



**Universidad**  
Zaragoza

# Trabajo Fin de Grado

La protección del acreedor frente a la novación  
capitular

The protection of the creditor against capitular  
novation

Autor/es

Ana Domínguez Pérez-Sevilla

Director/es

Aurelio Barrio Gallardo

Facultad de Economía y Empresa  
2017

Autor/a: Ana Domínguez Pérez-Sevilla  
Director/es: Aurelio Barrio Gallardo  
Título: La protección del acreedor frente a la novación capitular  
Titulación: Grado en Economía

El objeto del presente Trabajo Fin de Grado consiste en analizar cómo la introducción del principio de mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales (reforma Ley de mayo de 1975), conllevó a la necesidad de fijar el alcance y los efectos que tiene dicho cambio frente a los acreedores. Uno de los principales inconvenientes que presenta éste precepto es que los cónyuges pacten capitulaciones matrimoniales con intención fraudulenta para no hacer frente a las deudas que tengan contraídas con terceros. Estas medidas que propone nuestro Derecho tienen como finalidad impedir, obstaculizar o dificultar el abuso que acarrea la modificación del REM y, sobretodo, proporcionar una mayor seguridad práctica y jurídica a los acreedores en el cobro de sus créditos y derechos contra la sociedad conyugal. En esta presentación veremos los mecanismos que utiliza la jurisprudencia para remediar este problema y analizaremos su eficacia en la práctica.

The purpose of the present project is to analyse how the introduction of mutability on matrimonial capitulations (Law reform of May 1975), led the need to determine the scope and effects it has with the creditors. One of the main disadvantages is that the spouses make marital agreements with fraudulent intention to not face the debts they have contracted with the creditors. These measures proposed by our law are intended to prevent, hide and make difficult this abuse, and, above all, provide a better legal security to creditors in the collection of their claims and rights against the conjugal society. In this presentation we will see the mechanisms used by jurisprudence to remedy this problem and analyse its effectiveness in practice.





## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.	.....	Artículo
CDFA	.....	Código de Derecho Foral de Aragón
LGT	.....	Ley General Tributaria
LH	.....	Ley Hipotecaria
LRC	.....	Ley Registro Civil
Pág	.....	Página
RDGRN	.....	Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado
REM	.....	Régimen económico matrimonial
RJA	.....	Repertorio Jurídico Aranzi
RRM	.....	Reglamento Registro Mercantil
RRC	.....	Reglamento Registro Civil
Ss	.....	Siguientes
STS	.....	Sentencia Tribunal Supremo
TS	.....	Tribunal Supremo
Vid	.....	Véase





## ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN .....	1
II. CAPITULACIONES MATRIMONIALES.....	2
1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	2
2. CONCEPTO .....	3
ii. Legitimación.....	5
iii. Capacidad.....	6
iv. Contenido .....	6
III. RESPONSABILIDAD DE LAS DEUDAS .....	8
1. SOCIEDAD DE GANANCIALES .....	8
2. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES .....	10
IV. INMUTABILIDAD .....	12
V. MUTABILIDAD .....	15
VI. INEFICACIA .....	17
VII. PUBLICIDAD .....	18
VIII. DEFENSA DEL ACREEDOR FRENTE A LA MUTACIÓN DEL REM.....	20
1. ART. 1.317 CC.....	21
2. PROTECCIÓN DEL ACREEDOR.....	24
i. Nulidad.....	24
ii. Rescisión .....	25
iii. Simulación.....	26
iv. Postura actual de la jurisprudencia.....	27
IX. CONCLUSIÓN .....	32
X. BIBLIOGRAFÍA .....	33
XI. ANEXO .....	35



## **I. INTRODUCCIÓN**

Si tenemos en cuenta los numerosos estudios que se han publicado durante éstos últimos años en relación con la protección del acreedor frente a la novación capitular, podemos considerar que el tema objeto de estudio es uno de los más interesantes dada la reforma de 1975 sobre el Derecho de familia.

En este presente Trabajo Fin de Grado trataremos de precisar las consecuencias que ha originado la sustitución del principio de inmutabilidad del REM en nuestro Derecho común. Para ello, ha sido fundamental reflejar la situación previa a la Ley 14/1975 de 2 de mayo de 1975.

Tras analizar éste principio, estudiaremos el fundamento de la mutabilidad con sus correspondientes críticas para poder determinar su efectividad. Y veremos que el principal problema de este precepto es la utilización de la libertad de modificación de las capitulaciones matrimoniales por parte de los cónyuges, con el fin de que los bienes gananciales que podían hacer frente a la deuda pasen a tener carácter privativo, y con ello, los acreedores vean minorado su capacidad para cobrar el crédito.

El nombrado perjuicio será el asunto principal de nuestra presentación que adquiere notable importancia debido a las sentencias contradictorias del TS. La elección de este tema tiene que ver con la importancia y preocupación que el mismo suscita en despachos de notarios y abogados e incluso en los Registros. Por otro lado, la intención fraudulenta ha provocado la ruptura de la confianza y de la seguridad jurídica en un área tan significativa como es la de las relaciones patrimoniales externas de los cónyuges con los acreedores.

El objetivo final de esta exposición es la búsqueda de medidas legales que tiendan a paliar esta extendida práctica. Por consiguiente, realizaremos un análisis de cada uno de los mecanismos de defensa que propone la doctrina para poder ver en definitiva, si las medidas actuales son o no suficientes para proporcionar a los acreedores una mayor seguridad práctica y jurídica en el cobro de sus créditos contra la sociedad conyugal.

## II. CAPITULACIONES MATRIMONIALES

### 1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La jurisprudencia está continuamente sometida a cambios y mejoras, por ello, es importante saber cómo ha evolucionado el tema objeto de estudio, ya que para saber dónde nos encontramos, es necesario conocer de dónde venimos.

Como punto de partida acudimos al Derecho romano, en el que no se hacía contrato matrimonial puesto que imperaba un sistema de régimen legal único del que los individuos tenían prohibido apartarse. Como antecedente remoto de este negocio jurídico, los cónyuges realizaban una descripción o en su defecto un inventario del capital que aportaban al matrimonio que, en el caso de la mujer, se correspondía a la dote.

Los pactos matrimoniales no resultaban ser algo novedoso ya que venían realizándose por los cónyuges desde épocas muy lejanas. Es cierto que durante el Medievo en algunos países de Europa era posible distanciarse del régimen legal de bienes gracias a «las fundaciones matrimoniales»<sup>1</sup>, en España la mayoría de documentos abarcan promesas matrimoniales con estipulación de dote, arras o cualquier otra forma de donación *propter nuptias*<sup>2</sup>.

En Francia, durante la época revolucionaria, el denominado *contrat de mariage* adquirió la legalidad. Aquí el régimen matrimonial era entendido como un conjunto de bienes propiedad de ambos cónyuges que unen sus esfuerzos para levantar las cargas familiares. Esta concepción vino dada por la cada vez más creciente independencia del sexo femenino. La mujer aunque contrajese matrimonio seguiría conservando su personalidad y su capacidad jurídica.

Es cierto que la independencia de la mujer en pleno siglo XXI está más que asentada y no cabe discusión al respecto en la sociedad. Sin embargo, en aquella época la mujer vería limitada su capacidad para desempeñar cualquier trabajo remunerado una vez contraía matrimonio.

---

<sup>1</sup> KIPP Y WOLFF, (1979): *Derecho de familia*, pág. 285

<sup>2</sup> DE LOS MOZOS, J. L., (1982): *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, pág. 177.

Nuestros Derechos occidentales modernos descienden del CC napoleónico del cual se deduce la libre determinación del REM. Sólo los países socialistas y los que pertenecían a la ya extinguida URSS implantaban un régimen de comunidad. En este sentido, lo más común es que los cónyuges elijan libremente el régimen económico a aplicar en su matrimonio.

En aras a lo comentado en el párrafo anterior, es en la década de los 80 cuando se consagra la libertad capitular en España, y desde entonces, ésta no ha dejado de ganar terreno en el Derecho de familia.

