

El embargo de bienes gananciales y la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado (II)

(continuación)

SUMARIO: CONSIDERACIONES GENERALES.—LAS CONCRETAS MANIFESTACIONES JURISPRUDENCIALES POSTERIORES A LAS REFORMAS DEL CODIGO CIVIL EN 1981 Y DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO EN 1982: RESOLUCIÓN DE 6-11-1981. RESOLUCIÓN DE 28-3-1983 Y RESOLUCIÓN DE 15-4-1983. RESOLUCIONES DE 27-5, 24 Y 28-11-1986.—COLISIONES ENTRE EMBARGO Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.—SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA: RESOLUCIONES DE 22-5, 3-6 Y 16-10-1986. RESOLUCIÓN DE 11-12-1991. EL ARTÍCULO 166.I DEL RH. RESOLUCIÓN DE 25-4-1986.—SOCIEDAD DISUELTA Y LIQUIDADA: RESOLUCIÓN DE 16-2-1987. RESOLUCIÓN DE 29-5-1987. STS DE 20-3-1989. RESOLUCIONES DE 15-7-1988 Y 15-5-1989. RESOLUCIÓN DE 28-10-1987. RESOLUCIONES DE 6 Y 12-11-1987. RESOLUCIÓN DE 5-1-1988. RESOLUCIÓN DE 18-3-1988. RESOLUCIÓN DE 29-5-1989. RESOLUCIONES DE 3 Y 4-6-1991 Y DE 25-1-1993. RESOLUCIÓN DE 18-9-1987. RESOLUCIÓN DE 24-9-1987. RESOLUCIÓN DE 25-3-1988.—NOT.FINAL.—RELACION DE RESOLUCIONES.—ADDENDA.—RESUMEN.

CONSIDERACIONES GENERALES

Al iniciar el análisis de las Resoluciones de la DGRN en materia de responsabilidad de los bienes gananciales conviene tener presente que las proclamaciones del CD se emiten en el ámbito registral («a los efectos del Registro», como dice la Resolución de 24-9-87, entre otras muchas), es decir, dentro de las reglas que establecen los principios hipotecarios, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias del TS, que se pronuncian en el campo del derecho sustantivo, lo que origina significativas diferencias entre unas y otras (42).

(42) En la Resolución de 23-1-93, el Registrador denegó una anotación de embargo a favor de la Tesorería de la Seguridad Social porque la traba había sido posterior a la

La jurisprudencia registral sobre bienes inmuebles gananciales inscritos, al igual que la del TS fluye, en su inmensa mayoría, con motivo de la sustitución del régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación de bienes en virtud de capitulaciones otorgadas durante el matrimonio.

La específica doctrina de la DG en la materia que nos ocupa se ha desarrollado en definitiva, con ocasión de aplicar los principios hipotecarios a actos jurídicos referentes a titularidades de unos bienes poseídos en comunidad de tipo germánico como es la sociedad ganancial, a cuya configuración doctrinal como tal, ha contribuido de forma decisiva (MAGARIÑOS, *Sociedad de Gananciales y Sociedad Civil*. Academia Sevillana del Notariado, 1989, pág. 307).

La responsabilidad de los gananciales en relación al Registro de la Propiedad se lleva a efecto por medio de la anotación de embargo sobre los bienes inscritos que son objeto de ejecución. Anotación que se practica inexcusablemente en virtud de un mandamiento judicial (dejando a un lado los procedimientos de apremio administrativo, en los que el mandamiento se expide por el agente ejecutor).

Toda controversia acerca del carácter o naturaleza de las deudas que la anotación de embargo trata de garantizar, es decir, si tales débitos son o no a cargo de la sociedad de gananciales, es algo que cae fuera del Registro (cfr. RIVAS, *ob. cit.*, pág. 126).

El mandamiento que ordena la anotación es el que debe decir, en su caso, si la responsabilidad es o no ganancial, lo que con anterioridad deberá haberse ventilado y resuelto en el procedimiento del que el mandamiento emana.

El Registro, instrumento de seguridad para el tráfico que se acoge a sus libros, exige la máxima claridad en la definición de los derechos que, en documentación pública, acuden a la vida tabular. Esta definición no le compete al Registrador, los derechos deben venir perfilados por la voluntad de las partes o por los pronunciamientos judiciales. Si el mandamiento que ordena la anotación de embargo sobre un inmueble ganancial no expresa la naturaleza de la deuda, el Registrador debe atenerse a tal circunstancia y obrar al dictado de los principios hipotecarios especialmente, en este caso, a los de tracto y legitimación, defensores de la titularidad inscrita y ello al margen de cómo sea la realidad o de lo que pueda resultar del derecho sustantivo que definen los jueces, previa audiencia de las partes y mediante las pruebas que sean pertinentes.

Pero como ha sido y sigue siendo supuesto general que el mandamiento que ordena la anotación no exprese la naturaleza de la deuda, el Registrador,

disolución e inscripción de la liquidación de la sociedad de gananciales en el Registro. La Administración recurrente invocaba que: «la normativa hipotecaria no puede constituir obstáculo a la persecución de los bienes, objeto del embargo. Porque la deuda tenía el carácter de deuda de la sociedad de gananciales». La DG, sin discutir que se tratara de una deuda ganancial, se limita a contestar que «esta realidad sustantiva no puede ser apreciada en este recurso».

puesto a calificar, ante el silencio del mandamiento, tiene que pronunciarse sobre la naturaleza que va a atribuir a la deuda (y por encima de él, el CD) y también ha resultado, no ya una regla general, sino una regla absoluta que atendido, por una parte, el principio de actuación conjunta y, por otra, la defensa del titular inscrito que exigen las reglas hipotecarias, la deuda de un cónyuge, «a los efectos del Registro», ha sido considerada invariablemente de responsabilidad privativa (más adelante, con referencia a la Resolución de 24-9-87, comentaremos los argumentos en que se funda tal criterio).

Sin embargo, el contraste de tal postura con los hechos que la vida real ha ido aportando, ha imprimido un carácter específico a la jurisprudencia registral relativa al embargo de bienes gananciales, teñida por un marcado pragmatismo, necesario para superar los inconvenientes que se siguen de considerar, desde el punto de vista registral, que ciertos actos o negocios jurídicos son de naturaleza diferente de la que tienen en la realidad.

LAS CONCRETAS MANIFESTACIONES JURISPRUDENCIALES POSTERIORES A LAS REFORMAS DEL CODIGO CIVIL (1981) Y DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO (1982)

Entrando en el análisis de las resoluciones que interpretan y aplican la nueva normativa a las mismas o análogas situaciones que contempló la jurisprudencia anterior, lo primero que observamos es que, en algunos casos, las soluciones han cambiado menos de lo que se esperaba (43).

En primer lugar debemos referirnos al problema de la demanda conjunta o individual contra el deudor con notificación a su consorte, como requisito para anotar el embargo sobre un bien ganancial.

Por su prioridad cronológica nos referiremos primero a la Resolución de 6-11-1981, cuya doctrina reiteran puntualmente las de 10 y 19 de noviembre del mismo año. El interés de esta resolución radica en que sus elementos se encuentran a caballo entre la legislación anterior y la posterior a la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981. (Los hechos eran anteriores y la Resolución fue de fecha posterior.) Consecuente a un juicio declarativo contra don Antonio, iniciado por demanda de 21-5-79, el 17-4-80 se dictó providencia por la que se acuerda el embargo de una finca y se ordena que se tome anotación en el Registro de la Propiedad, haciéndose constar haberse llevado a efecto la notificación de la existencia del procedimiento y embargo a doña

(43) *Vide* GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, que ponen de relieve la permanencia legal e interpretativa referente a la anotación de embargo, una vez disuelta la sociedad de gananciales y la —para algunos inesperada— continuidad de la doctrina anterior respecto de la demanda conjunta.

Elisa, esposa del demandado. Con fecha 12-10-80, se adicionó la anterior providencia para hacer constar que la fecha de la deuda determinante del embargo preventivo fue contraída constante el matrimonio y anterior a la fecha de la escritura de capitulaciones matrimoniales que se indican. Don Antonio y doña Elisa, el 19-1-79 habían otorgado capitulaciones sustituyendo el régimen de gananciales por el de separación, adjudicando la finca objeto del embargo a la esposa, a cuyo nombre se inscribió en el Registro el 31-5-79. (Por tanto, cuando se practica el embargo de la finca, aparecía ya inscrita como privativa de la esposa.)

La anotación fue denegada en virtud de lo que disponen los artículos 20 y 38 de la LH y artículo 144-2-1.º de su Reglamento.

Ocurría que la deuda era indubitadamente ganancial, nacida de actos del marido realizados constante matrimonio (arts. 1.413 y 1.408-1.º anteriores). El recurrente invocaba el último párrafo del artículo 1.322 (versión de 2-5-1975), según el cual la modificación del régimen matrimonial, verificada constante matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros. Que si los bienes se encontraban inscritos a favor de la esposa en el Registro de la Propiedad, consecuencia de la adjudicación recibida con motivo de las capitulaciones, ello no debía afectar al acreedor, quien podía «actuar sobre ellos como si se tratase de bienes gananciales, siendo tales inscripciones a modo de permeables o porosas que permiten que se filtre el derecho del acreedor para hacer efectiva su garantía», que constituyen verdaderas excepciones al principio de tracto sucesivo; que se había notificado a la esposa la existencia del procedimiento y del embargo a los fines prevenidos en el artículo 144 del RH (versión de 17-3-59), por lo que de conformidad con las resoluciones de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966, debía considerarse cumplido el requisito de dirigir la demanda contra el titular inscrito y, finalmente, que no era de aplicación el artículo 144 del RH, ya que «está referido al caso de disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges». Incluso añadía —cabe suponer que con menos convicción— que «al tiempo de dictarse dicho precepto no pudo haber contemplado el supuesto de la disolución de la sociedad de gananciales en virtud de capitulaciones matrimoniales».

Esto no sólo era la parte más débil de su razonamiento sino que el no tener en cuenta la modificación del Código de 2-5-75 —que acaso ignoraba— autorizando la modificación del régimen económico matrimonial, vigente el matrimonio, resultó ser la causa principal de su fracaso.

La DG, en consonancia con el informe del Registrador (44), invocó los artículos 20 y 38 de la LH y 140-1.ª de su Reglamento para sostener el acuerdo

(44) El cual entendía que la calificación de las inscripciones como permeables o porosas chocan abiertamente con el principio de legitimación registral recogido en el artículo 38 de la LH.

denegatorio de la anotación preventiva. Sin negar que el artículo 144-2 (todavía no modificado en noviembre de 1982), se refiriese a la disolución de la sociedad ganancial por causa de muerte, entiende, sin embargo, que regula una situación similar a la aquí planteada —sociedad de gananciales disuelta—, exigiendo la misma solución, que la demanda se dirigiera contra el titular registral adjudicatario de los bienes a consecuencia de la liquidación (45).

La solución es impecable desde el punto de vista registral. Más que primar al titular inscrito lo que hace la Resolución es castigar al acreedor porque constando ya en el Registro la titularidad exclusiva de la mujer, no dirige también la demanda contra ella (art. 144-4 del RH) (46).

RESOLUCIÓN DE 28-3-1983

Esta Resolución es la primera que enjuicia hechos posteriores a la reforma del Código Civil y también a la del RH de 12-11-82 y se enfrenta al asendereado tema de si es necesario demandar conjuntamente a los dos cónyuges para anotar un embargo sobre bienes gananciales o si es suficiente demandar al cónyuge deudor y notificar a su consorte.

Es conocida la trayectoria de la jurisprudencia anterior en la interpretación del artículo 144 del RH y las razones por las cuales sustituyó la exigencia de dirigir la demanda contra los dos cónyuges por la de demandar al deudor y notificar la demanda a su consorte (47).

(45) Como muestra de la flexibilidad del CD, la futura Resolución de 24-9-1987, aunque contempló un supuesto distinto del que acabamos de ver, con fundamento en los mismos artículos antes invocados saca consecuencias contrarias a las de la Resolución que contemplamos.

(46) Sin duda, se había faltado a la regla formal del artículo 144-4 del RH. Pero la deuda era claramente ganancial, lo que confería al acreedor el amparo del artículo 1.317 (igual que del 1.322 anterior), con lo que se podía beneficiar del artículo 1.401, como haría en el futuro la STS de 20 de marzo de 1989. Quizá por ello algún autor ha estimado que en esta resolución los principios hipotecarios de tracto y legitimación no se aplicaron en función del principio general informador de toda la mecánica registral que es la seguridad del tráfico. Puesto que en la sustitución del régimen legal de gananciales por el de separación, según amplios sectores, existe un cambio «relativo» de titularidad, pues ésta existía ya, bajo forma ganancial, antes de la modificación, por lo que no se la podía considerar del todo ajena a la responsabilidad del embargo —tracto abreviado— que, hay que repetirlo, era ganancial (art. 1.408-1.º). (MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación de bienes y los derechos de los acreedores», en *RCDI*, enero-febrero de 1982, núm. 548, pág. 59). En lo sucesivo, el panorama será distinto, la jurisprudencia registral actuará con el pie forzado de desconocer el carácter de la deuda contraída por un cónyuge, en cuyo caso la estima privativa, lo que va a excluir los beneficios que concede el artículo 1.401 del Código Civil.

(47) El artículo 144 del RH en su primera redacción de 1947 decía: «Cuando por deudas y obligaciones contraídas por el marido o la mujer, en su caso, a cargo de la

Dado que en la Reforma de 13-5-81, los poderes omnímodos del marido se transfirieron al conjunto de ambos cónyuges, la subsiguiente redacción del artículo 144 del RH de 12-11-82, congruente con la norma sustantiva, estableció que: «Para que sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes comunes durante la vigencia de la sociedad conyugal, incluso cuando uno solo de los cónyuges aparezca como deudor, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges o que el embargo ha sido notificado al cónyuge no demandado, en el supuesto del párrafo siguiente» (que se refiere al embargo de gananciales por deudas privativas, de acuerdo con el art. 1.373 del Código Civil) (48).

No obstante, en esta primera resolución, contra la literalidad de la norma —no impremeditada, como dice REY PORTOLÉS— se acabó concluyendo que tampoco ahora era necesaria la demanda a los dos cónyuges para anotar un

sociedad de gananciales y antes de su disolución, se decreta embargo sobre bienes pertenecientes a esta sociedad, se extenderá la anotación sobre los bienes inscritos a nombre de la mujer o del marido, o de ambos indistintamente, que hubieren sido embargados, siempre que la adquisición hubiere sido a título oneroso durante el matrimonio y no conste la pertenencia exclusiva del dinero de uno de los cónyuges...» La reforma de 1959 añadió: «y haya sido dirigida la demanda contra ambos. Llegado el caso de enajenación de estos bienes, se cumplirá lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código en relación con el 96 de este Reglamento». Este añadido era consecuencia de la modificación de dicho artículo en 1958, que exigió el consentimiento de la esposa para la enajenación de inmuebles o establecimientos mercantiles.

La experiencia pronto puso de relieve las dificultades de la demanda conjunta, puesto que el artículo 1.413 no había derogado las facultades del marido que, siendo administrador de la sociedad ganancial, podía «enajenar y obligar a título oneroso los bienes» de dicha sociedad, los cuales respondían de las deudas y obligaciones contraídas por el marido (art. 1.408-1.^o). Por tanto, la legitimación pasiva del marido gestor no se había alterado. La doctrina entendió que el consentimiento de la mujer en realidad era asentimiento, cuya falta no anulaba los actos dispositivos u obligacionales del marido, sino que concedía simplemente a la mujer y a sus herederos la facultad de impugnarlos. (Como decía la STS de 21-4-64, «el poder de disposición de los bienes de las características a que se refiere el artículo 1.413 del Código Civil, que tradicionalmente correspondió al marido, no ha pasado a corresponder conjuntamente a ambos cónyuges, sino que continuando en él, la mujer puede potestativamente asentir o no el acto dispositivo, correspondiendo exclusivamente a ella o, en su caso a los herederos el impugnar los actos en que no haya sido prestado un consentimiento susceptible de ser expresado a posteriori y, por consiguiente, carente de entidad bastante a imprimir la nulidad radical al acto realizado por quien está facultado por Ley para realizarlo»).

Con tales fundamentos doctrinales, algunos recogidos expresamente en sus considerandos, se dictaron las conocidas Resoluciones de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966, según las cuales para anotar un embargo sobre un bien ganancial, no era necesario demandar ambos cónyuges, siendo suficiente dirigir la demanda contra el deudor y notificar el procedimiento a su consorte.

(48) El citado párrafo dice: «Cuando se persigan bienes comunes, a falta o por insuficiencia de los privativos de uno solo de los cónyuges, en el supuesto previsto en el artículo 1.373 del Código Civil, bastará que haya sido notificado el embargo al cónyuge no deudor».

embargo sobre bienes gananciales, sino que era suficiente demandar al deudor y notificar el procedimiento y el embargo a su consorte.

Algún autor ha señalado que la solución adoptada viene exigida por razones de tipo práctico, amén de consideraciones teóricas (49).

El caso de la resolución se trataba de un juicio ejecutivo por una letra de cambio impagada, suscrita por el marido. Se le demandó sólo a él y el embargo trabado sobre un piso ganancial fue notificado a la esposa. El Registrador denegó la anotación en base a los artículos 1.375 y 71 del Código Civil, por entender que ya no existe un consentimiento asentimiento, como se sostenía antes, sino que ahora la gestión conjunta exige el consentimiento de ambos cónyuges, como se deduce de los artículos 1.367 y 1.375 del Código (50).

La DG parte, efectivamente, del principio de actuación conjunta instaurado en 1981 que se plasma sobre todo en los artículos 1.367 y 1.375 del Código Civil. No obstante, considera necesario cohonestar el principio general con el respeto a la personalidad de cada esposo en la sociedad conyugal y, por ello, el Código Civil ha tenido que admitir supuestos de válida actuación personal de uno solo de los cónyuges en el artículo 1.365.

También ha sido necesario considerar las relaciones del contratante no sólo con el cónyuge, con quien realiza el negocio jurídico, sino también con su consorte y, por ello, el Código Civil soluciona el problema distinguiendo un aspecto externo para protección del tráfico a lo que responde el artículo 1.369, que solidariza los bienes gananciales con los privativos del cónyuge deudor y un aspecto interno, al objeto de mantener el equilibrio de las masas en la economía matrimonial, mediante los pertinentes reintegros entre ellas (arts. 1.364 y 1.319).

En virtud de lo expuesto, distingue tres clases de obligaciones:

(49) Se ha dicho que la demanda conjunta «origina dificultades prácticamente insalvables en los supuestos de juicio ejecutivo basado en un título extrajudicial del que resulte deudor uno solo de los esposos. Y resulta de imposible cumplimiento en los supuestos de procedimientos administrativos de apremio o de embargo decretado en causa criminal» (RIVAS TORRALBA, *Anotaciones de embargo*, Colegio de Registradores de la Propiedad, 1992, pág. 131).

(50) El Magistrado-Juez que había dictado el mandamiento informó que es necesaria la demanda conjunta a ambos cónyuges, pero que por afectar a gananciales también es cierto que la impugnación de los actos realizados por un solo cónyuge queda al arbitrio del otro cuyo consentimiento se omitió. La llamada del otro cónyuge al procedimiento, que pide el cumplimiento de la obligación, no deriva de la cotitularidad sino de la necesidad de salvaguardar los derechos que le corresponden en la sociedad. Que la responsabilidad de los bienes comunes por obligaciones contraídas por un cónyuge deriva de la finalidad de la obligación (criterio objetivo, tesis de GORDILLO) y no de la prestación del consentimiento del otro y que, finalmente, al expedir el mandamiento se tuvo en cuenta que la obligación había sido contraída por el marido en el ejercicio de su actividad mercantil, «que se realiza sin oposición expresa del otro»).

- a) las contraídas por ambos cónyuges, caso en que para practicar la anotación de embargo es necesario demandar a los dos esposos;
- b) obligación puramente personal del deudor, sólo se le demanda a él, con la posibilidad que ofrece el artículo 1.373; y
- c) «obligación contraída por uno solo de los cónyuges en el ejercicio de los poderes individuales que sobre la sociedad de gananciales le reconoce la ley, y que es el supuesto que ofrece más dificultades».

En el supuesto considerado, la demanda conjunta podía tener su fundamento en que el cónyuge no deudor, cotitular de los bienes sociales, se encuentra afectado por las obligaciones que legalmente contraiga el otro y que su intervención sería necesaria, al objeto de determinar si la deuda existe o se encuentra en uno de los supuestos de legitimación para la válida actuación de un solo cónyuge.

Sin embargo, la exigencia de la demanda conjunta «no guardaría armonía con el carácter individual de la calidad de deudor, cualquiera que sean las masas patrimoniales que tal actuación individual haya podido sujetar a responsabilidad, ya que cuando la Ley establece que uno de los cónyuges como "órgano social" (sic) puede obligar los bienes gananciales, hay que entender este mandato hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja de unos bienes —en este caso, los gananciales— si hay incumplimiento...»

Por último, sigue la Resolución, en vista de la singularidad de la sociedad de gananciales, «en que históricamente ha correspondido sólo al marido la facultad de obligarla, dado su carácter de administrador único, lo que se traducía en que igualmente era sólo a él a quien se podía demandar» en caso de incumplimiento, situación mantenida después de la reforma del artículo 1.413 en 1958, de la que sólo se derivó la necesidad de notificar la demanda a la mujer, según reiterada jurisprudencia de este Centro y «ESTE MISMO CRITERIO PERMANECE DESPUES DE LA NUEVA REGULACION INTRODUCIDA POR EL CODIGO CIVIL EN DONDE EN BASE AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD SE HA EXTENDIDO A LOS DOS CONYUGES LAS FACULTADES QUE ANTES SOLO OSTENTABA EL MARIDO». Afirmación aventurada, con la que luego ha sido poco respetuosa la jurisprudencia posterior que, en lo sucesivo, invariablemente se ha atendido a la idea de que la actuación de un cónyuge no compromete los bienes comunes, al contrario, la deuda contraída por uno solo de ellos, «a efectos del Registro», debe considerarse de carácter privativo (51).

(51) Lo que le ha valido la crítica de los autores. Por ejemplo, RAGEL, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 37.

Termina el último considerando en que «aparece que la obligación no fue contraída conjuntamente por los dos esposos, y aunque no resulta con claridad en cuál de los dos supuestos puede incluirse, dado que en ambos se hace necesaria la notificación al cónyuge no deudor, y tal notificación ha tenido lugar, según consta en el mandamiento calificado, no hay obstáculo que impida la práctica de la anotación de embargo solicitada».

La crítica de esta Resolución cabe referirla a diversos aspectos.

En primer lugar, sus razonamientos, con ingenioso pragmatismo, tratan de sortear los obstáculos que nacen del hecho de no estar determinada, a priori, la responsabilidad de los bienes gananciales por actos de un cónyuge, incluso se llega a emitir el fallo confesando que no se sabe qué clase de obligación es la que ha sido objeto del recurso.

El artículo 144 del RH, redactado en 1947, decía que: «Cuando por deudas y obligaciones contraídas por el marido o por la mujer, en su caso, a cargo de la sociedad de gananciales...», ni los autores ni la jurisprudencia se preocuparon de determinar cuáles eran dichas obligaciones (cfr. GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, cit., pág. 838). En realidad, mucha falta no hacía, teniendo en cuenta lo que disponían los artículos 1.413, 1.408-1.º y 1.416 del Código Civil. Sin embargo, en la aplicación de la Reforma de 1981 a la vida cotidiana, era y sigue siendo necesario establecer criterios fiables, conocidos y asumidos en la vida jurídica para conocer *ab initio* y en beneficio del tráfico cuándo una obligación de un solo cónyuge es de responsabilidad directa de la masa ganancial (52).

Por otra parte, a favor de la decisión que se va a adoptar, la Resolución sobreestima las facultades de un cónyuge para responsabilizar, por sí solo, los bienes comunes, a pesar del principio de actuación conjunta, llegando en este sentido a afirmaciones arriesgadas, realmente discordantes dentro de lo que luego ha sido la trayectoria de su doctrina.

Así, considera al cónyuge deudor como «órgano social». Ciertamente nadie es órgano de sí mismo. La facultad de gestionar en concepto de órgano implica la ineludible responsabilidad del patrimonio gestionado (GUILARTE,

(52) Cuando se trasvasó la norma del artículo 1.322 al actual 1.317, en beneficio de los acreedores, el mandato seguía siendo el mismo, pero el contexto al que se aplicaba había variado sustancialmente. Vigente el artículo 1.322, el cambio de régimen económico durante el matrimonio no perjudicaba a los acreedores que, como hemos visto, salvo excepciones, lo eran de la sociedad. Pero el artículo 1.317 contempla un panorama muy distinto, ahora no se sabe si los acreedores de los cónyuges lo son también del consorcio o si sólo pueden hacer efectivo su derecho sobre el patrimonio particular del deudor. Pues la mejor defensa de los acreedores la dispensan los artículos 1.401 y 1.402 a los que lo sean de la sociedad; los particulares de los cónyuges quedan más bien al raso. No es que resulten totalmente desprotegidos (cfr. el art. 1.373), pero su posición resulta mucho más débil (comparar los derechos del acreedor de la comunidad con los del que lo sea de un comunero, arts. 403 y 405 del Código Civil).

ob. cit., pág. 54), es decir, que la deuda contraída por un solo cónyuge sería de responsabilidad común, al revés del criterio que observa la DG en las Resoluciones futuras (53).

Pero, sobre todo, resulta excesiva, dentro del carácter que iba a revestir la jurisprudencia que tratamos, la frase de que «en base al principio constitucional de igualdad, se ha extendido a los dos cónyuges las facultades que antes sólo ostentaba el marido» (frase que se repite en la posterior Resolución de 15-4-83). Porque, como hemos dicho, después de aquel aserto, el CD se ha mantenido terne en que uno de los cónyuges no posee las facultades que antes ostentaba el marido, sino, al revés, que toda obligación contraída individualmente por un cónyuge afecta exclusivamente a su patrimonio, salvo cumplida prueba de que es común.

Tampoco resulta edificante que el CD, en la primera ocasión que se presentaba para aplicar la reforma del Código Civil, confiese que no aparecía «con claridad» la naturaleza de la deuda que motivaba el fallo y que se avenga a resolver sin referencia a ningún criterio acerca de la responsabilidad del patrimonio común por actos de un cónyuge.

También parece conveniente señalar que aunque las resoluciones se emitan en el ámbito registral, sus pronunciamientos no sintonicen más extensamente con lo que resulta del derecho sustantivo que aprecian o declaran los tribunales, creando una extraña discordancia que, aunque esté plenamente justificada por exigencias del sistema registral, corre el peligro de no ser bien entendida, en detrimento del prestigio de las instituciones (54).

De cuanto acabamos de decir, se hace eco en alguna medida la Resolución de 23-11-83, cuyo penúltimo considerando dice que «en relación a la nueva regulación de la sociedad de gananciales con el régimen de coadministración impuesto y las excepciones y matizaciones que a este principio el propio Código Civil establece, se ha puesto de relieve por la doctrina las dificultades en que pueden encontrarse los acreedores al intentar ejecutar sus créditos y determinar los bienes comunes o privativos que según los distintos supuestos pueden quedar afectos a las responsabilidades contraídas

(53) La consideración del cónyuge como órgano social se repetirá en las Resoluciones de 27-5 y 28-11 de 1986, entre otras.

(54) La calificación de las deudas como privativas, a efectos del Registro, privándolas de la eficacia de que las revestiría el ser consideradas como gananciales (cfr. Resolución de 29-5-87), en virtud de lo que disponen los artículos 1.317 y los 1.401 y 1.402, ha originado quejas no sólo de los recurrentes, como en la Resolución de 18-9-87. También el Magistrado-Juez, en la de 5-1-88 postula la eficacia de las normas sustantivas (arts. 1.317, 1.365, 1.369), «evitándose con ello maniobras defraudatorias». Por su parte, el Presidente de la Audiencia en las Resoluciones de 6 y 12 de noviembre de 1987, señala en sus autos que después de la reforma de 1981, mediante las capitulaciones «pueden darse situaciones fraudulentas», pero que los acreedores en el aspecto del derecho sustantivo, tienen una adecuada protección legal, derivada de los artículos 1.401 y 1.402.

por ambos o uno cualquiera de los esposos, así como la dificultad o incluso imposibilidad de que sea el juicio ejecutivo el procedimiento adecuado para poder hacerlos efectivos, pero juzgándose por este sector doctrinal una reforma de las Leyes procesales que resolviese la dificultad apuntada» (reforma todavía pendiente).

