

TESIS DOCTORAL

2019

**ACTUACIÓN SEPARADA DE LOS CÓNYUGES Y
RESPONSABILIDAD DEL PATRIMONIO GANANCIAL**

Alberto Fabar Carnero

Licenciado en Derecho

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES**

Director: Prof. Dr. Francisco Javier Jiménez Muñoz

Codirectora: Prof. Dra. María Begoña Flores González

**Departamento de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Educación a Distancia**

TESIS DOCTORAL

2019

**ACTUACIÓN SEPARADA DE LOS CÓNYUGES Y
RESPONSABILIDAD DEL PATRIMONIO GANANCIAL**

Alberto Fabar Carnero

Licenciado en Derecho

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES**

Director: Prof. Dr. Francisco Javier Jiménez Muñoz

Codirectora: Prof. Dra. María Begoña Flores González

**Departamento de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Educación a Distancia**

AGRADECIMIENTOS

Cuando uno acomete una empresa de esta magnitud es obvio que va a requerir en múltiples ocasiones la colaboración de terceros y, en este sentido, inicialmente, quiero agradecer de forma genérica la predisposición que siempre he encontrado en todos aquellos a quienes he recurrido para solventar las diversas cuestiones que han ido surgiendo en esta azarosa y ardua tarea de varios años.

Como no podía ser menos, debo agradecer a la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) y, en particular, a su Departamento de Derecho Civil el haberme ofrecido la posibilidad de realizar la tesis doctoral, reto este que he compaginado con mi actividad profesional como Abogado y que, por circunstancias personales, quedó aplazado tras obtener el Diploma de Estudios Avanzados (DEA).

Evidentemente, he de expresar mi más profundo agradecimiento al Director de la tesis, Prof. Dr. Francisco Javier Jiménez Muñoz, y a la Codirectora del trabajo, Prof. Dra. María Begoña Flores González, Profesores del Departamento de Derecho Civil de la UNED, por la labor de corrección y por su capital apoyo para la culminación de la investigación.

El lugar más destacado en el capítulo de agradecimientos siempre ha de reservarse para la familia. Aunque la consecución del objetivo sea muy gratificante, el tiempo sustraído a la familia es irrecuperable. Por ello, quiero agradecerle a mi familia la paciencia y comprensión que ha tenido en este tiempo, en el que se dejan de lado muchas cosas relevantes y ordinarias. Este agradecimiento lo hago extensivo de forma singularizada a Ana, por su aliento y ayuda permanentes.

Finalmente, también deseo plasmar mi agradecimiento anticipado a los miembros del Tribunal que evaluará esta tesis, por sus observaciones y recomendaciones, que, con total seguridad, contribuirán a mejorar la investigación.

A mi padre (In Memoriam) y a mi madre

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	17
INTRODUCCIÓN	21
CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD GANANCIAL EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL	27
1.1. LA AFECCIÓN GANANCIAL EN LAS FUENTES DEL DERECHO HISTÓRICO DE LOS SIGLOS XIII A XIX	29
1.1.1. El régimen económico ganancial en el Fuero Juzgo. El reparto proporcional de ganancias como criterio legal.....	29
1.1.2. La regulación en los Fueros locales.....	35
1.1.3. El Fuero Viejo de Castilla.....	38
1.1.4. El Fuero Real.....	39
1.1.5. Las Leyes del Estilo.....	41
1.1.6. Las Partidas	43
1.1.7. Las Leyes de Toro	44
1.1.8. La Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación	49
1.2. LA RESPONSABILIDAD GANANCIAL EN EL CÓDIGO CIVIL	50
1.2.1. Los antecedentes del Código civil.....	50
1.2.1.1. <i>El Proyecto de Código civil de 1836. La primera aproximación a la codificación de la responsabilidad de la sociedad conyugal</i>	<i>50</i>
1.2.1.2. <i>El Proyecto de Código civil de 1851. El germen del régimen de cargas y obligaciones gananciales del futuro Código</i>	<i>52</i>
1.2.1.3. <i>El Anteproyecto del Código civil (1882-1888).....</i>	<i>55</i>
1.2.2. La responsabilidad con la masa ganancial en el Código civil.....	56
1.2.2.1. <i>La responsabilidad ganancial en la regulación primigenia del Código civil de 1889.....</i>	<i>56</i>
1.2.2.2. <i>Referencia a la modificación del Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958</i>	<i>71</i>
1.2.2.3. <i>La reforma operada por la Ley de 2 de mayo de 1975.....</i>	<i>74</i>
1.2.2.4. <i>La regulación actual del Código civil introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo</i>	<i>76</i>

CAPÍTULO II: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES	81
2.1. INTRODUCCIÓN.....	83
2.2. DIVERSAS TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES	83
2.2.1. La tesis de la sociedad civil.....	83
2.2.1.1. <i>La inaplicabilidad de los rasgos definidores de la sociedad civil a la institución ganancial</i>	<i>83</i>
2.2.2. Sociedad de gananciales y comunidad ordinaria.....	97
2.2.3. La teoría de la comunidad diferida	102
2.2.4. El encuadramiento de la sociedad de gananciales en la comunidad germánica o en mano común	106
2.3. LA NATURALEZA JURÍDICA SUI GENERIS DE LA COMUNIDAD GANANCIAL.....	113
CAPÍTULO III: LA RESPONSABILIDAD GANANCIAL INTERNA Y EXTERNA	117
3.1. INTRODUCCIÓN.....	119
3.2. LA RESPONSABILIDAD GANANCIAL EN SU PERSPECTIVA INTERNA Y EXTERNA	127
3.2.1. La disociación entre pasivo provisional y pasivo definitivo en el <i>Code civil</i> napoleónico	127
3.2.2. La relativización de la disyunción entre los ámbitos interno y externo de la responsabilidad ganancial.....	131
3.2.3. La responsabilidad ganancial interna.....	142
3.2.3.1. <i>Referencia a las cargas de la sociedad de gananciales. El artículo 1362 del Código civil</i>	<i>142</i>
3.2.3.1.1. Cargas matrimoniales	144
3.2.3.1.2. Otras cargas definitivas de la comunidad	150
3.2.3.2. <i>Las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges</i>	<i>159</i>
3.2.3.3. <i>Las obligaciones extracontractuales contraídas por los cónyuges como carga ganancial</i>	<i>165</i>
3.2.3.4. <i>Las deudas moderadas del juego.....</i>	<i>168</i>
3.2.3.5. <i>El derecho de reintegro del artículo 1364 del Código civil.....</i>	<i>172</i>
3.2.4. La responsabilidad ganancial externa. Delimitación general.....	175

3.2.4.1. <i>El carácter privativo del débito separadamente contraído por un cónyuge</i>	175
3.2.4.2. <i>La responsabilidad patrimonial universal en el régimen legal de la sociedad de gananciales</i>	179
3.2.4.2.1. <i>Aproximación general a la responsabilidad patrimonial del deudor</i>	179
3.2.4.2.2. <i>La aplicación del artículo 1911 del Código civil en sede ganancial</i>	188
3.2.4.3. <i>El interés de la familia y la afección ad extra de la masa ganancial después de la reforma operada por la Ley 11/1981</i>	190
3.2.4.4. <i>La legitimación individual de los cónyuges para vincular frente a terceros el patrimonio común</i>	197
3.2.4.5. <i>La voluntad conyugal como presupuesto de responsabilidad ganancial erga omnes</i>	200
3.2.4.5.1. <i>Sujeción de la masa ganancial por las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente</i>	202
3.2.4.5.2. <i>Responsabilidad consorcial por las deudas contraídas por un cónyuge con el consentimiento expreso del otro</i>	205
3.2.4.6. <i>La responsabilidad indistinta de las masas privativa y común por las deudas gananciales contraídas por un cónyuge</i>	208
CAPÍTULO IV: LA RESPONSABILIDAD DIRECTA CON EL PATRIMONIO GANANCIAL POR DEUDAS CONTRACTUALES SEPARADAMENTE PRODUCIDAS	213
4.1. LA RESPONSABILIDAD GANANCIAL EXTERNA POR LA ACTUACIÓN INDIVIDUAL DE LOS CÓNYUGES EN LA ESFERA CONTRACTUAL	215
4.1.1. <i>Deudas contraídas individualmente en el ejercicio de la potestad doméstica</i>	215
4.1.1.1. <i>Introducción</i>	215
4.1.1.2. <i>Los precedentes de la regulación actual</i>	216
4.1.1.2.1. <i>La sujeción de los bienes comunes frente a terceros por deudas domésticas en la regulación inicial del Código civil</i>	216
4.1.1.2.2. <i>La potestad doméstica tras la Ley de 2 de mayo de 1975</i>	220
4.1.1.3. <i>El contenido de la potestad doméstica</i>	223

4.1.1.3.1. Los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia	223
4.1.1.3.2. La dualidad de roles en el ámbito de la potestad doméstica.....	229
4.1.1.3.3. La delimitación externa de la legitimación para contraer deudas domésticas.....	232
4.1.1.4. <i>El alcance de la responsabilidad por los débitos separadamente contraídos en el ejercicio de la potestad doméstica</i>	235
4.1.1.5. <i>El débito doméstico en la hipótesis de separación de hecho conyugal</i>	244
4.1.1.5.1. Potestad doméstica y separación de hecho en la regulación ganancial del Código civil de 1889	244
4.1.1.5.2. Separación de hecho y vigencia de la sociedad de gananciales....	247
4.1.1.5.3. La legitimación indistinta conyugal para contraer débitos domésticos atinentes a los hijos en la hipótesis de separación fáctica	254
4.1.2. La afección ganancial por los débitos provenientes de la gestión o disposición de bienes comunes que legal o convencionalmente incumbe a cada cónyuge.....	261
4.1.2.1. <i>Cogestión y gestión separada</i>	261
4.1.2.2. <i>La potestad dispositiva individual sobre los frutos y productos del patrimonio privativo de los cónyuges</i>	271
4.1.2.3. <i>El anticipo de numerario ganancial a un cónyuge</i>	273
4.1.2.4. <i>Legitimación individual para la administración de bienes y la disposición de dinero o títulos valores</i>	277
4.1.2.4.1. Naturaleza del artículo 1384	277
4.1.2.4.2. Ámbito objetivo del precepto	280
4.1.2.4.3. Responsabilidad directa con el patrimonio común por los actos de administración o dispositivos contemplados en el artículo 1384.....	288
4.1.2.5. <i>Ejercicio de los derechos de crédito por el cónyuge que ostenta su titularidad formal</i>	290
4.1.2.6. <i>Defensa de bienes y derechos comunes</i>	294
4.1.2.6.1. Referencia a los gastos y costas procesales	299
4.1.2.7. <i>Los gastos urgentes de carácter necesario</i>	301
4.1.2.7.1. Exégesis extensiva del artículo 1386	301
4.1.2.7.2. La ganancialidad del débito individualmente contraído	303

4.1.2.8. Pactos sobre la gestión o disposición de gananciales y vinculación de la sociedad	305
4.1.3. Ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio	310
4.1.3.1. Concepto de «ejercicio ordinario»	312
4.1.3.2. El carácter consorcial del débito profesional	314
4.1.4. Administración ordinaria de los propios bienes	317
4.1.4.1. Justificación del precepto.....	317
4.1.4.2. La administración ordinaria como presupuesto de afección ganancial	319
4.1.5. Deudas contraídas por el cónyuge comerciante en el ejercicio del comercio	324
4.1.5.1. Introducción	324
4.1.5.2. Las facultades dispositivas del cónyuge comerciante	327
4.1.5.3. El singular régimen de responsabilidad del Código de comercio	332
4.1.5.3.1. Débitos comerciales privativos	338
4.1.5.3.2. Deudas gananciales <i>ex commercio</i> y deudas mercantiles privativas con garantía patrimonial ganancial limitada	339
4.1.5.4. El consentimiento tácito para la afección del patrimonio ganancial..	344
4.1.5.5. Oposición al ejercicio del comercio y responsabilidad patrimonial...	349
4.2. ALUSIÓN AL TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CONCURSO DE PERSONA CASADA EN RÉGIMEN DE GANANCIALES.	
.....	352
CAPÍTULO V: LA RESPONSABILIDAD CONSORCIAL POR LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES INDIVIDUALMENTE CONTRAÍDAS.....	361
5.1. LA SUJECCIÓN ERGA OMNES DE LA MASA COMÚN POR LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES INDIVIDUALMENTE CONTRAÍDAS POR UN CÓN YUGE	363
5.1.1. Introducción	363
5.1.2. La noción de <i>obligaciones extracontractuales</i>	364
5.1.2.1. Las obligaciones derivadas de la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana como supuesto paradigmático de aplicabilidad del precepto.....	365
5.1.2.2. La condición ganancial de los débitos indemnizatorios <i>ex delicto</i>	371

5.1.2.3. <i>El discutible encuadramiento de las deudas tributarias en el marco del artículo 1366</i>	378
5.1.2.4. <i>Exclusión de las deudas provenientes de sanciones económicas impuestas a un cónyuge</i>	386
5.1.3. El ámbito material específico de la disposición.....	389
5.1.3.1. <i>La actuación conyugal individual generadora del débito consorcial extracontractual</i>	389
5.1.3.2. <i>La reconducción de la operatividad del dolo o la culpa grave del cónyuge deudor a la esfera interna</i>	393
5.1.4. La obligación extracontractual en los regímenes de comunidad del Derecho comparado.....	401
CAPÍTULO VI: LA EJECUCIÓN SOBRE BIENES GANANCIALES	407
6.1. EJECUCIÓN SOBRE BIENES GANANCIALES POR DEUDAS PRIVATIVAS DE LOS CÓNYUGES	409
6.1.1. La responsabilidad subsidiaria de la masa ganancial por los débitos privativos de los cónyuges.....	409
6.1.1.1. <i>La vinculación subsidiaria del consorcio por deudas privativas en el Código civil de 1889</i>	409
6.1.1.2. <i>El régimen de afección por débitos privativos plasmado en el artículo 1373 del Código civil</i>	411
6.1.1.3. <i>Carga de la prueba de la insuficiencia del patrimonio privativo del cónyuge deudor</i>	418
6.1.2. La notificación del embargo de bienes comunes por débitos privativos al cónyuge no deudor.....	420
6.1.3. El ejercicio del derecho de opción por el cónyuge no deudor.....	423
6.1.4. La ejecución por débitos privativos contraídos tras la disolución del consorcio.....	428
6.1.4.1. <i>La comunidad postganancial</i>	428
6.1.4.2. <i>Inaplicabilidad del artículo 1373 ex Código civil tras la extinción de la sociedad legal</i>	431
6.2. EJECUCIÓN SOBRE BIENES COMUNES POR DEUDAS GANANCIALES SEPARADAMENTE CONTRAÍDAS	437
6.2.1. Introducción.....	437
6.2.2. La oposición por el cónyuge del ejecutado.....	438

6.2.2.1. <i>La oposición por las mismas causas que el ejecutado</i>	438
6.2.2.2. <i>La específica invocación de la no ganancialidad del débito</i>	440
6.2.3. El ejercicio de la tercería de dominio por el consorte no deudor en la hipótesis de traba de bienes gananciales por deudas contraídas por su consorte..	442
6.2.3.1. <i>La exclusión de la legitimación como tercerista del cónyuge no deudor vigente la comunidad ganancial</i>	445
6.2.3.1.1. Referencia a la regulación anterior	445
6.2.3.1.2. Panorama actual	447
6.2.3.2. <i>Liquidación del régimen ganancial y tercería de dominio</i>	450
6.2.4. Afeción y agresión de la masa en liquidación por débitos comunes postgananciales	459
6.2.5. La anotación preventiva de embargo en el régimen de la sociedad legal...	464
6.2.5.1. <i>La anotación de embargo durante la vigencia del consorcio</i>	464
6.2.5.1.1. Bienes inscritos con carácter ganancial o presuntivamente ganancial	464
6.2.5.1.2. Anotación de embargo sobre bienes confesadamente privativos .	466
6.2.5.2. <i>La anotación de la traba una vez disuelta la comunidad</i>	469
6.2.5.3. <i>Anotación de embargo sobre la vivienda habitual perteneciente a uno de los cónyuges</i>	473
CONCLUSIONES	477
RELACIÓN DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS	487
BIBLIOGRAFÍA	505

ABREVIATURAS

AAMN	<i>Anales de la Academia Matritense del Notariado</i>
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AAPP	Audiencias Provinciales
AASN	<i>Anales de la Academia Sevillana del Notariado</i>
ADC	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
ADCo	<i>Anuario de Derecho Concursal</i>
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AHDE	<i>Anuario de Historia del Derecho Español</i>
AJEE	<i>Anuario Jurídico y Económico Escorialense</i>
AN	Audiencia Nacional
BIB	Bibliografía Aranzadi
BOC	Boletín Oficial de las Cortes
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código civil
CCJC	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
CCo	Código de comercio
C DFA	Código del Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución española
Cendoj	Centro de Documentación Judicial
CL	Colección Legislativa de España
CP	Código Penal
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
ECLI	Identificador europeo de jurisprudencia

EM	Exposición de Motivos
IBI	Impuesto sobre Bienes Inmuebles
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
JUR	Jurisprudencia Aranzadi
LAR	Ley de Arrendamientos Rústicos
LC	Ley Concursal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGT	Ley General Tributaria
LIP	Ley del Impuesto sobre el Patrimonio
LIRNR	Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LIVA	Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido
LH	Ley Hipotecaria
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRC	Ley del Registro Civil
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
RAE	Real Academia Española
RCDI	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
RD	Real Decreto
RDCA	<i>Revista de Derecho Civil Aragonés</i>
RDCP	<i>Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal</i>
RDEA	<i>Revista de Derecho Español y Americano</i>
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RDL	Real Decreto Legislativo
RDN	<i>Revista de Derecho Notarial</i>
RDP	<i>Revista de Derecho Privado</i>
RDUNED	<i>Revista de Derecho UNED</i>
REHJ	<i>Revista de Estudios Histórico-Jurídicos</i>
RGLJ	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
RH	Reglamento Hipotecario
RIDC	<i>Revue Internationale de Droit Comparé</i>
Riv. dir. comm.	<i>Rivista del Diritto Commerciale</i>
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJN	<i>Revista Jurídica de Navarra</i>
RJUAM	<i>Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid</i>
RLRC	Reglamento de la Ley del Registro Civil
RORN	Reglamento de la organización y régimen del Notariado
RRDGRN	Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
RTEAC	Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SS	Seguridad Social
SSAAPP	Sentencias de las Audiencias Provinciales
SSAP	Sentencias de la Audiencia Provincial
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TC	Tribunal Constitucional
TEAR	Tribunal Económico-Administrativo Regional
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TOL	Tirant On Line
TRLRHL	Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales
TS	Tribunal Supremo
VV. AA.	Varios autores

INTRODUCCIÓN

La protección de los derechos de los terceros, junto con la seguridad y agilización del tráfico jurídico de la sociedad de gananciales, vienen a imponer la necesidad de un sistema de responsabilidad externa de la comunidad conyugal que legitime individualmente a los cónyuges para contraer débitos con repercusión patrimonial directa para el consorcio. Una exigencia de intervención incondicionada de ambos partícipes para afectar el haber ganancial *erga omnes* resulta poco menos que quimérica e incompatible con el dinamismo que requiere la vida económica. Se admite, por ello, en la reglamentación vigente la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges pueda endeudar a la sociedad en el ejercicio de la potestad doméstica, en la gestión o disposición de bienes comunes que legal o capitularmente les corresponda, en el ámbito profesional o mercantil, en la administración ordinaria de su caudal privativo e, igualmente, en la esfera extracontractual.

El estudio que se acomete se justifica, en nuestro criterio, por la necesidad de ahondar en la delimitación del marco de legitimación conyugal individual para comprometer frente a terceros los bienes comunes. En este sentido, han de tenerse en cuenta la absoluta prevalencia estadística de la sociedad de gananciales, favorecida inercialmente por su cualidad de régimen supletorio de primer grado *ex* artículo 1316, y las múltiples posibilidades otorgadas por el legislador a cualquiera de los cónyuges para ejecutar actuaciones que vinculen *ad extra* al consorcio.

El objeto de la tesis lo constituye propiamente el examen de las deudas gananciales separadamente producidas por los cónyuges, estudiándose, a tal efecto, los distintos supuestos prefigurados legalmente que habilitan a cualquiera de los partícipes en la comunidad ganancial para afectar *erga omnes, solidariamente*, bienes propios y comunes. La concreción de esa esfera de ganancialidad pasiva por la actuación autónoma de los cónyuges nos obligará a referirnos de manera central a los artículos 1365, 1366 y 1368 del Código civil y 6 y siguientes del Código de comercio, y, añadidamente, por extensión, a los artículos 1381, 1382, 1384, 1385 y 1386 del Código civil, atinentes a la administración de la sociedad ganancial. No obstante, la investigación aludirá necesariamente a la regulación de las cargas de la sociedad legal, en la medida en que se juzga conveniente efectuar nuestro análisis con una cierta

perspectiva de globalidad, que permita alcanzar una comprensión integral del pasivo del consorcio.

La metodología seguida para realizar la investigación consiste, fundamentalmente, en la exploración de las diversas reglas de responsabilidad externa de la sociedad de gananciales actualmente en vigor, incluyendo la ordenación procesal en este ámbito. Se recurrirá para completar ese estudio a la doctrina judicial y científica, a los antecedentes legales remotos e inmediatos de las citadas normas y a la tramitación parlamentaria de estas, así como a los ordenamientos territoriales y al Derecho comparado.

En el capítulo primero se da principio a la investigación abordando la evolución de la responsabilidad ganancial en el Derecho histórico español, desde la irrupción en el panorama legal de la comunidad de gananciales a través de una Ley del Fuero Juzgo (Libro IV, Título II, Ley XVII) hasta la disciplina actual introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE n.º 119, de 19 de mayo de 1981). Esta norma, que reglamentó las cargas y obligaciones del consorcio en los artículos 1362 a 1374 del Código civil, dibuja ya nítidamente, frente a la regulación original de 1889, la estructuración dicotómica del pasivo ganancial que conocemos, caracterizada por la dislocación entre responsabilidad directa o externa y definitiva o interna.

Por su parte, en el capítulo segundo de este trabajo se examina la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales. Este análisis se precisa toda vez que la preconizada configuración germánica de la comunidad ganancial y la consecuente inexistencia de cuotas ideales sobre la masa común condicionan la forma en que los acreedores de los cónyuges podrán realizar el activo social y, simultáneamente, la actuación defensiva del cónyuge no deudor. En nuestro criterio, el consorcio presenta un perfil absolutamente particular, definido por una específica disciplina *ad hoc*, que permite catalogar a la sociedad conyugal como una comunidad *sui generis*, no asimilable por ello en sentido estricto a ningún esquema jurídico preexistente.

A su vez, en el capítulo tercero de la tesis, que se inicia con una alusión a la disociación de pasivo provisional y definitivo de la *communauté légale* en el *Code civil*

napoleónico de 1804, precedente remoto de la actual estructuración dual del pasivo del consorcio, se incide en la relativización de esa escisión de responsabilidad interna y externa ganancial. A este respecto, aunque la disyunción de las nociones de *carga* y *responsabilidad* no es discutible, no puede dejarse de colegir que la sustancial similitud entre los artículos 1362 y 1365 del Código civil va a propiciar que el débito ganancial individualmente contraído (y con mayor flagrantia el producido en una actuación conyugal conjunta o consentida expresamente) conlleve como consecuencia ordinaria la asignación del gasto correspondiente al pasivo interno social, difuminándose la desagregación de responsabilidad directa y definitiva. Seguidamente, antes de realizar una delimitación general de esa responsabilidad externa, con el objeto de contar con un panorama completo del pasivo ganancial, se comenta someramente la regulación de las cargas de la sociedad de gananciales (arts. 1362 a 1364, 1366 y 1371), asimiladas a aquellos gastos desembolsados o cantidades adeudadas que se integran en el pasivo definitivo.

La naturaleza ganancial de la deuda resultará, bien inexorablemente de una actuación conyugal conjunta o unilateral consentida expresamente (art. 1367), es decir, de la exclusiva voluntad de los cónyuges, bien del hecho de traer su causa de una actuación autónoma formalmente comprendida en el marco de los artículos 1365, 1366 o 1368 del Código civil y 6 y siguientes del Código de comercio, siendo intrascendente para ponderar la ganancialidad pasiva el interés familiar, que solo cobra protagonismo en la relación intraconyugal. En esta tipología de débitos, la consecuencia patrimonial inmanente a los mismos es la sujeción *erga omnes solidaria*, indistinta o sin prelación del caudal propio del deudor y de los bienes gananciales, los cuales podrán ser trabados y realizados directamente por los acreedores (art. 1369).

El capítulo cuarto de la tesis, capital en el conjunto de la investigación, se ocupa del examen exhaustivo del artículo 1365 del Código civil, precepto central en torno al que se organiza la responsabilidad directa de la masa ganancial por la actuación disyunta conyugal en el plano contractual. Esta norma, no obstante la evidente semejanza formal de sus previsiones con las recogidas en el artículo 1362, a diferencia de este, juega exclusivamente en la esfera externa de la comunidad. Por tanto, en rigor, el artículo 1365 carece de virtualidad para fundamentar la catalogación del gasto provocado como carga social.

En primer término, nos referimos a las deudas contraídas por los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica. Por razones sistemáticas incluimos también el estudio de los débitos asumidos en ese ámbito en la hipótesis de separación fáctica (art. 1368). En cuanto a este extremo, debe recalcar la legitimación indistinta conyugal para ocasionar deudas domésticas consorciales y la inoperancia del reparto de roles entre cónyuges en la relación *erga omnes*.

Continuamos con la referencia a los débitos gananciales contraídos autónomamente por un cónyuge en la gestión o disposición de bienes comunes, aludiéndose a las deudas causadas en el contexto de los artículos 1381, 1382, 1384, 1385 y 1386 *ex* Código civil, que excepcionan la regla de la co-gestión de la comunidad, e, igualmente, a aquellas originadas unilateralmente en esa órbita en virtud de pacto capitular.

Se completa esta cuestión, después de mencionar los débitos profesionales gananciales y las *deudas usufructuarias* de un cónyuge que surgen en la administración ordinaria de los propios bienes, con una amplia exposición sobre el régimen de responsabilidad por los débitos mercantiles, cuya regulación, en virtud de la remisión efectuada en el artículo 1365 *in fine*, es la contenida en los artículos 6 y siguientes del Código de comercio. De esta se deriva, a nuestro juicio, la existencia de una triple tipología de deudas mercantiles del comerciante casado en gananciales: genuinamente privativas (art. 1373), privativas con garantía patrimonial ganancial limitada (art. 6, inciso primero, del Código de comercio) y gananciales (contempladas en el inciso segundo del reiterado artículo 6).

En el capítulo quinto pasamos a explorar la sujeción del patrimonio común por las obligaciones extracontractuales individualmente producidas por los cónyuges, que se establece en el artículo 1366 del Código civil.

En este punto se incide específicamente en la posible ganancialidad de las deudas indemnizatorias *ex delicto*, en tanto en cuanto, para evitar resultados incongruentes o ilógicos en el conjunto del sistema ganancial, se defiende la reconducción de la operatividad del *dolo* o la *culpa grave* del cónyuge deudor a la relación interna o cargo. Asimismo, se propugna la ubicación de los débitos tributarios, a pesar de su naturaleza legal, en el marco del artículo 1365, soslayando, por lo demás,

las disfunciones que pueden provenir del hipotético juego de la excepción del artículo 1366 en el ámbito fiscal.

Finalmente, para culminar la investigación, se ha entendido conveniente dedicar el capítulo sexto de la tesis a la ejecución sobre bienes comunes por débitos privativos y gananciales contraídos separadamente por los cónyuges, dado que la traba y realización de la masa común por los acreedores es el corolario lógico de la afección consorcial en defecto de exacción voluntaria de sus deudas por el cónyuge deudor.

CAPÍTULO I

***EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD GANANCIAL EN EL
DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL***

1.1. LA AFECCIÓN GANANCIAL EN LAS FUENTES DEL DERECHO HISTÓRICO DE LOS SIGLOS XIII A XIX

1.1.1. El régimen económico ganancial en el Fuero Juzgo. El reparto proporcional de ganancias como criterio legal

La comunidad ganancial, cuyo origen histórico es controvertido, irrumpe formalmente como régimen legal a través de una ley del *Liber Iudiciorum* (Libro IV, Título II, Ley XVI)¹, luego recogida en el Fuero Juzgo (4,2,17)².

