación actúa *ex nunc*, hacia el futuro, no respecto del pasado.

El antiguo artículo 1.322 C.c. contenía, pues, un principio de irretroactividad de las modificaciones, constante matrimonio, de los capítulos: tal modificación ni incide en los actos anteriores ni afecta a los derechos ya adquiridos por terceros. Mas, como señaló Amorós Guardiola, se puede apreciar una distinta extensión en ambas formulaciones: la mera irretroactividad y la defensa de los derechos adquiridos. «Los actos anteriores, dice este autor, son eficaces de acuerdo con el momento en que se realizaron, y no quedan afectados por el negocio de modificación posterior. Pero, además, las consecuencias de esos actos previos, las relaciones jurídicas que de ellos derivan y los derechos reconocidos a las partes como consecuencia de las relaciones así creadas, subsisten como estaban y no pueden quedar perjudicados por el acto posterior de modificación de capítulos». De esta manera, la aplicación práctica de la norma requerirá, son aún palabras de Amorós, determinar en cada caso:

- i) cuándo existe un derecho adquirido por un tercero con anterioridad a la fecha de modificación;

(2) AMORÓS GUARDIOLA, M., *Comentarios...*, cit., pp. 1110 y 1111; vid., también DE LOS MOZOS, J. L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVIII-I, Madrid, 1978, pp. 74 y ss., ad art. 1.322.

ii) si la modificación es oponible a terceros en general con base a la oportuna publicidad registral;

iii) si la modificación introducida causa un verdadero perjuicio al incidir sobre una relación jurídica previa (3).

De esta manera, es preciso determinar en qué momento se entiende adquirido un derecho, qué debe entenderse por perjuicio, y si la modificación capitular perjudica a aquel derecho ya adquirido.

No interesa aquí la crítica del derogado (tras la reforma de 1981) art. 1.322 C.c., ni, por tanto, la suficiencia o insuficiencia de las medidas introducidas en tal precepto para garantizar y proteger convenientemente los derechos de los terceros (4) por lo que no entro en tales cuestiones.

II. LA NORMA DEL ARTICULO 1.317 CC.

Tras la reforma del Código civil introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la norma contenida en el último párrafo del art. 1.322 C.c. se expresa en el art. 1.317:

«La modificación (antes, las modificaciones) del régimen económico matrimonial realizada (antes, realizadas) durante el matrimonio (antes, constante matrimonio) no perjudicará (antes, perjudicarán) en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros».

No se introduce, pues, ninguna novedad relevante, sino las meramente sintácticas señaladas, entre paréntesis, en el transcrito texto. La norma citada, junto con las concordantes (por ejemplo, arts. 1.318; 1.319; 1.324; 1.335; 1.401 y 1.402 C.c.) completa el círculo de protección de los terceros en general, y de los terceros acreedores en concreto.

Dice Díez-Picazo que el art. 1.317 C.c. contiene dos proposiciones jurídicas de signo distinto: la primera es la regla de la modificabilidad del régimen económico; la segunda es la regla de la irrelevancia de las modificaciones respecto de los derechos de terceros (5). Aquí in-

(3) AMORÓS GUARDIOLA, M., *Comentarios...*, cit., pp. 1111 y 1112.

(4) Aunque referido al régimen legal establecido tras la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, puede verse el estudio de MAGARIÑOS BLANCO, V., «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores» (1982), *RCDI*, 47 y ss. (en concreto, 47 a 69); y el de CERDA GIMENO, J., «Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981» (1982-1), *Documentación Jurídica*, núm. 33 a 36, 231; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., «La desprotección de los terceros en la mutabilidad de las capitulaciones», (1981-4), *La Ley*, 950. Para antes de la mencionada reforma, GARRIDO PALMA, V., «El matrimonio y sus regímenes económicos» (1979), *RDP*, 413; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Las capitulaciones matrimoniales y su modificación», en *Estudios Varios*, Madrid, 1980, pp. 251 y ss.

(5) DÍEZ-PICAZO, L., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, Madrid, 1984, pp. 1497 y 1498, ad. art. 1.317.

teresa solamente la segunda proposición jurídica. ¿Cuál es el supuesto de hecho?

A) La modificación del régimen económico matrimonial

Es bien sabido que no es lo mismo la modificación del régimen económico que la modificación de las capitulaciones (es lo que en la reforma de 1975 se expresaba con el término «pacto modificativo»). Literalmente el art. 1317 C.c. se refiere a la modificación del régimen económico, pero ello no debe entenderse en sentido estricto (disolución y liquidación de un determinado régimen económico y adopción de otro diverso, o de ninguno si se disuelve el matrimonio), sino incluyendo también los pactos modificativos o de modificación de las capitulaciones (6). Así, en este sentido, Lacruz Berdejo (7) y Cerdá Gimeno (8) entienden que bajo el término «modificación del régimen» debe comprenderse tanto el establecimiento de nuevas reglas como la liquidación del régimen anterior, ya que esta última es una consecuencia de la modificación y debe seguir su misma suerte.

¿Subyace en el art. 1.317 C.c. una presunción de fraude de los acreedores? La respuesta afirmativa parece ser mantenida por Cerdá Gimeno (9) y Puig Salellas (10). Según el primero de los autores citados, el tema de la protección de los acreedores oculta el presupuesto que subyace: «la presunción de existir entre los cónyuges una relación patrimonial oculta o simulada que al exterior se presenta o disimula de manera diferente»: tal presunción es discriminatoria y, como toda valoración, debe ceder ante el supuesto de hecho concreto. Frente a tal presunción de fraude, concluye Cerdá, puede y debe operar la presunción de inocencia o buena fe del cónyuge adquirente en el sentido de la realidad o verosimilitud de su adquisición cuando dicho cónyuge disponía de los medios económicos adecuados. Al coincidir dos presunciones de carácter contrario, se produce su recíproca neutralización por lo que el conflicto debe resolverse con base en favor de la apariencia jurídica.

No obstante la anterior opinión, no parece que la norma del art. 1.317 C.c. contenga, siquiera de manera subyacente, una presunción de fraude, ni tan siquiera una presunción genérica de perjuicio. La finalidad de la norma es previa: evitar, en todo caso, el perjuicio (no sólo

(6) En contra, parece, ROJAS MONTES, L., «Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones», (1986), *AAMN*, t. XXVI, p. 323, nota 22, donde dice [p]ara que opere el artículo 1.317 ha de tratarse de un verdadero cambio del régimen económico del matrimonio, no simplemente un cambio relativo a atribuciones particularizadas».

(7) LACRUZ BERDEJO, J. L., (y Sáncho Rebullida, F.), *Elementos de Derecho civil*, IV (Derecho de Familia), Barcelona, 1982, pp. 333 y ss.

(8) CERDA GIMENO, J., «Las capitulaciones...», *cit.*, p. 279.

(9) CERDA GIMENO, J., «Las capitulaciones...», *cit.*, p. 277.

(10) PUIG SALELLAS, J. M., «La reforma de la Compilació en materia de relacions economiques entre conyuges», en *II Jornades de Dret català a Tossa*, 1982, 102 y ss.

el fraude) de los derechos ya adquiridos por terceros. Tal finalidad se extiende esencialmente al ámbito de la responsabilidad patrimonial. Aunque la finalidad sea previa o preventiva, es cierto que la protección que otorga es posterior al perjuicio realmente irrogado: se trata, como ha dicho Garrido Palma (11), de una protección judicial «a posteriori».

Asentado el principio de mutabilidad de las capitulaciones, acaso no podría ser de otra manera, pues casa torpemente dicho principio con una presunción general e indiscriminada de fraude con base en la (permitida) modificación del régimen económico matrimonial.

La norma del art. 1.317 C.c. alcanza el fraude de acreedores, pero no solamente al fraude sino a cualquier perjuicio que se irroge a los derechos ya adquiridos. La distinción entre el fraude acreedores y la presunción de fraude es clara y no parece pertinente insistir. ¿Y entre la presunción de fraude, fraude y el perjuicio de que habla el art. 1.317 C.c.? Amén de la distinción que introduce la sola idea de presunción, parece que entre las dos últimas figuras hay una relación de género (el perjuicio) a especie (el fraude), toda vez que si hay fraude hay perjuicio, pero puede haber perjuicio sin haber fraude (falta, por el ejemplo, el requisito del *consilium fraudis*), salvo que se pretenda una objetivación total de la idea de fraude (12).

La norma del art. 1.317 C.c. no es una norma presuntiva ni, por tanto, procesal (no invierte la carga de la prueba del fraude al presumirlo) sino una norma, si se me permite la expresión, de «derecho transitorio»: determina el régimen de responsabilidad patrimonial de las relaciones jurídico-económicas de los cónyuges con terceros en el supuesto de modificación de las «normas» capitulares que rigen la economía familiar. En este sentido, no se presume fraude alguno, ni subyace tal idea en la norma, sino que se limita a asentar, en general, el principio de irretroactividad del nuevo régimen económico, entendido, como veremos, como mantenimiento de la responsabilidad patrimonial que soportan las distintas masas de bienes.

Igualmente, la cuestión es distinta desde la perspectiva de los efectos: si hay fraude (y en opinión de aquellos autores lo hay mientras no se pruebe lo contrario, ya que se presume) procede la rescisión ex arts. 1.291 y ss. C.c. El art. 1.317 C.c., sin embargo, no contempla una cuestión de validez o invalidez de las capitulaciones y de su modificación: esta cuestión la resuelve el art. 1.335 C.c. mediante una remisión a las reglas generales de los contratos. Si la modificación del régimen económico matrimonial perjudica a un tercero cuyo derecho lo adquirió antes de la mutación capitular, tal modifica-

(11) GARRIDO PALMA, V., «El matrimonio y su régimen económico», en *El nuevo Derecho de familia español*, Madrid, 1982, pp. 212 y ss.

(12) Vid., en general, ORDUÑA MORENO, F. J., *La acción rescisoria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1988, *passim*.

ción no es ineficaz ni adolece de invalidez, salvo que sea nula, anulable o rescindible por fraude, sino inoponible a dicho tercero determinado y sólo a él, el cual ejercerá su derecho ya adquirido de acuerdo con el régimen económico matrimonial vigente en el momento de su adquisición y, por tanto, de acuerdo con el concreto régimen de responsabilidad patrimonial de los cónyuges en tal momento. En este sentido, además de las sentencias que citaré posteriormente y en las que me detendré, pueden verse las SsTS de 4 de mayo de 1987 y de 25 de enero de 1989. Así, la primera de las sentencias citadas (de la segunda me ocupó más tarde) establece que es «inconcuso que la aplicación del art. 1.317 C.c. determina que la responsabilidad del patrimonio ganancial, existente con anterioridad a la disolución y liquidación de la sociedad del mismo carácter, perviva al efecto de que sobre los bienes que integran dicho patrimonio puedan hacerse efectivas las deudas contraídas por el marido en el ejercicio del comercio que, con conocimiento y sin oposición expresa de la esposa, venía desarrollando» (13).

Se trata, pues, de mantener la «incolumidad de los derechos de terceros en los cambios de régimen» (14) mediante el principio en cuya *virtud tempus regit actum*. En alguna medida, en la norma del art. 1.317 C.c. se concreta el principio de la buena fe (15) y, en particular, la prohibición de *venire contra factum proprium* (derivación de aquel principio). Como señaló Díez-Picazo en su ya clásica monografía, la buena fe comporta una serie de limitaciones al ejercicio de los derechos, el cual es contrario a la buena fe «cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone en el tráfico jurídico» (16). Frente al tercero que adquirió el derecho, la posterior modificación del régimen económico matrimonial debe considerarse un acto desleal en tanto en cuanto le perjudica. En estas coordenadas, la modificación no le afecta: la nueva modificación le es, en el sentido ya señalado, inoponible (17).

(13) STS de 4 de mayo de 1987, en (1987-3), *La Ley*, 688.

(14) La expresión es de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, p. 202.

(15) En este sentido, DE LOS MOZOS, J. L., *Comentario...*, cit., pp. 97 y 98.

(16) Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, pp. 141 y ss.

(17) Recuérdese que la esencia del art. 1.317 C.c. no se halla en la modificación del régimen económico sino en el perjuicio que ésta cause al tercero. Por ello, no tiene amparo en la norma del art. 1.317 C.c. la modificación del régimen que favorece a los terceros en cuanto pueda ampliar el ámbito objetivo de la responsabilidad del cónyuge deudor (en su caso, por ejemplo, el paso, de un régimen de separación a uno de comunidad, v.gr., universal). Es decir, la norma del art. 1.317 C.c. no es invocable por los cónyuges (o por uno de ellos) en su propio provecho y beneficio.

B) Realizada durante el matrimonio

A salvo diversas consideraciones que aquí eludo por obvias, cabría plantearse la cuestión no de la modificación del régimen y subsiguiente modificación por otro, alterando así la responsabilidad patrimonial, (normalmente, de un régimen de comunidad a uno de separación) sino la cuestión de la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial (v.gr. sociedad de gananciales) por la disolución del matrimonio. Aquí, el régimen económico no es sustituido por otro sino extinguido y liquidado (mejor: disuelto, liquidado y extinguido). El art. 1.317 C.c. parece pensado para el supuesto de modificación, bien convencional (v.gr., art. 1392-4 C.c.), bien legal o forzoso (v.gr. art. 1.392-3 C.c.), pero no para el supuesto de disolución y liquidación del régimen por disolución del matrimonio. Aunque en principio es pensable que tal supuesto sea subsumible en la norma del art. 1.317 C.c., no parece que sea ésta una solución acertada. De un lado, el precepto que me entretiene se refiere a la modificación de un régimen por otro o de determinadas cláusulas capitulares sin modificación del régimen. Por otro lado, la disolución y liquidación del régimen (en el ejemplo, de gananciales) tiene sus propias normas organizativas y de protección de los (intereses y derechos de) terceros (así, los arts. 1.396 y ss. C.c., en concreto los arts. 1.401 y 1.402). Por tanto, el art. 1.317 C.c. contempla como supuesto de hecho la modificación del régimen económico (o de concretos pactos capitulares) constante matrimonio y su consiguiente sustitución por otro régimen matrimonial (o por otras cláusulas capitulares), ya la modificación se produzca por la voluntad de los cónyuges (convencionalmente, ex art. 1.325 y concordantes C.c.), ya por imperativo legal (modificación legal o judicial).

