

La anotación de embargo sobre bienes privativos por confesión tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil

SUMARIO: I. DELIMITACION DEL AMBITO DE ESTUDIO.—II. REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ARTICULO 144.2 DEL RH PARA ANOTAR EL EMBARGO SOBRE LOS BIENES PRIVATIVOS DE UN CONYUGE POR CONFESION DEL CONYUGE DEUDOR: OPERATIVIDAD DE LA NORMA REGLAMENTARIA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO.—III. LOS ACREEDORES ANTE EL PERJUICIO OCASIONADO POR LA CONFESION DE PRIVATIVIDAD: SIGNIFICADO DE LA EXPRESION EMPLEADA POR EL ARTICULO 1.324 DEL CODIGO CIVIL, «TAL CONFESION (...) NO PERJUDICARA...»

I. DELIMITACION DEL AMBITO DE ESTUDIO

El régimen económico matrimonial y el fraude de acreedores forman dos círculos secantes que ofrecen al jurista una serie de temas de enorme relevancia práctica y, en consecuencia, de cierto interés científico por la búsqueda de soluciones a los problemas que plantean. Si a ello unimos el dato de que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil modifica el *statu quo* del proceso de ejecución de bienes conyugales, parece justificada la referencia a una materia que aunque ha sido bastante estudiada en el ámbito puramente civil, en sus aspectos procesales y registrales pudiera admitir algunas observaciones complementarias: se trata de la situación del acreedor perjudicado por la confesión del deudor sobre el carácter privativo de un bien responsable a favor de su cónyuge (1).

(1) Es necesario reparar en el detalle de que si no hubiese existido tal confesión, el bien sobre el que recae tal confesión sería privativo del deudor, o ganancial, por prueba

Desde que en Roma aparecen los antecedentes de la figura que se estudia en la denominada *dote confesada*, la confesión de privatividad continúa siendo —aunque en menor medida que otros negocios entre cónyuges— fuente de muchos fraudes (2). Buena muestra de ello es la reciente Resolución de la

o presunción. En cualquier caso, el bien respondería de forma directa o subsidiaria de las deudas del confesante, dependiendo del carácter común o privativo de éstas. La confesión puede ser del bien o de los fondos con los que se adquirió el bien. Señala AVILA ALVAREZ que esta confesión no se podrá hacer cuando exista un título de propiedad de un cónyuge y sólo es aplicable respecto a aquellos bienes que como los muebles o el dinero mantienen una conexión con el título de adquisición de difícil prueba. Vid. «Inscripción de bienes de los cónyuges y de la sociedad conyugal», en *RCDI*, 1983, págs. 273 y sigs.

Soy consciente de que son muchos los aspectos relevantes que ofrece el estudio del artículo 1.324 del Código Civil («Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges»). Sin embargo, la finalidad de este breve trabajo no es la de examinar lo relativo a la configuración jurídica de la confesión que establece el precepto, ni a los efectos de la misma *inter cónyuges*, ni a la forma de constancia en el Registro de la Propiedad de los bienes sobre los que recae esta confesión (art. 95.4 del Reglamento Hipotecario). Entre la bibliografía específica que trata todas estas cuestiones, pueden verse, por orden cronológico, DE LOS MOZOS («Comentario del art. 1.324 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XVIII, vol. 1.º, Edersa, 1982, págs. 168 y sigs.); OLIVARES JAMES («LOS contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo art. 1.324 del Código Civil», en *AAMN*, T. XXV, 1982, págs. 279 y sigs.); RIBERA PONT («Breves reflexiones sobre el reformado art. 1.324 del Código Civil», en *RCDI*, núm. 550, 1982, pág. 743 y sigs.); RODRÍGUEZ LÓPEZ («El régimen de las aseveraciones de privatividad», en *Jornadas Hispalenses de Derecho de Familia*, Sevilla, 1982, págs. 221 y sigs.); DÍEZ-PICAZO («Comentario del art. 1.324 del Código Civil», en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, 1984, págs. 1513 y sigs.); GAVIDIA SÁNCHEZ («La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal», Tecnos, 1987); HERRERO GARCÍA («Comentario del art. 1.324 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 599 y sigs.); SERRANO CHAMORRO («La confesión de privatividad. Examen del art. 1.324 del Código Civil», en *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 137, mayo 1992, págs. 1289 y sigs.); PASCUAL DE LA PARTE («La causa, su constancia expresa o no en los negocios jurídicos de atribución de ganancialidad o privatividad respecto de los bienes de los patrimonio conyugales y otras consideraciones», en *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 149, 1993, págs. 1227 y sigs.); GIMÉNEZ SANJUAN («La prueba, a efectos registrales, de la privatividad del dinero en los casos de reinversión durante la sociedad de gananciales», en *BICNGr*, núm. 177, 1995, págs. 2667 y sigs.); ALCÁIN MARTÍNEZ («La declaración de propiedad de bienes matrimoniales», McGraw Hill, 1996); GULLÓN BALLESTEROS («Comentario del art. 1.324 del Código Civil», en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, T. IV, Trivium, 4.ª ed., 1995); MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ («Comentario del art. 1.324 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinador: I. Sierra Gil de la Cuesta, T. 7.º, Bosch, 2000, págs. 31 y sigs.).