Según el tenor literal de la indicada Ley del Fuero Juzgo, podemos convenir de entrada que los presupuestos que acumuladamente se requerían para la aplicabilidad del régimen ganancial eran la existencia de un matrimonio regular (*si -el marido- se casa con la muier cuemo deve*) y la convivencia de los cónyuges (*viviendo de so uno*). Aunque la norma en cuestión establece como regla general el reparto de las ganancias y acrecimientos obtenidos por los cónyuges durante el matrimonio en proporción a los patrimonios de estos, lo cierto es que la división por mitad de esas ganancias prevalecería cuando semejara que los acervos de los cónyuges eran prácticamente

¹ Es la denominada Ley *Dum cuiuscumque* de Recesvinto (*Liber Iudiciorum* 4,2,16) la que sanciona inicialmente el régimen económico matrimonial ganancial. Con referencia a esta norma, asevera Ramón PRIETO BANCES [en *Los notarios en la historia de la sociedad legal de gananciales* (Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 20 de febrero de 1951), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957, pág. 127] que la misma no es imperativa y deja en libertad a los contrayentes para someterse al pacto que deseen.

² Esta Ley del Fuero Juzgo, cuya rúbrica era «*De lo que gana el marido é la muier, seyendo casados en uno*», comenzaba disponiendo que «*quantoquequier que el marido sea noble, si se casa con la muier cuemo deve, é viviendo de so uno ganan alguna cosa, ó acrecen, si alguno dellos fuere mas rico que el otro, de su buena é de todas las cosas que acreceren é ganaren en uno, tanto deve aver demas en aquello que ganáron en uno, quanto avie demas del otro en su buena: assí que si las buenas dámbos semeian iguales, por poca cosa non tomen entención (...) Mas si la una es mayor de la otra connoçudamientre, quanto fuere mayor, tanto deve aver mayor partida en la ganancia (...)*».

Indica José CASTÁN TOBEÑAS [en *Derecho civil español, común y foral*, T. V (*Derecho de familia*), Vol. I, 9.ª ed. (revisada por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ), Reus, Madrid, 1976, págs. 338-339] que, conforme a la ley de Recesvinto, los gananciales se dividen entre los cónyuges en proporción al capital que cada uno aportara, salvo que hubiera poca diferencia entre esas aportaciones. Supone el civilista reseñado que, con carácter previo a dicha ley, se practicaría el sistema de división por igual atendiendo a que esa norma se presenta como una modificación de otra ley anterior y porque, observándose el sistema de igualdad durante la época de la Reconquista, cabe colegir que procedía de una costumbre anterior visigótica no destruida por la ley recesvindiana.

Con relación a la pervivencia del Derecho consuetudinario tradicional de los godos a pesar del lento proceso de romanización jurídica de los visigodos, Javier ALVARADO PLANAS [en «A modo de conclusiones: el *Liber Iudiciorum* y la aplicación del Derecho en los siglos VI a XI», *Mélanges de la Casa de Velázquez. Nouvelle série*, 41 (2), 2011, págs. 111-113] entiende que el que después de la caída de la monarquía visigoda surgiera en España un Derecho distinto al conservado en las leyes visigodas ha motivado que los historiadores aprecien la existencia de un Derecho popular consuetudinario entre los godos, que permaneció latente o reprimido, suponiéndose que, al ser este Derecho semejante al de otros pueblos germánicos, probablemente procedería de la influencia germánica del Derecho godo popular que habría subsistido durante la España visigoda.

iguales, si bien debemos entender que la desigualdad patrimonial se daría usualmente. Cada cónyuge, después de la muerte del otro, estaba habilitado para disponer libremente de su participación a favor de hijos, herederos o terceros. Excluye la Ley del reparto (y estatuye, así, su cualidad privativa) lo ganado o adquirido por cualquier cónyuge de foráneos, en expedición pública o del rey, su señor o los amigos de aquel, que correspondería (*dévenlo aver*) a sus hijos o herederos después de su muerte, explicitándose, en todo caso, la facultad del reiterado cónyuge de disponer con entera libertad de ello (*puede fazer dello lo que quisiere*)³.

La comunidad de bienes contemplada en el Fuero Juzgo no era, por tanto, universal, como acontece en el caso del Fuero del Baylío⁴, aún vigente⁵, sino de

³ En principio, en coherencia con lo dispuesto en la Ley *Dum cuiuscumque*, parece que el sistema ganancial operaba como régimen legal supletorio, en la medida en que, con arreglo a lo que declaraba la ley del Fuero Juzgo, prevalecía, sobre la distribución proporcional de ganancias, el reparto de las cosas ganadas por los cónyuges en el sentido pactado por estos documentalmente (*e de las cosas que ganaron, de que fizieron ámos escripto, aya cada uno tal partida cuemo dixiere el escripto*). Cfr., en cuanto al carácter supletorio del régimen ganancial plasmado en aquella ley de Recesvinto, PRIETO BANCES, *op. cit.*, pág. 104.

Corroborar también Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (en *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 4.^a ed., T. I, Librería de Sánchez, Madrid, 1875, pág. 561) que, según la ley, en cuanto a las cosas adquiridas en común y respecto a cuya división existiera acuerdo o escritura, había de estarse a lo convenido.

⁴ Como expone Manuel PERALTA CARRASCO [en «La liquidación en la comunidad universal de bienes del Fuero del Baylío», *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), Vol. XXIX, 2011, pág. 278], el régimen económico matrimonial del fuero se constituye como una comunidad absoluta o universal, en virtud de que todos los bienes, de cualquier clase, muebles e inmuebles, adquiridos de cualquier forma por los cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio, se hacen comunes y se reparten por mitad cuando se produzca la disolución de aquel. En línea con otros autores, infiere Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ [en «El fuero del Baylío: ¿fósil jurídico o sistema vigente?», en LASARTE ÁLVAREZ y CERVILLA GARZÓN (Dirs.), *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 243-244] que la existencia de esa comunidad de bienes se producirá desde el inicio del régimen y no solamente a la disolución de este, conclusión que deriva de la comparación con *la ley de a metade* portuguesa, cuyo origen es común con el Fuero y que recoge el surgimiento de una comunidad desde el comienzo del matrimonio, y, asimismo, de la aplicación analógica del régimen ganancial, de forma que la administración y disposición de bienes comunes se rigen por un sistema de gestión conjunta conyugal.

La posición que mantiene que la comunicación de bienes tiene lugar desde la celebración del matrimonio ha sido definitivamente refrendada por la STSJ de Extremadura, Sala de lo Civil y Penal, de 5 de noviembre de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:TSJEXT:2015:1309), que dice al respecto que la comunidad universal en mano común del fuero del Baylío (y la comunicación de bienes que conlleva) «*se origina y nace con el matrimonio mismo y en ese momento (...) al margen de su ulterior liquidación y partición a la disolución del matrimonio*». Añade la sentencia que «*hay que entender dos momentos diferentes (...) como se puede deducir de los verbos "comunicar" y "sujetar a partición", separados por la conjunción copulativa "y", que señala los dos momentos de la vida de la comunidad conyugal, distanciados nada menos que por toda la duración del matrimonio, porque el "se comunican" se refiere al instante del matrimonio y el "se sujetan a partición como gananciales", atañe a la hora de la disolución de la sociedad conyugal*». Argumenta esta resolución en apoyo de la tesis que preconiza que otra solución conduciría al absurdo de que la familia carecería de toda regulación jurídica segura en el plano económico desde la celebración del matrimonio hasta su disolución, algo que se opondría a la filosofía primigenia del fuero como comunidad universal de bienes, con igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges.

Concluye, a su vez, Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA [en «¿Cuándo comienza a regir la comunidad universal matrimonial del Fuero del Baylío? La difícil interpretación, e integración, de una

ganancias, integrada indistintamente por bienes muebles e inmuebles, siempre que los mismos fueran ganancias no excluidas⁶.

Esta comunidad de adquisiciones visigoda es caracterizada por algún autor como una nueva fase en la evolución histórica que conduce del régimen de separación de bienes a la comunidad universal de bienes entre cónyuges. Se significa que si en el Derecho romano clásico, con estricta separación de patrimonios, cabe referirse a una comunidad de uso de los bienes de los cónyuges, en la legislación romana imperial se sientan las bases de la comunidad matrimonial de bienes a través de las normas que imponen la igualdad de las aportaciones de marido y mujer⁷.

Defiende el surgimiento de la institución en las costumbres y tradiciones germánicas CÁRDENAS, que aducía que las costumbres asiáticas son enteramente inconciliables con la doctrina de los gananciales. Consideraba que el derecho de los gananciales constituía una prerrogativa propia de los cónyuges que habían contraído matrimonio noblemente, no de los demás, puesto que así lo determinaba la ley *Dum cuiuscumque*, siendo el matrimonio noble el que se celebraba por personas nobles, con dote e intervención de la autoridad pública⁸.

norma -aún- consuetudinaria (comentario a la RDGRN de 6 de mayo de 2015)», *RCDI*, n.º 755, 2016, pág. 1578] que la Carta de Mitad portuguesa y el Fuero del Baylío, correctamente interpretado, han sido revolucionarios, yendo por delante del Derecho Común de Castilla, de ascendencia romana, y del CC, que no derogaría hasta la reforma de 1981 la autoridad y licencia maritales para la gestión del patrimonio ganancial.

⁵ Colige Ángel ACEDO PENCO [en «El Fuero del Baylío como expresión del Derecho civil tradicional vigente en Extremadura: aproximación y propuesta legislativa», *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), Vol. XXV, 2007, pág. 117] la pervivencia plena de la comunidad matrimonial del fuero, siempre que no sea excluida, en virtud de capitulaciones matrimoniales, por los futuros cónyuges que estén sometidos, territorial o personalmente, a dicho fuero.

⁶ DE BUEN LOZANO, Demófilo, «Notas sobre el Derecho civil español», en COLIN, Ambroise, y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil*, T. VI (*De los regímenes matrimoniales*), Ed. Reus, Madrid, 1926, pág. 132.

⁷ GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, «El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el Derecho vulgar romano-visigótico», *AHDE*, n.º 29 (1959), págs. 441 y ss. Entiende este autor que por la legislación visigoda se acogen los principios de igualdad de dote y donación y de igualdad de proporción en pactos nupciales entre lo que se lucraban marido y mujer sobre donación y dote y que originan en su aplicación práctica la comunidad de adquisiciones (*ibíd.*, pág. 442).

⁸ CÁRDENAS, Francisco, *Estudios jurídicos*, T. II, Establecimiento Tipográfico de P. Núñez, Madrid, 1884, pág. 70. Para CÁRDENAS (*ibíd.*, pág. 73) el objeto principal de la ley de Recesvinto fue concretar la proporción en que debían distribuirse los bienes gananciales entre marido y mujer, lo que hace presumir, en su opinión, que antes de aquel monarca se operaba la distribución de modo distinto al establecido por dicha ley, inclinándose a pensar que, según la antigua costumbre, los bienes que marido y mujer adquirirían en uno durante el matrimonio se dividían por partes iguales entre los mismos. Esgrime, como primer fundamento de esta inferencia, el tenor de la norma, dado que, si la orientación principal de la ley era la división de los gananciales en proporción al caudal de cada cónyuge cuando la hacienda de uno fuere evidentemente mayor que la del otro, y por mitad si sus haciendas fueren iguales o no

En línea con la tesis germanista sobre la génesis del sistema ganancial, HINOJOSA afirma que la existencia del régimen de comunidad universal en todos los Estados cristianos de la Reconquista conduce a considerar que existió ya, como consuetudinario, en el período visigótico. Infiere HINOJOSA que la comunidad ganancial parece dimanar de la costumbre de dar el marido a la mujer, en concepto de dote, la mitad de sus bienes, presentes y futuros, asociando a aquella a sus ganancias, lo que, probablemente, determinó la intervención de la mujer en las adquisiciones y enajenaciones de inmuebles realizadas por el marido⁹.

No obstante, la adscripción germánica del Derecho consuetudinario del período visigótico, que resurge en la Reconquista, se discute porque la forma de vida regulada en el Derecho medieval español no tiene ese origen, como tampoco la estructura política, que engloba a gentes de razas diferentes, organización territorial, estructura social, fundamentada en la vinculación a la tierra, régimen de propiedad territorial, formas de cultivo o instituciones con base en la tierra o que atienden al tráfico económico desarrollado¹⁰.

PRIETO BANCES discrepa de la teoría germánica sobre el origen de la sociedad de gananciales, aduciendo que la comunidad familiar no solo se dio en los

concurriere notable diferencia, es muy probable que con carácter previo a la mencionada norma, la ley o la costumbre autorizasen la división por mitad en todo caso y sin tener en cuenta el patrimonio de cada cónyuge.

Concluir, a partir de la simple redacción de la ley, que la división del acervo ganancial antes de la misma se producía, en virtud de norma legal o consuetudinaria, necesariamente por mitad entre los cónyuges adolece de una cierta inconsistencia, no pudiendo inferirse del hecho de que se legisle en un determinado sentido que la situación anterior tuviera que ser imperativamente opuesta a la regulación que se establece.

⁹ HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo de, «La condición civil de la mujer en el Derecho español antiguo y moderno». Discursos de recepción del Excmo. Sr. D. Eduardo De Hinojosa y de contestación del Excmo. Sr. D. Luis Pidal y Mon, Marqués de Pidal, leídos en la Junta pública de 26 de mayo de 1907, *Discursos de recepción y contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas al dar posesión de sus plazas a los individuos de número de la misma*, Vol. VIII (marzo 1905-mayo 1910), Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1912, págs. 527-528. Reseña HINOJOSA que la dote de la mujer recaía, por tanto, sobre la mitad de todos los bienes de su marido al celebrarse el matrimonio y la totalidad de los aumentos del patrimonio de aquel, cualquiera que fuese su procedencia, lo que restringió ulteriormente Recesvinto, según significa, paralelamente al establecimiento de la división de las ganancias en proporción a las aportaciones de los cónyuges, excluyendo a la mujer de las adquisiciones hechas por el marido con el trabajo de los siervos de esta e *in expeditione publica*, esto es, con el botín de guerra. La tesis de HINOJOSA se expresa también en *El elemento germánico en el Derecho español*, Imprenta Clásica Española, Madrid, 1915, págs. 10 y 11 (nota 1), en donde señala que la *Lex Visigothorum*, considerada como un triunfo del derecho romano y de la influencia eclesiástica sobre el Derecho consuetudinario germánico, no se aplicó en muchos casos y, así, se insiste en que, contra lo establecido por Recesvinto, la división por mitad de los gananciales entre los cónyuges, sin atender a sus aportaciones, es una costumbre primitiva que se encuentra desde los más antiguos tiempos en León y Castilla.

¹⁰ GARCÍA-GALLO Y DE DIEGO, Alfonso, «La Historiografía jurídica contemporánea. Observaciones en torno a la “Deutsche Rechtgeschichte” de Planitz», *AHDE*, n.º 24 (1954), pág. 613.

primitivos pueblos germánicos, sino también en los pueblos primitivos españoles y en todas las sociedades más sencillas. Rechaza, además, que aquella tenga que derivar imperativamente del Derecho germánico porque el Derecho romano estableció el sistema dotal de separación de bienes, dado que en el Derecho romano primitivo existía una comunidad familiar de bienes¹¹.

Para este autor existen en el Derecho mediterráneo tres reglamentaciones de los *refacta* o ganancias que cada cónyuge tiene en el patrimonio del otro. La cristiana de Valentiniano III, en la que se sigue la igualdad de las partes si el matrimonio se disuelve por muerte de un cónyuge. La jurídica de León I, en la que prevalece el principio de la sociedad romana, de tal modo que al disolverse la sociedad las ganancias se reparten en proporción a las aportaciones. Finalmente, la céltica del *Libro Syro-Romano*, según la que se formaría una masa común con las aportaciones de los cónyuges, que, al disolverse el matrimonio por fallecimiento de uno de ellos, se adjudica en usufructo al superviviente y en nuda propiedad a los hijos¹².

Remarca PRIETO BANCES que la denominada fórmula XX es una fórmula notarial, que se da en función de las costumbres, Derecho y conveniencia de los interesados, y que revela un régimen de comunidad de adquiridos. Incide aquel jurista en que la *morgengabe* germánica no es la donación contenida en la fórmula¹³, envolviendo esta una trascendencia mayor, habida cuenta que afecta a la mitad del capital del marido y de los bienes que se adquieran durante el matrimonio, implantando solemnemente el régimen económico de la familia¹⁴.

¹¹ PRIETO BANCES, *Los notarios en la historia de la sociedad legal de gananciales*, cit., págs. 88-90.

¹² *Ibid.*, págs. 98-99. Concuera este autor con HINOJOSA en cuanto a que el origen de la sociedad de gananciales hay que buscarlo en los pactos prenupciales, los cuales, según dice, conducen a la fórmula XX visigótica, entendiendo que ello es consecuencia de la costumbre de otorgar libertad a las partes para acordar el régimen económico matrimonial que estimen conveniente, imponiéndose el régimen legal solo con carácter supletorio, circunstancia que acaece en la ley *Dum cuiuscumque*, *ibid.*, págs. 103-104.

¹³ Negando la adscripción de la fórmula XX al Derecho germánico, afirma que «lejos de aceptar que es una supervivencia de una antigua costumbre germánica (...) para nosotros la fórmula demuestra todo lo contrario, revela la fuerza arrolladora de la civilización romano-cristiana, porque la fórmula procede del Derecho mediterráneo cristianizado, verdadera médula del Derecho español», *ibid.*, pág. 108.

¹⁴ *Ibid.*, págs. 105 y 113-114. Concluye el autor mencionado que esa fórmula ovetense, fiel a la tradición jurídica cristiana representada por la ley de Valentiniano, impone la *medietas*, repartiendo por mitad los adquiridos, sin que la ley *Dum cuiuscumque* corte la costumbre cristiana encarnada por la fórmula, toda vez que no es imperativa, *ibid.*, págs. 126-127.

Con respecto a la reiterada fórmula XX, en sentido contrario al sostenido por PRIETO BANCES, Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO (en «La obra de Don Ramón Menéndez Pidal y la historia del Derecho», *Revista de estudios políticos*, n.º 105, 1959, págs. 17-18), en apoyo de la tesis de la subsistencia de las antiguas costumbres visigodas, destaca que la aludida fuente visigoda no legal,

También DE LOS MOZOS disiente de la naturaleza germánica de la sociedad de gananciales y comparte que esta tiene una génesis romano-cristiana, indicando que una cosa es que la idea de comunidad conyugal esté presente entre los germanos primitivos y otra diferente que de ella provenga la comunidad ganancial¹⁵.

En contra de la posición que sostiene que la comunidad de gananciales deriva de la costumbre de donar el esposo a la esposa la mitad de sus bienes, se arguye que, antes bien, es esta costumbre la que dimana de la práctica de la comunidad¹⁶.

En relación con la ley *Dum cuiuscumque*, MERÊA afirma que es el primer testimonio inequívoco de una modificación en el régimen legal tradicional, mutación suscitada por las costumbres, pero que no por eso contraría abiertamente los principios esenciales de la separación. Alega que, atendiendo a la forma en que se halla redactada la norma, parece que la intención de Recesvinto no fue tanto introducir una nueva concepción de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, como fijar criterios para la solución de dificultades sobre la liquidación de las adquisiciones hechas constante el matrimonio¹⁷.

Con independencia de la tesis por la que se opte para establecer el punto de arranque histórico de la sociedad de gananciales, germánica o romana, extremo que cae fuera de nuestro terreno de estudio, es lo cierto que, desde una óptica sistemática, creemos que lo pertinente es partir aquí de la primera fuente legal indiscutible que se refiere a la comunidad ganancial, lo que nos encamina a la Ley *Dum cuiuscumque* de Recesvinto y a la versión de la misma insertada en el Fuero Juzgo (4,2,17).

fecha en el tercer año del reinado de Sisebuto (614), considera la *morgengabe* como un viejo uso de los godos, precisando lo que el marido debía dar a la mujer con arreglo a esa dádiva especial destinada a recompensar la virginidad de esta última.

¹⁵ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis, «Capítulo IV», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), T. XVIII, Vol. 2.º (*Artículos 1.344 a 1.410 del Código Civil*), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, págs. 7 y ss.

¹⁶ En este sentido, OTERO VARELA, Alfonso, «“Liber Iudiciorum 3, 1, 5” (En tema de dote y “donatio propter nuptias”)», *AHDE*, n.º 29 (1959), pág. 554.

¹⁷ MERÊA, Paulo, «Estudos de Direito privado visigótico», *AHDE*, n.º 16 (1945), págs. 109-110. Observa este historiador portugués (*ibíd.*, págs. 110-111) que Recesvinto pretendió resolver las dificultades derivadas del hecho de que, no obstante pertenecer a cada cónyuge en un régimen de separación lo que adquirió por su trabajo o como fruto de su patrimonio privativo, la vida en común implicaba adquisiciones verificadas gracias al patrimonio de ambos, suscitándose dudas a la muerte del marido sobre los lucros que correspondían a sus herederos y cuáles a la viuda. De esta forma se adoptó, como presunción legal, que para los *augmenta et profligationes* habían concurrido los dos patrimonios, pero que el reparto debería ser hecho proporcionalmente a la importancia de estos. Solo en el caso de que los dos patrimonios fueran sensiblemente iguales, la división se haría por mitad, y, si en la escritura realizada a favor de los dos cónyuges constase la proporción en que cada uno era propietario, tendría que respetarse esa proporción.

La adquisición de los bienes gananciales en proporción al patrimonio de cada cónyuge, propia del régimen económico matrimonial previsto en *Liber Iudiciorum*, repercute e incide, obviamente, en la división de aquel caudal, siendo que, contrariamente, en el Derecho medieval, al operarse la adquisición de las ganancias obtenidas constante el matrimonio por mitad, la partición del acervo común se verificará por iguales partes entre cónyuge sobreviviente y herederos del premuerto¹⁸.

El Fuero Juzgo, como los textos legales que le sucederán, consagra el principio de personalidad de las penas, de forma que cada uno de los cónyuges no sufrirá consecuencia alguna de índole patrimonial (y, obviamente, personal) ante un ilícito que sea imputable al otro, que responderá del mismo¹⁹.

1.1.2. La regulación en los Fueros locales

Para FONT RIUS la conquista musulmana de la mayor parte de la Península Ibérica y la consecuente caída del reino visigodo trajo aparejada una profunda atomización de la vida jurídica. Los núcleos de población cristiana, replegados en las comarcas septentrionales, y que progresivamente se extendieron hacia el Sur, vivieron durante siglos en una suerte de perfecta autonomía en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas y de organización pública. La población hispana adaptó sus prácticas jurídicas al Derecho vivido, a la costumbre y a las soluciones impuestas por las nuevas circunstancias sociales y económicas²⁰.

Los Derechos locales surgen y se desarrollan en función de la recuperación militar de tierras y ciudades, como vehículo y resultado de la repoblación, si bien la

¹⁸ MARTÍNEZ GIJÓN, José, «La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el derecho medieval español», *AHDE*, n.º 27-28 (1957-1958), págs. 262-263.

¹⁹ Cfr. Fuero Juzgo 6,1,8. En el Fuero Juzgo (5,6,5) se venía a establecer una suerte de prelación para el pago en el caso de que una persona tuviere muchas deudas, disponiendo la ley que aquella debía pagar a quien primeramente lo demandara o acreditara el débito en juicio, por prueba o confesión del deudor. De concurrir varios acreedores, el deudor tendría que satisfacer a cada uno en función de lo que le debiera y, asimismo, el Juez acordar el pago según el importe de las diferentes deudas. Si no fuera viable pagar al resto de acreedores, el deudor quedaría como siervo de ellos. También se declaraba (5,6,4) que si el que dio prenda por la deuda quisiera liquidar esta dentro del plazo y el tenedor de la prenda no le entregaba la misma o la vendía antes del término pactado, la aplicaba en su provecho o no la mostraba, aquel estaba obligado a restituirla a su dueño y pagarle a este último la mitad de su valor.

²⁰ FONT RIUS, José María, «La ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el derecho medieval hispánico», *AAMN*, T. VIII, 1954, pág. 209. Añade este autor que la tradición visigoda subsiste en determinadas zonas y círculos elevados, pero resultando desconocida o desfigurada en gran parte del país, produciéndose la emergencia de prácticas y sistemas jurídicos de ámbito reducido (local, comarcal) y observándose, por lo demás, una preeminencia de la autonomía de la voluntad sobre la regulación normativa en las relaciones privadas, específicamente familiares, como efecto de la atenuación del poder público y de la inoperancia de la actividad legislativa (*ibid.*, págs. 209-210).

diversificación jurídica altomedieval se operaba, no solo en función de aquellas, sino, igualmente, de forma simultánea, por razón de las personas, aplicándose el principio de personalidad del Derecho de acuerdo con el credo religioso de las personas y su nación o lugar de nacimiento²¹.

El criterio de reparto proporcional de las ganancias evolucionó hacia su distribución por mitad en el curso de los trescientos años transcurridos desde la publicación del Fuero Juzgo hasta la aparición de los primeros fueros municipales, dejando de atenderse a la cuantía de los bienes para considerar la calidad de las personas, cediendo el sentimiento materialista de aquel cuerpo legal ante otras ideas más altas²².

MARTÍNEZ GIJÓN, refiriéndose a los Fueros de Brihuega, Fuentes de la Alcarria, Alcalá de Henares, Cáceres, Usagre, Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia, Soria y Teruel-Albarracín, afirma que, en los mismos, tienen la consideración de bienes gananciales el conjunto de adquisiciones y ganancias obtenidas durante el matrimonio y que en el momento de su disolución se dividen por mitad entre los cónyuges o entre los herederos de uno de ellos y el sobreviviente²³.

²¹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, págs. 117-118. El citado jurista no entiende admisible la germanización general del Derecho altomedieval, no obstante lo cual no niega que la influencia germánica derive de un Derecho consuetudinario germánico visigodo conservado por núcleos rurales de población visigoda, resultando probable, a su parecer, la pervivencia, junto al elemento germánico, de Derechos prerromanos, y significando aquel que la importancia del *Liber Iudiciorum* en la Alta Edad Media fue superior a la del elemento germánico proveniente del Derecho consuetudinario visigodo, *ibíd.*, págs. 131-132.

²² MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil concordado y comentado extensamente*, T. XXII (Artículos 1.392 a 1.444), Establecimiento tipográfico de P. Apalategui, Madrid, 1905, pág. 21. Recalca CASTÁN (en *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. V., Vol. I, *cit.*, pág. 339) que cuando se produjo la destrucción del reino visigodo, las costumbres y la ley restablecieron en Castilla el sistema de igualdad, que se refleja en la casi totalidad de los fueros municipales (Cuenca, Baeza, Plasencia, Alcalá, Fuentes, Brihuega etc.), siendo que en algunos de estos (Plasencia, Zamora) se concedían gananciales a las barraganas.

²³ MARTÍNEZ GIJÓN, «El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca», *AHDE*, n.º 29 (1959), pág. 72. A título de ejemplo, en cuanto a la división de los gananciales, en el Fuero de Brihuega, 285, se refiere que «*toda buena que compraren o ganaren marido et mugier, de mueble o de rayz: a la fin del uno partan la por medio*» o, en el Fuero de Alcalá de Henares, 66, se indica que «*todo bona, de mueble o de raiz, qui ganaren o compraren marido e mulier, por medio la partan*». Recogen, igualmente, la partición por mitad de los bienes gananciales el Fuero de Usagre, 89, Fuero de Coria, 81, y Fuero de Cáceres, 88, *ibíd.*, pág. 74 (notas 107 y 108).

La no exigencia de formalidades para la constitución de la comunidad ganancial en algunos fueros, según Alberto GARCÍA ULECIA (en «El régimen económico del matrimonio en los Derechos locales leoneses», *Historia. Instituciones. Documentos*, n.º 9, 1982, pág. 179), que alude a los de Alba de Tormes, Salamanca y Ledesma, acreditaría su arraigo como práctica consuetudinaria y la vinculación con el sistema arral, al que complementa, debiendo concluirse, en su opinión, que la norma general de los gananciales no se explicita, precisamente, por su generalidad, configurando un sistema que se presumía.

En algunos fueros, el régimen de gananciales podía modificarse mediante el denominado régimen de unidad o hermandad de bienes, consistente en un contrato, que se formalizaba en el momento del matrimonio, en virtud del que los cónyuges se comprometían a ceder todos sus bienes al sobreviviente, sin que los herederos del premuerto pudiesen demandar bien alguno de su caudal hereditario hasta que faltase el supérstite, no heredando, así, los hijos de sus progenitores en tanto no murieran ambos²⁴.

En cuanto al Derecho de Cuenca-Teruel, el hecho de que la mujer responda de las deudas contraídas por su marido ausente se explica a partir de que no existe distinción entre los débitos del marido y los del matrimonio, interpretándose, con base en el Fuero de Soria (400), que toda deuda generada por el marido se presume común al matrimonio²⁵.

Particularmente, en el ámbito del Derecho de Cuenca-Teruel, en el Fuero de Molina se dispone la exención de responsabilidad de la mujer por los débitos del marido, excepto en el caso de que aquella conste como deudora al mismo tiempo que su consorte en el documento acreditativo de la deuda²⁶.