C) El perjuicio de los derechos ya adquiridos por terceros

¿Qué es perjudicar en el art. 1.317 C.c.? Ya he adelantado anteriormente que la expresión perjudicar («perjudicará») no coincide necesariamente con el fraude de acreedores, salvo que se objetivice la idea de fraude y se entienda que cualquier perjuicio es un fraude; también he señalado antes que en el art. 1.317 C.c. no subyace, siquiera indirectamente, una presunción de fraude.

El art. 1.317 C.c. abarca un catálogo de ineficacia más amplio que el de la ineficacia contractual (nulidad, anulabilidad, rescisión) y no coincide sino coyunturalmente con cada una de estas categorías.

Por un lado, ya lo he dicho antes, el régimen de ineficacia de las capitulaciones matrimoniales lo establece el art. 1.335 C.c., el cual se remite a las reglas generales de los contratos. Pero, por otro lado, la modificación (el resultado de la misma) puede ser válida y perjudicar, sin embargo, derechos ya adquiridos por terceros. En este caso, la vía

parece ser la del art. 1.317 C.c.: inoponibilidad de la modificación del régimen al tercero. Por ello, aunque la garantía que el art. 1.317 otorga a los terceros con derechos adquiridos exige la buena fe de tales terceros (18), no requiere, sin embargo, la mala fe de los cónyuges, ni siquiera del cónyuge deudor. La existencia de la mala fe es un elemento determinante del fraude (a salvo las presunciones) y legítima, por tanto, a los terceros al ejercicio de la correspondiente acción rescisoria; pero aquí ya estamos fuera del art. 1.317 C.c. y entramos en el ámbito del art. 1.335 C.c. en relación con los arts. 1.291 y ss. C.c. Pero si además hay una causa de nulidad (nulidad de las nuevas capitulaciones más perjuicio al derecho ya adquirido por un tercero) o el perjuicio consiste precisamente en el fraude de acreedores, ¿qué vía debe seguir el tercero cuyo derecho, adquirido antes de la modificación, ha sido perjudicado por ésta? La solución parece que deba hallarse en las normas generales de los contratos porque a ellas se remite el art. 1.335 C.c.

Si la causa es la nulidad, el tercero podrá instar directamente la invalidez de la modificación. Si hay fraude de acreedores, en cambio, la naturaleza subsidiaria de la acción de rescisión parece que impedirá el ejercicio de dicha acción sin haber perseguido previamente los bienes que deban responder de las deudas del cónyuge deudor (aunque se hallen inscritos a nombre del otro cónyuge) y si no carece de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio (cfr. arts. 1.111, 1.290 y 1.294 y conc. C.c.).

En este sentido se ha manifestado una constante jurisprudencia, de la que se separa la STS de 30 de enero de 1986, a la que me referiré posteriormente. Entre las SsTS que avalan las anteriores afirmaciones, se hallan las de 15 de febrero de 1986, de 25 de enero de 1989 (de la que me ocupó más adelante), de 20 de marzo de 1989, de 27 de octubre de 1989 y la de 9 de julio de 1990. La primera de las citadas, STS de 15 de febrero de 1986, tras afirmar que no puede mantenerse que el acreedor no tuviera otro recurso para hacer efectivo su crédito que la acción rescisoria, establece que «debe decaer la pretensión del recurrente (el acreedor), alegando la infracción del artículo 1.297-1 C.c., según el cual se presumen celebrados en fraude de acreedores los contratos, en el caso capitulaciones matrimoniales, en virtud de los cuales el deudor enajena bienes a título gratuito, pues aunque se aceptase hipotéticamente la gratuidad de las capitulaciones, su impugnación a través del cauce rescisorio, exigiría el agotamiento previo de los recursos legales que la ley pone a su disposición» (19).

La sentencia de 20 de marzo de 1989, en un supuesto de deuda de naturaleza ganancial, afirma que para la subsistencia y efectividad de la garantía que el art. 1.317 C.c. otorga a los acreedores (terceros con derechos

(18) Vid. ROJAS MONTES, «Efectos...», *cit.*, p. 323.

(19) STS de 15 de febrero de 1986, en (1986-2), *La Ley*, 876.

ya adquiridos) no es «necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente» (20).

Tal doctrina es reiterada por la STS de 27 de octubre de 1989, la cual señala que «no se trata de rescindir el contrato de capitulaciones matrimoniales, sino de declararlo ineficaz frente a la vía de apremio instada por quienes, en aquel momento, ostentaran créditos vencidos, con la lógica expectativa de una responsabilidad patrimonial consecuente a un régimen económico-matrimonial cuya modificación no puede perjudicarles» (21).

Finalmente, la STS de 9 de julio de 1990 establece que para la subsistencia y efectividad de la garantía que el art. 1.317 C.c. establece no es necesario acudir a la rescisión de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente (en el mismo sentido que las sentencias ahora indicadas), ya que, «aún después de la disolución de la sociedad conyugal, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes que, antes de aquélla, tenían naturaleza ganancial» (22).

Por tanto, el tercero cuyo derecho ya adquirido es perjudicado por la modificación del régimen económico deberá remediar tal perjuicio:

i) Alegando la inoponibilidad, frente a él, de la modificación (art. 1.317 C.c.).

ii) Acudiendo a la rescisión por fraude de acreedores (arts. 1.111 y 1.291-3 C.c.) si la vía del art. 1.317 C.c. no remedia el perjuicio que se le ha irrogado.

La solución así apuntada parece demasiado lineal y no deja de suscitar algunas dudas. ¿Cuál es el trámite procesal de la inoponibilidad a que se refiere el art. 1.317 C.c.? Siempre que hay fraude hay perjuicio; si hay perjuicio, se debe acudir, antes que a la rescisión, a la norma del art. 1.317 C.c., ¿cómo volver, entonces, a la rescisión dada la amplitud de la expresión («no perjudicará») del art. 1.317 C.c.? (23). Entendido de una manera estricta, el art. 1.317 C.c. parece impedir, evitar el frau-

(20) STS de 20 de marzo de 1989, en (1989-2), *La Ley*, 554.

(21) STS de 27 de octubre de 1989, en (1980-1), *La Ley*, 802.

(22) STS de 9 de julio de 1990, en (1990-4), *La Ley*, 291.

(23) Sin embargo, la vía de la acción de rescisión no la cierran las sentencias indicadas, sino que la mantienen abierta, bien que con carácter subsidiario. Por todas, la STS de 9 de julio de 1990, *cit.* en la nota anterior, señala expresamente que «no se excluye de modo absoluto la posibilidad de impugnar, por vía revocatoria o rescisoria, la subsistencia o eficacia de unas capitulaciones de un régimen económico-matrimonial anterior, que se estiman hechas en fraude de acreedores, sino que tal posibilidad la condiciona o pospone a que previamente el acreedor haya tratado de obtener la satisfacción de su crédito ejercitando su acción contra los esposos deudores en la seguridad de que la masa de bienes antes gananciales, independientemente en cuyo poder estuvieran después de las capitulaciones habrá de responder de la deuda contraída».

de: si la modificación no perjudica, impide el fraude ya que para el tercero la única situación oponible es la anterior a la modificación. Como veremos en su momento, esta es una de las cuestiones en las que se ha entretenido la jurisprudencia y se trata, en definitiva, de conocer si la norma del art. 1.317 C.c. contiene una mera declaración de principio que se debe concretar (el perjuicio) posteriormente en alguna de las categorías de ineficacia contractual o contiene en sí y *per se* un mecanismo o instrumento de inoponibilidad frente a determinados terceros de aquellas modificaciones capitulares válidas pero que perjudican derechos ya adquiridos por tales terceros (24). Más aún, en este último caso, interesaría determinar si tal mecanismo actúa independientemente de las categorías de ineficacia contractual en todo caso o sólo en aquellos supuestos en que el perjuicio no pueda subsumirse en ninguna de éstas. Con otras palabras, si la inoponibilidad a que se refiere el art. 1.317 C.c. con la expresión «no perjudicará» puede desarrollar su virtualidad abstracción hecha de la causa de nulidad, anulabilidad o rescisión que vicie la modificación del régimen económico matrimonial o solamente cuando la modificación perjudica al derecho ya adquirido por el tercero sin que se constate causa alguna de nulidad, anulabilidad o rescisión. Como veremos, es válido el primer miembro del dilema, según constante jurisprudencia. De esta línea jurisprudencial se apartan la SsTS de 30 de enero de 1986, a la que me referiré posteriormente, y la de 22 de diciembre de 1989. Esta última no sólo confunde la garantía del art. 1.317 C.c. con la acción de rescisión sino también la rescisión con la nulidad. Así, establece una doctrina inadmisibles al señalar que «es patente en el caso el *consilium fraudis* constituido entre los esposos, al disolver la sociedad de gananciales adjudicando a la esposa un inmueble, luego de practicar la liquidación de la sociedad de gananciales sin fijación del pasivo social, no obstante la existencia de la deuda para cuya garantía se ofreció dicho inmueble..., lo cual contraviene no sólo los arts. 1.396 a 1.402 C.c., sino que contradice mucho más abiertamente el art. 1.317 C.c., que niega el perjuicio de los acreedores resultante de la modificación del régimen matrimonial en todo caso, y desde luego, cuando implica la modificación de las reglas de responsabilidad existentes al tiempo de contraer la deuda, cuya efectividad es ahora, evidentemente, más gravosa, por lo que procede mantener la nulidad de dichas capitulaciones matrimoniales (25).

¿De qué manera, se pregunta Díez Picazo, puede un negocio capítular perjudicar los derechos de terceros? La respuesta, continúa el ci-

(24) Parece claro que la norma del art. 1.317 C.c. contiene un principio (dos si se toma en consideración el principio de mutabilidad del régimen económico-matrimonial insito también en tal precepto) que debe concretarse, no en alguna de las categorías de ineficacia del contrato, sino en cada uno de los regímenes económicos matrimoniales y sus posibles modificaciones.

(25) STS de 22 de diciembre de 1989, en (1990-1), *La Ley*, 855.

tado autor, no es fácil de saber. El perjuicio de los derechos debe referirse a su subsistencia y a la incolumidad de su contenido, no tanto a la probabilidad de su satisfacción (26). Así, no hay perjuicio por el hecho de que se modifique la capacidad de quien creó tales derechos cuando fuera uno de los cónyuges, o se modifica el poder de disposición (27): tales modificaciones no afectan (y, por tanto, no perjudican) al derecho ya adquirido.

Perjuicio es, en definitiva, la pretendida alteración del régimen de responsabilidad patrimonial que deben soportar las diferentes masas de bienes. Dicha alteración se quiere alcanzar precisamente a través de la modificación del régimen económico del matrimonio. En el supuesto paradigmático: disolución y liquidación del régimen de sociedad de gananciales con adjudicación de los bienes inmuebles al cónyuge no deudor y adopción del régimen de separación de bienes, existiendo deudas de las que deba responder el antes patrimonio ganancial. En este sentido, las citadas sentencias TS de 4 de mayo de 1987, 25 de enero de 1989 y 9 de julio de 1990.

Una vez determinado qué sea perjuicio, se debe concretar quién sea tercero en el art. 1.317 C.c. En principio, puede pensarse que tercero es quien no ha sido parte en las capitulaciones matrimoniales. Pero esta afirmación no parece correcta. Por un lado, el art. 1.317 C.c. se refiere, en general, a la modificación del régimen económico del matrimonio, lo cual no coincide necesariamente con la modificación de las capitulaciones matrimoniales (que pueden no existir previamente y que pueden no existir incluso tras la modificación del régimen económico). Por otro lado, la norma del art. 1.317 C.c. no excluye de su protección a aquellos sujetos distintos de los cónyuges a los que se les concedieron derechos en las capitulaciones matrimoniales. Tales sujetos, que no son necesariamente alguno de aquellos a los que se refiere el art. 1.331 C.c., deben ser considerados respecto de la modificación como terceros con derechos, en su caso, ya adquiridos.

Por tanto, deben considerarse terceros los acreedores de los cónyuges (de uno o de cada uno de ellos o de ambos) ya hayan adquirido su derecho de crédito en virtud de las capitulaciones que se modifican ya en un momento posterior (haya o no capitulaciones matrimoniales). También son terceros los titulares de derechos reales sobre bienes propiedad de alguno de los cónyuges o de ambos (usufructo, etc.), y tanto tal derecho real se haya constituido en las capitulaciones matrimoniales que se modifican cuanto se haya constituido en un momento distinto.

(26) Díez-PICAZO, L., *Comentarios...*, cit., p. 1.499.

(27) Díez-PICAZO, L., *Comentarios et loc.*, cit.

¿Y los herederos forzosos? ¿Deben considerarse terceros los legitimarios? Así lo entiende Rojas Montes, quien incluye entre los terceros no sólo a los acreedores sino también a los legitimarios (28). Sin embargo, a mi entender, desde la perspectiva del art. 1.317 C.c. la solución debe ser cabalmente la contraria porque para saber si el legitimario está protegido por la norma contenida en el artículo citado no se debe determinar (o no sólo) si es tercero (que sí lo es), sino si tiene un derecho ya adquirido al que perjudica la modificación del régimen económico. De esta manera no puede entenderse que el legitimario tenga un derecho ya adquirido y que, por tanto, pueda invocar, en su caso, la norma del art. 1.317 C.c. En cuanto legitimario, sólo dispondrá, en su momento, de las acciones y facultades que le son propias en defensa de la legítima (29).