En la actualidad, el matrimonio se considera como un acto de la esfera personal de los individuos. Así pues, los mismos gozan de una amplia libertad capitular que les permite diseñar su propia economía del matrimonio (art. 1.315 y 1.325 CC).

## **2. CONCEPTO**

El matrimonio genera entre los cónyuges efectos muy diversos. Destacamos aquellos que tienen que ver con el carácter personal, regulados en los arts. 66 y ss. CC; otros de naturaleza económica como por ejemplo, el deber de ambos cónyuges de contribuir a los gastos comunes (art.1319 CC).

En estas y otras cuestiones subyacen distintos conflictos de intereses ya sea entre los propios cónyuges o con terceros. El derecho, por tanto, es el elemento que debe ofrecer una solución y ordenar los límites que deben respetar los cónyuges si son ellos mismos los que van a establecer las reglas pertinentes para resolver todas las posibles desavenencias.

El ordenamiento jurídico ofrece soluciones a este tipo de problemas a través del denominado REM, definido como el conjunto de reglas que disciplinan la económica del matrimonio.

Conviene destacar que hay reglas comunes a todos los matrimonios y otras que pueden variar de unos a otros. Por tanto, las normas básicas que se aplican en el entorno económico de todos los matrimonios se conoce como REM primario.

A partir de aquí y respetando este denominador común, la ley ofrece multitud de posibilidades a los cónyuges poniendo a su disposición distintos tipos de REM. En concreto, nuestro CC regula tres modalidades diferenciadas, permitiendo a los consortes introducir modificaciones en cada una de ellas, acogerse a otra distinta regulada en un ordenamiento autonómico o extranjero, o idear una nueva (con escasa aplicación en la práctica).

En defecto de elección por parte de los cónyuges, se les aplicará el régimen indicado en la ley, que en el CC corresponde a la sociedad de gananciales (art.1316 CC).

Conviene destacar los diferentes regímenes legales supletorios que existen en cada una de las Comunidades Autónomas que cuentan con una regulación especial: El CDFa establece el régimen consorcial aragonés; Cataluña, Baleares y Valencia fijan la separación de bienes; Galicia regula la sociedad de gananciales; Navarra dispone la sociedad legal de conquistas y por último el País Vasco recoge la comunidad foral de bienes, estos tres últimos se refieren a un régimen de comunidad.

Sin embargo, si los cónyuges desean optar por algún REM o modificar aquel por el que se rigen o sustituirlo por otro diferente, deben hacerlo a través de un negocio jurídico solemne denominado capitulaciones matrimoniales.

Entendemos por capitulaciones matrimoniales aquel negocio jurídico por el cual los cónyuges o futuros cónyuges establecen, modifican o sustituyen las normas de carácter patrimonial aplicables a su matrimonio, sin perjuicio de que pueden incluir otros pactos de naturaleza personal o patrimonial (art.1325 CC).

Una vez determinado el contenido y la función de las capitulaciones es importante referirnos a una serie de cuestiones: cuándo, quién y cómo pueden otorgarse; qué puede regularse en ellas; y el alcance de su modificación.

### **i. Momento del otorgamiento**

Las capitulaciones matrimoniales se pueden otorgar antes o después del matrimonio (art. 1.326 CC). Si se otorgan con anterioridad al matrimonio, servirá para establecer el REM que se aplicará al futuro matrimonio. En cualquier caso, el CC establece un plazo máximo de un año desde el otorgamiento de las capitulaciones hasta que se celebra el matrimonio para que se consideren como válidas (art. 1334 CC).

Si por el contrario se decide otorgar capitulaciones después de contraer matrimonio, estas servirán para modificar el REM vigente o sustituirlo por uno nuevo.

Si los cónyuges no pactan capitulaciones antes de celebrarse el matrimonio se aplicará el régimen legal supletorio, que como ya hemos apuntado, corresponde con la sociedad de gananciales.

Por último, si los cónyuges deciden excluir el régimen de gananciales sin especificar otro, se les aplicará por defecto el régimen de separación de bienes (art. 1.435.2º CC).

### **ii. Legitimación**

Están legitimados para otorgar capitulaciones los contrayentes cuando se pacten antes del matrimonio, o los cónyuges cuando se estipulan después de celebrado éste. Ambos están obligados a participar en el negocio. Además, también pueden participar otros individuos como los terceros que conceden un derecho a los cónyuges. En caso de que éstas personas intervengan en el otorgamiento, deberán, asimismo, participar cuando existan modificaciones de las capitulaciones que afecten a los derechos que poseen (art. 1.331 CC).

Por otro lado, la figura del representante no puede ser utilizada por los cónyuges para otorgar capitulaciones matrimoniales debido al carácter personal de éstas. En cambio, los terceros sí que pueden hacer uso de este delegado.

### **iii. Capacidad**

Se consideran con capacidad para otorgar capitulaciones los mayores de edad, los menores emancipados con capacidad suficiente y, de acuerdo al art. 1.329 CC, los menores no emancipados que con arreglo a la Ley puedan casarse. Estos últimos, necesitarán como requisito el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limiten a pactar el régimen de separación o el de participación.

Por su parte, el art. 1330 CC dispone que el individuo incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones cuando se encuentre en presencia de sus padres, tutor o curador.

Aquellas capitulaciones que se establecen por personas que no cumplen con los requisitos de capacidad suficiente se considerarán anulables de acuerdo a los arts. 1301 y ss. CC, excepto cuando la inmadurez del sujeto sea tal que rechace el consentimiento, en cuyo caso se declarará la nulidad de pleno derecho.

### **iv. Contenido**

Conviene distinguir los distintos contenidos que presentan las capitulaciones. El contenido típico: adopción, modificación o sustitución del REM; y el contenido atípico, compuesto por estipulaciones ajenas al REM que utilizan la escritura capitular como instrumento cuando el pacto incorporado solicite para su validez la escritura pública, como por ejemplo el reconocimiento de un hijo.

En relación con los límites, el art. 1.328 CC hace referencia a lo que establecen las Leyes o las buenas costumbres<sup>3</sup> y los que imponga el principio de igualdad de derechos entre los cónyuges<sup>4</sup>. Así bien, será nula de pleno derecho cualquier estipulación

---

<sup>3</sup> Art. 1.255 CC: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

<sup>4</sup> Art. 1.328 CC: «Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge».

contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.

### III. RESPONSABILIDAD DE LAS DEUDAS

Antes de exponer el fondo de éste trabajo, considero necesario ponerse en situación y ver cómo responden los cónyuges de las deudas en función del régimen que tengan pactado. Por ello, analizaremos por separado primero el régimen de gananciales, y más adelante el de separación de bienes.

#### 1. SOCIEDAD DE GANANCIALES

Siguiendo a DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, «el sistema de la sociedad de gananciales supone una separación entre el patrimonio privativo de los cónyuges y el patrimonio común»<sup>5</sup>. Por ello, surge la necesidad de determinar cada uno de los bienes que se integran en estos patrimonios.

Se consideran bienes privativos de cada cónyuge, incluso a pesar de haber sido adquiridos con fondos comunes, los siguientes bienes (art. 1.346 CC): los bienes y derechos que le pertenecían al comenzar la sociedad: los bienes que adquiere cada cónyuge a título gratuito después de celebrado el matrimonio (adquisiciones por donación o herencia y legado); los bienes adquiridos en sustitución de bienes privativos; los bienes adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges; los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los *no transmisibles inter vivos*, como por ejemplo, las indemnizaciones por daños al derecho al honor; la indemnización por daños personales a uno de los cónyuges o a sus bienes privativos, como el perjuicio a la intimidad o a la honra, las ropas y los objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor; los instrumentos necesarios para ejercer la profesión, salvo que se trate de una explotación común.

De igual modo, el art. 1.347 CC determina con carácter ganancial los siguientes bienes: los rendimientos del trabajo de los cónyuges, los frutos, rentas o intereses del capital tanto si proceden de bienes gananciales o privativos; los bienes adquiridos a título

---

<sup>5</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2001): *Sistema de Derecho Civil, Vol IV, Derecho de familia*. Tecnos, Madrid, pág 163.



oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, o bien para uno solo de los cónyuges; los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial; las empresas fundadas durante la vigencia de la sociedad por cualquiera de los esposos a expensas de los bienes comunes.