Por lo que respecta a la responsabilidad de la sociedad conyugal por delitos, y en relación con el Derecho local leonés, en el Fuero de Alba de Tormes (3, 17 y 52) se

²⁴ CÁRDENAS, *Estudios...*, T. II, *cit.*, págs. 89-90. A su vez, MARTÍNEZ GIJÓN (en «El régimen económico...», *cit.*, págs. 90 y ss.) niega que este régimen económico implicara una cesión recíproca de bienes entre los cónyuges y su asimilación con el régimen de mitad (contemplado en los Fueros de Daroca, Alcalá de Henares, Coria, Cáceres y Usagre), el cual describe como una suerte de comunidad de bienes general entre los cónyuges, en la que se confunden bienes propios y adquiridos durante el matrimonio, verificándose la partición por mitad sobre el patrimonio común entre el sobreviviente y los herederos del difunto. En cuanto al régimen de unidad, piensa este autor que lo que ocurría era que los cónyuges no adquirían por mitad los bienes durante el matrimonio, siendo el efecto del mencionado régimen el opuesto, es decir, los bienes son adquiridos por ambos cónyuges, formando una única titularidad, de forma que en tanto que uno viva le pertenece la propiedad, por lo que la partición se difiere hasta su muerte. Induce la equivalencia de los regímenes de unidad y mitad GARCÍA ULECIA, *op. cit.*, pág. 193.

²⁵ MARTÍNEZ GIJÓN, «El régimen económico del matrimonio y el proceso...», *cit.*, págs. 122-123. Se contemplan diversas hipótesis de ausencia del término del marido que pueden aducirse por la mujer o por quien posea sus bienes ante la reclamación del acreedor, en las que se prevén diferentes soluciones. En concreto, en los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia, Teruel, Soria, Alcalá de Henares, Coria, Cáceres y Usagre se hace alusión a que el marido fuera a la Corte del Rey, romería o hueste -expedición militar-, se halle ausente por un viaje de negocios o por ir de caza, esté prisionero o enfermo o hubiera fallecido. En este último caso, en los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes y Teruel-Albarracín se ordena que la mujer responda en lugar de su marido muerto (*ibíd.*, págs. 110, 111 y 122).

²⁶ *Ibid.*, pág. 124. En este Derecho ve el autor mencionado un trato de favor a la mujer, dado que solo responde de las deudas asumidas con su consentimiento, y un Derecho más desarrollado, en el cual la *carta* o documento era preciso para la reclamación del débito.

establece que la mujer no responde con sus bienes privativos o con su participación en las ganancias por el homicidio y los delitos perpetrados por su marido (y ha de estimarse que igualmente a la inversa con arreglo a otro precepto del fuero), pronunciándose en idéntico sentido los Fueros de Coria, Cáceres y Usagre²⁷.

1.1.3. El Fuero Viejo de Castilla

En el Fuero Viejo de Castilla, recopilación legislativa del Derecho medieval castellano, se reconoce expresamente el sistema ganancial²⁸, considerándose en aquel de condición ganancial los bienes comprados y los frutos obtenidos durante el matrimonio, y no computándose como gananciales los bienes adquiridos a costa de los propios, los cuales se subrogan en lugar de estos siempre que la enajenación de bienes propios vaya seguida de una adquisición operada con el importe de la misma, dado que, en otro caso, el producto ingresaría en el patrimonio ganancial (Fuero Viejo 5,1,7)²⁹.

En las costumbres recogidas en el Fuero Viejo de Castilla (Fuero Viejo 5,3,3 y 5,3,9) se refleja la partición por mitad de los bienes muebles e inmuebles que conformaban la comunidad ganancial a la muerte de uno de los cónyuges³⁰.

De manera correlativa a esas facultades omnímodas del marido, en el Fuero Viejo destaca la prohibición de que la mujer sea fiadora sin el consentimiento de su cónyuge y la inviabilidad de que se obligue por deudas (Fuero Viejo 5,1,9)³¹.

²⁷ GARCÍA ULECIA, «El régimen económico del matrimonio...», *cit.*, pág. 195. Destaca también este autor que en los Fueros de Alba de Tormes (10) y Zamora (18) se dispone la irresponsabilidad económica de los padres por el homicidio cometido por el hijo, incumbiendo al padre, según el primer precepto, la obligación de presentar fiadores que garanticen que el hijo no provocará daño en la villa o en su término. Matiza, asimismo, que la no responsabilidad económica de la comunidad familiar por los delitos cometidos por los hijos contraría el sistema de muchos fueros de la Extremadura castellano-aragonesa (Alcalá de Henares, Molina de Aragón y Uclés), aunque coincide con otras regulaciones de ese territorio (Fuero de Medinaceli), oponiéndose, igualmente, a los fueros más representativos del Derecho de Cuenca-Teruel, así como al Fuero de Soria, y concordando, por otra parte, con las redacciones de los Fueros de Coria, Cáceres y Usagre (*ibíd.*, págs. 195-197).

²⁸ Fuero Viejo 5,1,1: « (...) e quando el marido murier, puede ella levar (...) la meitat de todas las ganancias, que ganaron en uno». También en Fuero Viejo 5,1,7 se hace referencia al reparto por mitad de las ganancias, disponiendo que « (...) e los erederos que deven eredar suos bienes, e las ganancias, que ficieren despues que casaron en uno, quier de mueble, quier de rais, comprandol, o ganandol en uno, devenlo auer por meitat, saluo si ganare alguno dellos alguna cosa quel dan en donacion ansi como Señor, o pariente o amigo, que gelo dè, que esto es quito de aquel a quien fuese dado, e el otro non a y ningund señorío».

²⁹ A este respecto, COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M.^a José, *El régimen económico del matrimonio en el Derecho territorial castellano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 91 y ss.

³⁰ *Ibíd.*, pág. 106. El momento de hacer la partición de las ganancias se correspondía con la terminación del vínculo matrimonial, determinado por el fallecimiento de uno de los cónyuges, *ibíd.*, pág. 110.

³¹ *Ibíd.*, pág. 117.

En el caso de que marido y mujer, mancomunadamente, contrajeran una deuda o fueran fiadores de otro hombre o mujer, la esposa, frente a la reclamación del acreedor, no podía aducir la ausencia del marido y postergar el cumplimiento de la obligación hasta el regreso de este. En sentido contrario, si es el marido actualmente ausente el que contrajo en su momento el débito o prestó la fianza, la mujer sí disponía de un plazo hasta la vuelta de su consorte³².

Como constata COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, en el Derecho del Fuero Viejo la mujer era responsable de las deudas contraídas por el marido, aun cuando no se obligara de forma expresa, si el mismo actuaba en beneficio de los dos, excluyéndose la responsabilidad del patrimonio de la mujer cuando no se obtenía provecho alguno para esta o la comunidad conyugal (Fuero Viejo 5,1,10)³³.

En concreto, entre los débitos producidos individualmente por el marido que vinculaban el caudal de su consorte por redundar en provecho común, se relacionaban por la norma los generados por *comprar bestias, o tomar pan emprestado, o otras cosas semejables*. Rechaza explícitamente la ley la afección de la masa de la mujer por las fianzas otorgadas por su cónyuge para favorecer (o *facerle placer*) a otro. Por último, también se establece la irresponsabilidad de la mujer en el supuesto de que el marido recibiere dinero en préstamo de forma encubierta, salvo que se probare que el numerario prestado fue aplicado en beneficio de ambos cónyuges³⁴.

1.1.4. El Fuero Real

El Fuero Real³⁵ engloba en la noción de bienes gananciales la totalidad de los comprados constante el matrimonio (Fuero Real 3,3,1)³⁶; los ganados por el marido en expedición militar, a la que acude sin salario, cuando el equipo de guerra fue sufragado

³² Cfr. Fuero Viejo 5,1,11.

³³ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, *op. cit.*, págs. 122-123. Si bien la ley proscibía que la mujer se endeudara y prestara fianza sin el consentimiento del marido, si se dedicaba al comercio y el negocio generaba pérdidas, estas afectaban al caudal de aquel (Fuero Viejo 5,1,12), *ibíd.*, pág. 124.

³⁴ *Vid.* Fuero Viejo 5,1,10.

³⁵ Comenta GARCÍA-GALLO Y DE DIEGO [en «El “Libro de las leyes” de Alfonso el Sabio. Del Espéculo a las Partidas», *AHDE*, n.º 21-22 (1951-1952), pág. 449] que el Fuero Real, concedido desde 1255 a diversas ciudades, era uno más entre los fueros municipales y que quizás no fue mal recibido por el conjunto de los pueblos, puesto que, si bien contenía innovaciones con respecto a los fueros precedentes, en gran medida concordaba con los mismos.

³⁶ En Fuero Real 3,3,1 se catalogan como bienes gananciales cualesquiera adquisiciones de los cónyuges y las donaciones efectuadas por el Rey o por otros conjuntamente a aquellos y se concreta su reparto igualitario o por mitad, disponiendo que «*toda cosa que el marido è la muger ganáren, ò compráren de consuno, hayanlo ambos por medio, si fuere donacion de Rey, ò de otri: è lo diere á ambos, hayanlo amos marido, è muger: è si lo diere al uno, hayalo solo aquel à quien lo diere*».

por ambos cónyuges; frutos y rentas recibidos durante el matrimonio, independientemente de su origen, incluidos los provenientes de los bienes privativos de los cónyuges³⁷; mejoras o el valor de los trabajos operados en bienes propios, siendo el dinero o trabajo aportado por los dos cónyuges; y las donaciones realizadas por el rey a aquellos³⁸.

En la regulación del Fuero Real, los débitos contraídos por los cónyuges en el transcurso del matrimonio vincularán al patrimonio ganancial, en tanto que las deudas generadas por cualquiera de ellos con carácter previo a aquel no comprometían el acervo común y sujetaban exclusivamente el caudal privativo del deudor³⁹.

Según REYES MONTERREAL, la esencia y finalidad de la sociedad de gananciales aparece reflejada en el Fuero Real (3,3,1) y en la Ley 207 de las de Estilo (a la que luego nos referiremos), porque no prevalece la idea o ánimo de reparto, sino el sostenimiento de las cargas matrimoniales, dado que, paralelamente al establecimiento del principio de que toda cosa que marido y mujer ganaren de consuno se partiere entre ellos con igualdad, se dispone que *toda deuda que el marido o la mujer hicieren en uno, se pagase también en uno*. Se realza el perfil pasivo del régimen ganancial y la idea de patrimonio adscrito a un fin, toda vez que la fijación de este ha de responder a la orientación preeminente de subvenir a las cargas y no de obtener ganancias sin atender aquellas con carácter previo⁴⁰.

³⁷ Fuero Real, 3,3,3: «*Maguer que el marido haya mas que la muger, ò la muger que el marido, quier en heredad, quier en mueble, los frutos sean comunales de ambos à dos (...)*».

Según deriva de la dicción de esta ley, no obstante la eventual desigualdad de los patrimonios propios de marido y mujer, integrados por bienes muebles o inmuebles, los frutos de estos tenían carácter común, sin perjuicio de la titularidad que correspondía a cada cónyuge en los citados bienes privativos.

³⁸ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, *El régimen económico del matrimonio...*, cit., págs. 95 y ss.

En relación con la expresión *de consuno* contenida en el texto de la ley antecitada (3,3,1), Felipe SÁNCHEZ ROMÁN [en *Estudios de Derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil é historia general de la legislación española*, T. V (2.ª ed.), Vol. 1.º (*Derecho de familia*), Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1898, pág. 818, nota 3] interpreta que ha de entenderse, no en el sentido de vida física común, sino en el de no haber acontecido una ruptura de la convivencia moral y legal de los cónyuges, por dejar estos de serlo en virtud de disolución del matrimonio o por suspenderse la normalidad de la vida conyugal por divorcio.

³⁹ Así se establece en el Fuero Real 3,20,14, al decir que «*todo deudo que marido è muger ficieren en uno, paguenlo, otrosí, en uno: è si antes que fuesen ayuntados por casamiento alguno dellos ficiere deudo, paguelo aquel que lo fizo, y el otro no sea tenuto de pagarlo de sus bienes*».

⁴⁰ REYES MONTERREAL, José María, *El régimen legal de gananciales*, Gráficas Menor, Madrid, 1962, pág. 71.

La fianza concertada unilateralmente por el marido sin que concurriera el consentimiento expreso de la mujer no afectaba al patrimonio privativo de la misma o a su participación en la masa ganancial, no considerándose una carga de la sociedad⁴¹.

En el Fuero Real, al igual que se disponía en el Fuero Juzgo, la responsabilidad por ilícitos penales la soportaba, tanto en el plano personal como económico, exclusivamente, el cónyuge autor de los mismos. Expresaba aquel texto jurídico que *«todo el mal se debe seguir à aquel que lo face, asi que el padre no pene por el fijo, ni el fijo por el padre, ni la muger por el marido, ni el marido por la muger (...) mas cada uno sufra la pena por lo que ficiere segun fuero manda, y el mal se cumpla en aquel que lo ficiere»*, de lo que cabe derivar la inexistencia de repercusión patrimonial alguna para la mujer por la conducta antijurídica de su cónyuge⁴².

Un ejemplo del reiterado pacto de hermandad, al que se ha aludido *ut supra*, se encuentra en el Fuero Real 3,6,9, condicionando esta norma su virtualidad a su formalización transcurrido el lapso temporal de un año desde el matrimonio y a la inexistencia de hijos comunes o de uno de los cónyuges que tengan derecho a heredar y, asimismo, a la no existencia de hijos comunes con posterioridad a la hermandad⁴³.

1.1.5. Las Leyes del Estilo

La Ley 207 del Estilo ratifica la responsabilidad de los cónyuges por las deudas surgidas constante la unión matrimonial, estableciendo que la mujer responde por la mitad de las deudas contraídas por su marido, aunque no figure en *la carta del deudo*, así como que, en el supuesto de que la misma se obligara de manera conjunta con aquel y cada uno por el total, la mujer respondería por la totalidad del débito. Si la mujer casada fuere menor de edad y se obliga expresamente con su marido, responde,

⁴¹ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, *op. cit.*, pág. 125. En concreto, en el Fuero Real 3,18,5, se dice que *«si el marido ficiere fiadura sin otorgamiento de su muger, è la pechare, ella, ni sus herederos no sean tenudos de pechar ninguna cosa por razon desta fiadura, en vida, ni en muerte: è si la muger ficiere fiadura por otro sin otorgamiento de su marido, no vala, ni sea tenuta ella, ni sus bienes por tal fiadura»*, proscribiendo esta norma, como vemos, la posibilidad de que la mujer preste fianza sin la aquiescencia de su marido, en consonancia con la cualidad de este de gestor de la economía familiar.

⁴² Cfr. Fuero Real, 4,5,9. La aducida Ley IX se intitula *«Como cada uno debe padescer pena por lo que hizo, è no uno por otro»*.

⁴³ Cfr. Fuero Real 3,6,9.

igualmente, por la mitad de la deuda (o por la cuantía total si se obligó por el importe íntegro junto con su cónyuge)⁴⁴.

Esta responsabilidad solidaria de la mujer, aun si fuera menor de edad, que se obliga conjuntamente con su marido por el *quantum* total de la deuda se traduce en la consecuente legitimación pasiva de la misma para soportar, en su caso, en exclusiva una eventual acción judicial de reclamación de cantidad por parte del acreedor.

Esa sujeción por la mitad de los débitos del marido obedecía a que, de la misma forma que la mujer compartía con este los beneficios, debían soportar conjuntamente las pérdidas⁴⁵.

En otro orden de cosas, es interesante destacar que la Ley 203 vino a establecer una presunción de ganancialidad activa, constituyendo, por lo tanto, la citada norma el precedente remoto del antiguo artículo 1407 del Código civil de 1889 y del vigente artículo 1361⁴⁶.

En la Ley 223 se consagra la irresponsabilidad patrimonial de la mujer por las deudas producidas por su marido mayordomo, arrendador o *cogedor* si la misma manifestaba preventivamente ante un número indeterminado de *hombres buenos* su voluntad de no obtener ganancia o provecho alguno y de no sufrir daño como consecuencia de las aludidas actividades de su cónyuge⁴⁷.

⁴⁴ Correlativamente, si la mujer casada menor de edad no se obligaba en el documento del que derivaba la deuda con su marido no respondía por aquella. Añade la ley citada que el hombre casado menor respondía por todo débito que contraía, si bien en las cuestiones donde se otorgaba restitución a los menores podría reclamar esta.

SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, pág. 355, aludía a la responsabilidad de la mujer en las deudas contraídas por el marido, sin su intervención, si resultaban en su utilidad, así como la responsabilidad solidaria de ambos cónyuges si los débitos se contraían mancomunadamente por ellos, no resultando lícito a la mujer excepcionar su cualidad de menor, respondiendo, también, la mujer, conjuntamente con su marido, del alcance a favor de fondos públicos que fuera imputable a este último por el desempeño de cargos públicos, excepto en el caso de renuncia a la parte de gananciales por este concepto.

⁴⁵ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, *op. cit.*, págs. 125-126.

⁴⁶ En concreto, declaraba esa ley que «*los bienes que han marido, y muger, que son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente*».

Por su parte, la Ley 205 reconocía las facultades dispositivas del marido sobre los bienes comprados o ganados constante el matrimonio, no obstante su cualidad ganancial, siempre que el negocio dispositivo no se hiciera maliciosamente.

⁴⁷ Disponía la Ley 223 (*Quándo la muger es obligada por las deudas que hace el marido, è quándo no*) que «*otrosí, si el marido es mayordomo, ò arrendador, ò cogedor, tambien será la muger, è sus bienes de la muger tenidos como los del marido, salvo si la muger ante hombres buenos tomase recaudo en como ella decia que no queria ser tenuta à ninguna cosa que su marido hobiese de haber, è de recaudar destas cosas sobredichas, ni haber ende pro, ni daño*».

1.1.6. Las Partidas

Como se acepta pacíficamente, esta obra legislativa de Alfonso X⁴⁸ no disciplinó la institución ganancial, que no fue objeto de confirmación específica o de derogación o prohibición expresa o tácita, sino tan solo de modificación en alguna de sus aplicaciones, en atención a su carácter inconciliable con ciertas reglas de ese cuerpo legal, inspiradas en el criterio del Derecho romano en cuanto a las arras y la dote⁴⁹.

No obstante lo cual, en las Partidas existen leyes que reconocen explícitamente la subsistencia de la doctrina de gananciales, en virtud de las que se proporcionaban soluciones a conflictos de usos legales contradictorios en este ámbito, en orden a lo que cabe inferir que el propósito del reseñado texto legal fue respetar las diversas costumbres y Derecho establecido en relación con el régimen ganancial⁵⁰.

Entre las leyes que se refieren de modo indirecto a la comunidad ganancial, podemos citar la ley 24, tít. 11, Partida 4, que dice que «*contece muchas vegadas, que quando casan el marido e la muger (...) o fazen su auenencia, en que manera ayan lo que ganaren de consuno (...)*», o la ley 15, tít. 17, Partida 7⁵¹, la cual, a su vez, prescribía, si se producía el adulterio de la mujer, la pérdida por esta de dote, arras y

⁴⁸ Comparte Francisco MARTÍNEZ MARINA (en *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio*, 2.^a ed., T. I, Imprenta de D. E. Aguado, Madrid, 1834, págs. 364, 366 y 367) que ese Código se inició el 23 de junio de 1256, transcurridos cuatro años del reinado de Alfonso X, destacando que no se puede fijar con tanta certidumbre el año en que se culminó y que, atendiendo a esa cronología, Fernando III, quien falleció en 1252, no intervino en tal obra legislativa.

⁴⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho...*, T. V, Vol. 1.^º, *cit.*, pág. 353. Afirma José María MANRESA Y NAVARRO [en *Comentarios al Código Civil español*, T. IX, 5.^a ed. (revisada por CASTÁN VÁZQUEZ), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950, pág. 34] que las arras se confunden con las donaciones *propter nuptias*, reputándose como una contradote o compensación de la dote, y considerándose los frutos de dote, arras y restantes donaciones pertenecientes al marido, en atención a su obligación de sostener las cargas del matrimonio. Alude este civilista a que las referencias a los gananciales contenidas en las Partidas se realizan como si esta institución se tratase de una costumbre parcial y rara que no debía derogarse o de un simple convenio o estipulación excepcional. Respecto a esta cuestión, Yadira ALARCÓN PALACIO (en «Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la Novísima Recopilación», *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 24, 2005, pág. 23) señala que la recepción introducida por Las Partidas resulta más dificultosa en cuanto al régimen económico matrimonial, dado que el sistema romano era ajeno a las costumbres existentes en España, por lo que aquel no prosperó en Castilla.

⁵⁰ SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, págs. 353-354.

En cuanto a la promulgación de esta obra de Alfonso X, sugiere OTERO VARELA [en «Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá en el cambio del ordenamiento medieval», *AHDE*, n.º 63-64 (1993-1994), pág. 495] que es la segunda fase de la labor ordenadora del monarca, coordinada perfectamente con la primera de elaboración del Fuero Real, juzgando necesario abandonar la idea de que era difícilmente comprensible que ambas obras fueran producto de la misma política legislativa.

⁵¹ A este respecto, cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, págs. 353-354, nota 7.

ganancias, que se integrarían en el patrimonio privativo de su cónyuge, salvo que mediara perdón del marido⁵².

La economía conyugal se rige, en primer término, por lo pactado por los cónyuges al tiempo del matrimonio, tal como se deduce de la dicción de la ley parcialmente transcrita (Partidas 4,11,24), teniendo más fuerza ese convenio que la costumbre en contrario del lugar donde se celebre el matrimonio, presumiéndose en Castilla, salvo que se dijera otra cosa, el régimen de comunidad de ganancias⁵³.

El marido continúa administrando todos los bienes del matrimonio, propios, los privativos de la mujer, si esta se los encomienda, y que no podía enajenar sin estar facultado expresamente por la misma, y gananciales, introduciéndose con las Partidas la proscripción de que la mujer constituyera fianza (Partidas 5,12,2), no con carácter limitativo de un derecho, sino como un privilegio renunciable que se establece para suplir las deficiencias que en el Derecho romano se atribuían a la naturaleza femenina⁵⁴.

Nuevamente, se mantiene la exclusión de cualquier responsabilidad, de orden personal o patrimonial, de la mujer por delitos cometidos por su marido, estableciéndose, como justificación, que «*non es guisado, que por el mal que vn home face, den escarmiento a otro; porque la pena deue apremiar, e constreñir a los malfechores tan solamente*»⁵⁵.

1.1.7. Las Leyes de Toro

Prima facie, de la regulación de las Leyes de Toro, que no contiene un concepto de gananciales ni enumera los mismos, presumiéndose la vigencia del régimen del Fuero Real, se colige la responsabilidad de la mujer por la mitad de las deudas contraídas por su marido, en el sentido fijado en el Fuero Real (3,20,14), leyes del Estilo

⁵² Concretamente, por lo que se refiere a esa pérdida de ganancias por adulterio de la mujer, se determinaba que «*si alguna muger casada saliesse fuera de casa de su marido, e fuyesse a casa de algun ome sospechoso, contra voluntad de su marido, o contra su defendimiento, si esto pudiere ser prouado por testigos que sean de creer, que deue perder porende la dote, e las arras, e los otros bienes que ganaron de consuno, e ser del marido (...) E si por auentura la perdonare el marido, e la recibiere, non aura después demanda en estos bienes por esta razon*» (Partidas 7,17,15).

⁵³ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, *op. cit.*, págs. 245 y 246.

⁵⁴ *Ibid.*, págs. 253 y ss.

⁵⁵ *Vid.* Las Partidas 7,31,9.

(207 y 233) o Las Partidas, como resulta de la exégesis de la ley 60⁵⁶ de ese texto legal⁵⁷.

PACHECO sostenía la titularidad de la mujer sobre la mitad de los bienes gananciales, que identifica con los frutos de los bienes privativos de cada cónyuge y las adquisiciones no exceptuadas operadas constante el matrimonio. Ese dominio, que se hallaba subordinado, en todo caso, a la administración y disposición del marido, se hace perfecto, *in actu*, en el momento de la disolución de la comunidad, de tal modo que al morir cualquiera de los cónyuges, la mujer o sus herederos poseen una acción eficaz para reclamar la mitad del caudal ganancial⁵⁸.

DE LLAMAS Y MOLINA, en apoyo de la no responsabilidad de la mujer por las pérdidas o deudas de la sociedad de gananciales, argumentaba que es admisible en la sociedad el pacto por el que uno de los socios tenga parte en el lucro o gananciales y esté libre de sufrir el daño. Esta desigualdad inherente al régimen ganancial se ve compensada, según el tratadista mencionado, con el beneficio común que resulta a la república en conservar ilesas las dotes a las mujeres⁵⁹.

La disciplina de las Leyes de Toro disponía el abono a cargo de la masa ganancial por ambos cónyuges de la dote o donación *propter nuptias* prometidas conjuntamente por los mismos a los hijos comunes que se casaban durante el matrimonio, y, de no ser suficiente ese acervo común, marido y mujer debían satisfacerlas por mitad de sus caudales propios. También se pagaba con los bienes gananciales si tal dote o donación habían sido realizadas solo por el padre y, en defecto de activo ganancial en este caso, aquellas tenían que abonarse a costa del patrimonio privativo del marido⁶⁰.

La renuncia por la mujer a las ganancias, y su consecuente exención de responsabilidad por deudas sociales, prescrita, según se ha dicho, en la ley 60, puede producirse, conforme se alegaba por algún comentarista, en tres momentos: cuando se

⁵⁶ Dice la ley 60 que «*quando la muger renunciare las ganancias, no sea obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido oviere hecho durante el matrimonio*».

⁵⁷ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, *op. cit.*, págs. 326 y 329.

⁵⁸ PACHECO, Joaquín Francisco, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, T. I, *Obras jurídicas*, T. VI, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1862, ley 16, n.º 3, pág. 241.

⁵⁹ DE LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *Comentario crítico-jurídico-literal á las ochenta y tres Leyes de Toro*, T. I, Imprenta de Repullés, Madrid, 1827, págs. 185-186.

⁶⁰ Cfr. ley 53 de Toro.

contrae matrimonio, y, por tanto, aún no existen bienes gananciales; constante la unión conyugal, juzgándose que la mujer tiene un dominio revocable y no cabe oponer la nulidad de la donación de remisión de deuda realizada por alguno de los cónyuges a favor del otro, en cuanto que con la renuncia de los gananciales no se produce empobrecimiento; y, por último, al tiempo de la disolución matrimonial⁶¹.

La ley 61 de Toro⁶² veda, de modo absoluto, la posibilidad de que la mujer afiance a su marido⁶³, aun cuando alegue la conversión del débito contraído en provecho de la misma, disponiendo, simultáneamente, que aquella no queda vinculada por las obligaciones asumidas mancomunadamente con su esposo, en uno o en varios contratos, salvo que la deuda se convirtiera en su provecho. En esta hipótesis la sujeción de la mujer sería proporcional al beneficio obtenido, exceptuándose el supuesto de que ese

⁶¹ DE LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico-jurídico-literario á las ochenta y tres Leyes de Toro*, T. II, Imprenta de Repullés, Madrid, 1827, págs. 184-185. Por su parte, SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, págs. 821-823, nota 1, discrepa de esta exégesis extensiva de la ley 60 de las de Toro, considerando solo válida la renuncia de gananciales hecha después de disuelto el matrimonio o de liquidar la sociedad. Expone, como razones de su teoría, que las donaciones entre marido y mujer estaban vedadas por la ley, sin que las dimanantes de la renuncia de gananciales por la mujer fueran las únicas exceptuadas como válidas; que la renuncia durante el matrimonio es opuesta al espíritu general del régimen ganancial; que lo que quiso el legislador fue proteger a la mujer contra las dilapidaciones del marido, no haciéndola responsable de las deudas de una administración ruinosa mediante ese recurso, no debiendo deducirse consecuencia alguna perjudicial de la ley para la mujer, y empleándose, asimismo, un tiempo verbal pretérito en el precepto, que alude a un matrimonio anterior; que la norma no dice que la renuncia haya de ser a favor del marido; y, finalmente, que así se deduce de la jurisprudencia que invalida el convenio formalizado constante el matrimonio por el que los cónyuges se adjudiquen el dominio de bienes de la sociedad conyugal. Opone, igualmente, SÁNCHEZ ROMÁN que, aunque la mujer no pudiera efectuar renuncia de gananciales a lo largo del matrimonio, sí le era lícito renunciar a la continuación de la sociedad legal en dicho tiempo, promoviendo la división y entrega de la mitad del activo resultante tras la liquidación, soslayando, de esta manera, su pérdida.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 588-589, si bien aprecia dificultades en la admisión de la renuncia de gananciales realizada durante el matrimonio, comparte el carácter revocable del dominio de la mujer respecto de los bienes gananciales y parece aceptar tal posibilidad, expresando que existen motivos para impugnar la renuncia, atendiendo a las dudas que genera la dicción legal al hablar de deudas que el marido hubiere hecho durante el matrimonio, de la que podría presumirse que el legislador se refería a la época de la disolución.

