

**III. OTRAS DISPOSICIONES****MINISTERIO DE JUSTICIA**

**17912** *Resolución de 4 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad n.º 2 de Marbella, por la que se deniega una anotación preventiva de embargo, sobre bienes inscritos como privativos por confesión.*

En el recurso interpuesto por doña M. Y. M. V., Abogada, contra la nota de calificación de la Registradora de la Propiedad de Marbella número 2, doña Evangelina Calvo de Castro, por la que se deniega una anotación preventiva de embargo, sobre bienes inscritos como privativos por confesión.

**Hechos****I**

Mediante Auto dictado con fecha 17 de mayo de 2006, por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Sevilla, Juicio Ejecutivo 810/2002, en procedimiento seguido contra don J. R. A., habiéndose notificado a su cónyuge doña J. C. G., se decretó el embargo de las fincas registrales 46.371 y 46.161 del Registro de la Propiedad de Marbella número 2.

**II**

Presentado mandamiento en el Registro de la Propiedad de Marbella número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Hechos.–1.º Con fecha 21 de mayo último, se presentó bajo el asiento número 985 del Diario 98 el Mandamiento que antecede librado el día 26 de enero de 2009, por doña Ángela M. Zurita Tain, Secretaria del Juzgado de Primera Instancia número nueve de los de Sevilla, por el que se ordena anotar el embargo trabado sobre las fincas registrales números 46.371 y 46.161, de este Registro, como propiedad de don J. R. A. y habiendo sido notificado a la esposa doña J. C. G. 2.º Examinado el Registro, las citadas fincas registrales números 46.371 y 46.161, aparecen inscritas a favor de doña J. G. C., casada con don J. R. A. por título de compraventa, con carácter privativo por confesión, por haberlo reconocido su citado esposo en escritura otorgada ante el Cónsul General de España en París, doña María Teresa Daurella de Nadal el 27 de mayo de 2002 e inscrita el 30 de mayo siguiente. Fundamentos de Derecho: 1.º) El Registrador que suscribe es competente para la calificación de todo título que se presente a inscripción o anotación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y art. 100 de su Reglamento.–2.º) Art, 20 L. H.: “Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. En caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen el Registrador denegará la inscripción solicitada”.–3.º) Como ha declarado reiteradamente la Dirección General, los principios constitucionales de protección jurisdiccional de los derechos y proscripción de la indefensión (artículo 24 de la Constitución Española) y paralelamente en el ámbito registral el Principio de salvaguardia Judicial de los asientos registrales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria), junto con los de tracto sucesivo y legitimación (artículo 20 y 38.3 de la Ley Hipotecaria), impiden la práctica de la inscripción solicitada sobre bienes inscritos a favor de personas que no han sido parte en el procedimiento. En mérito a todo ello, el Registrador que suscribe ha resuelto suspender la anotación ordenada por no aparecer la finca inscrita a nombre del deudor, y no haberse dirigido la demanda contra doña J. G. C., titular registral. Contra esta calificación (...)

Marbella, a 28 de mayo de 2009. El Registrador (firma ilegible y sello con el nombre y apellidos de la Registradora).»

## III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. Y. M. V., Abogada, interpone recurso en virtud de escrito de fecha 2 de julio de 2009, en base entre otros a los siguientes argumentos: «Primero.—Que en el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Sevilla se siguen Procedimiento de Ejecución de títulos Judiciales, Autos número 810/2002 4B, Doc. 1, contra el ejecutado don J. R. A., casado con doña J. C. G. Que siendo la demanda dirigida contra el Sr. R. se despacha Auto de ejecución contra el mismo y, se decretó el embargo contra los bienes, ante la posibilidad ser gananciales los mismos, con fecha 18 de enero 2008 es publicada en el “Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla” núm. 15, no obstante de ser la Sra. C. quien recibió la notificación personal de la demanda como consta en los Autos, se adjunta Edicto Doc. 1. Sin personarse en el procedimiento, ni oponerse. Segundo.—Que con fecha 21-03-2006 se solicitó al Registro número 2 de Marbella (Málaga), al solicitar información registral de la Sra. C., apareciendo en el índice una finca en ese Registro, se interesó a efectos de trabar embargo sobre una finca presuntivamente ganancial, la localización y emisión del Certificado de dominio y estado de cargas de la finca inscrita en ese Registro. Doc. 2. Que como se adjunta aparece en la certificación emitida que las fincas están registradas a favor ambos cónyuges y, por lo que se interesa al Juzgado su embargo. Doc. 3 y 4. Por lo que, no pueden estar inscritas 4 años antes como presuntivamente privativas, si por certificación emitida en el 2006 aparece a favor del deudor y, su esposa traída al procedimiento judicial. En virtud de las certificaciones de dominio y cargas de las fincas embargadas emitida en el 2006, aparecen como titulares registrales la Sra. C. y el Sr. R. titulares del pleno dominio de la totalidad, por tanto, en aplicación a contrario sensu del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, procede la inscripción y, quienes confiados en las garantías de las certificaciones de fecha posterior instaron las trámites judiciales legales para su embargo, por lo que la sorpresiva inscripción del 2002 genera la más absoluta indefensión a esta parte.»

