

IMPUGNACIÓN DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES OTORGADAS EN FRAUDE DE ACREEDORES. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA, DE 18 DE JULIO DE 1991 (1).

Domingo Bello Janeiro

Profesor de Derecho Civil
Universidad de Santiago

I. ANTECEDENTES FÁCTICOS.

El supuesto de hecho sobre el que recae el fallo objeto del presente comentario se ha venido produciendo en la práctica forense con especial asiduidad desde que en 1975 (en los entonces vigentes arts. 1315 y 1321 del Código Civil, CC en adelante) se permite a las personas casadas bajo el régimen de la sociedad de gananciales proceder a modificar, constante matrimonio, el mentado régimen económico, habiéndose revelado como el medio más frecuente al que recurren ambos esposos con la finalidad de liberar de la agresión de los acreedores la mayor parte posible del acervo ganancial (2).

-
- (1) Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (en adelante RJA) número 5399; asimismo, la referencia a cualquier Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se hará por las siglas STS y, si son varias, SSTs.
 - (2) Otro cauce al que de modo mayoritario han acudido las personas casadas bajo el régimen económico de gananciales para tratar de liberar de la traba una parte de los bienes gananciales embargados es la interposición de una tercería de dominio, si bien en tal caso esta vía procedimental es utilizada por uno de los esposos, el no deudor, y no se trata de una actuación de ambos cónyuges de consuno; pues bien, ante el rechazo sistemático, salvo excepciones, por los Tribunales de Justicia de tal cauce, ambos esposos suelen acudir a la posibilidad expuesta en el texto, lo que no sólo resulta altamente peligroso, sino también de dudosa efectividad si el acreedor plantea correctamente la oportuna reclamación judicial, lo que, según veremos, no ha sucedido en este caso; *vid.*, entre las últimas, la admisión de la tercería de dominio en las SSTs de 6 de diciembre de 1989 (RJA 8805) y 26 de noviembre de 1990 (RJA 8950) y su rechazo en SSTs de 13 de julio y 26 de septiembre de 1988 (RJA 5992 y 6859), 20 de marzo, 16 de mayo

En efecto, como ha sucedido en el caso enjuiciado por esta STS, con posterioridad a la contracción de una deuda por uno de los cónyuges -en este supuesto, comerciante, que asume obligaciones en el ámbito de sus relaciones comerciales-, el esposo deudor se pone de acuerdo con su consorte para modificar el régimen económico matrimonial mediante el otorgamiento de las correspondientes capitulaciones matrimoniales en escritura pública (art. 1327 CC (3)) y, a continuación, con la máxima celeridad, -generalmente en la misma escritura-, llevar a cabo la oportuna liquidación del régimen económico, olvidándose de pagar las deudas pendientes y procurando adjudicar en la liquidación los bienes más importantes o de más fácil perseguibilidad del anterior patrimonio conyugal al cónyuge no deudor, procediendo, también con la mayor brevedad posible, a la inscripción de la escritura capitular en los Registros correspondientes (art. 1333 CC (4)), e instaurando, a partir de dicho momento, el régimen de separación de bienes.

Con tal conducta, que roza el ilícito penal (5), el esposo deudor y su consorte pretenden -y consiguen, provisionalmente al menos- evitar que el

y 19 de julio de 1989 (RJA 2186, 3768 y 5727), 12 de junio y 2 de julio de 1990 (RJA 4754 y 5765) y 19 de febrero de 1992 (La Ley 12.333/1992), si bien en ocasiones por un defectuoso planteamiento procesal del cónyuge no deudor o por tratarse de deudas gananciales (al amparo de los arts. 1365 y concordantes del CC).

- (3) Vid. sobre la imperatividad de tal requisito SSTs de 6 de diciembre de 1989 (RJA 8805) y de 7 de noviembre de 1990 (RJA 8532).
- (4) Vid. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 25 de marzo de 1988 (RJA 2567), de 3 y 4 de junio y 18 de julio de 1991 (RJA 4516, 4518 y 5444), donde se destaca que, para la efectividad de las capitulaciones matrimoniales frente a terceros, habrá de tenerse en cuenta la Legislación del Registro Civil e hipotecaria, pues si las capitulaciones no cumplen los requisitos de publicidad del art. 1333 CC son inexistentes frente a tercero de buena fe.
- (5) Así, la STS de 19 de febrero de 1990 (RJA 695) procede a dilucidar la reparación de la lesión o perjuicio patrimonial causados al acreedor como consecuencia del delito de alzamiento de bienes (art. 519 del Código Penal) en que ha incurrido el esposo deudor al otorgar con su consorte las correspondientes capitulaciones, delito que se había considerado probado en una anterior sentencia penal, cuyos considerandos reproduce la STS; en cuanto a algunas de las Sentencias de la Sala 2ª del TS que versan sobre tal pretensión de condena de los cónyuges por el delito de alzamiento de bienes como consecuencia de la modificación de su régimen económico a través del negocio capitular, se absuelve a los cónyuges en la STS de 1 de febrero de 1991 (RJA 682) y, por el contrario, se condena como autor del delito de alzamiento de bienes al esposo deudor en las SSTs de 15 de abril y 14 de mayo de 1991 (RJA 2779 y 3653), lo que, igualmente, se concluye en la STS de 11 de noviembre de 1991 (La Ley 12.145/1992), que, incluso, condena como cooperador necesario del cónyuge deudor, autor del delito, a su esposo.

cumplimiento de las obligaciones asumidas pueda hacerse efectivo sobre los bienes anteriormente gananciales pues cuando el acreedor, con base en el documento suscrito por el deudor, procede judicialmente contra éste -en nuestro caso, a través de un juicio ejecutivo-, se encuentra con que carece de bienes con los que atender a tal deuda, al figurar inscritos -en el Registro de la Propiedad, en esta ocasión- los bienes tangibles («concretos determinados materialmente») de la extinta sociedad de gananciales a favor del esposo del deudor mientras que al esposo deudor se le adjudican, por pretendido igual importe, «bienes inconcretos e indeterminados» de los que, por otra parte, como resulta lógico, no existe constancia alguna en el momento del embargo, todo lo cual aconteció en el supuesto enjuiciado en el presente fallo.

II. NORMATIVA APLICABLE.

Ante la utilización de tal vía procedimental por los esposos, existe un precepto específico que contempla los derechos del acreedor, el art. 1317 CC, que, según se destaca en esta STS «respeta, simplemente la anterioridad y los derechos adquiridos...por lo que, en consecuencia, persiste el *status quo ante*», de los bienes conyugales existentes antes del cambio del régimen matrimonial, de forma que seguirán respondiendo o serán irresponsables de las mismas deudas que les gravaban con anterioridad a la modificación...» (6).

Ahora bien, en la medida en que el art. 1317 formula una declaración genérica de ausencia de perjuicio y en tanto que las capitulaciones matrimoniales se rigen por las reglas de los contratos (art. 1335 CC), es lo cierto que, en línea teórica, y al igual que acontece con éstos, la ineficacia de las capitulaciones puede tener diversos grados, de tal modo que es posible instar la nulidad absoluta o su anulabilidad si la modificación carece de causa, es ilícita o simulada (arts. 1275, 1276 y 1301 CC) y, de igual modo, en línea de principio,

(6) El contenido de dicho precepto, en fin, «consiste en la relatividad o irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal que en ningún caso perjudicarán los derechos ya adquiridos por terceros», según se había destacado en la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de Mayo de 1975, en su apartado IV, con ocasión de explicar el párrafo tercero del artículo 1322, de contenido análogo al actual art. 1317, ambos del Código Civil.

el acreedor, que se considere perjudicado por el cambio de régimen económico, puede solicitar la rescisión por fraude (arts. 1111 y 1291/3^a CC) (7).

III. SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO.

En efecto, como ha sucedido en este caso y al igual que ha ocurrido en numerosas ocasiones, los acreedores han acudido a la variada gama de acciones antes anunciadas; en esta ocasión, el acreedor pretendió que se declarasen nulas las capitulaciones matrimoniales por simulación, alegando que las mismas encubrían una donación, lo que, con razón, se rechaza por la Audiencia, y por ilicitud de causa, lo que, igualmente de modo acertado, se desestima, y, con carácter subsidiario, solicitó la rescisión por fraude de las meritadas capitulaciones, lo que, siendo rechazado por la Audiencia, finalmente estimó el TS.

Frente a dicho fallo, los magistrados FERNÁNDEZ-CID DE TERMES y GULLÓN BALLESTEROS formularon un voto particular en el que se adscriben a la conclusión de la Audiencia, que estimó que, ante la dicción del art. 1317 CC -entre otros argumentos-, «la acción rescisoria se ejerce de forma prematura», dado su carácter subsidiario, que veda su prosperabilidad ante la posibilidad de que por medio del art. 1317 se pueda obtener la reparación del perjuicio de que se trate.