⁶² El tenor de esta trascendente norma es el siguiente: «*De aqui adelante la muger no se pueda obligar por fiadora de su marido, aunque se diga y alegue que se convirtió la tal deuda en provecho de la muger. Y asimismo mandamos, que quando se obligare á mancomun marido, y muger en un contrato, ó en diversos, que la muger no sea obligada á cosa alguna: salvo si se provare que se convirtió la tal deuda en provecho della: ca entonces mandamos que por rata del dicho provecho sea obligada: pero si lo que se convirtió en provecho della, fue en las cosas que el marido le era obligado á dar, asi como vestirla, y darla de comer, y las otras cosas necesarias, mandamos que por esto ella no sea obligada á cosa alguna, lo qual todo lo que dicho es se entienda si no fuere la dicha fianza ú obligación á mancomun por maravedis de nuestras rentas, ó pechos, ó derechos dellas*».

⁶³ Exponía Jesús LALINDE ABADÍA [en «La recepción española del senadoconsulto Velleyano», *AHDE*, n.º 41 (1971), pág. 370] que el Derecho justinianeo acogió el Senadoconsulto Velejano, por el que se prohíbe a la mujer ser fiadora por un tercero, declarando nula, a través de la Auténtica «*Si qua mulier*», la intercesión de aquella como fiadora de su marido, soluciones recepcionadas en diversos ordenamientos hispánicos, de forma temprana e imperfecta, en el siglo XIII, en el plano local, y con menos imperfección en las zonas levantinas que en las interiores, y, de un modo más tardío y perfecto, en el siglo XIV y siguiente, en el plano territorial.

provecho se circunscribiera a cosas que el marido estaba obligado a darle a la esposa (vestido, comida y otros bienes necesarios). En el último inciso de la ley analizada se establece una excepción a la aplicabilidad de las restricciones enunciadas cuando la fianza u obligación mancomunada atendieran a deudas públicas reales⁶⁴.

Se interpretaba por algún autor que la ley mencionada sancionaba la nulidad de las fianzas otorgadas por las mujeres casadas en todo caso y que, a efectos de que no se desvirtuara con exégesis torcidas esa prohibición absoluta, se consignó expresamente la derogación de la excepción que contemplaba la Novela 34 de Justiniano, la cual confirmó edictos de Augusto y Claudio, relativa a que la fianza fuera provechosa para la mujer⁶⁵.

La simple confesión de la mujer sobre la utilidad derivada de la deuda generada de forma mancomunada por los cónyuges no era bastante para que aquella respondiera por el débito, resultando precisa una real y verdadera justificación para evitar el fraude que se presume entre los cónyuges, quedando, en suma, exclusivamente obligado el marido si no existe provecho alguno para la mujer⁶⁶.

De la dicción literal de la ley 61 (que habla de «*quando se obligare á mancomun marido y muger*»⁶⁷), en nuestra opinión, no procede inducir la nulidad de las obligaciones asumidas conjuntamente por marido y mujer, sino, exclusivamente, la irresponsabilidad de la segunda si no se adviera que la deuda redundó en su utilidad al margen de los supuestos excluidos a continuación por la norma. Ello se infiere porque la

⁶⁴ Dice Manuel Ángel BERMEJO CASTRILLO (en *Entre ordenamientos y códigos. Legislación y doctrina sobre familia a partir de las leyes de Toro*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 469-470) que donde se muestra en mayor grado la originalidad de la ley 61 es cuando remata su contenido expresando que la mujer casada deberá participar en la satisfacción de los compromisos adquiridos mediante fianza u obligación mancomunada cuando estas tuvieren por objeto rentas, tributos o derechos pertenecientes a la hacienda regia.

⁶⁵ MONTERO RÍOS, Eugenio, «Sobre la Ley 61 de Toro», *RGLJ*, Vol. 7, n.º 14, 1859, págs. 160-161. Sostenía este autor (*ibíd.*, págs. 161-162) que no cabía relacionar la primera parte de la citada ley con las leyes 2.ª y 3.ª, tít. 12, Partida 5.ª, que eran fiel trasunto del Senadoconsulto Veleyano, disposición distinta en su causa y efectos de la comprendida en el edicto de Augusto, teniendo el primero como finalidad proteger a la mujer, emanciparla de la tutela perpetua, de los perjuicios debidos a su inexperiencia, en tanto que el segundo se orientaba a preservar a las mujeres del abuso del poder marital. Por lo demás, asevera MONTERO que no anula el referido Senadoconsulto la fianza de la mujer, sino que concedía a esta última una excepción para hacerla ineficaz, frente a la nulidad *ipso iure* de la fianza de la mujer casada en el edicto indicado.

⁶⁶ NOLASCO DE LLANO, Pedro, *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez, a las ochenta y tres leyes de Toro*, Imprenta y Librería de D. Manuel Martín, Madrid, 1777, pág. 315.

⁶⁷ Esta mención difiere de la proscripción de afianzar que se impone a la mujer en el inciso primero, «*la muger no se pueda obligar por fiadora de su marido*».

ley no prohíbe, terminantemente, la asunción de obligaciones mancomunadas, excluyendo, de esta manera, solamente la vinculación de la mujer a sus resultados. Asimismo, no se acierta a comprender qué prohibición absoluta y consecuente nulidad de las obligaciones contraídas en mancomún por los cónyuges puede predicarse cuando el texto legal palmariamente dispone una excepción a la no sujeción de la mujer si el débito deviene provechoso para ella, en cuyo caso responde proporcionalmente a esa utilidad. Esta circunstancia, *a priori*, es incompatible con una nulidad *ipso iure* y plenamente acorde con la subsistencia de la obligación⁶⁸.

La exoneración de responsabilidad de la mujer cuando el provecho admitido en las obligaciones mancomunadas es el de las cosas necesarias para ella y su familia se apunta como antecedente directo de la institución conocida en el siglo XIX como «potestad doméstica de la mujer casada», dado que, aun cuando en el Derecho visigodo existía la «potestad de las llaves» y en los fueros locales los «fechos mugeriles», los mismos constituían los antecedentes remotos de la meritada institución⁶⁹.

La ley 77 de Toro, en línea con el Derecho anterior, y de un modo más claro, concreta la no sujeción del patrimonio privativo de cada cónyuge y de su mitad ganancial por los delitos perpetrados por el otro, continuando la comunidad ganancial entre aquellos hasta que por sentencia judicial se declarara la correspondiente responsabilidad penal⁷⁰.

⁶⁸ Se muestra a favor de la nulidad incondicionada de la obligación mancomunada *ex ley* 61 de Toro MONTERO RÍOS (*op. cit.*, págs. 163-164), exponiendo, como fundamento de la tesis que preconiza, que, aunque el tenor legal parece suponer existente la obligación al aludir a cuando el marido y la mujer se obliguen, a continuación determina que la mujer no sea obligada a cosa alguna, no pudiendo creerse que el legislador entendía existente una obligación que al mismo tiempo negaba. De acuerdo con su particular visión, que no compartimos, se anula en todo caso la obligación mancomunada, sin que la mención «*salvo si se probare que se convirtió la tal deuda en provecho della*» integre una excepción a aquella regla general, sino que se limita a reconocer que la mujer queda obligada por la utilidad que la deuda le haya aportado en virtud de un cuasicontrato, no de la obligación mancomunada. Esto se corrobora en su criterio por el hecho de que, en este supuesto, su obligación sería proporcional al beneficio, cuando, de ser válido el acto celebrado con su marido, la responsabilidad sería extensiva, bien al todo, bien a la mitad del débito.

⁶⁹ MUÑOZ GARCÍA, María José, «Limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada en el Derecho histórico español. Especial referencia a las leyes 54 a 61 del ordenamiento de Toro y a su proyección», *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), n.º 7, 1989, pág. 451. Juzga esta autora que «*es en la Ley 61 de Toro donde se plasma y desarrolla este pequeño campo de actuación que ostenta la mujer casada sin necesidad de licencia marital ni judicial y de acuerdo con el cual puede realizar todos aquellos negocios jurídicos que sean necesarios para la vida ordinaria de la familia*».

⁷⁰ Dice la Ley 77 que «*por el delito que el marido, ó la muger cometiere (...) no pierda el uno por el delito del otro sus bienes, ni la mitad de las ganancias avidas durante el matrimonio: mandamos que sean avidos por bienes de ganancia todo lo multiplicado durante el matrimonio, fasta que por el tal*

1.1.8. La Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación

Con carácter general, constituyen bienes gananciales los comprados y ganados por los cónyuges durante el matrimonio *estando de consuno* o conviviendo⁷¹.

El marido, en coherencia con su tradicional condición de administrador de la sociedad conyugal, tenía la facultad de enajenar bienes ganados, mejorados y multiplicados constante el matrimonio, que no fueran castrenses ni cuasicastrenses, sin licencia de su mujer, infiriéndose la exigencia del consentimiento de la esposa para que el cónyuge pudiera disponer de los bienes propios de esta⁷².

Las deudas o fianzas del marido no vinculan el patrimonio de la mujer, y, por tanto, no sujetan los bienes gananciales que corresponden a la misma por mitad, no siendo posible que aquella se obligue como fiadora de su cónyuge o que responda en el supuesto de obligarse mancomunadamente en un contrato con aquel, excepto si se probara que la deuda se convirtió en su utilidad, en el sentido fijado por la ley 61 de Toro, comentada previamente, y que se incorpora⁷³.

En el caso de promesa de dote o donación *propter nuptias* realizadas por ambos cónyuges a un hijo común, se produce la afección directa del patrimonio ganancial y la subsidiaria del caudal privativo de los cónyuges en los términos establecidos en la ley

delicto los bienes de qualquier dellos sean declarados por sentencia, aunque el delicto sea de tal qualidad que imponga la pena ipso iure».

⁷¹ Fuero Real 3,3,1 y Nueva Recopilación 5,9,2. En la Novísima Recopilación 10,4,5 (concordante con Nueva Recopilación 5,9,5), que contiene una norma otorgada por Enrique IV en Nieva en 1473, se ilustra sobre el concepto de bienes gananciales, reputando como tales «*los frutos y rentas dellos* (de los bienes castrenses, oficios del Rey y donados que fueran ganados, mejorados y habidos durante el matrimonio por uno de los cónyuges, los cuales serán privativos), y *de todos otros qualesquier oficios, aunque sean de los que el Derecho hubo por casi castrenses, y los otros bienes que fueron ganados ó mejorados durante el matrimonio, y los frutos y rentas de los tales bienes castrenses y oficios y donadíos, que ambos los hayan de consuno (...)*».

⁷² Cfr. Novísima Recopilación 10,4,5 (Nueva Recopilación 5,9,5).

En contra de un hipotético alcance irrestricto de los poderes dispositivos del marido sobre los bienes comunes en la ley enunciada, SÁNCHEZ ROMÁN (en *Estudios de Derecho civil...*, T. V, Vol. I, *cit.*, pág. 820) colegía que aquel podía enajenar gananciales por título oneroso o lucrativo, siempre que se tratara de donaciones moderadas y con causa. En consonancia con el espíritu de la ley y de la doctrina, aclaraba que las enajenaciones ejecutadas por el marido debían verificarse *sin ánimo de damnificar ó defraudar á la mujer*, evitando que, de reputarse absoluta la facultad del marido de enajenar los bienes gananciales, fuera ilusorio el derecho de copropiedad y dominio pleno posterior de la mitad ganancial que en la liquidación de la sociedad conyugal le correspondería a la mujer o a sus herederos, *ibid.*, pág. 820, nota 1.

⁷³ Cfr. Novísima Recopilación 10,11,2 y 10,11,3 (Nueva Recopilación 5,3,7; 5,3,8 y 5,3,9).

53 de Toro, antes examinada, en la medida en que esta norma es reproducida en la Nueva Recopilación 5,9,8 (Novísima Recopilación 10,3,4)⁷⁴.

Con el objeto de evitar actuaciones de la mujer que irroguen un perjuicio económico para el marido, la Nueva Recopilación proscribió que aquella realice cualquier acto sin licencia marital, incluyéndose en el Título III del Libro V las leyes de Toro que regulaban esta materia⁷⁵.

La ausencia de responsabilidad de un cónyuge por los eventuales delitos cometidos por el otro, en los términos expuestos en la ley 77 de Toro, se traslada a la Nueva Recopilación (5,9,10), que la reproduce⁷⁶.

Con posterioridad a la Novísima Recopilación, será el Código civil el texto legal que sancione y consolide el régimen de gananciales, permitiendo afirmar los distintos proyectos de Código civil que no prosperaron en ese lapso de más de ochenta años que en la mente de los legisladores la sociedad continuaba viva y que su regulación era cada vez más precisa⁷⁷.

1.2. LA RESPONSABILIDAD GANANCIAL EN EL CÓDIGO CIVIL

1.2.1. Los antecedentes del Código civil

1.2.1.1. El Proyecto de Código civil de 1836. La primera aproximación a la codificación de la responsabilidad de la sociedad conyugal

El Proyecto de Código civil de 1836 regulaba, bajo la rúbrica «*de la sociedad conyugal*», en el Título X de su Libro III (arts. 1491-1519), la comunidad ganancial⁷⁸.

⁷⁴ En relación con la precitada ley 53 de Toro, incide BERMEJO CASTRILLO (en *Entre ordenamientos y códigos...*, cit., pág. 280) en que la promesa de dote o de donación *propter nuptias* realizada por los progenitores al hijo común constante el matrimonio tenía que ser cubierta a cuenta de las adquisiciones conjuntas, considerando que se trataba de un débito contraído mientras subsiste la convivencia. Igualmente, dada la inclusión de la ley 60 de Toro en la Nueva Recopilación (5,9,9) y Novísima Recopilación (10,4,9), de modo imperativo, ha de tenerse por reiterado lo expuesto en su momento respecto de esa previsión legal de que la mujer renuncie a las ganancias y soslaye la sujeción de su patrimonio por las deudas generadas por su marido en la gestión de la economía conyugal.

⁷⁵ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, *op. cit.*, pág. 457. De esta manera, se incorporan las leyes 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 61 de Toro (*ibíd.*, pág. 457, nota 118).

⁷⁶ *Ibíd.*, pág. 472.

⁷⁷ MATEO SANZ, Jacobo B., «Apuntes histórico-jurídicos sobre el artículo 1409 del Código civil», *ADC*, T. LVI-III, 2003, pág. 1273.

⁷⁸ Este Proyecto de Código civil es considerado por Juan BARÓ PAZOS [en *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1993,

La comunidad ganancial se configuraba, como en la actualidad, por lo demás, como un régimen legal supletorio⁷⁹, y en la que la administración de los bienes sociales le correspondía en exclusiva al marido, quien podía hipotecarlos y enajenarlos, pero no donar o disponer de los inmuebles gananciales o sociales sino para dotar o proporcionar establecimiento a los hijos de ambos cónyuges o para otros fines de la sociedad conyugal⁸⁰.

Asimismo, se preveía que la mujer, cuando por causa de incapacidad del marido administrare el caudal de la sociedad conyugal, fuera responsable por tales actos gestorios, debiendo, en esta hipótesis, ante la inexistencia de gananciales, abonar por mitad las deudas sociales y, en todo caso, asumir en su integridad las producidas en su provecho o las dimanantes de algún ilícito penal⁸¹.

Constituían cargas inherentes y definitivas de la sociedad conyugal, y que debían satisfacerse con bienes gananciales, en el frustrado Proyecto de 1836, *ex* artículo 1499, las siguientes: «1.^a La manutención de los consortes, la de los hijos, los gastos de educación y enseñanza de éstos, las dotes y donaciones esponsalicias de los mismos y las demás cargas propias del matrimonio. 2.^a Los reparos usufructuarios de los bienes inmuebles o capitales pertenecientes a los consortes. 3.^a Las cargas a que estuvieren afectos los bienes de los cónyuges. 4.^a Las deudas contraídas durante la sociedad conyugal, para los fines de ésta, por el marido o por la mujer, con beneplácito del mismo»⁸².

La normativa del Proyecto proponía una regulación de la responsabilidad de los cónyuges por los actos de administración de la sociedad conyugal verificados por ellos individualmente, dentro de la respectiva esfera legal de actuación de marido y mujer,

pág. 84] como un buen proyecto, amplio, completo y redactado con una sistemática moderna, que será adoptada en líneas generales por los redactores de proyectos ulteriores.

⁷⁹ Disponía el art. 1491 que «la ley declara que hay sociedad entre los consortes, siempre que no se hubiere estipulado lo contrario por medio de capitulaciones matrimoniales, de las que se trata al fin de este título». De este modo, por pacto capitular, *ex* arts. 1511 a 1513, antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges podían establecer una sociedad universal de sus bienes, muebles e inmuebles, presentes y futuros (o solo los presentes o los futuros) o contraerla a efectos muebles o dinero en cantidad o valor determinado.

⁸⁰ Cfr. arts. 1496 y 1497.

⁸¹ Cfr. arts. 1498, 1500 y 1501.

⁸² El art. 1500 del Proyecto establecía la responsabilidad patrimonial personal subsidiaria del marido (en defecto de gananciales) por los débitos señalados en el número 4 del art. 1499, salvo que la mujer hubiere administrado los bienes sociales, en cuyo caso la misma, en defecto de gananciales, contribuiría tan solo por mitad con el marido al pago de las deudas generadas durante el tiempo de su administración.

asimétrica y desigual, en armonía con la concepción social imperante sobre el papel no precisamente protagónico de la mujer en todos los ámbitos. Incumbía al marido gestor en exclusiva, y siempre de forma subsidiaria, en defecto o por insuficiencia de bienes gananciales, el abono, con sus bienes propios, de las deudas contraídas constante la sociedad conyugal para los fines de la misma. La mujer, cuando administrara el patrimonio conyugal (lo que podría producirse por incapacidad de su cónyuge), únicamente tendría que contribuir, ante la reiterada carencia de masa ganancial, por mitad a la satisfacción de esos débitos consorciales generados por su actuación unilateral, conforme resultaba del juego combinado de los artículos 1498, 1499.4.^a y 1500.

También consagraba el Proyecto la responsabilidad personal de los cónyuges por las deudas contraídas por aquellos en su utilidad particular o a consecuencia de algún delito⁸³.

1.2.1.2. El Proyecto de Código civil de 1851. El germen del régimen de cargas y obligaciones gananciales del futuro Código

El Proyecto disciplinaba la sociedad de gananciales, bajo la denominación de «*sociedad legal*», en los artículos 1309 a 1353 -Capítulo IV, Título VI, Libro III-⁸⁴.

Al igual que en el Proyecto de 1836, la sociedad legal opera como régimen legal supletorio⁸⁵, disponiéndose, en su artículo 1308, la aplicabilidad del régimen dotal⁸⁶

⁸³ El art. 1501 decía que «*cada uno de los consortes será responsable de las deudas que hubiere contraído por su utilidad particular o a consecuencia de algún delito*».

⁸⁴ Afirmaba SÁNCHEZ ROMÁN [en *La codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y de consumación. Estado del Derecho civil de España, común y foral antes y después de la promulgación del Código civil y Trabajos preliminares para la formación de algunos apéndices del Derecho foral (1811 a 1890)*, Establecimiento tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1890, pág. 24] que los elementos que informaban el Proyecto eran el Derecho de Castilla, con muy escasa intervención de instituciones de Derecho foral; la doctrina de expositores y juristas, completando la legislación civil castellana; y principios o instituciones de la legislación extranjera, fundamentalmente, del Código francés.

⁸⁵ Establecía el art. 1235.1 que «*los bienes del matrimonio se gobiernan por las reglas de la sociedad legal, á falta de pacto expreso en contrario*».

⁸⁶ Resalta ALARCÓN PALACIO (en «*Régimen económico del matrimonio español desde la Codificación hasta la reforma de 1981*», *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n.º 25, 2006, pág. 86) que el Proyecto trató de modo detallado la institución de la *dos* romana (art. 1265), consagrada en Las Partidas, que consistía en lo que la mujer aporta al marido para soportar las cargas matrimoniales. Como comenta Florencio GARCÍA GOYENA (en *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, T. III, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid, 1852, pág. 280), la dote era una donación, que podía hacerse por padres, parientes o extraños, aún con posterioridad a la celebración del matrimonio, reputándose los bienes donados como dotales en cualquier tiempo que se haga. También el esposo, *ex art.* 1266, estaba facultado para constituir dote a la esposa con carácter previo al matrimonio,

*cuando los esposos hubieren pactado que no ha de regir entre ellos la sociedad legal, sin expresar las reglas con que han de gobernarse sus bienes, o si la mujer o sus herederos renunciaren dicha sociedad*⁸⁷.

En las Secciones 4.^a y 5.^a del Capítulo mencionado se contenía la regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad legal y de la administración de la comunidad, respectivamente.

El artículo 1329 del Proyecto, precepto básico en materia de responsabilidad ganancial, disponía que *«son de cargo de la sociedad legal: 1.º Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y también las que contrajere la mujer, en los casos en que puede legalmente obligar a la sociedad. 2.º Los atrasos o réditos devengados durante el matrimonio de las obligaciones a que estuvieren afectos así los bienes propios de los cónyuges como los gananciales. 3.º Los reparos menores o de conservación ejecutados, durante el matrimonio, en los bienes peculiares del marido o de la mujer. Los reparos mayores no son de cargo de la sociedad. 4.º Los reparos mayores o menores de los bienes gananciales. 5.º El mantenimiento de la familia y educación de los hijos comunes, y también de los hijos legítimos de uno solo de los cónyuges»*⁸⁸.

pero no después de celebrado este. La dote que se constituía antes del matrimonio o al tiempo de su celebración se regía por las reglas de las donaciones matrimoniales, en tanto que la constituida ulteriormente se regulaba por las reglas de las donaciones comunes (art. 1267).

⁸⁷ La aplicación del régimen dotal en estos supuestos es imperativa, según GARCÍA GOYENA (*op. cit.*, pág. 320), dado que la ley no reconoce como general ningún otro régimen económico, excluida la vigencia de la sociedad legal por voluntad de las partes, permitiendo presumir su silencio respecto a lo demás su conformidad con la disposición general de la ley. Una eventual obligatoriedad del sistema legal colisionaría con los derechos forales, particularmente, con el derecho foral catalán, donde regía el sistema dotal romano (salvo en Tortosa, Lérida, Valle de Arán y Campo de Tarragona, en donde se aplicaba el sistema de gananciales de Castilla con el nombre de asociación o acogimiento a compras y mejoras), violentándose sus usos y costumbres, de forma que con la regulación del Proyecto los catalanes tenían libertad para poder continuar igual si lo pactaban expresamente [cfr. COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, «Comunidad de gananciales y capitulaciones matrimoniales en la codificación civil española», *AHDE*, n.º 69 (1999), págs. 395-396].

⁸⁸ También son un cargo de la sociedad legal, *ex art.* 1330, el importe de lo dado o prometido a los hijos comunes para su colocación por el marido o por marido y mujer de mutuo acuerdo, cuando no hubiesen convenido que se satisfaga con bienes privativos de uno de ellos total o parcialmente.

Por su parte, el art. 1332, precedente del antiguo art. 1411 CC 1889 y de los actuales arts. 1371 y 1372, relativo a las deudas de juego, decía, en su primer párrafo, el cual, al igual que el vigente art. 1371, aludía a la responsabilidad definitiva de la sociedad, que *«lo perdido y satisfecho durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquiera clase de juego no disminuye su parte respectiva de gananciales»*. A su vez, en el segundo párrafo de la reseñada norma, se afectaba el activo común por los débitos de juego lícito no satisfechos contraídos por el marido, regla que, por lo demás, tuvo su continuidad en el Código de 1889 (referida ya a ambos cónyuges), frente a la explícita privatividad de esta tipología de deudas consagrada en la reforma de 1981.

Sin que proceda ahora analizar cada una de las cargas recogidas en este artículo central en el ámbito de la responsabilidad consorcial contenido en el Proyecto de 1851, teniendo en cuenta que aquel sería luego reproducido en síntesis en el artículo 1408 del Código civil de 1889, podría perfectamente inferirse que en el artículo 1329 del Proyecto de 1851 ya subyacía la futura estructuración dual del pasivo de la comunidad. En consecuencia, cabría entender, por las razones que luego se expresarán en relación con el citado artículo 1408, que en el apartado primero (del art. 1329) acaso se plasmaba una regla de afección *ad extra* y en los siguientes cuatro apartados se trataban aspectos atinentes a la responsabilidad definitiva de la sociedad legal⁸⁹.

El Proyecto, en su artículo 1331, reputaba deudas personales las contraídas por marido o mujer antes del matrimonio, al igual que las dimanantes de multas y condenas pecuniarias impuestas a los cónyuges, matizando, en su párrafo tercero, que «*sin embargo, así las deudas contraídas por el marido, con anterioridad al matrimonio, como las multas y condenaciones que se le impongan, podrán repetirse contra los gananciales, si no tuviere capital propio o no alcanzare éste; pero al tiempo de liquidarse la sociedad legal, se le cargará su importe*».

Esta última disposición (art. 1331.3) venía a regular, por tanto, un supuesto de responsabilidad subsidiaria provisional de la masa común por deudas del marido (que gozaba de la condición de administrador de la sociedad⁹⁰) anteriores a la vigencia de la sociedad ganancial o generadas por multas y condenas dinerarias impuestas a aquel constante la comunidad. La eventual agresión del acervo consorcial por los acreedores en esa circunstancia, siempre por carencia o insuficiencia del patrimonio personal del

⁸⁹ Sobre esta desagregación de esferas de responsabilidad en el antiguo art. 1408 CC, que posteriormente será comentada, cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, en LACRUZ y ALBALADEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía, Tratado teórico-práctico de Derecho Civil*, T. IV, Vol. 1.º, Librería Bosch, Barcelona, 1963, págs. 515-516.

⁹⁰ Disponía el art. 1333 del Proyecto que «*el marido administra exclusivamente la sociedad legal*», pudiendo aquel, *ex art.* 1334, sin consentimiento de la mujer, enajenar y obligar, a título oneroso, bienes gananciales, matizándose en el art. 1337 que la enajenación o convenio sobre la masa ganancial, efectuada por el marido, contraviniendo la ley o en fraude de su cónyuge, no perjudicaría a esta ni a sus herederos. Concluía GARCÍA GOYENA que los derechos del marido sobre los bienes gananciales, respecto de terceros, se corresponden con los de un verdadero propietario, reduciéndose los de la mujer, durante la sociedad, a participar de los existentes al tiempo de su disolución, juzgando que la afección ganancial por las enajenaciones onerosas se justificaba porque en este supuesto se recibía un equivalente que se presume que redundaría en provecho de la sociedad legal, *op. cit.*, págs. 338-339.

marido, daría lugar, en fase liquidatoria, a la pertinente deducción del importe satisfecho a costa de los bienes gananciales del capital correspondiente al mismo⁹¹.

Excepto en determinados casos tasados, de acuerdo con el artículo 1338, la mujer carecía de la facultad de obligar los bienes gananciales sin la anuencia de su marido, lo cual era lógico teniendo en cuenta que la misma no podía obligar ni enajenar sus bienes personales⁹².

1.2.1.3. El Anteproyecto del Código civil (1882-1888)

Las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales se regulan en los artículos 1434 a 1437 del Anteproyecto, preceptos que, con alguna matización, constituían un trasunto de los artículos 1329 a 1332 del Proyecto de 1851, a los que hemos hecho alusión anteriormente.

El artículo 1434, disposición que vertebraba el pasivo ganancial, venía, pues, a establecer, con alguna modificación menor cuya significación es intrascendente, las mismas cargas de la comunidad que el Proyecto de 1851.

En el artículo 1436 del Anteproyecto se reproducía en esencia el artículo 1331 del Proyecto de 1851. Se establecía, por consiguiente, en el apartado tercero de la primera norma (que se trasladó después, con determinadas diferencias, al artículo 1410.3 *ex* Código civil 1889), un supuesto de responsabilidad subsidiaria (por carencia o insuficiencia de capital propio del marido) y provisional de la comunidad ganancial por las deudas antem matrimoniales del marido y por las multas y condenas (débitos, por tanto, extracontractuales) que se le impusieran a aquel, en los términos ya expresados⁹³.

⁹¹ En relación con el art. 1331, GARCÍA GOYENA (*op. cit.*, págs. 336-337), por lo que respecta a la exclusión como deudas gananciales de las multas y condenaciones pecuniarias, arguye que se hace responsable al socio del daño que causó por dolo o culpa y que la responsabilidad ha de ser tan personal como lo es el hecho del que deriva. Expresa GARCÍA GOYENA que la distinción entre marido y mujer que opera el artículo se funda en que aquel, constante la sociedad, es administrador independiente de la misma, con facultad de enajenar gananciales, sin que, contrariamente, la esposa pueda realizar actos de administración, ni obligar en manera alguna aquellos bienes, no existiendo, en puridad, gananciales para ella hasta haberse disuelto la sociedad.

⁹² GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 340. Hacía notar este autor la diferencia que concurría entre esas clases de bienes, dado que a la mujer le era factible enajenar bienes comunes vigente la sociedad con consentimiento o licencia del marido, y, sin embargo, solo le era viable hacer lo propio con bienes personales de ella o dotales en los casos y con los requisitos del artículo 1282.

⁹³ Sobre esta regla de responsabilidad externa o provisional, dice Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, Valladolid, 1991, pág. 118) que, si bien la responsabilidad podía ser común inicialmente, la deuda, definitivamente, sería privativa del marido, sin que la mujer en la liquidación viera disminuido su haber por esta tipología de obligaciones.

