

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Tercería de dominio fundada en privatividad de finca embargada como ganancial. Otorgamiento de capitulaciones matrimoniales pactando el régimen de separación de bienes con anterioridad a la adquisición por la esposa de la finca embargada (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2004) *

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. Hechos.–II. Doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo.–III. Comentario.

I. HECHOS

La esposa promovió demanda de tercería de dominio contra su marido y la entidad ejecutante, para que se alzara el embargo trabado sobre una finca inscrita registralmente como presuntivamente ganancial, pero que en la demanda de tercería se afirmaba que era privativa de la esposa por haberla adquirido dos años después de otorgar el matrimonio capitulaciones estableciendo el régimen de separación de bienes y muchos años antes de contraer su marido la deuda. La entidad ejecutante se opuso a la tercería alegando que la actora ni siquiera aportaba con su demanda la escritura de capitulaciones matrimoniales, y que al adquirir la finca embargada no había hecho la ahora

* Esta sentencia fue objeto de comentario en el seminario Federico de Castro, dirigido por el profesor Díez-PICAZO.

tercerista mención alguna de tales capitulaciones ni acreditado que el precio se pagara con dinero privativo, manteniendo la finca como presuntivamente ganancial. Además, la misma tercerista, hasta un escrito presentado en el Registro de la Propiedad muy poco antes de promover la tercería, había dejado la puerta abierta al mantenimiento del carácter ganancial o privativo según le conviniera, y, en fin, que sólo al recaer seis embargos sobre la finca en cuestión había decidido la tercerista utilizar como arma la escritura de capitulaciones matrimoniales, hasta entonces inexistente por falta de publicidad. Igualmente la ejecutante codemandada de tercería formuló reconvencción para que, con base en los artículos 79 de la Ley Hipotecaria (LH) y 173 de su Reglamento, se declarara la nulidad de la inscripción registral de la finca como privativa, practicada en virtud del mencionado escrito que la tercerista dirigió al Registro de la Propiedad poco antes de promover la tercería.

La sentencia de primera instancia, razonando que la finca no era ganancial ni de la exclusiva propiedad de la tercerista sino de ésta y su esposo en régimen de copropiedad, debiendo presumirse por cuotas iguales conforme a los artículos 393 y 1441 del Código Civil (CC), desestimó íntegramente la demanda de tercería y estimó de manera íntegra la reconvencción, denegando la cancelación del embargo sobre la finca por entender aplicables los artículos 6 y 7 del Código de Comercio (CCO), ordenó rectificar la inscripción tercera de la finca como presuntivamente ganancial y declaró la nulidad de la inscripción cuarta de la misma finca como privativa de la tercerista.

Interpuesto recurso de apelación por la esposa tercerista y adherida a la impugnación la ejecutante codemandada-reconviniente para que se declarase el carácter ganancial de la finca embargada, el Tribunal de segunda instancia, desestimando aquél y estimando la impugnación adhesiva, revocó la sentencia en el único sentido de declarar que la finca litigiosa tenía carácter ganancial y estaba afectada a las responsabilidades económicas declaradas en el juicio ejecutivo, razonando a tal efecto que la modificación del régimen económico matrimonial había respondido a un propósito fraudulento, que no se había practicado inventario ni efectiva liquidación ni adjudicación de bienes tras el otorgamiento de las capitulaciones, que por tanto subsistía la responsabilidad del patrimonio ganancial anterior a la ficticia disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y que la finca litigiosa había sido adquirida en realidad para el patrimonio común de los cónyuges y exhibida en su significación y potencia patrimonial como señuelo de solvencia a acreedores. Contra la sentencia de apelación recurrió en casación la esposa tercerista, siendo rechazados los cuatro motivos alegados, confirmando el Tribunal Supremo (TS) plenamente el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial (AP) en virtud de los razonamientos que exponemos en el siguiente apartado.

II. DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El TS, en la sentencia que es objeto del presente comentario, de la que es ponente el Excmo Sr. D. Francisco Marín Castán, analiza de manera pormenorizada los motivos del recurso, de anómala formulación, según el mismo, y por ello indica cuáles serían las normas y la jurisprudencia más específicamente aplicables a los hechos probados.