Pues bien, tal disparidad de pareceres que se evidencia en el fallo que estamos comentando no es aislada en torno a las consecuencias derivadas de dicho artículo 1317, siendo la solución judicial de lo más diversa incluso en el seno del propio TS, que ha deducido de dicho precepto las más diferentes consecuencias (8), según se pondrá de manifiesto a lo largo de este comentario.

(7) Vid. pormenorizada exposición de tales posibilidades, en iguales términos a los manifestados en el texto, en la S. de la Audiencia Territorial -en adelante AT- de Madrid, Sala Primera, de 8 de junio de 1988 (Revista General del Derecho -en adelante RGD-, Septiembre 1988, n. 528, pp. 5385 a 5389), confirmada por la STS de 15 de marzo de 1991 (RJA 2261).

(8) Así, entre las últimas sentencias, el TS, en aplicación del art. 1317, ha vacilado entre la rescisión por fraude de acreedores con la consecuente nulidad parcial (STS de 30 de abril de 1990 -RJA 2813-) o, incluso, rescisión por fraude con la secuela de la nulidad absoluta de las capitulaciones (STS de 30 de enero de 1986 -RJA 338-) o deduciendo de dicho precepto

IV. COMENTARIO.

Por centrar la cuestión, en el presente comentario prescindiremos de analizar con detalle la pretensión principal planteada por el acreedor, la nulidad del pacto capitular por simulación e ilicitud de causa, pues, aunque tal petición fue aceptada por los Tribunales en alguna ocasión (9), resulta altamente difícil su prosperabilidad y, por ello, escasamente recomendable su formulación.

En efecto, la simulación resulta, generalmente, inviable, como concluye la Audiencia, «ante la auténtica voluntad del matrimonio demandado de cambiar el régimen legal de bienes», tanto más si se tiene en cuenta que, como señala el TS en esta ocasión, «las convenciones sobre el régimen matrimonial no constituyen donaciones ni siquiera si...implican desplazamientos sin correspectivo» (10).

Asimismo, la ilicitud por falta de causa encuentra un insuperable escollo en el tenor del art. 1277 CC, según el cual la concurrencia de causa y su licitud se presumen siempre, como acertadamente concluye la misma S. de la Audiencia y, además, como señala la STS de 30 de abril de 1990, ante «la realidad

simplemente la sanción de nulidad absoluta del negocio capitular (STS de 22 de diciembre de 1989 -RJA 8867-) o, en fin, considerando que el mencionado art. 1317 solamente sanciona la mera ausencia de eficacia de las capitulaciones frente a los acreedores con derechos adquiridos (STS de 24 de julio de 1991 -RJA 5418-) que veda la posibilidad de ejercitar con éxito la acción de nulidad (SSTS de 20 de marzo de 1989 -RJA 2186- y de 19 de febrero de 1992 -La Ley 12.333/1992-) o la revocatoria por fraude (STS de 27 de octubre de 1989 -RJA 6965).

- (9) Así, se admite la pretendida nulidad por simulación del negocio capitular en las SS. de la AT de Oviedo de 7 de septiembre de 1987 (RGD, Abril 1988, n. 523, pp. 2355 a 2356) y de la Audiencia Provincial -AP, en adelante- de Madrid, Sección 12ª, de 27 de noviembre de 1990 (RGD, Mayo 1991, n. 560, pp. 4269 a 4271) y, asimismo, apunta tal posibilidad -*obiter dictum*- la STS de 19 de febrero de 1990 (RJA 695); igualmente, prospera la nulidad por ilicitud de causa en la S. de la AT de Cáceres de 22 de junio de 1985 (RGD, Mayo 1986, n. 500, pp. 2368 a 2370).
- (10) En parecidos términos, se rechaza la pretendida nulidad por simulación en las SS. de la AT de Pamplona de 9 de enero de 1987 (RGD, Abril 1988, n. 523, pp. 2355 a 2356), de la AT de Valencia, Sala 2ª, de 25 de marzo de 1987 (RGD, Mayo 1991, n. 560, pp. 4269 a 4271), de la AT de Zaragoza de 4 de mayo de 1987 (RGD, Mayo 1991, n. 560, pp. 4269 a 4271), de la AT de La Coruña, Sala 1ª, de 22 de mayo de 1987 (RGD, Junio 1988, n. 525, pp. 4072 a 4074) y en la STS de 30 de abril de 1990 (RJA 2813), que, casando la S. de la AT de Madrid, Sala 2ª, de 4 de mayo de 1988 (RGD, Septiembre 1988, n. 528, pp. 5370 a 5373), coincide con ella en este punto, todo lo cual, en fin, como se dice en el texto, demuestra la difícil prosperabilidad de tal pretensión.

negocial del cambio de capítulos...es claro que el propio intercambio de prestaciones y derechos que entre los interesados se efectuó mediante esa modificación de su precedente régimen capitular, se integra o constituye la razón de ser del negocio realizado...» (11).

Así las cosas, nos centraremos, pues, en el examen de la petición que el acreedor planteó subsidiariamente, la rescisión por fraude, que, según se adelantó, finalmente triunfó, aduciendo el TS que, en el caso, se han cumplido los requisitos exigidos por reiterada jurisprudencia, que cita, para la prosperabilidad de tal pretensión: las capitulaciones son posteriores al nacimiento del crédito, resulta patente el ánimo de ambos esposos de perjudicar al acreedor y, por último, el acreedor no disponía de ningún otro recurso legal para hacer efectivo su reconocido crédito (12).

En torno al primer extremo, la anterioridad del crédito, es acertada la conclusión del TS, pues, en el caso, la escritura capitular es posterior al libramiento de letras de cambio por el esposo deudor a favor del acreedor y, en nuestra opinión, no es correcto estimar que el nacimiento de la deuda se produce, no en la fecha de la aceptación y libramiento de la cambial por el esposo sino en la de su exigibilidad y vencimiento, como alguna vez ha apreciado el TS (13), pues resulta evidente que «la fecha de las deudas es, evidentemente, la del libramiento de las cambiales, no la del vencimiento de las mismas, afirmación que no requiere de más consideraciones, por resultar obvio» (S. de la AP de Valencia, Sección 8ª, de 16 de noviembre de 1989 (14).

(11) Con análogo razonamiento al expresado en esta STS de 30 de abril de 1990 (RJA 2813), se rechaza la nulidad del negocio capitular por ilicitud de causa en la STS de 31 de enero de 1985 (RJA 31) y en las SS. de la AT de Valencia de 22 de febrero de 1985 (RGD, Mayo 1985, n. 488, pp. 1452 a 1457), de la AT de Bilbao de 20 de abril de 1988 (RGD, Julio-Agosto, 1989, núms. 538 y 539, pp. 5080 a 5085), de la AT de Pamplona de 9 de enero de 1987 (RGD, Marzo 1988, n. 522, pp. 1503 a 1504) y de la AP de Valencia, Sección 6ª, de 8 de junio de 1991 (La Ley, 14.088-R./1991).

(12) Véase el TS, la realidad de perjuicio para el

En efecto, no puede dudarse que «la obligación sustantiva surge cuando se concierta que una persona quede vinculada respecto a otra a dar o no dar, hacer o no hacer algo (art. 1088 del Código Civil)» (STS de 5 de junio de 1990 (15)) y, en fin, reiterada doctrina jurisprudencial considera de aplicación la acción pauliana no sólo cuando el crédito ha nacido con anterioridad a la enajenación fraudulenta (16) sino también «si se demuestra que -ésta- se llevó a cabo en consideración al crédito futuro y a fin de privar de garantías al acreedor de próxima y muy probable existencia» (17).

En cuanto al segundo requisito necesario para la prosperabilidad de la acción pauliana, la intención defraudatoria del deudor que ha buscado de propósito la situación de insolvencia que le imposibilita hacer frente al pago de la deuda, tampoco nos detendremos en un análisis pormenorizado acerca de su cumplimiento y, simplemente, destacaremos la perplejidad que suscita que, siendo la apreciación del fraude una cuestión de hecho, reservada a la consideración de los Tribunales de instancia, según consolidada doctrina jurisprudencial (18), y a pesar de que, en el caso, la AP negó su existencia (a cuyo parecer se adscriben los redactores del voto particular) y aunque no se ha