Mi objetivo queda, así, limitado a proyectar la aplicación de la norma del artículo 1.324 del Código Civil en la esfera de los acreedores, *sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges*.

(2) Venía siendo relativamente frecuente que los maridos que se encontraban en apurada situación económica y para salvar determinados bienes de la agresión de los

DGRN, de 13 de febrero de 1999, que constituye el punto de partida de este trabajo y que nos permitirá hacer una interpretación del problema a la luz de la reciente Ley de Enjuiciamiento Civil.

A mi juicio son dos los planos en los que se manifiesta esta protección: de un lado, la necesidad de conseguir que el embargo practicado sobre un bien inmueble, inscrito a favor del cónyuge no deudor como privativo por confesión del deudor, sea anotable en el Registro de la Propiedad (aseguramiento del crédito); de otro, y ante una posible denegación de la anotación de embargo referida, es necesario determinar el concreto mecanismo de reparación del perjuicio del crédito que el artículo 1.324 del Código Civil no precisa (reparación del crédito perjudicado).

En los siguientes epígrafes examinaré estas dos vertientes del problema, partiendo de la casuística que nos ofrece la DGRN en la Resolución de 13 de febrero de 1999 (3).

II. REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ARTICULO 144.2 DEL RH PARA ANOTAR EL EMBARGO SOBRE LOS BIENES PRIVATIVOS DE UN CONYUGE POR CONFESION DEL CONYUGE DEUDOR: OPERATIVIDAD DE LA NORMA REGLAMENTARIA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO (4)

Los hechos que dan origen a la referida Resolución de 13 de febrero de 1999 son, básicamente, los siguientes: se inscribe una finca a favor de un

acreedores, reconociesen que sus esposas les habían entregado en dote tales bienes o tal cantidad de dinero. A continuación, las esposas reclamaban la restitución de la dote (crédito privilegiado) y los acreedores ejecutantes resultaban perjudicados. Vid. LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia, vol. 1º*, Bosch, 1990, págs. 371 y sigs.). El profesor LACRUZ recoge la doctrina de la *dote confesada* consistente en que la confesión de dote, hecha por el marido después de la boda, se consideraba *habere vim donationis factae inter virum et uxorem*. De esta forma, los terceros podían impugnar el reconocimiento como una donación. Este sistema se tuvo presente en la Ley Hipotecaria de 1861 y, luego, en el Código Civil, en el sentido de que la confesión de dote por el marido de los bienes en que ésta consista no producía efectos frente a los acreedores del confesante que pueden considerarla inoperante frente a ellos y que tienen derecho preferente a cobrar frente a la mujer dotada (*op. cit.*, págs. 372-373). J. L. DE LOS MOZOS también se refiere *in extenso* al antecedente de la dote confesada (*op. cit.*, págs. 169-171).

(3) La utilización de la confesión de privatividad como vía para perjudicar a los acreedores fue objeto de cierta litigiosidad antes de la reforma del Código Civil, de 13 de mayo de 1981, que da redacción al vigente artículo 1.324. De ello dan cuenta las sentencias del Tribunal Supremo, de 25 de diciembre de 1963 y de 28 de octubre de 1965.

(4) El apartado segundo del artículo 144 del Reglamento Hipotecario fue redactado por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, que supone una adaptación al ámbito de las anotaciones de embargo sobre bienes conyugales de la correspondiente norma civil

cónyuge con carácter privativo por confesión de privacidad del precio realizada por el otro cónyuge (5). Tiempo después se libra mandamiento de anotación de embargo sobre la citada finca derivado de un juicio declarativo entablado por el Banco de Valencia contra el cónyuge confesante. La anotación resulta denegada por encontrarse inscrito el bien a nombre de quien no fue demandado. El Banco acreedor interpone recurso gubernativo alegando que la confesión de **privatividad** carece de efectos frente a terceros y que el bien es presuntivamente ganancial. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informa que ha calificado de acuerdo con los artículos 95.4 y 144.2.1 del RH y que si la confesión tuvo o no por finalidad eludir responsabilidades financieras, es una cuestión que habrá de resolverse a través del correspondiente proceso. El Banco acreedor apeló el auto presidencial confirmatorio de la nota del Registrador estimando que *si existe presunción de ganancialidad y por disposición legal la confesión de titularidad no perjudica los derechos de los acreedores, no tiene sentido que se exija demandar a quien no es deudor con la única finalidad de dar cumplimiento a una norma reglamentaria*.

Sin perjuicio de que en el punto correspondiente vuelva sobre esta última afirmación del recurrente, parece necesario matizar que la existencia de un precepto que establezca la intangibilidad de los derechos de los acreedores perjudicados por la confesión de privatividad, no significa que el funcionamiento del mismo sea automático y que no requiera de un proceso (no precisamos todavía de qué tipo) que se pronuncie sobre su contenido. Y en este sentido quizá pueda tener cierta justificación la norma reglamentaria que exige para anotar el embargo la intervención del cónyuge titular del bien privativo por confesión, aunque no sea deudor.