Después de referirse a los artículos 1275, 1328, 1333, 1392-4.º y 1396 del CC; 77 de la Ley del Registro Civil (LRC); 75 del Reglamento Hipoteca-

rio (RH), y 90.2 y 94.1 también del CC, nuestro TS tiene en cuenta la jurisprudencia de esta Sala, considerando especialmente significativa, en relación con el caso, la sentencia de 25 de febrero de 1999 que con base en el artículo 1328 del CC declaró la nulidad de unas capitulaciones matrimoniales, anteriores incluso a la deuda contraída por el marido y pese a que en ellas se hacía una distribución de bienes concretos entre los cónyuges, razonando que «la nulidad de las relaciones jurídicas también procede cuando se proyecta sobre actuaciones futuras que se idean para perjudicar los legítimos derechos de los terceros» y que «no se puede alegar y sostener que existe causa verdadera y lícita en la escritura de capitulaciones con sólo el argumento de que el crédito mercantil contraído fue posterior a dicha escritura», ya que «la causa existe, pero se presenta ilícita atendiendo al fin perseguido». No menos importante es la sentencia de 25 de septiembre de 1999 que, ratificando el criterio de la de 6 de junio de 1994, declaró que la inscripción de la modificación del régimen económico matrimonial en el Registro Civil «no altera el régimen de publicidad registral inmobiliaria con las garantías que a terceros ofrece el mismo, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1333 del CC respecto a inmuebles concretos y determinados que resultasen afectados por las capitulaciones matrimoniales y en cuanto a la toma de razón en el Registro de la Propiedad», así como que resultaría absurdo permitir «que los cónyuges hicieran uso de sus pactos capitulares en el momento que reputasen más beneficioso para sus intereses». En el orden al tiempo para hacer valer la nulidad, la sentencia de 14 de marzo de 2000, con cita de las de 6 de abril de 1984, 10 de octubre de 1988, 23 de octubre de 1992, 8 de marzo de 1994 y 9 de mayo de 1995, recuerda la inaplicabilidad del plazo límite de cuatro años del artículo 1301 del CC cuando lo apreciado sea una nulidad radicial o absoluta, cual sucede en los casos de ilicitud de la causa. Por último, en lo que atañe a la forma de oponer la nulidad del título del demandante en las tercerías de dominio, la jurisprudencia entiende que, dado el limitado ámbito de éstas, basta con alegarla por vía de excepción o de mera alegación opositora (sentencias de 16 de abril y 8 de junio de 2003, ambas con cita de otras muchas).

La proyección de dicha normativa legal o de esta doctrina jurisprudencial a los hechos probados determina de manera bien clara la inviabilidad de la tercería de dominio que planteó la recurrente, es decir, la esposa, porque los mismos son rotunda y concluyentemente demostrativos de que, como con toda razón entendió el Tribunal sentenciador, las capitulaciones matrimoniales otorgadas en el año 1985 y que no se hicieron valer por la tercerista hasta diez años después, precisamente cuando vio desestimado el incidente que ella misma había promovido al amparo del artículo 1373 del CC alegando la ganancialidad de la finca embargada, eran una pura vaciedad, un mero instrumento formal otorgado por los cónyuges no para su fin propio de liquidar la sociedad de gananciales sino para el manifiestamente ilícito de poder jugar en el futuro la carta de la ganancialidad o de la privatividad según les conviniera y en perjuicio de sus acreedores. De ahí que frente a la sentencia recurrida nada puedan los motivos del recurso, impregnados de una visión de las normas y de la jurisprudencia que tiende a imponer la pura apariencia o las formalidades extrínsecas sobre razones de fondo tan poderosas como las que inspiran los artículos 1275 y 1328 del CC, el artículo 7 del mismo cuerpo legal o el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Y es que la circunstancia de que en el caso examinado las capitulaciones matrimoniales fueran anteriores y no, como suele ser habitual cuando se intenta burlar los derechos de los acreedores, posteriores a la deuda, no elimina por sí sola

la ilicitud de su otorgamiento, sino que en realidad viene a reforzarla al indicar, dados los hechos que se declaran probados, que sus otorgantes eran conscientes del obstáculo que el artículo 1317 del CC podía representar para el fin que perseguían.

La recurrente se opone a la sentencia recurrida por considerar inexistente un *consilium fraudis* que a la larga se erige en fundamento único de la sentencia. Para el TS, basta sin embargo leerla desapasionadamente para comprobar lo infundado de tales reproches, pues el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida toma como punto de partida los hechos que la de primera instancia declaró probados y, con base en los mismos, entiende que la modificación del régimen económico matrimonial respondió a un designio fraudulento.