En concreto, en el artículo 1437, referente a las deudas de juego, se declaraba, de forma terminante, que no se le imputaría a la sociedad de gananciales *lo perdido y no pagado por la mujer* (débitos que, por ello, tendrían la cualidad de privativos en la relación *ad extra*), algo que luego se suprimió en el artículo 1411 del Código civil de 1889.

Evidentemente, el marido continuaba siendo el administrador único de la sociedad (art. 1438) y gozaba de facultades para enajenar y obligar a título oneroso los bienes comunes, sin consentimiento de la mujer *ex* artículo 1439.

1.2.2. La responsabilidad con la masa ganancial en el Código civil

1.2.2.1. La responsabilidad ganancial en la regulación primigenia del Código civil de 1889

La responsabilidad ganancial se disciplinó originariamente en los artículos 1408 a 1411 del Código civil (en la Sección 4.^a, Capítulo V, Título III, Libro IV), siendo la regulación de la afección consorcial prácticamente mimética a la proyectada en 1851⁹⁴.

El precepto básico y medular en materia de responsabilidad de la sociedad de gananciales era el artículo 1408, el cual determinaba que *«serán de cargo de la sociedad de gananciales: 1.º Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y también las que contrajere la mujer en los casos en que pueda legalmente obligar a la sociedad. 2.º Los atrasos o réditos devengados, durante el matrimonio, de las obligaciones a que estuviesen afectos así los bienes propios de los cónyuges como los gananciales. 3.º Las reparaciones menores o de mera conservación hechas durante el matrimonio en los bienes peculiares del marido o de la mujer. Las reparaciones mayores no serán de cargo de la sociedad. 4.º Las reparaciones mayores*

⁹⁴ La Sección 4.^a del referido Capítulo V venía a ser, así, una reproducción de los arts. 1329 a 1332 del Proyecto de 1851, que, como hemos visto previamente, normaban las cargas de la sociedad legal en aquel, si bien existen ciertas notas distintivas en ambas regulaciones. De esta manera, partiendo de la identidad estructural de los arts. 1329 del Proyecto y 1408 CC, más allá de ciertas modificaciones en el plano puramente gramatical, preceptos ambos nucleares en materia de vinculación del acervo ganancial, concurre algún aspecto diferencial en los arts. 1409, 1410 y 1411 CC en relación con los preceptos concordantes del Proyecto (1330, 1331 y 1332, respectivamente).

o menores de los bienes gananciales. 5.º El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y de los legítimos de uno solo de los cónyuges»⁹⁵.

MUCIUS SCAEVOLA interpretaba que la expresión «*cargo de la sociedad de gananciales*» significaba tener atribuido un derecho contra aquella o constituir un gravamen del que debían responder los bienes gananciales. No era solo, por tanto, la sujeción de la masa ganancial inmanente y filosófica a la responsabilidad de las obligaciones que se relacionan en el precepto que hemos transcrito, sino que la misma opera en la esfera práctica de la coacción. A su juicio, podía accionarse contra los bienes sociales para la efectividad de esas obligaciones, sin que los bienes privativos de la mujer o del marido sean perseguibles por razón de aquellas si no se hallaren afectos a igual responsabilidad por otros preceptos del Código⁹⁶.

El carácter definitivo de la afección ganancial por las obligaciones enumeradas en el artículo 1408 era defendido por MANRESA, quien afirmaba que las cargas relacionadas en esa norma incumbían a la sociedad de forma directa y exclusiva, no pudiendo pretenderse indemnización o compensación alguna por parte de cualquiera de los cónyuges⁹⁷.

Discernía COSSÍO entre cargas que vinculaban a la sociedad de modo exclusivo y directo (arts. 1408, 1409 y 1411) y cargas que sujetaban la misma condicionalmente o con ciertas limitaciones, las cuales se recogían en el artículo 1410⁹⁸, y que, a diferencia

⁹⁵ Como precedentes legales de este precepto cabe señalar el Fuero Real 3,20,14; leyes 207 y 223 de las del Estilo; Partidas 4,11,7, y 4,11,25; o Leyes 60 y 61 de Toro, MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, págs. 239-241.

⁹⁶ MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil concordado...*, T. XXII, *cit.*, págs. 241-242.

⁹⁷ MANRESA, «Art. 1.408», *Comentarios...*, T. IX, *cit.*, pág. 603. Enfatizaba, en su momento, SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil...*, T. V, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 846), como justificación de la pertinencia de las cargas de la comunidad explicitadas en el CC, que, siendo la sociedad de gananciales el elemento patrimonial común, resulta claro considerar como cargas de la misma todas las atenciones u obligaciones de la familia que por origen, carácter y fines no deban ser imputadas particularmente a la propiedad o responsabilidad personal de uno u otro cónyuge.

⁹⁸ El art. 1410 CC decía que «*el pago de las deudas contraídas por el marido o la mujer antes del matrimonio no estará a cargo de la sociedad de gananciales. Tampoco lo estará el de las multas y condenas pecuniarias que se les impusieren. Sin embargo, el pago de las deudas contraídas por el marido o la mujer con anterioridad al matrimonio, y el de las multas y condenas que se le impongan, podrá repetirse contra los gananciales después de cubiertas las atenciones que enumera el art. 1.408, si el cónyuge deudor no tuviese capital propio o fuera insuficiente; pero al tiempo de liquidarse la sociedad se le cargará lo satisfecho por los conceptos expresados*».

Nótese la incorrección gramatical que se observa en el apartado tercero, cuando, después de vincular, externamente, frente a los acreedores, concurriendo los requisitos que se prevén, el caudal ganancial por las deudas contraídas por marido o mujer con carácter antecedente a su matrimonio, afecta, impropriamente, y quizás como una reminiscencia de la dicción más restrictiva del art. 1331.3 del Proyecto de 1851, la masa social al pago de *las multas y condenas que se le impongan*, en singular.

de las primeras, se imputan excepcionalmente a la sociedad de gananciales cuando concurren los requisitos exigidos en esa norma, cargándose, finalmente, en fase de liquidación al cónyuge deudor⁹⁹.

La dislocación de los ámbitos externo e interno de la responsabilidad consorcial, luego presente, de forma más patente, en la regulación del régimen ganancial introducida por la Ley 11/1981, como se analizará detalladamente en esta investigación, estaba implícitamente dibujada en el artículo examinado. Se avanzaba por LACRUZ que en el artículo 1408 del Código civil se entremezclaban cuestiones de responsabilidad provisional y definitiva, contemplando el apartado 1.º una norma general de responsabilidad *erga omnes* del patrimonio social por deudas del marido y enumerando los restantes apartados, en los que se resuelve la cuestión de la responsabilidad definitiva, aquellos gastos que, incluso *inter partes*, son también deudas de la comunidad¹⁰⁰.

En un excelente estudio publicado en 1959, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ anticipaba esa disociación de las dos esferas de la responsabilidad ganancial. Expresaba ese autor que la responsabilidad interna se manifiesta en la ordenación de cada masa patrimonial a una finalidad específica, en función de la cual debe soportar determinadas cargas y responsabilidades. Igualmente, la responsabilidad externa se hace patente en la proyección frente a terceros, permitiéndose, a efectos de la protección de estos, que ciertas responsabilidades graviten inicialmente sobre un patrimonio que no es, idealmente, el destinado a soportar aquellas, fenómeno que exigirá la necesidad de un reajuste patrimonial ulterior, generalmente en fase liquidatoria, para adaptar la responsabilidad externa producida a la interna y definitiva¹⁰¹. Parece oportuno concluir

Obviamente, habida cuenta que estamos refiriéndonos a posibles débitos generados indistintamente por ambos cónyuges, el pronombre átono de tercera persona «*le*» debería haberse utilizado en plural.

⁹⁹ DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso, *La sociedad de gananciales*, en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, T. 50 (*Comunidades conyugales*), Vol. I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963, págs. 78 y ss. Cfr., en este sentido, VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho civil español*, T. IV (*Parte especial, Derecho de familia*), 2.ª ed., Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1921, págs. 360-363.

¹⁰⁰ LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ y ALBALADEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, *Tratado teórico-práctico de Derecho Civil*, T. IV, Vol. 1.º, *cit.*, págs. 515-516.

¹⁰¹ GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., «Responsabilidad patrimonial en el matrimonio», *RDEA*, n.º 18, 1959, pág. 877. Se aludía en ese trabajo a la estrecha relación entre la materia de responsabilidad y la distribución de poderes entre los cónyuges y los problemas de capacidad de los mismos, específicamente, de la mujer, vinculando el autor los poderes de obligación, mediante los cuales quedaba responsabilizado un patrimonio, con los poderes de disposición, de manera que esa correlación ha de tenerse en cuenta en todo momento, dado que se trata de los principales instrumentos con los que cuentan los órganos de la comunidad para ordenar las masas patrimoniales al logro de los fines inherentes a ellas. A criterio del

que esta exégesis, sesenta años después, y con una normativa ganancial sustancialmente distinta, es plenamente sostenible, lo que no hace sino realzar su indudable relevancia.

No procede interpretar el derogado artículo 1408.1.º en el sentido de que el marido estaba facultado para sujetar, ilimitada e indiscriminadamente, en las vertientes externa o interna, el acervo social por cualesquiera deudas contraídas por el mismo, con independencia, por tanto, de su orientación o finalidad. Esta posibilidad carecería del más mínimo atisbo de lógica, no ya porque ello podría distorsionar gravemente el funcionamiento del sistema ganancial, sino por cuanto que en esa tesitura se vaciaría de contenido el resto del precepto. Aparentemente, la intención del legislador en ese supuesto, como se induce de la amplitud e indeterminación de la mención legal, que se refiere a *todas las deudas y obligaciones*, no conciliable con la inmediata concreción positiva de las cargas de la comunidad enumeradas en los siguientes apartados de la norma, fue consagrar una regla general de responsabilidad externa de los bienes comunes por toda actuación autónoma del marido (o, en su caso, de la mujer) verificada formalmente en interés del consorcio. Tal legitimación era consecuente con la preeminencia absoluta de aquel como administrador de la sociedad ganancial, aun cuando el establecimiento de esa mera vinculación *erga omnes* no se disponga expresamente. Emanan, pues, del tenor legal una presunción *iuris tantum* de ganancialidad pasiva de esos débitos maritales. En la hipótesis de conducta fraudulenta o de contravención legal (art. 1413) o, en fin, de deudas ajenas al interés de la sociedad conyugal, y, por consiguiente, personales del esposo, lo que habría de adverarse, en su caso, por los cónyuges en sede judicial para enervar la eficacia de esa presunción, devendría inviable para los acreedores la agresión del patrimonio ganancial. En último término, las cuestiones relativas a la responsabilidad definitiva debían solventarse con arreglo a lo plasmado en los apartados 2.º a 5.º del artículo 1408 y preceptos sucesivos¹⁰².

reiterado civilista no cabe obviar que, en tanto que en materia de disposición no entra en juego más fin ajeno a los cónyuges que el matrimonial o familiar, en el ámbito de las obligaciones está presente el interés de los acreedores como terceros, *ibíd.*, págs. 877-878.

¹⁰² Sobre el compromiso del acervo ganancial por las deudas contraídas unilateralmente por el marido constante el matrimonio, excepto en los casos de vulneración legal o de que obedezcan a una intención fraudulenta, sin mencionar el interés de la familia, decía la STS de 8 de mayo de 1900 (CL, Jurisprudencia Civil, T. VII, Vol. I de 1900, pág. 612) que «*los preceptos combinados de los arts. 1357, 1401, 1408 y 1413 del Código civil obligan a reconocer que son de cargo de la sociedad de gananciales y responden los bienes propios de ésta de las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y que éste está autorizado para contraer cualquier clase de aquéllas sin*

La responsabilidad de los bienes gananciales, por lo que respecta al marido, se determinaba, según MUCIUS SCAEVOLA, por la naturaleza de la obligación, resultando evidente esa afección si su deuda se contrajo en beneficio común, se procuró el sostenimiento familiar o sirvió para atender necesidades perentorias de las personas o bienes de la sociedad conyugal. Si, por el contrario, se trataba de débitos relativos a la situación particular del marido en el matrimonio, la concurrencia de la mujer implicaría la responsabilidad de sus bienes propios, mas sin que esto desvirtuara el carácter privativo de la obligación, la cual, aún satisfaciéndose con bienes comunes, nunca podría ser calificada como una carga de la sociedad de gananciales¹⁰³.

En línea con esta postura, PUIG PEÑA, en relación con el artículo 1408.1.º, expresaba que, aunque el Código otorgaba un carácter absoluto a las deudas contraídas durante el matrimonio, puesto que establecía la obligación de pago respecto de *todas* ellas, un mínimo sentido de justicia conduce a concluir que la sociedad de gananciales tan solo debía responder por las deudas contraídas por el marido por el *bien de la familia*, en tanto que las adquiridas en su propio beneficio o en fraude de su esposa habían de quedar terminantemente excluidas¹⁰⁴.

Abona la exégesis que infiere la exigencia del interés familiar en los débitos contraídos autónomamente por el marido para que se produjera el compromiso del caudal ganancial el tenor del derogado artículo 1386 del Código civil, que prescribía que «*las obligaciones personales del marido no podrán hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes parafernales, a menos que se pruebe que redundaron en provecho de la familia*». Este artículo integraba, por tanto, una excepción a la presunción de consorcialidad de aquellos débitos concretada en el artículo 1408.1.º, desplazándose a los acreedores, a efectos de la sujeción de los frutos de los bienes parafernales, cuyo carácter ganancial estaba establecido en los artículos 1385 y 1401, la carga de la prueba

consentimiento de la mujer, salvo el caso en que determinadas obligaciones contradigan la prohibición expresa del mismo Código o se hagan en fraude de la mujer, y salva asimismo la responsabilidad en cuanto a los frutos de los bienes parafernales respecto de las obligaciones personales del marido si no se prueba que redundaron en provecho de la familia, según el art. 1386».

¹⁰³ MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, págs. 265 y 266.

¹⁰⁴ PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho civil español*, T. II (*Derecho de familia*), Vol. I (*Teoría general del matrimonio*), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947, pág. 309. Esta restricción del ámbito del art. 1408.1.º a los débitos contraídos por marido (o mujer) en interés de la familia y no para fines particulares se mantenía también por Felipe Clemente DE DIEGO (en *Instituciones de Derecho civil español*, T. II, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1930, pág. 454), significando que esa era la orientación jurisprudencial anterior y posterior al Código.

de que la deuda dimanante de la actuación autónoma del marido atendía al beneficio común.

Esta relevancia del interés familiar, en la regulación originaria del Código civil, como criterio objetivo determinante de la sujeción *ad extra* de la masa ganancial por las deudas separadamente contraídas por el marido administrador de la comunidad, cuya concurrencia se presumía, y que, en la actualidad, carece de operatividad en la relación externa, tenía su reflejo, de modo manifiesto, en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1963 declara que *«la generalidad del precepto contenido en el número primero del artículo 1.408 aludido se entiende, según la doctrina científica, restringida a que las obligaciones contraídas por el marido lo sean en interés de la familia, que es la presunción normal, que, sin embargo, admite prueba en contrario»*¹⁰⁵.

Citando la anterior resolución, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1980 incide en la virtualidad del interés o beneficio familiar como criterio para juzgar la responsabilidad del patrimonio ganancial por las obligaciones contraídas por el esposo. Sostiene que la regla de la no responsabilidad de la masa ganancial por las obligaciones producidas por el marido a título gratuito se halla inmersa en la más general de la extensión de la enunciada responsabilidad cuando las obligaciones o deudas contraídas por aquel redunden en interés de la familia o se asuman en defensa o beneficio de la misma, como resulta del artículo 1408 *ex* Código civil. Argumenta la sentencia que ese es el destino propio de los bienes de la sociedad conyugal y debe ser el principio general que ha de regir en la apreciación de la conducta y gestión marital *«mientras no se demuestre que las obligaciones o deudas se hayan contraído con manifiesto perjuicio de la mujer -o, en su caso, del marido- o con ánimo de sustraer del patrimonio conyugal familiar bienes o productos que disminuyan ilícitamente su cuantía, dado que toda la finalidad de esas cautelas y restricciones está en conservar inmune aquel patrimonio como defensa del mismo y del interés de la mujer no*

¹⁰⁵ STS de 28 de junio de 1963 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1963:2814). En el mismo sentido, STS de 4 de mayo de 1968 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1968:2099).

administradora, a lo que responden los preceptos del Código Civil señalados en sus artículos 1.408 y siguientes y 1.413»¹⁰⁶.

Resulta de particular interés hacer referencia a la obligación que incumbe a la sociedad de gananciales, *ex* artículo 1408.1.º del Código civil, de sufragar las *litis expensas*, concepto este, según recuerda PUIG PEÑA, referido a aquellos gastos que causen a la mujer los procesos judiciales que sostenga con su marido o los litigios en los que comparezca sin licencia de este último¹⁰⁷. Indicaba ese autor que surgía la mencionada obligación, que es extensible a toda clase de juicios, cuando la mujer no disponía de bienes para sufragarlas y cuando sus bienes parafernales los poseía su cónyuge, y que se excluía el deber de abonar las *litis expensas* si el marido no administra el haber social o la esposa tiene bienes propios o se defiende como pobre. Concluía reafirmando la facultad de los órganos judiciales de apreciar la necesidad, naturaleza y extensión de tal gasto, con el objeto de no autorizar los verificados en reclamaciones inútiles o notoriamente injustas, con ánimo de producir vejaciones o perjuicios, o en reclamaciones indeterminadas¹⁰⁸.

¹⁰⁶ STS de 6 de octubre de 1980 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1980:97). Ratifica este alcance del interés familiar en orden a la afectación ganancial que se explicita, en el supuesto de un débito derivado de responsabilidad civil extracontractual generada, por la actividad de un cónyuge fallecido, en beneficio de la familia, la STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981\1533), que asumía la tesis del órgano judicial de instancia sobre la vinculación de la masa ganancial, expresando que «*si la actividad del que resultó ser responsable penal, y por su fallecimiento solamente civil, recayente sobre sus bienes, estaba encaminada a aumentar el que había de ser su patrimonio familiar, como así lo fue, esto es, patrimonialmente contemplando, en interés de la familia, no puede llegarse a conclusión contraria*».

La STS de 11 de abril de 1972 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1972:2312) resaltaba que los actos de obligación o de enajenación del marido tenían las limitaciones de los arts. 1413 y 1415, no perjudicando a la esposa, ni a sus herederos, los actos realizados contraviniendo la Ley o en fraude de la mujer, limitaciones que se consideran como excepciones a la facultad del marido en su calidad de jefe de la familia, que se le atribuye por razón de la indispensable unidad de dirección de la misma, y que, por ello, han de ser interpretadas restrictivamente.

¹⁰⁷ El antiguo art. 60 CC determinaba que «*el marido es el representante de su mujer. Ésta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de Procurador. No necesita, sin embargo, de esta licencia para defenderse en juicio criminal, ni para demandar o defenderse en los pleitos con su marido, o cuando hubiere obtenido habilitación conforme a lo que disponga la Ley de Enjuiciamiento Civil*».

¹⁰⁸ PUIG PEÑA, *op. cit.*, págs. 311-312. En cuanto al fundamento de esta institución, en la que incluyen los gastos de los pleitos sostenidos por uno de los cónyuges contra el otro, Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS [en *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV (*Derecho de familia. Derecho de sucesiones*), Ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 216] concluyen que su desembolso es una carga de la comunidad conyugal, siempre que con los procesos que se promuevan se defiendan derechos de la personalidad o derechos sobre los bienes gananciales o sobre bienes privativos, cuyo coste debe reputarse de cargo de la sociedad.

La STS de 14 de octubre de 1905 (CL, Jurisprudencia Civil, T. XX, Vol. III de 1905, pág. 386), con respecto a la procedencia de las *litis expensas*, manifestaba que «*interpretando el art. 1408 del Código civil, entre las obligaciones que contrajere la mujer, á que dicho artículo se refiere, está la de litisexpensas en los pleitos que sostenga con su marido, puesto que no necesitando licencia de éste para comparecer en juicio en los mismos, según dispone el art. 60, al hacerlo por sí en defensa de sus*

La imputación al caudal ganancial de los atrasos o réditos devengados, constante el matrimonio, de las obligaciones a que estuvieren afectos bienes privativos y gananciales (art. 1408.2.º) es un correlato de la condición ganancial de los frutos, pensiones e intereses devengados durante el matrimonio por el derecho de usufructo o de pensión perteneciente a un cónyuge (art. 1403), sin que esa afección haya de ser real, refiriéndose el precepto a los gravámenes relativos al disfrute de aquellos bienes que tengan que abonarse vigente la comunidad¹⁰⁹.

Ninguna dificultad ofrece la responsabilidad definitiva de la masa consorcial por las reparaciones mayores o menores de los bienes gananciales (art. 1408.4.º), dada la adscripción de estos a la sociedad. En cuanto a las reparaciones menores o de mera conservación operadas vigente el matrimonio en bienes privativos de marido o mujer (art. 1408.3.º), las mismas son una carga inherente al usufructo de la sociedad sobre ellos, en orden a lo que han de aplicarse las normas de la Sección III, Capítulo I, Título VI, Libro II del Código civil (relativa a las obligaciones del usufructuario)¹¹⁰, incumbiendo, *ex artículo 500 del Código civil*¹¹¹, a este último *las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo*.

La carga de la comunidad conyugal alusiva al sostenimiento de la familia y la educación de hijos comunes y legítimos de uno solo de los cónyuges (art. 1408.5.º CC) es la más relevante de las que afectan el haber común, al referirse, de manera flagrante, a la atención de las necesidades más perentorias y básicas de la unidad familiar matrimonial, a la que, huelga decirlo, sirve de soporte económico el

derechos puede obligar y realmente obliga á la sociedad conyugal, siendo, por tanto, los gastos ocasionados en tales procedimientos judiciales de cargo de la de gananciales, con arreglo al precepto de dicho art. 1408 y al sentido general de cuantas disposiciones establecen y regulan los derechos y obligaciones respectivas entre los cónyuges, y debiendo ser satisfechos por el marido en su calidad de administrador de dichos bienes y representante de aquella sociedad».

¹⁰⁹ GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *op. cit.*, pág. 884. Enumera MANRESA (en «Art. 1.408», *Comentarios...*, T. IX, *cit.*, pág. 605), entre esos *atrasos o réditos*, el interés de los débitos privativos de los cónyuges en los plazos en que deban pagarse, renta de arrendamientos, pensiones en los censos, canon en las minas o contribuciones que se satisfacen por años e impuestos que no hagan relación al capital.

¹¹⁰ COSSÍO, *op. cit.*, pág. 92. MUCIUS SCAEVOLA (*op. cit.*, pág. 277), al referirse a las reparaciones mayores en bienes privativos, las cuales no integran una carga social, menciona como tales las mejoras, que dotan a la finca de condiciones de las que carecía y que se traducen en un incremento del valor de la cosa, del que se beneficia exclusivamente el cónyuge titular de la misma. Añade que resulta justo que esas reparaciones sean soportadas por él, computándose como mejora abonable al que la hizo la que consista en rehacer o aumentar la finca para que rinda más, como viene a disponer, para las cosas dotales inestimadas, el art. 1368, con referencia a lo establecido con relación al poseedor de buena fe.

¹¹¹ El art. 500.2, inciso primero, establecía, como ahora, que «*se considerarán (reparaciones) ordinarias las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación*».

patrimonio ganancial. Deviene, por ello, plenamente lógico que sea esta masa, y no el acervo privativo de los cónyuges, la que sufrague los gastos atinentes a esas necesidades esenciales.

El concepto de *sostenimiento* se interpreta en sentido amplio, abarcando el mantenimiento propio (habitación, vestido, enfermedades) y de los familiares relacionados por el legislador, es decir, cónyuges, hijos comunes y los legítimos de cualquiera de ellos¹¹².

El Código civil no determinaba de forma expresa la imputación de los gastos de sostenimiento de los hijos no legítimos de uno de los cónyuges, omisión que no impide concluir que, con arreglo a los artículos 134.2.º, 139, 142 y 143 *ex* Código civil, incumbiría la asunción última de tales gastos al progenitor de aquellos. Proponía ROYO MARTÍNEZ la asimilación por analogía de los mismos a las deudas prematrimoniales o postmatrimoniales derivadas de hecho ilícito a las que se refiere el artículo 1410 del Código civil, que luego analizaremos, siendo mantenidos tales hijos, si su progenitor carecía de capital propio, con cargo a los gananciales, si estos excedieren de lo necesario para cubrir las atenciones del artículo 1408, pero imputándose, en definitiva, en la liquidación de la comunidad ganancial al cónyuge por cuya paternidad o maternidad se produjeron¹¹³.

Es de destacar la confusa y defectuosa redacción del apartado quinto del artículo 1408, que hemos transcrito antes, habida cuenta que, en sentido literal, gramaticalmente,

¹¹² PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 308. REYES MONTERREAL (en *El régimen legal...*, *cit.*, págs. 227 y ss.) engloba en el espectro del precepto, como conceptos por los que se grava el patrimonio común, medios de subsistencia, vestido, asistencia médica y farmacéutica, educación e instrucción y habitación, y reflexiona que es imaginable que al hablar de *sostenimiento* se pensara en alimentos naturales o auxilios para la subsistencia, restringiéndose el concepto de *educación*, como comprendido en alimentos civiles, para los hijos comunes y legítimos de cualquiera de los cónyuges, juzgando pertinente la extensión del artículo a los hijos legitimados por concesión real. Incluye, también, SÁNCHEZ ROMÁN (en *Estudios de Derecho civil...*, *cit.*, págs. 846 y 847) en el ámbito de la norma a los hijos legitimados por concesión real, mas no los naturales, respecto de quienes, de acuerdo con la jurisprudencia más antigua, expresa que los gastos relativos a su alimentación y educación no son imputables a la sociedad de gananciales, sino al patrimonio privativo de su padre o madre naturales. El sostenimiento y educación de los hijos legitimados por concesión real a cargo del patrimonio común, *ex art.* 1408.5.º, era defendido, igualmente, por Blas PIÑAR LÓPEZ (en «Legitimación por concesión real», *ADC*, T. X-II, 1957, pág. 432). Puntualiza MANRESA (en «Art. 1.408», *Comentarios...*, T. IX, *cit.*, pág. 608) que los hijos naturales, aun legitimados por concesión real, y demás ilegítimos están excluidos expresamente, debiendo entenderse el vocablo *familia*, a los efectos del art. 1408, en sentido limitado (marido, mujer e hijos legítimos), incidiendo en que sería absurdo imponer a la sociedad la obligación de mantener a ascendientes y parientes colaterales de los cónyuges.

¹¹³ ROYO MARTÍNEZ, Miguel, *Derecho de Familia (Exposición elemental del Derecho civil español para la iniciación de estudiantes universitarios)*, Imprenta Suárez, Sevilla, 1949, pág. 209.

cabría llegar a inferir, *ab initio*, de la lectura de la disposición, estructurada en dos partes, que, por lo que respecta a los hijos, solo los gastos de educación de los mismos comprometían el patrimonio consorcial, excluyéndose el sostenimiento de estos, lo que no tendría el menor atisbo de lógica y debe descartarse.

Los gastos de educación se limitaban, pues, a los generados por hijos comunes y legítimos de cualquiera de los cónyuges, discerniendo PUIG PEÑA entre gastos de educación propiamente dicha (enseñanza primaria y secundaria, corrección y castigo...) y de establecimiento, que son los precisos para dar al hijo un estado o colocación estable que le permita subvenir a sus necesidades¹¹⁴.

Sobre esta carga de la sociedad legal, COSSÍO interpretaba que debía presumirse que la totalidad de los gastos de esta clase efectuados por marido o mujer, dentro de sus facultades, han tenido un destino común, vinculando a la comunidad, y correspondiendo al que lo negara e intentara eludir la responsabilidad ganancial la carga de acreditar el carácter extraño de la deuda. Esta presunción se impone, a su juicio, porque esa finalidad común es lo más frecuente en una familia normal y en función de la presunción de ganancialidad de los bienes del artículo 1407¹¹⁵.

Siguiendo con este breve estudio del pasivo ganancial diseñado en la regulación inicial del Código civil, constituía una carga de la comunidad conyugal, *ex* artículo 1409 de ese Código, el importe de lo donado o prometido por el marido a los hijos comunes, *solamente para su colocación o carrera*, o conjuntamente, con carácter general e ilimitado, por ambos cónyuges, cuando no se haya pactado su satisfacción total o parcial con bienes privativos de aquellos.

Esta norma, que ha de complementarse con el artículo 1343¹¹⁶, tiene su precedente en el artículo 1330 del Proyecto de 1851. Se derivaba del tenor del artículo 1409 una ampliación del objeto de las donaciones o promesas del marido a los hijos comunes que vinculaban a la masa ganancial respecto a la disposición homónima del Proyecto. Así, esta prescribía que esas donaciones o promesas habían de estar orientadas

¹¹⁴ PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, T. II, Vol. I, *cit.*, págs. 308-309.