(art. 1.324 del Código Civil) surgida tras la Reforma de 13 de mayo de 1981. La redacción de ese apartado no sufre ninguna modificación en la última reforma del RH que sí afecta, como se sabe, a otros apartados del citado artículo 144. Su tenor es el siguiente: «Cuando se trate de bienes inscritos conforme al número 4 del artículo 95, el embargo será anotable si la demanda se hubiere dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor». La regla hace referencia al artículo 95.4 del RH, resultado también del Real Decreto de noviembre de 1982, que establece la forma de practicar la inscripción de los bienes cuya privatividad resultare sólo de la confesión del otro cónyuge. Asimismo, regula los requisitos necesarios para la inscripción de los actos relativos a estos bienes, sobre los que luego volveré por su cierta relevancia para este trabajo.

(5) Considero que el término privacidad, al que se refiere expresamente la fundamentación fáctica de esta Resolución, debe ser sustituido por el de privatividad, no sólo porque éste es el utilizado por el Reglamento Hipotecario en algún precepto (art. 95.4), sino porque entiendo que la privacidad es una cualidad de lo privado mientras que la privatividad lo es de lo privativo y es a ésta última realidad a la que se quiere hacer mención. Tampoco el término privaticidad, utilizado por algunos autores, es el correcto, ya que parece que ha de mantenerse la raíz del adjetivo «privativo» lo más íntegra posible en las palabras que se formen a partir del mismo.

La Dirección General de los Registros parte, en su fundamentación jurídica, de la indeterminación registral en la titularidad del bien inscrito como privativo por simple confesión. Esto es cierto, pero lo que constituye objeto de más dudas es, a mi juicio, la invocación —que hace el Centro Directivo— del artículo 1.373 del Código Civil para justificar que, puesto que esta norma no es aplicable al caso, no se puede sustituir la demanda al titular por la notificación, como permitiría ese precepto (6).

Personalmente creo que no es necesario acudir al artículo 1.373 para fijar la notificación como elemento que permita modalizar el tracto sin necesidad de demandar directamente al cónyuge titular no deudor. Con independencia de la idoneidad del artículo 1.373 para ser aplicado a este caso concreto, lo que realmente permitiría modalizar el tracto sería el dato de que la intervención en el proceso del cónyuge titular le permita alegar lo que estime pertinente, y todo ello con independencia de que haya sido previamente demandado o notificado (7).

Además entiendo que es posible, también en este supuesto, la aplicación del artículo 1.373 del Código Civil, siempre que se demuestre que el bien es común o privativo del cónyuge confesante (ya que, *a priori*, parece que nada está decidido sobre la titularidad del bien *erga omnes*) y que la deuda es privativa de éste. Por tanto, parece matizable la afirmación que hace la Dirección General, en el Fundamento cuarto, según la cual *se hace ostensible lo inapropiado de la aplicación del artículo 1.373 del Código Civil al supuesto ahora considerado*.

La aplicación literal del artículo 144.2 RH conduce al Centro Directivo a estimar que no es suficiente la mera notificación del embargo al cónyuge del deudor para poder trabar el bien confesadamente privativo (F. J. 6.º) (8).

(6) Hemos de recordar que el artículo 1.373 permite el embargo de bienes gananciales por deudas privativas en defecto de bienes privativos del deudor y sometido a la facultad que tiene el cónyuge no deudor de sustituir ese embargo por la parte que al deudor corresponda en la sociedad de gananciales, en cuyo caso se produciría la disolución de ese régimen económico.

(7) Si bien antes de la entrada en vigor de la nueva LEC, la diferencia entre demandar y notificar en el proceso de ejecución podía ser significativa y no en todo proceso se podía extender la demanda contra el cónyuge no deudor, tras la entrada en vigor de la nueva legislación procesal civil, parece que la situación ha cambiado. Incidiré, a continuación, en este importante punto, ya que podría aconsejar la necesidad de suavizar la interpretación gramatical que se viene haciendo del apartado segundo del artículo 144 RH.

(8) Ha de repararse en el detalle de que el procedimiento del que dimana el presente recurso gubernativo es declarativo y, en consecuencia, hubiese sido hábil para demandar no sólo al cónyuge deudor confesante sino al cónyuge titular del bien objeto de la confesión, para exigir frente a él la responsabilidad del bien basándose en la falta de eficacia *erga omnes* de la confesión.

Sentados los presupuestos fácticos y jurídicos de la cuestión, es necesario que reflexionemos sobre los que considero de mayor relieve.

El origen del problema radica en la indeterminación registral del carácter de los bienes cuya privatividad resulta sólo de la confesión de un cónyuge. Sin embargo, la Dirección General y la doctrina, que se ha ocupado del tema, no vacilan en afirmar que, frente a terceros, esos bienes se consideran gananciales (9). ¿Cuál es la posición al respecto del apartado segundo del artículo 144 del RH? Parece que, en principio, y atendiendo a la ubicación del supuesto dentro de la norma que permite la anotación de embargo de bienes gananciales (constante la sociedad, entre su disolución y liquidación, y después de la liquidación), la posición del reglamentarista es favorable a permitir el embargo sobre esos bienes como si fuesen, salvo prueba en contrario, gananciales. No obstante, a la hora de establecer los requisitos necesarios para la práctica de la anotación preventiva, la regla los trata como si fuesen bienes presuntivamente privativos (demanda al cónyuge titular). Igualmente sucede en los sucesivos actos relativos a esos bienes realizados en vida del cónyuge confesante cuyo acceso al Registro no requiere más que del consentimiento del titular. Ello revela que la confesión de privatividad tiene más fuerza en el tráfico jurídico de la que en principio se le atribuye.