La recurrente esgrime la intempestiva introducción del fraude de acreedores en el debate jurídico por la sentencia recurrida, pero desconoce que la intencionada ocultación de las capitulaciones matrimoniales por los cónyuges para dejar una puerta abierta a la ganancialidad o privatividad de sus bienes fue precisamente la razón fundamental por la que la ejecutante code mandada no sólo se opuso a la tercería sino que además formuló reconvencción para que se declarase nula la inscripción 4.^a de la finca, de suerte que, adherida en su momento esta misma parte a la impugnación de la sentencia de primera instancia por no haber declarado ésta la ganancialidad de la finca, tampoco se alcanza a comprender cómo puede alegarse ahora en casación una «intempestiva introducción» en el debate del designio fraudulento de las capitulaciones matrimoniales, cuando tal designio era, sobre cualquier otra cuestión, el núcleo mismo del debate.

La razón causal del fallo impugnado consiste precisamente en la irrealidad material de una separación de bienes meramente formal o aparente. Por ello la alegación de la falta de prueba del designio fraudulento de la tercerista y su marido no es más que una queja tan puramente voluntarista como rotundamente desmentida por los hechos documentalmente constatados.

III. COMENTARIO

Esta sentencia establece una doctrina que contrasta con la comúnmente adoptada por la Sala I.^a de nuestro TS, seguida por numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales, cuando se produce una modificación del régimen económico matrimonial en perjuicio de terceros y, en concreto, de los acreedores de uno de los cónyuges. Son numerosas las sentencias del TS, como hemos tenido ocasión de poner de relieve en diversos estudios doctrinales y jurisprudenciales ¹, que protegen, a través de diversas vías, a

¹ CABANILLAS, «La mutabilidad del régimen económico matrimonial», *ADC*, 1994, pp. 168 ss., con amplia información doctrinal y jurisprudencial. También M. J. PÉREZ GARCÍA, «La ineficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales: estudio jurisprudencial», *ADC*, 2002, pp. 228 ss., con referencia también a las sentencias de las Audiencias Provinciales. De especial interés, por su análisis de la jurisprudencia, BLASCO, «Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1317», *ADC*, 1993, pp. 593 ss., y GUILARTE GUTIÉRREZ, *Impugnación de capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores, Jurisprudencia práctica*, número 20, Madrid, 1991. Además, RAGEL, «El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales», en *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1991, pp. 1675 ss.

los acreedores de alguno de los cónyuges cuando otorgan capitulaciones matrimoniales que motivan la adopción del régimen de separación de bienes con disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicándose los bienes más valiosos y de más sencilla identificación al cónyuge que no intervino en el negocio que dio lugar al surgimiento de la deuda. Estos bienes, si son inmuebles (como es habitual), se inscriben a nombre del cónyuge no deudor con el carácter de propios en el Registro de la Propiedad. De esta manera los acreedores se encuentran con un importante obstáculo para cobrar todo lo debido, ya que, como hemos señalado, los bienes más valiosos y de más fácil identificación del matrimonio han dejado de pertenecer al cónyuge que contrajo la deuda. Con tan sencillo procedimiento los cónyuges tratan de conseguir que dichos bienes queden al margen de toda responsabilidad frente a los acreedores del cónyuge deudor. Al inscribirse los bienes inmuebles a nombre del cónyuge deudor con carácter de propios, el Registrador de la Propiedad denegará la anotación preventiva de embargo, teniendo en cuenta los artículos 20 y 38 de la LH y 144 del RH ².

Frente al procedimiento defraudatorio descrito, muy utilizado en la práctica, como evidencian las numerosas sentencias que lo contemplan ³, nuestro ordenamiento jurídico dispensa una adecuada protección a los acreedores. Parece que el mecanismo adecuado sería el de la acción rescisoria por fraude de acreedores, ya que es evidente el propósito fraudulento de los cónyuges. Sin embargo, el ejercicio de la acción rescisoria cuando se han otorgado capitulaciones matrimoniales para defraudar a los acreedores, sólo procede cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba, como dispone el artículo 1291-3.º del CC. En este sentido, es indudable el carácter subsidiario de la acción rescisoria, disponiendo con suma claridad el artículo 1294 del CC que la acción rescisoria es subsidiaria, ya que no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio. Y lo cierto es que este recurso legal existe en nuestro Derecho, encontrándose en el artículo 1317 del CC, puesto en conexión con los artículos 1401 y 1402 del CC, aplicados de manera reiterada por nuestro TS en el caso apuntado ⁴, siendo la deuda contraída por el cónyuge consorcial, es decir, a cargo de la sociedad de gananciales, en consonancia con el criterio acogido por la generalidad de nuestra doctrina ⁵. Ya hemos tenido ocasión de subrayar la enorme importancia que tiene, en el marco de la sociedad de gananciales, que la deuda contraída por el marido sea consorcial o privativa, siendo diferente la protección de los acreedores en uno y otro caso. Es opinión generalizada que, a diferencia de lo que acontece cuando la deuda es consorcial, el acreedor privativo de un cónyuge no puede invocar la inoponibilidad de la disolución de la sociedad de gananciales a consecuencia de la adopción en capitulaciones matrimoniales del régimen de separación de bienes, en base al artículo 1317 del CC, y de esta manera embargar bienes que se han adjudicado al cónyuge del deudor. Si el artículo 1373 del CC 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,