Tras analizar cuáles son los activos que conforman el patrimonio común y cuáles el patrimonio privativo, es importante también conocer qué cargas y obligaciones deben atribuirse a la sociedad de gananciales. No obstante, antes de entender qué deudas corresponden a la sociedad conviene señalar que el consorcio legal carece de personalidad jurídica propia, es decir, que no tiene capacidad de responder frente a deudas como tal y por sí, sino sólo a través de los cónyuges y titulares del mismo. «La masa común —dice DÖLLE — no es una persona jurídica, sino un patrimonio autónomo. Por consiguiente no puede ser deudora, y sí sólo objeto de responsabilidad. Tampoco la mano común constituida por la unión del marido y la mujer responde como tal. Deudores son siempre los cónyuges, aislada o conjuntamente, como personas individuales. Cuando responde la masa común por la deuda de uno de los cónyuges, hay responsabilidad por deuda ajena, al pertenecer parcialmente el objeto de responsabilidad a uno que no es deudor».

Una vez aclarada esta cuestión, el art. 1.362 CC determina las causas que originan los gastos a cargo de la sociedad de gananciales: el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia; la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes; la administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges; la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.

Tras determinar qué patrimonio (privativo o ganancial) soporta los distintos gastos, es importante distinguir tres situaciones que se originan dependiendo de quién contrae la deuda: si uno solo de los cónyuges, los dos conjuntamente o uno con el consentimiento expreso del otro, o uno solo sin el consentimiento del otro.

Si la deuda es contraída por uno solo de los cónyuges, el art. 1.369 CC regula «de las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad responderán también solidariamente los bienes de ésta». En virtud de ésta norma, el acreedor podrá embargar bienes comunes cuando la deuda sea ganancial aunque la demanda se deba interponer contra el cónyuge que contrajo la deuda.

Si la deuda es contraída por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro, el art. 1.367 CC determina que en cualquier caso serán los bienes gananciales los que respondan ante las deudas. No obstante, en este asunto aparece una excepción recogida en el art. 1.320 CC: la disposición de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia requieren el consentimiento de ambos cónyuges aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo.

Por último, si la deuda se contrae por uno solo de los cónyuges sin el consentimiento del otro, el art. 1370 CC determina que responderá en todo caso, el bien adquirido, «sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código».

## **2. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES**

Aquí la normativa cambia con respecto al régimen anterior. El art. 1.437 CC dispone que «en el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título. Asimismo corresponderán a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes». Como vemos, en este régimen no se forma una masa común entre los cónyuges, aunque es cierto que de forma excepcional sí que se podría constituir con respecto a un bien determinado y daría lugar a lo que se denomina una comunidad ordinaria regulada por los arts. 392 y ss.

Como consecuencia del carácter privativo de los patrimonios, las obligaciones contraídas por cada cónyuge son de su exclusivo cargo y de ellas responderá únicamente su patrimonio. Así lo manifiesta el art. 1440 CC con la excepción de «las

obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria», aquí «responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los arts. 1.319 y 1.438 CC». Esta última norma regula que en caso de inexistencia de convenio, el sostenimiento de las cargas del matrimonio se realizará proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El problema surge cuando uno de ellos carece de éstos, en éste caso, su contribución se basará en el trabajo realizado para el hogar, y, de los correspondientes gastos se ocupará el otro cónyuge, ya que la norma sostiene que «el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación»<sup>6</sup>.

Es cierto que a pesar de la independencia de los patrimonios de los cónyuges, en la práctica es posible que uno de ellos administre bienes del otro por mandato expreso. Ante esta situación, el art. 1.439 CC impone al cónyuge administrador «las mismas obligaciones y responsabilidades de un mandatario» entre las que se encuentra la obligación de rendir cuentas. No obstante, la norma recoge una excepción en la cual no se aplica el carácter obligatorio de la rendición de cuentas: los frutos percibidos y consumidos destinados al levantamiento de las cargas del matrimonio.

Dejando a un lado ésta excepción, LACRUZ afirma que «ninguno de los esposos, en principio, responde de las deudas contraídas por el otro, sean contractuales o delictuales, a menos que se hayan obligado solidariamente en los mismos casos en que se obligarían cualesquiera extraños». Además añade: «si un cónyuge, porque anticipa fondos al otro o por cualquier otra causa, deviene acreedor de su esposo, el crédito y la consiguiente deuda se hallan sujetos al Derecho común de las obligaciones»<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Vid. STS 977/2017

<sup>7</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. (2010): *Elementos de derecho civil. Tomo IV: familia* (4a. ed.). Dykinson, Madrid, pág 260.

## IV. INMUTABILIDAD

Como adelantábamos, el sistema que gobierna en la actualidad es el de la mutabilidad del REM, sin embargo, éste no ha persistido siempre ya que antes de la reforma de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. Ley de 2 de marzo de 1975<sup>8</sup>, el sistema vigente era el de la inmutabilidad.

La aceptación del principio de inmutabilidad de las capitulaciones prematrimoniales se sentenciaba en los arts. 1.319, 1.320 y 1.321 CC de 1889, que destacaba la limitada libertad a la hora de otorgar capitulaciones, dado que, sólo se reconocían como eficaces cuando se pactaban antes de celebrarse el matrimonio. Sin embargo, esto no sucedía en todo el territorio español ya que existían –y existen- Derechos forales, como el de Aragón, Baleares, Cataluña y Navarra. De manera que en los territorios previamente mencionados se permitía el otorgamiento o modificación de las capitulaciones matrimoniales ya que constituían pactos o convenios familiares que se venían celebrando con frecuencia con proyección a un futuro matrimonio.

CUADRADO PÉREZ señala que el CC de 1889 acogía únicamente unas prohibiciones a contratar. Y así lo indicaba el art. 1.323 CC de 1889: «el originario Código Civil no contenía una regulación en tema de relaciones contractuales entre cónyuges, señalándose únicamente prohibiciones concretas: donaciones (art. 1.334 CC), la compraventa, excepto en los supuestos de separación (art. 1.458) y la sociedad universal (art. 1.677 en relación con el 1.334 CC). Ahora bien, se mantenía la doctrina, e, inicialmente en la jurisprudencia, un criterio restrictivo en general a la contratación entre cónyuges. Los obstáculos alegados por los defensores de este criterio se referían, fundamentalmente, a la licencia y jefatura marital y al principio de inmutabilidad del régimen económico». En definitiva, ni de la normativa del CC ni de la tendencia jurisprudencial se podían derivar obstáculos al haber un principio general de validez de los contratos entre cónyuges, excepto las prohibiciones concretas.

---

<sup>8</sup> En las próximas páginas nos referiremos a la misma como Ley 14/1975.

Un importante sector encabezado por SÁNCHEZ ROMÁN entendía el sistema de la inmutabilidad como una prohibición de cualquier clase de acuerdo o convenio postmatrimonial que supusiera un cambio del régimen económico prematrimonial pactado. Las consecuencias derivadas de la infracción de esta norma conllevarían a la nulidad absoluta de todo acto o negocio jurídico.

No obstante, también surgió otra corriente diferente de opinión, ésta vez liderada entre otros ilustres civilistas por el profesor LACRUZ, que defendía que «una cosa es la regla de la inalterabilidad de las capitulaciones matrimoniales enunciada en el art. 1320 CC y otra, la supuesta regla de la absoluta inmutabilidad del régimen económico del matrimonio no enunciada en texto alguno»<sup>9</sup>. Según LACRUZ, no aparecía en ninguna norma la prohibición absoluta de cambiar o modificar el REM, sino que sólo señalaba la idea de inalterabilidad, pero no de una forma rotunda.