D) La previa adquisición del derecho

El iter adquisitivo del derecho, tanto de crédito como real, se debe haber completado, de manera que el derecho (no la mera expectativa) esté ya en el patrimonio del tercero. Entre los derechos adquiridos, no cabe duda, deben comprenderse aquellos cuya adquisición está sujeta a término inicial. Respecto de los derechos sujetos a condición suspensiva (la resolutoria no plantea cuestiones en relación a la adquisición) parece que igualmente deben entenderse comprendidos en el patrimonio del tercero pues la condición suspende la eficacia, no la validez, de la transmisión. Además, así lo confirmaría la eficacia retroactiva de los efectos *existit conditione* (ex art. 1.120 C.c.). Por tanto, si durante la fase *pendente conditione* se produce la modificación del régimen económico matrimonial, verificada la condición suspensiva dicho nuevo régimen será inoponible al tercero en cuanto perjudique a su derecho.

La adquisición del derecho ha de producirse o consumarse, en principio, antes de la modificación del régimen económico del matrimonio. ¿Cuál es el momento? La constancia registral de las capitulaciones (en el Registro Civil y, en su caso, en el Registro de la Propiedad y en el Registro Mercantil) no es requisito de validez de las mismas (sí, en cambio, su constancia en escritura pública ex art. 1.327 C.c.), sino de

(28) ROJAS MONTES, L., «Efectos...», *cit.*, p. 322.

(29) Cuestión distinta es que tuviere un derecho ya adquirido como, v.g., en el supuesto de mejora irrevocable ex art. 827 C.c. o se trate de un heredero contractual en los ordenamientos en que se permite tal figura. Mas incluso en tal supuesto sería dudoso que pudiera invocar la norma del art. 1.317 C.c. y no, como creo, impugnar la concreta atribución patrimonial que perjudica a su mejora irrevocable, en nuestro caso. El art. 1.317 C.c. no entra en cuestiones de titularidad sino de responsabilidad patrimonial.

oponibilidad frente a terceros (ex arts. 1.332 y 1.333 C.c.) (30). Por lo tanto, el momento a partir del cual las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones (ya pactos modificativos, ya modificación del propio régimen) son oponibles a terceros no es aquel en que se otorgan o modifican sino el de su inscripción en el Registro Civil, en el Registro de la Propiedad (si afectan a inmuebles) y/o en el Registro Mercantil, si es el caso. Así, la DGRN establece que «no debe olvidarse que el art. 77-2 LRC, en paralelismo con el 1.219 C.c., impone un requisito de publicidad registral para que las modificaciones del régimen económico matrimonial produzcan efectos en perjuicio de terceros de buena fe, siendo, en definitiva, el momento decisivo a tomar en consideración la fecha de la indicación hecha al margen de la inscripción del matrimonio, por lo que el Registrador habrá de dar efectividad, frente a cualquiera de los cónyuges, al embargo obtenido por un tercero en ejercicio de las facultades que le confiere el régimen de gananciales, en tanto no le conste que en el momento de practicarse el embargo, y notificarse al cónyuge del deudor, se había producido, con eficacia contra terceros, el cambio del régimen de gananciales» (31).

En tal momento, pues, debe haber adquirido el tercero su derecho, debe haber consumado el iter adquisitivo de su derecho subjetivo patrimonial, sin perjuicio de lo que diré más adelante.

La modificación no afecta a terceros sino desde la publicación en el Registro adecuado; mas si perjudica los derechos adquiridos por terceros, tampoco les afecta aunque haya constancia registral de la modificación si el derecho se adquirió antes de la publicidad registral de la modificación.

Como ha señalado Magariños (32), el tercero deberá acreditar que su derecho es anterior a la fecha de inscripción del cambio, la cual deberá referirse —en principio— al Registro civil. Si la modificación debe inscribirse, ex art. 1.333 C.c., además en el Registro de la Propiedad (por cuanto afecte a bienes inmuebles) y/o en el Registro Mercantil (ex arts. 21-9 y 26 C de c.), la fecha de inscripción habrá que referirla a estos registros por su carácter especial respecto del Registro civil.

(30) La cuestión, no obstante, no es absolutamente pacífica. Para el período entre reformas, 1975-1982, la DGRN entendió que la publicidad de las capitulaciones era un requisito, no de validez, sino de oponibilidad del régimen económico frente a terceros (así, por ejemplo, RDGRN de 6 de mayo de 1977), a pesar del tenor literal del antiguo art. 1.322 C.c., a cuya virtud (como ahora el art. 1.333 C.c.) «en toda inscripción del matrimonio en el Registro Civil se hará mención... de las capitulaciones...».

Actualmente, el art. 1.333 C.c. se manifiesta con términos idénticos, pero el art. 266 RRC, a pesar de expresar que las indicaciones sobre el régimen económico solamente «se extenderán a petición del interesado», impone que, cuando se quieran inscribir las capitulaciones en otros Registros, «se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito...».

(31) RDGRN de 25 de marzo de 1988, en (1988-2), *La Ley*, 897.

(32) MAGARIÑOS BLANCO, V., «Cambio de régimen...», *cit.*, p. 58.

Por «derecho adquirido» debe entenderse el derecho patrimonial en todas y cada una de sus manifestaciones (tanto preventivas o prodrómicas cuanto represivas), de la misma manera que el perjuicio debe referirse igualmente al contenido. Así, como «derecho adquirido» dicen Díez-Picazo y Gullón (33), (de quienes tomo también el ejemplo) ha de conceptuarse el poder de agresión que tienen los acreedores para satisfacerse por la vía forzosa sobre unos bienes, según el régimen imperante cuando nacieron sus créditos. Así, por ejemplo, en un sistema ganancial los bienes que componen el patrimonio de éste carácter responden de las deudas de determinado tipo. La posterior modificación de dicho régimen por otro de separación con la consiguiente de la masa ganancial y la adjudicación privativa de sus bienes a cada cónyuge, no les permite oponer a la agresión del acreedor insatisfecho que no son bienes gananciales los que pretende trabar, sino propios, de manera que no respondan ya de las deudas de la sociedad de gananciales disuelta.

Dicho supuesto, así como los similares, puede plantear una cuestión registral centrada en el embargo y ejecución de determinados bienes, primero gananciales y después (formalmente) privativos, en virtud del art. 144 RH, a lo que me referiré posteriormente.

El art. 1.317 C.c. exige, literalmente, que el derecho perjudicado se haya adquirido con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial. Con ello parece excluir a aquellos supuestos en que el derecho está en vía de adquisición, en cuyo caso el acreedor sólo podrá ejercitar la acción de rescisión por fraude de acreedores. No es ésta, sin embargo, la opinión mantenida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de noviembre de 1987, aunque sí por algún autor (34). De la cuestión, así como de la mencionada sentencia, me ocuparé con algún detenimiento más adelante sub III, C).

III. LA JURISPRUDENCIA (35)

A) STS de 14 de mayo de 1984 (36)

Hechos: El presidente del Consejo de Administración de una sociedad anónima suscribe un aval solidario para conseguir la renovación

(33) DÍEZ-PICAZO, L., y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, IV, 5.^a ed., Madrid, 1989, pp. 166 y 167.

(34) En este sentido, PASQUAU LIAÑO, M., Comentario a la STS de 24 de noviembre de 1988, en *CCJC*, núm. 18, p. 1029.

(35) Obviamente el elenco de sentencias no es exhaustivo. La doctrina, solamente la referida al art. 1.317 C.c.

(36) STS de 14 de mayo de 1984, en *ADC*, 1985, pp. 486 y 487, con nota de A. CABANILLAS.

de determinadas letras de cambio no atendidas por la sociedad a su vencimiento. Posteriormente, el presidente-avalista y su mujer otorgan capitulaciones matrimoniales, disuelven y liquidan el régimen de sociedad de gananciales y adoptan el de separación de bienes. El acreedor instó demanda en la que pedía que se declarase la rescisión de las capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores y se condenara solidariamente al pago de la deuda a la sociedad deudora, al avalista (el presidente) y a su mujer.

En Primera Instancia, el juez acogió íntegramente la demanda; la Audiencia Territorial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la mujer del presidente-avalista y declaró que el fallo impuesto a ésta afectase solamente a los bienes que le fueron adjudicados como propios en las capitulaciones. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la mujer.

Doctrina: Las responsabilidades contraídas en virtud de aval cambiario por el marido no han podido verse alteradas por la escritura de capitulaciones matrimoniales y separación de bienes, con liquidación de la sociedad de gananciales, otorgada meses más tarde de tener lugar el aval, pues el principio de mutabilidad del régimen económico con posterioridad a la celebración de las nupcias no puede perjudicar en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.

La doctrina reseñada manifiesta, como señala Cabanillas, que el sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial adoptado por el Código civil no implica la desprotección de los derechos adquiridos por terceros (37). Efectivamente, como puse de manifiesto anteriormente, tal protección se pretende mediante una doble vía: a) La inoponibilidad de las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones frente a terceros mientras no se inscriban en el Registro civil y en los correspondientes de la Propiedad y Mercantil; b) La inoponibilidad de las modificaciones de los capítulos y del régimen a los terceros cuyos derechos ya adquiridos perjudiquen, aunque se inscriban, siempre que la adquisición de los derechos se haya consumado antes de la inscripción.

En el supuesto de hecho, la modificación (paso de sociedad de gananciales a régimen de separación) se produce con posterioridad a la suscripción del aval solidario por el presidente del Consejo de Administración. Tal modificación no podía afectar a la obligación y responsabilidad patrimonial asumida por el avalista; a contrario, no podía perjudicar el derecho del acreedor, ya adquirido frente al avalista desde el momento en que éste suscribió el aval, mediante la sustracción de determinados bienes (normalmente los inmuebles) al juego de la responsabilidad patrimonial imperante en el momento de la adquisición del derecho.

(37) CABANILLAS, A., en nota a STS de 14 de mayo de 1984, *cit.*, p. 487.

En cuanto perjudicaba al derecho ya adquirido por el acreedor (y sólo en esa medida), la modificación del régimen económico del matrimonio le era inoponible.

B) STS de 30 de enero de 1986 (38)

Hechos: Don S.C.M. contrajo, con una entidad bancaria, una deuda de la que eran fiadores solidarios Don J.C.M. y Don E.G.B. hasta la cantidad de 10.000.000 de pesetas. El deudor principal y sus fiadores solidarios otorgaron en actos separados pero en la misma fecha (26 de marzo de 1980) y ante el mismo Notario, participando sus respectivas esposas, tres capitulaciones matrimoniales en las que disolvieron y liquidaron la sociedad de gananciales respectiva, y establecieron un régimen de separación de bienes. Los bienes inmuebles se adjudicaron sistemáticamente a las esposas; a los maridos se atribuyeron unas participaciones escasas en dos sociedades y dinero efectivo. Las adjudicaciones correspondientes no fueron inscritas en el Registro de la Propiedad.

El otorgamiento de las capitulaciones se hizo con plena conciencia del afianzamiento mercantil por 3.000.000 de pesetas en favor de la entidad bancaria, suscrito el 22 de junio de 1979 por Don J.C.M. y Don E.G.B., en favor de Don S.C.M. Los pactos se ocultaron deliberadamente a la entidad bancaria, como demuestra el hecho de insistir todavía el 30 de abril de 1980 los tres demandados (el deudor principal y los dos fiadores solidarios) a la entidad bancaria sobre la propiedad de los seis inmuebles ya adjudicados a las esposas un mes antes; como también fueron silenciadas todas las adjudicaciones convenidas en que se sustituyera su carácter ganancial por el de privativos de las esposas (F.D. 2).

La entidad bancaria pide que se condene a los demandados al pago de la cantidad debida y se declare la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales y la cancelación de los asientos practicados en el Registro de la Propiedad.

En Primera Instancia, el juez acoge íntegramente la demanda; la Audiencia Territorial confirma la sentencia de instancia, mas la revoca parcialmente en cuanto al pronunciamiento en costas. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los demandados.

Doctrina: El art. 1.317 del Código civil trata de evitar el posible fraude a terceros derivado de la modificación de las capitulaciones y que éstas perderán su eficacia en un caso como el debatido, en que to-

(38) STS de 30 de enero de 1986, en *CCJC*, núm. 10, pp. 3395 y ss., con comentario de A. Cabanillas.

talmente destinadas a defraudar a un acreedor de los otorgantes, y desde luego, 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 una ineficacia parcial.

La misma Sala de casación ha declarado que es improcedente apoyarse en que el carácter subsidiario de la acción rescisoria impida su ejercicio en tanto el perjudicado no demuestre que carece de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio.

La cuestión más importante que se plantea (y a la que ya me he referido) es la de la relación entre el precepto del art. 1.317 C.c. y el fraude de acreedores (arts. 1.291-3 C.c.). Si se prefiere, la relación entre la inoponibilidad como tipo concreto de ineficacia relativa (ex art. 1.317 C.c.) y la rescisión por fraude de acreedores.