El esquema de la Resolución que acabamos de ver, se repite en la de 15-4-83, aunque entre ambas mediaba una diferencia importante. Aquí la deuda —una póliza mercantil suscrita por el marido con intervención de agente de Cambio y Bolsa— se había contraído antes de la reforma del Código Civil. No había duda, pues, acerca de su naturaleza, era de responsabilidad común, de acuerdo con el artículo 1.408-1.º

La cuestión la plantea el CD, partiendo de que la obligación era ganancial, pero la demanda dirigida contra el marido con notificación a la mujer, se presentó después de la reforma. La solución podría deducirse de la aplicación de la regla general del derecho transitorio (Disposiciones Transitorias 1.ª y 2.ª del Código Civil, según las cuales, se rigen por la ley anterior los derechos nacidos, según ella, así como los actos y contratos celebrados bajo su régimen). La deuda era a cargo de la sociedad ganancial y, por otra parte, era suficiente la demanda al deudor con notificación a su cónyuge, conforme a una jurisprudencia bien asentada.

Sin embargo, se repitieron los argumentos de la Resolución de 28 de marzo, diciendo que para el supuesto planteado vigente, la nueva Ley «debido a la obligación contraída por uno solo de los cónyuges en el ejercicio de los poderes individuales que se le reconocen sobre la sociedad de gananciales, este Centro Directivo en Resolución de 28 de marzo de este año, interpretando igualmente la nueva redacción del artículo 144 del RH, ha mantenido igual criterio al sustentado con anterioridad...».

Nada habría que objetar a esta Resolución, conocida la naturaleza de la deuda, si no fuera que al repetir el supuesto de la anterior, no lo hace con exactitud. Para justificar la solución que se dio antes, afirma que se trataba de una «obligación contraída por uno solo de los cónyuges en el ejercicio de los poderes individuales que se le reconocen sobre la sociedad de gananciales». Es decir, un supuesto de responsabilidad ganancial. Sin embargo no era así, la naturaleza de la deuda —y lo subrayamos— había quedado en la más oscura penumbra.

Ocurre en esta Resolución como en la anterior, que a favor de la solución que se va a adoptar, convenía justificar la legitimación pasiva del cónyuge deudor, lo que aquí no hacía falta, atribuyendo a cada uno los poderes que antes sólo tenía el marido, considerándoles capacitados, en general, para responsabilizar por sí solos los bienes comunes. Cuando en las resoluciones posteriores se sostendrá invariablemente el criterio opuesto de que toda deuda de un cónyuge se considera privativa salvo cumplida prueba en contrario.

Los fundamentos de las dos Resoluciones comentadas se han aplicado inalterados en las posteriores en que se ha vuelto a plantear la exigencia de la demanda conjunta como requisito para practicar anotación de embargo sobre un bien ganancial en garantía de deuda contraída por un cónyuge. Esto ha ocurrido en las Resoluciones de 27 de mayo, 24 de octubre y 28 de noviembre de 1986. Todas ellas se han pronunciado en recursos contra acuerdos del mismo Registrador.

Su extraordinaria analogía aconseja un tratamiento conjunto.

En autos de juicio ejecutivo (en la primera, por devolución de letras aceptadas por el marido; en las otras, sin mencionar el origen de la deuda), el Juez libró mandamiento al Registrador de la Propiedad, ordenando la anotación de embargo sobre fincas inscritas a favor de ambos cónyuges con carácter ganancial en el primer caso, y contra fincas inscritas a favor del deudor, en los otros dos, con presunción de ser gananciales, notificándose o dando traslado de la demanda a la esposa.

La nota de calificación se reproduce en los tres documentos en unos mismos términos: «Se suspende la anotación preventiva de embargo ordenada en el precedente mandamiento, por los defectos subsanables de que: 1.º Siendo la deuda presuntivamente de la sociedad conyugal, no se cumplen los requisitos del artículo 144 del RH, a cuyo tenor debe acreditarse que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges, no bastando con la notificación posterior que se hiciera a la esposa. 2.º Caso no muy probable de que la obligación fuere personal del marido, tampoco se cumplen los requisitos del precitado artículo por las razones: a) No se acredita que se hayan perseguido bienes propios del pretendido deudor, y b) que siendo insuficientes, se dirige el embargo contra los comunes».

En su informe el Registrador pone el acento en el principio de igualdad preconizado por el artículo 14 de la Constitución, que ha determinado un cambio radical en el gobierno de los bienes gananciales, estableciéndose como regla general la actuación conjunta, siendo excepción la individual que responsabilice bienes comunes (arts. 1.319 y 1.365). Pero toda actividad individual, no basada en tales preceptos, es deuda privativa y, en tal caso, los bienes gananciales sólo responden subsidiariamente cuando falten o sean insuficientes los bienes propios, siendo trámite previo la persecución de tales bienes.

El mandamiento no dice de qué clase es la deuda, a efectos de la anotación, pero, si es común, debió dirigirse la demanda contra los dos y si la deuda es personal, para obtener la protección que ofrece el artículo 1.373 al no deudor (art. 144-2.º del RH), no se han cumplido o no se ha acreditado el cumplimiento de los requisitos que en el precepto se establecen.

La Resolución despacha el recurso de forma expedita. Por una parte, dice que «la cuestión planteada en este recurso es idéntica» a la contemplada en la de 28-3-83, a la que aplica la misma solución, extractando los argumentos de

ésta, y por otra, no toma en consideración ni responde en absoluto al segundo defecto señalado en la nota, no haber perseguido previamente los bienes propios del deudor, por lo que, evidentemente, no lo considera como tal.

Dicha postura se alinea con el sentir general acerca de la innecesidad de acreditar la falta o insuficiencia de bienes propios del deudor para embargar los gananciales.

La doctrina había señalado ya que ello dificultaría o impediría el ejercicio de los derechos del acreedor, por lo que debía admitirse que en la demanda se expresara simplemente que no se habían encontrado bienes privativos como requisito suficiente para obtener la anotación (*vide* DE LA CÁMARA, *ob. cit.*, pág. 481) (55).

COLISIONES ENTRE EMBARGO Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Un estudio de las colisiones entre embargo y sociedad de gananciales y su reflejo registral, que es la materia que ha originado la jurisprudencia que venimos examinando, se ha llevado a cabo con claridad y sentido práctico (*vide* RIVAS, *ob. cit.*, pág. 170 y sigs.) con motivo de la gran reforma del Derecho Civil en 1981 y la correlativa del RH de 1982.

Nuestro propósito consiste en hacer algunas acotaciones a la materia, poniendo de relieve ciertas carencias de la misma que, en buena parte, proceden de que con motivo de la nueva regulación de los bienes gananciales no se estableciera con claridad la responsabilidad provisional **común** por actos de un cónyuge o que, al no haberse hecho así, el paso de la administración única del marido —que obligaba siempre los bienes **comunes**— a compartirla por ambos esposos, con actuaciones individuales, que comprometen, o no, el acervo común, hubiera realizado todos los retoques concordantes necesarios en los diversos preceptos civiles e hipotecarios afectados, lo que al no haberse hecho, deja situaciones indecisas en áreas sensibles, como lo es la de responsabilidad ganancial a que nos estamos refiriendo lo que, a su vez, puede aparentar diferencias en el tratamiento de determinadas situaciones por el derecho sustantivo y por la técnica registral, como tendremos ocasión de ver.

El problema prácticamente no existe en el campo del derecho material, porque las facultades del Juez en el proceso permiten investigar y comprobar la

(55) En el orden de los hechos, hay constancia de que en representación de los Registradores de Madrid, se solicitó del Juez Decano de la capital que en los mandamientos que expidieran los jueces para embargar bienes gananciales, por razón de obligaciones de un solo cónyuge, hicieran constar la falta o insuficiencia de bienes privativos de éste. La solicitud no fue atendida.

verdadera naturaleza de las deudas de un cónyuge para hacerlas valer en consecuencia. De aquí que la jurisprudencia del TS tenga distinto sentido que la registral.

Después de indicar someramente el sentido de estas reflexiones, digamos que cuando el embargo de los bienes de la sociedad de gananciales colisiona con la disolución de la misma, hecho tan frecuente en los últimos tiempos, se producen cuestiones cuya solución ha dado lugar a la nutrida jurisprudencia de la DG, cuyo análisis constituye parte fundamental del presente trabajo.

En la redacción del RH de 1947, el supuesto normal de disolución de la sociedad ganancial, contemplado por la norma, era el de la muerte de los cónyuges, y a ello atendió el artículo 144, segundo inciso del párrafo 2.º y el 166-1 del RH.

Pero a partir de la reforma del Código Civil en 1975 y más en la actualidad, desde la de 1981, se han generalizado las capitulaciones matrimoniales por las que se sustituye el régimen de sociedad de gananciales por el de separación de bienes. Esta operación puede tener utilidad para poner a salvo el patrimonio de un cónyuge cuando el otro se dispusiera a emprender actividades económicas arriesgadas, pero más frecuentemente, según acredita la experiencia, se ha acudido a él con intención de burlar acreedores, sacando del patrimonio común al particular de algún cónyuge los bienes de mayor entidad económica, con intención de ponerlos a salvo de la acción ejecutiva de aquéllos (56).

En defensa de los acreedores, en 1975 se estableció el principio plasmado en el artículo 1.322-3.º, que ha pasado al 1.317 actual, según el cual, «la modificación del régimen económico matrimonial, realizada durante el matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros».

El principio despliega su plena eficacia en el derecho sustantivo, por medio de lo que disponen los artículos 1.401 y 1.402 del Código Civil, que protegen específicamente a los acreedores de la sociedad, pero no a los privativos de los esposos.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en el campo registral, donde el principio resulta inoperante precisamente porque «a los efectos del Registro», las deudas de un cónyuge no se consideran comunes, sino privativas, mientras no se declare judicialmente lo contrario (sus acreedores no reciben la protección de los mencionados artículos). Desde esta premisa y habida cuenta de las dificultades probatorias en el más común de los juicios, el ejecutivo, el CD ha tenido que elaborar su doctrina, generando una interesante trayectoria cuyos hitos fundamentales vamos a comentar.

(56) La mayoría de los casos tratados por la jurisprudencia lo han sido bajo sospecha. En opinión de algunos autores, dichos acreedores no están suficientemente protegidos ante la modificación del régimen económico matrimonial de sus deudores (*vide* MARGAÑOS, «Cambio de régimen económico-matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», en *RCDI*, enero-febrero, núm. 548, pág. 48 y sigs.).

Los problemas que con más frecuencia ha planteado la disolución de la sociedad de gananciales a la jurisprudencia en la etapa que comienza con la reforma del Código Civil en 1981 (y la subsiguiente del RH en 1982) hacen referencia a la calificación de la deuda, al objeto de determinar si la responsabilidad grava los bienes de la sociedad o los particulares del deudor; en función de dicha calificación hay que establecer correctamente la legitimación pasiva desde el punto de vista registral y, finalmente, se han planteado problemas de prioridad entre embargo y disolución de la sociedad, que se han resuelto con criterios no aplicados con anterioridad.

Los supuestos de colisión entre embargo y liquidación de la sociedad de gananciales cabe agruparlos, para su examen, bajo dos situaciones: sociedad disuelta pendiente de liquidación y sociedad disuelta y liquidada. Naturalmente desde lo que publica el Registro, la sociedad no está liquidada mientras no se hayan inscrito las adjudicaciones como operación última de la partición. Al no existir un plazo para practicar ésta y, además, una vez practicada, tampoco hay término obligatorio para llevar a cabo su inscripción, la indivisión del patrimonio ganancial en el Registro puede perdurar más allá de lo que haya ocurrido en la vida extrarregistral.

SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA

La sociedad entra en liquidación en la que, cuidando de los intereses contrapuestos de partícipes y acreedores, se realizan los créditos, se cumplen las obligaciones y se determina el remanente líquido objeto de partición (art. 1.404 del Código Civil), terminando con la adjudicación de bienes concretos a los cónyuges (o sus herederos).

Dada la finalidad cautelar de la anotación de embargo (asiento de carácter provisional), ésta resulta perfectamente compatible con la indeterminación transitoria del derecho sobre el que recae. La anotación adelanta y defiende el derecho del acreedor, desde que se inscribe, sobre la cuota abstracta del deudor en la cosa común y que luego, por arrastre de cargas registrales, pasará a gravitar sobre el bien o bienes concretos que se adjudiquen al deudor, o se cancelará automáticamente si el adjudicatario es otra persona (cfr. art. 206-10.º del RH) (57).

(57) La doctrina mantiene diversos puntos de vista sobre la naturaleza del derecho de los comuneros sobre la masa ganancial en liquidación. Para unos, el derecho recae sobre una cuota en el conjunto, homogénea, susceptible de tráfico jurídico y que puede ser embargada por deudas de su titular. Otros autores entienden que cada cónyuge puede transmitir, a título oneroso o gratuito, sus derechos sobre el patrimonio en liquidación sin que pierda por ello su personalísima cualidad de cotitular de dicho patrimonio. Es decir,

A propósito del embargo de cuota, no estaría de más recordar que el Registro no se lleva por patrimonios, sino por fincas, sobre las cuales se materializa o se hace visible la participación de los cónyuges en la sociedad ganancial. La comunidad sobre el patrimonio ganancial —vigente la sociedad o en liquidación— se reproduce en cada uno de los bienes concretos que lo integran. La cuota de cada comunero en el conjunto es determinada, pero permanece indeterminada en relación a los indicados bienes hasta el final de la liquidación y subsiguientes adjudicaciones.

Al estar atribuidos los bienes concretos a sus titulares con indeterminación de cuotas, la exigencia de una responsabilidad ganancial sobre los mismos obliga a dirigirse contra todos ellos. Pero subrayemos que esto es así en el caso de que de la deuda reclamada deban responder los bienes gananciales, pero no en el supuesto de que la deuda deba gravitar sobre el patrimonio particular de un cónyuge, en cuyo caso no es procedente demandar a todos los comuneros sino sólo al deudor, solicitando el embargo sobre su participación en el bien común.

En términos generales cabe afirmar que, al no haber afectado la reforma de 1981 a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, la jurisprudencia registral, en el supuesto que consideramos de sociedad disuelta y no liquidada, ha seguido el mismo criterio que antes de dicha reforma.

Por el mismo motivo, el artículo 144 reformado en 1982, tampoco ha sufrido variación en su significado (no así en su redacción literal). Al supuesto que contemplamos dedica el apartado 4.º (58).

puede transferir el contenido económico de su participación, pero no desprenderse de su cualidad de titular (*vide* RIVAS, *ob. cit.*, pág. 167).

Esta diferencia de apreciaciones lleva a una importante consecuencia, que es la de si en un procedimiento de ejecución es enajenable directamente la cuota ganancial embargada, o si, previamente a tal enajenación judicial, es necesario proceder a la liquidación, para que sean los bienes concretos adjudicados al cónyuge los que sean objeto de subasta y remate.

La mayor parte de la doctrina se inclina por esto último, a cuyo favor militan diversas razones. No existen normas procesales para la valoración de una cuota abstracta en un conjunto patrimonial, en dicho conjunto puede haber bienes —activo— y deudas —pasivo— y, además, la válida sustitución de un deudor exige el consentimiento del acreedor (art. 1.205 del Código Civil). Este es también el sentir del TS manifestado en la Sentencia de 29-4-94. Análogo criterio cabe deducir de la Resolución de 8-7-91.

Al margen del interés de esta controversia, al CD lo que en realidad le preocupa es la legitimación pasiva en la sociedad de gananciales en liquidación frente a la anotación de embargo solicitada por los acreedores, a efectos de cumplir el tracto, y más que entrar en consideraciones doctrinales acerca de la naturaleza del derecho de los comuneros en tal situación, lo que hace es establecer y justificar los requisitos que debe cumplir la demanda, origen de la cautela, para que pueda tomarse la anotación de embargo, respetándose los mencionados principios.

(58) Como indicamos más arriba, la aplicación de los repetidos principios hipotecarios a la diversa situación de la sociedad de gananciales fue la causa de la participación de la DG en la elaboración de la doctrina sobre la naturaleza jurídica de dicha sociedad.

Dicho artículo 144-4.º, objeto de un leve retoque material, pero sin alteración sustancial, comporta una obligada reflexión. Constituye un caso más de norma civil afectada por el cambio de gestión de los bienes gananciales introducida en la Ley 11/1981, pero cuyo impacto no se ha tenido en cuenta en la nueva redacción del precepto reglamentario.

La redacción anterior decía: «Si, disuelta la sociedad conyugal, no se hubiera inscrito la partición, podrá... ser anotado el embargo, si la demanda se hubiere dirigido conjuntamente contra el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto» (el supuesto normal era la muerte de los cónyuges).

Ahora el motivo de la disolución ya no es sólo el fallecimiento de los esposos, sino (además de la nulidad, separación y divorcio) también la modificación del régimen económico durante el matrimonio, por ello ahora se dice que en el supuesto que contemplamos, «el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos».

La redacción anterior formaba parte de un artículo que empezaba diciendo: «cuando por deudas y obligaciones contraídas por el marido o la mujer, en su caso, a cargo de la sociedad de gananciales...», es decir, eran deudas comunes, por definición, que afectaban a todo el patrimonio ganancial en liquidación, por tanto la demanda se tenía que dirigir contra todos los comuneros.

Pero en la actualidad, fatiga repetirlo, no se sabe si las deudas de un cónyuge son o no a cargo de la sociedad de gananciales y éste es un matiz que no tiene en cuenta el párrafo 4.º del artículo 144. Su redacción da por supuesto que la deuda que se trata de garantizar con la anotación de embargo es de aquéllas de que responden directamente los bienes gananciales y esto, «a los efectos del Registro», no ocurre prácticamente nunca en responsabilidades de un cónyuge perseguidas por medio de un juicio ejecutivo, puesto que el CD exige prueba cumplida de que la deuda de un cónyuge es común y al tiempo se estima, prácticamente por toda la doctrina, que tal demostración no es posible en los trámites del proceso de ejecución.

Las resoluciones que vamos a comentar subsanan la omisión del artículo 144-4.º en la aplicación que hacen del mismo, pero no aluden a la carencia que muestra el precepto (59).

La jurisprudencia registral que constituye el antecedente del artículo 144 redactado en 1947, se integra de resoluciones que contemplaban invariable-

Esta jurisprudencia, amén de notables aportaciones doctrinales, constituye la base de la regulación de esta materia en el RH de 1947.

(59) Todas establecen que «la finalidad cautelar pretendida podía haberse logrado si el mandamiento de embargo se hubiera referido a bienes gananciales concretos —y no a su mitad— y siempre que la demanda, DE SER LA DEUDA CONSORCIAL, se hubiera dirigido conjuntamente contra el viudo y los herederos del cónyuge premuerto».

mente obligaciones a cargo de la sociedad ganancial. Pero actualmente con, igual regularidad, las anotaciones de embargo que se solicitan en el Registro representan garantías de deudas de carácter privativo. ¿Qué es lo procedente?, desde luego no se puede solicitar el embargo de un bien ganancial, *ex artículo 1.373*, porque la sociedad no está vigente. No procede dirigir la demanda contra todos los interesados en el patrimonio en liquidación porque el acreedor lo es de un comunero, pero no de la comunidad, sus derechos son los que se deducen del artículo 403 del Código Civil que en nada atañe a los comuneros no deudores. Estos no tienen porqué verse implicados en una demanda que no les incumbe ni en el orden personal ni en el objeto de su derecho, su cuota en el bien o los bienes comunes. Por tanto, lo correcto es demandar al deudor privativo, sin extender la demanda a los demás copropietarios, y embargar «su parte» en la comunidad. Es la solución a que llegan las resoluciones que vamos a ver.

LA RICA en sus comentarios al RH de 1947 dice que en caso de deuda privativa de uno de los cónyuges, si «hubiere de hacerse efectiva sobre bienes presuntivamente gananciales y todavía inscritos en esta forma, será de aplicación el artículo 144 y la demanda habrá de dirigirse contra el cónyuge superviviente y los herederos del muerto» (Colegio de Registradores, Madrid, 1948, pág. 117). (Lo mismo repite en sus comentarios a la reforma de dicho Reglamento en 1959, pág. 125). Por las razones expuestas, entendemos que esta apreciación no es la adecuada. No lo era antes, como no lo es ahora. Por ser la parte perseguida la cuota del deudor en el patrimonio ganancial en liquidación, sólo éste debe ser demandado.

Este criterio es también el de RIVAS, en caso de deuda cuya ganancialidad no se haya probado, sólo cabrá la anotación del embargo de la parte que le corresponda en la sociedad en liquidación (*ob. cit.*, pág. 170).

Las Resoluciones que vamos a examinar, referidas al objeto que nos ocupa, son de 22 de mayo, 3 de junio y 16 de octubre de 1986 y más recientemente, de 11 de diciembre de 1991 (60).

Las mencionadas Resoluciones —todas ellas originadas en disolución de sociedad conyugal por fallecimiento de los cónyuges— vienen determinadas por la actitud de los recurrentes que parten de la inexacta creencia de que en la sociedad de gananciales, los bienes concretos que la componen pertenecen por mitad a los cónyuges (arts. 1.344 y anterior 1.392), lo que a veces les

(60) En dichas Resoluciones se parte de la distinción teórica inicial de que la deuda de un cónyuge puede ser común o privativa (antes de 1981, todas las deudas del marido, administrador único, eran de responsabilidad común, arts. 1.413 y 1.408-1.º). Pero simplemente se considera la posibilidad de que sea de uno u otro signo porque, como hemos visto y seguiremos viendo, la naturaleza de las deudas de los cónyuges en la vertiente registral suele ser desconocida con el corolario obligado de que cuando falta la prueba, la deuda contraída por un solo cónyuge, a efectos del Registro, se considera privativa.

lleva a pedir directamente el embargo de dicha mitad en las fincas inscritas como gananciales.

En la primera de ellas, la de 22-5-86, el recurrente había interpuesto demanda ejecutiva y obtenido mandamiento de embargo sobre «la mitad indivisa de una vivienda... adquirida por el demandado en estado de casado con doña María... para su sociedad conyugal, habiendo fallecido dicha señora, por lo que sostenía que al haber fallecido la esposa con anterioridad a la demanda, había que atribuir una mitad de bienes a cada cónyuge».

Los pronunciamientos básicos de esta Resolución —que luego se repiten en las siguientes que vamos a ver— son que: «Por el hecho de la disolución —arts. 1.344 y 1.404 del Código Civil— a cada cónyuge (o heredero en su caso) se le atribuye una mitad en el conjunto patrimonial en liquidación y, en su día, en el remanente líquido de las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente durante la vigencia de la sociedad; pero ello no significa que le quede atribuido una mitad proindiviso sobre cada uno de los bienes que integran la masa de bienes en liquidación». «La atribución a uno u otro cónyuge de bienes concretos o de cuotas en proindiviso sobre ellos sólo ocurrirá como consecuencia de la última operación divisoria, la adjudicación de bienes».

«Mientras se mantiene esta situación —la indivisión— la administración y disposición corresponde al conjunto de sus titulares (cónyuge superviviente y herederos del premuerto)». (Hoy ambos cónyuges o sus herederos, según el art. 144-4 del RH). En consecuencia, para disponer de bienes concretos o cuotas sobre los mismos es necesaria la intervención de todos los partícipes (así lo entiende el TS en diversas sentencias, entre otras las de 15-3-1945 y 8-3-65, según la cual, disuelta la sociedad conyugal entra en estado de liquidación y «mientras ésta no se efectúe, los actos dispositivos de bienes concretos han de hacerse por todos los interesados»).

Añade que la finalidad cautelar pretendida podía haberse logrado si el mandamiento de embargo se hubiera referido a bienes gananciales concretos —y no a su mitad— y siempre que la demanda, «de ser la deuda consorcial», se hubiera dirigido conjuntamente contra el viudo y los herederos. Obsérvese que se condiciona la aplicación del punto 4 del artículo 144 al hecho de que la deuda sea «consorcial», por tanto la demanda conjunta no sería correcta en el caso de que la deuda fuera privativa (una matización que no se recoge en el precepto).

Finalmente, señala otra forma de constituir la garantía que la anotación representa, al decir: «Sin estos requisitos —demanda conjunta contra el viudo y los herederos— también habría podido practicarse la anotación si el embargo se hubiera referido a la parte que al viudo demandado corresponde en la sociedad de gananciales en liquidación». El carácter de la deuda no estaba determinado, si era a cargo de los bienes comunes se podían utilizar cualquiera de las dos formas ofrecidas, en el caso de ser privativa sólo se podía

embargar la participación del deudor (que se hace visible en el bien concreto inscrito que es objeto de embargo) (61).

La Resolución de 16-10-1986 es en casi todo similar a la que acabamos de ver, por lo que la DG le aplica, con alguna abreviación, los argumentos en que se funda aquélla. Sin embargo, en este caso, la deuda era privativa.

Se trataba de una anotación de embargo solicitada sobre los bienes del deudor y, por su fallecimiento, contra la herencia yacente del mismo o sus herederos. El acreedor no tuvo en cuenta que el bien era ganancial y que la sociedad estaba disuelta y pendiente de liquidación. La anotación fue suspendida por embargarse bienes gananciales y no dar cumplimiento a la regla 4.^a del artículo 144 del RH. La deuda era privativa, pues había fallecido la esposa y la deuda se había contraído con posterioridad al óbito de ésta.

El FD3 señala simplemente que la demanda debía dirigirse «contra todos los herederos de uno y otro cónyuge», o bien, al ser la deuda privativa, el embargo sería anotable si se hubiera referido a la parte que correspondía a los herederos del marido tras la liquidación de la sociedad de gananciales (62).

(61) Antecedentes de esta Resolución, incluso del contenido actual del artículo 144-4 del RH, los encontramos en las Resoluciones de 4 de noviembre de 1926 y de 1 de julio de 1927. Según la primera de ellas: las ejecuciones dirigidas contra el marido en estado de viudez pueden perseguirse sobre los bienes que formaron parte del patrimonio común, es decir, de la sociedad de gananciales y en tal caso «el procedimiento ejecutivo debe ser llevado, no sólo contra el viudo que ha contraído la obligación, sino contra los herederos de la mujer que, como cotitulares de los bienes gananciales, tienen un interés directo de la defensa procesal...» En la segunda, con más sencillez se enuncia «que una vez admitido el principio de que mientras en el Registro conste que una sociedad de gananciales no ha sido liquidada con adjudicación de los bienes a personas determinadas, siempre es posible anotar el embargo dirigido por deudas peculiares de la misma contra las personas que representen la totalidad...»

La Resolución de 2 de diciembre de 1929, incluso apuntó ya la posibilidad de que se tragara la parte correspondiente al viudo en la masa ganancial. En ella se decía que en un procedimiento de apremio dirigido contra el viudo debía «limitarse su derecho de disposición sobre la porción que al liquidar le correspondía y trabar sobre ella un embargo formal, para evitar la cesión, transferencia o renuncia que burle los derechos de los acreedores». La de 10 de julio de 1952 adelantó ya los mismos términos que la que comentamos, que «la finalidad cautelar perseguida podría haberse logrado mediante el embargo de la porción global que al liquidar correspondiere al cónyuge viudo contra quien se planteó la demanda». Y ello «sin necesidad de demandar a los herederos del cónyuge premuerto», como a su vez dice el FD3 de la Resolución de 3-6-86).