¹¹⁵ COSSÍO, *La sociedad...*, *cit.*, pág. 79.

¹¹⁶ Este precepto disponía como carga de la sociedad conyugal el pago de la dote constituida por el marido o ambos cónyuges a sus hijas, imputando, en defecto de bienes sociales, su abono, por mitad (o en la proporción que corresponda), a los bienes privativos de aquellos, salvo que la mujer dotare por sí sola, en cuyo caso se imputaba lo que diere o prometiére a su patrimonio personal.

a su *colocación*, mención más restrictiva y de menor alcance que los términos *colocación o carrera*, no utilizados, con total seguridad, como sinónimos por el Código de 1889, por cuanto que, en otro caso, estaríamos en presencia de una redundancia de imposible inteligencia¹¹⁷.

El artículo 1410, concordante, sustancialmente, con el artículo 1331 del Proyecto de 1851, analizado con anterioridad, plasma, en su apartado tercero, en el sentido expuesto, una responsabilidad puramente provisional y subsidiaria de la masa ganancial por deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges antes del matrimonio y por multas y condenas que se impongan a los mismos constante la sociedad conyugal, que no cabe reputar gananciales, sino personales de aquellos. Se precisaba, para esa eventual agresión del acervo ganancial por los acreedores, que estuvieran cubiertas las atenciones previstas en el artículo 1408 y que el cónyuge deudor careciera de capital propio o este fuera insuficiente, extremos estos que tendría que acreditar en el pertinente proceso judicial el acreedor que pretendiera realizar bienes gananciales. En cualquier caso, en el momento de liquidar la comunidad ganancial, en consonancia con su naturaleza privativa, se deducía lo satisfecho por tales débitos personales del capital correspondiente al deudor¹¹⁸.

La hipotética responsabilidad provisional del caudal ganancial por esas deudas privativas de cualquiera de los cónyuges no requería para hacerse efectiva, porque no lo imponía el artículo 1410, que se procediera a la previa disolución y liquidación de la sociedad ganancial, a efectos de que, en su caso, el cónyuge deudor satisficiera con su mitad de gananciales la deuda por él generada. Bastaba que los acreedores probaran,

¹¹⁷ Interpretaba MUCIUS SCAEVOLA (*op. cit.*, pág. 289) que *carrera* es un término que, unánimemente, alude a determinados trabajos en virtud de los que se adquiere un título profesional, puntualizando que las carreras son literarias, científicas, prácticas en ocasiones y artísticas en otras, y que, asimismo, se denomina carrera a la de los funcionarios del Estado. A su vez, la palabra *colocación*, a su entender, atiende a las demás direcciones de la actividad humana en las artes y oficios, así como en industrias, siendo la adopción de un medio de vida o la adscripción a determinados servicios en los que se percibe una remuneración o se aspira a la misma. Este artículo prescinde de si existe obligación de dotar o donar, en orden a lo que no se refiere solo a las hijas, sino a los hijos en general (cfr. MANRESA, «Art. 1.409», *Comentarios...*, T. IX, *cit.*, pág. 620).

En el art. 1409 CC llama la atención que el adverbio *solamente* conecta con la finalidad de lo donado o prometido por el marido que vincula *ad intra* el patrimonio del consorcio, mientras que en el art. 1330 del Proyecto de García Goyena ese mismo término hace referencia a la intervención autónoma de aquel, no al objeto que persigue con su actuación.

¹¹⁸ El derecho a perseguir bienes gananciales en los dos casos determinados en el art. 1410 exigía, según COSSÍO (*op. cit.*, pág. 98), la tramitación de un proceso declarativo en el que deberían ser interpelados ambos cónyuges, para cumplir con el art. 144 del Reglamento Hipotecario, probándose en la causa la concurrencia de los dos requisitos contemplados en la norma, sin lo cual no podría tener lugar la anotación de la demanda o traba sobre bienes gananciales, ni, tampoco, seguirse ejecución contra ellos.

vigente la comunidad, en sede judicial, la existencia de bienes gananciales sobrantes una vez cubiertas las atenciones enumeradas en el artículo 1408 y, asimismo, la ausencia o insuficiencia del patrimonio privativo del cónyuge deudor¹¹⁹.

El ámbito de la responsabilidad externa del artículo 1410.3, como se deduce de una simple confrontación del tenor literal de las normas, era, en cualquier caso, objetivamente más amplio que el prefigurado en el frustrado artículo 1331.3 del Proyecto de 1851, en tanto en cuanto en este precepto se restringía la posible afección provisional o transitoria, únicamente, a las deudas del marido previas al matrimonio y multas y *condenaciones* que se le impusieran. Por su parte, en la regulación aprobada se extendía la posibilidad de vincular la masa ganancial *erga omnes* a los débitos de esa tipología contraídos, además, por la mujer, si bien, paralelamente, se acumulaba un requisito no reflejado en el Proyecto para esa sujeción *ad extra* y subsidiaria del patrimonio del consorcio, cual era la exigencia de que estuvieran cubiertas las atenciones enumeradas en el artículo 1408.

No obstante lo anterior, la existencia de una responsabilidad meramente externa del patrimonio ganancial por deudas del marido gestor legal de la sociedad de gananciales se deduce, asimismo, del artículo 1423 del Código civil, que imponía que «*pagadas las deudas y las cargas y obligaciones de la sociedad, se liquidará y pagará el capital del marido hasta donde alcance el caudal inventariado; haciendo las rebajas que correspondan por las mismas reglas que, respecto de la dote, determina el artículo 1.366*». En virtud de este artículo sería exigible que aquel reembolsara a la sociedad en el momento liquidatorio el importe correspondiente a los débitos satisfechos por esta e imputables al mismo¹²⁰.

¹¹⁹ Decía GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (*op. cit.*, pág. 887) que, aunque el art. 1410.3 CC estaba inspirado por el deseo de proteger a los acreedores, no existiendo perjuicio para los fines del matrimonio, puesto que sus cargas se hallan cubiertas y, en última instancia, los bienes gananciales siguen siendo de la titularidad de los cónyuges, es cierto que la reserva prevista en el precepto podía devenir ilusoria si la situación patrimonial de la comunidad conyugal se altera y no existieran ganancias en el momento de su liquidación, supuesto en el cual el cónyuge no deudor habría soportado, parcialmente, las consecuencias del pago de la deuda privativa de su consorte. Significaba aquel autor la irresponsabilidad ganancial por los débitos privativos de los cónyuges contraídos fuera del ámbito del artículo comentado, que podrán dar lugar a la traba por los acreedores de lo que se les adjudique a aquellos al tiempo de la liquidación, es decir, una vez satisfechas las cargas de la sociedad ganancial.

¹²⁰ En relación con esta norma, PUIG PEÑA (*op. cit.*, pág. 337) expresaba que en el capital del marido se operarían las pertinentes rebajas por los créditos que pesasen sobre el mismo y que haya sido abonados por la sociedad de gananciales. Matiza MANRESA (en «Arts. 1.421 a 1.427», *Comentarios...*, T. IX, *cit.*, págs. 698-699) que el capital del marido se liquida y satisface cuando hay bienes suficientes, siguiendo las reglas que respecto a la dote establece, no el art. 1366, sino el art. 1377, atinente a la dote inestimada,

El artículo 1411.1 determinaba, de un modo bastante deficiente que se ha trasladado a la regulación actual (art. 1371), que «*lo perdido y pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego no disminuirá su parte respectiva de los gananciales*», lo que, implícitamente, significaba que lo satisfecho individualmente por cada cónyuge como consecuencia de juegos lícitos o ilícitos conformaba una carga definitiva de la comunidad conyugal. Esta inferencia es consecuente con la condición ganancial de las ganancias obtenidas por marido o mujer en el juego que establecía el artículo 1406 del Código civil y resulta de la aplicación del artículo 1798¹²¹. Sin embargo, hemos de concluir que esas pérdidas generadas por el juego, en puridad, en la medida en que se abonen a costa del patrimonio social e impliquen el consiguiente detrimento del mismo, sí van a mermar, finalmente, por fuerza, en la liquidación, el eventual remanente consorcial objeto de reparto¹²².

Era, igualmente, a cargo de la comunidad, *ex* artículo 1411.2, «*lo perdido y no pagado por alguno de los cónyuges en juego lícito*», ya se inste su pago durante el matrimonio o después¹²³.

La ausencia de acción para reclamar el pago de lo ganado en un juego ilícito no podía soslayarse mediante la articulación por las partes, con la finalidad última de enervar la prohibición legal del artículo 1798, de un negocio jurídico simulado que

entendiendo que se liquida un capital o diversos bienes, que ha podido sufrir alteraciones durante el matrimonio, y no un crédito de una cantidad determinada.

¹²¹ Este artículo, que se mantiene inalterado en la actualidad, establece que «*la ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar; pero el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, a no ser que hubiese mediado dolo, o que fuera menor, o estuviera inhabilitado para administrar sus bienes*».

¹²² REYES MONTERREAL (*op. cit.*, pág. 237) hacía alusión a la timidez del CC, que no se atrevió a determinar que esos pagos afectaban al patrimonio ganancial, no obstante lo cual de sus términos se deducía que integraban una carga de aquel, dado que, si los mismos no disminuyen la participación en la sociedad, serán baja de esta en la fase de liquidación. Glosando esta disposición, SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho Civil...*, T. V, Vol. I, *cit.*, pág. 847) cuestionaba que se obligara a soportar a un cónyuge la pérdida y pago que el otro realizara, sea el juego lícito o ilícito, resultando de ello la conversión de una causa ilícita en motivo legal de perjuicio para el cónyuge que fue ajeno a ella y de impunidad económica para el que la comete.

¹²³ MANRESA, «Art. 1.411», *Comentarios...*, T. IX, *cit.*, pág. 629. Indica MUCIUS SCAEVOLA (*op. cit.*, pág. 226) que en los juegos lícitos se contrae la obligación de abonar las sumas que se pierden, y a ello atiende la norma legal, en correspondencia con lo cual, si lo perdido y no pagado incumbe a los cónyuges por mitad, lo ganado, percibido o no percibido, pertenece a la sociedad legal.

El antiguo art. 1411.2 CC semejaba contener una regla de responsabilidad externa o directa del consorcio, frente al apartado primero del artículo, atinente a la esfera interna, que disponía la cualidad ganancial de las deudas de juego lícito contraídas por *alguno de los cónyuges* y, por lo tanto, el compromiso *erga omnes* de la masa común por las mismas, a diferencia de la privatividad de esos débitos establecida por el legislador de 1981 (art. 1372), integrándose el desembolso producido en el pasivo social definitivo.

encubriera el reconocimiento de un débito que tuviera aquel origen, sancionando el Tribunal Supremo la nulidad del citado negocio por tener una causa o móvil ilícito¹²⁴.

El artículo 1411.2 del Código civil ampliaba el ámbito subjetivo del artículo 1332.2 del Proyecto de 1851, en tanto que este precepto fijaba, según hemos visto, como cargo de la sociedad ganancial, *lo perdido en juego lícito por el marido, y no satisfecho*, no pudiendo, así, la mujer jugadora vincular directamente los bienes gananciales.

La administración de la sociedad de gananciales, continuando con la tradición del Derecho histórico español, se atribuía al marido¹²⁵, caracterizándose aquella por subsistir hasta la disolución del matrimonio, salvo que concurriera alguna de las causas por las que se transfería a la mujer, estar exenta de rendición de cuentas, ejercerse libremente por el esposo, sin que la mujer pueda intervenir en la misma si no estaba autorizada o actuaba como mandataria, y responder el marido administrador por su actuación dolosa y gravemente perjudicial¹²⁶.

Con espíritu de síntesis, los derechos del marido durante la vigencia de la sociedad de gananciales eran los de administración, de disposición *inter vivos* de bienes gananciales sin consentimiento de la mujer (a cuyo efecto, podría enajenar por título oneroso, vender o permutar; obligar por el mismo título, hipotecar, acensuar, imponer servidumbres y, en general, gravar los bienes comunes; donar o prometer a los hijos comunes para su colocación o carrera, remitiéndonos a lo antes expuesto al examinar el artículo 1409, y otorgar donaciones moderadas, destinadas a objetos de piedad o

¹²⁴ La STS de 3 de febrero de 1961 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1961:43), en un litigio en el que las partes suscribieron un documento privado de préstamo simulado por las cantidades perdidas por el interpelado en una partida de juego de naipes, reclamándole luego el actor por vía judicial el importe supuestamente prestado (y, en realidad, ganado en un juego ilícito) a la contraparte, pretensión que fue rechazada en ambas instancias, avaló la nulidad de ese contrato simulado. Explicitaba el Alto Tribunal que «*el artículo 1.798 del citado Cuerpo legal lo que hace es negar toda acción para reclamar cualquier deuda que tenga su origen en lo ganado en juego de suerte, envite o azar, y si en la sentencia recurrida se declara o reconoce que la suma reclamada en la demanda es consecuencia o tiene su origen en una deuda de juego de aquella naturaleza, es evidente la carencia de acción en el actor, sin que pueda admitirse la posibilidad de burlar dicha prohibición legal con el subterfugio de la sustitución de la obligación que se alega en el motivo, ya que, en todo caso, ésta tendría una causa o móvil ilícito que determinaría su nulidad, conforme al artículo 1.275 del Código Civil, puesto que aquél no podría ser otro que el de disimular la verdadera naturaleza u origen de la deuda con la finalidad de facilitar o hacer posible su reclamación*».

¹²⁵ El art. 1412 CC prescribía que «*el marido es el administrador de la sociedad de gananciales, salvo lo dispuesto en el artículo 59*».

¹²⁶ PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho...*, T. II, Vol. I, cit., pág. 302.

beneficencia, sin reservarse el usufructo) y el derecho de disponer por testamento de su mitad de gananciales¹²⁷.

Exponía COSSÍO que la capacidad de la mujer para obligar a la sociedad conyugal, al margen de lo que se pactara en capitulaciones matrimoniales *ex* artículo 1315 del Código civil, en esencia, había que referirla a los gastos ordinarios de la familia (arts. 62, 1416.2 y 1362), obligaciones contraídas con la autorización expresa o tácita de su cónyuge o dimanantes del ejercicio del comercio por parte de aquella con la autorización expresa o presunta del marido. En este supuesto, quedaban solidariamente obligados a las resultas de su gestión mercantil todos sus bienes dotales y parafernales, y «*todos los bienes y derechos que ambos cónyuges tengan en la comunidad o sociedad conyugal, pudiendo la mujer enajenar e hipotecar los propios y privativos suyos, así como los comunes*» (art. 10.1, en relación con los arts. 6, 7 y 9, del CCo). Aludía el indicado civilista, además, a los casos excepcionales de transferencia de la administración de la totalidad de los bienes del matrimonio a la mujer reflejados en el artículo 1441¹²⁸.

Por lo que respecta a la mujer casada comerciante mayor de 21 años, es de destacar, como luego reiteraremos, que, si la misma ejercía el comercio con autorización o licencia de su cónyuge, expresa o tácitamente otorgada (arts. 6, 7 y 9 CCo 1885), los débitos contraídos por aquella en su gestión mercantil sujetaban, *solidariamente*, no solo sus bienes propios, sino la integridad del activo de la sociedad conyugal, estando, en consecuencia, ante verdaderas deudas comerciales gananciales. Contrariamente, la garantía patrimonial de los acreedores *ex commercio* de la mujer casada que ejercía el comercio (sin licencia de su cónyuge) en los supuestos del artículo 11¹²⁹ se restringía al patrimonio privativo de la deudora y al caudal común adquirido

¹²⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho...*, T. V, Vol. I, *cit.*, págs. 842-845.

¹²⁸ COSSÍO, *op. cit.*, págs. 117 y ss. Esta transferencia de la administración de los gananciales a la mujer *ex* art. 1441 se opera esencialmente cuando la mujer sea tutora de su marido, pida su declaración de ausencia o se acuerde, a su instancia, la separación por interdicción civil de su cónyuge, confiriéndose, asimismo, la administración por vía judicial, con las oportunas limitaciones, si el marido estuviera prófugo o declarado rebelde en causa criminal o, encontrándose absolutamente impedido para la administración, no hubiese proveído respecto de la misma (*ibíd.*, págs. 139-140).

En cuanto a la extensión de estas facultades de gestión transferidas, disponía el art. 1442 que «*la mujer en quien recaiga la administración de todos los bienes del matrimonio tendrá, respecto de los mismos, idénticas facultades y responsabilidades que el marido cuando la ejerce, pero siempre con sujeción a lo dispuesto en el último párrafo del artículo anterior y en el artículo 1.444*».

¹²⁹ El art. 11 CCo 1885 declaraba que «*podrá igualmente ejercer el comercio la mujer casada, mayor de 21 años, que se halle en alguno de los casos siguientes: 1.º Vivir separada de su cónyuge por sentencia*

por las *resultas* del comercio (art. 12), en orden a lo que en este caso (que presenta similitud con el actual artículo 6, inciso primero, del Código de comercio por lo que atañe a los bienes comprometidos por el débito comercial) no nos hallaríamos ante una genuina deuda mercantil consorcial.

1.2.2.2. Referencia a la modificación del Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958

La Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil¹³⁰, con la mutación del artículo 1413 del Código civil que viene a exigir el consentimiento *uxoris*, o la autorización judicial supletoria (con la eventual adopción de medidas de aseguramiento), para los actos dispositivos del marido sobre los inmuebles o establecimientos mercantiles comunes, pretendía, conforme reza su preámbulo, «*arbitrar una fórmula que, sin contradecir los pilares fundamentales de este sistema económico o matrimonial, que se estima digno de ser mantenido, permita atribuir a la mujer nuevas facultades en orden a la disponibilidad y gravamen, constante matrimonio, de los bienes gananciales*»¹³¹.

firme de divorcio. 2.º Estar su marido sujeto a curaduría. 3.º Estar el marido ausente, ignorándose su paradero, sin que se espere su regreso. 4.º Estar su marido sufriendo la pena de interdicción civil.

¹³⁰ BOE n.º 99, de 25 de abril de 1958. Como apunta María Luisa VALLÉS AMORES (en «La posición jurídica de la mujer a través de las reformas del Derecho de familia», *Feminismo/s*, 8, diciembre 2006, pág. 121), esta reforma se produce en un contexto en el que las circunstancias sociológicas -desaparición de prejuicios sociales, turismo masivo, desarrollo económico- van determinando la promulgación de una nueva legislación que tiende a la eliminación de las discriminaciones más evidentes entre hombre y mujer, y que tiene por finalidad la equiparación entre varón y mujer, por una parte, y, en el ámbito familiar, entre los cónyuges, por otra. En cualquier caso, Diego ESPÍN CÁNOVAS [en «Capacidad jurídica de la mujer casada (Ensayo de Derecho comparado italo-hispano-americano)», *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, Vol. XVIII, n.º 3, 1960, pág. 336] entendía que esa reforma favoreció a la mujer, si bien, habida cuenta de que mantenía el modelo de potestad marital, por la que la esposa debía prestar obediencia al marido, correspondiéndole a este su representación, fue tímida en este aspecto, «*ya que nuestras ideas no son las mismas de hace un siglo cuando se preparaba la codificación civil española*».

¹³¹ Continúa diciendo el preámbulo de la ley, como justificación de la restricción de las facultades dispositivas del marido solo respecto de bienes inmuebles o establecimientos mercantiles gananciales y de la exclusión del consentimiento de la mujer en cuanto a los actos dispositivos sobre bienes muebles del consorcio, que «*los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales quedan, sin mengua del sistema, más protegidos al exigirse su consentimiento en los actos dispositivos de inmuebles o establecimientos mercantiles y al preverse posibles cauciones judiciales que los defiendan frente a una imprudente actuación marital. No ha dejado de considerarse la crítica de que podría ser objeto tal criterio, habida cuenta de la importancia económica del patrimonio mobiliario: pero se ha juzgado oportuno orientar en tal sentido la reforma con el propósito de limitar en la mayor medida posible las perturbaciones que en el tráfico jurídico puede introducir la obligada intervención de ambos cónyuges en los actos de posesión. Por otra parte, se ha tenido presente que los bienes inmuebles si no representan en todos los casos un mayor valor económico, sí son los que de ordinario encarnan valores de uso y afección muy ligados al desenvolvimiento de la vida de la familia, al paso que los establecimientos mercantiles son frecuentemente la expresión de un modo de vida que puede afectar por entero a la economía doméstica*».

La reforma de 1958 dejó redactado el reiterado artículo 1413 del siguiente modo: «*El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.*

Cuando el marido venga efectuando actos dispositivos sobre bienes no comprendidos en el párrafo anterior que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales, podrá el Juez de Primera Instancia, a solicitud fundada de la mujer, oyendo a su consorte y previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes.

En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer, ni a sus herederos, los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados».

DE LA CÁMARA opinaba que el consentimiento *uxoris* y la autorización judicial supletoria constituían una prevención frente a los perjuicios que ciertos actos pudieran causar a la mujer, de forma que la ausencia de aquellos requisitos no determinaba una nulidad perpetua, sino que la protección de la mujer no debía ser diferente de la que se concedía a los titulares de acciones de rescisión o anulabilidad, estando sujeta su acción a un plazo de caducidad de cuatro años¹³².

Rechazaba, por su parte, también, la ineficacia o nulidad radical del negocio dispositivo sobre inmuebles o establecimientos mercantiles gananciales realizado separadamente por el marido ROCA JUAN, dado que la norma se limitaba a establecer un requisito cuya contravención lo haría inoponible a la mujer y sus herederos, los cuales podrían impugnarlo. Señalaba aquel autor que ese negocio necesariamente produciría efectos entre el marido y tercero y que las consecuencias obligatorias asumidas por el marido estarían a cargo del caudal ganancial *ex* artículo 1408.1.º del Código civil, no resultando viable el ejercicio de la acción de nulidad cuando la enajenación se haya efectuado a título oneroso y se adviere que el valor recibido por el

¹³² DE LA CÁMARA HERMOSO, Manuel, «El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil (Continuación)», *ADC*, T. XII-III, 1959, pág. 861.

esposo se ha invertido en atenciones inherentes al acervo social, no atendibles con otros bienes de este¹³³.

La legitimación para solicitar, *ad futurum*, las *medidas de aseguramiento* a las que se alude en el artículo 1413.2, según la literalidad de la declaración normativa, le correspondía tan solo a la mujer¹³⁴ y el presupuesto para la adopción de tales cautelas era que el marido ejecutara con alguna habitualidad actos dispositivos sobre bienes muebles comunes que supusieran *grave riesgo* para el consorcio. La noción de *acto dispositivo de riesgo* era omnicomprendiva y su integración exigía el pertinente examen jurisdiccional del caso concreto¹³⁵.

La doctrina judicial constante que interpretaba el artículo 1413 del Código civil reformado declaraba unánimemente la anulabilidad del acto dispositivo sobre inmuebles o establecimientos mercantiles formalizado por el marido sin consentimiento de la esposa o la oportuna autorización judicial y la exclusiva legitimación de aquella o sus herederos para instar judicialmente la pertinente impugnación de ese negocio jurídico. Sostenía la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1964, que resume perfectamente la línea jurisprudencial comentada, *«que el art. 1413 no dice si es sancionable y en qué grado el acto de disposición realizado por el marido sin el consentimiento de su mujer o autorización judicial, y para integrar esta grave omisión hay que partir de que la «ratio iuris» del precepto consiste en conceder a la mujer una protección amplia y eficaz de sus intereses en la sociedad de gananciales, los que pueden llevarla a la confirmación o ratificación del acto dispositivo o a su impugnación para que sea ineficaz frente a ella, originando una anulabilidad que sólo se produce si la mujer o en su caso sus herederos la pide, pues al ser ella la destinataria del sistema*

¹³³ ROCA JUAN, Juan, «Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial (El artículo 1.413 del Código civil)», *ADC*, T. XII-II, 1959, págs. 511-512.

¹³⁴ Como fundamento de esa legitimación exclusiva de la mujer para instar la adopción de las medidas precautorias mencionadas en el art. 1413.2, Manuel BATLLE VÁZQUEZ (en «Observaciones sobre la reforma del Código Civil», *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, Vol. XVI, n.º 3-4, 1958, pág. 203) esgrimía, como razón de orden moral, el evitar la intromisión en la vida conyugal de personas distintas a los cónyuges, no tolerable sin graves quebrantos, y, como argumento de carácter técnico, el hecho de que si la mujer puede consentir expresamente los actos de disposición de su cónyuge, igualmente puede hacerlo de forma tácita no ejercitando las facultades obstativas que la ley le otorga, erigiéndose, así, la esposa en árbitro de su propio interés.

¹³⁵ Decía LACRUZ (en *Derecho de familia. El matrimonio...*, *cit.*, pág. 546) que el art. 1413.2 suponía un marido que reiteradamente ejerce mal su poder de gestión de la sociedad conyugal, poniéndola en peligro a través de negocios jurídicos por los que enajena bienes del consorcio u obliga el acervo común y que entrañen *grave riesgo* para aquel o le generan un perjuicio cierto, ya que de esta forma se arriesga la consistencia de la masa ganancial.

protector instaurado por el nuevo art. 1413 es la única legitimada para ejercitar la pertinente acción, por lo que el acto sólo es ineficaz si la mujer así lo pide y cuando lo pida, facultad de que carece el marido». Reputaba la sentencia arbitrario y contrario al principio de que nadie puede ir contra sus propios actos el permitir al marido impugnar el contrato en base a la inobservancia de un requisito imputable al mismo, determinando esta anulabilidad que el marido es responsable, sin limitación, frente a quien contrató con él del cumplimiento de las obligaciones asumidas o que sean consecuencia natural del contrato. De manera que si la mujer obtiene la declaración de nulidad esta no impide la subsistencia de las obligaciones y responsabilidades que el marido haya contraído como consecuencia del acto realizado, todo ello sin perjuicio de que pueda destruirse el efecto fundamental de dicho acto, es decir, el dispositivo¹³⁶.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1969, en cuanto a las condiciones que debían concurrir a efectos de la obtención por el marido de la autorización judicial supletoria para la realización de actos dispositivos sobre inmuebles o establecimientos mercantiles comunes, expresaba que la misma *«deberá concederse siempre que el Juez llegue al convencimiento de que el acto no constituye una amenaza grave para los intereses de la sociedad de gananciales, o al menos cuando se demuestre su utilidad o conveniencia, sin que sea precisa la concurrencia de circunstancias que lo hagan aparecer necesario, evitando el perjuicio posible que puede venir determinado por el acto en sí, por las condiciones en que vaya a realizarse o por la inversión que el marido proyecte dar a lo que obtenga a cambio de la enajenación o gravamen, para lo cual le faculta el párrafo segundo del artículo 1.413 del Código civil, al que se remite expresamente el párrafo primero -del modo previsto en el párrafo siguiente- para adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes»*¹³⁷.

1.2.2.3. La reforma operada por la Ley de 2 de mayo de 1975

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

¹³⁶ STS de 13 de marzo de 1964 (RJ 1964\1386). La STS de 7 de febrero de 1964 (RJ 1964\629), citada por la anterior como precedente, después de reseñar la irretroactividad de la reforma legal, decía que *«otorgado válidamente un contrato, aún cuando contuviera algún vicio que pudiera privarle de eficacia, ello daría lugar a una acción de anulabilidad que sólo correspondería a la mujer y sus herederos, pero nunca al propio marido otorgante del contrato y causante del vicio perseguido».* Cfr., asimismo, la STS de 22 de junio de 1966 (RJ 1966\3440).

¹³⁷ STS de 27 de mayo de 1969 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1969:93).

los derechos y deberes de los cónyuges¹³⁸, implicó una profunda transformación del régimen jurídico de la capacidad de obrar de la mujer casada, en línea con la imparable asimilación progresiva del *status* jurídico de los cónyuges, aun cuando la citada norma no novó el régimen de administración y responsabilidad de la sociedad ganancial¹³⁹.

La disposición mencionada, en consecuencia con la orientación de la reforma de que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de los cónyuges (art. 62.1), suprimió la necesidad de licencia marital para actos y contratos de la mujer que regía en la legislación anterior, modificándose los arts. 59 a 66 del Código civil, disponiendo el nuevo artículo 63 que «ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiera sido conferida voluntariamente»¹⁴⁰.

Particular relevancia reviste la posibilidad que se instaura de que se mute por los cónyuges el régimen económico del matrimonio tras su celebración, plenamente vigente en la regulación actual, superándose, de esta manera, la regla de la inmutabilidad impuesta por el Código civil de 1889¹⁴¹.

En el artículo 65 se determina positivamente, como sanción, la anulabilidad de los actos realizados por un cónyuge sin el preceptivo consentimiento del otro, a instancia de este o sus herederos, salvo confirmación expresa o tácita. Algo que, como hemos analizado previamente, ya se venía entendiendo por la doctrina científica y judicial al amparo del artículo 1413, aunque ahora se concreta expresamente la tipología de ineficacia que se deriva de la formalización por un cónyuge de esos negocios no consentidos, circunstancia más acorde con el principio de seguridad jurídica y que justifica, en cierta medida, la pertinencia del precepto¹⁴².