-
- (15) RJA 4733; dicha afirmación, por lo demás obvia, resulta confirmada por la reiterada jurisprudencia producida en torno a la fianza por deudas futuras, con respecto a la que, de conformidad con el artículo 1825, también se sostiene que «la obligación del deudor de responder por deudas que puede contraer el afianzado nace en el momento de prestar la fianza... con la ineludible consecuencia de responder desde dicho momento...al pago de las deudas que en el futuro pudieran originarse en contra del obligado principal» (SSTS de 17 de febrero de 1962 -RJA 1094-, 29 de marzo de 1979 -RJA 1235-, 31 de octubre de 1984 -RJA 5153- y 20 de febrero de 1987 -RJA 701-), corrigiendo la tradicional postura jurisprudencial conforme a la cual se requiere la previa existencia de un vínculo jurídico del que surja la obligación a garantizar (STS de 21 de noviembre de 1984, sentencia núm. 94 del tomo 164 de la Colección completa de las SSTS publicada por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia).
- (16) Entre las últimas sentencias del TS, sólo en la S. de 14 de octubre de 1987 (RJA 7099), *obiter*, se sigue manteniendo que uno de los requisitos necesarios para el éxito de la acción rescisoria es la «existencia del crédito».
- (17) SSTS de 14 de junio de 1958 (RJA 2150), 2 de marzo de 1981 (RJA 684) y 18 de marzo de 1988 (RJA 2479) y S. de la AT de Zaragoza de 4 de mayo de 1987 (RGD, Mayo 1988, n. 524, pp. 3117 y 3118), que corrigen una larga trayectoria jurisprudencial exigente de la exacta anterioridad del crédito del acreedor respecto del negocio jurídico celebrado como requisito necesario para la aplicación de la acción rescisoria por fraude de acreedores; en igual sentido, STS de 24 de noviembre de 1988 (RJA 8705), si bien *obiter dictum*.
- (18) En tal sentido se habían manifestado las SSTS de 18 de abril de 1925 (sentencia núm. 28 del tomo 166 de la colección completa de las SSTS publicada por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia), de 9 de noviembre de 1966 (RJA 2200) y de 30 de enero de 1986 (RJA 338).

demostrado error en la apreciación de la prueba ni infracción de las normas del ordenamiento jurídico (art. 1692, núms. 4 y 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin embargo, por el contrario, el TS estimó dicho ánimo fraudulento, de conformidad con una reiterada jurisprudencia que no exige la previa declaración de insolvencia del deudor en juicio previo, al considerar suficiente que por el conjunto de la prueba se estime que el contrato se celebró en fraude de acreedores (19).

Pues bien, centrándonos, ahora sí con detenimiento, en el tercero de los requisitos exigidos para la viabilidad de la pretensión rescisoria, su subsidiariedad, de conformidad con lo preceptuado en los arts. 1111, 1291/3º y 1294 CC, dicho carácter implica que la acción rescisoria por fraude de acreedores no puede prosperar, entre otras razones (20), cuando la relación de que se trata esté regulada por otro precepto legal (art. 1294 CC), según ha destacado de antiguo el TS (21), por lo que el eje del debate, admitido el cumplimiento de los requisitos anteriores, se centra en dilucidar si se ha cumplido dicha condición susidiaria de la acción rescisoria por fraude de acreedores, imprescindible para su prosperabilidad.

Esto es, ¿no disponía el acreedor de ningún otro medio legal para cobrar lo que se le debe? ¿El ordenamiento jurídico no ha previsto, ante la situación fáctica objeto del fallo que estamos comentando, ningún marco legal específico para satisfacer los legítimos intereses del acreedor? ¿El acreedor sólo puede resarcirse impugnando por fraude un negocio, el capitular, que el CC permite realizar a dos personas casadas con enorme libertad, como se deduce de los arts. 1315, 1325 y 1392/4º CC?.

(19) Amplia referencia jurisprudencial sobre este extremo en la STS de 30 de enero de 1986 (RJA 338), en cuya línea se sitúa la Sentencia objeto del presente comentario.

(20) Aparte de la subordinación a cualquier otro precepto legal que regule la situación de que se trate, la acción rescisoria por fraude de acreedores es inviable, por subsidiaria, si el contrato de que se trata adolece de nulidad (STS de 29 de enero de 1992, Actualidad Civil 562/1992) así como, desde una dimensión económica, cuando no se haya acreditado la imposibilidad del acreedor para cobrar el crédito (STS de 14 de octubre de 1987, RJA 7099) o, desde una perspectiva procesal, si no se han agotado las posibilidades de procedimientos iniciados con anterioridad (STS de 24 de noviembre de 1988, RJA 8705).

(21) SSTs de 5 de abril y de 3 de diciembre de 1929 (sentencias núms. 167 y 113 de los tomos 188 y 191, respectivamente, de la colección completa de SSTs publicada por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia).

Para dar cumplida respuesta a tales interrogantes, conviene advertir que en el CC vigente, presupuesto que el patrimonio privativo del cónyuge deudor queda siempre sujeto a responsabilidad (*ex art. 1911*), se ha previsto, en función del carácter del débito, una distinta consecuencia a efectos de responsabilidad con el patrimonio ganancial ante las deudas contraídas por una persona casada bajo el régimen de gananciales, durante la vigencia del mismo, lo que, según veremos, resulta determinante del contenido de los derechos adquiridos por el acreedor con anterioridad a la disolución y liquidación del régimen económico de gananciales.

Así, existen una serie de obligaciones de uno de los esposos cuyo incumplimiento desencadena directa e indiscriminadamente la afección del patrimonio ganancial *in genere* (enumeradas en los arts. 1365 a 1368 CC y 6 a 8 del Código de Comercio -Cco- a los que se remite el art. 1365/2º *in fine* CC (22)), incumbiendo al acreedor la prueba de tal condición (art. 1214 CC), al no presumirse dicho carácter ganancial de las deudas contraídas por uno de los esposos (23); al margen de estos supuestos, el resto de los débitos contraídos por una persona casada sólo facultan al acreedor, ante el incumplimiento de su deudor, para embargar el patrimonio ganancial con carácter subsidiario, previa excusión de los bienes privativos del deudor, y permitiendo al cónyuge no deudor, a quien se notifica el embargo, liberar de la traba la parte que tenga interesada en el patrimonio ganancial (art. 1373 CC) (24).

(22) El TS (SS. de 20 de marzo de 1989 -RJA 2186-, de 19 de julio de 1989 -RJA 5727-, de 2 de julio de 1990 -RJA 5765-, de 22 de octubre de 1990 -RJA 8031-...), generalmente, ha considerado también que los supuestos a los que se refiere el art. 1362 permiten que la responsabilidad consecuente pueda hacerse efectiva indiscriminadamente sobre el patrimonio ganancial, lo que no nos parece correcto, pues tal precepto se refiere a la relación interna entre los esposos a los efectos de determinar sobre qué patrimonio, el ganancial o el privativo del cónyuge que contrajo la deuda, recaerá definitivamente el gasto y de lo contrario quedarían, prácticamente, sin posibilidad de aplicación los arts. 1364 y concordantes (arts. 1319/3, 1398/2º, 1398/3º, 1403...), referidos a los oportunos reintegros y reembolsos en dicho ámbito interno.

(23) *Vid.* sobre la no presunción del carácter ganancial de las deudas contraídas por uno de los cónyuges, requiriendo, para que la ejecución se extienda también a los gananciales, que la sentencia dictada declare de forma indubitada su responsabilidad directa, Resoluciones de la DGRN de 16 de febrero, 24 de septiembre, 28 de octubre, 6 de noviembre y 12 de noviembre de 1987 (RJA 1067, 6572, 7664, 8732 y 8735), 5 de enero y 18 de marzo de 1988 (RJA 207 y 2467), 3 y 4 de junio y 18 de julio de 1991 (RJA 4516, 4518 Y 5444).

(24) Otra cuestión, según se ha dicho, es el mecanismo procesal a través del cual el cónyuge del ejecutado puede hacer valer el derecho de sustitución que le confiere en el plano sustantivo el art. 1373; en las Resoluciones de la DGRN de 24 de septiembre de 1987 (RJA 6572) y de 25 de

Pues bien, en el caso objeto de nuestro comentario, según se ha destacado, las deudas habían sido suscritas por un cónyuge -comerciante- con ocasión de operaciones comerciales; la normativa que en tal supuesto resultaba de aplicación -constante el régimen de gananciales- viene contenida en los artículos 6 y ss. Cco, a los que se remite el artículo 1365/2º *in fine* CC, a cuyo amparo el acreedor puede dirigirse directa e indiscriminadamente, ante el incumplimiento de su deudor, contra los bienes gananciales *in genere* si, como será habitual, el esposo no deudor conoce el ejercicio del comercio por su consorte y no ha manifestado su «oposición» inscrita en el Registro Mercantil a la sujeción a responsabilidad de la totalidad del patrimonio ganancial (arts. 6, 7, 8 y 11 Cco (25), sin perjuicio, desde luego, de la permanente e indudable responsabilidad con los bienes propios del cónyuge comerciante (*ex arts. 6 Cco y 1911 CC*) y con los bienes adquiridos con las «resultas» del ejercicio del comercio (*ex art. 6 Cco*).