(62) El FD4, sin mucho sentido, reitera que no cabía que el Registrador de la Propiedad anotara el embargo «sobre la mitad indivisa de cada bien concreto de la comunidad ganancial en liquidación —cosa que nadie le había solicitado—, porque tales cuotas o participaciones sólo son predicables respecto del total patrimonio ganancial en liquidación» y que si hubiera podido practicarse la anotación si el embargo se hubiera referido «a la parte que al cónyuge demandado hubiera correspondido en la sociedad de gananciales en liquidación». A lo que parece, la DG no parecía haberse percatado de que en el caso de que la deuda sea privativa, lo único que cabe embargar es la participación del cónyuge,

La Resolución de 3-6-1986 hace aplicación del mismo criterio de las anteriores con motivo de la enajenación judicial de un finca que pertenecía a un matrimonio, inscrita para su sociedad ganancial. Dicha finca fue objeto de anotación de embargo en virtud de juicio ejecutivo seguido contra el marido deudor y acreditado el fallecimiento de la esposa, «se notificó la demanda por edicto a los herederos en ignorado paradero».

El Registrador practicó la anotación, pero «sólo sobre los derechos que le pueda corresponder al demandado en su disuelta sociedad conyugal».

Practicada la subasta y ejercitado el remate, el JPI en rebeldía del deudor, otorgó escritura de venta de la finca, cuya inscripción fue denegada por falta de congruencia entre los derechos embargados y el objeto de la venta, que era la finca en su totalidad.

La DG justifica su acuerdo con los argumentos de las dos Resoluciones anteriores.

No obstante ser la deuda privativa, pues se había contraído después del fallecimiento de la esposa, vuelve a repetir que es posible practicar la anotación si el mandamiento de embargo se refiere a bienes gananciales concretos, y la demanda, «de ser la deuda consorcial», se dirige contra el viudo y los herederos. Otra vez señala que la garantía cautelar que el embargo representa puede lograrse «sin necesidad de demandar a los herederos del cónyuge premuerto, sino sólo al cónyuge sobreviviente, cuando la anotación de embargo venga referida a la parte que al viudo demandado corresponda en la sociedad de gananciales en liquidación».

La Resolución de 11-12-1991 contempla el supuesto de un juicio ejecutivo promovido por impago de letras de cambio, contra el avalista de las mismas «y su esposa a los efectos del artículo 144 del RH». Admitida la demanda, el 28-7-88 se embargó al demandado un piso que estaba inscrito a favor de él y de su esposa «para su sociedad conyugal».

El Registrador suspendió la anotación por no expresarse el nombre y apellidos de la esposa y porque de otro mandamiento obrante en el Registro constaba que dicha esposa había fallecido en 1977 y no se había cumplido el artículo 144, apartado 4.º del RH, la sociedad de gananciales estaba disuelta, no constaba su liquidación y no se había dirigido la demanda contra el cónyuge viudo y los herederos del causante.

Ante la suspensión, el demandante solicitó al Juzgado que se acordara la notificación de la demanda ejecutiva y del embargo trabado a los desconocidos herederos de doña Francisca (la esposa) y se expidiera nuevo mandamiento de embargo, no accediendo el mencionado Juzgado, según providencia de 10 de noviembre de 1988.

sin que sea procedente dirigir la demanda contra todos los herederos, como se dice al principio del FD3.

El Presidente del TSJ de Castilla-León estimó el recurso de la entidad acreedora y revocó la nota, «en base a que al ignorarse si el deudor estaba o no casado se dirigió la demanda, pese a ello, contra el demandado y su cónyuge, sin que se pueda alterar las partes del procedimiento» (63).

Para la DG se está en un supuesto claramente análogo al contemplado en las Resoluciones de 22-5 y 16-10 de 1986 (cita ambas en el «vistos»). Solicitud de anotación preventiva de embargo sobre fincas inscritas con carácter presuntivamente ganancial a favor del deudor y su esposa, constando en el mandamiento la notificación a dicha esposa, cuando de los asientos del Registro aparece que dicha señora falleció en 1977, y la deuda origen de la traba se contrajo en 1986. Disuelta la sociedad habrá de procederse a la liquidación que terminará con la adjudicación de bienes concretos a los interesados. «Pero en tanto esta situación no se haya producido, para proceder a la anotación de embargo... habrá que dirigir la demanda contra el viudo y los herederos del cónyuge premuerto —art. 144-4 en relación con el 166.1 del RH.

Admitida la decisión de la DG caben, no obstante, algunas reflexiones:

1.º El dirigir la demanda contra el viudo y los herederos no lo condiciona —como hacen las Resoluciones del «vistos»— a que la deuda sea consorcial. Evidentemente, la deuda era privativa, conforme resulta de las fechas que constan en el expediente, y no matiza el diferente trato que procede aplicar según que las deudas sean privativas o gananciales.

2.º Al invocar en el FD3 no sólo el artículo 144.4, sino también el 166.1 del RH, cabría traer a colación el criterio liberal que ha informado la jurisprudencia respecto a la determinación de los herederos del deudor difunto, teniendo en cuenta el carácter cautelar y provisional de la anotación, compatible con indeterminaciones transitorias, pero que exigirán indubitada determinación cuando hagan tránsito a situaciones definitivas (64).

(63) El recurrente alegaba que al haberse avalado las letras de cambio sólo por el demandado e ignorarse la existencia o no de esposa del mismo, su citación se hizo en forma genérica de acuerdo con el artículo 269 de la LEC. Que es inoperante para la anotación que el fallecimiento de la esposa se deduzca de otro mandamiento posterior al que se recurre y carece igualmente de relevancia que el fallecimiento esté inscrito en el Registro Civil, hecho desconocido para esta parte y también para el Registro, pues en ninguno de sus libros figura la defunción del cotitular.

(64) En la Resolución de 18-12-1942 se contempla el caso de un juicio declarativo de menor cuantía que se promovió «contra doña Eloísa, obligada solidariamente con su esposo, don Pedro, y contra las demás personas desconocidas que puedan tener derecho a la herencia de éste».

El Registrador denegó la anotación: porque siendo gananciales las dos fincas embargadas, no acreditan la partición que hayan hecho por fallecimiento del causante, por la cual se adjudiquen a cada cónyuge la porción que ahora desean embargarle; y por solicitarse la anotación preventiva del embargo y del secuestro contra los herederos indeterminados, desconocidos e inciertos del causante, y de paradero ignorado o desconocido.

El párrafo 4.º del artículo 144 tampoco debe ser aplicable a las deudas de un cónyuge cuya naturaleza no haya sido calificada. En tal supuesto lo procedente es dirigir la demanda contra el deudor para que la anotación de embargo recaiga sobre la parte que a dicho cónyuge deudor corresponda en la sociedad de gananciales en liquidación.

¿Quid en el caso de que siendo la deuda privativa de un cónyuge se demande a todos los cotitulares?

Si éstos no reaccionan, se practicará la anotación sobre el bien de que se trate y seguirá adelante la ejecución. Es de suponer que ésta será la actitud más previsible cuando, sin previa determinación de la naturaleza de la deuda, los comuneros la estimen ganancial. En caso contrario, estos últimos, al ser demandados y pretenderse que la anotación afecte a su cuota, podrían oponer la excepción de falta de legitimación pasiva (cfr. el párrafo 4.º del art. 1.467 de la LEC).

CASO PARTICULAR DEL ARTÍCULO 166-1, SEGUNDO PÁRRAFO DEL RH

El citado precepto en relación al artículo 144-4 puede originar una coincidencia cuyo tratamiento cabría comentar. Me refiero al embargo del derecho hereditario del cónyuge viudo. Disuelta la sociedad de gananciales, sin que conste en el Registro su liquidación, cabe perseguir el derecho hereditario del cónyuge viudo por deudas privativas del mismo, pero, al mismo tiempo, se puede reclamar la anotación de la parte que le corresponda en el acervo ganancial en liquidación. La yuxtaposición de reclamaciones no altera las reglas singulares de cada una de ellas.

Pero en el caso de que el acreedor acumule en la demanda la solicitud de anotación de embargo sobre «la parte que corresponde al derecho hereditario

La DG revocó la nota por una serie de razones, entre las que destacamos: «la imposibilidad de determinar en ocasiones quiénes son y dónde residen los interesados en una herencia, la circunstancia de que los herederos suceden al causante por el solo hecho de la muerte en todos sus derechos y obligaciones, la opinión de los procesalistas concordante con la jurisprudencia civil e hipotecaria sobre emplazamiento por edictos de los ignorados sucesores de un deudor, las reglas que las leyes rituarías contienen para tales casos por evidente necesidad jurídica... El párrafo 1.º del número 2.º del artículo 141 —hoy 166.1— del RH, según el cual, en los casos de procedimientos contra herederos del deudor por responsabilidades de éste, sólo se requiere la expresión de las circunstancias personales de los demandados cuando sean determinados y ciertos, han servido de base para que las demandas encaminadas a hacer efectivas obligaciones contraídas por quien falleció sin testamento puedan ser dirigidas contra las personas desconocidas que están interesadas en la herencia, y por consiguiente, los Registradores no deben oponerse a cumplir las decisiones judiciales porque el procedimiento se siga contra los herederos indeterminados del deudor, sin que por esto se vulneren los principios fundamentales del tracto sucesivo y el consentimiento».

del deudor» (art. 166-1-2.º) y al mismo tiempo sobre la «parte que le corresponda en la sociedad de gananciales en liquidación» (he conocido el caso en la vida profesional), se trata realmente de dos anotaciones distintas por ser diferentes las masas sobre las que recaen (diferente: titularidad, cargas, destino, etc.). Al proceder de un solo mandamiento, ¿cabría hacer la anotación sobre las dos participaciones en un solo asiento? Acaso sea posible, sin embargo, el principio de determinación o especialidad y la exigencia de que los derechos inscritos consten con la mayor claridad posible, aconsejan la práctica de dos asientos consecutivos, primero la anotación del derecho ganancial, y la segunda del derecho hereditario (haciéndolo constar en la nota de despacho del título). Ello tiene también la ventaja de que si la cancelación de la anotación sobre uno u otro derecho no es simultánea (cfr. art. 206-10.^a del RH), la cancelación total de un asiento parece más recomendable que una cancelación parcial del mismo por las razones antes expuestas (la cancelación parcial debería hacerse constar por medio de una nota marginal), de que actos jurídicos distintos se reflejen en asientos separados.

RESOLUCIÓN DE 25-4-1986

Dentro de este epígrafe de sociedad disuelta y no liquidada (y registralmente no se considera liquidada mientras la liquidación no se haga constar en el Registro mediante las correspondientes adjudicaciones), vamos a examinar la importante Resolución de 25-4-86, que sólo tiene un leve parentesco con las anteriores que estamos viendo. En ella existe también colisión entre embargo y capitulaciones matrimoniales liquidatorias, pero la fecha que sale a relucir no es la del embargo, sino la de la anotación, anterior a la constancia registral de las capitulaciones que, a su vez, anteriores al embargo, se registraron después.

Entonces el problema que se afronta es otro, el de la preferencia entre anotación de embargo y negocios jurídicos con sustancia traslativa anteriores que se inscriben después, supuesto que regula el artículo 44 de la LH, remitiéndose al 1.923-4.º del Código Civil. La solución que se adopta implica una ruptura total con la doctrina jurisprudencial seguida hasta aquella fecha. Ruptura que se consolidaría después de las Resoluciones de 6-9-1988, 12-6-1989 y, muy decisivamente, con abundancia de argumentos procesales, registrales y de orden práctico, en las de 23-3-93 y 5-5-93 (65).

(65) Estas dos últimas, dictadas con posterioridad al Real Decreto de 13-11-1992, en el que la doctrina de la resolución que comentamos se consagró como norma legal en la regla 2.^a del artículo 175 del RH. En concordancia con el artículo 1.518 de la LEC, la nueva redacción de dicha regla dice: «Cuando en virtud del procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de

Se trataba de unas capitulaciones matrimoniales por las que unos esposos liquidan la sociedad de gananciales, adjudicando una finca a la mujer. Por deuda del marido se sigue juicio ejecutivo en el que se ordena embargo de dicha finca, practicándose la oportuna anotación preventiva sobre la misma, todavía inscrita «a favor de la sociedad conyugal». Del mandamiento resulta que la esposa del demandado fue notificada de la existencia del procedimiento y del embargo a los fines prevenidos en el artículo 144 del RH. Después se realiza la inscripción del repetido inmueble a favor de la adjudicataria.

Seguido el procedimiento ejecutivo y realizada la subasta, el JPI dicta auto por el que se adjudica la finca al acreedor, por falta de postores, que se presenta en el Registro de la Propiedad y cuya inscripción suspende el Registrador «por falta de previa cancelación de la inscripción precedente de adjudicación a la esposa del demandado... con carácter privativo, en virtud de capitulaciones matrimoniales».

Decimos que esta Resolución quiebra la línea jurisprudencial anterior porque en la colisión entre anotación de embargo y venta anterior que se inscribe con posterioridad, la jurisprudencia de la DG (y la del TS), habían aplicado invariablemente el artículo 1.923-4.º, al que remite el 44 de la LH, para dar preferencia al acto de disposición que se había retrasado en acudir al Registro. Entre otros ejemplos, pueden citarse las Resoluciones de 13-12-74; 5-3-82; 12-9-83 y 3-10-85 (66).

Dichas Resoluciones no se refieren a la liquidación de la sociedad de gananciales sino a actos de disposición, aunque cabe asimilarlos a la liquidación de la sociedad conyugal con adjudicación de bienes a los cónyuges, en opinión de un amplio sector doctrinal y de la propia jurisprudencia (cfr. el tercer considerando de la Resolución de 3-10-85).

Tales razones no aparecieron en la Resolución que comentamos, que acudió a principios hipotecarios formales e invocó preceptos de derecho sustantivo (que en otras ocasiones no toma en consideración desde la perspectiva registral) y, por otra parte, pudo apoyarse en circunstancias específicas del caso, que coadyuvaban eficazmente al fallo que se dictó, sin duda, acorde con lo que postulaba la justicia.

Haciendo caso omiso de la continuada y concordante aplicación del artículo 1.923-4.º del Código Civil al que remite el 44 de la LH (apoyada por doctrina y jurisprudencia), fundada en que no se puede embargar al deudor un

embargo, aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores, y siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación de embargo y no afectados por ésta».

(66) En la primera de ellas se confirma que la anotación de embargo otorga prioridad frente a actos dispositivos posteriores, no frente a los anteriores, lo que ocurre incluso cuando la escritura de compraventa se ha otorgado en el tiempo intermedio entre el derecho judicial del embargo y su anotación en el Registro.

bien que ya no es suyo, acude a los principios de prioridad registral en favor del asiento de anotación y de legitimación, por el que se presume «que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo».

Entre las circunstancias concurrentes figuraba la de que la deuda del marido que se perseguía, se había contraído antes del 13-5-1981, por tanto era a cargo del caudal común, lo que evitaba el permanente problema de la calificación de las deudas contraídas por un cónyuge después de la expresada reforma. Ello permite invocar el artículo 1.322 (hoy 1.317), según el cual la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio, no perjudicará los derechos ya adquiridos por terceros. Consideraciones de derecho material que no se aceptan en otras resoluciones reiteradamente invocadas por los recurrentes (67) con el argumento de que el CD, como guardián de los principios hipotecarios se pronuncia, digamos que limitadamente, sólo «a los efectos del Registro».

Sin embargo, en función de la importancia de esta Resolución, que iba a introducir un giro de ciento ochenta grados en lo que había sido el entendimiento y aplicación del artículo 1.923-4.º del Código Civil, el esfuerzo argumental es realmente notable. Sus puntos esenciales a destacar son:

Cuando se practicó y se anotó el embargo, el marido demandado era, según resultaba del Registro, administrador de la sociedad de gananciales (sin que obstara para ello el conocimiento posterior de que con anterioridad se había disuelto dicha sociedad), con suficiente capacidad de representación procesal de dicha masa patrimonial. Al acreedor le favorecía el artículo 38 de la LH y no le podían perjudicar unas capitulaciones matrimoniales que no se habían indicado en el RC (art. 77 de la LRC). Además, a dicho acreedor le amparaba la «doctrina que manifiestan los artículos 1.733 a 1.735 y 1.738 y las Sentencias de 5-12-1958 y 3-7-1976, según las cuales los poderes de representación, una vez extinguidos por cualquier causa, subsisten en beneficio de los terceros de buena fe, dadas las particulares circunstancias del caso».

Frente al obstáculo registral que, para la inscripción del auto de adjudicación de la finca subastada, representaba la inscripción a favor de la esposa del deudor, se acude al argumento sustantivo: «desde el punto de vista de los acreedores que tengan derecho a perseguir los bienes gananciales, ni la disolución de la sociedad ni siquiera la adjudicación de tales o cuales bienes gananciales a uno u otro cónyuge a consecuencia de la liquidación, significan que se haya producido la salida del bien ganancial de la misma masa autónoma de responsabilidad en que por régimen de la sociedad de gananciales el

(67) Aunque es cierto que la inadmisión del mencionado artículo 1.317 está relacionada con la dificultad de demostrar, en el derecho actual, que la deuda de un cónyuge sea de responsabilidad común.

bien está incluido». No es el bien que cambia de masa patrimonial, sino dicha masa que va a pasar de tener uno u otro régimen en su titularidad de gestión y representación a partir de la disolución. En todo caso los acreedores conservan sobre los bienes gananciales las mismas posibilidades que antes de la disolución (cfr. art. 1.322 del Código Civil anterior, y 1.317 en la redacción vigente).

No cabe el obstáculo del tracto, puesto que la adjudicación judicial es derivación y desenvolvimiento de la garantía que el embargo representa, el cual aparece, registralmente, como vigente y con preferencia a la inscripción a favor de la mujer (sin entrar en la cuestión no planteada de si es necesaria la previa cancelación de esta última inscripción).

Respecto a si es adecuada la notificación a la esposa del demandado, no cabe duda que en virtud de la situación registral en el momento de promoverse el juicio ejecutivo y practicarse el embargo, era suficiente la notificación que se hizo al repetido consorte, al que la Resolución no considera tercero al resultar «adjudicataria, por partición de los bienes gananciales».

Finalmente, cabe mencionar algunas observaciones del JPI, que constan en los Hechos y no se recogen en los FD, pero que parecen ser tenidos en cuenta en las posteriores Resoluciones de 6-9-88 y 12-6-89, continuadoras de la que comentamos. Se refieren a la actitud de la esposa, titular registral de la finca, conocedora evidente de todas las vicisitudes, no sólo del procedimiento, sino incluso de la obligación contraída por el marido bajo el régimen de la sociedad de gananciales, de cuya iniciativa durante las actuaciones procesales llama la atención su inhibición respecto a la tercería de dominio, que tenía expedida promover a partir del embargo, ya que desde la fecha de las capitulaciones gozaba del título para ejercitarla. Desde un punto de vista ético, entendía el Magistrado que la denegación de la inscripción «supone una frustración de un derecho subjetivo para el recurrente que ha observado todos los preceptos sustantivos y fórmulas para obtener el amparo que le concede el ordenamiento jurídico» (68).

En definitiva, lo que hace esta Resolución es desmontar la anterior interpretación, más bien aplicación que hasta la fecha se hacía del artículo 1.923-4.º, por resultar proclive al fraude (69).

Ciertamente esta Resolución y las siguientes, que continúan su línea, enfrentaba unos hechos que, en su conjunto, eran subsumibles en la figura del

(68) El Juez, además, afirma lo tantas veces repetido, que la posibilidad de dirigir la demanda ejecutiva está vedada por las normas legales (art. 1.427 y sigs. de la LEC), «ya que no cabe admitir la demanda sino contra la persona o personas que aparezcan como obligadas a la vista del título esgrimido».

(69) El Registrador señala en su informe que la solución que da el derecho español al tema en cuestión «no suele ser la seguida en otros ordenamientos extranjeros».

fraude de ley: «amparar el resultado contrario a una ley en otra disposición dada en verdad para una finalidad diferente», según palabras de CASTRO (*El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pág. 30) (cfr. el art. 6-4.º del Código Civil).

El deudor intenta burlar al acreedor, minorando o haciendo desaparecer la base de responsabilidad a que aquél tiene derecho, y para ello realiza unos actos jurídicos, otorgamiento de capitulaciones matrimoniales que inscribe, con demora calculada, en el Registro de la Propiedad, con lo que se va a beneficiar de lo que establece el repetido artículo 1.923-4.º del Código Civil.

El CD en el terreno puramente registral, aplicando fundamentalmente los principios formales que regulan el sistema, llega al resultado de reponer las cosas a la situación de la que el deudor fraudulento trataba de escapar.

SOCIEDAD DISUELTA Y LIQUIDADA

Después de examinar la situación de sociedad disuelta y no liquidada, vamos a referirnos a la de disuelta y liquidada, que ha generado mayor número de Resoluciones que las vistas en el epígrafe anterior y en las que, a efectos de la solución registral, ha tenido mayor trascendencia la indefinición de la deuda contraída por un cónyuge.

En esta situación, la defensa del acreedor, solicitante de la anotación de embargo, se ha intentado por dos caminos: esgrimiendo la prioridad del embargo frente a la disolución de la sociedad; o bien, se invoca o sostiene, a menudo con carácter subsidiario, el carácter ganancial de la deuda, al objeto de beneficiarse de lo que disponen los artículos 1.317 y 1.401 y 1.402 del Código Civil.

Ciertamente el tema de la prioridad se funda en un hecho material, cuya verificación no ofrece excesivas dificultades. Sin embargo, no ocurre así en los supuestos en que se ha sostenido la ganancialidad de la deuda que se trata de garantizar, bien como remedio subsidiario o bien postulado directamente por los recurrentes, ante la evidencia de que el embargo del bien se ha trabado con posterioridad a la disolución de la sociedad. Debe constatarse que hasta la fecha ha resultado frustrada la demostración de la ganancialidad pretendida en todos los supuestos en que se ha intentado.

Las pretensiones en uno u otro sentido y las consiguientes Resoluciones se han alternado en el tiempo. No obstante, para su análisis, las vamos a agrupar en los dos conjuntos que resultan de las dos vías seguidas por los recurrentes si bien, en algunos casos, el recurso se inició en un sentido y en la tramitación del expediente —por iniciativa de la DG— se condujo al otro.

En primer lugar vamos a ver las Resoluciones que contemplan la pretensión de que la deuda de un cónyuge es de aquéllas de las que debe responder el patrimonio ganancial.

Aquí la jurisprudencia ha sido firme e invariable. Ante la posibilidad de que sea de una u otra naturaleza, ha estimado que la deuda de un cónyuge, «a efectos del Registro», debe ser tratada como privativa, mientras no se declare judicialmente que es de las que gravan directamente el acervo común. Sin embargo, es el caso que de las Resoluciones que se han producido en la materia, en ninguna de ellas se ha logrado la exigida declaración (al margen de lo que fuere en el derecho sustantivo). Ello se debe a la razón fundamental de que en el juicio ejecutivo se estima que no existe oportunidad o posibilidad de demostrar la naturaleza de la deuda en cuya garantía se solicita el embargo y, por otra parte, porque las formas empleadas y los argumentos que se han utilizado en el juicio ejecutivo o en la ejecución de sentencia han sido siempre alegaciones de congruencia (por ejemplo, que la deuda perseguida se contrajo y venció antes de la disolución de la sociedad), nunca razones directamente encaminadas a obtener una expresa declaración del Juez en el sentido de que la deuda originada es de las que deben gravar directamente los bienes gananciales.

Las Resoluciones que veremos se refieren a embargos de fincas que, a consecuencia de la liquidación, han sido adjudicadas e inscritas a favor del cónyuge del demandado (en todos los supuestos, la esposa).

Al llegar tarde el embargo, cuando ya la finca está inscrita a nombre del cónyuge del deudor, el acreedor busca su defensa en la que antes llamamos segunda vía, es decir, tratando de sostener el carácter ganancial de la deuda, con el fin de ampararse en lo que disponen los artículos 1.401 y 1.402 del Código Civil.

La doctrina que la DG sienta en la primera de estas Resoluciones se continúa en todas las posteriores, por lo que vamos a detenernos en aquélla y luego, en las siguientes, haremos referencia a sus peculiaridades, consecuencia de los casos concretos que se contemplan o de las específicas alegaciones de los recurrentes.

RESOLUCIÓN DE 16-2-1987 (70)

Se debe considerar como primera entre las de su clase. Sus argumentos se reiterarían prolijamente en las otras posteriores. Por medio de un juicio declarativo ordinario, se demandó al marido como avalista de unas letras de cambio, aceptadas por una sociedad y que resultaron impagadas, sin que constara en el mandamiento que la deuda fuera de las que debían responder los bienes gananciales. En ejecución de sentencia, por carecer de bienes el demandado, se embargaron bienes que pertenecieron a dicha comunidad y, por disolución

(70) Se volvió a publicar en el *BOE* el día 26 siguiente con pequeñas modificaciones.

de ésta, fueron adjudicados y figuraban inscritos a nombre de la mujer —circunstancia que le constaba al acreedor—, la cual fue notificada del proceso, con posterioridad al embargo.

El Registrador denegó la anotación «por figurar inscritas las fincas... a nombre de doña María Cruz... —la esposa—, con carácter privativo y no ser la misma demandada».

La parte actora solicitó del Juzgado que se adicionara el mandamiento con las circunstancias —que figuraban en la solicitud del embargo— acreditativas de que el crédito que se perseguía aparecía documentado en fecha anterior a la escritura de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales que el demandado tenía con su esposa y que los inmuebles embargados figuraban a nombre de aquélla, habiéndolos adquirido en la citada escritura de liquidación de gananciales. Ello descubre la intención del recurrente: al ser la deuda anterior a la disolución, pretendía que ello entrañaba la responsabilidad común, por lo que debía beneficiarle el artículo 1.317, estando las fincas inscritas a nombre de la mujer procedentes de la liquidación de la sociedad (71).

Los pronunciamientos básicos de esta Resolución, que luego se repetirán, casi literalmente en las siguientes, son:

- Que al no constar en el mandamiento «que la deuda fuera de aquéllas de que hayan de responder los bienes gananciales», rige el artículo 1.373 del Código Civil: según el cual «cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias». Y si bien este mismo precepto prevé que el acreedor privativo puede pedir el embargo de bienes gananciales concretos, tal facultad cesa cuando se disuelve la sociedad. Una vez disuelta ésta, para el embargo de un bien ganancial concreto, no cabe invocar el principio, según el cual «la modificación del régimen económico matrimonial no perjudicará los derechos ya adquiridos por terceros» (art. 1.317), pues «los acreedores privativos del marido no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos». Del mismo artículo 1.373 se desprende que el embargo haya de recaer sobre bienes gananciales concretos o sobre la parte que al deudor corresponde en el conjunto de los bienes gananciales depende del cónyuge del deudor, pero si la sociedad está ya disuelta, el embargo sólo es posible sobre la parte que ostente el deudor en la repetida sociedad.
- Una vez disuelta la sociedad de gananciales sólo cabe embargar la parte que corresponde al marido deudor en la sociedad, al modo que por

(71) Como se ve, resulta escaso esfuerzo el del recurrente, para demostrar la ganancialidad de la deuda, la simple invocación de que se contrajo vigente la sociedad. La DG ni siquiera la toma en consideración, fíjese en su idea de no admitir otra forma de calificar aquélla que no sea la resolución judicial.

deudas privativas de un heredero cabe el embargo de la parte que al heredero corresponda en una herencia (cfr. art. 166.1.II del RH) (72).

Si del Registro resulta que la sociedad de gananciales no sólo está disuelta, sino que el patrimonio común está liquidado y partido, los acreedores privativos de un cónyuge sólo pueden embargar los bienes que integran el lote o porción material que a ese cónyuge haya correspondido. A salvo las posibles acciones de impugnación de la partición que, en su día, podrá provocar anotación preventiva de demanda.

En el caso contemplado nos encontramos con un mandamiento de embargo sobre fincas que aparecen inscritas a favor de una persona que, según el mismo mandamiento, no es la persona demandada. Procede la denegación en aplicación de los principios de tracto sucesivo y legitimación y, en concreto, de los artículos 20, 38 de la LH y 140.1 del RH.

La solución desde el punto de vista hipotecario resulta impecable. No le valió al acreedor recurrente su argumento, tantas veces repetido, de que los bienes adjudicados privativamente a cualquiera de los cónyuges, procedentes por liquidación, de la sociedad de gananciales, no se inscriben nuevamente a favor de persona totalmente distinta a aquélla a cuyo favor lo estaban previamente (73).