² CABANILLAS, *op. cit.*, p. 168.

³ Amplia información jurisprudencial por CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 172 ss., y M. J. PÉREZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 236 ss.

⁴ Amplia información jurisprudencial por CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 176 ss., y M. J. PÉREZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 236 ss.

⁵ CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 172 ss., y M. J. PÉREZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 236 ss.

invocar el principio contenido en el artículo 1317 del CC, pues los acreedores privativos del cónyuge no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos⁶. La importante sentencia del TS de 7 de noviembre de 1992 engarza perfectamente los citados preceptos (los arts. 1317, 1401 y 1402 del CC), destacando el carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama el artículo 1294 del CC, sin que la normativa hipotecaria constituya obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos (art. 144.2 del RH)⁷. A tenor del artículo 1317 del CC, «la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros». Como es lógico, este precepto parte de la base de que los terceros (fundamentalmente los acreedores de algunos de los cónyuges) han tenido que adquirir el derecho con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial, que, como hemos apuntado anteriormente, se concreta normalmente en la adopción del régimen de separación de bienes con disolución y liquidación de la sociedad de gananciales en virtud de capitulaciones otorgadas constante matrimonio. Probado el carácter ganancial de la deuda, y que la misma es de fecha anterior a la modificación del régimen económico matrimonial, procede, tal y como señalan las sentencias del TS de 19 de febrero y 15 de junio de 1992, que el acreedor alegue en juicio la norma del artículo 1317 del CC, con el fin de poder dirigirse contra los bienes que, antes de la liquidación de la sociedad de gananciales, tenían carácter ganancial, y ello con independencia del cónyuge a quien se le hayan adjudicado. Todo ello encuentra apoyo legal en los artículos 1317, 1401 y 1402 del CC, teniendo presente que los mencionados preceptos sólo son de aplicación a las deudas gananciales⁸. Evidentemente, si el derecho no ha sido adquirido por los acreedores antes de que tenga lugar la modificación del régimen económico matrimonial que regía las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, es imposible que pueda aplicarse el artículo 1317 del CC, que parte de este presupuesto, como afirma expresamente. Parece que sólo de esta manera se les puede perjudicar, pues si no han adquirido un derecho antes de la modificación del régimen económico matrimonial, difícilmente se les va a causar un perjuicio. Para ser perjudicado el acreedor, ha tenido que haber adquirido el derecho antes de la modificación del régimen económico matrimonial a través del otorgamiento de capitulaciones, pues si el derecho ha sido adquirido con posterioridad al otorgamiento de las mismas, no cabe apreciar un perjuicio invocable por los acreedores, por lo que, con toda lógica, nuestro CC sólo contempla el caso típico de derechos ya adquiridos por terceros, es decir, de derechos que han sido adquiridos antes de que se produzca la modificación del régimen económico matrimonial. Precisamente, el peligro de que el otorgamiento de capitulaciones constante matrimonio sea un instrumento utilizado por los cónyuges para defraudar a los terceros, en concreto, a los acreedores, que se conecta a la mutabilidad del régimen económico matrimonial, consagrada por el artículo 1326 del CC, únicamente se pone de manifiesto cuando la deuda contraída por alguno de los cónyuges es anterior al otorgamiento de las capitula-

⁶ CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 184 y 185, con amplia referencia a la doctrina de la DGRN, que se pronuncia reiteradamente en este sentido; M. J. PÉREZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 234 ss.; JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999, pp. 261 ss.

⁷ Sobre esta importante sentencia, CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 173 ss.