Luego, ante la amplitud de los términos en que están redactados los preceptos mercantiles antes citados, fácilmente puede deducirse que las deudas contraídas en caso de ejercicio de comercio por persona casada, generalmente, pueden ser calificadas, constante el régimen de gananciales, como deudas consorciales, aquellas en virtud de las cuales el acreedor puede embargar directamente la totalidad del acervo ganancial y, así, se evidencia ante la lectura de numerosas decisiones del TS que, en aplicación de la normativa del Cco

marzo de 1988 (RJA 2567) se considera suficiente dirigirse al Juez que ordenó el embargo pidiendo que en la traba se sustituyan los bienes gananciales embargados por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad; sin embargo, es lo cierto que al cónyuge deudor ni siquiera se le concede audiencia y, cuando interpone la tercería de dominio para ejercitar los derechos que le confiere el art. 1373, nuestros Tribunales, después de negarle su condición de tercerista, lo remiten a que ejercite la facultad concedida en el art. 1373 por el cauce procesal que estime oportuno: SSTs de 13 de julio de 1988 (RJA 5992), 16 de mayo y 19 de julio de 1989 (RJA 3768 y 5727)...., solución, generadora de una auténtica indefensión, que, sin duda, propicia que ambos esposos, como en el caso objeto de nuestro comentario, acudan al expediente de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

- (25) A pesar de que, literalmente, los arts. 7 y 8 del Cco refieren la oposición expresa del cónyuge no comerciante «al ejercicio del comercio», parece claro que en la medida en que un esposo no puede oponerse a que su consorte ejerza el comercio, el contenido de tal oposición ha de referirse a que por el ejercicio del comercio queden vinculados los restantes bienes gananciales que no provengan de las resultas. *Vid.*, en tal sentido, STS de 27 de junio de 1989 (RJA 4788) y Auto de la AP de Madrid, Sección 13ª, de 21 de noviembre de 1989 (RGD, Abril 1990, n. 547, pp. 2593 y 2594).

permiten al acreedor embargar directa e indiscriminadamente el patrimonio ganancial ante la asunción de obligaciones por un cónyuge comerciante con ocasión del ejercicio del comercio (26).

Así las cosas, presuponiendo que al acreedor, si así lo solicitase, no le resultaba difícil obtener -y acreditar- la declaración de ganancialidad de la deuda -dando entrada en el proceso al esposo del deudor (27), lo que no resulta posible en el marco del juicio ejecutivo iniciado por el acreedor en el que, en cualquier caso, resulta inviable discutir la naturaleza de la deuda (28)-, dicho acreedor, con anterioridad a la disolución y liquidación de la sociedad de

-
- (26) En tal sentido, STS de 16 de febrero de 1987 (RJA 698), que considera de aplicación el Código de Comercio en Navarra, donde existe una específica normativa para el caso, fianza prestada por cónyuge comerciante (Ley 61 de la Compilación) y deja sin efecto los acertados pronunciamientos contenidos sobre el mismo supuesto de hecho, y las mismas partes contendientes, en la STS de 19 de enero de 1987 (RJA 305); también, SSTS de 29 de diciembre de 1987 (RJA 9656), de 21 de marzo de 1988 (RJA 2222), de 16 de junio de 1989 (RJA 4691), de 27 de junio de 1989 (RJA 4788), de 22 de octubre de 1990 (RJA 8031), de 15 de marzo de 1991 (RJA 2261) y de 25 de noviembre de 1991 (RJA 7979).
- (27) Parece claro que si el acreedor pretende agredir directamente los bienes gananciales por tratarse de una deuda comprendida en los términos de los arts. 1365 y concordantes, el cónyuge no deudor, cotitular de los bienes gananciales, ha de intervenir en el pleito a los efectos de poder discutir la calificación -condición ganancial o no- de la deuda contraída por su esposo (arts. 24 de la Constitución y 144/1-1 del Reglamento Hipotecario); no obstante, el TS ha venido considerando suficiente la demanda contra el cónyuge deudor, SSTS de 26 de septiembre y 28 de noviembre de 1986 (RJA 4790 y 6618), 20 de marzo de 1989 (RJA 2186) y 24 de octubre de 1990 (RJA 8045) y Resoluciones de la DGRN de 28 de marzo y 15 de abril de 1983 (RJA 1662 y 2266), 27 de mayo y 24 y 28 de noviembre de 1986 (RJA 3045, 6879 y 6881); *vid.* también, con matices, apreciando que tal doctrina sólo es aplicable si se trata de acciones personales, pues si se ejercitan acciones reales es necesario demandar a ambos esposos, SSTS de 4 de abril y 6 de junio de 1988 (RJA 2651 y 4819), 16 de junio y 18 de diciembre de 1989 (RJA 4691 y 8841) y 25 de enero de 1990 (RJA 24).
- (28) En el juicio ejecutivo, de cognición tasada (arts. 1464, 1466 y 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sólo puede ser demandada la persona contra la cual hay título ejecutivo (en nuestro caso, el cónyuge comerciante que aceptó las letras de cambio) y resulta imposible debatir cuestiones distintas de las relativas al derecho de crédito documentado en el título, dado el carácter abstracto en el orden procesal o formal del negocio cambiario, pues es sabido que el texto del título ejecutivo (como es, por excelencia, la letra de cambio) no explicita el origen de la obligación; *vid.*, sobre la improcedencia de discutir el carácter de la deuda en un juicio ejecutivo, S. de la AT de La Coruña, Sala 2ª, de 15 de octubre de 1987 (RGD, Junio 1988, n. 525, p. 4075) y S. de la AP de Huesca de 11 de julio de 1988 (Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales en materia civil y penal, 1988-89, n. 249, p. 175), donde se destaca que la Ley Cambiaria y del Cheque ha acentuado el carácter de título abstracto de la letra de cambio; *vid.* también, sobre las dificultades para acreditar el carácter ganancial de la deuda en un juicio ejecutivo la R. de la DGRN de 23 de noviembre de 1983 (RJA 7033) así como la mayor parte de las Resoluciones citadas en la nota 23.

gananciales, según hemos destacado, tenía la posibilidad de dirigirse directamente tanto contra los bienes privativos del cónyuge deudor -y, en este caso, «las resultas», gananciales desde su obtención *ex art.* 1347/1 CC- como contra los gananciales en su integridad al amparo de los artículos 1365/2º *in fine* y 1369 CC y 6 a 8 Cco.

Así pues, si el acreedor logra probar que dicho «derecho adquirido» a embargar indiscriminadamente los bienes gananciales es anterior al pacto capitular, el art. 1317 CC «conserva indemnes a los «derechos adquiridos» contra la modificación efectuada en las capitulaciones matrimoniales...», como acertadamente destaca esta STS de 18 de julio de 1991; en consecuencia, el problema se centra en determinar si el «derecho adquirido» por el acreedor es anterior a las capitulaciones matrimoniales, cuestión, por otra parte, que constituye también, según hemos visto, un requisito necesario para el éxito de la acción rescisoria por fraude de acreedores.

Pues bien, admitido que en la expresión «derechos adquiridos» no parece que haya dudas de la inclusión no sólo de los derechos reales sino también de los derechos de crédito (STS de 18 de julio de 1991 (29)), centrándonos en éstos últimos, los derechos de crédito, y para el supuesto típico -y más problemático- de que la obligación se hubiese configurado a plazo, incorporada por lo general a una letra de cambio, como es el caso, no parece que tampoco sea susceptible de discusión que, al igual que concluimos *supra*, al analizar los requisitos de la acción rescisoria, el acreedor podía esgrimir con éxito la anterioridad de sus derechos adquiridos, para lo cual contaba con un importante cuerpo jurisprudencial que no sólo ha llegado a incluir en dicho concepto -«derechos adquiridos»- las derechos de crédito vencidos sino también aquellos que «se encontraran en una situación de próximo y esperado vencimiento» (30).

Por tanto, en este punto, y prescindiendo de analizar si la anterioridad habrá de referirse a la mención -*rectius*, indicación- en el Registro Civil (31) o,

(29) En igual sentido, S. de la AT de Madrid de 8 de junio de 1988 (RGD, Septiembre 1988, n. 528, pp. 5385 a 5389).

(30) SSTs de 17 de febrero de 1986 (RJA 684), de 17 de noviembre de 1987 (RJA 8406) y de 27 de octubre de 1989 (RJA 6995).

(31) Arts. 1436 CC, 77/2 de la Ley del Registro Civil y 226 del Reglamento del Registro Civil.

en su caso, Mercantil (32) -lo que estimamos correcto- o, además, si, tratándose de inmuebles, el dato determinante es la toma de razón en el Registro de la Propiedad, único extremo tenido en cuenta en este caso por el TS -lo que, a nuestro juicio, resulta irrelevante (33)- y, asimismo, orillando si el conocimiento por el acreedor, con anterioridad a la contracción del débito, de las capitulaciones no inscritas enerva la necesaria buena fe e impide cualquier alegación de éste (34), temas que no suscitaron debate ni fueron objeto de discusión en el fallo que comentamos, lo cierto es que resulta acertado concluir, como se hace en esta STS, que, al haberse concertado las obligaciones a plazo con anterioridad a la escritura capitular, el acreedor podía esgrimir la anterioridad de sus «derechos adquiridos», pues resulta claro que la inscripción en cualquier Registro es posterior al nacimiento de la deuda y que no se ha alegado ni acreditado el conocimiento previo por el acreedor de las capitulaciones con anterioridad a su inscripción.