¹³⁸ BOE n.º 107, de 5 de mayo de 1975.

¹³⁹ El art. 59 CC reformado continuaba estableciendo que «*el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario*». Para LACRUZ BERDEJO (en *El nuevo derecho civil de la mujer casada*, Ed. Civitas, Madrid, 1975, pág. 52) esa norma era una mera repetición del art. 1412 y, por lo tanto, tendría que haberse suprimido, intuyendo este civilista que su subsistencia pudo deberse a que la intención de la Comisión de codificación era no dejar números vacíos en el Código civil.

¹⁴⁰ En relación con la supresión de la licencia marital y su entramado de nulidades y recursos, colegía Enrique RUBIO CREMADES (en «La ley 2 de mayo de 1975: comentarios a una reforma», *Persona y Derecho*, n.º 6, 1979, págs. 592-593) que era congruente con la circunstancia de que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de los cónyuges, no arrojándose ninguno de ellos la representación legal del otro, en atención a lo que cada consorte puede realizar los actos jurídicos y ejercitar los derechos que le incumben con carácter privativo.

¹⁴¹ Vid. arts. 1315, 1316, 1319, 1320, 1321 y 1322 modificados por la norma.

¹⁴² La acción de nulidad que se regula propició la modificación del art. 1301 CC, precepto que establece, en su párrafo quinto, como *dies a quo* del término de cuatro años para el ejercicio de aquella, «*el día de la*

En relación con los bienes parafernales, entre otras modificaciones, se indica que la mujer casada está facultada para disponer de aquellos o litigar por ellos, imponiéndose el sometimiento del marido que administre bienes de esa naturaleza a lo pactado en capitulaciones y, supletoriamente, a las reglas del mandato¹⁴³.

En último término, por su eventual incidencia en la responsabilidad del acervo ganancial, procede hacer referencia a la novedosa potestad doméstica que se regula en el artículo 66, en virtud del cual «*cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos relativos a cosas o servicios para atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y las circunstancias y posición de la misma*». Tienen, según LACRUZ, un ámbito de competencia disímil marido y mujer, conservando esta su potestad doméstica (a la que se aplican los artículos 1362 y 1385.2 del Código civil) y comprometiendo la misma, cuando actúa dentro de la esfera doméstica encomendada a su cuidado, los frutos de los bienes del marido y los suyos propios y, por tanto, en la comunidad ganancial, los bienes gananciales, y, agotados estos, el capital del marido y, para concluir, su patrimonio privativo (primero el dotal y, a continuación, el parafernál)¹⁴⁴.

1.2.2.4. La regulación actual del Código civil introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo

La disciplina vigente de la sociedad de gananciales fue introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que dio nueva redacción al Título III del Libro IV del Código civil -arts. 1315 a 1444-, relativo al régimen económico matrimonial, apareciendo regulada la sociedad de gananciales en el Capítulo IV del reiterado Título -arts. 1344 a 1410-¹⁴⁵.

En concreto, destaca en la regulación la sanción de la regla de la cogestión y codisposición de los bienes gananciales (art. 1375), siendo, así, uno de los objetivos más claros de la reforma de 1981 el deducir todas las consecuencias del principio de

disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes (el cónyuge que no consintió) hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato», redacción esta que continúa vigente en la actualidad.

¹⁴³ Cfr. arts. 1383, 1387, 1388, 1389, 1390 y 1391.

¹⁴⁴ LACRUZ, *El nuevo derecho...*, cit., págs. 58 y 59.

¹⁴⁵ BOE n.º 119, de 19 de mayo de 1981.

igualdad jurídica de los cónyuges, no íntegramente desarrollado por la reforma de 1975¹⁴⁶.

La responsabilidad de la comunidad ganancial se contempla ahora, de manera más amplia y casuística, en los artículos 1362 a 1374 del Código civil -Sección 3.ª del Capítulo IV-, discerniéndose en aquella, de modo más plausible, los dos ámbitos de afección a los que se ha hecho referencia, siendo, de esta forma, los preceptos nucleares que norman responsabilidad interna y externa los artículos 1362 y 1365¹⁴⁷, respectivamente. Pero, en principio, ha de significarse una cierta relativización de la desagregación de las dos esferas de sujeción del patrimonio ganancial, caracterizada por su mayor operatividad teórica y doctrinal que práctica, lo que justifica la escasa repercusión de esa dicotomía en la jurisprudencia¹⁴⁸, habida cuenta de la sustancial

¹⁴⁶ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, T. I, *Derecho de familia*, 11.ª ed. (Reimpresión), Ed. Tecnos, Madrid, 2013, pág. 184. Resaltaba LACRUZ BERDEJO (en «La reforma del régimen económico del matrimonio», *ADC*, T. XXXII-II/III, 1979, pág. 344) que la regulación de los regímenes matrimoniales, aún tras la reforma de 1975, no satisfacía las aspiraciones de justicia de una sociedad igualitaria, dados los poderes exorbitantes del marido, con la posibilidad del mismo de comprometer bienes comunes por sus débitos personales y ser su administrador y quien dispone de aquellos, teniendo, incluso, la iniciativa de enajenación respecto de inmuebles y establecimientos mercantiles.

¹⁴⁷ El art. 1362 CC, relativo a la responsabilidad definitiva de la sociedad de gananciales, dice que «*serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1.ª El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia. La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación. 2.ª La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes. 3.ª La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges. 4.ª La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge*».

Según Joaquín José RAMS ALBESA (en *La sociedad de gananciales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 335), la llamada responsabilidad provisional hace alusión al poder de endeudamiento de los bienes gananciales que la ley otorga individualmente a cada uno de los cónyuges en determinados supuestos, como consecuencia de la ampliación de la solvencia de aquellos con el caudal ganancial, para actuaciones que sean conformes con las normas que regulan la gestión del consorcio. A su vez, la responsabilidad definitiva no queda vinculada *prima facie* con el débito respecto de un tercero ajeno a la comunidad ganancial, sino que atiende a la predeterminación de los supuestos que son de cuenta y cargo de la masa común y, en su defecto, de las privativas de los cónyuges al 50% (deudas comunes o ganancialidad pasiva).

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, se justificaba la reiterada posibilidad de actuación autónoma con efectos vinculantes *ad extra* para el patrimonio ganancial aludiendo a «*la consideración prioritaria de la seguridad del tráfico y los derechos de terceros, que se hace patente frente al cambio o modificación del régimen matrimonial o en las posibilidades concedidas a las cónyuges de actuar «erga omnes» comprometiendo incluso los bienes comunes*» (Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 71-I, de 14 de septiembre de 1979, pág. 316).

¹⁴⁸ No obstante, sí existen resoluciones que puntualmente expresan la diferenciación de ambos planos de responsabilidad, manifestando la STS de 3 de noviembre de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2004:7073) que «*se hace necesario distinguir entre deuda (deber de realizar la prestación) y responsabilidad patrimonial (sujeción del patrimonio propio a las facultades de agresión de los acreedores, para la satisfacción*

identidad estructural entre las disposiciones reseñadas. De la mencionada similitud entre esas normas se deriva que la actuación separada de un cónyuge que materialmente se adapte a los criterios legales objetivos que legitiman la afección *ad extra* del acervo ganancial implicará, en la generalidad de los supuestos, la vinculación definitiva del consorcio conyugal. En puridad, en los términos que se expondrán, debe referirse a la denominada responsabilidad provisional, dada la usual correlación entre débito consorcial y carga definitiva en el sistema ganancial, a aquellas deudas gananciales residuales producidas unilateralmente por un cónyuge que solo formalmente se ajusten a los parámetros objetivos de sujeción *erga omnes* de la comunidad, es decir, que sean privativas por su orientación intrínseca, ajena al interés de la sociedad ganancial, lo que dará lugar al pertinente reajuste patrimonial en la órbita intraconyugal¹⁴⁹.

El artículo 1365 del Código civil, que será objeto de un exhaustivo análisis a lo largo del presente trabajo, tiene el siguiente tenor:

«Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge:

1.º En el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda.

2.º En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes. Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio»¹⁵⁰.

Esa disociación de los dos ámbitos de la responsabilidad ganancial que emana de la normativa es una nota ampliamente constatada por la doctrina científica, como se expondrá en este trabajo, distinguiendo expresamente, en este sentido, LACRUZ, uno

coactiva de los créditos). Distinción que da pie para declarar que, en los matrimonios regidos por las normas de la sociedad de gananciales, si la obligación la contrae, nomine proprio, uno de los cónyuges él será el único deudor, no el otro (ni aquella sociedad, carente de personalidad jurídica); y que, pese a ello, responderán directamente ambos cónyuges con los bienes comunes si (como se ha dicho, habiéndola contraído sólo uno y, por lo tanto, no los dos o uno con el consentimiento del otro, casos previstos en el artículo 1.367 del Código Civil) la deuda es de la naturaleza que el legislador toma en consideración para facultar a los acreedores a que hagan efectivo su derecho con una ejecución directa sobre los bienes comunes».

¹⁴⁹ La dislocación de la responsabilidad ganancial, en interna o definitiva, por una parte, y externa o provisional, por otra, está presente en la terminología legal del articulado que norma la sociedad de gananciales cuando se contraponen de forma reiterada los conceptos «cargo» y «responsabilidad» y sus variantes.

¹⁵⁰ El párrafo 2.º del art. 1365 fue reformado por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, sustituyéndose, en su segundo inciso, la mención «el marido o la mujer» por «uno de los cónyuges».

de los precursores en la concreción y análisis de esa dualidad vigente la regulación derogada, entre responsabilidad provisional y definitiva de la comunidad. Sobre esta cuestión, infería el profesor LACRUZ que el Código civil, por respeto a las exigencias del tráfico, grava el patrimonio ganancial, frente a terceros, con débitos que, definitivamente, pueden no ser de cargo de la sociedad ganancial, en tanto que obligaciones de los cónyuges que, de modo definitivo, recaen sobre la comunidad pueden hacerse efectivas inicialmente sobre el patrimonio privativo del cónyuge que contrajo aquellas¹⁵¹.

¹⁵¹ LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, IV (*Derecho de familia*), Vol. 1.º, 3.ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1990, pág. 417. Diferencia LACRUZ dos clases entre las deudas que gravan *erga omnes* el patrimonio ganancial: las que definitivamente deben quedar de cargo del mismo y las que, en la relación entre los cónyuges, han de ser satisfechas exclusivamente por uno de aquellos. Idéntica distinción ha de verificarse en cuanto a la responsabilidad de los patrimonios personales: unos débitos son definitivamente propios, en tanto que otros, en la liquidación final, serán de cargo del haber común. En opinión de GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, *cit.*, págs. 342-343) es evidente que la regulación legal se basa en la clásica distinción entre deuda y responsabilidad cuando emplea los vocablos «cargo» o «responsabilidad», siendo el primero equivalente al más usual de «deuda», lo que implica que se pretenden diferenciar los supuestos en que la comunidad debe asumir la realización de una determinada prestación (deuda) y aquellos que la sujetan al poder coactivo de los acreedores (responsabilidad), subrayando que el pasivo ganancial definitivo está determinado en los arts. 1362, 1363 y 1366 CC y que, a su vez, al denominado pasivo provisional se refieren, entre otros, los arts. 1365, 1366, 1367, 1368, 1369 o 1370. Para Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo de la sociedad», en YZQUIERDO TOLSADA y CUENA CASAS (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. III, *Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 1019], la responsabilidad provisional se produce cuando aún no se ha satisfecho la deuda al acreedor, fijando las reglas del CC en qué supuestos puede ese acreedor embargar bienes gananciales; contrariamente, el momento de la responsabilidad definitiva, contribución o reintegro tiene lugar después de pagar al acreedor, cuando el patrimonio a cuya costa se pago no es el que definitivamente deba soportar ese cargo. Cfr., igualmente, FERNÁNDEZ VILLA, José, «El pasivo de la sociedad de gananciales: en torno al art. 1.369 C.c.», *ADC*, T. XLVI-II, 1993, pág. 646; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil*, T. IV (*Familia-Matrimonio-Divorcio-Filiación-Patria potestad-Tutela*), 2.ª ed., Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1985, págs. 144-145; y YÁÑEZ VIVERO, Fátima, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pág. 57-58.

CAPÍTULO II

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

2.1. INTRODUCCIÓN

El debate sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, decantado mayoritariamente, como se expondrá a continuación, a favor de conceptualizar aquella como una comunidad germánica o en mano común, tiene, de inicio, un alcance indudablemente dogmático, en la medida en que la específica regulación legal del consorcio, en la generalidad de los supuestos, permitirá resolver las diversas cuestiones que puedan suscitarse en la órbita ganancial. De este modo, la disputa doctrinal sobre la incardinación de la sociedad legal en una u otra categoría jurídica preexistente se ve limitada en parte porque la exhaustividad de la disciplina consorcial va a determinar que el recurso a tipologías ajenas a la propia institución sea infrecuente.

No obstante lo anterior, el encuadramiento jurídico de la sociedad ganancial es pertinente y se justifica su estudio, no tanto por la necesidad de integración de eventuales lagunas o vacíos normativos, sino atendiendo, primordialmente, a la incidencia que la adscripción germánica de la comunidad tiene en materia de afección *ad extra* por la actuación autónoma conyugal. A este respecto, esa atávica catalogación, caracterizada por la inexistencia de cuotas ideales en el activo social, condiciona el modo en que se hará efectiva por los acreedores la citada responsabilidad y correlativamente la actuación defensiva del cónyuge no deudor.

2.2. DIVERSAS TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

2.2.1. La tesis de la sociedad civil

2.2.1.1. *La inaplicabilidad de los rasgos definidores de la sociedad civil a la institución ganancial*

La conceptualización de la sociedad conyugal como sociedad civil, ciertamente superada hoy en día, tuvo una notable aceptación en su momento y forzoso es reconocer la existencia de aspectos que, razonablemente, podrían inducir, *prima facie*, a la conclusión de que la comunidad ganancial conformaba una verdadera sociedad. Así, la terminología legal utilizada por el Código civil para referirse a este régimen económico matrimonial (*sociedad de gananciales*) o su ubicación primaria en 1889 en el Título III («*Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio*») del Libro IV («*De las obligaciones y contratos*») de aquel cuerpo legal, con la consecuente caracterización

contractual de aquella y no como un tipo de comunidad. Igualmente, cabe apuntar el concepto mismo de sociedad de gananciales contenido en el originario artículo 1392¹⁵², que hacía referencia a la distribución de ganancias entre los cónyuges una vez disuelta la sociedad, circunstancia esta que tiene una connotación palmariamente societaria, y el hecho de que el antiguo artículo 1395 establecía el carácter supletorio de las reglas del contrato de sociedad¹⁵³.

SÁNCHEZ ROMÁN incidía en que la sociedad legal de gananciales, en el Derecho anterior al Código civil, era de índole «*excepcional y especialísima si se la compara con las sociedades comunes*», describiendo este prestigioso civilista diversas diferencias entre aquellas. De esta forma, anotaba como divergencias esenciales entre ambas categorías el hecho de que la sociedad ganancial dimanaba de una presunción legal y no del consentimiento expreso de los asociados; la predeterminación de los fines en el régimen ganancial, frente a la determinación contractual de los mismos en las demás sociedades; el reparto igualitario por mitad entre marido y mujer de ganancias y pérdidas y no proporcionalmente conforme al capital aportado y trabajo prestado por los mismos; y, en última instancia, mencionaba la desigualdad de derechos entre cónyuges (a favor del marido) en cuanto a las facultades de dirección y administración, siendo que en el resto de sociedades los socios poseen igual aptitud para ser gestores del haber social¹⁵⁴.

La conceptualización de la sociedad ganancial como sociedad civil se mantiene por MAGARIÑOS BLANCO, el cual afirma que en aquella se dan los principios típicos del contrato de sociedad: comunicación de bienes (art. 1344), comunidad de gestión (1375), comunidad de riesgo (1328 y 1691.1) y ánimo de lucro suficiente, defendiendo la

¹⁵² El artículo 1392 del Código civil, en su redacción original, que, en esencia, es similar a la que contiene el actual artículo 1344, con el matiz introducido por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, disponía que «*mediante la sociedad de gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio*».

¹⁵³ En efecto, este precepto imponía que «*la sociedad de gananciales se regirá por las reglas del contrato de sociedad en todo aquello en que no se oponga a lo expresamente determinado por este capítulo*».

¹⁵⁴ SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil...*, T. V, Vol. 1.º, cit., pág. 816. También MANRESA (en *Comentarios al Código Civil...*, T. IX, cit., págs. 523-526) resaltaba las notas distintivas antes expresadas entre la comunidad ganancial y las demás sociedades e infería que, aunque no existía transmisión alguna de la propiedad de los bienes de un cónyuge a otro, confundiendo lo que debe permanecer separado, con la sociedad legal nace una personalidad nueva, con fines especiales y necesidades propias, juzgando natural que a ello se destinen los productos del capital y las ganancias del trabajo de los esposos, adjudicándose el eventual exceso a quienes legítimamente pertenece, es decir, a los cónyuges.

calificación de la sociedad de gananciales como sociedad civil universal de ganancias, cuya finalidad es el reparto de estas cuando se disuelva¹⁵⁵.

Opone LACRUZ a la identificación entre sociedad de gananciales y sociedad común que en la comunidad conyugal el fin de lucro se halla sustituido por otros que son de índole superior y que no existe, genuinamente, *affectio societatis*, entendida como representación subjetiva de los elementos económicos y objetivos que conforman la esencia del contrato de sociedad. Matiza, sin embargo, que la afinidad es máxima con la sociedad universal de ganancias que se reparten al disolverse el consorcio, definida en el artículo 1675 del Código civil, cuyos socios no tienen, de forma necesaria, que dedicarse en su totalidad a obtener lucros mediante una actividad empresarial o profesional, siendo posible que uno de ellos levante cargas extralaborales de los otros como contribución al negocio común sin que se distorsione el concepto legal¹⁵⁶.

Dejando al margen las indudables disparidades troncales que concurren entre el contrato de sociedad civil y la comunidad ganancial, según se dirá, por lo que respecta a la sociedad universal de ganancias del artículo 1675 del Código civil¹⁵⁷, hemos de señalar que la noción de *bienes gananciales*, delineada legalmente y cuya conformación, a diferencia de lo que ocurre con las aportaciones de los socios en ese tipo societario, está sustraída a la voluntad de los cónyuges, tiene notoriamente mayor alcance que la de *ganancias* de aquella disposición. Así, la sociedad universal de ganancias, frente a la composición de más amplio espectro del patrimonio ganancial (arts. 1347 y ss. CC), se extiende *ab initio* limitadamente a los rendimientos del trabajo

¹⁵⁵ MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, «Sociedad de gananciales y sociedad civil», *Academia Sevillana del Notariado (Homenaje a Francisco Manrique Romero)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, pág. 331. Destaca este autor, como notas diferenciales de la sociedad de gananciales, identificada por él como una sociedad civil universal de ganancias, su carencia de personalidad jurídica plena, funcionamiento con el mecanismo de la representación eclipsado, utilizando el legislador dos resortes sustitutorios y de equilibrio, cuales son la subrogación real y la presunción de ganancialidad, y que la comunicación de bienes es compatible con la existencia de una titularidad individualizada, determinante de una legitimación que posibilita la actuación independiente de los cónyuges y un flexible funcionamiento orgánico de la sociedad.

¹⁵⁶ LACRUZ, *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 395.

¹⁵⁷ Dice el art. 1675 CC que «la sociedad universal de ganancias comprende todo lo que adquieran los socios por su industria o trabajo mientras dure la sociedad. Los bienes muebles o inmuebles que cada socio posee al tiempo de la celebración del contrato, continúan siendo de dominio particular, pasando sólo a la sociedad el usufructo».

o industria de los socios y a los frutos del patrimonio mobiliario e inmobiliario poseído por estos al tiempo de la celebración del contrato¹⁵⁸.

Por otra parte, la supresión del carácter supletorio de las reglas del contrato de sociedad, que contenía el derogado artículo 1395, operada con la reforma introducida por la Ley 11/1981, permite interpretar que la intención del legislador es, precisamente, en línea con la calificación jurídica dominante en la doctrina judicial y científica, excluir cualquier vinculación expresa entre la sociedad de gananciales y el régimen legal societario. Todo ello sin perjuicio de que no pueda descartarse un eventual recurso puntual a esta normativa para integrar lagunas que no quepa resolver con la aplicación de la regulación de la institución¹⁵⁹.

Ahonda en esta inferencia sobre la posición que alienta la reforma legislativa de 1981 en cuanto a la naturaleza de la sociedad ganancial el hecho de que en la Exposición de Motivos del Proyecto de ley de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, expresamente, se alude a la sociedad de gananciales como *comunidad*, lo cual semeja entroncar con la concepción germanista del consorcio y, simultáneamente, aleja la pretendida incardinación de este último en el marco de las sociedades civiles¹⁶⁰.

Ciertamente, el mantenimiento de la denominación del instituto como *sociedad de gananciales* en nada obsta a la tesis proclive a su exclusión de la órbita societaria, siendo que tal extremo, como se entiende, obedece, a lo sumo, a la inercia de la tradición¹⁶¹.

El discernimiento entre sociedad civil y comunidad conyugal es, por tanto, patente, a pesar de que, probablemente, ninguno de los aspectos diferenciales entre ambas categorías resulte por sí solo de suficiente entidad como para adoptar una postura

¹⁵⁸ En relación con esta cuestión, *vid.* BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria, «Sociedad de gananciales, patrimonios separados y concurso», *ADC*, T. LXII-I, 2009, pág. 11.

¹⁵⁹ Respecto a esta posibilidad del recurso a la disciplina de la sociedad civil, LACRUZ (en *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 395) entiende que la aducida analogía entre la sociedad de gananciales y la sociedad universal de ganancias hace viable, a pesar de la supresión del art. 1395, a falta de regla específica en el sistema ganancial, recurrir a la normativa y principios de las sociedades civiles, enfatizando que a esta conclusión apunta el propio nombre del instituto.

¹⁶⁰ Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 71-I, de 14 de septiembre de 1979, pág. 316.

¹⁶¹ Comparte esta conclusión Carlos LASARTE ÁLVAREZ [en *Principios de Derecho civil*, VI (*Derecho de familia*), 3.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 197], para quien la subsistencia de la expresión hay que entenderla como «*mero mantenimiento de la denominación tradicional y como un tributo histórico a un régimen económico-matrimonial sobre cuyo arraigo social no es necesario extenderse*».

definitiva respecto de la distinción que se expresa, si bien el conjunto de todos esos rasgos no coincidentes que se esgrimen conduce a conformar una conclusión inconciliable con la calificación de la sociedad de gananciales como un subtipo societario.

Como comúnmente se admite, *ab initio*, un primer aspecto ya determinante de la no inserción de la sociedad legal en la esfera de la sociedad civil lo integra el origen de la misma, ajeno por completo a la voluntad negocial expresa de los cónyuges, voluntariedad que, como es lógico, constituye la base del contrato de sociedad, en tanto en cuanto el reseñado régimen económico matrimonial se impone a los cónyuges en defecto de pacto en capitulaciones *ex* artículo 1316 del Código civil¹⁶². No concurre, por consiguiente, la precisa *affectio societatis* entendida como ánimo de constituirse en situación de sociedad¹⁶³.

¹⁶² En concreto, este artículo preceptúa que «*a falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales*». Por tanto, en congruencia con el principio de libertad de estipulación capitular contenido en el art. 1315 CC, esta norma determina que la sociedad de gananciales se configura como régimen supletorio de primer grado, de forma que la inacción de los cónyuges en la concreción del régimen económico, en el Derecho común, traerá aparejada como consecuencia ineludible la vigencia de la comunidad conyugal entre los mismos.

Este principio de libertad para configurar el régimen económico matrimonial ya se recogía en la Base 15 del Proyecto de Ley de Bases para el Código civil de 1881, que decía que «*en el contrato para el matrimonio sobre arreglo de intereses y clasificación y distribución de bienes (...) declarará como regla y principio fundamental que todo lo anteriormente dispuesto se entiende y debe aplicarse en defecto de convenciones particulares, a las cuales se ajustará en primer término cuanto concierne al patrimonio de la familia*» -cfr. Gaceta de Madrid n.º 297, de 24 de octubre de 1881, pág. 176-. Por su parte, la Base 22 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código civil, y que dio lugar al originario art. 1315 del CC (actuales arts. 1315 y 1316), expresaba que «*el contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio tendrá por base la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges sin otras limitaciones que las señaladas en el Código, entendiéndose que cuando falte el contrato o sea deficiente, los esposos han querido establecerse bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales*» -cfr. Gaceta de Madrid n.º 143, de 22 de mayo de 1888, pág. 566-.

MANRESA (en «Art. 1.315», *Comentarios...*, T. IX, *cit.*, pág. 101), al comentar el art. 1315 CC en su redacción inicial, afirma que lo esencial no es la falta de contrato sobre los bienes, sino la ausencia de una convención expresiva del régimen que se adopta, por no constar la voluntad de los interesados en este extremo, otorgándole este sentido al término *deficiente* contenido en la transcrita Base 22. En nuestra opinión, esta palabra se omite en el texto definitivo del precepto reseñado y su significado jurídico y gramatical, en cualquier caso, no sería ese, sino que alude a la ineficacia del contrato sobre bienes, que se contraponen a la carencia del mismo en la Ley de Bases mediante el empleo de la conjunción disyuntiva, subsanándose la omisión, con el alcance que se expresa, en la reforma del sistema de gananciales de 1981 -art. 1316-.

¹⁶³ En cuanto a la *affectio societatis*, dice la STS de 11 de diciembre de 1965 (RJ 1965\5812) que, en el contrato de sociedad, «*sobre los elementos generales comunes a toda relación contractual ha de añadirse la intención de constituir sociedad -affectio societatis, animus contrahendi societatis-, constituyéndose con las respectivas aportaciones un patrimonio social autónomo cuando la sociedad tiene personalidad jurídica, o un patrimonio indiviso si la sociedad carece de tal personalidad y se rige por las reglas de la comunidad -art. 1669 del C. Civ.- y que tanto uno como otro de dichos supuestos excluye que los bienes integrantes del acervo social pertenezcan singular y privativamente a ninguno de los socios, pues han de estar adscritos al fin común perseguido, consistente en la obtención de un lucro común partible*».

Se incide en que la sociedad es un contrato plurilateral, concurriendo en el mismo una pluralidad de sujetos que se constituyen en partes independientes, y caracterizándose el contrato porque no se agota en el intercambio de bienes y servicios, sino que supone la colaboración común para la obtención de un fin igualmente común¹⁶⁴.

La Dirección General de los Registros y del Notariado corrobora este carácter contractual de la sociedad civil, a pesar de que su naturaleza sea discutida y su contenido variado o con una doble vertiente, esencialmente obligatorio en cuanto norma las relaciones entre socios y éstos y la sociedad, y también con un aspecto organizativo del grupo, en el orden patrimonial y en el de la específica actividad social, habiendo de aplicársele las reglas generales de los contratos¹⁶⁵.

Ese requisito esencial de la *affectio societatis* o voluntad de crear una sociedad está inmerso en el consentimiento, manifestado como declaraciones concordes de los interesados respecto de la constitución del ente social¹⁶⁶.

En consecuencia, esta voluntad de unión paralela y dirigida a un mismo fin negocial que caracteriza a la *affectio societatis*¹⁶⁷ no viene a ser un elemento que posea

¹⁶⁴ CAPILLA RONCERO, Francisco, «Artículos 1.665 y 1.666», en ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, T. XXI, Vol. 1.º (Artículos 1.665 a 1.708), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, pág. 12.

Como indica Álvaro D'ORS (*Derecho Privado Romano*, 5.ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1983, págs. 542-548), la sociedad privada del Derecho romano, en la que no se da personalidad jurídica y la gestión de cada socio produce efectos únicamente respecto de sí mismo, que luego deben comunicarse a los restantes socios, consiste en la creación de una comunidad de derechos a partir de un convenio de confianza libremente acordado por los socios (sociedad contractual), constituyéndose por el hecho de que dos o más personas acuerden la puesta en común de algo con la finalidad de obtener una ventaja también común.

¹⁶⁵ RDGRN de 25 de noviembre de 1998 (RJ 1998\8540). Explicita esta resolución que «*tan sólo el mismo consentimiento unánime de los socios exigido para su celebración puede amparar su modificación o la extinción de sus efectos, sin perjuicio de la posibilidad de denuncia unilateral en los casos y condiciones que la propia Ley ha previsto (arts. 1705 y siguientes del Código Civil)*».

¹⁶⁶ STS de 14 de julio de 2006 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2006:4572).

¹⁶⁷ STS de 8 de marzo de 1995 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1995:10242).