En definitiva, la Resolución es una simple consecuencia del criterio de que ante la indefinición de la naturaleza de la deuda debe ser considerada como privativa del comunero deudor, con todas las consecuencias negativas que para él comporta, de debilidad de posición en relación a que la deuda fuera de la comunidad (cfr. arts. 403 y 405; 1.317, 1.401 y 1.402 del Código Civil).

RESOLUCIÓN DE 29-5-1987

Aquí la deuda derivaba de la aceptación de una letra de cambio que, impagada a su vencimiento, se reclamó por medio de un juicio ejecutivo,

(72) Como las reglas de la partición y liquidación de herencia rigen también para la partición y liquidación de gananciales —art. 1.410 del Código Civil— para determinar lo que corresponde a cada heredero —o, por tanto, a marido y mujer en la partición de gananciales— no es necesaria la intervención de los acreedores privativos. Estos pueden intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos y oponerse a la división que se haga sin su concurso. Ahora bien, si la partición está ya consumada, lo único que les queda a los acreedores es la impugnación en los términos que la Ley prevé, cfr. artículo 403 del Código Civil.

(73) Este razonamiento se había sostenido, también infructuosamente, en las Resoluciones de 6 y 10 de noviembre de 1981. Véase, asimismo, el distinto uso que de este criterio hace la DG en las Resoluciones de 25-4-86 y 24-9-87.

cuya existencia y la del embargo que en él se practicó fueron notificados a la mujer y, finalmente, tampoco resultaba del mandamiento que la deuda fuera de aquéllas de que han de responder los gananciales. La anotación de embargo fue denegada por aparecer inscrita la finca, con carácter privativo, a favor de la esposa del deudor en virtud de capitulaciones matrimoniales. El contexto de la Resolución es en todo un trasunto de la que acabamos de ver.

Como datos específicos de la misma cabría señalar que, después de reiterar que por deudas privativas se pueden embargar bienes gananciales en los términos que permite el artículo 1.373, es decir, sólo mientras esté vigente la sociedad, pero no cuando se halla disuelta. En el FD3.II, abundando en algo en que se viene insistiendo desde el principio de este trabajo, dice que «las posibilidades del acreedor sobre los bienes gananciales, incluso sobre los bienes concretos adjudicados a la mujer (y en ciertos casos, sobre los bienes propios de ésta), serían mucho mayores si la deuda cuya efectividad se persigue fuera de aquéllas de que han de responder los bienes gananciales».

La DG, ya en esta segunda Resolución que se funda, como la anterior, en el criterio de que la deuda de un cónyuge —«a efectos del Registro»— hay que presumirla de carácter privativo, parece que empieza a tomar conciencia de las frustraciones que aquel criterio acarrea a los acreedores. Cosa que acepta que no ocurriría de admitirse una responsabilidad provisional común por deudas de un cónyuge, como hoy van postulando un número creciente de autores. Y quizá preocupada por la búsqueda de expedientes con que favorecer al acreedor burlado por unas capitulaciones sospechosas, en el FD3 hace una vaga o inconcreta alusión a la exigencia de publicidad de la disolución de la sociedad de gananciales, diciendo: «sin que sea ahora el momento de decidir si, tratándose de deudas de que hayan de responder los bienes gananciales, cabría en algún caso el embargo de estos bienes una vez disuelta la sociedad, aunque hubiera sido demandado sólo el cónyuge deudor por no haberse dado cumplimiento oportuno a la exigida publicidad de la disolución de la sociedad de gananciales».

El hablar de demandar sólo al cónyuge deudor parece error involuntario omitir la notificación al consorte demandado, pues como dejó claro la Resolución de 28-3-1983, la notificación al cónyuge del deudor —aparte la deuda común— es necesaria cualquiera que sea la naturaleza de la deuda.

Se advierte ya la preocupación por la misión del RC en esta materia si tenemos en cuenta que al tiempo de la Resolución se había reformado el Reglamento de dicho Registro por Real Decreto de 29-8-1986, estableciendo en el artículo 266 que: «En las inscripciones que en cualquier otro Registro —por ejemplo, el de la Propiedad— produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico, se expresará el Registro Civil,

tomo y folio en que conste inscrito o indicado el hecho... y de no acreditarse, se suspenderá la inscripción por defecto subsanable» (74).

Lo que plantea esta Resolución en el FD3.2, sin decidirlo, para el supuesto de que la deuda fuera ganancial, debería contestarse afirmativamente (supuesta la notificación al deudor), estuvieran o no indicadas las capitulaciones en el RC, por aplicación de los artículos 1.317 y 1.402 del Código Civil (a salvo el derecho de terceros hipotecarios protegidos).

El verdadero problema radica en saber cuándo deben responder los bienes gananciales de las deudas de un cónyuge. Las normas del Código Civil, al respecto, no obvian la necesidad de un pronunciamiento judicial, de aquí que las sentencias del TS sobre la materia lleguen a conclusiones que no pueden alcanzar las Resoluciones de la DG.

Al hilo de estas consideraciones vamos a comentar la interesante

SENTENCIA DEL TS DE 20-3-1989

Está referida a la deuda de un marido que se reclamó por medio de un juicio ejecutivo, dirigido contra él y «su esposa, ésta a los efectos del artículo 144 del RH», trabándose embargo (también notificado a la esposa) sobre una finca de la que ésta había devenido titular privativa por adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales, por medio de escritura de capitulaciones que disolvió dicha sociedad y se estipuló el régimen de separación de bienes, con anterioridad a la demanda ejecutiva.

La mujer interpuso tercería de dominio, alegando que el bien embargado era privativo y la deuda no era ganancial (letra de favor, no beneficiosa para la familia). La tercería fue desestimada, por considerar el TS que la esposa no era ajena a la deuda, puesto que los bienes gananciales responden directamente de las deudas contraídas por un cónyuge en la explotación regular de los negocios, siendo de esta naturaleza la deuda contraída por el esposo de la recurrente. La sentencia estima que en este caso la deuda fue contraída por el deudor —librador de la letra— en interés y beneficio de la sociedad conyugal «como consecuencia de los negocios comunes que tenía con el librado, cuya

(74) Un tema menor que alude esta Resolución, ajeno al objeto que la motiva, pero útil para la función calificadora, resulta de que el embargo recaía sobre una finca que había desaparecido como tal, pues era una parcela sobre la que se había construido un edificio cuyos pisos o locales constaban inscritos a favor de personas distintas al demandado. Sin embargo, quedaba un residuo del 4,77 por 100 de un local comercial, cuya participación había pasado al dominio de la esposa, ante lo que el FD1 afirma que «cuando el mandamiento de embargo no pueda cumplimentarse enteramente sobre el dominio de la parcela (que comporta el embargo de lo que sobre ella se edifique)... debe cumplimentarse en la parte posible».

apreciación probatoria se obtuvo de una valoración conjunta de la prueba practicada», sin mayores especificaciones —hemos señalado más arriba la no exigencia de prueba rigurosa—. Por lo que conforme al artículo 1.317 del Código Civil, «la modificación del régimen económico matrimonial, realizada durante el matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros», de manera que aún después de la disolución de la sociedad de gananciales, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes que, antes de aquélla, tenían naturaleza ganancial. Añadiendo, además, «sin que la normativa hipotecaria constituya obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la referida liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, cuando la demanda se dirigió contra el esposo deudor y a la esposa se le notificó la existencia del proceso y la práctica del embargo, a los efectos del artículo 144 del RH, como ocurrió en este supuesto litigioso». La sentencia trae a colación las Resoluciones que justificaron el que la mujer fuera notificada en vez de ser demandada (anteriores y posteriores a 1981), sin caer en la cuenta que dichas resoluciones se referían a situaciones vigentes de la sociedad ganancial y en el caso contemplado dicha sociedad estaba disuelta, por lo que los hipotecaristas no consideran aplicable lo que dice la sentencia al campo registral {*vide*, REY, BCRP, núm. 261, noviembre de 1989, pág. 254 y sigs. RIVAS, *ob. cit.*, pág. 186}.

Sin embargo, no sería aventurado afirmar que el criterio de la sentencia es válido en el ámbito del derecho sustantivo, cuando se conoce la naturaleza de la deuda, como ocurría en el caso concreto que enjuiciaba. («Si la propia sentencia proclama el carácter común de la deuda reclamada, la procedencia del embargo es indudable, siendo innecesarios los demás razonamientos», como dice RIVAS, *cit.*, pág. 186). Otra cosa resulta de los principios hipotecarios, artículos 20, 38.III de la LH y 140-1.^a del RH, que en el caso contemplado exigen la demanda al titular adjudicatario, sin que sea suficiente la mera notificación. (La aplicación que de tales preceptos hace la sentencia supondría excepcionarlos «cuando de personas antaño casadas en régimen de gananciales se tratara», REY PORTOLÉS, *cit.*, pág. 2254) (75).

El problema de demandar al esposo deudor y notificar al consorte se puso en cuestión con motivo de la enajenación forzosa de un bien ganancial en dos Resoluciones, prácticamente iguales, referentes a notas dictadas por el mismo funcionario calificador, son de 15 de julio de 1988 y 11 de mayo de 1989.

(75) El carácter germánico de la sociedad de gananciales, las dificultades para aceptar todas las consecuencias del principio de actuación conjunta de los esposos casados en el mencionado régimen económico matrimonial y, en fin, la disparidad de criterios que informan el derecho material y el formal hipotecario, quitan uniformidad a la jurisprudencia sobre la materia que tratamos, en la que presupuestos análogos reciben, según los ámbitos, soluciones diferentes.

En ambas la cuestión debatida es si se puede inscribir la escritura que documenta una enajenación judicial, otorgada por el Juez, de conformidad con el artículo 1.514 de la LEC, cuando la finca objeto de enajenación aparece en el Registro como presuntamente ganancial del demandado y de su mujer. La finca fue embargada en el juicio ejecutivo del que dimana la escritura, habiéndose notificado el embargo a la esposa del demandado ejecutado y el Juez otorga la escritura «en nombre y por rebeldía del demandado».

El Registrador suspendió la inscripción porque, según él, es necesario «el consentimiento voluntario o suplido de ambos consortes, siendo necesario, por tanto, que el señor Magistrado actué en representación de los dos y no sólo del esposo».

Se revoca la nota, en primer lugar, porque cuando el Juez actúa de oficio conforme al artículo 1.514 de la LEC, «no actúa propiamente en representación del dueño de la finca, sino en ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuyos resultados se imponen a los dueños, con, sin o contra su voluntad».

En cuanto a si se cumplen las exigencias del tracto, se resuelve que «trátándose del embargo de un bien ganancial por deuda que sólo se reclama al marido, si la esposa —como ocurre en el presente caso— fue debidamente notificada del embargo (cfr. arts. 1.373 del Código Civil y 144-1 del Reglamento Hipotecario), tuvo ya la oportunidad legalmente prevista para defenderse en relación con el embargo, ateniéndose en otro caso, a las consecuencias del mismo, las cuales, en el desenvolvimiento natural del procedimiento, conducen a la enajenación por un acto de autoridad, es decir, sin necesidad esencial de que los dueños presten en ese momento su consentimiento». Es decir, que con la simple notificación del embargo a la cotitular de la finca ejecutada, por deuda del marido, se considera trámite suficiente para que se le expropie su derecho (76).

RESOLUCIÓN DE 28-10-1987

En esta Resolución, una sociedad constructora, por medio de un juicio ejecutivo, persiguió la deuda dimanante de la construcción de un chalet contra

(76) «¿Por qué no se estima que esta misma notificación es también suficiente trámite defensivo, no ya de una cotitular ganancial, sino de una titular exclusiva que lo ha devenido en virtud de un negocio capitular que un precepto legal (art. 1.317) y la más alta jurisprudencia declaran inoperante frente a acreedores anteriores? ¿Es que ser cotitular implica una mayor vulnerabilidad (por mediación de una mera notificación de embargo) que ser titular único, con una titularidad que, además, debe dejar indemnes a aquellos acreedores frente a los que se opone?» (REY PORTOLÉS, cit., pág. 2246).

La incongruencia que ponen de relieve estos interrogantes resulta manifiesta. Sin embargo, la actitud de la DG en estas Resoluciones encontraría abrigo en la interpretación

la sociedad cooperativa que había encargado la obra y contra el socio cooperador adjudicatario del mismo. Llegada la ejecución de la sentencia, se notificó a la esposa la existencia del procedimiento y del embargo causado. La anotación fue denegada por el Registrador por estar inscrita la finca «a nombre de persona distinta de los demandados».

La deuda reclamada en este juicio ordinario mostraba indicios evidentes de ganancialidad. Pero por más vehementes que sean dichos signos, para el Registro únicamente se admite la declaración judicial de que es de tal naturaleza. En este sentido, esta Resolución vale por todas, atendido el caso que contempla. En consecuencia, la Resolución se mantiene en la misma línea que las anteriores, aunque sí pone mayor énfasis al expresar la exigencia de la declaración judicial.

Desde luego el pronunciamiento del Juez sobre ganancialidad no se produce, entre otras razones, porque en su momento no la persigue el acreedor. El juicio declarativo se dirigió sólo contra el marido, no contra ambos esposos, lo que habría permitido discernir y calificar la naturaleza de la deuda, pronunciamiento indispensable «a efectos del Registro». Sólo en trámites de ejecución de sentencia se notificó a la mujer el procedimiento y el embargo causado.

En el mandamiento se transcribe un otrosí de la parte actora en el que se invoca que se trata de una deuda común a ambos cónyuges, según se deduce de la demanda y de la sentencia, pero sin que aparezca que el Juez ordenante asumiera como propia tal aseveración (77).

En el FD3 se hacen un par de observaciones de dudosa concordancia con la realidad material o sustantiva. Se reitera que si bien es cierto que la actuación individual de un cónyuge puede comprometer el patrimonio ganancial (art. 1.365 del Código Civil), no lo es menos, que no existe ninguna presunción de que las deudas de un cónyuge sean, además, deudas de la sociedad. Que «la genérica condena de pago dictada contra un cónyuge, sólo podrá hacerse efectiva sobre sus propios bienes» (la condena de pago no parece tan genérica, pues según la descripción que se hace en el HI se reclamaba la cantidad que la Cooperativa y el cooperador debían al demandante, «en virtud de contrato de ejecución de obra celebrado por la Cooperativa para construir

del artículo 144.1 del RH que —contra la literalidad de la norma— hizo la conocida Resolución de 28-3-1983.

(77) Sin embargo, dicho Magistrado, en su informe en el recurso hacía constar que la deuda reclamada dimanaba de la construcción de un chalet que se inscribió a favor del demandado y de su esposa para la sociedad conyugal y rebatiendo al Registrador calificador, que invocaba la analogía del caso con el de la Resolución de 16-2-1987, razonaba que en el presente recurso «estamos ante una deuda común a ambos cónyuges, puesto que se deriva de la construcción de una vivienda inscrita para su sociedad conyugal, mientras que en el caso contemplado por aquélla, la deuda reclamada había sido contraída por el marido como avalista de unas letras de cambio, sin que hubiera constancia de que debían responder los bienes gananciales».

varios chalets viviendas... uno de los cuales se adjudicó al socio cooperativista», ejecutado), para que la ejecución se extienda también a los gananciales es preciso que la sentencia dictada en el procedimiento adecuado (art. 100 del RH) declare de forma indubitada su responsabilidad directa. E, insiste en el siguiente FD4, «del mandamiento presentado... no resulta si está fundado en sentencia que, en procedimiento adecuado y de forma patente, haya declarado la responsabilidad directa de los bienes comunes por la deuda que la motiva, por lo que al estar disuelta la sociedad al tiempo de la traba, no cabe practicar la anotación pretendida».

Por la apariencia de deuda común que la contemplada ofrece en el derecho material, la DG pone especial énfasis en este caso, sin duda más que en otros, en la indispensable necesidad de «procedimiento adecuado» y de sentencia que declare, «de forma indubitada», «de forma patente», la responsabilidad directa de los bienes comunes.

Posiblemente, debido al mismo perfil de la deuda, en vez de confirmar la nota denegatoria (como había hecho en los anteriores casos análogos y lo haría pocos días después en las Resoluciones que veremos a continuación), acuerda «la suspensión de la anotación ordenada en tanto no se acredite el adecuado pronunciamiento judicial antes indicado» (78).

RESOLUCIONES DE 6 Y 12-11-1987

Estas son dos resoluciones gemelas, con los mismos acreedor y deudor, aunque procedan de Registros distintos. Están referidas ambas a mandamientos ordenando anotación de embargo sobre fincas ya inscritas a nombre de la esposa del deudor.

La deuda derivaba de la aceptación por el esposo de ciertas letras de cambio y se encaminó su efectividad por el correspondiente juicio ejecutivo, del cual surgieron mandamientos para presentar en los Registros números 5 y 1 de Vigo. La analogía de los dos expedientes raya en la igualdad por lo que nos referiremos sólo al primero de ellos.

La esposa fue notificada del procedimiento «a los únicos efectos del artículo 144 del RH», según se dice en el Hecho I y según el FD1, «se dicta el mandamiento en juicio ejecutivo seguido contra el marido de la que aparece como titular registral —y también contra ésta, su esposa, pero a los únicos efectos de lo dispuesto en el art. 144 del RH— (79).

(78) SERNA extraña y subraya la diferencia de calificación, aquí de suspensión y en las demás resoluciones de denegación. *Diccionario de jurisprudencia registral*. Años 1964-1987, Civitas, Madrid, 1988, pág. 42.

(79) En esta diferente dicción se fijó algún autor por si se entendiera que, efectivamente, se seguía el juicio también contra la esposa, lo que podría dar lugar a discernir en

Ante una primera negativa a anotar el embargo, se volvió a presentar el mandamiento adicionado en el que se hacía constar como hechos ciertos lo que resultaba de las alegaciones formuladas por el Banco acreedor, que la deuda reclamada se contrajo y venció con anterioridad a la escritura de capitulaciones, por lo que los bienes debían responder de la deuda reclamada. Esta afirmación no había sido objeto de pronunciamiento por parte del Juez, se trataba de meros fundamentos de derecho del escrito del solicitante del mandamiento y que se incluyeron en éste. Por lo que el CD no la toma en consideración, «dado que la tramitación previa al embargo no es procedimiento adecuado al efecto».

La persecución por medio de juicio ejecutivo de un bien del matrimonio que colisiona con unas capitulaciones matrimoniales disolutorias, frustraba reiteradamente a los acreedores. Pero las quejas brotan no sólo de los interesados en la ejecución, sino incluso de la Magistratura interviniente en los procedimientos (80).

A todo ello contesta el Registrador —en la Resolución de 12-11-87— que si el Juez no admite la demanda contra la esposa por no ser firmante de la letra, así el Registrador no admite la anotación de embargo por deudas contraídas por el marido demandado, porque no es titular registral. Y con lúcido criterio añade que en su calificación «simplemente se afirma el imperio de los principios hipotecarios aplicables a las personas que acuden al Registro de la Propiedad buscando una protección, sin que ésta diluya los derechos de los terceros, por bien que no les sea propicia cuando no inician los cauces procesales oportunos».

el juicio la naturaleza de la deuda (*vide* REY PORTOLÉS, *ob. cit.*, pág. 968), sin embargo, al hacerse la notificación a los únicos efectos del artículo 144, demuestra que las dos formas de comunicación a la esposa hay que atribuirles el mismo significado de notificación.

(80) El recurrente se quejaba de que el criterio del Registrador posibilitaba que el acuerdo de los cónyuges dejara sin posible opción a sus acreedores que verían como, a despecho de las normas del Código Civil, sus deudores incumplen impunemente sus obligaciones.

Por su parte, el Presidente de la Audiencia Territorial afirma que después de la reforma de 1981, «pueden darse de hecho situaciones fraudulentas», pero que los acreedores tienen adecuada protección legal en el derecho sustantivo que se puede hacer valer en juicio ordinario con intervención del deudor.

REY PORTOLÉS, a su vez, se lamentaba de la resignación que se advierte «en todos los que opinan acerca de la imposibilidad de debatir en el seno del juicio ejecutivo la cuestión, que no me parece incidental, de la ganancialidad o privaticidad de la deuda perseguida, lo que a la larga conduce a esterilizar aquel proceso frente a cónyuges que —sin sanción penal, porque por vía declarativa siempre responden: art. 1401 del Código Civil— se apresuran a pactar un régimen de separación de bienes y a hacerlo oponible antes de que se trabé embargo» (trabajo cit., pág. 978).

RESOLUCIÓN DE 5-1-1988

Presenta pocas peculiaridades dentro de la serie que comentamos, si acaso una confusa invocación de un mandato que resulta no ser tal. Sigue estrictamente el esquema de las anteriores a la que aplica su conocida batería de argumentos.

La deuda procedía de un préstamo documentado como descuento financiero mediante una letra de cambio librada por el marido prestatario, se dice que «con el conocimiento expreso, constante en la propia letra, de su esposa». Se trató de hacer efectiva por medio de un juicio ejecutivo dirigido sólo contra el esposo deudor, si bien a petición de la entidad acreedora, se dio traslado de la demanda a su cónyuge, a los efectos del artículo 144 del RH. Al igual que en los casos anteriores no constaba en el mandamiento, ni se persiguió una declaración en tal sentido, que la deuda reclamada contra el marido fuera, además, deuda de la sociedad de gananciales.

En el **HI** se reseña una ambigua intervención de la esposa que acabó careciendo de toda trascendencia. Se indica —como señalamos antes— que la letra estaba librada por el prestatario con el conocimiento expreso, constante en la letra, de su esposa.

¿Qué significaba, «el conocimiento de la esposa»? ¿Podía ser consentimiento? No lo entendió así la Resolución, que en el **FD1-1.^a** constata que la letra llevaba sólo la firma del marido, que éste la había firmado por sí y también por su esposa, sin que se hubiera acreditado el poder a favor del marido. En definitiva, que no se demostró la intervención real y efectiva de la esposa en la creación de la deuda y consiguiente documentación. Además, si el acreedor tenía alguna pretensión de involucrar a la mujer como deudora, al lado de su marido, perdía toda opción al no dirigir luego la demanda también contra ella. Por lo cual, el caso se reconducía al supuesto general, resuelto también con el mismo esquema que todas las Resoluciones vistas hasta ahora.

RESOLUCIÓN DE 18-3-1988

Se inscribe también entre las que el recurso persigue la ganancialidad de la deuda que se ejecuta. Realmente no tenía otra opción atendido el tiempo transcurrido entre la fecha de disolución de la sociedad de gananciales por capitulaciones, el 18-5-1983 (inscritas el 2 de agosto siguiente) y la fecha en que se practicó el embargo, el 24 de noviembre de 1986, siendo notificado a la esposa el 15-1-1987.

La demanda ejecutiva se fundaba en una póliza de crédito inatendida a su vencimiento, que se dirigió «contra don Antonio... y contra la esposa de éste,

si fuere casado... a la que se interpela a los solos fines prevenidos en el artículo 144 del Reglamento para la aplicación de la LH.

La anotación se denegó por estar la finca inscrita a favor de la esposa del demandado con carácter privativo y no dirigirse la demanda contra ella, conforme al artículo 20 de la LH y 144 de su Reglamento.

El recurrente después de invocar, una vez más, argumentos de derecho sustantivo, acude a la jurisprudencia del TS, que niega reiteradamente la tercería de dominio a la mujer que reacciona frente a un embargo de bien ganancial por deuda de esa misma índole, por no considerarla «tercero ajeno a la deuda», por la misma razón tampoco deberían considerarla tercero (ajeno a la deuda) a efectos del tracto, o como dice el artículo 20.II, «persona distinta» de la afectada por el gravamen.

A pesar de la solidez argumental, el CD desoye estas razones jurisprudenciales, como había desatendido la invocación del derecho sustantivo. «Como no se presume hoy que las deudas contraídas sólo por el marido —o por la mujer— sean, además, deudas de la sociedad...», hay que estimar que es privativa, por lo que no es penetrable con la anotación de embargo el folio con la inscripción privativa a favor de la mujer. No lo permiten los artículos 20 y 38 de la LH y 140-1.^a de su Reglamento.

RESOLUCIÓN DE 29-5-1989

En un supuesto de hecho análogo a los anteriores, sigue puntualmente el dictado de las precedentes. Embargo por deuda del marido sobre finca inscrita con anterioridad, con carácter privativo, a nombre de la mujer por adjudicación en la disolución de la sociedad de gananciales. El Registrador deniega la anotación, lo que confirma el Presidente de la Audiencia.

Destaca, sin embargo, por lo escueto de la misma y la extraordinaria brevedad de sus fundamentos de derecho. Incluso en el «vistos» omite toda referencia a las Resoluciones que le sirven de pauta.

El resumen de la Resolución va comprendido en sus dos únicos fundamentos de derecho:

«Vistos los artículos 20 y 38.III de la Ley Hipotecaria y 140.1.^a y 144 del Reglamento Hipotecario.

1. Por el presente recurso se pretende que sobre las fincas que según el Registro fueron adjudicadas a la mujer casada, se practique la anotación de un embargo, acordado en juicio ejecutivo entablado sólo contra el marido. En el supuesto concurren las circunstancias siguientes:

1.^a La inscripción de la adjudicación por disolución y liquidación de la sociedad de gananciales fue practicada en 27 de noviembre de 1986.

2.^a El embargo fue acordado en 1987 (el mandamiento lleva fecha de 27 de junio de 1988) en juicio ejecutivo entablado sólo contra el marido.

2. Los principios de tracto sucesivo (cfr. art. 20 de la Ley Hipotecaria) y, en particular, lo dispuesto en los artículos 38.III de la Ley Hipotecaria y 140.1.^a del Reglamento Hipotecario, impiden que pueda hacerse constar en el Registro ninguna restricción del dominio inscrito acordada en procedimiento en que no es parte el titular registral.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado».

Como se ve, el acuerdo parece fundarse únicamente en el principio de tracto registral, sin consideración alguna a importantes matizaciones que a dicho principio habían hecho Resoluciones anteriores.

Por una parte, comparando fechas: la del embargo en relación a la de las capitulaciones liquidatorias y, después, con referencia a la indicación de éstas en el RC. Tampoco hay alusión a la posibilidad de que la deuda perseguida fuera ganancial. Sin embargo, a lo largo del expediente, sí salen a relucir estos extremos silenciados en los breves fundamentos.

La nota denegatoria se basa en la falta de tracto: «por aparecer inscritas —las fincas— con carácter privativo a nombre de tercera persona, o sea, la esposa del demandado doña A.A.P., que las adquirió por adjudicación que se le hizo en escritura... sin que del mandamiento resulte ser deudora ni demandada en el procedimiento ejecutivo de embargo, seguido exclusivamente contra don R.C.A., cuyo defecto impide tomar anotación de suspensión».

La entidad recurrente contestaba, respecto a la infracción del tracto, que a la esposa del demandado se le había dado conocimiento de la existencia del procedimiento ejecutivo y del embargo practicado, en base a lo establecido en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario (y jurisprudencia subsiguiente). Y añadía que la deuda perseguida era ganancial por haberse contraído antes del otorgamiento de las capitulaciones liquidatorias (una vez más el argumento simple de que la deuda se contrajo vigente la sociedad).

El Registrador en su documentado informe, contestando las alegaciones del recurso, saca a relucir y aplica los nuevos criterios recientemente establecidos por la jurisprudencia registral.

Por cotejo de fechas comprueba que el embargo había sido posterior a la inscripción de la escritura liquidatoria en el Registro de la Propiedad (81).

Por otra parte, en relación a la naturaleza de la deuda, defiende su nota no sólo diciendo que la titular registral no era «deudora ni demandada en el

(81) Más adelante veremos que a pesar de la eficacia general de la publicidad que el RC dispensa a las capitulaciones que se indican en el mismo, ello es sin perjuicio de la eficacia específica de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la finca que es objeto de ejecución.

procedimiento ejecutivo», sino que añade que «en el caso objeto del presente recurso se debe presumir que la deuda es de esta última clase —de las privativas contempladas en el art. 1.373 del Código Civil— al no expresar nada el mandamiento a este respecto».

En resumen, no se daban ninguna de las dos circunstancias que hubieran podido franquear el acceso de la anotación del embargo al Registro (el carácter ganancial de la deuda o la traba anterior a la oponibilidad de las capitulaciones).