Pues bien, una vez acreditado el carácter consorcial del débito y su anterioridad -efectiva o previsible- al acceso al RC o RM -o al conocimiento del acreedor por cualquier cauce que enerva la necesaria buena fe- de la modificación del régimen económico, al acreedor, que ha justificado que la deuda es ganancial, le resulta suficiente -y necesario- alegar la disposición contenida en el artículo 1317 (STS de 19 de febrero de 1992 (35)), debiendo dirigir la demanda contra ambos esposos, contra el deudor en cuanto tal y contra su consorte como actual propietario del bien que se pretende embargar, por exigencia de los

(32) Arts. 12 y 22 Cco y 87/6º del Reglamento del Registro Mercantil.

(33) En el caso, el TS tiene en consideración, *obiter*, que la toma de razón en el Registro de la Propiedad de las capitulaciones es posterior al embargo, si bien ello resultó irrelevante, pues lo cierto es que las capitulaciones son posteriores a la asunción de obligaciones por el esposo deudor; sin embargo conviene advertir que si las capitulaciones hubieran accedido al Registro Civil -o, en su caso, Mercantil-, con anterioridad al débito y aunque, afectando a inmuebles, no figuren en el Registro de la Propiedad, prosperaría una tercería de dominio del cónyuge no deudor frente a la anotación de embargo del acreedor, al no tener éste la condición de tercero hipotecario: SSTs de 26 de septiembre de 1985 (RJA 4473) y de 12 de diciembre de 1989 (RJA 8821) y, sobre todo, STS 6 de diciembre de 1989 (RJA 8805) y S. de la AP de Valencia de 13 de marzo de 1990 (Actualidad Civil, 102/1990).

(34) Es claro que la protección sólo juega frente al tercero de buena fe -art. 77 de la Ley del Registro Civil-, es decir, desconocedor de la verdadera situación que, aún no mencionada en el Registro Civil, se le ha hecho saber, lo que habrá de probarse por los cónyuges para destruir la presunción de buena fe. *Vid.* Sentencia de la AP de Burgos de 14 de junio de 1990 (RGD, Octubre-Noviembre 1991, núms. 565 y 566, pp. 9583 a 9585).

(35) La Ley 12.333/1992.

principios de tracto sucesivo y legitimación registral (arts. 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 140/1º del Reglamento Hipotecario (36)).

En tal caso, para los acreedores por deudas gananciales, será de aplicación, si se ha formulado inventario en la liquidación, lo dispuesto en el artículo 1401, expresamente previsto para las deudas consorciales (37), en cuya virtud, mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservan sus créditos contra el cónyuge deudor y también el cónyuge no deudor responde con los bienes que se le hubiesen adjudicado, y, cuando no se haya formulado debidamente inventario, habrán de aplicarse los art. 1003 y 1084, en virtud de la remisión de los arts. 1402 y 1410, conforme a los cuales también el cónyuge no deudor responde *ultra vires* (38).

(36) Al igual que ocurre si se quiere anotar en el Registro el embargo de bienes inmuebles gananciales concretos de la comunidad conyugal disuelta, cuando no figure inscrita la liquidación, en cuyo caso será necesario que la demanda se dirija contra ambos cónyuges, según mandata el art. 144/4 del Reglamento Hipotecario (RR. de la DGRN de 22 de mayo y 3 de junio de 1986 -RJA 3042 y 3838- y de 11 de diciembre de 1991 -RJA 9594-), asimismo, a pesar de no reproducirse en la actualidad la disposición contenida en el antiguo art. 144/2 del Reglamento Hipotecario, será preciso demandar al cónyuge no deudor si se pretende el embargo de inmuebles anteriormente gananciales que le han sido adjudicados tras la inscripción de la liquidación (STS de 27 de octubre de 1989 -RJA 6965- y, con amplia referencia jurisprudencial, S. de la AP de Burgos, Sección 13ª, de 14 de mayo de 1990 -RGD, Octubre-Noviembre 1991, núms. 565 y 566, pp. 9581 a 9583-), por exigencia de los principios de tracto sucesivo y legitimación registral (RDGRN de 25 de abril de 1986 -RJA 2133-) y sólo puede excepcionarse en los casos en que hubiese perdido el beneficio de inventario (STS de 22 de octubre de 1991 -RJA 7860-), de tal modo que, aunque se estimase, según se ha señalado, innecesario dirigir la demanda contra ambos esposos para acreditar el carácter ganancial de la deuda contraída por uno de ellos, tal exigencia deviene ineludible, de acuerdo con los arts. 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, cuando los bienes que se pretende embargar figuran en el Registro a nombre del cónyuge no deudor.

(37) La específica aplicación del art. 1401 a las deudas gananciales anteriores a la modificación capitular ha sido resaltada por STS de 28 de abril de 1988 (RJA 3299) y, en igual sentido, se producen las SSTs de 6 de diciembre de 1989 (RJA 8805) y de 19 de febrero de 1992 (La Ley, 12.333/1992).

(38) Esto es, ante la pérdida del beneficio de inventario (arts. 1018 y 1024) el cónyuge no contratante responde con todos sus bienes presentes recibidos en la liquidación y también los privativos que tuviera con anterioridad, así como con todos los bienes futuros, que posteriormente pudiera adquirir, sin perjuicio del derecho del cónyuge no deudor a hacer citar y emplazar a su consorte (arg. ex art. 1084/2 CC) y, en su caso, a repetir, contra el cónyuge contratante (art. 1401/2 CC; también art. 1085 CC). SSTs de 28 de abril de 1988 (RJA 3299), de 25 de enero de 1989 (RJA 109) y de 22 de octubre de 1991 (RJA 7860) y SS. de la AP de Valencia, Sección 8ª, de 16 de noviembre de 1989 (RGD, Diciembre 1989, n. 543, pp. 8393 a 8395) y de la AP de Burgos, Sección 3ª, de 14 de mayo de 1990 (RGD, Octubre-Noviembre 1991, núms. 565 y 566, pp. 9581 a 9583).

En efecto, tal consecuencia, la existencia de una responsabilidad real de la masa de bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados con posterioridad a la contracción de un débito ganancial, ha sido expuesta por una reiterada doctrina jurisprudencial que se comenzó a formar durante la vigencia del derecho derogado fruto de la Ley de 2 de mayo de 1975, si bien interpretando la normativa surgida tras la Reforma de 1981 (39), requiriéndose que la demanda se dirija también contra el cónyuge no deudor, al amparo de lo dispuesto en el art. 144/2 del Reglamento Hipotecario, versión de 1959, en combinación con las disposiciones contenidas en los arts. 28 y 30 de la Ley Hipotecaria y 140/1 del Reglamento Hipotecario (40).

Asimismo, en aplicación ya de la normativa actual -o al amparo del Cco que desde 1975 ha permanecido inalterado-, asumen tal planteamiento, con expresa mención del precepto en virtud del cual se declara el carácter ganancial de la deuda (41), las SSTS de 4 de mayo de 1987 (42) (al amparo de los arts. 6

(39) SSTs de 14 de mayo de 1984 (RJA 2410), de 26 de enero de 1985 (RJA 200), 15 y 17 de febrero y 13 de junio de 1986 (RJA 681, 684 y 3547), 20 de febrero, 17 de noviembre y 21 de julio de 1987 (RJA 701, 8406, 5906), 28 de abril y 18 de noviembre de 1988 (RJA 3299 y 8609); en todas ellas, se trataba de deudas contraídas por el marido, que podían hacerse efectivas sobre el patrimonio ganancial de conformidad con lo dispuesto en el derogado art. 1408/1 CC, salvo prueba por la mujer de fraude o contravención del CC (antiguo art. 1413/3), señalando el TS que la indicación en el Registro Civil de la modificación del régimen económico con posterioridad a la contracción del débito no modifica en absoluto dicho derecho adquirido de los acreedores a agredir directamente todos los bienes que constituían el patrimonio de la extinta comunidad conyugal, llegando a la misma solución que ofrece actualmente el art. 1401 (derogados arts. 1322/3 y 1438 en combinación con el art. 1023, aplicable a la sociedad de gananciales por mor de la remisión del antiguo art. 1428, todos CC).

(40) SSTs de 15 de febrero y 13 de junio de 1986 (RJA 681 y 3547), 21 de julio y 17 de noviembre de 1987 (RJA 5806 y 8406) y RR. de la DGRN de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981 (RJA 4745, 4746 y 4749).

(41) Incluyendo en ocasiones, el art. 1362 y, a veces, sin exigir la demanda conjunta para calificar el débito o para practicar la anotación de embargo del bien inscrito a nombre del cónyuge no deudor, lo que no nos parece correcto; en cualquier caso, a diferencia de lo ocurrido al amparo de la legislación anterior a mayo de 1981, en la actualidad es necesario, para que el acreedor pueda alegar un derecho adquirido para dirigirse directamente contra los bienes gananciales en su integridad ante una deuda contraída por uno de los cónyuges, la previa calificación del débito como ganancial, lo que deberá probar el acreedor al amparo de alguno de los preceptos del CC, Cco (arts. 6 a 8) o Compilaciones Forales (Ley 84 de la Compilación Navarra y art. 42 de la aragonesa) que determinan la consorcialidad de la deuda.