Particularmente considero que ante esta indeterminación registral de los bienes no deberían tomarse posturas *a priori* sobre el carácter de los mismos y sería necesario flexibilizar los criterios de anotabilidad de los embargos trabados sobre esa clase de bienes. Con ello quiero significar que si la actual normativa procesal permite que con la simple notificación del embargo o de la ejecución al cónyuge titular no deudor pueda constar en el mandamiento el carácter del bien y su responsabilidad, ¿para qué exigir que se le demande? Parece desproporcionado exigir taxativamente la demanda al cónyuge titular del bien si la nueva legislación procesal civil concede, en este ámbito del proceso de ejecución, las mismas vías de defensa a los sujetos demandados que a los simplemente notificados (10).

(9) Vid. las Resoluciones de 20 de enero de 1983, 25 de septiembre de 1990, 18 de julio de 1994, 10 de julio de 1995, 5 de marzo de 1999 y 9 de enero de 2001. Entre los autores, puede verse la opinión de LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil*, IV, 3.^a ed., 1990, pág. 375), para quien los bienes privativos por confesión *funcionan, en principio, como gananciales «erga omnes»* y como privativos *«inter partes»*. Sin embargo, unas líneas más arriba, el citado autor no parece tener un criterio claro al respecto, al afirmar que *la titularidad del cónyuge en cuyo favor confesó el otro la exclusividad de la adquisición no le confiere una mera posición «inter partes», sino una «erga omnes» con la apuntada excepción de acreedores y legitimarios* (op. cit., pág. 374).

Para ALCAÍN MARTÍNEZ (*La declaración de propiedad de bienes matrimoniales*, McGraw Hill, 1996, pág. 110) los bienes privativos por confesión *podrán ser considerados gananciales*.

(10) Esto es lo que se puede deducir del artículo 538.3 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual: *«También podrán utilizar los medios de defensa que la ley*

Una vez llamado el cónyuge titular —no deudor— al proceso, estimo viable, a la luz de la nueva normativa procesal, que se genere un incidente a través del cual se acredite la responsabilidad del bien por la deuda origen del embargo. Para ello es necesario, primero, que se determine de forma indubitada el carácter del bien a través de los diferentes medios de prueba y creándose una verdadera contradicción en el proceso de ejecución (11). Pudiera suceder que el bien resultase ser probadamente privativo del cónyuge no deudor a favor del cual se hizo la confesión, en cuyo caso quedaría exento de responsabilidad.

De manera paralela a la necesidad de determinar la naturaleza del bien privativo por confesión, se plantea la duda sobre el carácter de la deuda contraída por el cónyuge confesante y de la que deriva la ejecución de ese bien. Si no sabemos ante qué clase de deuda estamos (privativa o ganancial) no sabremos qué tipo de responsabilidad (subsidiaria y limitada por la intervención del cónyuge no deudor o directa) habrá de recaer sobre el bien, si es que ha de recaer alguna, pues puede suceder que se haya demostrado que aquél es realmente privativo del cónyuge no deudor.

Entiendo que no se puede partir —como hace algún autor— de que el apartado segundo del artículo 144 sólo será aplicable al caso de las deudas propias o privativas de un cónyuge (12). Por ello es necesario que lo relativo a la naturaleza de la deuda sea también dilucidado en el propio proceso de

concede al ejecutado aquellas personas frente a las que no se haya despachado la ejecución, pero a cuyos bienes haya dispuesto el tribunal que ésta se extienda por entender que pese a no pertenecer dichos bienes al ejecutado, están los mismos afectos al cumplimiento de la obligación por la que se proceda».

De la misma forma, el artículo 549.1.5.º de la LEC, al regular el contenido de la demanda ejecutiva, establece que el ejecutante podrá expresar en la demanda, «*la persona o personas (...) frente a las que se pretenda el despacho de la ejecución, por aparecer en el título como deudores o por estar sujetos a la ejecución según lo dispuesto en los artículos 538 a 544 de esta Ley*».

(11) Entiendo que son dos los preceptos de la nueva legislación procesal civil que permiten obtener esta solución. De un lado, el artículo 538.2.3.º posibilita el despacho de ejecución frente a «*quien sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal afectación derive de la Ley o se acredite mediante documento público...*». Parece que el caso que nos ocupa encaja dentro de este supuesto, pero será necesario que el cónyuge titular pueda defender sus derechos acreditando que el bien que figura como privativo por confesión y que, según **el artículo 1.324 del Código Civil**, responde frente a acreedores, ha sido adquirido con fondos privativos y, por tanto, queda exonerado de responsabilidad por las deudas del otro cónyuge. Para hacer efectiva esta contradicción u oposición en el proceso de ejecución, será necesario un incidente que regula el artículo 541 de la LEC, y al que me referiré a continuación.