Si la modificación del régimen económico del matrimonio perjudica al tercero y tal perjuicio consiste precisamente en un fraude de acreedores, ¿qué vía debe seguir el tercero perjudicado? Según De los Mozos el art. 1.317 C.c. no concede al tercero la posibilidad de pedir la rescisión de las capitulaciones matrimoniales (de su modificación), sino el mero recurso de la inoponibilidad (39). Esta afirmación podría basarse en una determinada argumentación positiva: el art. 1.317 C.c. sólo concede el no perjuicio, es decir, la irretroactividad del nuevo régimen y, por tanto, su inoponibilidad a relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio del régimen económico matrimonial ahora modificado. La posibilidad de pedir la rescisión la concede, en cambio, el art. 1.335 C.c. mediante la remisión genérica a las reglas de los contratos. Con otras palabras, el art. 1.317 C.c. no entra en la cuestión de la validez o no validez de las capitulaciones matrimoniales (a ello se refiere el art. 1.335 C.c.) sino en la de la eficacia de su modificación frente a determinados terceros: se trata, como he dicho antes disculpando la expresión, de una regla de «derecho transitorio».

El art. 1.317 C.c. establece una determinada consecuencia jurídica («no perjudicará») que debe configurarse como de ineficacia (es cierto, relativa) que se materializa no en la propia modificación sino en su grado de oponibilidad o retroactividad frente a terceros. Tal perjuicio puede no corresponderse con un fraude de acreedores (en cuyo caso no es posible solicitar la rescisión), pero también es posible que consista precisamente en un fraude de acreedores. En este caso, los acreedores podrán solicitar la inoponibilidad o irretroactividad del nuevo régimen económico (o del nuevo contenido del mismo régimen) y si, incluso a pesar de ello, no satisfacen sus créditos podrán acudir a la rescisión ex arts. 1.291 y ss. C.c. Pero esta doble y sucesiva vía no deriva necesariamente del hecho de que el art. 1.317 C.c. no conceda a los acreedo-

(39) DE LOS MOZOS, J. L., *Comentarios...*, cit., p. 92.

res la posibilidad de exigir la rescisión o revocación de las capitulaciones matrimoniales, sino de la propia naturaleza de la acción rescisoria, la cual es una acción subsidiaria (ex art. 1.294 C.c.).

El art. 1.317 C.c. establece, en definitiva, una vía más sencilla que la de la rescisión y refuerza la protección de los acreedores ya que éstos sólo deberán probar que su derecho (la adquisición del mismo) es anterior a la modificación del régimen y que tal modificación les perjudica. No deberán probar, como en la rescisión, el fraude o la conducta fraudulenta de los cónyuges y/o terceros adquirentes ni el agotamiento de cualquier otra vía para satisfacer su interés jurídico. Así, se objetiviza la protección de los terceros al otorgarles la posibilidad (facultad) de desconocer la modificación del régimen económico cuando tal mutación perjudica a derechos ya adquiridos por ellos. El perjuicio se centra esencialmente en la sustracción de determinados bienes al poder de agresión patrimonial de los acreedores para la satisfacción de su interés crediticio, es decir, en la reducción del soporte objetivo de la responsabilidad patrimonial del cónyuge deudor.

La cuestión radica en que en la mayoría de las ocasiones tal inoponibilidad, irretroactividad o no perjuicio (es decir, el mantenimiento de la situación jurídica anterior) sólo podrá materializarse mediante un mecanismo que no podemos dejar de llamar, bien sea en un sentido amplísimo, resolutorio o de resolución de una transmisión meramente formal: rescisión, revocación, etc. de las adjudicaciones patrimoniales realizadas.

Obviamente la manifestación de tal posibilidad se realizará en el proceso iniciado en virtud del ejercicio de la acción de cumplimiento, en los supuestos de cumplimiento forzoso.

En la doctrina de la sentencia que me ocupa, el TS parece confundir los caminos del art. 1.317 C.c. y de la rescisión por fraude de acreedores. Es evidente, dice, que el art. 1.317 C.c. trata de evitar el posible fraude a terceros derivado de la modificación de las capitulaciones y que éstas perderán su eficacia en un caso como el debatido, en que totalmente destinadas a defraudar a un acreedor de los otorgantes, y desde luego, probado este fraude, ha de acordarse su rescisión por esta causa, sin que quepa hablar de rescisión parcial.

De seguir la doctrina transcrita, concluiríamos que normalmente el art. 1.317 C.c. pierde toda virtualidad en favor de la acción rescisoria ex arts. 1.335 y 1.290 y ss. C.c. Si el perjuicio se traduce en la insolvencia del cónyuge deudor mediante la atribución y adjudicación de los bienes de valor al cónyuge no deudor (en el supuesto paradigmático de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y adopción de un régimen de separación de bienes) y tal perjuicio no se puede remediar a través de la norma contenida en el art. 1.317 C.c. sino mediante la acción de rescisión, entonces cabría preguntarse ¿para qué sirve realmente el art. 1.317 C.c.? ¿Es una mera declaración de principios, como he dicho antes, que necesita materializarse en alguna de las categorías

de ineficacia contractual? Más allá de la insolvencia del cónyuge deudor difícilmente se puede encontrar en la realidad de los hechos otro perjuicio para el derecho adquirido por el tercero, salvo la pérdida de las garantías otorgadas por el deudor. Porque si en la mayoría de los casos (y las sentencias del TS son un claro ejemplo) el perjuicio es insolvencia y, por tanto, frustración del derecho del acreedor, y se remedia vía rescisión habrá que concluir que la norma del art. 1.317 C.c. no es más que la manifestación abstracta y general de un principio (de ineficacia relativa o de determinada inoponibilidad de las modificaciones) que necesariamente debe concretarse y articularse en los tipos conocidos de ineficacia contractual: nulidad, anulabilidad, rescisión. ¿Es esta la verdadera naturaleza del art. 1.317 C.c.? ¿Contiene sólo una declaración del principio que se traduce en un límite al principio de libertad capitular y de modificabilidad de las capitulaciones constante matrimonio? Sería pensable; no en vano, la Exposición de Motivos de la Ley de 1975 decía, refiriéndose a esta medida de protección de los terceros recogida entonces en el último párrafo del art. 1.322 C.c., que era tan natural que no precisaba mayor explicación.

Yo creo que la norma del art. 1.317 C.c. no se limita a una mera declaración de principios que necesariamente deba completarse mediante otros mecanismos (el ya repetido rescisorio). Precisamente su virtualidad consiste en evitar a los acreedores la vía de la rescisión por fraude y ofrecerles una protección más sencilla, más fuerte y objetiva. Esto se entiende si uno se percatara que el perjuicio se refiere al tercero y la inoponibilidad al nuevo régimen económico-matrimonial. Es decir, la irretroactividad o inoponibilidad se refiere no sólo al cónyuge deudor sino a ambos cónyuges. Normalmente la inoponibilidad producirá determinados y relativos efectos pero que no son los efectos propios de la acción rescisoria sino del ejercicio de la facultad que concede el art. 1.317 C.c. a los terceros cuyos derechos sean perjudicados por la modificación del régimen económico.

Por tanto, la norma del art. 1.317 C.c., como dijo Lacruz, es necesaria en el sentido de que, sin ella, los acreedores sólo dispondrían de la vía de la rescisión y deberían, por tanto, demostrar el fraude, la conducta fraudulenta, de los cónyuges (40).

El ejemplo paradigmático es bastante claro: si de la deuda contraída por uno de los cónyuges responden los bienes gananciales en la medida en que deban responder, la posterior modificación del régimen económico y adopción de un régimen de separación no afecta al acreedor, en el sentido de que no tendrá que acudir —en su caso— a la acción de rescisión sino directamente a la facultad que le concede el art. 1.317 C.c. Es decir, si los bienes adjudicados como propios al cónyuge

(40) LACRUZ BERDEJO, J. L. y F. de A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, IV (Derecho de Familia), Barcelona, 1982, p. 333.

no deudor eran gananciales, mantendrán dicha calificación frente al acreedor aun después de la modificación y, por tanto, en su medida, podrá agredirlo sin necesidad de ejercitar la acción de rescisión (41).

No obstante ello, el TS en la sentencia que me entretiene estima procedente la solicitud de rescisión (que lo es efectivamente) por cuanto el deudor es insolvente y la modificación se produjo en fraude de acreedores. A mi entender, basta la alegación del art. 1.317 C.c., aunque el cónyuge deudor sea insolvente pues, como ha mantenido el propio TS en sentencias posteriores (42), la responsabilidad de la masa ganancial no se elude por el hecho de que alguno de los bienes, entre tales el trabado de embargo, se atribuyeran al cónyuge no deudor al otorgar capitulaciones matrimoniales modificando el régimen económico y adoptando el de separación de bienes. O bien en la STS de 17 de febrero de 1988, al señalar que el art. 1.317 C.c. implica que los acreedores de cualquiera de los esposos no resultarán afectados por la liquidación del régimen económico anterior, ni por los pactos modificativos constante el régimen, si los derechos han nacido antes de la modificación. Respecto de ellos persiste la situación anterior y, por tanto, la responsabilidad frente a las deudas.

¿Cuándo ejercitar entonces la acción de rescisión? Posiblemente, y vigente el art. 1.317 C.c., no sea posible ejercitarla, en sentido estricto, cuando los bienes no salen del ámbito patrimonial de los cónyuges. Aquí vale la norma del art. 1.317 C.c. Entonces sólo es posible su ejercicio si en la conducta fraudulenta interviene un tercero o en el supuesto de deuda propia de un cónyuge y posterior disolución y liquidación de la sociedad de gananciales con adopción del régimen de separación: en este caso, si los bienes del cónyuge deudor no son suficientes, los acreedores podrán solicitar la rescisión de las adjudicaciones patrimoniales realizadas si la liquidación de la sociedad de gananciales se ha realizado en fraude de acreedores, es decir, si las diversas adjudicaciones patrimoniales son desequilibradas en favor del cónyuge no deudor (43).

(41) Si la deuda es propia de uno de los cónyuges, es decir, en el supuesto del art. 1.373 C.c., cabría preguntarse si juega el art. 1.317 C.c. La DGRN ha contestado negativamente; Ragel Sánchez, en cambio, mantiene la opinión contraria al señalar, con acierto, que la norma del art. 1.317 C.c. es aplicable cualquiera que sea el régimen económico matrimonial modificado siempre que se produzca un perjuicio para el derecho adquirido por un tercero. Lo que cambia es el alcance de la aplicación. Vid. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987; y Comentario a la Resolución DGRN de 16 de febrero de 1987, en CCJC, núm. 14, pp. 4538 y 4539. Sobre la cuestión me remito a lo que diré **sub III F**).

(42) Por todas, STS de 20 de febrero de 1987, en CCJC, núm. 13, pp. 4389 y ss., con comentario de RAGEL SÁNCHEZ.

(43) En el mismo sentido, RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Comentario...*, cit., pp. 4538 y 4539.

C) STS del 17 de noviembre de 1987 (44)

Hechos: Don L.F.S. aceptó dos letras de cambio cuyo vencimiento se produjo los días 20 de diciembre de 1980 y 16 de enero de 1981 respectivamente. El 20 de enero de 1981 Don L.F.S. y su esposa otorgaron capitulaciones matrimoniales por las que disolvieron la sociedad de gananciales adjudicando a la esposa los bienes inmuebles y al esposo determinadas acciones de tres sociedades, y adoptaron el régimen de separación de bienes.

Tras el impago de las cambiales, el tomador Don M.N.N. formula demanda de juicio ejecutivo contra el aceptante Don L.F.S., dictándose sentencia de remate el 3 de septiembre de 1981 y trabándose embargo sobre unos saldos de cuenta corriente y un pinar. A la esposa del deudor se le hizo saber la existencia del pleito y del embargo. El Registrador de la Propiedad denegó la anotación preventiva del embargo sobre el pinar, que aparecía ya inscrito a nombre de la esposa. Don M.N.N. formuló demanda suplicando que se dictase sentencia declarando «rescindida la escritura de capitulaciones matrimoniales, liquidación de la sociedad conyugal y modificación del régimen económico matrimonial entre los esposos» por haber sido realizada en fraude de acreedores, ordenando asimismo la cancelación en el Registro de la Propiedad de las inscripciones correspondientes a la adjudicación del pinar a la esposa del deudor. Subsidiariamente, suplicaba que se declarase la inoponibilidad para el acreedor demandante de la modificación del régimen, confirmándose el embargo practicado.

En Primera Instancia, el juez estimó la demanda y declaró rescindidas las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad de gananciales, ordenando la cancelación de las inscripciones practicadas. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso con base en la doctrina que sigue.

Doctrina: Uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (art. 1.291-3 C.c.), pues, dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria, que proclama también el artículo 1.294 del mismo cuerpo legal, sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso jurídico para obtener la reparación del perjuicio, requisito que no concurre en el caso de litis, dado que si la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente matrimonio... no

(44) STS de 17 de noviembre de 1987, en CCJC, núm. 15, pp. 5162, con comentario de A. CABANILLAS SÁNCHEZ.

perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1.317 C.c.), si el artículo 1.407 (sic) del referido Código dispone que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor, respondiendo también el cónyuge no deudor con los bienes que se le hayan adjudicado si se hubiera formulado debidamente inventario judicial o extrajudicialmente, y si el artículo 1402 establece que los acreedores de la sociedad de gananciales tienen en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias..., es visto que en el presente caso no puede afirmarse que el actor no tuviera otro recurso legal para hacer efectivo su crédito que el ejercicio de la acción rescisoria, sin que la normativa hipotecaria constituya obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la referida liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, pues el artículo 144-2 RH, previniendo expresamente la hipótesis aquí contemplada, dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiese inscrito la participación de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiese dirigido contra los respectivos adjudicatarios; y aunque el requisito de la anterioridad del crédito constituya la hipótesis ordinaria, tampoco pueden descartarse los nacidos con posterioridad a la enajenación impugnada si se demuestra que se llevó a cabo en consideración al crédito futuro y a fin de privar de garantías a un acreedor de próxima y muy probable existencia, como ya declaró esta Sala en su Sentencia de 2 de marzo de 1981; finalmente, la ya citada Sentencia de 13 de junio de 1986 señala que, si bien debe resolverse con precedencia la situación de los acreedores la división y adjudicación de los bienes de la sociedad conyugal, pues antes es pagar que partir, el que se pase a ultimar la liquidación sin aquella previa prescripción no significa que la operación practicada resulte radicalmente nula, sino que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y además el consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, responsabilidad de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo cual determina que aun después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción contra los bienes consorciales (art. 144, párrafo 2, RH).