(42) RJA 3176, siendo las capitulaciones de 26 de enero de 1981, por tanto, anteriores a la entrada en vigor del texto actual del CC y que, al igual que sucede con la sentencia referida a continuación, la incluimos entre las que aplican el régimen vigente por cuanto que las declaraciones que contienen y los preceptos legales invocados no han sido alterados tras la reforma de 1981 y así declara que, por aplicación del derogado artículo 1322, de contenido

y 7 Cco), 10 de septiembre de 1987 (43) (también aplicando el art. 6 Cco), 2 de marzo de 1989 (44) (con arreglo a los antiguos arts. 41/5º y 42/1º de la Compilación aragonesa), 20 de marzo de 1989 (45) (de acuerdo con los arts. 1365/2º y 1362/4º CC), 27 de junio de 1989 (46) (de conformidad con el art. 6 Cco, si bien sin haberse demandado a ambos cónyuges para proceder a calificar el carácter de la deuda), 27 de octubre de 1989 (47) (al amparo del artículo 1365/2º CC), 5 de junio de 1990 (48) (por aplicación del art. 6 Cco), 22 de octubre de 1990 (49) (de acuerdo con los arts. 1365/2º y 1362/4º CC y arts. 6 y 7 Cco), 15 de marzo de 1991 (50) (al amparo del art. 6 Cco), y de 19 de abril de 1992 (51) (al amparo del art. 1366 CC).

Incluso, si bien con menor nivel técnico, al no justificar el carácter ganancial de la deuda en ningún precepto concreto, a igual conclusión se llega en las SSTs de 14 de octubre de 1987 (52), presuponiendo tal calificación dada la íntima relación del consorcio con la entidad demandante afianzada, y de 24 de julio de 1991 (53), acreditando que el cónyuge deudor es comerciante y que la deuda tiene origen en su actividad comercial y en el mismo sentido se pronuncian numerosas sentencias de las Audiencias (54).

idéntico al art. 1317 actual, las capitulaciones matrimoniales no pueden perjudicar el derecho de los acreedores del esposo comerciante al amparo de los arts. 6 y 7 Cco, que no han sido modificados desde 1975.

(43) RJA 6046.

(44) RJA 1750.

(45) RJA 2186, si bien estimando que no es necesario dirigir la demanda contra ambos adjudicatarios, lo que no estimamos acertado.

(46) RJA 4788, donde se estima innecesario demandar a la esposa del deudor comerciante cuyo consentimiento viene presumido de conformidad con lo dispuesto en el art. 6 Cco ante la inexistencia de prueba alguna que acredite oposición a la sujeción de los bienes comunes a obligaciones contraídas en el ámbito del comercio, lo que no compartimos.

(47) RJA 6965.

(48) RJA 4733.

(49) RJA 8031.

(50) RJA 2261.

(51) La Ley 12.333/1992.

(52) RJA 7099.

(53) RJA 5418.

(54) S. de la AT de Oviedo de 30 de mayo de 1985, en aplicación de los arts. 6 y 7 del Código de Comercio (RGD, Marzo 1986, n. 498, pp. 1031 y 1032) y, de acuerdo con lo dispuesto en los números 1º y 5º del derogado artículo 41 de la Compilación aragonesa, SS. de la AT de Zaragoza de 15 de febrero y de 29 de marzo de 1985 (RGD, Abril 1986, n. 499, pp. 1653 a 1654 y p. 1655, respectivamente), de 17 de enero de 1986 (RGD, Marzo 1987, n. 510, p. 1226) y de 4 de mayo

Así pues, el acreedor cuya deuda haya sido calificada como ganancial -y en nuestro caso, se reitera, no le resultaba difícil tal acreditación al acreedor, si bien para ello no debiera haber iniciado un juicio ejecutivo- no necesita más que invocar la protección que le confiere el artículo 1317 para que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1401 y 1402, pueda dirigirse contra los bienes que tenían el carácter de gananciales con anterioridad a la liquidación de la sociedad de gananciales, con independencia del cónyuge a quien hayan sido adjudicados y sin necesidad de hacer previa excusión de los bienes privativos del cónyuge deudor ni de acreditar la previa insolvencia de éste ni siquiera el fraude.

Como fácilmente se deduce del panorama normativo antes expuesto y de la interpretación que del mismo han efectuado nuestros Tribunales, frente a la solicitud de rescisión de las capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores, la conclusión no puede ser otra que la que también de modo mayoritario ha destacado buena parte de la jurisprudencia del TS antes aludida (55): la aplicación del art. 1317 CC (56), no menos que la de los arts. 1401 y 1402 CC, veda el éxito de la acción rescisoria, debido a su carácter subsidiario, consagrado en los arts. 1291/3 y 1294 en combinación con el art. 1111 y tal debiera ser la solución adoptada por el TS en este caso, como acertadamente concluyó la S. de la Audiencia, a cuyo parecer se adhieren los redactores del voto particular.

de 1987 (RGD, Mayo 1988, n. 524, pp. 3117 a 3118), de la AP de Valencia, Sección 6ª, de 18 de septiembre de 1989, al tratarse de un cónyuge comerciante que contrae débitos en el ejercicio del comercio (RGD, Octubre-Noviembre, 1989, núms. 541 y 542, pp. 7161 a 7162), de la misma AP de Valencia, Sección 8ª, de 16 de noviembre de 1989, al amparo del art. 1362/4º CC (RGD, Diciembre 1989, n. 543, pp. 8393 a 8395) y de la AP de Burgos, Sección 2ª, de 14 de junio de 1990, de conformidad con el art. 1362/1º y 4º CC (RGD, Octubre-Noviembre, 1991, núms. 565 y 566, pp. 9583 a 9585).

- (55) SSTs de 15 y 17 de febrero y 13 de junio de 1986 (RJA 681, 684 y 3547), de 10 de septiembre de 1987 (RJA 6047) y 20 de marzo de 1989 (RJA 2186); expresamente, en la STS de 25 de enero de 1989 (RJA 109) se rechaza, en igual línea a la mantenida en el presente comentario, la pretendida rescisión por fraude porque «la actora disponía, con carácter previo al ejercicio de la presente acción rescisoria, de otro recurso legal: el de dirigir su acción ordinaria contra los demandados, en la seguridad de que la masa de bienes gananciales, independientemente del cónyuge en cuyo poder estuviesen después de las capitulaciones matrimoniales, habrá de responder de la deuda contraída...», de tal modo que considera incumplida la exigencia de la subsidiariedad de la acción rescisoria porque «no consta, ni aun ha sido alegado en momento alguno por la actora, que tal crédito no recayese sobre la sociedad de gananciales...».
- (56) Así como el art. 26 de la Compilación aragonesa o la Ley 78 del Fuero de Navarra, «en cuya línea se encuentran», como destaca la STS de 17 de febrero de 1986 (RJA 684).

En efecto, el acreedor, en el mismo juicio -declarativo-, tras la previa calificación de la deuda como ganancial, debiera haber instado, al amparo del art. 1317, la declaración de inoponibilidad, irretroactividad, irrelevancia o ineficacia en lo perjudicial de las capitulaciones que son posteriores, en los términos antes anunciados, a la deuda cuya satisfacción se reclama, en cuyo caso, si así se ha solicitado expresamente -o con la suficiente flexibilidad en la proposición que permita deducir tal intención-, será estimada la demanda en este extremo, rechazando en cualquier caso la pretendida rescisión (57).

Por todo ello, llevan razón los Magistrados que formularon el voto particular, al no compartir el criterio mayoritario y adherirse a la afirmación de la Audiencia que había concluido que «la acción rescisoria se ejercita «de forma prematura», puesto que, aparte de no haberse probado el fraude ni haberse acreditado la insolvencia, lo que consideran determinante para el rechazo, cuestión que no es posible abordar en este comentario, añaden que «no es preciso siquiera para obligar la finca adjudicada a la esposa por deudas de la sociedad conyugal obtener la previa rescisión del negocio de separación de bienes...», señalando que si, en el caso, el acreedor, en lugar de instar la rescisión, hubiera solicitado la declaración de no oponibilidad de la modificación del régimen económico «quizás, se habrían acordado por el Juzgado y por la Audiencia de habérselos así pedido», lo que pone de relieve la importancia de una buena defensa jurídica ya que veladamente reconocen que en este punto no le es dado al Juez actuar *ex officio*.

Frente a tan acertadas conclusiones, estimamos carentes de validez general y ciertamente dudosos incluso en el caso concreto, al menos desde una perspectiva técnico-jurídica, los pronunciamientos contenidos, con arreglo al derecho derogado, en la STS de 30 de enero de 1986 (58), en cuya línea parece situarse la sentencia objeto del presente comentario y en la que, a pesar de

(57) SSTs de 17 de noviembre de 1987 (RJA 8406), 27 de octubre de 1989 (RJA 6965), 5 de junio de 1990 (RJA 4733) y de 15 de marzo de 1991 (RJA 2261).