⁸ M. J. PÉREZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 236 y 237.

ciones matrimoniales que implican la disolución de la sociedad de gananciales al adoptarse el régimen de separación de bienes. Nadie plantea el apuntado peligro, hablando de que existe una desprotección de los terceros en la mutabilidad de las capitulaciones, cuando la deuda fue contraída por el cónyuge con posterioridad al otorgamiento de las mismas, rigiendo entonces el régimen de separación de bienes. El problema de la señalada desprotección de los terceros se plantea exclusivamente cuando éstos (normalmente, acreedores de un cónyuge) han adquirido derechos con anterioridad al cambio o la modificación del régimen económico matrimonial, que regía las relaciones patrimoniales entre los cónyuges cuando uno de ellos contrajo la deuda ⁹.

Como hemos apuntado ¹⁰, es perfectamente legítimo el deseo de los cónyuges de poner una parte importante de los bienes del matrimonio a cubierto cuando uno de ellos está dedicado a una actividad arriesgada desde el punto de vista económico. Si la situación es de peligro potencial, cara al futuro, puede ser incluso aconsejable la adopción en capitulaciones matrimoniales del régimen de separación de bienes, tratando de preservar la economía familiar, sin que ello implique fraude o perjuicio para terceros, al no ser afectados derechos ya adquiridos por ellos. Precisamente en Francia el deseo de evitar o limitar los riesgos empresariales constituye uno de los motivos más frecuentes que aparece en las demandas de homologación judicial dirigidas a la sustitución del régimen de comunidad por el de separación. Incluso la jurisprudencia francesa más reciente ha permitido el cambio del régimen económico matrimonial (sistema de mutabilidad judicialmente controlada) cuando la situación financiera de los cónyuges está comprometida, siempre que existan garantías que protejan suficientemente a los acreedores.

Respecto a los posibles acreedores futuros, al no haber adquirido lógicamente ningún derecho con anterioridad al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, no parece que sufran perjuicio alguno, y por ello, difícilmente puede pensarse en una conducta fraudulenta de los cónyuges por el solo hecho de otorgar capitulaciones matrimoniales, con adopción del régimen de separación de bienes y consiguiente disolución de la sociedad de gananciales. Por esta razón, no se aprecia que en tal caso exista un *consilium fraudis*, y por tal motivo, es improcedente afirmar el carácter fraudulento de las capitulaciones matrimoniales y de la adopción del régimen de separación de bienes. Este razonamiento está presente en el recurso de casación interpuesto por la esposa que presentó la demanda de tercería de dominio sobre la finca embargada, y su pretensión debería haber tenido mejor suerte, prosperando el citado recurso, frente a la sentencia de la AP. Sin embargo, el TS, en consonancia con el razonamiento de esta sentencia, rechaza todos los motivos esgrimidos por la esposa recurrente, como hemos visto, con una argumentación muy discutible, si tenemos en cuenta todo lo que hemos dicho. Hay que observar que no cabe aplicar el artículo 1317 del CC, ya que la finca embargada era privativa de la esposa tercerista por haberla adquirido dos años después de otorgar los cónyuges capitulaciones matrimoniales estableciendo el régimen de separación de bienes, con disolución de la sociedad de gananciales, y muchos antes de contraer su marido la deuda. A pesar de ello, nuestro TS, en la sentencia que comentamos, no considera pertinente la tercería de dominio, interpuesta por la esposa, con una argumentación que no compartimos, y tal vez, acogiendo una solución que choca con la que se infiere de nuestro ordenamiento jurídico,

⁹ CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 169 y 170.

¹⁰ CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 168 y 169.

plasmada fundamentalmente en el tan citado artículo 1317 del CC, en clara conexión con los artículos 1401 y 1402 del mismo texto legal.

En efecto, como hemos tenido ocasión de poner de relieve ¹¹, el artículo 1317 del CC establece una salvaguarda o garantía que 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, como afirma la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 30 de octubre de 1974. Se sanciona de esta manera el principio de irretroactividad: no han de quedar afectadas por el acto de novación las situaciones ya creadas a favor de terceros. Con notable exactitud y acierto, la sentencia del TS de 17 de febrero de 1986 precisa la función del artículo 1317: significa que los acreedores de cualquiera de los esposos no resultarán afectados por la liquidación del estatuto patrimonial anterior, ni por el establecimiento de nuevas pautas, siempre que los derechos hayan nacido en el momento del cambio, respecto de los cuales persistirá la situación originaria, con la responsabilidad consiguiente frente a las deudas que a los bienes gravaban. En rigor, de acuerdo con el artículo 1317 del CC, en caso de perjuicio, lo único que tiene que probar el acreedor o titular del derecho es la anterioridad de éste a la modificación. De esta manera se facilita extraordinariamente la protección de los terceros, que objetivamente pueden desconocer la modificación del régimen económico matrimonial cuando perjudica derechos ya adquiridos por ellos.