En la doctrina transcrita resalen diversas cuestiones de interés. A alguna de ellas ya he hecho referencia antes, por lo que ahora no conviene insistir; a otras cuestiones, como la registral, me referiré posteriormente, por lo que no es prudente adelantarla ahora.

Básicamente, la sentencia confirma la línea jurisprudencial en cuya virtud la norma del art. 1.317 C.c. impide el juego de la acción rescisoria debido al carácter subsidiario de dicha acción ex art. 1.294 C.c. En esta línea jurisprudencial se encuentran sentencias anteriores, algunas

ya citadas aquí, como las SsTS de 15 de febrero de 1986; 17 de febrero de 1986; y 30 de septiembre de 1987. Con anterioridad, la STS de 30 de enero de 1986, glosada en este trabajo, mantuvo una doctrina diversa al considerar que, aunque subsidiariamente, los acreedores podían ejercitar la acción de rescisión por fraude de acreedores en el supuesto de insolvencia del cónyuge deudor. Ya me he referido varias veces a esta cuestión: el art. 1.317 C.c. no impide la posibilidad del ejercicio de la acción rescisoria, sino la propia naturaleza (subsidiaria) de esta acción. La inoponibilidad supondrá, como también ha señalado, el mantenimiento del régimen de responsabilidad real. Pero si determinados bienes se hallan en poder de un tercero no protegido, frente a éste no podrá invocarse la norma del art. 1.317 C.c. y se deberá acudir a la acción de rescisión.

Por lo demás, dos cuestiones deben resaltarse de la sentencia.

En primer lugar, como ha señalado Cabanillas en su citado comentario, la relación que establece el TS entre el art. 1.317 C.c. y los arts. 1.401 y 1.402 C.c., los cuales protegen eficazmente a los acreedores mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad de gananciales y disponiendo los acreedores de los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de herencias (ex arts. 1.082 a 1.084 C.c.) (45). De ahí se puede derivar la idea de que el art. 1.317 C.c. no hay que relacionarlo tanto con el art. 1.335 C.c. cuanto con los arts. 1.362 y ss., es decir con la regulación de las cargas y las obligaciones de la sociedad de gananciales, y 1.399 y ss. C.c.

Lo que impide el art. 1.317 C.c. es una alteración del régimen de la responsabilidad, mejor, del sustrato patrimonial de la responsabilidad, no sólo mediante la atribución a un bien ganancial del carácter privativo del cónyuge no deudor mediante su adjudicación en la disolución y liquidación de la sociedad conyugal (que parece el supuesto de hecho ordinario), sino también la atribución del carácter de ganancial a un bien privativo del cónyuge deudor de deuda propia.

De esta manera, para determinar el perjuicio, la existencia de perjuicio, se debe concretar primero la naturaleza de la deuda (propia de un cónyuge o de la sociedad) y la masa de bienes que responde de su cumplimiento (el patrimonio personal de un cónyuge —el deudor— o el patrimonio ganancial). Del juego de tales criterios, combinados con las correspondientes adjudicaciones patrimoniales, se derivará la existencia o no de perjuicio para el tercero producido por la modificación capitular.

En segundo lugar, es también una cuestión importante la determinación de uno de los elementos del supuesto de hecho que contempla el art. 1.317 C.c. Decía anteriormente que, en virtud de una

(45) CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Comentario a la STS de 17 de noviembre de 1987...*, cit., p. 5169.

interpretación literal del artículo citado, el derecho debe ser adquirido con anterioridad a la modificación del régimen, es decir, con anterioridad a la inscripción registral de dicha modificación, pues hasta dicho momento no es oponible a tercero alguno. Ahora es preciso retomar aquel hilo.

Con buen criterio, la Sala extiende tal criterio y lo amplía al supuesto en que la modificación sea buscada de propósito para perjudicar un crédito futuro y privar de garantías a un acreedor de próxima y muy probable existencia. Piénsese —y el supuesto no es descabellado— en la modificación del régimen económico matrimonial producida en el iter adquisitivo del derecho por el tercero o en el momento que puede mediar entre la finalización de los tratos preliminares y la perfección del contrato, etc. En tales supuestos cobra especial importancia y trascendencia cuanto he dicho anteriormente acerca de la buena fe y la doctrina de los propios actos. Con criterio certero, el TS afirma que «aunque el requisito de la anterioridad del crédito constituye la hipótesis ordinaria, tampoco pueden descartarse los nacidos con posterioridad a la enajenación impugnada si se demuestra que se llevó a cabo en consideración del crédito futuro y a fin de privar de garantías a un acreedor de próxima y muy probable existencia». Tal doctrina ya la mantuvo la STS de 22 de marzo de 1981 así como la STS de 17 de febrero de 1986. Con posterioridad, la ha mantenido la STS de 28 de marzo de 1988.

Con ello, se traslada al supuesto normativo del art. 1.317 C.c. la polémica doctrinal surgida a raíz de la posterioridad del crédito respecto del acto impugnado mediante una acción rescisoria (la acción revocatoria ex art. 1.111 C.c.). Entendía De Castro (46) y con él una determinada dirección jurisprudencial (47), que si el acto impugnado es anterior al crédito no cabe el ejercicio de la acción revocatoria sino, en su caso, la derivada del art. 1.902 C.c.

No obstante, la doctrina más reciente, avalada también por una cierta dirección jurisprudencial, mantiene la tesis defendida en la sentencia que me ocupa y no deniega el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana aunque el crédito nazca con posterioridad al acto impugnado si tal acto (de enajenación) se realizó en consideración al crédito futuro «y a fin de privar de garantías al acreedor de próxima y muy probable existencia» (48). Así, además de las menciona-

(46) DE CASTRO, F., «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código civil» (1932), RDP, 193.

(47) Entre varias, SsTS, de 26 de abril de 1962 y de 14 de junio de 1987.

(48) Entre las SsTS, las mencionadas de 22 de marzo de 1981; de 17 de febrero de 1986; de 17 de noviembre de 1987 (que ahora me ocupa); y de 28 de marzo de 1988. En la doctrina, por último, MORENO QUESADA, Comentario al Código civil y Compilaciones forales, XVII, Madrid, 1981, p. 101; ORDUÑA MORENO, F.J., *La acción rescisoria por fraude de acreedores...*, cit., pp. 88 y ss.

das, la STS de 8 de julio de 1988 dice que «constando en los hechos probados de la sentencia de instancia la existencia de un crédito importante contra el marido, la fecha del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales anterior y muy cercana a aquella en que podía exigirse la obligación cambiaria, la adjudicación a la esposa de todos los bienes de la sociedad conyugal fácilmente localizables y la asignación al marido de dinero metálico únicamente, y la notoria desproporción la cantidad de dinero adjudicado al esposo y el valor real de los bienes adjudicados a la mujer, con arreglo a un criterio lógico se llega al convencimiento de que demandado y demandada consintieron la modificación de su régimen matrimonial de bienes y la adjudicación que se hizo de los hasta entonces bienes gananciales con el fin de procurar al primero una situación de insolvencia o de insuficiencia económica para no cumplir las obligaciones válidamente contraídas» (49).

Por último se ha manifestado en contra de mantener la anterior doctrina en el supuesto normativo del art. 1.317 C.c., Pasquau Liaño (50). Según este autor, tal doctrina jurisprudencial no es aplicable a los casos en que el crédito nace con posterioridad a las capitulaciones matrimoniales que se impugnan. Si lo que se pretende, prosigue el citado autor, con el art. 1.317 C.c. y sus correlativos de Derecho foral es impedir la retroactividad de la modificación en perjuicio de los acreedores, es claro que dicho principio jugará sólo en relación con los acreedores anteriores, pero no con los futuros. Ahora bien, si se consigue probar el fraude en tales supuestos, entonces el acreedor podrá y deberá acudir a la acción pauliana, sin que el principio de irretroactividad frente a terceros de las alteraciones del régimen matrimonial constituya obstáculo alguno.

No es vano el razonamiento de Pasquau Liaño, pero a mi juicio no se coloca en la perspectiva adecuada. Efectivamente es legítimo que los cónyuges modifiquen la organización económica de su matrimonio mediante pactos modificativos de las capitulaciones o a través de la mutación del régimen económico matrimonial (ex arts. 1.325 y 1.326 C.c.); es igualmente legítimo que intenten salvaguardar una parte del patrimonio conyugal y ponerla a salvo de los riesgos jurídico-económicos o de los avatares del tráfico (entiéndase, insolvencia, responsabilidad patrimonial...) que pueda ocasionar la actividad económica de uno o de ambos cónyuges. Este deseo, legítimo y tutelado por el Ordenamiento jurídico, conoce, sin embargo, límites: esencial-

(49) STS de 8 de julio de 1988, en (1988-4), *La Ley*, p. 671.

(50) PASQUAU LIAÑO, M., *Comentario a la STS de 24 de noviembre de 1988...*, cit., p. 1029.

mente, los derivados del art. 1.317 C.c. y de los arts. 1.401 y 1.402 C.c. en orden a la adecuada protección de terceros, además de los límites de la autonomía privada ex. art. 1.255 C.c.

El límite, por tanto (abstracción hecha ahora del 1.255 C.c.), está en el perjuicio. Esta es la perspectiva correcta. Porque la irretroactividad o inoponibilidad no es la finalidad de la norma contenida en el art. 1.317 C.c., sino un medio para alcanzar la verdadera finalidad: evitar el perjuicio del tercero, conceder a éste una determinada protección o garantía frente a inopinadas modificaciones capitulares. ¿Que el derecho no está ya o aún adquirido cuando se produjo la modificación del régimen económico? Claro, de lo contrario no estaría haciendo este razonamiento pues nos halláramos ante la hipótesis ordinaria del art. 1.317 C.c. No se trata, pues, de forzar el contenido de este precepto ni de extender su supuesto de hecho a todos los créditos ni a todas las hipótesis sino solamente a aquellas en que se verifica un efectivo perjuicio con causa en una modificación capitular para un derecho ya adquirido o cuya adquisición sea inminente, próxima «y de muy probable existencia». Si vale esta doctrina para la acción revocatoria o paulina, ¿por qué no para la facultad de oponibilidad que concede el art. 1.317 C.c. al tercero perjudicado? Insisto, no se trata de extender la hipótesis del art. 1.317 C.c. hasta el punto de neutralizar, siquiera en grado mínimo, los principios de libertad y mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, sino de extenderla a todos los supuestos en que la modificación se busca de propósito para causar un perjuicio a un tercero. ¿Por qué condenar a estos terceros a la tortuosa vía de la rescisión por fraude de acreedores, aliviada ciertamente por el juego de las presunciones, y negarles la más objetiva, sencilla y segura del art. 1.317 C.c.?

Obviamente, no se trata de la hipótesis ordinaria en que el acreedor debe probar el perjuicio y la anterioridad de su derecho respecto de la modificación capitular. Aquí, además del perjuicio, deberá probar la relación de causalidad entre éste y la modificación del régimen económico matrimonial del que deriva, relación más fácil de demostrar cuanto más próximas se hallen en el tiempo la modificación del régimen y la (posterior) adquisición del derecho. Piénsese que, además, el cónyuge deudor manifestará a su inmediato futuro acreedor la situación económica matrimonial anterior a la modificación, bien porque aún no se ha producido la modificación (aunque ya pensada) bien porque (aun producida) todavía no se ha inscrito.

D) STS de 25 de enero de 1989 (51)

Hechos: Una entidad bancaria demanda a José F. y a Rosa M. suplicando la rescisión de las capitulaciones otorgadas por los demandados en cuya virtud disolvieron y liquidaron la sociedad de gananciales. La entidad bancaria entendió que la modificación del régimen económico se produjo en fraude de acreedores e interesa su rescisión así como la cancelación de las inscripciones y anotaciones practicadas en el Registro de la Propiedad.

En Primera Instancia no se estimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó la sentencia de la instancia y estimó la rescisión de las capitulaciones por fraude de acreedores y las cancelaciones oportunas. El TS declara haber lugar al recurso de casación con base en el carácter subsidiario de la acción de rescisión por fraude de acreedores.

Doctrina: La disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de ganancias como consecuencia de las capitulaciones matrimoniales otorgadas vigente matrimonio, no perjudica en ningún caso los derechos adquiridos por terceros, pues si mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad los acreedores conservan sus créditos contra el cónyuge deudor, también el cónyuge no deudor responde con los bienes que se le hubiesen adjudicado, toda vez que exista una responsabilidad real de la masa de bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados.

Exigiendo el artículo 1.291 del Código civil, en su número tercero, para que pueda decretarse la rescisión de un contrato en fraude de acreedores que éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les debe, la jurisprudencia de esta Sala dictada en interpretación de tal precepto tiene declarado que la acción rescisoria es siempre subsidiaria y sólo puede ejercitarse cuando el perjudicado carezca de todo otro medio o recurso legal para obtener la reparación del perjuicio.

La doctrina transcrita consolida una dirección jurisprudencial ya asentada en nuestro sistema en virtud de la cual se entiende que la norma del art. 1.317 C.c. impide el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores en los supuestos de mutación del régimen económico matrimonial, no por la propia naturaleza del mecanismo que contiene el artículo ahora citado sino por el carácter subsidiario de la acción de rescisión (ex. arts. 1.291-3 y 1.294 C.c.). En esta línea jurisprudencial (abandonada sólo por la STS de 30 de enero de 1986, recogida supra) se hallan, entre muchas varias, las SsTS de 15 de febrero de 1986; 17 de febrero de 1986; 30 de septiembre de 1987; 17 de noviembre de 1987 y 8 de julio de 1988.