(12) Este es el criterio sostenido por ALCÁIN MARTÍNEZ (*op. cit.*, pág. 112). La regla segunda del artículo 144 RH no hace esta distinción desde la redacción dada por el Real Decreto de 1982. Tras la última reforma del RH, ninguno de los apartados del artículo 144 realiza esta diferenciación entre deudas privativas y gananciales.

ejecución después de haber notificado o demandado al cónyuge titular no deudor, quien será tratado desde ese momento como parte procesal y podrá dar origen a un incidente tras el cual el juez se pronuncie o manifieste sobre la responsabilidad del bien por la deuda.

Tras la exposición de estas primeras ideas, parece oportuno reflexionar sobre la operatividad del artículo 144.2 RH tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (13).

Desde el pasado 8 de enero de 2001 la situación, en cuanto al embargo de bienes conyugales, experimenta un cambio importante en la medida en que el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza nuestro artículo 24 de la Constitución se proyecta, en la nueva normativa procesal, permitiendo que en el curso del proceso de ejecución los sujetos afectados por la ejecución (entre los cuales se puede encontrar el cónyuge no deudor) defiendan sus derechos sin necesidad de acudir a un procedimiento declarativo. Esto se traduce, en el ámbito que nos ocupa, en la posibilidad de que en el proceso de ejecución el acreedor pueda precisar en la demanda las peticiones que ejercita contra cada sujeto. Para ello habrá de demandar al deudor, pero respecto al cónyuge no deudor, titular del bien por confesión de privatividad del otro cónyuge, parece serle indiferente a la nueva normativa el hecho de que se le demande o notifique una demanda en la que frente a él se ejercitan determinadas peticiones como la de la inoperatividad de la confesión y la consecuente responsabilidad del bien por la deuda (14). Si bien el juez *inaudita parte*

(13) Hasta esta fecha los autores coincidían en expresar la dificultad procesal de llevar a la práctica el artículo 144.2 RH. Son significativas, al respecto, las siguientes palabras de Díez-Picazo y GULLÓN: (...) *lo que no tiene fácil explicación, si es que tiene alguna, es la exigencia del artículo 144.2 RH para la anotación del embargo sobre el bien. Dice que hay que demandar al cónyuge en cuyo favor conste la titularidad privativa, sea o no deudor. Pero si no es deudor, no está legitimado pasivamente para soportar el proceso.* Vid. *Sistema de Derecho Civil*, IV, 7.^a ed. Tecnos, 1997, pág. 159. También ALCÁIN MARTÍNEZ (*op. cit.*, pág. 119) plantea la dificultad de llevar a cabo en el proceso de ejecución la demanda al cónyuge no deudor. GAVIDIA SÁNCHEZ, por su parte, se plantea si procesalmente sería admisible la oposición del cónyuge no deudor a través de la tercería de dominio (*La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal*, Tecnos, 1987, pág. 241, nota 20). Parece que la respuesta habrá de depender del carácter que realmente tenga el bien, cuestión esta que será necesario dilucidar en primer término. Si se acredita que el bien es privativo del cónyuge no deudor, entonces parece que la vía de la tercería de dominio es el cauce idóneo, ya que se ha cometido un error judicial consistente en embargar un bien creyendo que era responsable de la deuda. Ahora bien, si el bien no es realmente privativo del cónyuge, a cuyo favor se hizo la confesión, y de una u otra forma responde del pago de la deuda, entonces parece que la tercería de dominio no era ni es —después de la entrada en vigor de la nueva LEC— la vía idónea de oposición al embargo.

(14) Ya se han señalado anteriormente los preceptos de la nueva normativa procesal de los que parece deducirse, en determinados casos, la indiferencia entre despachar ejecución directamente y notificar la misma. Ahora bien, las peticiones habrán de individua-

debitoris decide o no despachar ejecución, será en el momento de la oposición a la ejecución cuando a través de un incidente el cónyuge no deudor pueda defenderse y alegar todo aquello que estime conveniente para convencer al juez de que el bien susceptible de embargo es privativo y que no responde de la deuda contraída por su cónyuge (15). A la luz de los diferentes elementos de prueba, el órgano judicial podrá emitir una declaración, aun en proceso de ejecución, sobre estas cuestiones tan relevantes para la anotación registral del embargo y, en suma, para la satisfacción del crédito.

En definitiva, la calificación registral del mandamiento de anotación sobre un bien inscrito como privativo por confesión a nombre de quien no ha sido deudor, tiene como finalidad asegurar que se han cumplido las debidas garantías de tutela judicial efectiva de ese titular. El sentido que pudiera tener la demanda al cónyuge no deudor antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil podría ser el de dar comienzo a un nuevo proceso declarativo —independiente de aquél en el que se ejecuta la deuda— para discutir frente al titular del bien la veracidad de la confesión que le favorece y perjudica al acreedor (16). Después del 8 de enero de 2001, la exigencia del artículo 144.2 RH de demandar al cónyuge titular no deudor, no tiene ya ese sentido en la medida en que la nueva Ley permite que en el seno del propio proceso de ejecución, del que deriva el mandamiento de anotación de embargo, se obtenga un pronunciamiento judicial sobre la responsabilidad del bien que le permita al Registrador salvar los obstáculos impuestos por el tracto registral (17).