Nuestro TS trata de superar el obstáculo que representa el mencionado precepto, afirmando que las capitulaciones no tienen una causa verdadera y lícita, sin que la circunstancia de que la deuda contraída por el marido sea posterior al otorgamiento de las capitulaciones constituya un argumento que se pueda alegar a favor de la validez de las mismas, ya que tienen causa, pero se presenta ilícita atendiendo al fin perseguido. Se tiene en cuenta que las capitulaciones matrimoniales han sido otorgadas por los cónyuges pensando en actuaciones futuras con la idea de perjudicar legítimos derechos de terceros. Por ello las mismas son nulas, ya que el TS considera, con carácter general, que la nulidad de las relaciones jurídicas también procede cuando se proyecta sobre actuaciones futuras que se idean para perjudicar los legítimos derechos de los terceros. Además, es absurdo que los cónyuges puedan hacer uso de sus pactos capitulares en el momento que consideren más beneficioso para sus intereses.

El TS señala la ilicitud de las capitulaciones matrimoniales en el caso de autos, afirmando por ello la inviabilidad de la tercería de dominio que planteó la esposa recurrente, porque las capitulaciones, en las que se adoptó el régimen de separación de bienes, con disolución de la sociedad de gananciales, fueron un mero instrumento formal otorgado por los cónyuges no para su fin propio de liquidar la sociedad de gananciales, sino para el manifiestamente ilícito de poder jugar en el futuro la carta de la ganancialidad o de la privatividad según les conviniera y en perjuicio de sus acreedores.

Por este motivo, el TS considera que la circunstancia de que en el caso examinado las capitulaciones matrimoniales fueran anteriores y no, como suele ser habitual cuando se intenta burlar los derechos de los acreedores, posteriores a la deuda, no elimina por sí sola la ilicitud de su otorgamiento,

¹¹ CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 177 ss.

sino que en realidad viene a reforzarla al indicar, dados los hechos que se declaran probados, que sus otorgantes eran conscientes del obstáculo que el artículo 1317 del CC podía representar para el fin que perseguían.

El TS entiende que la modificación del régimen económico matrimonial respondió a un designio fraudulento (*consilium fraudis*), consistente en la intencionada ocultación de las capitulaciones matrimoniales por los cónyuges para dejar una puerta abierta a la ganancialidad o la privatividad de sus bienes, la cual fue precisamente la razón fundamental por la que la ejecutante code mandada no sólo se opuso a la tercería sino que además formuló reconvencción para que se declarase nula la inscripción de la finca. Por ello existe ilicitud de la causa en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. Para el TS existe una irrealidad material de la separación de bienes, por ser meramente formal o aparente. Existe un designio fraudulento de la tercerista y su marido.

A nuestro juicio, hay que observar que la finca embargada fue comprada por la esposa dos años después del otorgamiento de las capitulaciones y la inscripción de éstas en el Registro Civil, por lo cual no sólo el artículo 1317 del CC, en conexión con los artículos 1401 y 1402 del CC, sino también el artículo 1333 del mismo texto legal, hacen difícil que se puedan poner obstáculos a la demanda de tercería de dominio interpuesta por la esposa, en relación con una finca que según las capitulaciones matrimoniales anotadas en el Registro Civil es privativa de aquélla. La publicidad que despliega el Registro Civil es oponible a los terceros (art. 77 de la LRC), y, por tanto, los futuros acreedores no podían desconocer la existencia de las capitulaciones matrimoniales que otorgaron los cónyuges, adoptando el régimen de separación de bienes, con la consiguiente disolución de la sociedad de gananciales.

Como afirma la mencionada sentencia del TS de 25 de septiembre de 1999, la modificación del régimen económico matrimonial sólo afecta a terceros desde la fecha de su inscripción registral (Sentencia de 26 de junio de 1992), por lo que su eficacia y disponibilidad está en función de la inscripción en el Registro Civil, que no altera el régimen de publicidad registral inmobiliaria —dice la sentencia de 6 de junio de 1994— con las garantías que a terceros ofrece el mismo, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1333 del CC respecto a inmuebles concretos y determinados que resultasen afectados por las capitulaciones matrimoniales y en cuanto a la toma de razón en el Registro de la Propiedad.