(51) STS de 25 de enero de 1989, en CCJC, núm. 19, pp. 121 y ss., con comentario de A. CABANILLAS.

Con ello parece consolidarse también otra posición que antes he planteado en forma de dilema: ¿contiene la norma del art. 1.317 CC una declaración de principios que debe concretarse y subsumirse casuísticamente en alguna de las categorías de ineficacia del contrato o expresa un tipo concreto y propio de ineficacia relativa para el caso de mutación del régimen económico del matrimonio? De la línea jurisprudencial apuntada se desprende claramente que la proposición correcta del anterior dilema es la segunda pues, si el perjuicio (que es siempre insolvencia, haya o no fraude) se condujera necesariamente a la rescisión por fraude de acreedores, no tendría sentido siquiera plantearse la prioridad en el ejercicio de las acciones, es decir, el carácter subsidiario de la acción de rescisión frente a cualquier otra acción, medio o recurso legal destinado a obtener la reparación del perjuicio. Con otras palabras, el hecho de plantearse la disyuntiva entre ejercitar principalmente la facultad de inoponibilidad a que se refiere el artículo 1.317 CC o la acción rescisoria ya manifiesta la independencia y separación de ambas posibilidades. Disyuntiva, por lo demás, resuelta en favor de la norma del art. 1.317 CC, como acabo de señalar.

También es importante en la sentencia que me ocupa la relación que mantiene entre la norma del art. 1.317 CC y los correspondientes de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, en concreto el art. 1.401 CC. Con ello reitero una idea que ya ha expresado antes: el art. 1.317 CC debe ser puesto en relación no con el art. 1.335 y concord. CC sino con los artículos que regulan las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales (arts. 1.362 y ss. CC) y los que regulan la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales (arts. 1.392 y ss.).

E) STS de 6 de diciembre de 1989 (52)

Hechos: Con fecha de 1 de julio de 1977, un matrimonio otorga capitulaciones matrimoniales mediante las que disuelve y liquida la sociedad de gananciales y adopta el régimen de separación de bienes. Entre las adjudicaciones, una determinada finca que era ganancial se atribuye a la esposa. Con anterioridad, el marido había aceptado una letra de cambio emitida el 10 de febrero de 1977 y exigible el 10 de diciembre de 1977, en virtud de una deuda propia. La modificación capitular se produjo, pues, entre la fecha de emisión de la cambial y la fecha de exigibilidad de la misma.

La entidad bancaria acreedora del marido traba de embargo la finca adjudicada a la esposa en las capitulaciones matrimoniales. La esposa interpone tercería de dominio.

(52) STS de 6 de diciembre de 1989, en CCJC, núm. 22, pp. 91 y ss. con comentario de A. CABANILLAS.

En los Tribunales de instancia se estima la tercería de dominio. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad bancaria.

Doctrina: (No transcribo la referida a la tercería de dominio). Es desechable la tesis de incluir en el pasivo del inventario la deuda contraída por el esposo, ya que ha de tomarse en consideración la fecha de la deuda y no la de iniciación del juicio ejecutivo. Conforme a lo expuesto, la deuda del esposo no era ganancial, y además a su vencimiento ya estaba liquidada la sociedad de gananciales y adjudicada la finca a la tercerista. El Banco recurrente no goza en caso alguno del «status» de acreedor de la sociedad, sino del esposo deudor.

La toma de razón en el Registro de la Propiedad del otorgamiento del pacto modificativo carece de relieve constitutivo o habilitante de ese pacto, sin perjuicio de que sea una previsión ajustada para publicidad de los derechos de terceros, como auténtica regla de terceros y no «inter partes».

Breve debe ser, por fuerza, el comentario a la doctrina establecida en esta sentencia. Abstracción hecha de la cuestión de la tercería de dominio que aquí importa relativamente, aunque es la cuestión central de la sentencia, es relevante el fundamento utilizado por el Tribunal para estimar dicha tercería toda vez que toma en consideración el juego de criterios a que me referí anteriormente para determinar la existencia o no del perjuicio.

La modificación del régimen económico matrimonial se produjo entre la fecha de libramiento de la letra de cambio y la fecha de exigibilidad de la misma. Ello significa que el derecho ya estaba adquirido y que, por tanto, una mutación del régimen podía perjudicarlo. En las capitulaciones matrimoniales que disuelven y liquidan la sociedad de gananciales y adoptan el régimen de separación, se adjudica a la esposa una determinada finca. Tal finca es posteriormente trabada de embargo por la entidad bancaria acreedora del marido. Frente a dicho embargo se interpone, por la esposa, tercería de dominio. ¿Por qué se estima la tercería de dominio? No sólo por reunir los requisitos exigidos para que prospere, a saber, la existencia de un justo título de dominio; la identificación del bien reclamado; y que el embargo o la traba se verifique para asegurar responsabilidades ajenas al tercerista. No sólo por eso; también porque la modificación del régimen económico no perjudicó el derecho adquirido por el acreedor. Efectivamente, aquí se halla el quid de la cuestión: no perjudicó el derecho adquirido por el acreedor, por lo tanto no era invocable el art. 1.317 CC. ¿Por qué? Porque la deuda no era ganancial, mejor, no era una deuda de la que respondían los bienes gananciales, sino una deuda propia del marido y, por tanto, de la que respondía él con su patrimonio personal. Estamos, por tanto, ante la hipótesis del art. 1.373 CC: cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privados no fueran suficientes para hacerlas efectivas; el acreedor podrá

pedir el embargo de bienes gananciales (aquí ya no porque la sociedad fue disuelta y liquidada), que será inmediatamente notificado al otro cónyuge (no deudor) y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla.

Por tanto, la entidad bancaria acreedora hubiera debido trabar de embargo los bienes del cónyuge deudor, según resultas de las adjudicaciones. Constante la sociedad de gananciales, los únicos acreedores que tienen derechos, en su caso, ya adquiridos de los que responderán los bienes gananciales son, precisamente, los acreedores de la sociedad conyugal, los acreedores de aquellas deudas que son a cargo de la sociedad de gananciales ex arts. 1.362 y ss. C.c.

¿Qué vía queda, entonces, a los acreedores del cónyuge deudor de deuda propia? Ciertamente, no la vía del art. 1.317 CC sino la de la rescisión de las concretas adjudicaciones cuando se han realizado fraudulentamente (v.gr. notable desequilibrio en las atribuciones patrimoniales entre los cónyuges).

A mi entender esto no significa, como ha mantenido alguna doctrina (53), que la norma del art. 1.317 C.c. sólo desarrolla su virtualidad en sociedad de gananciales, es decir, en la modificación del régimen de sociedad de gananciales y adopción de un régimen de separación de bienes. Caben también otras hipótesis. En primer lugar porque lo fundamental es que se altere el régimen de responsabilidad de determinados bienes en perjuicio de terceros con derechos ya adquiridos y que dicha alteración se produzca a través de una modificación del régimen económico matrimonial; y, en segundo lugar, porque la norma del art. 1.317 C.c. se contiene en sede de Disposiciones generales del régimen económico matrimonial (arts. 1.315 a 1.324 C.c.). Cabe incluso imaginar algún supuesto: el paso de un régimen de separación a uno de comunidad (por ejemplo, universal) en el que el patrimonio común está compuesto exclusivamente (o casi exclusivamente) por todos los bienes del cónyuge deudor por deudas propias. Parece que no hay duda en que tal modificación del régimen económico puede perjudicar los derechos ya adquiridos por terceros acreedores del cónyuge deudor, máxime si a aquel régimen de comunidad se le aplican por analogía determinadas normas del de sociedad de gananciales.

En definitiva, lo importante de esta sentencia es el triunfo de la tercera de dominio interpuesta por la esposa (cónyuge no deudor) con base en el argumento de que, aun producida la modificación del régimen económico del matrimonio y aun considerándose ya adquirido el derecho del tercero, no hubo perjuicio de tal derecho porque la deuda

(53) Entre otras, *vid.* RrDGRN de 29 de mayo de 1987, de 28 de octubre de 1987 y de 6 de noviembre de 1987.

era propia de uno de los cónyuges o, lo que es lo mismo, la deuda no era a cargo de la sociedad de gananciales (ex arts. 1.317, 1.362 y ss. y 1.373 CC). Así, no son invocables el art. 1.317 CC ni los arts. 1.401 y 1.402 del mismo cuerpo legal.

F) En sentido contrario resolvió la **STS de 21 de julio de 1987**, pero en el supuesto la deuda sí era ganancial. Dice el TS en la citada sentencia: en el caso procede rechazar el argumento de que si la tercera actuada ha de fundarse en el dominio de los bienes embargados, y tal dominio aparece acreditado en la escritura pública de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad de gananciales, es manifiesto que la tercera debe prosperar, conclusión insostenible pues no puede olvidarse que *en el caso no se trata de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente gananciales y después adjudicados a la esposa en las referidas capitulaciones, sino de hacer efectivos sobre ellos los derechos de terceros adquiridos con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial*, modificación que a tenor del art. 1.317 CC no puede perjudicar en ningún caso tales derechos, por lo que si la sentencia afirma, afirmación no desvirtuada en el recurso, que los créditos por los cuales se embargaron los bienes cuyo dominio exclusivo alega la tercerista eran anteriores a la escritura de capitulaciones, en virtud de la cual se pasó del régimen legal de gananciales al de separación de bienes, *con adjudicación a la esposa de las fincas reivindicadas, que eran gananciales y si no se ha discutido la facultad del marido para obligarlos en el ejercicio de su profesión*, es manifiesta la improcedencia de la tercera para liberar tales bienes de las trabas a que están sujetos (54).

Por tanto, como he venido insistiendo, la determinación del perjuicio (que es insolvencia o privación de garantías, normalmente) se debe realizar concretando primero la naturaleza de la deuda, consorcial o propia del cónyuge, y si la modificación capitular implica una alteración del sustrato patrimonial de la responsabilidad del deudor. Por ello, normalmente, el precepto del art. 1.317 CC desarrollará su virtualidad en el supuesto de modificación capitular con adjudicación al cónyuge no deudor, como privativos, de bienes gananciales valiosos, siendo la deuda a cargo de la sociedad de gananciales. En cambio, no será invocable normalmente si la deuda es propia de uno de los cónyuges pues sus acreedores no tienen sobre el patrimonio ganancial un derecho ya adquirido (cfr. art. 1.371 CC).

En contra se manifiesta Ragel Sánchez (55). Según este autor, debe admitirse la aplicación del art. 1.317 CC al supuesto de deuda privativa anterior a la modificación del régimen de gananciales por el de separa-

(54) STS de 21 de julio de 1987, en la Ley, 1987-4, pp. 723 y 724.

(55) RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, cit.; también, *Comentario a la RDGRN de 16 de febrero de 1987...*, cit., pp. 4538 y 4539.

ción de bienes, si bien precisa el alcance de su aplicación que, claramente, no puede ser el mismo que en el supuesto de deuda ganancial: el acreedor, dice Ragel, debe seguir ostentado, por imperativo del art. 1.317 CC, el derecho de ejecutar sobre la mitad del valor de los bienes gananciales (ex art. 1.373 CC), traducido en la parte adjudicada al deudor en la liquidación.

Realmente no se entiende muy bien la posición de Ragel ni la relación que establece, como base de su razonamiento, entre los arts. 1.317 y 1.373 CC. En virtud de este último precepto, de las deudas propias de un cónyuge responde su propio patrimonio y, si éste es insuficiente, el acreedor puede pedir el embargo de bienes gananciales, a salvo la facultad conferida por el propio precepto al cónyuge no deudor.

De ahí deriva el citado autor que los derechos adquiridos por el acreedor en el momento del nacimiento del débito están limitados a la posibilidad de ejecutar sobre la mitad del valor de los bienes gananciales cuando el cónyuge no deudor defienda adecuadamente sus derechos. Hasta aquí estoy de acuerdo, aunque no sé cómo actúa el art. 1.317 CC salvo manteniendo el carácter ganancial de los bienes adjudicados. Dicha mitad del valor se traduce, según el autor, en la parte adjudicada al deudor de la liquidación. Aquí ya me surgen dudas: en primer lugar, si se mantienen las adjudicaciones patrimoniales hechas en la liquidación habrá que determinar si perjudican o no al derecho ya adquirido por el tercero para conocer la virtualidad del art. 1.317 CC; en segundo lugar, si se mantienen las adjudicaciones y, por tanto, la modificación del régimen económico, no puede invocarse, a mi entender, el art. 1.373 CC, salvo que previamente se haya mantenido, invocando el art. 1.317 CC, la inoponibilidad del nuevo régimen (o, es lo mismo, la sobrevivencia del antiguo) frente al acreedor (56).