Debido a la desprotección que sufren los acreedores que ven aminorado su patrimonio como consecuencia del principio de libre otorgamiento y modificación del REM, algunos autores como SAN ROMÁN, defienden la inmutabilidad como la solución más eficaz para lograr la protección de los derechos de los terceros. Para justificar esta idea, se respaldan en una serie de argumentos: el peligro de fraude en perjuicio de los acreedores o de los terceros que intervinieron en ellas; la conexión entre la fortaleza del matrimonio y la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales; la necesidad de que el consentimiento de los cónyuges fuera libre, lo que podía no ocurrir después de la celebración del matrimonio, dada la situación dependiente de la mujer que tenía limitada su capacidad de obrar; impedir las donaciones ocultas entre los cónyuges.

No obstante, otros autores como son LACRUZ y SANCHO creen que dichos argumentos se muestran injustificados y se basan en la experiencia de otros muchos países en los que ha predominado la libertad de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales.

A mi juicio, es cierto que la inmutabilidad acabaría rápidamente con el problema del daño de los derechos de terceros ante un cambio en el REM. Sin embargo, considero

---

<sup>9</sup> SAN ROMÁN MORENO, J.S. (1995): Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, pág 9.

que esta medida es arcaica y obsoleta ya que en un país democrático donde prevalece la libertad de expresión y decisión, imponer el sistema de la inmutabilidad supondría un retroceso en nuestro Derecho que tanto esfuerzo nos ha costado.

## V. MUTABILIDAD

El principio de mutabilidad del REM entró en vigor con la reforma de la Ley 14/1975. La misma establecía que la reforma capitular podía realizarse antes o después de la celebración del matrimonio (art. 1.326 CC).

En general, lo que trata la estipulación capitular es de brindar a los cónyuges la oportunidad de auto-asignarse las reglas que les permitan dirigir su propia economía conyugal. La naturaleza de este tipo de contratos es de carácter normativo, cuyo objeto está dirigido a la modificación, establecimiento o sustitución del REM. Así pues, este instrumento permite que los contratantes se alejen del régimen impuesto por el legislador (art. 1.316 CC): «en territorio sujeto al Derecho común, se presumen que los cónyuges están casados bajo el régimen legal y presunto de gananciales, salvo que se pruebe que lo están bajo otro régimen económico matrimonial» (STS 27 febrero 1997 [RJA 1333]).

El principal inconveniente de la mutabilidad no es tanto sociológico-jurídico sino que se trata en mayor medida de proteger los intereses que pueden surgir; como los derechos propios de la familia, los cónyuges, y, sobretodo, los derechos de los terceros.

Hay que tener en cuenta, y aquí es donde aparece la principal desventaja de este principio, que la concesión de total libertad a la hora de elegir el REM puede ocasionar efectos negativos sobre los terceros que pueden ver cómo aquellos bienes que podían cubrir la deuda y que antes eran comunes del matrimonio, pasan ahora a ser privativos del cónyuge no deudor, quedando así fuera de su alcance.

No obstante, la conducta fraudulenta no era el único motivo de oposición que defendía CABANILLAS, sino que existían otros argumentos de peso: la alteración de tipología de la familia que deja de ser estable; el traslado de la residencia familiar a un lugar donde predomina un REM distinto al inicial y el deseo de ajustarse al régimen común de esa nueva residencia para integrarse mejor a su nuevo medio social; el cambio de las circunstancias profesionales o actividades de los cónyuges; la provisión de reservas de fortuna o de riesgos profesionales en la actividad de uno de los cónyuges: el desacuerdo en la dirección económica del matrimonio; la disminución de la capacidad física o mental del cónyuge gestor del caudal común o del privativo; la separación de hecho de

los cónyuges ya que al adoptar el régimen de separación de bienes facilita la solución extrajudicial.

No obstante, esta serie de perjuicios no han impedido que en la realidad la estipulación capitular deje de practicarse, sino todo lo contrario, ya que gracias a los datos estadísticos podemos observar que esta clase de otorgamientos han experimentado un espectacular incremento en los territorios de Derecho común<sup>10</sup>. Dentro de este crecimiento, el número de capitulaciones matrimoniales otorgadas constante matrimonio es superior en aquellas legislaciones que tienen como régimen legal el de comunidad de bienes. SAN ROMÁN añade que el hecho de que se otorguen más capitulaciones matrimoniales en el régimen de comunidad de bienes es un indicador de que la posibilidad de fraude en las modificaciones del REM, es mayor en los regímenes de comunidad que en los de separación de bienes.

Ante esta serie de inconvenientes, algunos autores como MAGARIÑOS defienden su revisión: «la admisión del cambio de régimen por mutuo acuerdo sin más límites ni control que el registral y notarial, merece una consideración crítica negativa. Las normas protectoras de los derechos de los acreedores frente a las confabulaciones de los cónyuges resultan en nuestro CC débiles e insuficientes, tanto por la facilidad y escaso control que se dispensa a los cambios del régimen económico y matrimonial, como a la tímida eficacia de las específicas durante el régimen de separación de bienes»<sup>11</sup>.

---

<sup>10-10</sup> SAN ROMÁN MORENO, J.S. (1995): Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, pág 10.



## **VI. INEFICACIA**

El art. 1.335 CC regula con carácter general que la invalidez del negocio capitular se regirá por las reglas generales de los contratos (arts. 1330 y ss. CC). A continuación, incorpora que las consecuencias de la anulación no perjudicarán en ningún caso a terceros de buena fe. A pesar de que la norma no lo señale de modo expreso, la regla de protección se contrae a las adquisiciones a título oneroso (cfr. arts. 34 LH, 643 CC y 1.297 CC).

El incumplimiento de la forma esencial o el quebranto de los límites a la autonomía privada, conllevará al supuesto de nulidad absoluta. Por otro lado, constituirán supuestos de anulabilidad, entre otros, la concurrencia de vicio del consentimiento o la falta de complementos de capacidad requeridos por la ley.

## VII. PUBLICIDAD

La publicidad de las capitulaciones matrimoniales merece una especial atención debido a que ésta repercute en los intereses de los terceros puesto que tienen un especial atractivo a ser concededores del régimen al que están sujetos. Del REM dependen la concesión de los bienes adquiridos por los cónyuges constante matrimonio a uno u otro de ellos o a los dos, y las reglas que determinan la responsabilidad de dichos bienes. De ahí deriva la importancia de su conocimiento para aquellos que tienen una relación patrimonial con él.

La publicidad de las capitulaciones matrimoniales debe tener como objetivos: el REM al que quedó sometido el matrimonio en el momento de su constitución; las modificaciones producidas en el mismo; los hechos determinantes de la extinción o relajación del vínculo matrimonial como pueden ser la nulidad, separación y divorcio.

La libertad otorgada a los cónyuges para modificar el REM tiene como inconveniente la pérdida de eficacia real de la publicidad legal a la hora de difundir el conocimiento del régimen por parte de los terceros que poseen derechos contra los esposos.

Actualmente, se protege a los terceros a través de mecanismos no legales de publicidad. No obstante, éstos mismos son ineficientes y no permiten que la publicidad del REM sea suficiente.

Los instrumentos de publicidad son: Registro Civil, Registro de la Propiedad, y, finalmente, el Registro Mercantil y la pertinente publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil si alguno de los cónyuges fuera empresario (art. 22 del Código de Comercio, y 92 del RRM).

Para empezar, el Registro Civil es el mecanismo más utilizado de publicidad del régimen. El art. 1.333 CC regula que «en toda inscripción de matrimonio en el Registro civil, se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio». La citada información se recoge en los arts. 77 LRC y 264 RRC. La primera norma expone: «al margen también de la

inscripción de matrimonio podrá hacerse indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.322 (actualmente, 1.332) del Código civil, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de dicha indicación». En otras palabras, este precepto quiere decir que presenta un carácter facultativo pese a la apariencia de obligatoriedad, y que la publicidad responde al principio de inoponibilidad.

Por ello, este sistema se ha calificado como ineficiente puesto que no proporciona información suficiente. Por un lado, es necesario saber dónde se ha contraído el matrimonio para saber a qué Registro Civil hay que dirigirse, y por otro lado, no se permite publicar el contenido de las capitulaciones.

La Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil, reformada por la Ley 19/2015 regula la inscripción del REM en su art. 60 que no entrará en vigor hasta julio de 2017. Conforme a esta norma, el notario se verá obligado a remitir copia autorizada electrónica de la escritura pública al Encargado del Registro Civil correspondiente para su constancia en la inscripción del matrimonio. Además, en caso de que no se presentaran escrituras de capitulaciones se inscribirá como régimen legal. No obstante, tendremos que esperar a la entrada en vigor de esta regla para constatar su eficiencia.

En referencia al Registro de la propiedad podemos señalar que la publicidad es limitada por la propia naturaleza de la publicidad registral, puesto que sólo publica el contenido del REM en la medida en que afecte a los bienes inmuebles inscritos.

Y por último, el Registro Mercantil, que también proporciona una publicidad limitada ya que solo se puede utilizar cuando uno de los cónyuges es comerciante. Por eso en la práctica este Registro apenas se utiliza.

En definitiva, podemos llegar a la conclusión de que la publicidad del REM es insuficiente. Por tanto, para solucionar este problema se podría buscar una vía distinta ya apuntada en el art. 1.317 CC y también en el art. 77 LRC, que consiste más en hacer inoponible lo pactado frente a los terceros cuando se trata de derechos de buena fe, que en facilitar el conocimiento del REM por esos acreedores.

## **VIII. DEFENSA DEL ACREEDOR FRENTE A LA MUTACIÓN DEL REM**

Antes de analizar cómo se defienden los acreedores frente al problema que conlleva en ocasiones la mutación del régimen, es oportuno describir la situación que suele suceder cuando los cónyuges tienen la intención de defraudar.

Suponemos que uno de los cónyuges contrae una deuda frente a un tercero como por ejemplo, el préstamo de un aval bancario. El sujeto deudor sabe que sus acreedores pueden dirigirse contra su patrimonio privativo o contra el común para cobrarse los derechos. También sabe que en principio, no puede arremeter contra el patrimonio privativo de su consorte.

Ante esta situación, en numerosas ocasiones los cónyuges acuerdan otorgar capitulaciones matrimoniales. En ellas disuelven y liquidan la sociedad de gananciales para dar paso al régimen de separación de bienes. Los que hasta entonces eran comunes, se reparten a cada uno de los cónyuges a título privativo. No obstante, aunque la masa común debería repartirse en proporciones iguales, lo cierto es que en la práctica, es frecuente que se asigne al deudor el dinero u otros bienes que resulten fáciles de ocultar y, por ello, de difícil realización. También es habitual que algunos de los bienes que se adjudican al cónyuge deudor estén sobrevalorados. En cambio, los bienes inmuebles o menos líquidos suelen atribuirse al cónyuge no deudor.

Con esta manipulación lo que se pretende es trasladar el patrimonio del matrimonio hacia el cónyuge libre de cargas, y eludir así, el pago de las deudas. Puesto que los bienes gananciales que podían hacer frente a la deuda ahora pasan a ser privativos del cónyuge no deudor.

Esta situación todavía se puede empeorar más si las adjudicaciones a favor del cónyuge no deudor se inscriben a su nombre en el Registro de la Propiedad.

Si toda esta serie de acciones se llevan finalmente a cabo, el acreedor se encontrará con una serie de impedimentos registrales cuando pretenda anotar el embargo en el Registro de la Propiedad, puesto que los bienes que antes eran comunes ahora están inscritos a favor del cónyuge no deudor.

Una vez planteado el problema, veremos cómo trata la doctrina de solucionar este inconveniente.

### **1. ART. 1.317 CC**

La admisión de la mutabilidad llevaba consigo la necesidad de proteger los intereses generales y de los terceros. Dicha protección se conseguía por un lado, imponiendo un régimen de publicidad a través del Registro Civil y, en su caso del Registro de la Propiedad si se trataran de bienes inmuebles; y por otro lado, fijando la relatividad e irretroactividad de tales pactos modificativos que no podían perjudicar los derechos ya adquiridos por terceros.

Tras la Ley de 13 de mayo de 1981, esta medida de protección se recogió en el art. 1.317 CC: «la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros». Esto quiere decir que la modificación del REM surtirá efectos frente a terceros (serán oponibles), los contratos celebrados en posterioridad a esa modificación pero nunca los contraídos con anterioridad.

Por el objeto de este trabajo, es necesario ver las líneas esquemáticas sobre las que se apoya esta norma.

Este principio imperativo corrobora la posibilidad de modificar el REM constante matrimonio, además de regular la irrelevancia de dichas modificaciones respecto de los derechos ya adquiridos por terceros. Como explica DÍEZ PICAZO, esta norma contiene dos proposiciones jurídicas distintas que conllevan a que las capitulaciones postnupciales modificativas del REM dispongan de los límites de todo tipo de capitulaciones y además, estén sometidas al límite de la protección de los derechos de los terceros.

Mediante la afirmación «no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros», se impone una ineficacia relativa del negocio capitular post-matrimonial respecto de los derechos de los terceros y de los negocios jurídicos que los originan.

DÍEZ PICAZO en una de sus obras explicaba que el negocio capitular no produce perjuicio, por ello, frente a los derechos es ineficaz. Sin embargo apunta, que del art. 1.317 CC no se deduce esa ineficacia. De manera que si el pacto capitular tuviera causa lícita, probablemente nos encontraríamos con una nulidad por el perjuicio de terceros. Del mismo modo, si el daño consiste en un fraude del derecho de los terceros, la capitulación post-matrimonial puede estar sujeta por la regulación general del fraude recogida en el art. 111 CC. A pesar de que no exista razón de nulidad, ni de rescisión, y el negocio sea válido y eficaz, puede existir una limitada ineficacia respecto de los terceros titulares de derechos, los llamados «derechos ya adquiridos por terceros»<sup>12</sup>, que según el autor corresponden con los derechos reales o derechos personales o de crédito.

LACRUZ señaló que la modificación referida en el art. 1.317 CC tiene que ser un cambio «verdadero» del REM, en consecuencia, quedan excluidas en el ámbito de aplicación aquellas transmisiones que se realicen por los cónyuges entre sí, o por terceros a estos. Como por ejemplo, las donaciones.

La norma del art. 1.317 CC se aleja de la idea que sugiere que los cambios capitulares son oponibles a todos desde su publicación en cuanto protege los «derechos ya adquiridos por terceros». Por eso se cree que el cambio será ineficaz cuando perjudique los derechos ya adquiridos. En este asunto, LACRUZ se explicó con claridad diciendo que si la modificación del régimen se realiza con las condiciones de forma y publicidad adecuadas, el art. 1.317 CC sugiere una excepción a la regla. La novación, en principio es oponible a todos desde que se publica, pero no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros. Es decir, si las modificaciones del REM no se han publicado, estas no les son oponibles a los terceros aunque sean válidas y ellos sí que pueden oponerlas frente al cónyuge con el que tenían pactado el acuerdo.

No obstante, la ley avanza al conservar ilesos contra la modificación válida y oponible del estatuto conyugal a «los derechos ya adquiridos» en la fecha en la que se inscribió en el Registro Civil. De hecho, lo único que tiene que probar el acreedor es la anterioridad del derecho a la modificación.

---

<sup>12</sup> DÍEZ PICAZO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, pág. 1.498

La jurisprudencia admite que el art. 1.317 CC tiene en cuenta los supuestos en los que los derechos ya adquiridos por terceros pudieran verse perjudicados por la intención defraudadora de los cónyuges. Por ello, se considera a esta norma como la vía que permite al acreedor defenderse del fraude de los cónyuges sin necesidad de probarlo. Por consiguiente, el acreedor tiene disponible la protección de sus derechos gracias a la regla de la inoponibilidad del cambio de régimen.

HERRERO GARCÍA asegura que los terceros no tienen que probar la falta de eficacia de la modificación, sino que sólo tendrán que demostrar que la adquisición de los derechos se realizó con fecha previa a la eficacia de tal cambio. Y así lo corrobora la jurisprudencia, defendiendo que los acreedores no se verán afectados por la liquidación del patrimonio ni por la instauración de nuevas pautas, siempre y cuando los derechos se hayan originado en el momento del cambio, en este caso persistirá la situación originaria.