(58) RJA 338, en la que frente a la alegación de los recurrentes de la improcedencia de la rescisión siendo suficiente la consecuencia de la inoponibilidad o irretroactividad de la modificación del régimen económico derivada de la aplicación del art. 1317, el TS declara que dicho precepto precisamente «trata de evitar el posible fraude a los terceros derivado de la modificación de las capitulaciones y que éstas perderán su eficacia...-cuando- fueron destinadas a defraudar a un acreedor de los otorgantes y desde luego probado este fraude...ha de acordarse su rescisión...».

tratarse de una deuda contraída por el marido, ganancial ex art. 1408/1 antiguo, se accede a la petición de rescisión por fraude de acreedores.

Dicho planteamiento, la consideración de la acción rescisoria como un remedio, no subsidiario, sino alternativo con la sanción derivada del art. 1317 a elección del acreedor, es asumido en sus mismos términos, para el derecho vigente, por la S. de la AT de Valencia, Sala 2ª, de 25 de marzo de 1987 (59), en la que, después de considerar «procedente declarar que los bienes de este carácter -ganancial- responden directamente frente a los acreedores por el artículo 1365-2º del Código Civil, así como por el artículo 1362-4º de dicho cuerpo legal», se accede a la rescisión de las capitulaciones por fraude de acreedores, lo que con razón, fue rechazado por la STS de 25 de enero de 1989 (60), que revoca la S. de la AT últimamente citada.

Igualmente rechazable, al flexibilizar en demasía -y desnaturalizar- el requisito de la subsidiariedad propio de la acción pauliana, es la manifestación contenida en la STS de 8 de julio de 1988 (61) en la que se accede a la nulidad (*rectius*, rescisión por fraude) de las capitulaciones ante una deuda privativa anterior a dicha modificación y se declara que no es necesario previamente instar la aplicación de los arts. 1317 y 1401, tras la declaración de ganancialidad de la deuda, pues «...poco importa...que la obligación cambiaria fuese contraída solamente por el esposo, o las específicas asignaciones a los bienes gananciales

(59) RGD, Junio 1987, n. 513, pp. 3455 a 3457, donde, considerando la AT improcedente acudir a la vía de la nulidad o rescisión para preservar unos derechos que el propio art. 1317 mantiene -de conformidad con la doctrina jurisprudencial que expresamente reproduce contenida en las SSTS de 15 y 17 de febrero y 13 de junio de 1986-, se añade que «una cosa es el ser y otra el deber, una cosa es lo que se debió hacer y otra lo que hizo», por lo que accede a la acción rescisoria solicitada por un elemental principio de congruencia «y con independencia de que pudiera llegarse a idéntico resultado que el pretendido mediante el ejercicio de una acción diferente, ordinaria y directa contra los -cónyuges- demandados...».

(60) RJA 109.

(61) Actualidad Civil 894/1988-2, si bien, al menos, en el caso, se acordó la rescisión después de haber quedado acreditado -no habiéndose destruido la base fáctica- que «el crédito de que se trata no se ha podido hacer efectivo, al no encontrar la ejecutante bienes del deudor para aplicarlos a tal fin...y que demandante 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 obligaciones válidamente contraídas...», extremos ambos que, según la Audiencia -y el voto particular-, no se acreditaron suficientemente en el caso enjuiciado en la presente STS de 18 de julio de 1991.

de determinadas deudas, cuando, como quedó expresado, el otorgamiento de tales capitulaciones no tenía otro objeto que el de procurar una insolvencia frente a las obligaciones válidamente contraídas por el demandado...».

Con igual criterio, que no compartimos, se accede a la rescisión por fraude, sin previa alegación de haber tratado de demostrar el carácter ganancial del débito, en las SSTS de 19 de febrero de 1990 (62), donde se considera irrelevante tal extremo y, además, se declara, como consecuencia de la rescisión, la nulidad de la escritura capitular (63), y de 30 de abril de 1990 (64), que resulta de interés porque, frente a la desafortunada decisión anteriormente mencionada, expresamente concluye que la consecuencia de la rescisión por fraude es la nulidad parcial en lo que perjudique al acreedor en favor del más elemental principio de conservación del negocio, lo que ya había sido sostenido, para el derecho derogado, por la S. de la AT de Valencia de 22 de febrero de 1985 (65), y es acertado y conforme con una reiterada doctrina jurisprudencial (66), en cuya línea se encuentra la sentencia que comentamos, que también sólo dispone la cancelación de la finca embargada, dejando a salvo el resto del negocio capitular.

(62) RJA 695, donde se afirma que «en el proceso de que este recurso dimana no se está resolviendo cuestión alguna atinente a la responsabilidad que pueda corresponder a la sociedad de gananciales formada por los citados cónyuges frente a la deuda contraída por el esposo mediante el repetido aval, sino simplemente, al concurrir en este supuesto los requisitos que condicionan la viabilidad de la ejercitada acción revocatoria o pauliana de reponer la situación patrimonial de dicha sociedad conyugal al estado en que se hallaba con anterioridad al otorgamiento de la escritura litigiosa cuya nulidad se declara, en cuya situación o estado...la esposa podrá, en su caso y en el momento oportuno, hacer la defensa del patrimonio que le corresponda en la repetida sociedad de gananciales».

(63) En igual sentido, STS de 30 de enero de 1986 (RJA 338), donde expresamente se rechaza la posibilidad de la rescisión parcial «porque como un todo los contratos objeto de rescisión tuvieron una finalidad unívoca que impide una ineficacia parcial».

(64) RJA 2813, en la que, admitiéndose la rescisión por fraude de las capitulaciones, se rechaza la pretendida «inviabilidad absoluta de todo el complejo capitular...que por el tiempo transcurrido han proyectado su operatividad dentro del tráfico jurídico...» y se admite la «nulidad parcial en cuanto que de dichas capitulaciones se anulase sólo la adjudicación de los bienes inmuebles a favor de las esposas demandadas pudiendo quedar como válido todo lo demás en favor del principio de la conservación del negocio...».

(65) RGD, Mayo 1985, n. 488, pp. 1453 a 1457, donde, ante una deuda ganancial *ex derogado* art. 1408/1, se estima «la pretensión de rescisión, subsidiariamente planteada, bien que concretada únicamente a los bienes inmuebles atribuidos a las tres esposas...sin afectar por el contrario dicha ineficacia a las capitulaciones...».

(66) SSTS de 17 de abril de 1943 (RJA 418) y 14 de junio de 1958 (RJA 2150) y 19 de febrero de 1992 (La Ley 12.333/1992).

Asimismo, sin la exigencia de la previa acreditación de la infructuosa calificación de ganancialidad de la deuda, en la STS de 29 de octubre del mismo año 1990 (67) se accede a la rescisión por fraude, si bien, al menos, también sólo en lo relativo a la transmisión del inmueble litigioso.

Se trata, en fin, en estas últimas sentencias citadas en que se admite la acción rescisoria por fraude de acreedores, de satisfacer los legítimos intereses de éstos, aún a pesar de quebrantar, en gran medida, la configuración técnico-jurídica de la acción rescisoria, planteamiento que, siendo muy discutible desde un punto de vista teórico, puede llegar a resultar altamente peligroso, pues una conclusión -de justicia material más allá de las irregularidades procedimentales- no debería de llevar a eludir la aplicación de una norma tan clara como la del art. 1294.

Por último, no queremos con todo lo anteriormente expuesto afirmar que el acreedor no puede, en ningún caso, rescindir por fraude las merítadas capitulaciones; en efecto, dicho remedio, según se ha advertido, es viable siempre que se cumplan la totalidad de sus requisitos, puesto que el marco legal específico anteriormente examinado sólo resulta de aplicación si la deuda ha sido calificada como ganancial.

Así, con un adecuado planteamiento -a nivel teórico- aún cuando la solución sea también dudosa en el caso concreto, la STS de 9 de julio de 1990 (68) sitúa el tema en sus justos términos cuando pone de relieve que no se trata de excluir «de modo absoluto y para todo supuesto litigioso la posibilidad de impugnar, por vía revocatoria o rescisoria, la subsistencia o eficacia de unas capitulaciones matrimoniales, modificativas de un régimen económico-matrimonial anterior, que se estimen hechas en fraude de acreedores», sino que tal posibilidad se ha de ajustar, condicionar o posponer «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 del cónyuge en cuyo poder estuvieren después de las capitulaciones matrimoniales, habrá de responder de la deuda contraída (artículos 1401 y 1402 del Código Civil)», de tal modo que, como se

(67) RJA 8264.

(68) RJA 5788.

considera que «dicho recurso legal previo ya ha sido intentado, sin éxito...» (lo que, en el caso, es dudoso puesto que, al igual que acontece en el supuesto enjuiciado por la STS objeto del presente comentario, se interpusieron dos juicios ejecutivos contra el cónyuge deudor, en los que, como hemos señalado, no existe posibilidad de dilucidar el carácter de la deuda y acreditar su condición consorcial), en consecuencia, tratándose de un acreedor privativo, se accede a la petición rescisoria al considerar cumplidos el resto de los requisitos exigidos para su viabilidad.