Con suma claridad, la sentencia del TS de 8 de marzo de 1999 pone de relieve que aunque la alegada dinámica del régimen de separación de bienes entre cónyuges llevara a la responsabilidad personal de las deudas, como razona la primera sentencia y ratifica la impugnada, no se ha probado la inscripción de las correspondientes capitulaciones matrimoniales, otorgadas en 1980, ni en el Registro Civil, ni en el de la Propiedad, no surtiendo por ello efectos frente a terceros, pues al no tenerse conocimiento de tal hecho ha de presumirse que se rigen por la sociedad de gananciales.

La circunstancia de que no se liquidara la sociedad de gananciales, como es habitual, no implica *per se* que dichas capitulaciones matrimoniales respondan necesariamente a un fin ilícito, consistente en un designio fraudulento de la esposa tercerista y su marido, teniendo un carácter meramente formal o aparente, de tal manera que existe irrealidad material de la separación de bienes.

A nuestro juicio, es perfectamente lícito que tras el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales no se liquide la sociedad de gananciales, sin

que tenga carácter obligatorio o imperativo para los cónyuges, como ha puesto de manifiesto nuestra doctrina, la cual ha analizado con detenimiento la problemática que plantea la disolución de la sociedad de gananciales mientras no se proceda a su liquidación.

Como observa nuestra doctrina ¹², el problema que se plantea se concreta en determinar el régimen jurídico de la sociedad disuelta y no liquidada. Producida la disolución se abre un período liquidatorio. Puede ocurrir –y no es infrecuente que ocurra– que los interesados, no obstante ello, no lleven a cabo la liquidación y que la fase de interinidad se prolongue durante un largo período de tiempo. Suele suceder así en muchos casos de disolución por muerte, entre el supérstite y los herederos del premuerto, y también, aunque en menor frecuencia, entre los propios cónyuges cuando modifican constante matrimonio su régimen económico o cuando se divorcian. Con toda razón, se rechaza que la sociedad de gananciales no se extinga hasta que no llega el momento de su completa liquidación, apareciendo algo así como una especie de sociedad de gananciales continuada, de manera que continuarán rigiendo entre los partícipes o sus herederos las mismas reglas de la sociedad. Ello determinaría como consecuencia el que los frutos y rentas del capital y trabajo continuarían incrementando la sociedad y el régimen de responsabilidad, gestión y disposición continuará siendo el mismo que anteriormente. Esta tesis no parece sostenible. No hay razón para incrementar el patrimonio común con las rentas del trabajo e industria o con las rentas de capital de los bienes que no sean comunes sino privativos, y falta toda posibilidad de aplicar las reglas sobre gestión, administración y disposición de los gananciales. Por ello parece más correcto entender que estamos en presencia de un patrimonio colectivo, formado por los bienes que fueron gananciales, cuya titularidad la ostentan los cónyuges, si la causa de disolución no es la muerte de uno de ellos, o el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto en otro caso. En relación con la naturaleza de dicho patrimonio colectivo, parece razonable sostener que no estamos ante una comunidad sobre cada uno de los bienes o derechos, que se regularían por los artículos 392 y siguientes del CC. En función de la remisión que el Código hace a la partición y liquidación de la herencia (cfr. art. 1410 del CC) para normativizar la problemática de la liquidación de la sociedad de gananciales, es probable que sea una comunidad de naturaleza especial equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición, es decir, tendremos un patrimonio cuya titularidad la ostentan varias personas. No hay cuotas sobre cada bien específico, sino que se proyectan sobre aquella titularidad (Sentencias de 21 de noviembre de 1987, que habla de «conjunto de bienes con cotitularidad ordinaria», 8 de marzo de 1995 y 11 de mayo de 2000) ¹³.

Las consideraciones expuestas en torno a la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada evidencian, sin ningún género de duda, que de la circunstancia de que los cónyuges no liquiden la sociedad de gananciales disuelta no se puede inferir que, frente a acreedores futuros, es como si no se hubieran otorgado capitulaciones matrimoniales, con la adopción del régi-

¹² Por todos, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, Madrid, 2003, pp. 197 ss.