Ahora bien, creo que hemos de ser conscientes de que, aunque el carácter del bien y su consecuente responsabilidad se pueden determinar en el curso del nuevo proceso de ejecución, la vía del incidente de oposición necesaria para que el juez se pronuncie sobre esas cuestiones será generalmente posterior a la fecha del mandamiento de anotación de embargo y, por tanto, posterior al momento en el que el Registro necesitaría disponer de esos datos

lizarse perfectamente para que el juez pueda hacer las precisiones que considere oportunas respecto a cada una de ellas (*ex art. 538.1.1.º LEC*).

(15) Aunque el artículo 541 LEC nace, en principio, para regular el incidente que determine el **carácter de la deuda** y su consiguiente responsabilidad, si tenemos presente que esa responsabilidad no se podrá determinar sin conocer antes sobre qué bienes ha de recaer, también podrá ser objeto del incidente la determinación del **carácter del bien** privativo por confesión.

(16) Si el acreedor no ha conseguido anotar el embargo en el proceso de ejecución, corre el riesgo de que antes de que inicie el correspondiente declarativo y obtenga la anotación preventiva de esa segunda demanda, el bien puede ir a parar al patrimonio de un tercero hipotecario.

(17) Entiendo que estas mismas ideas pueden ser aplicables a otro de los supuestos contemplados en el artículo 144 RH en el que también se exige la demanda al no deudor: el de la anotación de embargo sobre bienes gananciales tras la disolución de la sociedad de gananciales y antes de su liquidación (apartado tercero del art. 144 RH).

esenciales para permitir o denegar la práctica de la anotación. Por esta razón parece aconsejable que el Registrador de la Propiedad practique —a instancia del ejecutante— anotación preventiva de suspensión de embargo sobre ese bien a la espera de esos datos que sólo se podrán obtener a través de un incidente que respete los principios de audiencia y contradicción de todas las partes afectadas por el pronunciamiento judicial (18).

III. LOS ACREEDORES ANTE EL PERJUICIO OCASIONADO
POR LA CONFESION DE PRIVATIVIDAD: SIGNIFICADO
DE LA EXPRESION EMPLEADA POR EL ARTICULO 1.324
DEL CODIGO CIVIL, «*TAL CONFESION* (...)»
NO PERJUDICARA...»

El incidente del proceso de ejecución a través del cual el cónyuge no deudor, titular del bien confesado privativo por el otro, pueda demostrar la privatividad del bien o de los fondos con los que éste se adquirió (y así exonerarlo de responsabilidad) debe permitir que el acreedor pueda discutir las alegaciones formuladas por aquél. En este punto entra en juego la invocación y aplicación, si fuere el caso, del inciso 2.º del artículo 1.324 del Código Civil.

Cuando el artículo 1.324 establece que «*...tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges*» no quiere decir, a mi juicio, que el acreedor podrá embargar el bien privativo por confesión como si ésta no hubiese existido, sino que el acreedor podrá alegar en el momento procesal oportuno el contenido de ese precepto que se traducirá en la inoperancia de la confesión de privatividad. Estimo conveniente señalar esto porque la indeterminación del artículo 1.324 sobre el concreto mecanismo de protección del acreedor ha sido objeto de discusión por parte de la doctrina. Para algunos autores, la falta de perjuicio, a la que alude el citado precepto, no consiste en que los acreedores prueben el perjuicio que les ha irrogado la confesión, sino en que aquéllos puedan considerar el bien de acuerdo con el

(18) En este punto hay que tener presente que a pesar de que el artículo 553.1.1.º NLEC, al regular el contenido del auto por el que se despacha ejecución, establezca que el juez puede hacer cualquier precisión (*inaudita parte debitoris*) sobre el contenido de la ejecución, no todas las cuestiones se podrán dilucidar sin oír a las partes, de ahí que sea necesario esperar —en algunos casos— hasta el momento procesal oportuno (incidente) que pudiera llegar a resultar extemporáneo. En este sentido, creo que es diferente pronunciarse sobre el carácter de la relación obligatoria (privativa o ganancial) entre el cónyuge deudor y el acreedor, y el carácter del bien privativo por confesión, cuestión esta que afecta al cónyuge titular y que no se podrá aclarar sin su presencia e intervención en el juicio.

carácter que le atribuye el correspondiente régimen económico matrimonial (19). Para otros, por el contrario, la confesión carecería de efectos de una manera subsidiaria, es decir, subordinada a la insatisfacción acreditada por el acreedor (20) y subordinada incluso, por algunos autores, al ejercicio de otras acciones como la acción rescisoria y subrogatoria (21). Pero el tema se complica más todavía cuando se pueden encontrar opiniones según las cuales la forma de atacar la eficacia de la confesión de privatividad consiste en el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores o acción pauliana (22).