En efecto, si no se trata de una deuda ganancial, sino privativa, el acreedor no puede esgrimir la inoponibilidad, irretroactividad, ineficacia en lo que le perjudique o irrelevancia de la sustitución del régimen económico al amparo del art. 1317 por causa de que las capitulaciones sean posteriores a la fecha en que se contrajo la deuda, no tanto porque dicho precepto no sea aplicable a las deudas privativas sino por la falta de efectividad de la invocación del mismo en la medida en que sólo protege los derechos adquiridos y, con anterioridad a dicha modificación del régimen económico, el acreedor privativo no tenía un derecho adquirido a embargar más que los bienes privativos del cónyuge deudor y, subsidiariamente, los gananciales, a salvo la parte que en el patrimonio ganancial tenía interesado el cónyuge no deudor si éste así lo solicitaba al amparo del artículo 1373, derecho que no puede esgrimir tras la disolución de la sociedad de gananciales, al no resultar aplicable ya en tal fase el mencionado art. 1373 (69).

Esto es, como acertadamente ha venido manifestando la DGRN (70), los acreedores privativos no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos ya que del mismo artículo 1373 se desprende que el que el embargo haya de recaer sobre bienes gananciales concretos o sobre la parte que al cónyuge deudor corresponda en el conjunto de los bienes gananciales es algo que depende de la voluntad del cónyuge del deudor y, si en el momento de

(69) Vid., sobre la imposible aplicación del art. 1373 tras la disolución de la sociedad de gananciales, SSTs de 8 de octubre de 1990 (RJA 7482) y 20 de noviembre de 1991 (Actualidad Civil 302/1992).

(70) RR. de la DGRN de 16 de febrero, 29 de mayo, 18 y 24 de septiembre, 28 de octubre, 6 y 12 de noviembre de 1987 (RJA 1067, 3932, 6568, 6572, 7664, 8732 y 8735), 5 de enero, 18 y 25 de marzo de 1988 (RJA 207, 2560 Y 2567) 29 de mayo de 1989 (RJA 4011), 3 y 4 de junio y 18 de julio de 1991 (RJA 4516, 4518 Y 5445).

practicarse el embargo y notificarse al cónyuge deudor se había producido con eficacia frente a terceros de buena fe el cambio de régimen, el embargo sólo es posible, o bien sobre la parte que ostente el cónyuge deudor si todavía no se ha verificado la partición o bien sobre los bienes que corresponden al cónyuge deudor tras la liquidación, no siendo de aplicación ya el art. 1373 CC, cuyo ámbito se refiere al momento anterior de vigencia de la sociedad de gananciales y, dado que los arts. 20 y 38 de la Ley Hipotecaria impiden que se pueda anotar el embargo sobre los bienes adjudicados al cónyuge no deudor, lo único que les queda a los acreedores privativos es la impugnación, si procede, de la partición, lo que en su día podrá provocar la pertinente anotación preventiva de demanda.

Por tanto, al acreedor privativo sólo le queda la posibilidad de rescindir o revocar las capitulaciones matrimoniales que determinaron la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y la adopción del régimen de separación de bienes porque se han otorgado en fraude demostrando que dichas capitulaciones no tenían otro objeto que el de procurar una insolvencia frente a las obligaciones válidamente contraídas por el cónyuge deudor.

Ahora bien, para la prosperabilidad de tal remedio, habrá de prestarse especial atención a su carácter subsidiario consagrado en los artículos 1111, 1291/3º y 1294, pues dicha condición exige que, en puridad, el acreedor que pretenda rescindir las merítadas capitulaciones ha de alegar que, previamente, ha tratado de demostrar la condición ganancial del crédito, pues, de lo contrario, dicha pretensión deberá desestimarse, pues, se reitera, para los débitos consorciales, existe un marco legal específico que impide la viabilidad de la pretendida rescisión.

V. CONCLUSIÓN.

Se trata de una sentencia de equidad, pero de dudosa fundamentación técnico-jurídica; al Tribunal Supremo seguramente no le pareció justo -y a nosotros, quizás, tampoco- que, después de asumir obligaciones una persona casada bajo el régimen de gananciales, dicho deudor acuerde con su esposo la disolución y liquidación del régimen económico, adjudicando a su consorte no deudor los bienes tangibles, de más fácil identificabilidad, de la extinta sociedad de gananciales.

Desde luego, no resulta equitativo que el acreedor, a la hora de hacer efectivo su crédito, se encuentre con que su deudor carece de bienes con que atender al pago de su deuda, pues ni siquiera figuran en el patrimonio de éste los bienes inconcretos e indeterminados que le fueron adjudicados en las meritedas capitulaciones.

Ahora bien, que ello no resulte de justicia, no significa que el Tribunal Supremo pueda desconocer el alcance y el contenido de la normativa que, para solucionar tal situación, ha previsto el legislador y, en modo alguno, faculta al TS para dar la razón a una de las partes -aunque posiblemente la tenga-, prescindiendo del cauce procesal utilizado y de la fundamentación aducida por dicha parte.

En efecto, no parece que pueda dudarse que las capitulaciones matrimoniales no son nulas ni por simulación ni por falta de causa, como pretendía el acreedor; asimismo, resulta claro que la deuda había nacido con anterioridad a la modificación capitular y, en igual medida, hasta puede admitirse que todos los indicios apuntan a que la intención del deudor y de su cónyuge era defraudar los legítimos intereses del acreedor pero, sin embargo, para la viabilidad de la acción rescisoria por fraude de acreedores esgrimida por el acreedor, y aceptada por el TS, ha de cumplirse escrupulosamente el requisito exigido por los arts. 1111, 1291/3º y 1294, que permiten su prosperabilidad, únicamente, en caso de ausencia de un marco legal específico para resarcir al acreedor.

Pues bien, en el caso, si el acreedor, en lugar de instar un juicio ejecutivo contra su deudor -ámbito procesal en el que resulta inviable discutir la naturaleza de la deuda-, hubiera demandado a su deudor y, dando entrada en el pleito al otro esposo -por el cauce procesal oportuno-, hubiera acreditado el carácter ganancial de la deuda, lo que no le resultaba difícil, al haber sido contraída por un cónyuge comerciante en el marco de sus operaciones comerciales, entonces, de la aplicación combinada de los arts. 6 a 8 Cco, 1365/2º *in fine*, 1369, 1401 y, en su caso, 1402 (con remisión a lo dispuesto en el art. 1084), todos CC, podría solicitar, al amparo de lo dispuesto en el art. 1317 CC, la declaración de inoponibilidad de las capitulaciones matrimoniales posteriores a la contracción de dicho débito y, sólo, si tal posibilidad resultase infructuosa, podría instar, ahora sí, la rescisión por fraude del negocio capitular.

Esto es, que el acreedor no haya podido anotar el embargo al figurar inscritos los bienes a favor del cónyuge no deudor es consecuencia de haber iniciado un juicio ejecutivo contra su deudor sobre la base de las letras de cambio suscritas por éste; que ello signifique que el acreedor no disponía de otro medio legal que el ejercicio de la acción rescisoria por fraude es conclusión, admitida por el TS, que no podemos aceptar, pues siempre le quedaba la posibilidad, por las vías ordinarias, de obtener la declaración del carácter ganancial de la deuda contraída por el cónyuge comerciante, en cuyo caso los arts. 1317, 1401 y 1402 tutelan de manera satisfactoria los derechos e intereses del acreedor.

Pretender, como ha estimado el TS, que el acreedor puede directamente -esto es, sin invocar los preceptos anteriormente mencionados y sin la previa acreditación de la infructuosa calificación de ganancialidad de la deuda- rescindir la escritura capitular sin tener en cuenta el marco legislativo específico que para el caso prevé el CC, supone desvirtuar el carácter con que el legislador -y la jurisprudencia del propio TS- ha configurado la acción rescisoria por fraude, en concreto, su condición subsidiaria en defecto de otro remedio legal para conseguir la satisfacción de los derechos del acreedor (art. 1294 CC) e implica, en consecuencia, desnaturalizar la tarea del mismo TS, cuya función no es suplir las consecuencias de un defectuoso planteamiento procesal de las pretensiones de las partes, aunque con ello se consiga un resultado justo.

En fin, La Ley, las normas legales, se han previsto precisamente para ello, para conseguir un reparto equitativo de los intereses en litigio, cuya tutela se impetra ante los Tribunales de Justicia; el más elemental principio de seguridad jurídica impone -y exige- a éstos, incluido el Tribunal Supremo, la estricta observancia de aquéllas, de tal modo que si una de las partes no ha querido -o no ha sabido- acomodar el supuesto de hecho a las previsiones legales -a salvo en las ocasiones en que el Juez puede proceder *ex officio* de conformidad con el principio *iura novit curia*, que no es el caso-, el Juzgador, mal que le pese, ha de desestimar su pretensión, según ha concluido, acertadamente y para un supuesto similar al caso enjuiciado, numerosa jurisprudencia, de la que la sentencia comentada -y alguna otra- constituye una excepción de dudosa justificación dogmática.