De estas dos circunstancias ya hemos indicado que la comprobación de fechas no ofrece dificultad alguna, no ocurre así con la otra alternativa. El criterio firme del CD que de las deudas contraídas por un cónyuge no se presume que lo sean de la sociedad, a menos que se declare judicialmente que son comunes, no ha conseguido hasta la fecha que se pronuncie ni un solo fallo judicial en tal sentido, dentro del supuesto considerado normal, que es el juicio ejecutivo (se ha dicho por la DG, por los Registradores y por los Jueces que en dicho juicio no es posible obtener tal declaración) (82).

(82) El problema de hacer posible dentro de los trámites del juicio ejecutivo una declaración del Juez, calificadora de la naturaleza de la deuda de un cónyuge, teóricamente cabría acometerlo desde una modificación de la Ley —sería confiarlo, según experiencia, *ad calendas graecas*— o, mejor, postular una interpretación de la norma vigente, adecuada a lo que demanda la realidad, que diera satisfacción a los principios del derecho registral y a una razonable coordinación del mismo con el sustantivo y el procesal.

Con referencia a este quehacer interpretativo, quiero traer a colación las preocupaciones de JUAN REY PORTOLÉS, jurista magnífico, fallecido prematuramente, cuando cabía esperar que añadiera incontables frutos a su ya dilatada labor en el campo del Derecho civil y del hipotecario.

Desde su ejercicio profesional, con el que honraba al Cuerpo de Registradores de la Propiedad, tuvo que enfrentarse —igual que sus coetáneos— con el problema, nacido de la reforma de 1981, del embargo de bienes gananciales («materia tan conflictivamente frecuente en nuestras oficinas», según sus palabras), y sobre todo, *ex-gananciales* (le corresponde la acuñación del vocablo), sobresaliendo entre los comentaristas y críticos de la naciente jurisprudencia registral sobre la materia. (Expuso sus primeros razonamientos en una modesta y práctica revista de los Registradores de la Comunidad Valenciana, que luego fueron reproducidos por el *BCRP*).

Las frecuentes referencias a los trabajos de JUAN REY y, en esta materia, la transcripción íntegra de algunas de sus partes, quiere ser un homenaje a su memoria.

Advirtió pronto el gran problema que crea la indefinición de la deuda de un cónyuge y la necesidad de calificarla en el proceso de ejecución, dedicándose con interés a investigar las posibilidades que, en tal sentido, pudiera ofrecer el juicio ejecutivo, que es del que emanan casi todos los mandamientos de embargo.

Razonaba de la siguiente forma: 1.^a) El juicio ejecutivo no deja de ser un procedimiento como otro cualquiera que se inicia con una demanda similar a la ordinaria (art. 1.439 de la LEC) en la que el actor, sin perjuicio de acompañar el título ejecutivo, puede alegar lo que desee acerca del débito (persona del deudor, cuantía, liquidez, etc.), pero también acerca de la responsabilidad en el caso de que ésta alcance a persona distinta del suscriptor del título por razones jurídico-materiales (cónyuge adjudicatario, padres responsables por ilícito civil cometido por hijo menor y contra los que se procediera en virtud de auto

Esta ineptitud del juicio ejecutivo, unánimemente reconocida, para verificar la naturaleza de la deuda de un cónyuge, parece superarse en las normas de ejecución laboral (LPL-RDL 521/1990, de 27 de abril) dotadas de gran

ejecutivo derivado de la Ley del Automóvil, heredero sin beneficio de inventario que se vea demandado ejecutivamente por deuda contraída por su causante, etc.). 2.^a) Aunque la ley rituarial sólo ha previsto (por ser lo más frecuente en la época de su redacción en que la mujer casada era un *alieni iuris*) oposición del deudor, bien a su condición de tal (reconocimiento de firma) antes de despachar la ejecución, bien a la inexistencia de determinados supuestos de forma y fondo, una vez despachada aquélla (arts. 1.464 a 1.467 de la LEC), ello no excluye el que también pueda suscitarse debate —en pieza separada o no, eso es *secundario*— con otra persona demandada como responsable. Obsérvese que el artículo 1.464, *in fine*, de la LEC, se limita a reservar para el juicio ordinario ulterior las excepciones distintas a las allí previstas que competan al DEUDOR, no a las que competan al RESPONSABLE, que es un sujeto en el que el legislador decimonónico no ha pensado. 3.^a) El que el artículo 1.480 de la Ley adjetiva prevea, con sana intención de celeridad, que «en los juicios ejecutivos no se admitirán otros incidentes que los que nazcan de las cuestiones de competencia o de acumulación a un juicio universal», no sería obstáculo para la viabilidad de un debate con el responsable, porque el mismo, suscitado (incluso *ad cautelam* y *ab origine*) por el propio actor, sería un tema de fondo. Es la misma pretensión inicial que se dirige en dos direcciones —y contra dos sujetos distintos— una, orientada a imponer el débito, y otra, a obviar obstáculos a su efectividad o responsabilidad.

Ante la resignación, compartida por la DG y por todos los funcionarios intervinientes en los recursos acerca de la imposibilidad de comprobar la naturaleza de la deuda en el juicio ejecutivo, las ideas que se apuntan van encaminadas a superar la rigidez con que se interpreta la regulación del juicio ejecutivo, empezando por conferir mayor beligerancia a la notificación al cónyuge no deudor que, si es obligada, debería tener mayor trascendencia o eficacia, posibilitando, de alguna forma, su audiencia, lo que permitiría concluir, en la mayoría de los casos, acerca del carácter de la deuda en vías de ejecución.

Es evidente que si el juicio es declarativo y en la demanda se postula la calificación de la deuda, ésta deberá establecerse en la sentencia y si se llega a la ejecución forzosa, tal calificación deberá constar en el mandamiento que expida el Juez, lo que le libraría de obstáculos para anotarlo, en su caso, sobre bienes procedentes de la liquidación de ganancias en poder del cónyuge del deudor (cfr. art. 1.401).

Pero en el caso del juicio ejecutivo se deberían fortalecer los efectos de la notificación de la demanda al cónyuge no deudor en el sentido de dirigirla también contra él, a los fines del artículo 144 del RH, pero dándole traslado de la misma, mediante entrega de la correspondiente copia. «Piénsese que la notificación del embargo al esposo del deudor nunca ha venido hasta la fecha por la legislación procesal, sino que ha sido un invento» (sic): primero de la legislación hipotecaria (Decreto de 17-3-1959), según la que el artículo 144 del RH exigió dirigir la demanda contra el cotitular ganancial, a fin de salvaguardar el tracto registral en el momento de la enajenación forzosa, por cuanto el esposo que debía prestar el consentimiento alienatorio, introducido por reforma del Código Civil en Ley de 24-4-1958, no resultara expropiado sin su audiencia, y en segundo lugar, la notificación se estableció por «la legislación sustantiva (el nuevo art. 1.373.I del Código Civil, que persigue justamente dejar indemne el derecho del cotitular ganancial por razón de deudas privativas de su consorte)».

Pues bien, «en ambos expedientes la jurisprudencia o la propia dicción del Código han considerado suficiente que se le entere de la situación embargaticia al esposo no deudor (sin que sea necesario constituirlo en genuina parte procesal), para que se produzca el efecto subsiguiente, a saber, anotación preventiva del embargo en el supuesto del

flexibilidad, permisiva de intervenciones y actos procesales favorecedores de la mayor eficacia de la ejecución *iyide* nota al pie de esta página). A la vista de lo cual cabe poner de relieve la anomalía que comporta que en nuestro ordenamiento legislativo puedan convivir dos procedimientos de ejecución, el

artículo 144.I (antiguo) del RH o traba inmediata del bien ganancial por deuda privativa en el del artículo 1.373.I del Código»; más aún, en este último caso, con la importante consecuencia de que el notificado pueda exigir la sustitución de la traba del bien común «por la parte que ostente el cónyuge deudor en la sociedad conyugal», provocando la disolución de aquella.

Lo expuesto se complementaría admitiendo que el actor pudiese provocar una actuación encaminada a aclarar la naturaleza de la deuda, permitiéndole una manifestación de ganancialidad en la demanda que, trasladada al no deudor en la forma que acabamos de indicar, si no se contradecía en un plazo breve (por ejemplo, cinco días, por analogía con lo que dispone el artículo 1.416 de la LEC), el silencio del no deudor cabría interpretarlo como aceptación tácita, lo cual asumido por el Juez y constatándolo en el mandamiento, permitiría su anotación en los términos que resultan del artículo 1.401 del Código Civil, en aquellos supuestos de que el bien embargado figurase inscrito a nombre del esposo no deudor a consecuencia de una liquidación de la sociedad de gananciales.

En el caso de que el consorte del demandado se opusiera, ello daría lugar a una cognición previa limitada exclusivamente a resolver si y en qué medida el no deudor, titular registral, es responsable; cognición que podría seguirse por los trámites de los incidentes.

Declarada así la naturaleza de la deuda, la sentencia incidental unida al mandamiento expedido —o reiterando el embargo y su notificación a la luz de la nueva situación— debería franquearle la anotación sobre bienes procedentes de la liquidación de gananciales inscritos a favor del no deudor.

Con motivo de la publicación del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (RDL 521/1990, de 27 de abril), JUAN REY, en línea con su preocupación de posibilitar la calificación de la deuda dentro del juicio ejecutivo, creyó ver confirmadas, en aquel nuevo texto, algunas de las sugerencias que había apuntado en las reflexiones anteriores y le dedicó unas breves acotaciones, que empezaban refiriéndose a los artículos 237 y 235 de la citada norma:

Artículo 237: «Quienes sin figurar como acreedores o deudores en el título ejecutivo o sin haber sido declarados sucesores de unos u otros, aleguen un derecho o interés legítimo y personal que pudiera resultar afectado por la ejecución que se trate de llevar a cabo, tendrán derecho a intervenir en condiciones de igualdad con las partes en los actos que les afecten».

Artículo 235: «Las cuestiones incidentales que se promuevan en ejecución se sustanciarán citando de comparecencia, en plazo de cinco días, a las partes, QUE PODRAN ALEGAR Y PROBAR cuanto a su derecho convenga, concluyendo por auto que habrá de dictarse en el plazo de tres días».

No cabe duda de que entre quienes sin figurar como acreedores o deudores en el título ejecutivo, cuyos intereses puedan resultar afectados, se encuentra el cónyuge del ejecutado (casado en régimen de gananciales), el cual tiene derecho a intervenir en la ejecución por la vía incidental.

El incidente tendría como objetivo el proclamar frente al **atributario** del bien de ganancialidad contrastada de la deuda perseguida, y sería útil cuando el proceso declarativo previo se haya enfocado sólo contra el deudor (normalmente empleador) y la traba ejecutiva posterior no haya logrado practicarse antes de la oponibilidad registral (por indicación en el RC o, en su caso, inscripción en el inmobiliario) del nuevo régimen económico matrimonial del adjudicatario perseguido».

laboral, moderno, calificado como meritorio e innovador (83) y el antiguo y escasa y deficientemente regulado de ejecución civil (84).

RESOLUCIONES DE 3 Y 4-6-1991 Y DE 25-1-1993

La vitalidad de este tema —que continúa irresuelto— ha generado todavía en tiempos relativamente recientes, algunas resoluciones como las tres que se indican, dictadas todas con motivo de embargos trabados en apremios seguidos por la Tesorería de la Seguridad Social, por impago de cuotas a la misma. Son prácticamente iguales, por lo que cualquier comentario resulta ser común a todas. Otra Resolución de 18 de julio de 1991 no está promovida, como las anteriores, por la Seguridad Social, sino por una Caja de Ahorros con motivo de ejecución, consecuencia de tres cambiales impagadas. La fecha del embargo «es muy posterior a la indicación de las capitulaciones matrimoniales en el Registro Civil e inscripción de las mismas en el Registro de la Propiedad». El FD1 considera el supuesto similar al que motivaron las Resoluciones de 3 y 4 de junio de 1991, por lo que aplica idéntico criterio que en aquéllas.

En todos los casos los trámites significativos: la diligencia de embargo, la notificación a la esposa y la presentación del mandamiento en el Registro son posteriores a la disolución de la sociedad y a la inscripción en el Registro de la subsiguiente adjudicación de bienes. Además, en dos de ellos, las capitulaciones estaban indicadas en el Registro Civil.

La Tesorería de la Seguridad Social no considera viable otro camino que sostener la ganancialidad de la deuda, por lo que razonaba que se había producido antes de la fecha de las capitulaciones que, por imperativo de los artículos 1.362-4 y 1.365-2 del Código Civil, responden directamente los bienes gananciales y que conforme al artículo 1.317, no perjudican a los acreedores la modificación del régimen económico vigente el matrimonio.

La admisión de incidentes en la ejecución laboral y la posibilidad en ella de intervención (no necesariamente adhesiva) de terceros, a su juicio «proyecta una nueva atmósfera más permisiva sobre lo que cabe hacer en trance similar de pugna, ganancialidad *versus* atribuido consorcial en el procedimiento ejecutivo civil». Incluso da por supuesta una nueva «reinterpretación que de la ejecución se va a hacer desde el nuevo régimen ejecutor de las sentencias sociales» {Lunes 4.30, núm. 61, primera quincena de septiembre de 1990}.

(83) Vide OCAÑA RODRÍGUEZ, *Deudas y sociedad de gananciales*, Madrid, 1992.

(84) PRIETO CASTRO, cit., *RALJ*, Anales, núm. 16, pág. 143; CACHÓN, *El embargo*, Barcelona, 1991, pág. 17, con referencia al embargo; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIFA, VALLS, *El juicio ejecutivo*, Madrid, 1997, pág. 17, que, en definitiva, confieren distintas posibilidades a quienes tengan que promover el uno o el otro, lo cual resulta poco acorde con el principio de igualdad ante la Ley.

La Resolución, como todas las anteriores, ignora las invocaciones al derecho sustantivo y, a efectos del Registro, considera privativas las deudas, lo que permite el embargo de bienes gananciales en los términos que resultan del artículo 1.373, mientras esté vigente la sociedad, no una vez disuelta (en esta última situación sólo cabe perseguir la parte que haya correspondido al deudor), bien por la disolución frente a terceros de buena fe sólo se produce por su constancia en el Registro Civil, artículo 77-2.º LEC, o en el de la Propiedad (cfr. Resolución de 25-3-1988).

De aquí que dichos terceros no puedan invocar el artículo 1.317 en contra de lo que resulta del artículo 1.373, una vez disuelta la sociedad (ha dejado de repetirse la manida frase de que «los acreedores privativos del marido no tienen derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos»). Lo único que pueden hacer en tal caso los acreedores privativos del marido es impugnar, si procede, la partición. Reiterando lo que dice la Resolución de 25-3-1988, añade: «El Registrador habrá de dar efectividad frente a cualquiera de los cónyuges, al embargo obtenido por un tercero en el ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 1.373 del Código Civil, en tanto no le conste que en el momento de practicarse el embargo y notificarse al cónyuge del deudor, se había producido con eficacia frente a terceros de buena fe el cambio de régimen de gananciales, pero no cuando así no sucede, como en el caso de este expediente en donde la inscripción en el Registro de la Propiedad de las capitulaciones matrimoniales... es muy anterior... al embargo y a la notificación a la esposa».

En la Resolución de 25-1-1993 se traen a colación los mismos argumentos materiales que se han invocado en las anteriores para sostener la responsabilidad directa de los bienes gananciales, por lo que entiende que la normativa hipotecaria no puede ser obstáculo a la persecución de los bienes objeto del embargo, que tales bienes eran los gananciales adjudicados a la mujer al disolverse la sociedad. La DG, abreviando notablemente los FD en esta última Resolución, contesta que «no hay duda de que la corresponsabilidad de la mujer por las deudas de la sociedad no termina con la disolución de la sociedad, y de que siempre responderá de estas deudas, cuando menos, con los bienes que le hayan sido adjudicados; e incluso si no hubiera formulado debidamente en tiempo oportuno el inventario, responderá, además, con sus propios bienes. «Pero esta realidad sustantiva no puede ser apreciada en este recurso». Ahora sólo se puede enjuiciar la documentación presentada para la calificación, y en ella consta que el embargo fue decretado en actuaciones seguidas contra el marido, cuando por estar ya disuelta la sociedad, no puede ostentar ningún poder unilateral de gestión y defensa de los bienes que anteriormente eran gananciales pero que, a la sazón, pertenecían ya a la mujer. El embargo de bienes que son ya de la mujer sólo es posible en actuaciones en que la mujer sea directamente parte».

A esta Resolución, que parece culminar una trayectoria dentro de las de su especie, hay que señalarle como mérito, su brevedad, el no reiterar demasiados conceptos de las anteriores y la claridad con que invita a no alegar el derecho sustantivo frente a los principios hipotecarios.

Si hemos expuesto con reiteración los intentos de ejecutar sobre bienes que han sido gananciales deudas que, sustantivamente, son a cargo de dichos bienes, pero que se estrellan ante el burladero del Registro de la Propiedad al que se han acogido algunos de tales bienes, adjudicados al cónyuge no deudor, en capitulaciones matrimoniales disolviendo la sociedad conyugal, es para poner de relieve, también con insistencia, la necesidad de que dentro del desenvolvimiento normal del juicio ejecutivo pueda calificarse la deuda que es objeto de ejecución, para evitar que los principios hipotecarios que con celo y competencia aplica la jurisprudencia registral, frustren en definitiva la satisfacción del interés del acreedor (85).

Para completar el conjunto de resoluciones referentes al embargo de gananciales debemos mencionar, finalmente, las de:

18 DE JULIO DE 1991 Y 4 DE OCTUBRE DE 1993

En las dos el embargo es muy posterior a la fecha de las capitulaciones por las que se liquida la sociedad de gananciales, hallándose inscritas las correspondientes adjudicaciones en el Registro de la Propiedad.

Se pretende anotar el embargo sobre el bien inscrito a nombre del cónyuge del deudor, habiendo demandado a éste y notificado a aquél. La anotación se deniega por las razones hasta aquí expuestas.

En la Resolución de 18-7-1991, a mayor abundamiento, la fecha del embargo era «muy posterior a la indicación de las capitulaciones en el RC e inscripción de las mismas en el Registro de la Propiedad».

(85) La Resolución de 25-3-88 había establecido que la fecha de las capitulaciones que modifican el régimen económico del matrimonio no producen efecto respecto de terceros, sino desde su publicación en el RC (art. 77-2.º LRC) o en el de la Propiedad. De las que contemplamos todas están inscritas en el Registro de la Propiedad, dos de ellas (la 1.ª y la de 25-1-1993) figuran además indicadas en el RC. Es de tener en cuenta que el fundamento que consta en las notas denegatorias y el de su confirmación por la DG, se basa en la comparación de la fecha del embargo —que es posterior— con la de la inscripción de la finca adjudicada al cónyuge no deudor en virtud de las capitulaciones, sin referencia a la fecha de la indicación en el RC, a la que la Resolución de 25-3-1988 daba carácter de publicidad general de la modificación del régimen económico. Cabe suponer que el acudir primariamente a la publicidad que proporciona el RP sea debido a que la información que proporciona ésta es más accesible, dada la competencia territorial para la inscripción de inmuebles (cfr. art. 2 del RH), que la que puede ofrecer el RC, cuya organización territorial resulta poco acorde con la eficacia que trató de atribuirle la repetida Resolución de 25-3-1988).

En la de 4-10-1993, la anotación se deniega también por resultar muy tardío el embargo respecto a la disolución de la comunidad ganancial (se invoca sólo el art. 140-1.^a). Sin embargo, se da la circunstancia, que pone de relieve la Resolución, de que «no consta tampoco si de las capitulaciones se hizo indicación en el RC, circunstancia que ninguno ha tenido en cuenta».

Por lo que el CD resuelve al margen de los preceptos relativos a las consecuencias de aquella falta de indicación.

Aún trastocando el orden cronológico de las resoluciones, vamos a referirnos a la de 18-9-1987, porque se halla próxima al punto de inflexión de la jurisprudencia que pasa de desoír las razones de los recurrentes que invocan —sin prueba **determinante**— el carácter común de la deuda perseguida a investigar y cotejar las fechas de la traba en relación a la de las capitulaciones liquidatorias como criterio para favorecer al acreedor.

Según el relato de HECHOS:

1.º En juicio ejecutivo 710/1983, promovido por la Caja de Ahorros de... ante el **JPI**... contra don..., casado con doña... y contra otros, sobre la reclamación de la cantidad de... se embargó, para garantizar las responsabilidades aludidas, una finca sita en... inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de los citados cónyuges, habiéndose notificado a la esposa del demandado la existencia del procedimiento y del embargo trabado con fecha 11 de noviembre de 1983.

Con fecha 18 de enero de 1986 se libró el correspondiente mandamiento para anotar el embargo en el Registro de la Propiedad.

Con anterioridad, el día 17 de abril de 1985, los citados cónyuges, ante el Notario don..., otorgaron escritura de modificación del régimen matrimonial de bienes liquidando la sociedad de gananciales y acordando la separación de los bienes, y en la misma se adjudicó a la esposa la vivienda descrita en el mandamiento de embargo. Dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad y causó inscripción el día 7 de junio de 1985.

2.º Presentado el citado mandamiento judicial el día 5 de abril de 1986 en el citado Registro... fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la anotación preventiva que se ordena en el precedente mandamiento, por aparecer la finca inscrita a favor de persona distinta del demandado».

Los trámites relevantes del juicio ejecutivo habían ocurrido antes del otorgamiento e inscripción de la escritura de disolución de gananciales; pero con dos particularidades que llevan a la solución contraria a la que se adoptaría seis días después (el 24-9-87. Es evidente la coetaneidad en la elaboración de las dos resoluciones).

Por una parte, el mandamiento de embargo objeto de calificación, en el que no constaba la fecha de la traba, fue expedido después del otorgamiento e inscripción de la escritura capitular. Ello indujo al Registrador a considerar que el embargo, a su vez, era también posterior a la liquidación de la sociedad

ganancial. Pero en el informe del Juez que intervenía en el procedimiento se hace constar que la fecha de la traba, se había producido antes de las capitulaciones y de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Ante tal situación la DG mantiene la nota denegatoria del Registrador. El FD1 recuerda, una vez más, que «no consta del mandamiento que la deuda reclamada contra uno de los cónyuges sea, además, deuda de la sociedad de gananciales», que por deudas privativas de un cónyuge sólo es posible el embargo de bienes gananciales concretos, en cuanto comunes de los dos cónyuges, si cuando el embargo fue acordado estaba todavía en vigor la sociedad de gananciales. Apunta ya el nuevo criterio jurisprudencial que se avecina —cotejo de fechas entre la traba y la disolución de la comunidad ganancial— que se aplicará en la inmediata Resolución del día 24 siguiente, como veremos. Pero aquí prevaleció el reparo de que en el momento de extenderse la nota no se había tenido a la vista el documento en el que constaba la fecha de embargo y según el artículo 117 del RH en la resolución no se pueden tener en cuenta documentos no presentados en tiempo y forma «para ser objeto de la calificación que ahora se discute». Por lo que se mantuvo la nota denegatoria.

Examinadas las Resoluciones promovidas por quienes pretendían que las deudas perseguidas eran de carácter ganancial, en busca de la protección que dispensan los artículos 1.317 y 1.401 del Código Civil, vamos a ver ahora otra posible línea de defensa que resulta de la comparación entre las fechas del embargo y la de las capitulaciones que liquidan la sociedad de gananciales (86).

Hay que resaltar que este sistema de defensa no debe su origen a la iniciativa de los acreedores burlados, por unas capitulaciones que sustituyen el régimen de sociedad de gananciales por el de separación de bienes, adjudicando los de más relieve económico al cónyuge no deudor en calidad de privativos, sino que ha sido la DG quien ha sacado a relucir la fecha del embargo —dato extrarregistral— para cotejarla con la de la escritura capitular, con lo que se viene a compensar en alguna medida los perniciosos efectos de la continuada negativa a considerar ganancial la deuda de un cónyuge (en contra de lo que han argüido reiteradamente los recurrentes, posiblemente guiados por un subconsciente deseo de acogerse a los beneficios del derecho material).

El CD ha buscado remedios extramuros del ámbito registral (con descontento de algunos hipotecaristas) para suavizar las consecuencias de su doctrina de que, a efectos del Registro, «no se presume que las deudas de un

(86) Las resoluciones que han mantenido uno u otro criterio se han alternado en el tiempo, sin embargo nos ha parecido conveniente examinarlas en dos grupos separados, aún a costa del orden cronológico.

cónyuge lo sean, además, de la sociedad», que priva al acreedor del eficaz beneficio que establece el artículo 1.401 del Código Civil.

RESOLUCIÓN DE 24-9-1987

En ella aparece la contienda entre fechas de embargo y de capitulaciones modificativas del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de bienes. Es la primera vez que la prioridad del embargo respecto a la fecha de las capitulaciones juega un papel determinante de la decisión que se adopta.

Esta Resolución, en principio, se podría o debería examinar dentro del grupo anterior, porque en el recurso también se sostenía la ganancialidad de la deuda, puesto que cuando se presenta en el Registro el mandamiento para anotar el embargo, por deuda del marido, se halla ya inscrita la finca a nombre de la esposa, con carácter privativo, por adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales.

El relato de los hechos se puede resumir de la siguiente forma:

- El origen de la obligación que se ejecuta se contrae a una póliza de crédito, suscrita por un extraño y avalada por el marido contra el que se dirigió la demanda ejecutiva.
- El 22-9-83 la esposa del deudor fue notificada de la existencia del procedimiento y de «que había sido embargada una finca urbana, sita en Las Palmas, en la Urbanización B., inscrita a favor de ambos esposos, sin atribución de cuotas y para la sociedad de gananciales» (H. I, 2).
- El 14-3-85 se libró mandamiento para anotar el embargo en el Registro de la Propiedad, haciéndose constar en el mismo lo expresado anteriormente.
- El 16-4-85 los cónyuges otorgaron escritura de modificación del régimen matrimonial de bienes, acordando la separación de los mismos y liquidando la sociedad de gananciales, la cual fue presentada en el Registro de la Propiedad el 17-5-85.
- El 21-8-85 fue presentado el mandamiento en el Registro, siendo denegada su anotación «por aparecer la finca inscrita a nombre de doña P.C.S., persona distinta del demandado».

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador.

El recurrente invoca la irretroactividad de las capitulaciones conforme al artículo 1.317 (87), sin embargo, la DG, al margen de lo alegado por el

(87) El Magistrado interviniente en su informe hace hincapié en que en el momento de producirse la traba de los bienes embargados y de su notificación a la esposa del

acreedor, discurre por otro camino, una posible solución favorable a dicho recurrente. No es que vuelva de su impenitente postura de considerar, «a efectos del Registro», que la deuda de un cónyuge ha de estimarse privativa; pero respecto de éstas resulta clave la aplicación del artículo 1.373 en relación con las fechas del embargo y de las capitulaciones disolutorias de la comunidad ganancial.

Atendida la importancia de esta Resolución, veamos puntualmente sus FD:

1. El Registrador deniega la anotación preventiva ordenada en el mandamiento de embargo porque la finca a que se refiere consta inscrita en favor de una persona distinta del demandado. En el embargo concurren las circunstancias siguientes: 1.º) No consta en el mandamiento que la deuda reclamada contra uno de los cónyuges sea, además, deuda de la sociedad de gananciales. 2.º) La finca a que se refiere el mandamiento de embargo consta inscrita como privativa de la mujer del demandado, por haber sido adquirida en virtud de adjudicación consiguiente a la disolución de la sociedad de gananciales. 3.º) El mandamiento de embargo fue expedido el 14 de marzo de 1985. La escritura de disolución de la sociedad de gananciales, en la que se adjudica la finca a la mujer, es del siguiente 16 de abril, con entrada en el Registro en 17 de mayo. El mandamiento de embargo se presenta en el Registro el 21 de agosto siguiente.

2. No se presume que las deudas de un cónyuge sean, además, deudas de la sociedad de gananciales. Esta conclusión es la más conforme con el principio de que las deudas de una persona no afectan a otra de acuerdo con el principio general de libertad y con las reglas de la responsabilidad (cfr. arts. 1.911 y 1.827 del Código Civil). Es, también, el más conforme con la regla imperante hoy para la sociedad de gananciales, conforme a la cual la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a ambos cónyuges (cfr. art. 1.375 del Código Civil). Y es la conclusión exigida por el criterio legal sobre presunciones: no hay presunción legal si la Ley no la establece (cfr. arts. 1.250 y 1.251 del Código Civil).