¹³ Díez-PICAZO y GULLÓN (*op. cit.*, pp. 198 ss.) exponen con rigor el régimen jurídico especial de esta comunidad, señalando las reglas que deben entenderse aplicables, sin perjuicio de las propias de la comunidad hereditaria.

men de separación de bienes, máxime cuando, como hemos visto, estas capitulaciones tuvieron acceso al Registro Civil y son por tanto oponibles a terceros, de conformidad con los artículos 1333 del CC, 77 de la LRC y 266 del RLRC. De acuerdo con estos preceptos, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de la indicación de la existencia del pacto, resolución judicial y demás hechos que modifiquen el régimen de la sociedad conyugal al margen de la inscripción de matrimonio. Por esto es muy cuestionable la afirmación de que las capitulaciones matrimoniales tuvieran una causa ilícita y su fin defraudar a los acreedores, especialmente cuando no existían los mismos en el momento de su otorgamiento y mención en el Registro Civil. No parece que pueda afirmarse por todo ello la nulidad de las capitulaciones matrimoniales. Frente a la tesis de la nulidad de las mismas por ilicitud de la causa, que sustenta la sentencia que comentamos, hay que observar, para evitar cualquier equívoco, que la circunstancia de que las capitulaciones matrimoniales no sean oponibles a los acreedores, como sustentamos nosotros, en la medida que afecten a derechos que han adquirido con anterioridad al otorgamiento de las capitulaciones modificativas, se explica por su relatividad e irretroactividad, como destaca la mencionada Exposición de Motivos del Proyecto de 1974, y no porque éstas sean nulas. En ningún aspecto existe, a nuestro juicio, nulidad de las capitulaciones matrimoniales, sino inoponibilidad de las mismas frente a los acreedores perjudicados por la modificación del régimen económico matrimonial a través del otorgamiento de capitulaciones, siendo reiterada la doctrina del TS en este sentido¹⁴. Tampoco parece que pueda afirmarse que exista fraude de acreedores (art. 1335 en conexión con el art. 1391-3.º del CC), debido a que las deudas contraídas por el marido fueron muy posteriores al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, por lo que es indudable la inaplicabilidad del artículo 1317 del CC, en conexión con los artículos 1401 y 1402 del CC, que, si lo fuera, impediría el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores, a consecuencia de su carácter subsidiario (art. 1294 del CC), siendo además problemático afirmar dicho fraude cuando, como hemos apuntado, las capitulaciones tuvieron acceso al Registro Civil y por consiguiente eran oponibles a los terceros, es decir, a los futuros acreedores, que no podían desconocer su existencia, por lo que cae por su base el pretendido *consilium fraudis* de los cónyuges. No creemos, por tanto, que exista alguna razón de peso que se oponga a la procedencia de la demanda de tercería de dominio ejercitada por la esposa, pues como sabemos, ésta había adquirido la finca embargada dos años después de otorgar los cónyuges capitulaciones matrimoniales estableciendo el régimen de separación de bienes y muchos años antes de contraer su marido la deuda, lo cual no podía ser ignorado por los acreedores del marido, que embargaron dicha finca, debido a que, como hemos apuntado repetidamente, las capitulaciones se anotaron en el Registro Civil, con la consiguiente oponibilidad que deriva de ello frente a terceros, de conformidad con la citada normativa del CC, de la LRC y del RLRC. Dificilmente puede ser embargada como ganancial una finca que es privativa de la esposa debido al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales anotadas en el Registro Civil, pactando el régimen de separación de bienes con anterioridad a la adquisición de la finca embargada por la esposa. En

¹⁴ CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 180 y 181; M. J. PÉREZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 231 ss., con amplia información doctrinal y jurisprudencial.

este sentido coincidimos plenamente con el razonamiento de la esposa tercerista, sin que nos convenzan los argumentos esgrimidos por el TS en línea con la sentencia recurrida para oponerse a dicha tercería, los cuales pueden ser rebatidos, como hemos visto, sin demasiadas dificultades. El propio orden público, en el ámbito de las relaciones económicas entre cónyuges, creemos que avala este punto de vista.

La verdad es que, tras muchos años de estudio de la problemática que plantea la mutabilidad del régimen económico matrimonial, con especial referencia a la protección de los acreedores, no tenemos conocimiento, tanto en el Derecho español como en el Derecho comparado, de una sentencia como la presente, ni de autores que defiendan un punto de vista semejante, razón que justifica su comentario.