GULLÓN BALLESTEROS, defiende que el art. 1.317 CC no supone precisamente una situación fraudulenta, puesto que sería incompatible con la norma que permite realizar modificaciones, y no concordaría con un ordenamiento que proviene de la situación fraudulenta autorizada por el legislador. En verdad, ha tratado el asunto como una norma del derecho transitorio expresada como «irretroactividad», que establece que las situaciones creadas con anterioridad en favor de terceros han de regirse por la norma originaria sin verse afectadas por las modificaciones. No obstante, dicha «irretroactividad» no es absoluta puesto que se quiere evitar el perjuicio, entonces si la modificación no sólo no perjudica al tercero sino que cabe la posibilidad de beneficiarle, aquí no entraría el art. 1.317 CC. Por otro lado, es importante señalar que la idea de «modificación» únicamente debe afectar a reglas de contenido económico.

El mismo autor también se encarga de especificar quiénes son exactamente los terceros: aquellos que sufren la modificación y que no se corresponden con los sujetos del REM. No obstante, tampoco se incluyen en este grupo los legitimarios puesto que no poseen ningún derecho hasta que el causante fallezca.

De la idea de «no perjudicará al tercero» se puede pensar que se están describiendo las acciones que han de ejercitarse, como la acción rescisoria por fraude o la nulidad por

causa ilícita si la modificación tiene fines perjudiciales. Por ello, GULLÓN BALLESTEROS afirma que de ser así, esta tesis sería defectuosa al resultar opuesta ya que si el objetivo de la ley es no perjudicar al tercero, es incoherente admitir que la principal consecuencia de la modificación del régimen sea que él tenga que recurrir a la acción judicial para obtener la protección. Opina que para este fin no era necesario el art. 1.317 CC.

En realidad, la norma otorga al tercero la capacidad de oponerse a cualquier propósito del cónyuge deudor basada en la modificación que perjudique sus derechos, defendiendo el carácter de inoponibilidad de la misma frente a él.

En definitiva, el art. 1.317 CC se funda como un límite imperativo a la libertad de modificación del REM en conjunto con los arts. 1.315 y 1.325 CC. Asimismo, se introduce como valor fundamental de la normativa vigente que regula la voluntad de los cónyuges.

No obstante la ley avanza al conservar ilesos contra la modificación válida y oponible del estatuto conyugal a «los derechos ya adquiridos» en la fecha en la que se inscribió en el Registro Civil. De hecho, lo único que tiene que probar el acreedor es la anterioridad del derecho a la modificación.

Una vez expuestas estas apreciaciones introductorias, procederemos a analizar los mecanismos de protección del crédito.

## **2. PROTECCIÓN DEL ACREEDOR**

### **i. Nulidad**

En un primer momento, el TS se inclinaba por decretar la nulidad de las capitulaciones matrimoniales como ocurrió en la STS de 22 de diciembre de 1989 (RJA 8867). En la que se adjudicó el inmueble al cónyuge no deudor y se llevó a cabo una liquidación de la sociedad de gananciales sin referenciar en el pasivo la existencia de la deuda y su reclamación en vía judicial. Finalmente se decreta la nulidad.



Según BLASCO GASCÓ, esta sentencia confunde la garantía del art. 1.317 CC con la acción de rescisión, y la rescisión con la nulidad. Bajo la opinión del tribunal, la nulidad es consecuencia de aplicar el art.1.317 CC ya que la acción de la entidad acreedora no dispone de las mismas posibilidades de satisfacer la deuda después de las capitulaciones. Además, el embargo sobre la finca adjudicada al cónyuge no deudor no se inscribió correctamente en el Registro.

No obstante, la vía que elige el Tribunal es errónea puesto que no debe optarse por la nulidad ya que la norma vulnerada tiene otras consecuencias para su incumplimiento recogidas en los arts. 1401 y 1402 CC.

## **ii. Rescisión**

En otras ocasiones, el TS ha preferido ejercitar la acción rescisoria por fraude de acreedores determinando así la ineficacia total de las capitulaciones matrimoniales.

Aquí podemos destacar la STS de 30 de enero de 1986 (RJA 338) en la que el deudor principal y sus fiadores solidarios acuden el mismo día y ante el mismo notario (junto con sus esposas), aunque en actos separados, a otorgar capitulaciones matrimoniales por las que se disolvían y liquidaban las sociedades de gananciales respectivas y se sustituían por un régimen de separación de bienes. El juez consideró la existencia de un fraude a la entidad acreedora y por ello se aplicó la rescisión por esta causa. Esta decisión sufre el inconveniente de que no tiene en cuenta el carácter subsidiario de la acción rescisoria (art. 1.294 CC). Sin embargo, este problema es solucionado por la sentencia defendiendo que «es improcedente apoyarse en el carácter subsidiario de la acción rescisoria para impedir su ejercicio en tanto el perjudicado no demuestre que carece de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio». No obstante, explicaremos más adelante otro remedio legal específico para proteger a los acreedores, recogido en los arts. 1.401 y 1.402 CC.

BLASCO GASCÓ cree que «podría ejercitarse la acción de rescisión por fraude cuando en la conducta fraudulenta interviene un tercero, además de los cónyuges, o cuando el

acreedor es privativo y los bienes adjudicados al cónyuge deudor tras la liquidación son insuficientes»<sup>13</sup>.

### iii. Simulación

En general, el TS no ha sido muy partidario de esta acción puesto que las capitulaciones matrimoniales son normalmente negocios verdaderos. Para una mejor comprensión haremos referencia a dos STS.

En la STS de 28 de abril de 1993 (RJA 2952) se declara que no hay simulación porque existió una causa para otorgar capitulaciones matrimoniales. Esa causa fue la de establecer un régimen de separación de bienes con el propósito de proteger el patrimonio inmobiliario de uno de los cónyuges frente a una posible crisis de la actividad desarrollada por el otro cónyuge. No se demostró en ella la falta de ninguno de los elementos esenciales del contrato, por tanto, no se puede declarar que haya simulación absoluta.

En la segunda sentencia a la que vamos a hacer referencia, STS de 26 de noviembre de 1993 (RJA 9141), «se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, que estimó la nulidad por simulación de la escritura de las capitulaciones». No obstante, según N. MONZÓN CARCELLER, el objetivo del TS es afirmar la imposibilidad de casar una sentencia en lugar de apoyar el origen de la simulación. Finalmente, la Sala de Instancia se convence de que dichas capitulaciones fueron absolutamente simuladas a través de la prueba de presunciones, y además, los recurrentes tampoco plantean motivos para destruir los hechos base de esas presunciones ni para combatir las consecuencias por existir enlace preciso y directo entre ambos.

En este tema, el último autor mencionado considera inapropiado que el TS impugne las capitulaciones defendiendo la existencia de simulación, y más cuando el que impugna

---

<sup>13</sup> MONZÓN CARCELLER N. (1998): *La protección de los acreedores y la sustitución constante matrimonio de la sociedad de gananciales por el régimen de separación de bienes*, Anales de Derecho, Universidad de Murcia. Nº16. Pág 355.

es uno de los propios otorgantes. No cree que haya motivos para casar la sentencia objeto de recurso.

CABANILLAS manifiesta que la simulación se aplicaría cuando los cónyuges fingen que los bienes salen de la masa ganancial sin que esto suceda, pero no ocurre cuando se disuelve y liquida la sociedad de gananciales adjudicando a cada cónyuge los bienes antes comunes.

#### **iv. Postura actual de la jurisprudencia**

Actualmente, el TS defiende que es innecesario solicitar la nulidad o ineficacia de las capitulaciones matrimoniales ya que si los bienes del cónyuge deudor son insuficientes, el acreedor podrá dirigirse contra los bienes adjudicados al cónyuge no deudor.

En este asunto, expondremos los arts. 1401 y 1402 CC por su destacada importancia.

Art. 1.401.I. «Mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial».

Art. 1.402: «Los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que le reconocen las leyes de partición y liquidación de las herencias».