Aunque no es fácil discutir las diversas interpretaciones recaídas sobre una norma cuyo tenor es poco claro, parece oportuno reflejar algunas observaciones sobre esas posturas en el intento de conseguir la mayor eficacia posible de esa norma protectora del crédito que, al mismo tiempo, garantice la defensa del otro interés en juego: el del cónyuge a favor del cual se hizo la confesión.

Algunos de los interrogantes suscitados por las opiniones referidas, y a los que trataré de responder, pudieran ser los siguientes:

¿Es automática la aplicación del artículo 1.324, segundo inciso, cuando el acreedor se encuentre con un bien privativo por confesión a favor del cónyuge no deudor? ¿Es necesario que el acreedor invoque la aplicación de la norma en el proceso? ¿Puede hacerlo en el mismo proceso de ejecución o ha de acudir a un procedimiento declarativo? ¿Constituye la norma del artículo 1.324 una vía

(19) Esta es la postura defendida, entre otros, por GULLÓN BALLESTEROS (*op. cit.*, pág. 1313), DIEZ-PICAZO (*op. cit.*, 1514) y LACRUZ BERDEJO (*op. cit.*, pág. 373).

(20) Es el caso, por ejemplo, de OLIVARES JAMES (*op. cit.*, pág. 325).

(21) Así lo entiende uno de los autores que más han estudiado esta materia, GAVIDIA SÁNCHEZ (*op. cit.*, pág. 200). También MONTÉS PENADÉS sigue el criterio de GAVIDIA (*De-recho de Familia*. Coord. Montés Penadés, Tirant lo Blanch, 1991, pág. 229). Más recientemente, se manifiesta en el mismo sentido MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ (*op. cit.*, pág. 32).

(22) Es el caso de DE LOS MOZOS (*op. cit.*, pág. 174); OLIVARES JAMES (*op. cit.*, pág. 325), y RIBERA PONT (*op. cit.*, págs. 760-761). Para esta última autora la acción rescisoria será la ejercitable si se admite que la confesión es un medio de prueba suficiente; si no se admite como medio de prueba suficiente, entonces —considera la autora— cabrá anotación de embargo sin más. Creo que esta posición habrá que matizarla porque, con independencia del valor que se le confiera a la confesión de privatividad, lo cierto es que ha de existir un mecanismo que dé entrada en el proceso al cónyuge titular del bien para que se defienda. Si la confesión es un medio de prueba, podrán existir otros que confirmen o desvirtúen su eficacia y ello habrá de valorarse. Si, por el contrario, no es un medio de prueba suficiente, con mayor razón habrá de discutirse su eficacia. En ambos casos será necesaria la presencia del cónyuge titular en el proceso que pretende la práctica de la anotación sobre el bien objeto de la confesión. El sentido de la presencia en juicio del cónyuge titular es, al margen de otras acciones ejercitables, poner en funcionamiento el mecanismo protector del crédito del artículo 1.324, segundo inciso, del Código Civil.

autónoma de protección del crédito cuando concurra la circunstancia de la existencia de bienes privativos por confesión? ¿Se puede ejercitar esa vía con independencia de otras, o sólo cuando se hayan agotado otras?

Personalmente entiendo que los efectos del no perjuicio que el artículo 1.324 atribuye a la confesión de privatividad deberán ser alegados por el acreedor cuando se encuentre con el problema de que el embargo practicado no puede acceder al Registro de la Propiedad por no haber sido demandado —como exige el art. 144.2 RH— el cónyuge no deudor (23). También creo que esta alegación se puede hacer en el mismo proceso en el que se está ejecutando la deuda. En primer lugar, porque la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha ampliado considerablemente, respecto a la situación legislativa anterior, el ámbito objetivo del proceso de ejecución, permitiendo que se discutan cuestiones que hasta el momento eran de imposible cognición en el marco de ese proceso. En segundo término, la acción de no perjuicio que el artículo 1.324 concede al acreedor no es una acción impugnatoria sino una acción de inoponibilidad que permite crear la ficción de que el bien privativo por confesión sigue conservando el *status* que le hubiera correspondido si no se hubiese efectuado tal reconocimiento. Con ello quiero decir que al no atacar o discutir la validez y eficacia de la confesión, el artículo 1.324 no requiere la existencia de un procedimiento declarativo sino un cauce que permita enfrentar al cónyuge no deudor y al acreedor para discutir el carácter del bien y su consiguiente responsabilidad (24).

En relación con los últimos interrogantes planteados anteriormente, considero que la acción del artículo 1.324 constituye una vía de defensa del crédito independiente, pero no excluyente de otras que perfectamente podrán prosperar cuando concurren los requisitos legales para su ejercicio. Ahora bien, antes de ejercitar otras que ataquen la validez o eficacia de la confesión, y en virtud del principio de *favor negotii*, creo que es aconsejable ejercitar la acción del 1.324, ya que es la vía específicamente concebida por el legislador para defender al acreedor perjudicado por la confesión de privatividad (25).

(23) Así quedaría suavizada aquella opinión doctrinal que defendiendo el automatismo del artículo 1.324 del Código Civil no considera necesaria la alegación del perjuicio por parte del acreedor perjudicado.