El remanente adjudicado al cónyuge deudor puede ser suficiente o insuficiente, en el momento mismo de la adjudicación, para satisfacer la deuda propia. En el primer caso, no se produce perjuicio, al menos no se produce perjuicio derivado de la modificación del régimen. En el segundo caso, a juicio de Ragel Sánchez, el acreedor privado únicamente podrá impugnar la adjudicación incorrectamente realizada, cuando la parte adjudicada al deudor resulte de valor inferior a la mitad del remanente líquido. En tal supuesto, podría acudir al remedio subsidiario de la acción rescisoria, pero no si la liquidación se ha realizado correctamente y el valor de la parte adjudicada al

(56) En un sentido similar se manifiesta CABANILLAS, al señalar que, a su juicio, producida la disolución de la sociedad de gananciales por capitulaciones matrimoniales, «no tiene ya sentido la aplicación del art. 1.373 CC, puesto que este precepto sólo es aplicable cuando existe la sociedad de gananciales y, por tanto, no ha tenido lugar su disolución». Así, lo lógico es que, al tratarse de una deuda propia, el embargo se dirija contra los bienes que corresponden al cónyuge deudor tras la liquidación. Comentario a la STS de 6 de diciembre de 1989, en CCJC, núm. 22, p. 101.

cónyuge deudor coincide con la mitad del remanente líquido (57). Abstracción hecha de la bondad del razonamiento, no entiendo cómo actúa o cómo ha actuado la norma del art. 1.317 C.c. Si lo que se pretende es mantener vigente la norma del art. 1.373 C.c. para evitar el perjuicio del acreedor, inexorablemente entraremos en el mundo de las ficciones; y si, además, se mantiene la disolución del régimen de gananciales y las adjudicaciones patrimoniales realizadas en virtud de la liquidación, es decir, si se mantiene el régimen de separación, entonces parece contradictorio invocar el art. 1.373 C.c., el cual funciona constante sociedad de gananciales aunque pueda provocar, por mor de la facultad concedida al cónyuge no deudor, la disolución de la misma.

En definitiva, a mi entender el error en el razonamiento expuesto por Ragel Sánchez se halla en el hecho de admitir que la mitad del valor de los bienes gananciales se traduce en la parte adjudicada al cónyuge deudor en la liquidación de la sociedad, porque entonces:

i) Si la parte adjudicada es suficiente para pagar la deuda, no sucede nada. Si en el momento del cumplimiento los bienes del deudor no son suficientes, el acreedor deberá proceder por la vía ordinaria, pero no podrá atacar la modificación del régimen económico. No podrá, pues, invocar la norma del art. 1.317 C.c.:

ii) Si la parte adjudicada no es suficiente, pero la liquidación se realiza correctamente, el deudor será insolvente. Nos hallamos ante un supuesto similar al del art. 1.373 C.c. para el caso de que no sean bastantes los bienes propios del cónyuge deudor ni el valor de la parte que ostenta en la sociedad de gananciales. Tampoco aquí juega el art. 1.317 C.c. porque, en el planteamiento de Ragel, la mitad del valor de los bienes gananciales objeto del posible embargo ex art. 1.373 C.c. se traduce en la parte adjudicada al cónyuge deudor.

iii) Si la parte adjudicada no es suficiente y la liquidación se realizó incorrectamente, es decir, mediante una serie de atribuciones patrimoniales claramente desproporcionada o desequilibrada, entonces, según Ragel Sánchez, el acreedor sólo puede satisfacer su crédito acudiendo al remedio subsidiario de la acción de rescisión. Tampoco aquí, pues, desarrolla su virtualidad la norma del art. 1.317 CC.

Anteriormente he mantenido la aplicabilidad del art. 1.317 CC a cualquier modificación del régimen económico del matrimonio con base en los argumentos que allí expuse y no conviene reiterar ahora. Mas debe tratarse de una aplicación sin matices cuando concurre el supuesto de hecho previsto por la mencionada norma: que la modificación produzca un perjuicio al derecho ya adquirido por un tercero. La finalidad del art. 1.317 C.c. es preservar a los acreedores o terceros con derechos ya adquiridos (o en vías de adquisición) del perjuicio que les

(57) RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Comentario...*, cit., pp. 4539 y 4540.

pueda ocasionar una mutación del régimen económico matrimonial de su deudor o deudores. El medio para alcanzar dicha finalidad no es una ficción (como parece desprenderse de las palabras de Ragel al invocar al art. 1.373 C.c.) sino el mantenimiento de la situación jurídica anterior a la modificación a través de la ineficacia relativa de ésta. Es decir, manteniendo el sistema de responsabilidades patrimoniales existente cuando nació la deuda, de ahí la importancia de determinar —para conocer si hay o no perjuicio— la naturaleza privativa o ganancial de la deuda. Porque, siendo la deuda propia de uno de los cónyuges, sus acreedores no tienen derecho alguno sobre los bienes gananciales y la posibilidad que les concede el art. 1.373 C.c. queda extremadamente limitada en el mismo artículo por la facultad concebida al cónyuge no deudor. Más todavía: admitida la aplicación del art. 1.317 C.c. a los supuestos de deuda propia de uno de los cónyuges, su aplicación implicaría —como creo— no la del art. 1.373 C.c. (ya imposible por la disolución de la sociedad de gananciales) ni la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria (impedida por su carácter subsidiario y la aplicación del art. 1.317 C.c.) sino el mantenimiento del sistema de responsabilidad patrimonial, lo cual es una idea cercana a la mantenida por Ragel pero con una clara diferencia: aquí no se entiende que la mitad del valor de los bienes gananciales, sobre la que el acreedor tiene derecho a ejecutar, se traduce en la parte adjudicada al cónyuge deudor en la liquidación. De admitir esta coincidencia —como hace el citado autor— imposibilitaríamos la aplicación del art. 1.317 C.c. y estaríamos abocados a seguir la vía del régimen ordinario del cumplimiento/incumplimiento o de la rescisión.

IV. LA RELACION ENTRE EL ART. 1.317 Y EL ART. 144 RH. LA CUESTION REGISTRAL

El art. 144-1 RH, tras la redacción dada por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, establece que para que sea anotable en el Registro de la Propiedad embargo de bienes comunes durante la vigencia de la sociedad conyugal incluso cuando uno solo de los cónyuges aparezca como deudor, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges o que el embargo ha sido notificado al cónyuge no demandado, en el supuesto del párrafo siguiente. El segundo párrafo dice que cuando se persigan bienes comunes, a falta o por insuficiencia de los privativos, por deudas propias de uno solo de los cónyuges, en el supuesto previsto en el artículo 1.373 del Código civil, bastará que haya sido notificado el embargo al cónyuge no deudor.

Se trata, por tanto, de dos normas distintas que contemplan supuestos de hecho diversos:

El párrafo primero se refiere al embargo, constante sociedad conyugal, de bienes comunes por deudas comunes, aunque sólo uno de los

cónyuges aparezca como deudor (vid. art. 1.369; y arts. 1.365; 1.368 y 1.371 C.c.).

El párrafo segundo previene también el embargo de bienes comunes, mas en el supuesto del art. 1.373 C.c., es decir, embargo de bienes comunes por deudas propias de uno sólo de los cónyuges, a falta o por insuficiencia de bienes privativos del cónyuge deudor.

En el primer supuesto la anotación del embargo requiere que la demanda se haya dirigido contra ambos cónyuges, lo cual es lógico pues se trata de bienes comunes y de deudas de la sociedad conyugal. En el segundo supuesto, basta que el embargo se haya notificado al otro cónyuge (es decir, al cónyuge no deudor) porque así, en concordancia con el art. 1.373 C.c., se le facilita el ejercicio de la facultad que le confiere este último precepto: exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal.

Nótese que ambas normas (las del art. 144-1 párrafos primero y segundo RH) están pensadas constante comunidad conyugal (58), aunque de la segunda —en relación con el art. 1.373 C.c.— puede seguirse, si es el caso (59), la disolución de la sociedad de gananciales.

Abstracción hecha de los problemas doctrinales surgidos a la luz de la regulación anterior (tanto al Real Decreto de 1982 cuanto a la reforma del Código civil de 1981), por cuanto aquí interesa la cuestión debe plantearse respecto de la relación entre el art. 1.317 y conc. C.c. y el art. 144-1 RH. Desde esta perspectiva, la relación sólo puede establecerse determinando un concreto supuesto de hecho, es decir, el régimen económico del matrimonio, la naturaleza de la deuda, y la modificación del régimen económico. Ello permite despreciar determinados supuestos como aquellos en que se trate de un régimen de separación o aquellos en que la deuda haya sido contraída por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro o aquellos en que la deuda es propia de uno solo de los cónyuges (éste supuesto lo resuelve el art. 1.373 C.c. en relación con el art. 144-1 párrafo segundo RH), así como los supuestos de sociedad de gananciales no disuelta y los de sociedad conyugal disuelta pero no liquidada.

El supuesto paradigmático sería el siguiente: matrimonio cuyo régimen económico es el de sociedad de gananciales; deuda contraída por un solo cónyuge de la que responden los bienes gananciales (se ex-

(58) Tómese en consideración que el art. 144-1, párrafo primero RH se refiere a los bienes comunes y a la sociedad conyugal, por lo que puede entenderse que no se ciñe exclusivamente a la sociedad de gananciales sino a cualquier régimen de comunidad. No obstante, el párrafo segundo sí se refiere a la sociedad de gananciales.

(59) Es decir, si el cónyuge no deudor exige la sustitución de los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor de la sociedad de gananciales.

cluyen los supuestos en que la deuda sea contraída por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro (60); disolución de la sociedad de gananciales (así se excluyen los supuestos de sociedad de gananciales no disuelta y los de sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada (61)) y adopción del régimen de separación con adjudicación de los bienes inmuebles al cónyuge no deudor. Insuficiencia patrimonial del cónyuge deudor. El acreedor pretende el embargo de los bienes que eran gananciales pero que, tras la disolución y liquidación de la sociedad, se adjudicaron al cónyuge no deudor y aparecen inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad. El Registrador deniega la inscripción del embargo alegando que los bienes no figuran inscritos a nombre del embargado sino de un tercero: el principio de tracto sucesivo (arts. 20 y 40 LH) impide la inscripción del embargo. El acreedor alega la norma del art. 1.317 CC y la del art. 1.401 CC. El art. 144-1 párrafo primero RH exige que la demanda sea dirigida contra ambos cónyuges, pero tal precepto se refiere a la anotación del embargo de bienes comunes de la sociedad conyugal y ahora, aquí, los bienes son privativos y el régimen es el de separación.

Ello podría hacer pensar que, entonces, no es aplicable el art. 144-1 RH, pero esta conclusión la impediría el art. 1.317 CC y, al tratarse de una deuda de la sociedad, también el art. 1.401 CC.

Las cuestiones, pues, parecen ser dos: cómo actúa el art. 1.317 CC en relación con el art. 144-1 RH; y si es realmente necesario que la de-

(60) En el primer supuesto, parece claro que la demanda deberá dirigirse contra los dos cónyuges, pues ambos son deudores y, en opinión de De la Cámara, «tanto si se solicita el embargo de los bienes adjudicados a uno de ellos solamente como si se pretende embargar bienes adjudicados al marido o a la mujer separadamente o en pro indiviso ordinaria», DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», (1986-II), ADC, 516. En el segundo supuesto (deuda contraída por un cónyuge con el consentimiento del otro), entiende el citado autor (*op. ult. cit.*, pp. 516 y 517) que liquidada la sociedad de gananciales parece que el acreedor puede optar entre demandar a los dos cónyuges o solamente a uno de ellos, aunque el demandado no sea quien contrajo la deuda (ex art. 1.401 el cónyuge no deudor responde de las deudas de la sociedad pendientes de pago). No obstante, concluye De la Cámara, «lo que no resulta posible es demandar únicamente al cónyuge deudor y pretender que se embarguen bienes adjudicados al otro cónyuge. En la medida en que ese embargo ecuentra su fundamento en lo dispuesto por el art. 1.401... es necesario demandarle también a él (al cónyuge no deudor titular registral de los bienes) para que pueda anotarse el embargo» (De la Cámara, *op. et loc. ults. cit.*). *Vid.*, también PRESA DE LA CUESTA, A.M., «Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad», (1984), RCDI, 1.232, al señalar que cuando el mandamiento de embargo llega al Registro y hay bienes inscritos a nombre del cónyuge no deudor en virtud de capitulaciones matrimoniales, la actuación registral es sencilla, independientemente de los derechos que al acreedor pudieran corresponderle: «denegar el mandamiento por resultar la finca inscrita a nombre de tercera persona, contra la cual, aunque notificada, no se ha seguido el procedimiento».

(61) Tales supuestos los resuelve directamente (con mejor o peor fortuna, según el jurista que los interprete) el art. 144 RH. No hay, por tanto, cuestión alguna respecto de la relación entre el precepto citado y la norma contenida en el art. 1.317 C.c.

manda se haya dirigido contra ambos cónyuges, como preceptúa el último artículo citado.

Respecto de la primera cuestión, la solución debe hallarse en la relación entre los arts. 1.317 C.c. y 1.401 C.c. En virtud del primero, la modificación del régimen económico no perjudica los derechos ya adquiridos por terceros. En virtud del segundo, 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 hubiera formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial.

Por tanto, los bienes adjudicados al cónyuge no deudor siguen respondiendo de las deudas de la sociedad (y si no se ha formulado inventario, responderá con todos sus bienes). Así debe entenderse, en este caso, la norma del art. 1.317 C.c.: los bienes siguen sujetos al mismo juego de responsabilidad a que estaban sujetos en el momento en que se contrajo la deuda. Ello no significa que la inoponibilidad derivada del art. 1.317 C.c. implique que, frente al acreedor de derecho ya adquirido, los cónyuges están aún bajo un régimen de gananciales. Mantener esta posición sería tanto como mantener una ficción que, además, no se halla en ningún precepto. La norma significa, en relación con el art. 1.401 C.c., lo dicho: los bienes soportan, tras la modificación del régimen económico, la misma responsabilidad que durante el régimen económico modificado y frente a los acreedores con derechos ya adquiridos cuando se produjo la modificación.