Dada esa referencia, se aplican los arts. 1.082, 1.083 y 1.084 CC que adjudican a los acreedores los siguientes derechos: derecho de oposición a que se efectúe la división de los bienes gananciales entre los cónyuges hasta que se paguen las deudas; derecho de intervención en la liquidación de la sociedad conyugal con el fin de evitar que ésta se haga en fraude; exigir el pago de sus deudas por entero a cualquiera de los cónyuges tras la liquidación, división y adjudicación. Pero si se trata del cónyuge no deudor, en este caso sólo se podrá dirigir contra los bienes adjudicados después de la liquidación y no contra los suyos privativos. En cambio, el cónyuge deudor responde con los bienes adjudicados y con los privativos.

Este asunto lo comprenderemos mejor examinando algunas sentencias.

La STS de 19 de febrero de 1992 (RJA 1320) expone que el acreedor era la Hacienda Pública por unas deudas tributarias del marido previas a la modificación del REM. Se embargan bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de la esposa quien interpone tercería de dominio. Aquí hay que tener en cuenta que el art. 41 de la LGT establece «los adquirentes de bienes afectos por la Ley a la deuda tributaria responderán con ellos por derivación de la acción tributaria, si la deuda no se paga». Ante esto, el TS manifiesta que es innecesario declarar la nulidad o invalidez total o parcial de las capitulaciones ya que no se trata de poner en duda la propiedad de los bienes gananciales adjudicados al cónyuge no deudor, sino de hacer efectivos los derechos ya adquiridos por terceros. La deuda tiene un carácter ganancial a pesar de que los bienes estén inscritos a nombre del cónyuge no deudor, por ello se aprueba la anotación preventiva de embargo, por el art. 144 del Reglamento Hipotecario, siempre que la demanda se dirija contra ambos o se notifique el apremio administrativo del que deriva la tercería interpuesta.

Se añade que no procede la nulidad de las capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores ya que hay que buscar la continuidad del acto, y que la consecuencia es la falta de perjuicio expuesta en el art. 1.317 CC y concretada en el art. 1.401 CC. Asimismo, se señala que la inoponibilidad reclama una declaración judicial que le de valor, porque aunque se manifiesta que la responsabilidad de los bienes consorciales persiste, en la práctica los bienes comunes pasan a ser privativos.

Algo similar ocurre con la STS de 7 de noviembre de 1992. En la demanda se solicitó la declaración de nulidad de las capitulaciones matrimoniales o su rescisión por fraude de acreedores. El TS afirma, con relación a la rescisión, que no se cumple el requisito de la subsidiariedad ya que no se puede demostrar que el acreedor demandante no tuviera otro recurso legal para hacer efectiva la deuda que no fuera la acción rescisoria. Por otro lado, «la normativa hipotecaria no constituye obstáculo alguno para la persecución de los bienes» adjudicados al cónyuge no deudor siempre que la demanda se hubiese dirigido contra los respectivos adjudicatarios, en cuyo caso se podrá anotar preventivamente el embargo en el Registro de la Propiedad. Es necesario pedir la declaración de nulidad o ineficacia ya que el art. 1.317 CC no puede llegar nunca a la solución rescisoria.

CABANILLAS manifiesta que la solución tomada en esta sentencia es la más sencilla para proteger a los acreedores.

Otra sentencia que considero relevante es la STS de 21 de junio de 1994 (RJA 5235) en la que el esposo ordena construir un chalet en terreno propiedad del matrimonio. La deuda generada por la construcción no fue pagada a su vencimiento, por lo que el pago fue reclamado por la vía judicial. Posteriormente, se otorgan capitulaciones matrimoniales sustituyendo el régimen por el de separación de bienes. En la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales se adjudica el chalet a la esposa pero no se menciona en ningún momento la existencia de deuda. Más tarde, éste inmueble es embargado en ejecución de la sentencia y seguidamente la esposa formula tercería de dominio. El TS la rechaza porque considera que la vinculación con el deudor es evidente y porque las capitulaciones matrimoniales se pactaron después de originarse la deuda. En esta ocasión, la recurrente alega haber adquirido el inmueble por prescripción. Argumento que es desestimado por el Tribunal afirmando que no hay constancia de los plazos inicial y final de la adquisición del derecho, y que no existe la buena fe de ella.

Antes de finalizar con los mecanismos que propone la doctrina, es necesario realizar una serie de puntualizaciones que nos expliquen con detalle el sistema de protección en su conjunto.

El art. 1.317 CC encuentra el impulso del acreedor en los arts. 1.401 y 1.402 y, por referencia de éste, en los arts. 1082, 1.083 y 1.084 CC y el art. 144.2 del Reglamento Hipotecario. Por tanto, este régimen está previsto para las deudas contraídas por ambos esposos, o por uno de ellos, si pueden hacerse efectivas sobre la masa ganancial. Una vez disuelta la sociedad de gananciales, los bienes adjudicados al cónyuge no deudor siguen respondiendo por las deudas consorciales anteriores si se realizó correctamente el inventario judicial o extrajudicial. De lo contrario, responderá no sólo con los bienes comunes adjudicados tras la liquidación, sino también con los suyos propios.

Cuando la deuda se contrae conjuntamente por ambos cónyuges responden los bienes gananciales sin lugar a dudas. Por el contrario, si sólo hay un cónyuge deudor, le corresponderá al acreedor probar el carácter ganancial de la deuda, para poder gozar de la protección citada en el art. 1.401 CC. Para probar la ganancialidad de la deuda, el acreedor tiene que demandar a ambos cónyuges. No obstante, en el juicio ejecutivo no

se discute el carácter ganancial o no de la deuda. Todos estos inconvenientes se pueden evitar si los acreedores trataran de contratar con ambos cónyuges conjuntamente.

Volviendo a lo anterior, si el acreedor demanda a ambos cónyuges se evitará ciertos problemas registrales. Una cosa es que después de la sustitución del régimen permanezca la responsabilidad de los bienes antes comunes por deudas anteriores al otorgamiento de capitulaciones, y otra distinta que no se haya cambiado la titularidad de los bienes. Aquí no se pretende discutir la propiedad de los bienes, pero si los inmuebles aparecen como privativos del cónyuge no deudor, y este no fue demandado, el registrador rechazará la anotación preventiva por infringir los principios registrales.

La RDGRN de 3 de noviembre de 1987 declara que «no existe ninguna presunción de que las deudas de un cónyuge sean también deudas de la sociedad», y para que esta regla afecte a los bienes adjudicados tras la liquidación al cónyuge no deudor «será necesario que la sentencia dictada en el procedimiento adecuado declare de forma indubitada la responsabilidad directa del patrimonio antes ganancial». Si no se acreditara, quedaría excluida la aplicación del art. 1.373 CC y, consecuentemente, debería denegarse la anotación preventiva de embargo.

Además, el acreedor deberá probar la anterioridad de su crédito al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales modificativas del régimen, pero no tendrá que acreditar la existencia de fraude (art. 1.317 CC).

Surge la duda de si para poder dirigirse contra los bienes adjudicados al cónyuge no deudor, debe haber perseguido previamente los bienes privativos y los gananciales adjudicados al esposo deudor. Según FERNÁNDEZ CAMPOS, no hay necesidad de excusión previa del patrimonio del deudor, puesto que supondría alterar el régimen de responsabilidad de los bienes existente antes de la modificación del régimen de gananciales, alteración que se pretende evitar.

Por último, cabe la duda de si el acreedor puede o no ejercitar la acción pauliana cuando se sustituya el régimen de gananciales por el de separación de bienes. Parece que el acreedor no baraja esta opción al disponer del régimen más favorable recogido en el art. 1.401 CC. Si los bienes antes gananciales continúan respondiendo por las deudas

anteriores, resulta innecesario el ejercicio de la acción pauliana. Por tanto, el acreedor no sufrirá el perjuicio de ésta acción sino que cuenta con una solución concreta que le beneficia y desplaza a la genérica.