Por tanto, a efectos del Registro ha de estimarse que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado en tanto no conste debidamente en el mandamiento que el embargo ha recaído en actuaciones que tienen por objeto la reclamación de una deuda que es, además, deuda de la sociedad.

3. En el presente supuesto, cuando se decreta judicialmente el embargo de un bien ganancial concreto por deuda del marido, el embargo era posible

demandado, el régimen económico matrimonial era el de gananciales y, como consecuencia de ello, entiende que de tales obligaciones ha de responder al patrimonio de la sociedad conyugal, con independencia de que los bienes sometidos a la garantía estén inscritos a nombre del demandado o de la mujer.

conforme al artículo 1.373 del Código Civil, porque entonces estaba en vigor la sociedad de gananciales. Ciertamente, y según este mismo precepto, el que el embargo persista sobre bienes concretos o pase a recaer sobre la parte que al cónyuge deudor (el marido) corresponde en la sociedad es algo que va a depender de la voluntad del otro cónyuge (en este supuesto, la mujer).

Pero el modo de liberar del embargo a los bienes gananciales concretos no consiste en ponerse de acuerdo los cónyuges para precipitar la disolución de la sociedad, sino en dirigirse al Juez que ordenó el embargo pidiendo que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad, y mientras el Juez no ordene la sustitución seguirán, para los cónyuges, trabados aquellos bienes concretos.

4. Tampoco han podido poner fin al embargo la adjudicación del bien embargado al cónyuge no deudor otorgada en la escritura de disolución de la sociedad de gananciales, puesto que conforme al artículo 405 del Código Civil, aplicable a todo tipo de comunidades (cfr. art. 392.II del Código Civil), el embargo, como, en general, los derechos reales o personales de un tercero sobre las cosas comunes, conservará su fuerza no obstante la división, sin que el cónyuge del demandado pueda invocar ignorancia, puesto que consta que tenía conocimiento de que estaba entablado juicio ejecutivo contra su marido.

5. Resuelto el problema sustantivo queda por resolver el problema registral, es decir, si la inscripción del bien en favor de la mujer del deudor es obstáculo formal, conforme a los artículos 20 y 38.III de la Ley Hipotecaria y 140.1 del Reglamento Hipotecario que impide, en este caso, la anotación del embargo. Como se desprende de la inscripción, la mujer es propietaria del bien en virtud de adjudicación en la partición de los gananciales. Así pues, el Registro proclama un derecho y una titularidad perfectamente compatibles, en cuanto al tracto, con el embargo acordado por la Autoridad judicial en un momento en que la mujer, en cuanto cotitular o condueña, había de soportarlo si bien para que la anotación pueda practicarse es necesario que respecto de ella se cumpla con la garantía procedimental que la legislación establece: que la esposa haya sido notificada no genéricamente de que existe un juicio ejecutivo contra su marido (88), sino que por la autoridad judicial se ha acordado trabar por el embargo precisamente el bien ganancial respecto del que se ordena la anotación. Pero el cumplimiento de esta garantía no ha sido todavía objeto de calificación.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado en cuanto revoca el defecto invocado por el Registrador (recordémoslo: por estar la «finca inscrita en favor de una persona distinta al demandado»).

(88) Según se relata en el HI, a la esposa del deudor se le notificó «que había sido embargada una finca urbana, sita en Las Palmas en la Urbanización B., inscrita a favor de ambos esposos, sin atribución de cuotas y para la sociedad de gananciales», parece que había determinación o identificación suficiente de la finca embargada.

Subrayemos que todos los trámites relevantes del juicio ejecutivo: el auto despachando la ejecución, el embargo, la notificación a la esposa y la expedición del mandamiento ordenando la anotación, se realizaron antes del otorgamiento e inscripción de las capitulaciones liquidatorias, con la única excepción de la presentación del mandamiento en el Registro, que se verificó más tarde.

De entre tales premisas, la que se consideró clave fue el hecho de que «cuando se decreta judicialmente el embargo de un bien ganancial concreto por deuda del marido, el embargo era posible conforme al artículo 1.373 del Código Civil, porque entonces estaba en vigor la sociedad de gananciales»; es decir, que la traba había sido anterior a la escritura de capitulaciones, incluso a su inscripción en el Registro, lo que resultaba del mandamiento ordenando la anotación.

Como ya estableció la Resolución de 16-2-1987, se reitera que si no consta en el mandamiento que la deuda reclamada contra uno de los cónyuges sea, además, deuda de la sociedad de gananciales, «ha de estimarse a efectos del Registro», que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado.

Pero aquí el CD hace un decisivo esfuerzo argumental para dotar de la mayor consistencia este criterio básico que informa toda la jurisprudencia que estamos analizando, diciendo que considerar la deuda de un cónyuge como privativa es lo más conforme con el principio de que las deudas de una persona no afectan a otra, de acuerdo con el principio general de libertad y con las reglas de la responsabilidad (cfr. arts. 1.911 y 1.827 del Código Civil). Es también el más conforme con el principio de que la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponden conjuntamente a ambos esposos (cfr. el art. 1.375). Y es la conclusión exigida por el criterio legal de las presunciones: no hay presunción legal si la ley no la establece (arts. 1.250 y 1.251 del Código Civil).

Ciertamente la postura de la DG encontraría justificación suficiente, por una parte, en el riguroso respeto a los principios hipotecarios que defienden al titular inscrito (aunque se trate de un titular *sui generis*, como lo es un esposo casado en régimen de sociedad de gananciales, incluso cuando es un titular privativo por adjudicación de un bien ex-ganancial en virtud de la disolución y liquidación de dicha sociedad) y, por otra, en la circunstancia de carecer el Registrador de toda facultad investigadora acerca de la verdadera naturaleza de las deudas contraídas por un cónyuge.

Sin embargo, su incursión en el derecho sustantivo para acopiar razones en favor de su postura, sugiere algún comentario crítico.

En primer lugar, se afirma que «las deudas de una persona no afectan a otra, de acuerdo con el principio general de libertad y con las reglas de responsabilidad».

Vayamos por partes, esta «otra» persona no es un antípoda, ni un extraño, precisamente se hallan ambas entrañadas en una empresa común, creada mediante un convenio o contrato —matrimonial— que, como todos, debe ser respetado (*pacta sunt servando*). La pareja formada por los cónyuges, en uso de la libertad que se invoca, han podido pactar el régimen económico que les hubiera convenido («sin otras limitaciones que las establecidas en este Código», art. 1.315) y, entre ellos, el de separación de bienes. Al no hacerlo así, su régimen será el de la sociedad de gananciales (art. 1.316). Hay, pues, un convenio, tácito en este caso, con el que los cónyuges asumen el status económico-matrimonial normal en el derecho común.

Si una persona no ha pactado se mueve, en la totalidad de sus actos, en la esfera de lo lícito, pero desde que contrata con otra, su libertad queda constreñida a respetar lo convenido, debiendo comportarse de acuerdo con ello.

Los cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales están sujetos a las reglas de dicho sistema y, entre ellas, a las de los artículos 1.319, 1.365, 1.386 del Código Civil y artículo 6 del Código de Comercio, al que remite el artículo 1.365, estableciendo con claridad que gran número de actos de un cónyuge, dentro de su ocupación habitual o de la economía familiar, afectan u obligan al patrimonio consorcial, que se comparte con el otro. Por tanto, no es cierto, en los términos genéricos que lo afirma la Resolución, que los actos de una persona no afectan a otra.

Continúa diciendo la Resolución, que su punto de vista es el «más conforme con el régimen imperante hoy para la sociedad de gananciales, conforme al cual la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde, conjuntamente, a ambos cónyuges (art. 1.375)».

Hay que recordar aquí lo dicho y reiterado más arriba, que el manejo de los gananciales se verifica con actuaciones conjuntas y disjuntas (*vide* la EM del Proyecto de la Ley de reforma), ambas con repercusión responsable en dichos bienes consorciales.

Comentando la aplicación de la reforma y considerando el conjunto de la misma, se ha dicho que no se puede afirmar que la gestión conjunta sea realmente una imposición legal, sino por el contrario, queda reservada a la voluntad de los cónyuges. «Estos pueden, si quieren, actuar de consumo, pero pueden también actuar con igual eficacia individual o separadamente cada uno de ellos siempre que cuenten con la conformidad al acto por parte del otro, manifestada ésta en cualquier modo o en cualquier tiempo» (M.^a CARMEN FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *La cogestión de los bienes gananciales*, Madrid, 1997, pág. 186) (89).

(89) Conforme resulta del artículo 1.322, al dejarse en manos del preterido la posibilidad de confirmar o de anular los actos contrarios a lo dispuesto en los artículos 1.375 y siguientes, la efectividad de la cogestión pasa a depender de él de hecho y de Derecho.

Postura análoga encontramos en otros autores (90).

En el aspecto que podríamos considerar procesal, la Resolución afirma que su conclusión es «exigida por el criterio legal sobre presunciones: no hay presunción legal si la ley no la establece» (cfr. arts. 1.250 y 1.251 del Código Civil). Como medio de prueba, la presunción figura en último lugar del artículo 1.215 del Código Civil y la omite la relación de medios de prueba que hace el artículo 1.578 de la LEC.

Como señalan DE LA CÁMARA y CARRASCO PERERA, respecto a la naturaleza de la deuda de un cónyuge, no hay ni tiene porqué existir presunción de ninguna clase, a favor o en contra de la privatividad o ganancialidad. Habrá que estar a las reglas generales de la prueba de las obligaciones (91).

(90) Así, en contemplación de los artículos 1.375 y 1.322, se ha dicho que la posición de ambos cónyuges sobre los bienes comunes, no se asimila a la de quienes concurren a la titularidad de una situación de condominio, puesto que en dicho caso, la enajenación unilateralmente realizada por uno de ellos debería (arts. 397 y 399) ser irrelevante, al menos en una cuota, para la persona del otro. Sin embargo, en la comunidad ganancial, la no concurrencia de ambos cónyuges no se entiende ahora como disposición de un bien, en parte, ajeno, sino como defectuosa formación de la voluntad negocial (recuérdese lo dicho antes acerca del significado y la consecuencia del carácter germánico de la sociedad de gananciales). El acto es válido, *prima facie*, mientras no se impugne, y sanable por el transcurso de plazo.

El autor de tales observaciones señala que el anterior artículo 144-2 del RH contradecía el artículo 1.408, igual que el artículo 144-1 actual contradice los artículos 1.365 y 1.369 del Código Civil, y añade que «si tal como decía LACRUZ antes de la Ley 11/1981, el artículo 1.413 no ha derogado el artículo 1.408, hoy cabe decir, igualmente, que el poder de codisposición del artículo 1.375 del Código Civil no ha derogado las normas que permiten a un cónyuge endeudar individualmente los bienes comunes sin desplazar sobre el otro responsabilidad personal por dicha deuda» (CARRASCO PERERA, *CCJC*, septiembre-diciembre 1986, pág. 4005 y sigs.).

(91) Partiendo de lo que dice el artículo 1.365, en un orden teórico, las presunciones tanto se podrían establecer en favor de la privatividad como de la ganancialidad de la deuda de un cónyuge. Si se tiene en cuenta que son directamente a cargo de la sociedad de gananciales las deudas contraídas por un cónyuge (además de la actuación de la potestad doméstica), «en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio» y que en el concepto de profesión entra como factor esencial la habitualidad, el considerar que toda deuda de un cónyuge es privativa, equivale a entender que cada acto que se contempla en un recurso resulta algo inusual, insólito, fuera de la conducta normal o regular del deudor, lo que no parece ajustado a la realidad). La prueba de los hechos corresponde a quien alegue una pretensión (art. 1.214 del Código Civil), y sólo ante circunstancias muy excepcionales —que la ley se preocupa de señalar— el demandado está obligado a correr con la carga de la contradicción de los hechos alegados y no probados por el actor (art. 41 de la LH). «Si la naturaleza ganancial o privativa de la deuda no ha sido determinada en un momento procesal anterior a aquél en que se ejecuta, no es al acreedor ejecutante, sino al cónyuge que interviene en el proceso por el cauce de los incidentes, a quien corresponde probar la realidad de lo que alega. Como igualmente tendría que probar en una auténtica tercería que los bienes poseídos por su cónyuge no son gananciales, sino privativos de este cónyuge que actúa en calidad de tercero» (CARRASCO PERERA, *CCJC*, septiembre-diciembre 1986, pág. 4005 y sigs.).

Respecto a la presunción se ha dicho que no es fuente de convencimiento, sino cabalmente una exención de prueba. La presunción no es un medio de probar, sino un favor legal que libra de la carga de tener que probar (92).

Por tanto, decir que no hay presunción legal de ganancialidad, equivale simplemente a decir que no hay prueba sobre tal extremo (siendo tan necesaria). Y cuando falta la prueba, el problema deriva hacia otro objeto, cual es el de la carga de la prueba, que es tanto como decir o determinar a quién debe perjudicar el que los hechos no se hayan probado y, según hemos visto, los autores se dividen respecto a quién debe probar, para unos es el acreedor, y para otros, el consorte del deudor. Por tanto, no es concorde la opinión de que el perjudicado por la ausencia de prueba tenga que ser necesariamente el acreedor, que le priva de tener a su disposición el patrimonio ganancial.

Para terminar con el aspecto sustantivo, veamos que en el FD4, a pesar de considerar, por principio, que la deuda es privativa y habida cuenta de que el cónyuge del deudor no ha hecho uso de la facultad que le confiere el artículo 1.373, la Resolución mantiene, no obstante, la eficacia del embargo sobre la finca inscrita a nombre de la mujer a la que se le adjudicó en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Según dicho FD, «tampoco ha podido poner fin al embargo la adjudicación del bien embargado al cónyuge no deudor, otorgada en la escritura de disolución de la sociedad de gananciales, puesto que conforme al artículo 405 del Código Civil, aplicable a todo tipo de comunidades (cfr. el art. 392-2 del Código Civil), el embargo como en general, los derechos reales o personales de un tercero sobre las cosas comunes, conservará su fuerza, no obstante, la división...»

El **apriorismo** de considerar la deuda como privativa sigue apoyándose en razones discutibles. En primer lugar, la referencia al artículo 405 —que también se cita en los «vistos»— es incorrecta, debía ser al 403 porque la deuda es, por hipótesis, privativa y es en este último artículo donde se regulan los derechos de los acreedores de un comunero, no de los que lo son de la comunidad.

(92) La prueba por su objeto puede ser directa o indirecta; esta última también llamada prueba por indicios. En la primera, el objeto sobre el que recae directamente la actividad probatoria son los mismos hechos que sirven de presupuesto a la norma; en la segunda, se trata de «otros» hechos —que deben probarse por los medios ordinarios—, encadenados de tal manera con aquéllos, que por deducción lógica puede concluirse que dados unos hechos, se han producido también los otros. La deducción la puede hacer el Juez —presunciones no establecidas por la Ley— a las que se refiere el artículo 1.253, o bien, la deducción la hace directamente la ley, probándose el hecho del que haya de deducirse el que haya de ser fijado, en virtud de una disposición expresa del ordenamiento jurídico, se libra al segundo, al relevante, de aquella necesidad (ORBANEJA Y HERCE, Q., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1955, pág. 283).

Se añade, que el artículo 405, «aplicable a todo tipo de comunidades (art. 392.II)...» Pero este invocado párrafo II dice otra cosa, que «a falta de... disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este Título» y es el caso que la comunidad ganancial sí tiene disposiciones especiales, como son las de los artículos 1.317 y el 1.401 que, como tales, son preferentes a las generales. Por ello, dice REY PORTOLÉS, el CD debería haber argumentado con estos últimos artículos y no con el genérico 405.

Por otra parte, observa el mismo autor, la DG elude «hábilmente» la naturaleza jurídica del embargo, que alinea con «los derechos reales o personales» de los terceros (93).

Por otra parte el FD5, relativo al aspecto registral, tiene que matizar la aplicación de algunos principios hipotecarios en favor de la anotabilidad del mandamiento discutido.

Puesto que la conclusión de que sea anotado el embargo, en principio, chocaría:

- Con el principio de tracto sucesivo (arts. 20 y 38.III de la LH y 140.1.^a de su Reglamento) de lo que se hace eco el mencionado fundamento.
- Con el principio de prioridad (art. 17 de la LH), puesto que el cambio de titularidad registral, en virtud de las capitulaciones modificatorias, se presentó en el Registro antes que el mandamiento de embargo.
- Con el principio de inoponibilidad de lo no inscrito (art. 32 de la LH), pues el embargo constituye una carga desde el punto de vista registral, su anotación posterior estaría perjudicando a quien antes había inscrito su dominio libre.

(93) La doctrina que se ha planteado la naturaleza jurídica del embargo sostiene, mayoritariamente, las siguientes conclusiones:

— La traba núcleo básico y fundamental del embargo, afecta o vincula el bien sobre que recae no al crédito que lo determina, sino al proceso en que se acuerda, sin alterar la naturaleza de aquél, que sigue siendo personal.

— El embargo tiene eficacia frente a terceros por exigencia de su propia función, no por el hecho de que conste anotado (a salvo los derechos que resulten protegidos por la LH).

— El embargo confiere al Juez un poder inmediato sobre la cosa, que puede ejercitar dentro del proceso (sin representación del deudor, sino por su propia potestad, cfr. art. 131-17 LH).

Dicho poder coexiste con la facultad de disposición del deudor, aunque ésta quede limitada, pues sólo puede disponer con la carga del embargo.

— El acreedor no adquiere por el embargo ningún derecho real, pues carece de todo poder directo o inmediato sobre la cosa embargada.

— Tampoco adquiere un derecho subjetivo privado de carácter patrimonial en virtud del embargo que pueda ejercitar autónomamente fuera del proceso, en relación a tales bienes.

Por tanto, no resulta muy ortodoxa la asimilación del embargo a los derechos reales o personales, al objeto de utilizar el artículo 405, cuya aplicación tampoco es correcta.

Ante semejantes obstáculos, el CD, en un brillante ejercicio de pragmatismo registral, razona o admite que:

- En sede de tracto, el supuesto contemplado vendría a ser como una modalización del mismo, puesto que al proclamar la inscripción a favor de la esposa que el dominio exclusivo le procede de la liquidación de la sociedad ganancial, la anotación de una traba afectante a esa sociedad y que a ella le constaba, resulta «perfectamente compatible» con aquella titularidad (94).
- El principio de inoponibilidad podría estimarse no vulnerado si a la esposa no se la considera tercero, en tanto que podría estimársela causahabiente del anterior titular —los dos cónyuges con carácter ganancial—, si se estima el carácter meramente especificativo que para muchos tiene la división de la cosa común, entre otros, la Resolución de 25-4-1986, que antes hemos visto.
- El principio de prioridad, caso que hubiera debido operar, también podría considerarse que ha quedado a salvo, con sólo que se opine que el título presentado tardíamente —el *mandamiento*— ni se opone ni es incompatible (art. 17 LH) con el que se anticipó la escritura de liquidación (*vide* REY PORTOLÉS, BCRP, núm. 245, mayo 1988, pág. 962).

Finalmente, para terminar, es cierta la razón de los autores que sostienen que una presunción de ganancialidad de la deuda de un sólo cónyuge carece de base en la ley actual (otra cosa serían los criterios interpretativos de la misma). Yo lo que he intentado es poner de relieve la debilidad de los argumentos de la DG en favor de la privatividad de la deuda de un solo cónyuge, que tiene que defender, *velis nolis*, a efectos del Registro —aparte de las exigencias de los principios hipotecarios, a causa de dos deficiencias fundamentales: una, porque la reforma de 1981 no dejó bastante claro, diría decididamente claro, cuando la deuda de un cónyuge (casado en régimen de sociedad de gananciales) es de carácter privativo o cuando debe gravar directamente el acervo común (habida cuenta de que la DG carece de toda facultad jurisdiccional, lo que le impide investigar y determinar el carácter de la deuda) y otra, la rigidez de la ley procesal y, sobre todo, la inercia y la rutina de quienes intervienen en la aplicación del derecho que siguen admitiendo —todavía en la época en que estamos— que no es posible probar la naturaleza de la deuda de un cónyuge en un juicio ejecutivo (95).

(94) Es decir, que la inscripción a favor de la esposa sería «porosa» o «permeable» a la medida cautelar, idea que invocada por el recurrente, no le valió en la conocida Resolución de 6-11-1981.

(95) Rememoremos aquí el esfuerzo de REY PORTOLÉS, anteriormente reseñado, para posibilitar que en el proceso de ejecución se pueda determinar el carácter de la deuda.

Si nos hemos detenido en el comentario de la Resolución de 24-9-87, lo repetimos, es porque sus argumentos constituyen el apoyo y fundamento básico de lo que se ha convertido en el lugar común de toda la jurisprudencia que estamos analizando: que «ha de estimarse, a efectos del Registro, que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado, en tanto no conste que la deuda es, además, deuda de la sociedad de gananciales», lo que se repite, con cierto aire apodíctico, en numerosas Resoluciones posteriores, cuando creemos haber razonado que los mencionados argumentos no son irrefutables.

RESOLUCIÓN DE 25-3-1988

La doctrina sentada por las Resoluciones que acabamos de analizar, inspirada en el fondo en un criterio favorable a los acreedores de un solo cónyuge, casado en régimen de sociedad de gananciales (se busca prolongar el plazo durante el cual conseguir la anotación de embargo ante inesperadas capitulaciones liquidatorias), vino a ser superada y precisada por la reseñada que, avanzando un paso más en la dirección apuntada por las anteriores, hace entrar en acción un nuevo dato, no tenido en cuenta hasta ahora, la inscripción de las capitulaciones modificatorias en el Registro Civil, en atención a lo que establecen los artículos 1.333 del Código Civil, 77-2 de la LRC y 266 del RRC, y entonces la prioridad que se investiga y compara no es la del embargo con la fecha de las capitulaciones que modifican el régimen económico-matrimonial, sino con la fecha de su indicación en el RC.

El Hecho I relata que en juicio ejecutivo, seguido a instancia del Banco Z., contra don Francisco B.P., en reclamación de... pesetas, expresadas en letras de cambio aceptadas por aquél, y habiendo sido notificados la demanda y embargo a la esposa doña María del Carmen R.D. a los únicos efectos del artículo 144 del RH, se trabó embargo de la parcela número... Presentado el correspondiente mandamiento en el Registro de la Propiedad de... El Registrador denegó la anotación preventiva de embargo, ya que los bienes están inscritos a nombre de la esposa del demandado en virtud de escritura de disolución de sociedad de gananciales y adjudicación de los bienes de aquélla, otorgada el 16 de mayo de 1985, ante el Notario... Con fecha 29 de octubre de 1986, se acordó librar nuevo mandamiento judicial con inclusión como hechos ciertos, lo que resultaba de las alegaciones que formula el Banco Z., en escrito presentado al Juzgado en dicha fecha, constando que la deuda que reclama dicha entidad se contrajo y venció con anterioridad a la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por el señor B. y su esposa y que, por tanto los bienes responden de la deuda reclamada por el Banco citado. La anotación se denegó de nuevo por las mismas razones que en la presentación anterior.

Como se ve, el recurrente enfocó su pretensión, una vez más, invocando la ganancialidad de la deuda, por haber vencido antes de la disolución del régimen, creyendo que así lo había asumido el Juez al transcribir en la providencia los fundamentos de derecho del escrito que el Banco Z. había presentado en el Juzgado, por lo que procedía la responsabilidad de los bienes comunes conforme al artículo 1.401 del Código Civil.

Sin embargo, no lo entendió así la DG que le sale al paso en el primer FD, repitiendo, como siempre, que «no consta debidamente de la documentación presentada que la deuda reclamada por el marido sea, además, deuda de la sociedad de gananciales; para ello no bastan las afirmaciones contenidas en el mandamiento de embargo —no hay convicción del Juez respecto a tal extremo— dado que la tramitación previa a este embargo no es procedimiento adecuado al efecto» (96).

Pero quizá para mitigar las desfavorables consecuencias que comporta para el acreedor el que las deudas de un cónyuge en el ámbito registral se estimen como privativas, en un gesto infrecuente, para mejor proveer, solicitó dos informes: al Registrador, certificación de la inscripción de dominio de la finca a nombre de la esposa del deudor, cuya fecha resultó ser de 8 de octubre de 1985; y el JPI, certificación sobre las fechas de la demanda y de la traba del embargo, siendo la primera de 26 de junio de 1985 y la diligencia de embargo de 28 de septiembre de 1985 (97). Con los nuevos datos incorporados se elabora la Resolución con el novedoso argumento, no utilizado hasta entonces, de haber tenido lugar el embargo antes de la constancia de las capitulaciones modificativas del régimen económico-matrimonial en el RC.

El nuevo criterio se razona en los siguientes fundamentos de derecho:

«2.º El principio es que «cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias». Pero el artículo 1.373 establece una excepción a este principio pues, en supuestos determinados, el «acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales que será inmediatamente notificado al otro

(96) En esta afirmación se fijaba REY PORTOLÉS para sostener que el CD no descalificaba en su integridad el juicio ejecutivo como proceso dentro del cual se pudiera determinar la naturaleza de la deuda, sino sólo «la tramitación previa al embargo», que se reduce a un simple requerimiento de pago inatendido.

(97) Resulta curioso, como observa REY PORTOLÉS, que en la Resolución de 18-9-87 no se tomara en consideración que el embargo había sido anterior a la liquidación ganancial, porque el Registrador no tuvo el dato a la vista al tiempo de calificar, aunque la DG sí lo conocía en el momento de resolver el recurso, puesto que constaba en el informe del Juez que entendía de la ejecución. Sin embargo, aquí, a pesar de que el artículo 124 del RH sólo autoriza a unir al expediente informes, para mejor proveer, cuando «su presentación en el Registro no fuera necesaria para la inscripción denegada o suspendida», se solicitaron los certificados que hemos visto, al Registrador y al Juez para acabar enmendando la calificación recurrida. *Ob. cit.*, pág. 971.

cónyuge» (cfr. art. 1.373). Esta regla excepcional forma parte del régimen de la sociedad de gananciales y, por tanto, tiene aplicación en tanto siga vigente este régimen. Y, en cambio, deja de regir desde que los cónyuges quedan sometidos al régimen de separación de bienes, pues entonces los acreedores privativos de uno de los cónyuges tendrán sólo facultades sobre la parte o los bienes que correspondan al cónyuge deudor.

3.º El momento relevante para el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 1.373 del Código Civil será, pues, el del cambio de régimen. Pero, puesto que se trata de una facultad de terceros, habrá de estarse no al momento en que el acuerdo modificativo produce efectos entre los cónyuges (esto es, la fecha de las capitulaciones correspondientes que permanece bajo el secreto del Protocolo Notarial), sino aquél en que dicho acuerdo produce efectos respecto de terceros, pues no debe olvidarse que el artículo 77.2.º de la Ley del Registro Civil, en paralelismo con el 1.219 del Código Civil, impone un requisito de publicidad registral (la indicación correspondiente al margen de la inscripción de matrimonio) para que las modificaciones del régimen económico-matrimonial produzcan efectos en perjuicio de terceros de buena fe. En definitiva, el momento decisivo a tomar en consideración será, pues, la fecha de la citada indicación.

4.º De acuerdo con esta doctrina, el Registrador habrá de dar efectividad frente a cualquiera de los cónyuges, al embargo obtenido por un tercero en ejercicio de una de las facultades que le confiere el régimen de gananciales, en concreto el artículo 1.373 del Código Civil, en tanto no le conste que en el momento de practicarse el embargo y notificarse al cónyuge del deudor se había producido con eficacia contra terceros de buena fe el cambio del régimen de gananciales; y en el supuesto contemplado no se le ha acreditado, ni resulta de su Registro (art. 18 de la LH), que al trabarse el embargo que se pretende anotar y notificarse al cónyuge del deudor se había tomado la antedicha indicación en el Registro Civil de las capitulaciones otorgadas; ni siquiera se había producido, respecto al concreto bien afectado por el cambio de régimen, la publicidad individualizada de dicho cambio en el folio particular abierto a aquel en el Registro de la Propiedad (98).