## IV

La Registradora emitió informe el día 17 de agosto de 2009 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 1, 1.079, 1.083, 1.317, 1.324, 1.361, 1.373, 1.389 y 1.911 del Código Civil; 1, 20 y 38.1 de la Ley Hipotecaria; 385 y 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 93, 95 y 144.2 del Reglamento Hipotecario; y la Resolución de esta Dirección General de 13 de febrero de 1999.

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso es determinar si es posible tomar anotación preventiva de embargo en procedimiento seguido contra un cónyuge y notificado el otro, siendo así que los bienes constan inscritos como privativos por confesión a nombre del cónyuge no demandado.

2. Es cierto que la confesión de privatividad no aparece configurada en nuestro ordenamiento como una declaración de voluntad, que fija frente a todos el carácter privativo del bien al que se refiere (sin perjuicio de su posible impugnación si se efectúa en fraude o perjuicio de terceros o no se corresponde con la realidad), sino como un simple medio de prueba de esta circunstancia, que opera en la esfera interconyugal y que carece de virtualidad para desvirtuar por sí sola la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1.361 del Código Civil (cfr. artículo 1.324 del Código Civil); pero no lo es menos que la presunción de ganancialidad, tampoco es un título de atribución legal de esa cualidad a los bienes del matrimonio en tanto no conste que pertenecen privativamente a uno u otro

cónyuge —o a ambos pro indiviso—, sino uno más de los medios de prueba (cfr. artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

3. Ello plantea el problema de determinar el régimen jurídico aplicable a estos bienes confesadamente privativos, pues si no pueden ser tratados como privativos a todos los efectos, interpartes y frente a terceros, tampoco pueden ser reputados inequívocamente como gananciales, de manera que los actos dispositivos realizados sobre ellos con sujeción al régimen de tales bienes sean definitivamente inatacables (es evidente la posibilidad de impugnar esos actos si a posteriori se demuestra que los bienes eran realmente privativos del cónyuge del confesante y éste no prestó su consentimiento a la enajenación, como sucede en el supuesto regulado por el artículo 1.389 del Código Civil). Adviértase en este mismo sentido cómo el propio Reglamento Hipotecario, a la hora de fijar los términos de la inscripción de tales bienes, y a diferencia del criterio seguido en otros casos —cfr. sus artículos. 93.1 y 95.1—, se abstiene de exigir su calificación en el asiento como privativos o gananciales, limitándose a ordenar que se inscriban a favor del cónyuge favorecido por la confesión, con expresión de esta circunstancia (cfr. artículo 95.4), produciéndose una cierta indeterminación registral en lo relativo a la titularidad de ese bien (aunque circunscrita al ámbito matrimonial y posibilitada por obvias consideraciones prácticas).

4. En tales circunstancias, la toma de posición sobre las exigencias del embargo del bien confesadamente privativo por deudas contraídas unilateralmente por el cónyuge confesante —sean o no, también deudas de la sociedad—, resulta ardua. De entender que a dichos bienes ha de aplicarse íntegramente el régimen de los gananciales en tanto no se acredite su privatividad —y sin perjuicio de las consecuencias inherentes a una justificación a posteriori de este extremo— el artículo 1.373 del Código Civil, posibilita la anotación pretendida si mediere la notificación del embargo al cónyuge favorecido por la confesión, aún cuando la demanda se haya dirigido sólo contra el confesante. En tal caso habrá de reconocerse que aquél no sólo puede hacer valer la opción contemplada en dicho precepto sino también la interposición de la correspondiente tercería de dominio, y que en caso de no interponerse esta última, la enajenación alcanzada siempre quedará amenazada de ineficacia si se demuestra en el procedimiento al efecto iniciado contra el adjudicatario, que el bien era efectivamente privativo (cfr. artículos 593 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