FERNÁNDEZ CAMPOS aconseja admitir la práctica de la acción pauliana si concurren los presupuestos de ésta, ya que los efectos perseguidos son semejantes: el acreedor puede dirigirse contra los bienes adjudicados al cónyuge no deudor tras la liquidación. Y añade además que «admitir dicha pretensión no vulnera lo que debe ser la correcta actuación del juzgador»<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> MONZÓN CARCELLER N. (1998): *La protección de los acreedores y la sustitución constante matrimonio de la sociedad de gananciales por el régimen de separación de bienes*, Anales de Derecho, Universidad de Murcia. Nº16. Pág 362.

## **IX. CONCLUSIÓN**

Como hemos observado, uno de los principales inconvenientes que vienen sucediendo tras la reforma de 1975 ha sido la utilización del principio de mutabilidad por parte de los cónyuges para fijar su REM con el fin de causar un perjuicio a terceros.

Ante este problema, la jurisprudencia ha intentado realizar algunas modificaciones para asegurar la protección de los terceros. Un ejemplo de ello es la Ley del Registro Civil de 2011, la cual ha mostrado un avance en cuanto a la protección se refiere, ya que al menos asegura el carácter obligatorio de la inscripción de las capitulaciones matrimoniales en contraposición con la Ley del Registro Civil de 1957. No obstante, para ver si la nueva ley es más efectiva, tendremos que esperar a su entrada en vigor.

Por otro lado, la doctrina ha tratado de proteger al tercero principalmente gracias a la aplicación del art. 1.317 CC que defiende que «en ningún caso se perjudicarán los derechos ya adquiridos por terceros». Sin embargo, lo cierto es que a pesar de ésta norma, los terceros resultan perjudicados ya en el momento en el que para cobrar sus créditos necesitan acudir a un pleito y acreditar en él que el derecho adquirido es anterior a la modificación.

En definitiva, podemos ver que por muchos mecanismos y medidas que aplique nuestro sistema legal para asegurar la garantía de la protección de los terceros, en la práctica son insuficientes.

Por ello, algunos autores defienden la idea de volver al principio de inmutabilidad del REM para exterminar definitivamente el problema. A mi juicio, creo que es una solución drástica y arcaica el hecho de tener que privar a los cónyuges de la libertad de establecer su propia economía. Por ello, considero que la doctrina debería plantearse otras medidas que permitan compaginar el principio de mutabilidad del régimen, con un sistema de seguridad hacia los terceros totalmente eficiente.



## X. BIBLIOGRAFÍA

- ÁVILA NAVARRO, P. (2012): *Formularios Notariales, Tomo V-Derecho de familia-Derecho sucesorio*. BOSCH, Casa Editorial, S.A. Barcelona.
- BARRIO GALLARDO, A. (2016): *Autonomía privada y matrimonio*. Reus, S.A. Madrid.
- BAYOD LÓPEZ, M.C. (2006): *Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en el marco de la teoría general del contrato: ajustes y desajustes*. Anuario de Derecho civil (ADC), Zaragoza.
- BLASCO GASCÓ, F. de P. (1993): *Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de: la norma del art. 1317 CC*. ADC.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (2012): *Las capitulaciones matrimoniales*. Cizur Menor, Navarra.
- CUTILLAS TORNS, J.L. (2000): *Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de sus ineficacias y de sus acciones impugnatorias*. Revista de derecho Privado, Madrid.
- DE LOS MOZOS, J.L. (1982): *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Edersa, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO L., y GULLÓN A. (2001): *Sistema de Derecho Civil. Vol.IV. Derecho de familia*. Tecnos, Madrid.
- FEMENÍA LÓPEZ, P.J. (2011): *Las capitulaciones matrimoniales*. Dykinson. Madrid.
- FIGUEROA TORRES, M. (2016): *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura en España, Estados Unidos y Puerto Rico*. Dykinson, Madrid.
- KIPP Y WOLFF, (1979): *Derecho de familia*. Bosch, Barcelona.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1962), *Capítulos matrimoniales y estipulación capitular*. Centenario de la Ley del Notariado, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (2010): *Elementos de derecho civil. Tomo IV:familia*. Dykinson, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (2011): *Elementos de derecho civil: derecho de obligaciones. Tomo II, Vol.I*. Dykinson, Madrid.
- LASARTE ALVAREZ, C. (1984): *La publicidad del régimen económico del matrimonio*. RDP, Sevilla.
- MAS BADIA, M<sup>a</sup> D. (1999): *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales*. Tirant Lo Blanch, Valencia.

- MONZÓN CARCELLER, N. (1998): *La protección de los acreedores y la sustitución constante matrimonio de la sociedad de gananciales por el régimen de separación de bienes*, Anales de Derecho, Universidad de Murcia. Nº 16. Págs 351-365.
- MORALEJO IMBERNON, N. (2013): *Comentarios al Código Civil Tomo VII (art.1.317)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SAN ROMÁN MORENO, J.S. (1995): *Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores*. Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, páginas 9-77.

## XI. ANEXO

Por último, para mejorar la comprensión del lector, he decidido incluir en este trabajo un ejemplo de escritura de capitulación matrimonial publicada por Pedro ÁVILA Navarro en su obra *Formularios Notariales, Tomo V, Derecho de familia-Derecho sucesorio*

### NÚMERO...

#### ESCRITURA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES... (lugar y fecha)

A) **COMPARECENCIA.**- Ante mí, ..., Notario de ..., del Ilustre Colegio Notarial de ..., comparecen:

Los cónyuges DON ..., de profesión ...; y DOÑA ..., de profesión ...; ambos mayores de edad, de vecindad civil ..., vecinas de ..., calle ..., número ...; DNI-NIF ...-X y ...-X

**Intervienen** en su propio nombre. Me aseguro de su **identidad** por sus reseñados documentos. Los juzgo con **capacidad** legal suficiente para el otorgamiento de esta escritura.

B) **EXPOSICIÓN.**- a) **Matrimonio y régimen económico.**- Manifiestan los señores comparecientes que el día ..., en ..., contrajeron entre sí matrimonio, que fue inscrito en el Registro Civil de ..., tomo ..., página ... Y que, falta de capitulaciones, se rige el matrimonio por el régimen de la sociedad legal de gananciales (*o régimen que sea legalmente aplicable*).

**b) Inventario de bienes gananciales.**-... (descripción, con cargas, título y datos registrales).

**c) Deudas.**-... (*descripción*).

**d) Avalúo.**- Se estima el valor líquido de los bienes inventariados, es decir, con deducción de las deudas reseñadas en... pesetas.

C) **ESTIPULACIONES.**- a) **Régimen de separación.**- Los señores comparecientes pactan para lo sucesivo el régimen de separación de bienes regulado en los artículos 1.435 a 1.444 del Código civil (*o en el Código de Familia de Cataluña o en los artículos 3 y 4 de la Compilación del Derecho civil especial de Baleares*).

**b) Liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicaciones.**- No procediendo reembolsos ni reintegros entre la sociedad y los cónyuges, se estima que cada uno de ellos corresponde la mitad del caudal líquido inventariado, por lo que se adjudica:

1. Al marido, los bienes inventariados con los números...
2. A la esposa los bienes inventariados con los números...

**c) Régimen registral civil.-** Los señores comparecientes solicitan se haga constar en el Registro Civil el cambio de régimen conyugal pactado.

**d) Régimen fiscal.-** Este contrato se acoge a la exención de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados del artículo 48.I.B.3 del Texto Refundido de la Ley, de 30 de diciembre de 1980.

**D) OTORGAMIENTO Y AUTORIZACIÓN.- 1. Reservas y advertencias legales.-** Las hago a los señores comparecientes entre ellas las de carácter fiscal y registral. **2. Lectura.-** Permito a los señores comparecientes la lectura de esta escritura, porque así lo solicitan después de advertidos de la opción del artículo 193 del Reglamento Notarial. **3. Consentimiento.-** Enterados, según dicen, por la lectura que han practicado y por mis explicaciones verbales, los señores comparecientes hacen constar su consentimiento al contenido de la escritura. **4. Firma.-** Y la firman. **5. Autorización.-** Del contenido de esta escritura, extendido en... folios de papel timbrado notarial de serie..., números..., yo, el Notario, DOY FE.