(24) Cuestión diferente será la impugnación de la confesión por otras causas como error de hecho, violencia o intimidación en la persona del confesante, falsedad material... Para un estudio de estas causas de ineficacia de la confesión, vid. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal*, cit., págs. 242 y sigs.

(25) Así se pone en discusión la opinión de quien como OLIVARES JAMES (*op. cit., ibidem*) vacía el contenido del artículo 1.324 en la acción rescisoria, y la de quien como GAVIDIA SÁNCHEZ (*op. cit., ibidem*) subordina la aplicación del 1.324 al ejercicio de otras acciones que él considera prioritarias.

Antes hemos calificado la acción del 1.324 como una manifestación de la inoponibilidad de la confesión (26). Si bien la inoponibilidad se suele aplicar a los negocios o a las situaciones jurídicas y la confesión de privatividad parece ser más la afirmación de un hecho que la creación de una situación jurídica, parece posible hablar en este concreto caso de inoponibilidad, ya que el tradicional efecto de inoperancia o inexistencia que a ésta se le viene atribuyendo es el que se persigue cuando el acreedor solicita que el bien mantenga el *status* anterior a la confesión (27).

Los problemas derivados de la confesión de privatividad en perjuicio de acreedores pueden tener una sencilla solución cuando el bien permanece en la esfera patrimonial de los cónyuges. Sin embargo, cuando el bien sale de la esfera patrimonial del cónyuge a favor del cual se hizo la confesión y va a parar al patrimonio de un tercero protegido, pudiera ocurrir que el acreedor se quedase sin satisfacer su crédito. El problema adquiere especial relevancia si tenemos presente que, en vida del cónyuge confesante, el cónyuge favorecido por la confesión podrá disponer de ese bien sin necesidad del consentimiento del cónyuge confesante deudor (art. 95.4 RH). Ello significa, a efectos del acreedor ganancial o del privativo del cónyuge deudor, que al no encon-

(26) Hacia ese efecto parece inclinarse el profesor DE LOS MOZOS («Comentario del art. 1.324 del Código Civil», cit., págs. 173-174), para quien la referida norma *establece una regla paralela en la sistemática de la regulación con la establecida en el artículo 1.317 del Código Civil (...) De esta suerte (...) los acreedores podrán oponer frente al confesante la antigua presunción de gratuidad (...) en relación con el ejercicio de la acción pauliana...*

Sin ánimo de comparar exhaustivamente la norma del artículo 1.324 con la del artículo 1.317 («La modificación del régimen económico matrimonial no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros»), entiendo que ambas son aparentemente idénticas en cuanto al mecanismo de protección del crédito, ya que ambas utilizan la expresión del **no perjuicio** de los derechos adquiridos, pero se distancian en el momento de concretarse los efectos de ese «no perjuicio» en uno y otro caso. El artículo 1.324 supone la conservación del carácter que el bien hubiese tenido si no se hubiese realizado la confesión (para lo cual no será necesario ejercitar la acción pauliana como sostiene una buena parte de la doctrina). El 1.317, a mi juicio, por afectar, no a la titularidad de un bien en concreto, sino a un negocio jurídico proyectado sobre un conjunto de bienes y de relaciones jurídicas (negocio liquidatorio del patrimonio ganancial, por ejemplo) mantiene el negocio y las nuevas titularidades sobre los bienes, pero conserva el régimen de responsabilidad. En este último caso no se declara la inoponibilidad de las nuevas titularidades sino la extensión de la responsabilidad correspondiente. En el caso del artículo 1.324 sí se puede hablar de una verdadera inoponibilidad de la titularidad registral recaída sobre un bien —el privativo por confesión del deudor— que no gozaba de la oponibilidad o eficacia *erga omnes* de las titularidades privativas.

(27) Esta conservación del régimen jurídico que al bien hubiese correspondido, caso de no haberse realizado la confesión, se aplica tanto a los acreedores de la comunidad como a los de cada uno de los cónyuges. En este aspecto tienen razón Díez-Picazo y GULLÓN BALLESTEROS cuando señalan que carece de sentido proteger a los acreedores del cónyuge a favor del cual se hizo la confesión, ya que ésta no les perjudica, sino todo lo contrario (vid., *Sistema de Derecho Civil*, cit., pág. 158).

trarse ante un acto de disposición patrimonial realizado por el deudor, quien ni siquiera ha prestado su consentimiento al mismo, puede resultarle de difícil —si no de imposible— impugnación.

Por ello —y así volveríamos al punto de partida de este trabajo— es sumamente necesario conseguir la anotación preventiva del embargo sobre el bien privativo por confesión del deudor para evitar que suceda lo que acabamos de plantear: la adquisición de ese bien por un tercero a quien no le sea oponible la traba (al no haber podido ser anotada) debido a que el apartado 2.º del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, anterior a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, no se ha adaptado a la realidad del nuevo proceso de ejecución en el que se pueden discutir determinadas cuestiones (el carácter del bien y la responsabilidad del mismo, si fuera procedente), de imposible planteamiento en el juicio ejecutivo derogado.

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO
Doctora en Derecho
Universidad San Pablo-CEU (Madrid)