6.º Resuelto el problema sustantivo, queda por resolver el problema registral; es decir, si la inscripción del bien en favor de la mujer del deudor es obstáculo formal que, conforme a los artículos 20 y 38.III de la LH y 140.1.º del RH, impide, en este caso, la anotación del embargo. Como se desprende de la misma inscripción, la mujer es propietaria del bien en virtud de adju-

(98) Esta llamada publicidad individualizada que proporciona la constancia de las adjudicaciones a los cónyuges, en el RP, es el dato al que primariamente atenderá la DG en lo sucesivo, para cerrar el paso a las anotaciones de embargo, cuya traba haya sido posterior a la registración de las repetidas capitulaciones.

dicación en la partición de gananciales a consecuencia de una disolución de la misma que, por falta de adecuada publicidad, no puede menoscabar las facultades de los acreedores ejercitadas en tiempo anterior. Así pues, el Registro proclama un derecho y una titularidad que por recaer sobre bienes gananciales son perfectamente compatibles, en cuanto al tracto, con el embargo acordado por la Autoridad judicial en un momento en que la mujer, en cuanto miembro de la sociedad de gananciales vigente respecto de terceros, habría de soportarlo, siempre que, por lo demás, se cumplan los requisitos previstos por los artículos 1.373 del Código Civil y 144 del RH.

Esta DG ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador».

Este nuevo giro del CD se fundamenta en el conocido principio de que lo no inscrito no perjudica a tercero (cfr. art. 32 de la LH), que para el específico asiento de indicación de las capitulaciones matrimoniales —entre los distintos hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal— establece el artículo 77 de la LRC, el cual, después de señalar en su primer párrafo que la indicación es potestativa, añade en el segundo: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.322 (hoy 1.317) del Código Civil, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de la indicación». (El hecho jurídico que extingue el derecho del acreedor privativo a embargar bienes gananciales, es la disolución de la sociedad —art. 1.373—, que si se verifica mediante capitulaciones, no perjudicarán a aquél mientras no consten en el RC o en el inmobiliario.)

Para salvar el llamado obstáculo formal (arts. 20 y 38.III de la LH y 140.1.^a de su reglamento), considera el supuesto debatido como un caso de tracto modalizado, destacando —FD4 y FD 1.2.^a— el conocimiento que del embargo había tenido antes de la inscripción a su favor la esposa del demandado (cfr. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1954, págs. 821 y 831) (99).

Si la Resolución de 24-9-87 acudió a un dato extrarregistral como es la fecha del embargo, aquí se acude, además a una segunda referencia también ajena al Registro, cual es la fecha de la indicación de las capitulaciones en el RC (*vide* GARCÍA ARANGO, «Nota argumental sobre publicidad registral de las capitulaciones matrimoniales», en *BCRP*, núm. 245, mayo 1988, pág. 981).

Sin duda que con esta nueva exigencia se alarga la posibilidad del embargo, a efectos de su anotación en el Registro de la Propiedad, hasta la fecha de la indicación de las capitulaciones en el RC, lo que en alguna medida beneficia a los acreedores.

(99) No se entiende que la DG se ha vuelto de su sempiterna lectura del artículo 1.317 del Código Civil, al socaire del cual viene repitiendo con machacona insistencia, desde la Resolución de 16-2-1987, que los «acreedores no tienen derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos». No es el efecto de ilección, sino el de inoponibilidad lo que determina la decisión que se adopta (REY PORTOLÉS, *trab. cit.*, pág. 973).

Sin embargo la virtualidad que la Resolución concede a la publicidad del RC, resulta desacorde con la práctica real y cotidiana que no es de acudir a dicho Registro en el momento de crear una deuda, ni tampoco con una organización de dicho Registro que facilite la consulta (100).

Como se ha dicho, para que fuera eficaz la nueva oportunidad que se concede a los acreedores no debería apoyarse en «una conclusión dogmática extraída de la noción teórica de institución registral, sino en una real y practicada consulta del asiento de indicación capitular de los deudores por parte de aquellos acreedores». Pero en tanto no se extienda «la insólita práctica de solicitar de los deudores, cuando contraen la deuda, la referencia registral de sus pretéritos (y futuros) matrimonios, no deja de constituir una verdadera lotería... el que la traba procesal (embargo) tenga o no francas las puertas del Registro, según se practique antes o después de un evento tan ignoto en la práctica real —no teórica— como es la fecha de una indicación en vaya usted a saber qué Registro Civil de nuestro país (o de fuera de él, aunque con duplicado en el Registro Civil Central). Ciertamente, para que fuera real la mejora que el nuevo criterio ofrece al acreedor, sería necesario estructurar un Registro de regímenes matrimoniales unificado para toda España, de consulta fácil y rápida (REY PORTOLÉS, *trab. cit.*, pág. 974).

Las apuntadas dificultades respecto a conocer la existencia de capitulaciones matrimoniales, han disminuido después del Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, que ha modificado el artículo 266 del RRC, según el cual, «En las inscripciones que en cualquier otro Registro —entre ellos el de la Propiedad— produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico, se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho. Se acreditarán los datos exigidos por certificación, por el Libro de Familia o por la nota a que se refiere el párrafo anterior (nota al pie del título), y de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable.

En las capitulaciones se consignará siempre el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito el matrimonio celebrado».

Como hemos visto, la Resolución se funda en la publicidad del RC, pero alude, además, a la que proporciona el Registro de la Propiedad respecto a la finca concreta, objeto del embargo, por tanto ambas deben ser tenidas en cuenta en el caso que nos ocupa.

(100) Según el artículo 10 de la Ley, el RC está integrado por: los registros municipales, como regla general, y por los consulares y el central. La regla de competencia dispone que los hechos que acceden al Registro se inscribirán en el municipal o consular del lugar en que acaecen (arts. 15 y 16 de la Ley). A diferencia de lo que ocurre en el Registro de la Propiedad en el que, según el artículo 1.2 de la LH las fincas se inscriben en el Registro en cuya circunscripción territorial radiquen, y los inmuebles por su propio concepto siempre están localizados.

Si las capitulaciones liquidatorias no se hacen constar en ninguno de los dos Registros, no serán oponibles y será posible el embargo sobre el bien inmueble que haya pasado a ser privativo de uno de los cónyuges. Pero si dichas capitulaciones constan en alguno o en ambos, la anotación deberá denegarse (101).

CASOS ESPECIALES

Las Resoluciones que acabamos de ver contemplan el embargo de bienes gananciales, vigente la sociedad, disuelta y liquidada o pendiente de liquidación.

No obstante, existen algunos supuestos específicos de embargo de tales bienes, incluso de bienes del matrimonio no comunes, que han dado lugar a particulares pronunciamientos jurisprudenciales, de los que vamos a destacar los siguientes:

EMBARGO DE UN CÓNYUGE DE LOS DERECHOS QUE CORRESPONDEN AL OTRO EN UN INMUEBLE DE CARÁCTER GANANCIAL, LA RESOLUCIÓN DE 8-7-1991

La separación, la nulidad y el divorcio son causas de disolución de la sociedad de gananciales durante la vida de los cónyuges.

El efecto disolutorio lo produce la sentencia firme (art. 95 del Código Civil), pero ya antes de este momento pueden surgir obligaciones económicas de un cónyuge respecto del otro (pensión, contribución a las cargas del matrimonio, alimentos a los hijos).

Firme la sentencia o antes de ella, en caso de incumplimiento de las obligaciones mencionadas, así como las que surjan del convenio regulador, pueden hacerse efectivas por la vía de apremio (art. 90 del Código Civil).

En la doctrina se ha planteado la posibilidad de que antes de practicarse la liquidación de la sociedad de gananciales, a consecuencia de la separación, nulidad o divorcio, un cónyuge pueda solicitar embargo sobre los bienes comunes. (Nota: *vide* FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ, *BCRP*, núm. 222, abril de 1986, pág. 623 y sigs.), problema que se contesta o resuelve afirmativamente.

(101) Después de esta Resolución se publicaron otras, que hemos reseñado, en las que el embargo se trabó cuando las capitulaciones liquidatorias estaban ya indicadas en el RC e inscritas en el Registro de la Propiedad.

En el acuerdo que deniega la anotación del embargo, la DG invoca sólo la previa inscripción de la modificación capitular en el Registro de la Propiedad sin referencia alguna a la indicación en el RC.

También la DGRN admite el embargo que contemplamos en la única, hasta ahora, Resolución de 8-7-1991, en la que practicada anotación de embargo sobre los derechos que al marido corresponden en una finca ganancial, no se pone en tela de juicio la anotación extendida, sino la adjudicación en subasta de tales derechos a la esposa demandante.

Claramente la deuda es particular o privativa del deudor al que se le reclama, por tanto, el artículo 1.373 podría amparar la anotación a que nos referimos.

Pero aquí se abren diversas posibilidades, dependiendo de los términos en que el consorte demandante solicite el embargo. Así cabe solicitarlo sobre un concreto bien común, sobre los derechos que en tal bien correspondan al cónyuge demandado (que es lo que hizo aquí —equivocadamente, a la vista del resultado— el recurrente) o sobre la parte que al deudor corresponde en la sociedad ganancial en liquidación.

En el trabajo citado se exponen las dos modalidades consideradas viables, a las que alude, a veces, el CD: la de embargar un bien concreto y la de referir el embargo a la parte que ostente el deudor en la sociedad de gananciales (sea o no firme la disolución), razonando que ambas modalidades son posibles, no sin tener que sortear ciertos obstáculos o dificultades que el autor señala.

Si lo que se ejecuta es un bien concreto, los bienes serán adjudicados al mejor postor o al acreedor en pago de su crédito. «Con el importe del remate será satisfecho el cónyuge anotante, pasando el remanente, si lo hubiere, a engrosar el activo conyugal», con aplicación del párrafo 2.º del artículo 1.373. (Nota: Si se objeta a esta anotación sobre bienes el hecho de que el anotante ostenta «parte aún no concretada» en los que van a ser objeto de embargo, cabe tener en cuenta, por analogía, la posibilidad que ofrece el artículo 1.087 del Código Civil, a propósito del coheredero acreedor de la herencia) (trabajo cit., pág. 624).

Más dificultades ofrece la ejecución directa de «la parte que ostente el deudor en la sociedad de gananciales», cuya posibilidad razona el autor mencionado, apartándose con ello de la doctrina mayoritaria que se inclina por que la ejecución se aplaze hasta después de terminarse la liquidación, a fin de que el objeto de la enajenación judicial sea el remanente positivo, en su caso, de dicha liquidación.

La Resolución que comentamos contempla un supuesto distinto de estos dos últimos. Se había decretado la separación de los cónyuges y en virtud de sentencia firme, se había señalado una pensión anual a la esposa que al no ser pagada dio lugar al apremio, en virtud del cual lo que se embargó fueron los derechos del marido en una finca «que tenía carácter ganancial del matrimonio» la cual, en virtud de la subasta, por falta de postores, fue adjudicada a la mujer demandante.

El Registrador denegó la anotación, lo que confirmó el CD.

En el FD2 se centra con precisión el objeto que se califica. No se trata, dice, «del embargo y adjudicación de bienes gananciales concretos. Y tampoco —no se prejuzga ahora si esta enajenación judicial es posible— de la parte que al deudor corresponde a la sociedad de gananciales en liquidación. La traba y la subasta tienen por objeto los derechos que a uno de los cónyuges puedan corresponder sobre un concreto bien común».

Se confirma la nota del Registrador contra lo resuelto por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid y contra el informe del Magistrado Juez que intervino en el procedimiento.

Se aplica la doctrina de la Resolución de 2-2-1983. Al ser la comunidad ganancial de tipo germánico, resulta determinada la cuota de los cónyuges sobre la masa ganancial pendiente de liquidación, pero se mantiene indeterminada la que les corresponde en los bienes concretos que la integran. Al carecer los esposos de cuotas indivisas sobre tales bienes, no cabe la enajenación voluntaria ni forzosa de dichas participaciones. Por lo que se impone practicar antes la pertinente liquidación de la masa ganancial «para la determinación de los derechos que sobre cada uno de los bienes singulares corresponderán a cada esposo».

Se añade, además, que los pretendidos derechos sobre un concreto bien de la sociedad ganancial carecen de sustantividad jurídica, no pueden ser configurados como un verdadero objeto de derecho, susceptible de enajenación judicial, la imposibilidad de su adecuada tasación hace inviable su subasta en términos que garanticen equitativamente todos los intereses concurrentes, así los del ejecutado como los del actor y los de los eventuales postores; así lo evidencia el caso debatido, en el que el fracaso lógico de la subasta organizada, privilegia injustificadamente la posición del cónyuge acreedor.

Con esta Resolución nos hemos quedado sin saber qué ocurriría si el objeto de embargo hubiera sido ya un bien concreto ya la mitad del patrimonio ganancial en liquidación, posibilidad esta última que menciona la Resolución sin pronunciarse acerca de su viabilidad. Es de lamentar que no se haya manifestado el criterio del CD en esta materia, si se tiene en cuenta que los embargos de bienes gananciales en conflictos entre cónyuges van siendo relativamente frecuentes (102).

(102) En consideración a la circunstancia de ser la mujer demandante la adjudicataria de la finca en la subasta, en ocasión anterior me pareció sostenible el punto de vista del Magistrado, favorable a la inscripción. Los dos esposos integran la totalidad del derecho sobre la finca subastada. Por analogía con lo que ocurre, por ejemplo, con la renuncia, al desprenderse uno de los cónyuges de su participación ganancial, ésta acrece al otro (Resoluciones de 15-5-1924 y 2-2-1960), la esposa adjudicataria devendría titular única de la finca ejecutada. De alguna manera podría considerarse como una liquidación parcial, que permite el artículo 1.373, con aplicación del segundo párrafo de dicho artículo y sin perjuicio de una posterior liquidación del conjunto de la repetida sociedad (*vide Revista 430*, núm. 92, primera quincena de abril de 1992, pág. 27).

EL ARTÍCULO 1.373 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1.373 constituye uno de los preceptos estrella de la reforma de 1981 en sede de responsabilidad de gananciales, por su novedad («el supuesto novedoso y discutible del llamado embargo ganancial *ex art.* 1.373.2, dice la STS de 6-12-1989) y, al mismo tiempo, por el gran número de problemas que plantea, debidos, sobre todo, a su falta de desarrollo procesal, del que se ha quejado unánimemente la doctrina, incluida la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Resolución de 23-11-83) (103).

El desarrollo doctrinal y la contestación a las cuestiones que plantea el nuevo precepto se ha intentado por los autores, entre los que cabe destacar, en el aspecto procesal —y en el sustantivo— a DE LA CÁMARA («La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», en *ADC*, 1986, pág. 481 y sigs.) y en cuanto al tratamiento registral de las operaciones a que pudiera dar lugar la efectividad del repetido precepto, cabe señalar a RIVAS (*Anotaciones de embargo*, Colegio de Registradores, Madrid, 1992, pág. 151).

No obstante, la alusión directa del artículo 1.373 al embargo de bienes gananciales, la jurisprudencia de la DGRN no ha contemplado hasta la fecha ningún caso de aplicación del mismo, con la posibilidad de ejercitar la opción del no deudor, que, como se sabe, puede pedir que «en la traba de un bien ganancial por deudas privativas se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal».

Si ha invocado reiteradamente el artículo 1.373, como hemos visto, para denegar al actor del juicio ejecutivo la posibilidad de embargar bienes gananciales, una vez disuelta la sociedad, cuando tales bienes aparecen inscritos a nombre del cónyuge del deudor, adjudicados en la liquidación de la sociedad. En tales casos se denegó la anotación del embargo por no dirigirse la demanda contra el cónyuge adjudicatario (art. 144-2 del RH anterior y 140-1.^a del vigente). (En los casos resueltos, en vez de demandar se había notificado al consorte del deudor, la demanda y el embargo.)

La Resolución de 16-2-1987, por primera vez (continuada por la de 29-5-1987 y una larga serie posterior), pone de relieve que, según el artículo en

Sin embargo, si se tiene en cuenta que en el caso de la Resolución el rematante pudo ser ajeno al matrimonio, con lo que las consideraciones expuestas no resultarían pertinentes y que lo establecido en una Resolución debe ser de aplicación general, cualquiera que sea el rematante, es justo reconocer la mayor consistencia de los razonamientos en que funda su criterio el CD.

(103) Se ha dicho que las normas procesales debió dictarlas el propio legislador civil quien al promulgar el artículo 1.373 tenía que complementarlo con las reglas procesales necesarias para ejercitar los derechos que dicho artículo confiere. No cabía dejarlo a una futura reforma de la LEC, de fecha incierta, y porque, habitualmente, regula aspectos de carácter general. Cfr. PRIETO CASTRO, *Anales de la RALJ*, 1986, pág. 149.

cuestión, la posibilidad de embargar bienes gananciales por deudas privativas de un cónyuge sólo es posible vigente la sociedad, pero no después de su disolución, en cuyo caso sólo se puede solicitar el embargo sobre bienes particulares del deudor. En las Resoluciones citadas, ante la invocación de los recurrentes de que «la modificación del régimen económico-matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros» (art. 1.317), se les responde que los acreedores privativos de un cónyuge «no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos». Y en las más recientes resoluciones, más brevemente, se señala que no cabe invocar un artículo, el 1.317, en contra de lo que dispone otro, el 1.373.

El TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el artículo 1.373, con el mecanismo sustitutorio que prevé tal precepto en la interesante sentencia de 29-4-1994, y aunque la aplicación del invocado precepto se queda a medio camino, sin agotar sus posibilidades, ello da la oportunidad al TS para hacer unas cuantas precisiones de las que se consideraba necesitado dicho artículo (104).

Por una obligación privativa incumplida se demanda en juicio ejecutivo al marido deudor, embargando unas fincas pertenecientes a la sociedad de gananciales.

Notificada la esposa del remate y el embargo, compareció dos días después ante el Juzgado, «alegando la opción que autoriza el artículo 1.373 del Código Civil, pidiendo la sustitución de la traba de los bienes comunes, por la parte de los mismos que ostentase el cónyuge, deudor en la sociedad conyugal». El Juzgado «acordó la disolución de la sociedad legal de gananciales, ordenándole a la compareciente que debía proceder a su liquidación, y que en garantía cautelar del crédito del acreedor, se procediese a la anotación del embargo trabado en el Registro de la Propiedad».

No se practica la ordenada liquidación de la sociedad de gananciales. Se abandona la vía procesal del artículo 1.373 y dos años después la esposa presenta demanda de tercería de dominio, que es desestimada por el TS conforme a reiterada jurisprudencia, según la cual un cónyuge no es pleno dueño de un bien ganancial —por el carácter germánico de dicha sociedad— y al mismo tiempo, y por la misma razón, no es ajeno a la deuda que pesa sobre el mismo.

A pesar de no seguirse la vía del artículo 1.373, que el TS considera sustitutoria de la acción de tercería de dominio, y aún con alguna imprecisión, se hacen ciertas consideraciones sobre el nuevo precepto que no carecen de interés:

(104) Las proclamaciones del Alto Tribunal vienen a coincidir muy puntualmente con las soluciones ya adelantadas por la doctrina.

- a) El ejercicio de la opción determina la disolución de la sociedad de gananciales «sin necesidad de petición alguna al Juez que conoce de la ejecución», F3.º (con menos precisión el Juez había «acordado» la disolución de la sociedad ganancial).
El Juez ordena a la compareciente que practique la liquidación de la repetida sociedad.
- b) Dicha liquidación, dice la sentencia, de acuerdo con la opinión de los autores, ha de practicarse en forma convencional. Sólo ante la oposición del deudor o de los acreedores que se crean defraudados, sería necesaria la liquidación judicial. Debiendo señalarse en uno y otro caso un plazo para realizarla. (La doctrina está acorde en la necesidad de conceder un plazo también en un momento anterior. Cuando el Juez notifica el embargo al no deudor, debe concederle uno para que ejercite, si viere convenirle, la opción que le ofrece el artículo 1.373. La Compilación de Navarra concede un plazo de nueve días para optar y quince días la del País Vasco (1-7-1992).
- c) El F4.º se lamenta de que dicho plazo no se hubiera establecido, pero de todas formas la inactividad de la demandante observada durante casi dos años, lo considera equivalente al incumplimiento de plazo. Por lo cual debe continuar la ejecución sobre los bienes gananciales inicialmente embargados, que constituirán objeto de subasta y remate, aplicándose a las relaciones entre los cónyuges el segundo párrafo del artículo 1.373 (es la solución que ya había apuntado DE LA CÁMARA, cit., pág. 485).

LA VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA

Las Resoluciones sobre embargo de vivienda familiar no atañen a bienes gananciales. No obstante, por recaer sobre inmueble que constituye el sustrato material de la convivencia matrimonial, suelen traerse a colación al tratar del embargo de los bienes del matrimonio.

Según el artículo 39.1 de la CE, «Los poderes públicos aseguran la protección económica y jurídica de la familia».

Manifestación concreta de tal principio es el artículo 1.320 del Código Civil, según el cual para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

Este precepto representa una limitación para el titular de tales derechos, que protege inmediatamente al otro cónyuge de la arbitrariedad o mala fe de su consorte y mediatamente a la familia y al propio consorcio conyugal,

favoreciendo la estabilidad del hogar y del ajuar domésticos (*vide* Mozos, *La reforma del derecho de familia en España, hoy*, Valladolid, 1981, pág. 129).

La protección de la vivienda familiar ha generado ya una rica literatura jurídica y es tema de preocupación doctrinal en los últimos tiempos, contemplándose muy variados aspectos de su problemática. Sin embargo, en cuanto afecta a nuestro propósito —el embargo de bienes gananciales— su interés resulta limitado, porque la normativa especial se refiere al supuesto de que la vivienda familiar pertenezca a uno solo de los esposos y porque, aún en tal caso, la jurisprudencia registral sólo ha matizado temas puntuales dentro de su competencia específica.

Cabe tener en cuenta, además, que si la vivienda familiar se halla inscrita con carácter ganancial, bajo cualquiera de las modalidades que permiten los artículos 93 y 94.1 del RH, se aplican las reglas generales, sin especialidad alguna.

Las normas referentes a la vivienda familiar fueron introducidas en el RH por el Real Decreto de 10 de octubre de 1984, al objeto de hacer operativo en el ámbito registral lo que establece el artículo 1.320 del Código Civil, tanto en el plano de las transmisiones voluntarias como en el de la ejecución judicial, dando nueva redacción a los artículos 91 y 144.5 de dicho reglamento.

Por lo que se refiere a las transmisiones voluntarias, el artículo 91.1 dice: «Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter (105).

Por su parte, el artículo 144.5 del RH, redactado en 1984, dice: «Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para el embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que la demanda ha sido notificada al cónyuge del titular».

El carácter de vivienda familiar así como la atribución del uso de la misma a uno de los esposos en relación con el Registro de la Propiedad son aspectos que entrañan una compleja problemática respecto de la cual abundan opiniones discordantes (*vide* Rivas, *ob. cit.*, pág. 1622 y sigs.).

Ciñiéndonos a la jurisprudencia registral sobre la materia (repetimos, ajena a bienes gananciales, al tratarse de privativos de un cónyuge), se ha manifestado en cuatro resoluciones de las que resulta no ser aplicable el

(105) El resto del artículo 91 contempla supuestos de que la vivienda familiar pertenezca, por cuotas, parte privativa, a un cónyuge y parte, a la sociedad ganancial, conforme a lo que prevén los artículos 1.357 y 1.354 del Código Civil.

párrafo 5.º del artículo 144 del RH en los supuestos en que se pretenda anotar un embargo sobre la nuda propiedad o sobre cuotas o participaciones indivisas de una vivienda privativa de un cónyuge.

En la primera de dichas resoluciones, de 26 de octubre de 1987, en la constitución de una hipoteca, la esposa, sin consentimiento de su marido, hipotecaba la nuda propiedad de una vivienda que por presunción *iuris tantum* (cfr. art. 69 del Código Civil) tenía que ser domicilio habitual de la familia.

Ante tal argumento de la calificación, el CD razona «que no es la nuda propiedad, sino la específica relación jurídica entablada con el usufructuario la que habilita para el goce y disfrute de aquél» (piso).

Respecto a vivienda que pertenezca proindiviso a varias personas, el carácter privativo de la cuota de alguna o algunas de ellas, estando su titular casado, en caso de enajenación de las mismas, no es necesario cumplir lo que exige el artículo 91.1 del RH.

La Resolución de 10-11-1987 contempla la venta de una casa por cuartas partes indivisas perteneciente a cuatro hermanos, tres de ellos casados. Se declara no aplicable el artículo 1.320. Entiende la Resolución que en la cosa poseída en común, no cabe imaginar hipotéticos derechos individuales de un comunero sobre el uso o goce de la cosa común, los cuales, naturalmente, no derivarían del título de comunidad, sino de un eventual acuerdo comunitario posterior cuya existencia no consta. Es decir, que una participación indivisa en una vivienda no habilita, por sí sola, para el uso o disfrute de la misma.

La Resolución de 27-6-1994 está referida también a vivienda poseída en comunidad y ante la enajenación de cuotas repite puntualmente los argumentos que acabamos de ver.

Finalmente, a pesar de su escasísimo interés, por referirse a la vivienda habitual, cabe mencionar la Resolución de 26-10-1987, según la cual quien por ley o por representación voluntaria tiene poder para vender una finca, lo tiene también para realizar la manifestación de que la casa no constituye la vivienda habitual del representado.

NOTA FINAL

Hemos recorrido la completa trayectoria jurisprudencial de la DGRN relativa al embargo de bienes gananciales y ex-gananciales, integrada por el conjunto de resoluciones dictadas después de la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, y subsiguientes del Reglamento Hipotecario hasta el tiempo presente.

Los criterios alcanzados por el CD parecen asentados en la práctica de la vida jurídica y asumidos por quienes acuden al Registro de la Propiedad para garantizar con anotación de embargo la traba practicada sobre inmuebles de carácter ganancial.

Esto parece deducirse del hecho de que en el momento de cerrar estas reflexiones (verano de 1998), hace casi un lustro que no se han dictado resoluciones sobre la materia, lo que cabe entender como un signo de la observancia o vigencia de los criterios establecidos en la trayectoria jurisprudencial analizada.

Otra cosa parece ocurrir con las sentencias del TS, entre las que, todavía en tiempos relativamente recientes, siguen apareciendo algunas referentes a supuestos de capitulaciones matrimoniales liquidatorias de la sociedad de gananciales, con la aparente intención, según se desprende de los fallos, de poner a salvo bienes de dicha sociedad de responsabilidades que deben recaer sobre ellos (cfr. sentencias del TS de 17 de julio y de 7 de noviembre de 1997):

RESUMEN

1.^a A pesar del cambio radical en la administración y disposición de los bienes gananciales, antes gestionados con plenos poderes por el marido (art. 1.413 y 1.408.1 anteriores) y a partir de 1981, con administración y disposición conjunta de ambos cónyuges (art. 1.375 actual), para anotar un embargo sobre un bien común por deuda que no sea probadamente ganancial, sigue siendo innecesario dirigir la demanda contra los dos cónyuges, siendo suficiente demandar al cónyuge deudor y notificar dicha demanda, así como el embargo, a su consorte.

La postura se ha justificado por razones prácticas (dificultades en determinados supuestos: apremios fiscales, responsabilidad civil derivada de causa penal) y teóricas: dificultades procesales para demandar a quien no intervino en la creación de la deuda.

También argumenta el CD que quien contrae la deuda lo hace con todas o hasta las últimas consecuencias, en el sentido de que no sólo contrae el débito, sino que compromete, además, la responsabilidad de los bienes comunes para el caso de incumplimiento.

Ciertamente, comprometer individualmente una responsabilidad que afecta «al otro», se compadece mal con el principio de actuación conjunta. Sin embargo, no hay que olvidar el carácter germánico de la sociedad de gananciales, un tipo de comunidad que se basa en la relación personal de sus miembros, como dice GARCÍA GRANERO, a medio camino entre la mera comunidad y la persona moral (106).