5. Junto a estos inconvenientes no faltan consideraciones que aconsejan rechazar esa posición. En primer lugar, ha de reconocerse que la aplicación del artículo 1.373 del Código Civil al supuesto ahora considerado es cuando menos discutible. En efecto, esta norma permite el embargo de bienes comunes por deudas contraídas sólo por un cónyuge, pero no porque se presuponga la afección de aquellos al pago de éstas (y porque se estime que para hacer efectiva tal afección basta con que sea demandado y condenado el cónyuge que la contrajo), sino a pesar de reconocer que en tal supuesto los bienes comunes no tienen responsabilidad alguna por la deuda que se trata de hacer efectiva (adviértase que el artículo 1.373 del Código Civil está considerando las deudas propias de un cónyuge) y con el único objetivo de compaginar el derecho de los acreedores privativos de un cónyuge a agotar todas las vías posibles para el cobro de sus deudas aunque para ello tengan que realizar el contenido económico que a su deudor corresponde en el patrimonio común —esto es, imponer su disolución para poder proceder contra los bienes que puedan adjudicársele en la liquidación—, con la posibilidad del otro cónyuge de asegurar la subsistencia del régimen económico del matrimonio.

Desde esta perspectiva se hace ostensible lo inapropiado de la aplicación del artículo 1.373 del Código Civil al supuesto ahora considerado. Por una parte, si ya es excepcional que por las deudas propias de un cónyuge se permita a su acreedor embargar directamente bienes ajenos a su patrimonio privativo (cfr. artículo 1.911 del Código Civil), más lo será que por deudas totalmente ajenas al patrimonio común se permita al acreedor de un cónyuge trabar bienes que los titulares de ese patrimonio manifiestan públicamente que no forman parte de él y así lo consignan en el instrumento de publicidad de las titularidades inmobiliarias, es decir en el Registro de la Propiedad. Por otra parte, la solución prevista en el artículo 1.373 del Código Civil se manifiesta poco coherente con el supuesto ahora

considerado, pues, frente a la alternativa que aquél concede al cónyuge del deudor (optar por tolerar el embargo o imponer la sustitución de la traba con disolución del régimen ganancial), la disyuntiva que ahora se abre a dicho cónyuge es la de elegir entre la tercera de dominio o pedir directamente la disolución del consorcio, pues, en tal caso, como la liquidación es competencia exclusiva de los cónyuges —sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1.083 del Código Civil— y éstos no incluirán en el activo del patrimonio común el bien confesado, éste quedará ya libre de la traba. En tal caso, si el acreedor quiere proceder contra él no tendrá otras vías que demandar a ambos cónyuges para que se declare la ganancialidad del bien y de la deuda y se ejecute aquél en virtud del artículo 1.317 del Código Civil, o demandar al cónyuge deudor en su carácter de tal, y a ambos para que se declare la ganancialidad del bien y así poder proceder contra la parte de ese bien que corresponda al cónyuge deudor en la adición a la liquidación que resultará pertinente (cfr. artículo 1.079 del Código Civil).

6. Por último, no puede dejar de reconocerse que ante la indeterminación que se produce en la titularidad del bien confesadamente privativo, lo más respetuoso con el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses, con los principios registrales de tracto y salvaguarda judicial de los asientos del Registro de la Propiedad, y con las exigencias de seguridad del tráfico, sería adoptar la solución que garantizara suficientemente los derechos de todos los interesados tanto si el bien es efectivamente privativo como ganancial, lo que por otra parte aseguraría una posición inatacable de la ejecución.

7. Las consideraciones precedentes ponen de manifiesto que no es suficiente la mera notificación del embargo al cónyuge del deudor para poder trabar el bien confesadamente privativo en procedimiento seguido exclusivamente contra el confesante por deudas que contrajo unilateralmente. Por el contrario, debe demandarse a ambos cónyuges, dirigiendo contra cada uno pretensiones distintas, tal y como posibilita el artículo 538.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en línea con la solución adoptada por el artículo 144.2 del Reglamento Hipotecario, según el cual «cuando se trate de bienes inscritos conforme al número 4 del artículo 95 el embargo será anotable si la demanda se hubiera dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor». A este precepto deberá atenderse el Registrador de la Propiedad, que debe observar las normas de rango reglamentario en tanto no resulte que fueren claramente contrarias a la norma legal que trata de desarrollar (cfr. artículo 1 del Código Civil).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la Registradora en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 4 de octubre de 2010.—La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.