Lo anterior nos coloca en posición de responder a la segunda de las cuestiones, pues no se trata tanto de un problema de titularidad cuanto de un problema de responsabilidad. El art. 1.317 C.c., a mi entender, no preserva el carácter ganancial de los bienes (ahora ya adjudicados a uno de los cónyuges) sino la responsabilidad o el ámbito de responsabilidad que deben soportar tales bienes o, si se prefiere, el titular de dichos bienes tras la adjudicación de los mismos. En este sentido, no cabe duda que la norma del art. 1.317 C.c. se halla en íntima relación con la del art. 1.401 C.c. Mas ello no parece legitimar a los acreedores perjudicados para quebrar el principio de tracto sucesivo (art. 20 LH) y el de legitimación (art. 38 LH, en concreto y para el caso, su apartado tercero).

Valen aquí las palabras transcritas de De la Cámara porque el art. 144-1 RH está pensando en el supuesto de bienes comunes constante sociedad de gananciales (aún no disuelta o disuelta pero no liquidada) y no si ésta ha sido ya disuelta y liquidada; y porque, a quien corresponde determinar la masa patrimonial sobre la que hacer efectiva la responsabilidad (y, por tanto, previamente si la deuda es propia de uno de los cónyuges o es ganancial) es a los Tribunales y no a los Registradores.

No resulta posible, pues, como ha dicho De la Cámara, demandar únicamente al cónyuge deudor y pretender que se embarguen bienes

adjudicados al otro cónyuge: es necesario demandar también a éste para poder anotar el embargo (62).

¿Cómo actúa entonces el art. 1.317 C.c.? En el caso que me ocupa, de la misma manera que el art. 1.401 C.c. pero determinando los bienes sobre los que hacer efectiva la traba de embargo y, además, eximiendo a los acreedores de la prueba del fraude: les bastará probar el hecho de que la deuda es de aquellas de las que deben responder directamente o solidariamente los bienes gananciales (arts. 1.362 y ss. C.c.), que los bienes sobre los que se pretende el embargo eran gananciales antes de la modificación del régimen económico conyugal, y que dicha modificación —posterior a la adquisición de sus derechos— les ha perjudicado (63).

Por tanto, el art. 1.317 C.c. (así como el art. 1.401 C.c.) mantiene la responsabilidad de los bienes, no su titularidad ganancial. De esta manera:

- a) El acreedor puede demandar al cónyuge deudor y trabar de embargo los bienes adjudicados a éste. En este caso, no debe demandar al cónyuge no deudor no titular de los bienes que pretende embargar. Ni siquiera se le deberá notificar el embargo (64).
- b) Si pretende trabar de embargo bienes adjudicados al cónyuge no deudor, deberá demandar a ambos cónyuges (y no sólo al cónyuge deudor) porque precisamente lo que permite el art. 1.317 C.c. (y el art. 1.401 C.c.) es embargar determinados bienes (antes gananciales) adjudicados al cónyuge no deudor (lo cual no podría hacer sin normas similares a las citadas), pero no quebrar el principio de tracto sucesivo (65).

(62) DE LA CÁMARA, *op. et loc. cit.* ad nota 42.

(63) Acerca de la anterioridad del derecho («derechos ya adquiridos») y del perjuicio, vid. lo dicho supra.

(64) En sentido similar, pero más matizado DE LA CÁMARA, «La sociedad de gananciales...», *cit.*, p. 517, cuando dice «... no debe exigirse para anotar el embargo que la demanda se dirija también contra el otro cónyuge (el cónyuge no deudor no titular registral); debe bastar la notificación y aún este requisito parece tal vez superfluo».

(65) Por lo demás, esta ha sido la doctrina constante de la Dirección General de los Registros y del Notariado antes de la reforma de 1981: en virtud del principio de tracto sucesivo se denegaba la anotación del embargo por deudas (presuntamente gananciales ex derogado art. 1.408-1 C.c.) contraídas por el marido constante sociedad de gananciales si la demanda se había dirigido sólo contra el cónyuge deudor no titular registral de los bienes ya adjudicados al cónyuge no deudor y no también contra éste. Así, las conocidas RrDGRN de 6 de noviembre de 1981, de 10 de noviembre de 1981 y de 19 de noviembre de 1981. En todas ellas, la DGRN mantiene que la inscripción de la anotación preventiva de embargo sobre bienes que antes de la disolución y liquidación de la sociedad eran gananciales, pero adjudicados al cónyuge no deudor tras la liquidación, debe dirigirse contra los dos cónyuges. Y ello con base en los arts. 20 (principio de tracto sucesivo) y 38 (principio de legitimación) LH.

Con otras palabras, el art. 1.317 C.c. no mantiene la titularidad ganancial del bien o de los bienes adjudicados al cónyuge no deudor, lo cual no sería sino una ficción, sino el régimen de responsabilidad de tales bienes. Por ello, como he dicho, se pueden trabar de embargo dichos bienes, pero demandando también al cónyuge no deudor titular de los bienes, sin necesidad de acudir a la rescisión de las adjudicaciones patrimoniales. En definitiva, el art. 1.317 C.c. (como el art. 1.401 C.c. en sede de sociedad de gananciales) se limita a mantener intacto el régimen de responsabilidad de determinados bienes, no el de su titularidad.

En contra, MAGARIÑOS BLANCO, V., «Cambio de régimen económico...», *cit.*, pp. 59 y ss., y ROJAS MONTES, «Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones», *AAMN*, XXVI, 1985, p. 327, para quienes debe considerarse que no se produce una ruptura del tracto sucesivo sino un tracto modalizado o un relativo cambio de la titularidad.

La RDGRN de 28 de marzo de 1983 así como las STS de 26 de septiembre de 1986 han mantenido que basta demandar al cónyuge deudor y notificar el embargo al cónyuge no deudor ya la deuda contraída unilateralmente sea propia del cónyuge que la contrajo, ya sea de las que responde la masa ganancial.

Así, afirma la STS referida que la locución del art. 144 del Reglamento Hipotecario, exigiendo la interposición de la demanda contra ambos cónyuges para hacer posible el embargo por deudas a cargo de la sociedad, fue matizada por la DGRN en el sentido de que para la salvaguarda de los derechos de la mujer sobre los inmuebles comunes era suficiente que le fuera notificada la pendencia del proceso contra su consorte y el embargo. Más todavía: la exigencia de la demanda conjunta a ambos cónyuges no guarda armonía con el carácter individual de la calidad de deudor, cualesquiera que sean las masas patrimoniales que tal actuación individual haya podido sujetar a responsabilidad, ya que cuando la ley establece que uno de los cónyuges, como órgano social, puede obligar los bienes gananciales, hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja de unos bienes, en este caso los gananciales, si hay incumplimiento, y sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente han contratado con uno sólo de ellos, así como tampoco obligar al cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso cuando, aunque se vea afectado, no está obligado ni directamente ni como fiador.

Al comentar la señalada sentencia, CARRASCO PERERA (Comentario a la STS de 26 de septiembre de 1986, CCJC, núm. 12, p. 4041) estima incluso que la no necesidad de demanda conjunta es un principio válido, aunque la finca esté inscrita a nombre de otro cónyuge como presuntivamente ganancial, a pesar todo ello de los principios de los arts. 20 y 40 LH.

A pesar de la importancia de la doctrina transcrita, no entro en su exégesis porque, nótese, se trata de un supuesto distinto al que me ocupa. Tanto en el supuesto contemplado por la sentencia TS cuanto en el de la resolución DGRN el embargo se traba constante sociedad de gananciales. En cambio, en el supuesto que me entretiene, aunque la deuda se contrajo constante sociedad, el embargo se traba una vez disuelta y liquidada la sociedad de gananciales y, por tanto, una vez adjudicados los bienes a los cónyuges. Como he dicho antes, el supuesto escapa de la norma del art. 144-1 RH, al que me refiero sólo *per relationem* con el art. 1.317 C.c.

A) RDGRN de 16 de febrero de 1987 (66)

Hechos: V.L.A. avala determinadas letras de cambio aceptadas por MC S.A. Posteriormente, otorga con su mujer escritura pública de capitulaciones matrimoniales por la que disuelven y liquidan la sociedad de gananciales y adoptan el régimen de separación de bienes. A la esposa se le adjudican determinados bienes inmuebles. Tras el impago de las letras de cambio, el acreedor formula demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra MC S.A. y V.L.A. La sentencia es favorable y se traban de embargo los bienes inmuebles adjudicados a la mujer del avalista e inscritos en el Registro de la Propiedad también a su nombre.

El Registrador de la Propiedad deniega la anotación preventiva de embargo ya que los bienes figuran inscritos a nombre de la mujer de V.L.A. (el avalista) como propios, la cual no ha sido demandada. El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid y la Dirección General de los Registros y del Notariado confirman la decisión del Registrador.

Doctrina: No constando que de la deuda hayan de responder los bienes gananciales, rige el principio establecido en el artículo 1.373 del Código civil. Y si bien este mismo precepto prevé que el acreedor privativo puede pedir el embargo de bienes gananciales concretos, no cabe, para conseguir una vez disuelta la sociedad de gananciales, el embargo directo de un bien ganancial concreto, invocar el principio según el cual «la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros» (art. 1.317 del Código civil), pues los acreedores privativos del marido no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos, ya que del mismo artículo 1.373 del Código civil se desprende 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 la disolución de la sociedad de gananciales, el embargo sólo es posible sobre la parte que ostente el cónyuge deudor en la sociedad de gananciales.

Una vez disuelta la sociedad de gananciales, cabe, pues, el embargo de la parte que al marido deudor corresponda en la sociedad de gananciales.

Si la partición está ya consumada, lo único que les queda a los acreedores es la impugnación en los términos que la Ley prevé (cfr. art. 403 del Código civil). Si del Registro resulta que la sociedad de gananciales no sólo está disuelta, sino que el patrimonio común está liquida-

(66) RDGRN de 16 de febrero de 1987, en CCJC, núm. 14, p. 4533, con comentario de L. F. Ragel Sánchez.

do y partido, los acreedores privativos de un cónyuge sólo pueden embargar los bienes que integren el lote o porción material que a ese cónyuge haya correspondido en la partición (a salvo las posibles acciones de impugnación de la partición que, en su día, podrá provocar anotación preventiva de demanda).

La importancia de la Resolución radica, fundamentalmente, en la novedad del supuesto: hasta ese momento, como señaló oportunamente Rangel Sánchez (67), no se había planteado la aplicación de la legislación hoy vigente al supuesto específico. Aunque la DGRN ya había aplicado la normativa introducida por la Ley de 13 de mayo de 1981, todavía no se había pronunciado sobre un supuesto como el que me ocupa.

Por contra, el supuesto (y la doctrina de la DGRN) pierde importancia para este trabajo concreto puesto que no se ajusta al tema aquí estudiado: la relación entre el art. 1.317 C.c. y el art. 144-1 RH. Efectivamente, al determinar el carácter propio de la deuda contraída por el cónyuge al avalar determinadas letras de cambio, el problema se centra en la relación (invocada por el acreedor) entre el art. 1.317 C.c. y el art. 1.373 C.c., es decir, si disuelta y liquidada la sociedad de gananciales, los acreedores de uno de los cónyuges por deudas propias de éste pueden trabar de embargo los bienes que con anterioridad a la disolución y liquidación de la sociedad y en el momento de contraerse la deuda, eran gananciales. Para ello, se invoca el art. 1.317 C.c. en relación con el art. 1.373 C.c. La doctrina de la DGRN es clara: no cabe tal invocación pues los acreedores privativos del cónyuge deudor no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos, como deriva del último de los preceptos indicados (68). En el mismo sentido se manifiesta la RDGRN de 29 de mayo de 1987, la cual, no obstante, apunta que las posibilidades del acreedor sobre los bienes que fueran gananciales —aunque ya adjudicados al cónyuge no deudor (y, por tanto, ya propios de éste) tras la liquidación de la sociedad de gananciales— serían mayores si la deuda fuera de las que debe responder la masa ganancial.

(67) RANGEL SÁNCHEZ, *Comentario...*, cit., p. 4536.

(68) Otras cuestiones plantea igualmente la RDGRN que ahora comento. V. gr., la aplicabilidad del art. 1.317 C.c. a supuestos diversos de la modificación del régimen de sociedad de gananciales por un régimen de separación de bienes (a lo cual contesta negativamente tanto en la presente resolución cuanto en otras posteriores como las Rr. de 29 de mayo de 1987, de 28 de octubre de 1987 y de 6 de noviembre de 1987, entre otras); la posibilidad de que sea el Registrador y no los Tribunales quien determine el carácter propio o ganancial de la deuda cuya efectividad se pretende precisamente mediante el embargo, etc. A tales cuestiones ya me he referido con anterioridad y no parece conveniente reiterarlas ahora. Como fuere, me remito a lo dicho antes así como a la monografía de RANGEL SÁNCHEZ, L. F., *Ejecución sobre bienes gananciales...*, cit., y a su comentario a la Resolución DGRN de 16 de febrero de 1987, también citada.

Nada dice, pues, acerca del supuesto de que la deuda fuera de aquellas de las que debe responder la masa ganancial. En tal caso, como ya he mantenido, sí podrá invocarse la norma del art. 1.317 C.c. y trabar de embargo los bienes que fueran gananciales aunque ahora aparezcan como propios del cónyuge no deudor. Aquí, el problema sería de índole formal: ¿debe demandarse también al cónyuge no deudor titular registral de los bienes que se pretenden embargar? La respuesta a esta cuestión, como ya he señalado, debe ser afirmativa, lo cual no deriva tanto del art. 144-1 RH (por las razones ya expuestas: se refiere al embargo de bienes comunes constante sociedad) cuanto de los citados arts. 1.317 y 1.401 C.c. en relación con los principios registrales de tracto sucesivo y de legitimación (arts. 20 y 38 LH, respectivamente). Mas para ello deberá constar el carácter ganancial de la deuda así como la prueba de la verificación de supuesto de hecho del art. 1.317 C.c.