(106) Una comunidad «preexistente a la misma relación de comunidad económica a la que genera por su propia virtud y eficacia, de un modo reflejo y secundario» (GARCÍA GRANERO, cit., *RCDI*, abril de 1046, pág. 234). Lo que parece el fundamento de la iniciativa individual que el artículo 1.322 del Código Civil confiere a los partícipes, según el

2.^a A pesar de la regla general de administración conjunta, el artículo 1.365 (cfr., además, los arts. 1.368, 1.386 y 1.366), dentro de ciertas áreas de actividad (ejercicio de la potestad doméstica, ocupación habitual, administración de los bienes propios) legitima a un solo cónyuge para obligar directamente los bienes gananciales.

Pero la relación de actividades que enumera el artículo 1.365 no exime de la necesidad de tener que declarar judicialmente, en todos los casos controvertidos, si las obligaciones contraídas dentro de los mencionados ámbitos son, efectivamente, responsabilidad de los bienes comunes o de los privativos del cónyuge agente. (Nos parece criticable que el legislador no haya establecido con más precisión la distinción entre deudas privativas y gananciales.)

De ello se deduce, como hace la Resolución de 28-3-1983, que las obligaciones de los cónyuges casados en régimen de gananciales pueden ser de tres clases: las contraídas por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro; por uno en el ejercicio de los poderes que la Ley le confiere sobre los bienes comunes; o por un solo cónyuge en su particular interés.

Las primeras y las últimas no plantean problema alguno, por lo que no han sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales. Las del segundo grupo, debido a su indeterminación real o sustantiva, son las que han generado el grueso de la jurisprudencia que analizamos.

3.^a Comoquiera que la declaración judicial necesaria para determinar el carácter de la deuda de un cónyuge, se estima que no es posible obtenerla en el más común de los juicios, el ejecutivo y en los declarativos por regla general —si no absoluta—, no han existido pronunciamientos en tal sentido, el CD se ha visto en la necesidad de tomar partido ante las deudas cuya naturaleza se desconoce por falta de pronunciamiento judicial y lo ha hecho decididamente por el carácter privativo de tales deudas, sin atención a lo que pudiera resultar en el derecho sustantivo. («A efectos del Registro, ha de estimarse que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado en tanto no conste debidamente en el mandamiento que el embargo ha recaído en actuaciones que tienen como objeto la reclamación de una deuda que es, además, deuda de la sociedad». Resolución de 24-9-1987).

4.^a El considerar que toda deuda de un cónyuge, «a efectos del Registro», en principio debe considerarse privativa, excluye al acreedor de los beneficios que dispensan los artículos 1.401 y 1.402 ante imprevistas disolu-

cual los actos de administración o de disposición de uno de ellos sin el consentimiento del otro, valen, mientras no se impugnen por éste o sus herederos y desde que se confirman o caduque la acción para anularlos; lo que no sería posible en una comunidad romana, de base puramente económica, regida por el principio de unanimidad (cfr. el art. 397 del Código Civil).

ciones de la sociedad de gananciales. («Las posibilidades del acreedor sobre los bienes gananciales... serían mucho mayores si la deuda, cuya efectividad se persigue, fuera de aquéllas de que han de responder los bienes gananciales», como reconoce la Resolución de 29-5-1987).

Sin embargo, desde su inalterada postura, la DG ha discurrido nuevos expedientes o artificios con los que favorecer en alguna medida la situación del acreedor ante sospechosas capitulaciones disolutorias de la sociedad de gananciales, acudiendo a actos que acaecen fuera del Registro de la Propiedad. Lo que ha producido desacuerdo o extrañeza en algunos hipotecaristas (*vide* GARCÍA ARANGO, *ut supra*; también JOSÉ M. GARCÍA, *Acotaciones a la legislación hipotecaria*, Civitas, 1995, pág. 293).

Estos remedios han consistido:

1.º En los casos de cambio del régimen económico de la sociedad de gananciales por el de separación de bienes, ha dado preferencia al embargo que se trabe en fecha anterior a la de la escritura de capitulaciones modificatorias del régimen económico (Resolución de 24-9-1987), manteniéndose la prioridad de la traba aún cuando la anotación del embargo se practicara cuando ya se hallaban inscritas las capitulaciones que disolvían la sociedad conyugal.

2.º Un paso más ha consistido en primar la prioridad temporal del embargo, no en relación a la escritura de capitulaciones disolutorias, sino con la fecha de su indicación en el Registro Civil (Resolución de 25-3-1988).

Ahora bien, como las capitulaciones matrimoniales que afectan a inmuebles son inscribibles en el Registro de la Propiedad (art. 1.333 del Código Civil), su ingreso en la vida tabular produce los efectos propios del sistema registral, sustituyendo con ventaja a la inscripción o indicación en el RC, en el sentido de enervar la posibilidad de que sea trabado un bien *ex-ganancial*, adjudicado en una disolución de la sociedad, cuando se halla inscrito ya a nombre del adjudicatario.

En los supuestos en que las capitulaciones se han hecho constar en ambos Registros, se observa que el CD se refiere o invoca la eficacia del Registro de la Propiedad para fundamentar los acuerdos que adopta con preferencia a la del Registro Civil —instrumento de publicidad general en la materia— (cfr. Resolución de 3-6-91 y 25-1-93), sin duda por la mayor implicación de aquél en el tráfico de inmuebles y por el arraigo social y mayor facilidad de su consulta.

5.^a De lo expuesto resulta que para hacer efectiva la responsabilidad por deuda de un cónyuge sobre bienes *exgananciales*, adjudicados a uno de los esposos, anotando el correspondiente embargo, las dos vías posibles consisten en: a) conseguir la traba antes de que las capitulaciones disolutorias de la sociedad de gananciales se hagan oponibles a tercero, mediante indicación en

el Registro Civil o inscripción en el inmobiliario, o *b*) acreditar que la deuda perseguida es de las que responsabilizan directamente los bienes gananciales (art. 1.401 del Código Civil) (107).

6.^a La modificación del Código Civil por la Ley 11/1981 introdujo un giro copernicano en el gobierno de la sociedad de gananciales, antes competencia personal del marido y, ahora, conjunta de ambos esposos.

Sin embargo, no se previeron, para tenerlas en cuenta, todas las implicaciones que el cambio comportaba en las distintas normas civiles.

Un ejemplo (no por su importancia, sino por afectar a la materia que tratamos) es el párrafo 4.º del artículo 144 del RH, modificado en 1982, que para el embargo de bienes gananciales una vez disuelta la sociedad y pendiente de liquidación, establece —con igual criterio que antes— que la demanda debe dirigirse contra todos los implicados, «ambos cónyuges o sus herederos».

Esto era válido antes de la última modificación porque el artículo, como decía en su principio, se refería a «deudas y obligaciones... a cargo de la sociedad de gananciales», pero no lo es ahora que las obligaciones pueden ser comunes o privativas. Y, además, como hemos visto, el CD las considera privativas mientras no se declare judicialmente lo contrario. De forma que en el caso previsto, lo correcto es dirigir la demanda sólo contra el comunero deudor, y por su parte.

RESOLUCIONES COMENTADAS

6-11-1981. Sociedad de gananciales disuelta y liquidada. Debe dirigirse la demanda contra el adjudicatario, no basta notificarle (deudas anteriores a 13-5-1981).

10-11-1981. Reitera la doctrina de la anterior.

19-11-1981. *Idem*.

28-3-1983. Cabe anotar el embargo sobre un bien ganancial, con la simple notificación al cónyuge del demandado, sin que sea necesaria la demanda conjunta.

15-4-1983. Reitera la doctrina de la precedente. Como la deuda era anterior a la reforma del Código Civil de 1981, su doctrina coincide con las de las Resoluciones de 9, 13 y 14 de 1966.

23-11-1983. CONSIDERANDO 4.º. La reforma del Código Civil —1981— comporta dificultades a los acreedores para ejecutar sus créditos y

(107) La no admisión de oportunidad de demostrar la naturaleza de la deuda en el juicio ejecutivo y, ante la frustración del acreedor, remitirle al juicio ordinario, trae vagamente a la memoria el artículo 24 de la CE en cuando se refiere al derecho del ciudadano a un proceso «sin dilaciones indebidas».

determinar los bienes comunes o privativos que, según los casos, pueden quedar afectos a las responsabilidades contraídas por ambos o por uno cualquiera de los esposos, así como la dificultad o incluso imposibilidad de que sea el juicio ejecutivo el procedimiento adecuado para hacerlos efectivos, estimándose necesaria una reforma de las Leyes procesales que resolviese la dificultad apuntada.

25-4-1986. La anotación de embargo sobre un bien ganancial prevalece sobre las capitulaciones matrimoniales que disuelven dicha sociedad que, siendo anteriores, se inscriben después del embargo.

22-5-1986. Disuelta, por fallecimiento de un cónyuge y no liquidada la sociedad de gananciales, no cabe anotar el embargo sobre una mitad indivisa de un bien inscrito como ganancial, a no ser que la demanda se dirija contra el viudo y los herederos del **premuerto**.

27-5-1986. Reitera la doctrina de la Resolución de 28-3-1983.

3-6-1986. Anotado un embargo «sólo sobre los derechos que le puedan corresponder al demandado en su disuelta sociedad conyugal», no es inscribible la enajenación judicial de la íntegra finca, sin haber dirigido la demanda contra el viudo y los herederos del premuerto.

16-10-1986. Disuelta la sociedad de gananciales por muerte de ambos cónyuges y pendiente de liquidación para practicar una anotación de embargo sobre los bienes que la integran, debe dirigirse la demanda contra todos los herederos.

24-11-1986. Reitera la doctrina de la de 28-3-1983.

28-11-1986. **Idem.**

16-2-1987. Sociedad de gananciales disuelta y liquidada. Deudas de las que no consta que deban responder los bienes gananciales. No cabe anotar el embargo sobre fincas ya inscritas a favor del cónyuge no demandado.

29-5-1987. Igual doctrina que la anterior.

18-9-1987. **Idem.**

24-9-1987. **IMPORTANTE.** Por primera vez aparece la fecha del embargo, que al ser anterior a la de las capitulaciones matrimoniales liquidatorias del consorcio ganancial, prevalece sobre ellas, aún cuando se constate en el Registro de la Propiedad después de aquéllas.

28-10-1987. Reitera la doctrina de la de 16-2-1987.

6-11-1987. **Idem.**

12-11-1987. **Idem.**

5-1-1988. **Idem.**

18-3-1988. **Idem.**

25-3-1988. **IMPORTANTE.** Por primera vez se da prioridad al embargo, porque al practicarse, las capitulaciones matrimoniales disolutorias de la sociedad de gananciales no se habían indicado en el Registro Civil ni, en el caso concreto, tampoco se habían inscrito en el Registro de la Propiedad.

15-7-1988 y 11-5-1989. Inscrita una finca como presuntivamente ganancial, y anotado un embargo sobre la misma (que fue notificado al cónyuge del deudor), es inscribible la escritura de venta otorgada por el Juez en nombre y por rebeldía del cónyuge demandado. No era necesario que actuara también en nombre del cónyuge del deudor —como exigía el **Registrador**— porque el Juez, en tal supuesto, «no actúa propiamente en representación del deudor o dueño de la finca, sino en ejercicio de la potestad jurisdiccional».

29-5-1989. Reitera la doctrina de la de 16-2-1987.

3-6-1991. *Idem*.

4-6-1991. *Idem*.

18-7-1991. *Idem*.

25-1-1993. *Idem*.

4-10-1993. *Idem*.

Casos especiales.

8-7-1991. Embargo por la mujer de los derechos que correspondían al marido en un inmueble que tenía carácter ganancial. Se admite la anotación, pero no la adjudicación a la esposa, en la subasta judicial —por falta de postores— de los derechos embargados. Es necesaria la previa liquidación de la mencionada sociedad.

26-10-1987. Vivienda familiar. La enajenación de la nuda propiedad de una vivienda no requiere el consentimiento del otro cónyuge a que se refieren los artículos 1.320 del Código Civil y 91.1 del RH (**FD10**).

10-11-1987. Inaplicación del artículo 1.320, en la enajenación de una cuota.

27-6-1994. Reitera la doctrina de la anterior.

ADDENDA

La reforma del artículo 144 del Reglamento Hipotecario.

En prensa este trabajo, se ha publicado el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (*BOE* de 29-9-1998), por el que se modifican determinados artículos del RH y, entre ellos, el artículo 144, referido específicamente al embargo de bienes gananciales.

La modificación alcanza a los apartados 1, 3 y 5, que dicen así:

1. «Para que durante la vigencia de la sociedad conyugal sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes inscritos conforme a lo previsto en los números 1 ó 4 del artículo 93 o en el número 1 del artículo 94, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra los dos cónyuges o que estando demandado uno de los cónyuges, ha sido notificado al otro el embargo.

4. Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido

contra ambos cónyuges o sus herederos. Cuando constare en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución o del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del embargo al cónyuge titular antes del otorgamiento de aquélla.

5. Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado».

No es el caso ni nuestra intención comentar el precepto reformado. Nos limitaremos a razonar los que parecen ser los motivos y finalidad de dicha reforma, sin extendernos en hipótesis o problemas que pueda plantear o sugerir su aplicación.

Veamos los apartados objeto de reforma.

El 144-1 condensa en un solo párrafo lo que antes se decía en dos. El legislador parece haber caído en la cuenta de la poca utilidad que aportaba el segundo, por lo que ha desaparecido y, realmente, no se le echa en falta (108).

Este apartado contempla obligaciones que pueden ser o no, a cargo de los bienes gananciales, pero sí se refiere, en todo caso, al embargo que recae sobre bienes de tal naturaleza.

Hace desaparecer de la letra del precepto la obligación de dirigir la demanda contra ambos cónyuges, que contemplaba obligaciones gananciales, aún contraídas por un solo cónyuge (cfr. arts. 1.365, 1.368, 1.386). Se acoge de plano la doctrina de la Resolución de 28-3-1983, que interpretando el precepto contra su literalidad, estableció que bastaba dirigir la demanda ejecutiva contra el deudor y notificar el embargo a su consorte. Doctrina acogida, a su vez, íntegramente por el TS (109).

Ya nos manifestamos en su momento, a favor de la conveniencia y posibilidad de admitir en el proceso de ejecución, la intervención del consorte del deudor, limitada a verificar sumaria e incidentalmente, si la deuda que se ejecuta es o no a cargo de los bienes gananciales.

La oportunidad era excelente para incidir en el problema. La E. de M. nos dice que la demanda debe dirigirse «al cónyuge deudor... y notificar al otro

(108) Su alusión a la «falta o insuficiencia» de los bienes privativos inspiró uno de los motivos de denegación de la anotación de embargo en las Resoluciones de 24 y 28 de noviembre de 1986, por no haberse acreditado, previamente al embargo de bienes gananciales, dicha falta o insuficiencia de privativos del deudor. Lo que no fue considerado defecto por la DG, conforme al sentir de la doctrina mayoritaria.

(109) *Vide* las Sentencias de 17 de noviembre de 1987, 28 de abril de 1988 y, con alguna especialidad, que comentamos en su momento, la de 20-3-1989.

para que pueda ejercitar los derechos que le correspondan». El sistema de notificación se justifica, «en la medida que la exigencia de demanda al cónyuge no deudor resulta inviable en la práctica procesal».

A pesar de que una norma reglamentaria no puede modificar otra de rango superior, como sería la LEC, es de lamentar que el legislador reglamentario, en la persecución de sus fines, encuentre obstáculos en otra norma precedente —del siglo pasado, en este caso— cuando es sabido que «las leyes... se derogan por otras posteriores» (art. 2.2 del Código Civil).

En todo caso habría sido de agradecer que la reforma hubiera afrontado la preocupación que a menudo plantea la doctrina: ¿para qué sirve la notificación? (cfr. RIVAS, *ob. cit.*, pág. 137), aportando alguna luz al interrogante (110).

(110) Desde el punto de vista que hemos mantenido, y a partir de la inviabilidad de la demanda al consorte del deudor, parecía buena la oportunidad de potenciar la notificación en el sentido que hemos señalado más arriba, de darle traslado de la demanda, abriendo la posibilidad de oírle sumariamente en el propio juicio ejecutivo, y no que la notificación siga encaminada solamente a que pueda ejercer, en otros foros, las acciones de que se considerase asistido (cfr. arts. 1.390 y 1.391).

A propósito de estas consideraciones sobre el significado y sobre la forma de la notificación, y como muestra de lo que se puede conseguir en un juicio ejecutivo —por un demandante avisado, todo hay que decirlo— cabe traer a colación la STS de 28 de abril de 1988, de la que vamos a destacar los siguientes hechos:

Se trataba de una ejecución cuyo título eran nueve letras de cambio, el vencimiento de la última de las cuales era el 10 de octubre de 1980.

El 17 de octubre siguiente, los cónyuges afectados otorgaron capitulaciones matrimoniales liquidando la sociedad de gananciales, establecieron el régimen de separación, adjudicando la finca a la esposa.

La deuda era del marido, lo que reconoció específicamente en diligencias preparatorias, por Auto de 31-3-81.

La demanda se dirigió contra el marido, pero solicitando «que se entendiera dirigida contra la mujer, según el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, en redacción de 1959... y en efecto, el requerimiento de pago, embargo y citación de remate se entendieron, según resulta del examen de las actuaciones... contra la mujer».

El 26 de mayo de 1981 se embargó la finca litigiosa, dictándose la sentencia de remate el 12 de junio de 1981 y anotándose el embargo en el Registro de la Propiedad el 16 de junio del mismo año.

La mujer reaccionó contra el embargo, interponiendo tercería de dominio, invocando que en la liquidación, al marido se le adjudicaron «bienes suficientes para hacer frente al pago de la deuda» y que la persecución de éstos era previa a la de los suyos.

El TS desestima dicha demanda en razón a que «no se ha discutido que la sociedad de gananciales disuelta y liquidada respondiese originariamente de la deuda», y que conforme al artículo 1.401, la finca debe responder de la misma (las deudas eran gananciales, anteriores a 1981).

Destaquemos de la sentencia relatada, el hecho de dirigir la demanda contra el marido y solicitando «que se entendiera dirigida contra la mujer, según el artículo 144 del RH» y que se entendieron contra ella «el requerimiento de pago, embargo y citación de remate», verdaderas actuaciones procesales practicadas con quien no era deudor, pero sí responsable. Lo que coincide con razonamientos que hemos mantenido más arriba.

Motivo distinto para embargar bienes gananciales es el que prevé el artículo 1.373. Aquí se trata, por hipótesis, de una deuda de carácter privativo que, al reclamarla el acreedor, el mencionado precepto le faculta para «pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge». Por tanto, la notificación resulta ser un dictado de la norma sustantiva, a los efectos y con las consecuencias que prevé dicho artículo 1.373.

Otro aspecto a considerar en el apartado 1 es la manera de designar los bienes gananciales por referencia a la forma en que aparecen inscritos en el Registro de la Propiedad: «bienes inscritos conforme a lo previsto en los números 1 ó 4 del artículo 93 o en el 4 del artículo 94» (111).

La alusión a las diferentes formas de estar inscritos los bienes, trasunto de su forma de adquirirlos, es debida a que la regla que se establece es dirigir siempre la demanda al cónyuge deudor, «sea o no quien adquirió los bienes», como dice la E. de M.

Con ello se vienen a superar las deudas que había manifestado la doctrina respecto al embargo de bienes que, adquiridos por un cónyuge, se hallaban inscritos a su nombre, pero «con carácter presuntivamente ganancial» o «para la sociedad de gananciales». El problema surgía si el deudor era un cónyuge y el titular registral era el otro.

De admitirse el embargo en tal supuesto, desde el punto de vista formal habría una fractura de los principios hipotecarios de tracto y legitimación (arts. 20 y 38.III de la LH). Sin embargo, comoquiera que a pesar de las reglas formales, en el derecho sustantivo el **atributario** material del bien es la sociedad de gananciales, lo que dispone la nueva regla hace prevalecer este último aspecto sobre el estrictamente registral. La postura había sido justificada por la doctrina, con cierta facilidad, en el caso del artículo 93-4 y, respecto al del 94-1, en el sentido de que a pesar de que el bien se halla inscrito con carácter presuntivamente ganancial y no se puede disponer de él sin el consentimiento de su titular (art. 94-3), la presunción de ganancialidad (art. 1.361 del Código Civil) opera en favor y en contra de uno y otro cónyuge y en relación a terceros (acreedores, terceros adquirentes). Por otra parte, la DG al establecer la suficiencia de la notificación al cónyuge no demandado, no ha hecho distinciones respecto a que el bien estuviera o no inscrito con carácter presuntivamente ganancial.

(111) El artículo 93-1 dice: «Se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición o adquiriéndoles en forma conjunta y sin atribución de cuotas». El artículo 93-4 dice: «Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales se inscribirán, con esta indicación, a nombre del cónyuge adquirente». Según el artículo 94-1, «los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial».

Y por lo que se refiere a la venta forzosa, tampoco se plantean problemas, puesto que en el proceso de ejecución, el Juez «no actúa propiamente en representación del deudor o dueño de la finca sino en ejercicio de la potestad jurisdiccional», como pusieron de manifiesto las Resoluciones de 15-7-1988 y 11-5-1989 (112).

144-4. Este punto conserva intacto su primer apartado y se le agrega un segundo, que fue suprimido en la reforma inmediata anterior, aunque ahora reaparece con diferente contenido.

Antes de la reforma de 12-11-1982, el segundo párrafo del artículo 144 decía: «Si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiera inscrito la partición de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiera dirigido contra los respectivos adjudicatarios...»

La supresión de este apartado hay que atribuirlo a la consideración de que una vez adjudicado e inscrito a favor de un cónyuge un bien procedente de la liquidación de la sociedad de gananciales, el titular lo es con carácter privativo, por lo que su situación registral obliga a que cualquier actuación judicial contra él deba atenerse a las normas generales (arts. 20 y 38.III de la LH y 140-1.^a del RH) (113).

La nueva redacción parece responder a la intención de aplicar en lo posible, dentro de las limitaciones que imponen las reglas hipotecarias, el artículo 1.317 del Código Civil, que la liquidación de la sociedad conyugal no perjudique «los derechos ya adquiridos por terceros», cuando iniciado el proceso de ejecución, aparezcan unas capitulaciones disolutorias.

El nuevo apartado 144-4.II contempla el supuesto de que en el Registro constare la liquidación de la sociedad de gananciales, pero tomando como punto de partida que la misma se hallare vigente al tiempo de iniciarse la ejecución.

En un plano puramente teórico, al presentarse la demanda ejecutiva, la sociedad podría encontrarse: a) vigente; b) disuelta y pendiente de liquidación, y c) liquidada.

De inmediato, hay que eliminar el supuesto b) en el presente caso, porque su tratamiento es objeto específico del apartado 144-4.I.

La situación c), igual que ocurrió en la reforma de 1982, hay que entender que tampoco se contempla, pues ya sabemos que en tal caso se aplican las normas de carácter general (art. 140-1.^a del RH).

Como avanzamos antes, entendemos que el apartado a) constituye el supuesto que regula la nueva norma, es decir, que cuando se inicia el procedimiento se halla vigente el régimen de sociedad de gananciales.

(112) Vide más extensamente, RIVAS, *ob. cit.*, pág. 142.

(113) Resulta curioso que por inercia, observada a menudo en actuaciones judiciales, el apartado suprimido se haya seguido invocando bastantes años después de su desaparición. Véanse, entre otras, las SSTS de 15 de febrero y 13 de junio de 1986.

Veamos la doble alternativa a que se refiere la nueva norma.

1.^a «El embargo será anotable si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución» (el bien se adjudica con la ejecución en marcha). Hay que entender que un cónyuge está demandado, tanto si lo está él solo, como si la demanda ha sido conjunta contra los dos. Tampoco cabe distinguir en las deudas que se reclaman entre privativas y aquéllas que son de responsabilidad directa de los bienes gananciales.

El mandato del artículo 1.317 es que la liquidación, una vez iniciada la ejecución, no debe perjudicar el derecho del acreedor, que puede perseguir el bien que se ejecuta a pesar del cambio de situación registral, pero que continúa —con otra modalidad— bajo la titularidad del deudor.

Como dice la Resolución de 25-4-1986, la adjudicación «no significa que se haya producido la salida del bien ganancial de la misma masa de responsabilidad en que, por el régimen de la sociedad de gananciales, el bien estaba incluido». En análogo sentido, el TS ha manifestado que aún después de la disolución de la sociedad de gananciales, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes que, antes de aquélla, tenían naturaleza ganancial (STS de 20-3-1989).

2.^a Más complicada se presenta la segunda alternativa, que posibilita la anotación, si «del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del embargo al cónyuge titular antes del otorgamiento de aquélla».

Aquí se hace uso de la equivalencia, establecida en el párrafo primero, entre demandar los dos cónyuges o dirigir la demanda contra uno y notificar al otro.

Pero no parece haberse reparado en la dificultad, más bien imposibilidad, de constatar en el mandamiento la responsabilidad del bien —**ganancial** en el momento de la **notificación**— pues, como hemos reiterado prolijamente, ello no se considera posible en el más común de los juicios, que es el ejecutivo. En lo que coinciden jueces, registradores, doctrina y jurisprudencia (114).

Por si fuera poco, la E. de M. del RD que promulga la modificación del RH, considera «inviabile en la práctica procesal» el dirigir la demanda al cónyuge no deudor, reconocimiento implícito de la imposibilidad de dirimir en el juicio ejecutivo el carácter de la deuda que se ventila, al no poder traerse al mismo al consorte del deudor, cuya presencia resulta indispensable para dilucidar la naturaleza de «la deuda que motiva el embargo». Sin que la demanda pueda considerarse suplida por la notificación, pues ésta lo que hace es advertir simplemente al no deudor de la oportunidad de ejercer las acciones

(114) Hemos señalado que no se ha conseguido, hasta la fecha, ningún pronunciamiento judicial, declarando la ganancialidad de una deuda, no obstante, los reiterados intentos que han pretendido tal finalidad.

que le competan (cfr. art. 1.391), pero no le constituye en genuina parte procesal.

En resumen, que la condición de que «del mandamiento resulte la responsabilidad del bien por la deuda...» resulta una exigencia de imposible cumplimiento.

A modo de excepción a la regla general que acabamos de ver, la posibilidad de hacer constar en el mandamiento que la deuda que se ejecuta es de responsabilidad común, cabe encontrarla en el juicio declarativo, siempre que tal extremo se haya postulado en la demanda y si se logra que así lo manifieste la sentencia, caso de llegar a la ejecución forzosa, podrá hacerse constar en el mandamiento ordenando la anotación de embargo.

El 144-5, referido al embargo de vivienda familiar, ha sido objeto sólo de dos precisiones, pero sin modificación alguna de su sentido.

Se le añaden, puntualmente, en un renglón, una frase y, en otro, una simple palabra. Los añadidos son: que el carácter de vivienda habitual «constare en el Registro» y, el otro, que la notificación del embargo se haga al cónyuge del titular «embargado».

La precisión relativa a la constancia en el Registro del carácter de vivienda familiar era necesaria porque las viviendas no siempre se adquieren constante matrimonio y, por otra parte, no hay consenso en la doctrina acerca de la oportunidad ni sobre el documento y forma de hacer constar registralmente tal carácter, por lo que puede existir discordancia entre Registro y realidad extrarregistral y, como se sabe, el Registrador sólo puede tomar en consideración esta última.

Los problemas en torno a la protección de la vivienda familiar (cfr. arts. 1.320 del Código Civil y 91.1 del RH), están generando frecuentes sentencias del TS, consecuencia, entre otros motivos, de la profusión cada vez mayor, de causas relativas a nulidad, separación y divorcio de los cónyuges (*vide* art. 90 y siguientes del Código Civil).

Sin embargo, desde el punto de vista registral, los extremos que se han discutido se pueden calificar casi de nimios, según vimos en las cuatro Resoluciones que se han referido a tal aspecto. Y no es que no existan carencias y puntos oscuros en la aplicación de este apartado 144-5 del RH (115).

MIGUEL VAQUER SALORT
Registrador de la Propiedad

(115) Una relación de cuestiones en torno al relacionado precepto las expone y razona acertadamente RIVAS (*ob. cit.*, pág. 162).