Sobre la necesidad de la concurrencia de la *affectio societatis* para la existencia de una sociedad civil y el alcance de aquella, la SAP de Sevilla de 12 de diciembre de 2007 (Cendoj-ECLI:ES:APSE:2007:3915) expresa que «*para que exista cualquier tipo de sociedad civil, debe existir desde un principio la llamada "affectio animus contrahendis societatis", o sea, la intención de constituir la sociedad; este elemento presupone otros también necesarios, cuales son: que la voluntad de los contratantes es obtener una ganancia, que esta ganancia o beneficio será común a todos los socios y que la repetida ganancia o la pérdida, si la hubiere, habrá de ser repartida entre los contratantes. Y tan determinante es este elemento, que se constituye como el principal, puesto que, si de existir ánimo de lucro existiera sociedad, no sería necesario que la jurisprudencia determinara que las uniones con fin lucrativo no son sociedad en el caso de no existir "affectio societatis" (...)*».

una sustantividad propia significativa al margen del consentimiento que constituye un presupuesto necesario para la existencia de cualquier relación obligatoria contractual¹⁶⁸.

La esencialidad de la concurrencia de la *affectio societatis* para que exista una sociedad civil conlleva que su desaparición represente uno de los factores más relevantes que prefiguran la extinción de la sociedad, manifestándose en el aspecto externo por la voluntad exteriorizada de uno o varios socios de poner fin a la vigencia de aquella, siempre y cuando la misma no se haya constituido por una duración determinada¹⁶⁹.

Ya en el Derecho romano, todo contrato de sociedad generaba un vínculo de confianza entre los socios, incommunicable y que debía cesar tan pronto como cesaba la confianza entre ellos, siendo, en atención a esto, esencialmente revocable por cualquiera de los socios, aunque subsistía la acción para exigir la indemnización por el perjuicio irrogado por una revocación dolosa o intempestiva, y no continuando la sociedad con los herederos de un socio, ni entre los supervivientes¹⁷⁰.

Indudablemente, en la sociedad de gananciales no se da la *affectio societatis* en los términos expuestos, antes bien, lo único que se precisa es el necesario consentimiento manifestado por los cónyuges para contraer matrimonio, y sin el cual este no existe *ex* artículo 45 del Código civil.

Resulta difícilmente concebible, en relación con este extremo, colegir que la idea de contraer matrimonio pueda estar preordenada a la consecución de una finalidad comercial común por los cónyuges y que concurra en estos últimos esa representación subjetiva de los elementos objetivos y económicos que integran el fin del contrato societario. Lo cierto es que, probablemente, esta eventual mercantilización de la orientación de la unión conyugal, de la que dimana, por imperativo legal, en defecto de pacto, la comunidad ganancial, deviene poco acorde con la realidad social, en la que, habitualmente, los contrayentes desconocen por completo la regulación de un régimen

¹⁶⁸ Sin embargo, no faltan resoluciones del Alto Tribunal que diferenciaban entre consentimiento contractual y *affectio societatis*, y, así, la STS de 3 de diciembre de 1959 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1959:1462) declaraba que «a diferencia de otros contratos menos complejos, en el de sociedad hay que agregar a los elementos generales comunes a toda relación contractual la intención de constituir sociedad (*affectio societatis*; *animus contrahendae societatis*), considerada como elemento distinto del consentimiento».

¹⁶⁹ STS de 27 de enero de 1997 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1997:445).

¹⁷⁰ D'ORS, *Derecho privado...*, *cit.*, págs. 547-548.

económico matrimonial por el que no optan expresamente y que se les impone de una forma inercial. Es frecuente, en el funcionamiento diario del consorcio, que los cónyuges operen de modo completamente autónomo, no solo sobre sus respectivos patrimonios privativos preexistentes, sino en cuanto a sus ingresos (gananciales) constante la sociedad, sin que llegue a tener lugar, *stricto sensu*, en toda su extensión una genuina liquidación del acervo consorcial, restringida primordialmente en la práctica al supuesto de que la causa de disolución matrimonial venga propiciada por una crisis convivencial precedente. De esta manera, las partes (o sus herederos) se limitan a atribuirse por mitad el remanente ganancial, si es que existe, pero sin verificar operación alguna de reintegro o reembolso entre la sociedad de gananciales y los partícipes¹⁷¹.

La ausencia de una genuina intención liminar de constituirse en sociedad se correlaciona con el dato objetivo de que en la esfera ganancial es posible que uno de los cónyuges no realice aportación de clase alguna a la comunidad durante la vigencia de la misma, connotación inherente al contrato societario. Esta situación no excluye, evidentemente, que aquel se convierta en cotitular del patrimonio ganancial que se genere, el cual, en su caso, le sería atribuido por mitad en el momento liquidatorio, en concordancia con un régimen normativo basado en una inexorable fórmula de reparto igualitario, coyuntura que parece poco acorde con una pretendida intención de correr en común ciertos riesgos de pérdidas y ganancias.

Tampoco la sociedad de gananciales, conforme se ha dicho, tiene como finalidad preponderante la obtención de beneficios y su reparto entre los cónyuges. Es decir, no existe el ánimo de lucro ínsito a las sociedades civiles típicas, por mucho que en el artículo 1344 se hable de *ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos* (cónyuges), porque lo que concreta ese tenor no es la finalidad última de la comunidad conyugal, sino la fórmula de distribución igualitaria del patrimonio ganancial una vez disuelta y liquidada aquella. El régimen ganancial atiende

¹⁷¹ Sobre la concurrencia de *affectio societatis* en la sociedad de gananciales, REYES MONTERREAL (*op. cit.*, pág. 46) opina que solo de un modo pasivo, al no excluir los cónyuges en sus capitulaciones este régimen patrimonial, puede comprenderse que existe una voluntad asociativa, esa *affectio societatis* característica de toda sociedad. También LACRUZ (*Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 395) dice que en la comunidad conyugal no hay, propiamente, *affectio societatis*, afirmando que parte importante de los que contraen matrimonio ignoran su existencia. Por el contrario, RAGEL SÁNCHEZ [en «La sociedad de gananciales (1)», en YZQUIERDO TOLSADA y CUENA CASAS (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. III. *Los regímenes... (I)*, *cit.*, pág. 677] considera que las personas que contraen matrimonio en régimen de gananciales demuestran tener la intención de aunar esfuerzos, de sumar ganancias, optando por compartir frente a otra fórmula, lo que no es algo distinto a la *affectio societatis* con el ropaje de *affectio maritalis*.

a regular y posibilitar el funcionamiento de la familia matrimonial en el orden económico, lo cual no es necesariamente inconciliable con el hecho usual de que exista un activo patrimonial incrementado tras la cesación de la vigencia de la comunidad¹⁷².

Se discute que el criterio del ánimo de lucro tenga virtualidad para distinguir entre sociedad y comunidad, aduciendo que aquel, como requisito del contrato de sociedad, ha sido revisado por la doctrina para exigir en su lugar el fin común o interés social que tiene que presidir las actividades sociales, que es lo establecido en el artículo 1666 del Código civil¹⁷³.

Por otra parte, expone DE LA CÁMARA ÁLVAREZ que el ánimo de lucro puede entenderse en un doble sentido, como finalidad de conseguir beneficios o excedentes patrimoniales susceptibles de ser repartidos entre los socios o como el propósito de proporcionar a estos una ventaja patrimonial, la cual no tiene que ser un beneficio repartible. Considera este autor que el artículo 1678 del Código civil¹⁷⁴, relativo a las sociedades civiles particulares, podrá servir de correctivo a la concepción restrictiva del fin lucrativo que expresa el artículo 1665, extendiéndose, así, el ámbito del contrato de sociedad a supuestos presentados como excluyentes del ánimo de lucro como elemento definitorio de esa categoría contractual¹⁷⁵.

Sobre la flexibilidad en cuanto a la exigibilidad de ánimo de lucro, se recuerda que la doctrina reputa concurrente la finalidad lucrativa cuando existe el ánimo de conseguir una ganancia o beneficio en sentido lato o se da una finalidad de carácter

¹⁷² En cuanto al ánimo de lucro connatural a la sociedad civil, la STS de 24 de julio de 1993 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1993:5696) afirma que, aunque resulta difícil discernir entre comunidad de bienes y contrato de sociedad, la jurisprudencia ha determinado que si bien coinciden en concurrir una situación de voluntades en unión, no lo hacen en cuanto a sus fines y operatividad. Las comunidades de bienes implican la existencia de una propiedad en común y proindivisa, que pertenece a varias personas (art. 392 CC), lo que se traduce en su mantenimiento y simple aprovechamiento plural. En las sociedades civiles, continúa la sentencia, al margen de la existencia de un patrimonio comunitario, este último se aporta al tráfico comercial, habida cuenta que la voluntad societaria se orienta a este fin principal y directo para conseguir ganancias y lucros comunes, partibles y divisibles, y, en consecuencia, lo mismo sucede con las pérdidas.

¹⁷³ REDONDO TRIGO, Francisco, «Condominio versus sociedad. El ánimo de lucro en las comunidades de bienes», *RCDI*, n.º 731, 2012, págs. 1759-1760. Sostiene REDONDO que la circunstancia de que una comunidad de bienes tenga ánimo de lucro no está prohibido en norma alguna (art. 392 CC), ni es un requisito consustancial al contrato de sociedad (art. 1678 CC). En sentido opuesto, Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO [en «Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)», *ADC*, T. XLVI-I, 1993, pág. 46] incluye el ánimo de lucro como elemento configurador del tipo legal de la sociedad civil.

¹⁷⁴ Este artículo dice que «la sociedad particular tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso, o sus frutos, o una empresa señalada, o el ejercicio de una profesión o arte».

¹⁷⁵ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, «El contrato de sociedad. ¿Crisis del concepto?», *AASN*, T. VII, 1993, págs. 37 y 38 de la versión electrónica obrante en vlex.com (VLEX-231427).

patrimonial susceptible de aportar alguna ventaja a los socios¹⁷⁶. Esto, por lo demás, se aproxima más al significado gramatical (como utilidad) del vocablo *ganancias* contenido en la definición legal del contrato de sociedad civil, que, en ningún caso, en la actualidad, ha de circunscribirse taxativamente al provecho pecuniario, como se propugnaba por algunos tratadistas en el pasado¹⁷⁷.

La esencialidad del ánimo de lucro para la configuración del contrato de sociedad es reiteradamente declarada por la jurisprudencia. Esta entiende de modo uniforme que la existencia de una sociedad requiere, como dispone el artículo 1665 *ex* Código civil, «*poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias*», circunstancias de hecho estas que son básicas para cualquiera de las modalidades contractuales societarias, ya sean regulares constitutivas de personas jurídicas distintas de las de los socios, o ya irregulares que hayan de disciplinarse, con arreglo al artículo 1669, por las disposiciones atinentes a la comunidad de bienes¹⁷⁸.

El fin de la ganancia es, para la doctrina judicial, la causa de la sociedad, tanto en sentido económico como jurídico, y el mismo desaparece con la cesación de la actividad negocial que no se piensa reanudar, quedando, en este supuesto, un fin de mantenimiento y utilización y, en atención a ello, aunque sea voluntaria, una mera comunidad de bienes, sujeta al régimen legal¹⁷⁹.

Por ello, no se atisba dificultad alguna, desde una perspectiva doctrinal y legal, salvo que se defienda una visión limitada y estrecha del alcance de la finalidad lucrativa plasmada en la normativa sustantiva, en concluir que aquella es una nota característica imprescindible de todas las sociedades civiles (y, por supuesto, de las mercantiles),

¹⁷⁶ MAGARIÑOS BLANCO, *op. cit.*, pág. 322.

¹⁷⁷ Postulaba este significado MANRESA Y NAVARRO [en «Art. 1.665», *Comentarios al Código Civil Español*, T. XI, 6.^a ed. (revisada por José M.^a Bloch), Reus, Madrid, 1972, pág. 372], para quien la noción de beneficio y, con más propiedad la de ganancia, implican un provecho pecuniario que ha de enriquecer a los socios, no estando comprendidas en la definición legal las sociedades que distribuyen beneficios de otro modo, como acontece con las cooperativas o aquellas en las que el beneficio producido es puramente moral. En parecido sentido, se afirma que las ventajas de las que no deriva ningún enriquecimiento directo, aunque impliquen reducción de gastos, garantía contra pérdidas eventuales, realización de economías o adquisición de objetos en condiciones más ventajosas, son características de otras entidades o agrupaciones (asociaciones, sociedades mutualistas, cooperativas), pero no de las sociedades que regulan las leyes civil y mercantil [cfr. CASTÁN, en *Derecho civil español, común y foral*, T. IV, *Derecho de Obligaciones*, 10.^a ed. (revisada por Ferrandis Vilella), Reus, Madrid, 1977, pág. 562].

¹⁷⁸ STS de 5 de julio de 1984 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1984:1272).

¹⁷⁹ STS de 21 de marzo de 1988 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1988:16913).

constituyendo, conforme se ha desarrollado, uno de los parámetros que deslindan esta figura contractual de la comunidad ganancial¹⁸⁰.

En suma, al margen de la legítima posibilidad de verificar disquisiciones doctrinales de distinto signo y solvencia para fundamentar el encaje de la sociedad de gananciales en cualquier figura jurídica, parece flagrante que la subsunción de la misma en el ámbito de la sociedad civil, preconizada de modo testimonial entre la doctrina más autorizada, resulta difícilmente sostenible. Transmutar la orientación fundamental de la comunidad conyugal en una finalidad lucrativa, connatural a la categoría societaria, supone relegar y degradar, en gran medida, la atención de las prioritarias necesidades familiares como objetivo prevalente del consorcio, cuyo presupuesto es, precisamente, el matrimonio de los partícipes, ajeno, en esencia, a ese fin, y a lo que no obsta, en absoluto, que la sociedad legal genere, en su caso, beneficios.

Una tercera diferencia sustantiva entre sociedad civil y sociedad de gananciales es que la primera tiene personalidad jurídica propia y la segunda carece de la misma¹⁸¹.

Los que proponen que la configuración de la sociedad de gananciales encuentra su acomodo en la sociedad civil atribuyen a la comunidad conyugal personalidad jurídica distinta de la de los partícipes en el consorcio, toda vez que a las sociedades se les reconoce legislativamente personalidad jurídica, no existiendo, sin embargo,

¹⁸⁰ José BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO (en *La comunidad de bienes en Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, págs. 52 y 53) enfatizaba que lo decisivo no consiste en determinar en qué cosa concreta consiste el fin que se persigue en la sociedad, sino la relación que guarda con los fines particulares de los partícipes. Exponía este civilista que en la sociedad no se trata de una simple unión de fines individuales, más o menos armonizados, estando, más bien, ante una unión de personas que hacen comunes sus esfuerzos para la obtención de un fin, común a todos, siendo la sociedad, en atención a ello, una «comunidad de fin», y haciéndose hincapié en que este fin común de la sociedad, en el moderno Derecho de obligaciones, es un fin económico.

Se muestra en contra de la virtualidad del criterio del ánimo de lucro para discernir sociedad civil y sociedad ganancial RAGEL SÁNCHEZ [«La sociedad de gananciales (1)», *cit.*, págs. 675-676], indicando que en la segunda se trabaja para conseguir ganancias, que se emplean constante el régimen para el mantenimiento de los cónyuges e hijos y para la conservación de bienes. Expresa, por lo demás, RAGEL que en la sociedad universal o la particular que tiene por objeto el uso de cosas determinadas no es esencial la persecución de un beneficio económico y partible de los socios, así como que la circunstancia de que la sociedad no tenga ánimo de lucro no la sujeta al régimen de las asociaciones.

¹⁸¹ La RDGRN de 31 de marzo de 1997 (RJ 1997\2049) declara que «para que la sociedad civil tenga personalidad jurídica es preciso que una disposición legal formulada en términos positivos así se la conceda. Se produce esa concesión legal, de manera directa y positiva, respecto de las sociedades civiles que adoptan alguna de las formas reconocidas en el Código de Comercio, y se ajustan al rigor que este Código establece para la constitución legal de las sociedades mercantiles (la exigencia de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil) (...) Para las restantes sociedades civiles, en cambio, ni hay una previsión legal que de modo preciso y directo les atribuya la personalidad jurídica, ni tal conclusión puede deducirse del artículo 1669 del Código Civil».

contrariamente, precepto alguno en la regulación del régimen ganancial en el Código civil que determine de forma expresa que la institución consorcial goza de aquella, en atención a lo que la inferencia que sustenta la tesis opuesta deviene insostenible.

En relación con el Derecho anterior al Código civil, se distinguía la personalidad jurídica que engendraba el matrimonio y la personalidad económica representada por la sociedad legal de gananciales, cuyo contenido está constituido por los bienes gananciales¹⁸².

MANRESA, por su parte, aducía que con la comunidad de gananciales nace una personalidad nueva, con fines especiales y necesidades propias, a los cuales no ha de sacrificarse el capital privado de los cónyuges, resultando natural que a este empeño se destinen los productos de ese capital y las ganancias del trabajo, industria o profesión de los esposos¹⁸³.

La Dirección General de los Registros y del Notariado también reconoció, en su momento, la personalidad jurídica de la sociedad conyugal, considerándola como una entidad distinta de los cónyuges integrantes de aquella¹⁸⁴.

La personalidad jurídica de la sociedad supone el reconocimiento, no la creación, por la ley de un sujeto propio de derechos, independiente del grupo de individuos que le sirve de base, conformando una unidad artificial que requiere para ser sujeto de derecho la concurrencia de un elemento volitivo y de un elemento patrimonial¹⁸⁵.

A pesar de reconocer, como no podía ser menos, la no atribución de personalidad jurídica por el legislador a la sociedad de gananciales, MAGARIÑOS BLANCO entiende que a esta última se la dota con una autonomía patrimonial superior a la de las sociedades colectivas o civiles ordinarias, no comunicándose la responsabilidad por deudas sociales al cónyuge no interviniente, quien no responde con

¹⁸² SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, T. V, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 815.

¹⁸³ MANRESA, *Comentarios...*, T. IX, *cit.*, pág. 524.

¹⁸⁴ *Vid.* RRDGRN de 29 de abril de 1902 (Gaceta de Madrid n.º 131, de 11 de mayo de 1902, pág. 663) y de 30 de marzo de 1904 (Gaceta de Madrid n.º 104, de 13 de abril de 1904, págs. 174-175).

¹⁸⁵ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pág. 71. Expresa este autor que la voluntad social se forma mediante el concurso de los socios, a través de deliberaciones sociales, que producen una voluntad colectiva que representa, como entidad distinta, a las voluntades individuales. Por su parte, el patrimonio social, que se nutre con las aportaciones de los socios, al perder estos la titularidad de lo aportado, no está en situación de comunidad de tenencia, dado que se presenta como un patrimonio autónomo.

su patrimonio privativo. Añade este autor que no responde tampoco la masa común por deudas privativas porque la facultad de los acreedores particulares de dirigirse directamente contra los bienes gananciales al amparo del artículo 1373 no es más que un resorte para soslayar la disolución de la sociedad, bastando que el otro cónyuge o los acreedores opten por ello para que la traba se desvíe hacia el remanente que reste tras la eventual liquidación, a tales efectos, de la comunidad¹⁸⁶.

Conviene matizar que, como veremos más adelante, excepcionalmente, sí cabe que el cónyuge no deudor responda con su haber propio de forma subsidiaria en el supuesto de débitos domésticos gananciales ocasionados unilateralmente por su consorte, según resulta del juego combinado de los artículos 1365.1.º, inciso primero, y 1319 *ex* Código civil. Asimismo, los acreedores privativos de los cónyuges no pueden optar por la disolución social *ex* artículo 1373, como parece sugerirse, incumbiendo el derecho de sustitución y la opción disolutoria contemplada en el precepto exclusivamente al cónyuge que no contrae la deuda.

La ausencia de personalidad y titularidad de la sociedad ganancial independientes de las de los cónyuges era minusvalorada por ROYO MARTÍNEZ a efectos de diferenciar por ese dato la sociedad de gananciales y las civiles ordinarias, calificando la personalidad jurídica o moral como un simple recurso técnico para independizar determinados intereses comunes a varias personas. Infería ese civilista que, probablemente, el legislador prescindió de dotar a la sociedad conyugal de aquella porque el número de socios está rigurosamente tasado, el fin solo puede ser uno, su inicio y cese son los del matrimonio, los poderes de gestión y disposición se conferían por ley al marido y, finalmente, la constitución de la sociedad se producía con el matrimonio¹⁸⁷.

¹⁸⁶ MAGARIÑOS BLANCO, «Sociedad de gananciales ...», *cit.*, pág. 318.

¹⁸⁷ ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Familia*, *cit.*, págs. 199-200. Este tratadista, defensor de la subsunción de la sociedad de gananciales en el marco de la sociedad civil (sociedad universal de todas las ganancias), bajo la vigencia de la regulación derogada, juzgaba deseable la existencia de una titularidad reveladora de la cualidad ganancial de cada bien, pero ello no afectaría a la naturaleza jurídica del consorcio, negando que la configuración de la sociedad conyugal sea asimilable a una titularidad en mano común, porque atribuía al marido, en exclusiva, la administración y facultad de disposición respecto del acervo social, induciendo que no había, de modo consecuente, mano común porque esta no se daba en la disposición (*ibíd.*, págs. 198-200). Esta argumentación, evidentemente, no es válida en la actualidad en atención a la atribución a ambos cónyuges conjuntamente de la gestión y disposición sobre los bienes gananciales.

La tesis negacionista de la personalidad jurídica del consorcio viene a concluir, como es absolutamente evidente, por lo demás, que no existe otra personalidad en la comunidad distinta que la que concurre en ambos cónyuges, los cuales, por la mera fusión de determinados bienes futuros que pueden aportarse, no pierden su propia personalidad¹⁸⁸.

Es, precisamente, esa falta de personalidad jurídica de la sociedad de gananciales la que va a determinar que la misma carezca de capacidad para contratar y que sean los cónyuges, individual o conjuntamente, los que hayan de intervenir personalmente en los diversos negocios jurídicos que se realicen en interés del consorcio. De manera consecuente, también responderán aquellos con sus bienes privativos y/o gananciales frente a terceros por los débitos contraídos, en la medida en que la comunidad conyugal, en atención a la circunstancia expresada, no puede ostentar la condición de deudora¹⁸⁹.

Cuando los cónyuges actúan conjuntamente en el tráfico jurídico, o separadamente con arreglo a los criterios legales que imponen la sujeción *erga omnes* del caudal social, la carencia de personalidad jurídica de la comunidad legal va a suponer que la misma no quede vinculada en su condición de tal, resultando afectados y expuestos a la potencial agresión de los acreedores, indistinta y directamente, *ex artículo 1369*, el patrimonio ganancial y el privativo del cónyuge (o cónyuges) actuante¹⁹⁰.

En consonancia con lo anterior, es llano que la masa ganancial no tiene capacidad para ser parte en el proceso civil, debiendo intervenir los cónyuges, autónomamente o, en su caso, conformando una situación de litisconsorcio, en los procedimientos judiciales que afecten al acervo común, de modo que resulta inviable

¹⁸⁸ REYES MONTERREAL, *El régimen legal...*, *cit.*, pág. 47.

¹⁸⁹ Sobre la incapacidad para contraer deudas de la sociedad de gananciales por ausencia de personalidad jurídica, afirma la STS de 26 de marzo de 1979 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1979:89) que la sociedad legal de gananciales o, más concretamente, el patrimonio ganancial, carece de personalidad jurídica propia capaz de contraer deudas como tal y por sí, lo cual solo cabe a través de los cónyuges y titulares de aquel, cuyos actos, de acuerdo con las normas del CC, son los que vinculan y fijan la responsabilidad de la sociedad.

¹⁹⁰ BERMEJO GUTIÉRREZ (en «Sociedad de gananciales, patrimonios separados y concurso», *cit.*, págs. 17 y 18) constata que la falta de personificación del patrimonio consorcial impide que la sociedad de gananciales actúe en el tráfico como un grupo unificado y que este resulte obligado, vinculando los cónyuges que actúen de conformidad con su capacidad de obligar al patrimonio ganancial a esta masa y, a la vez, su patrimonio privativo, los cuales responderán *ad extra* al mismo nivel. Una situación distinta se da en la sociedad civil o colectiva, en las que la personalidad jurídica posibilita que se descargue en el grupo el endeudamiento asumido por los socios, de tal modo que los acreedores de la sociedad solo podrán actuar frente a aquellos previa reclamación infructuosa a la deudora (art. 1698 CC, en cuanto a la sociedad civil) o adverando la insuficiencia patrimonial de esta (arts. 127 y 237 CCo, respecto de la sociedad colectiva).

que los eventuales acreedores interpelen a la sociedad ganancial por los débitos generados por la actuación unilateral o mancomunada de los partícipes en la sociedad¹⁹¹.

De esta manera, en el supuesto de que pretendiera accionarse por terceros contra la comunidad conyugal, atribuyéndole, erróneamente, capacidad para ser parte en el proceso civil, debería inadmitirse la interpelación judicial *ex* artículos 404 o 438, en relación con el artículo 6, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que se trataría de un defecto insubsanable. Y todo ello sin perjuicio de la apreciación de oficio, al amparo del artículo 9 de la norma procesal civil, de esa ausencia de la necesaria capacidad para ser parte de la sociedad ganancial en cualquier momento del proceso.

2.2.2. Sociedad de gananciales y comunidad ordinaria

El rechazo de la adscripción de la sociedad de gananciales a la categoría de la comunidad ordinaria, que ha de mantenerse tras la reforma de 1981, por la doctrina científica mayoritaria y la jurisprudencia uniforme se basa, en síntesis, en la inexistencia de cuotas en aquella, no ostentando los cónyuges una titularidad por mitad sobre cada elemento que integra la masa común, sino que su respectivo dominio tiene por objeto esta última en su conjunto. Por consiguiente, no es viable que los partícipes en el consorcio dispongan *inter vivos* de la participación que les corresponde en el patrimonio ganancial y que exijan durante su vigencia la división de ese caudal, lo que sí es plenamente factible en el condominio ordinario (arts. 399 y 400 del Código civil)¹⁹².

La línea argumental opuesta a esa calificación del consorcio como comunidad ordinaria ha permanecido inalterada en sus notas más características vigente la redacción originaria del Código civil y tras la reforma de la institución en 1981.

¹⁹¹ En cuanto a este punto, tampoco cabría incardinar una hipotética capacidad para ser parte de la sociedad ganancial, no obstante su cualidad de patrimonio separado y autónomo, en el artículo 6.1.4.º LEC, que reconoce aquella a «*las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración*», por no concurrir el supuesto de hecho previsto en el precepto.

¹⁹² En relación con la propiedad individida (*pro indiviso*) del Derecho romano y el concepto de cuota, expresaba D'ORS (*op. cit.*, págs. 244-245) que en la época clásica la concurrencia de diversos propietarios sobre la misma cosa se resuelve concretando la propiedad de cada uno de ellos en una parte ideal o cuota de la cosa entera, de tal forma que cada copropietario puede disponer libremente de su cuota y participar en proporción a la misma en los beneficios y cargas comunes. Exponía, por su parte, Hermann EICHLER (en «La idea de copropiedad», *ADC*, T. XIV-IV, 1961, pág. 915) que el Código español desarrolla el condominio de acuerdo con el sistema romano, conforme al cual cada condueño participa en una parte alícuota de la propiedad, siendo el sistema contrario el germánico, en el que la cosa común pertenece, sin distinción de partes, a la comunidad.

Entendía, en su momento, CASTÁN TOBEÑAS que la sociedad de gananciales no es una copropiedad de tipo romano porque, en ese caso, tendría que revelarse durante el matrimonio su existencia, especialmente, por el derecho de cada uno de los cónyuges a disponer actualmente de su fracción¹⁹³.

En cuanto, asimismo, a la regulación derogada, aludía PUIG PEÑA, como razón para negar la existencia de una comunidad romana, que es bastante advertir la imposibilidad de ejercitar, constante el matrimonio, la *actio communi dividundo*, siendo ilusoria la cuota de la mujer durante aquel¹⁹⁴.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, comentando, por su parte, también la disciplina ganancial previa a la reforma, disientían de la existencia en la sociedad de gananciales de cuotas propias de la comunidad en general, no obstante corresponder por mitad el patrimonio ganancial a marido y mujer, no siendo la mitad de los gananciales un derecho autónomo, ni pudiendo los cónyuges cederla a un tercero o interesar la división, ni, a su vez, los acreedores instar la traba de la misma¹⁹⁵.

Conviene reflejar que no todos los autores que discrepan del encaje de la comunidad conyugal en el tipo de comunidad que se analiza niegan que en la sociedad ganancial existan cuotas, argumentándose, a este respecto, que, aunque no se concreten, las mismas resultan legalmente atribuidas al decirse que las ganancias se partirán por mitad. Se añade que esa falta de fijación no empece a la existencia de la copropiedad romana dada la presunción de igualdad de cuotas del artículo 393, por lo que, habiendo dos socios, la cuota, ideal al menos, será la mitad¹⁹⁶.

¹⁹³ CASTÁN TOBEÑAS, *Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos*, Ed. Reus, Madrid, 1929, pág. 14. En contra de la consideración de la comunidad ganancial como comunidad romana, BELTRAN DE HEREDIA (*op. cit.*, pág. 96) decía que la primera era totalmente distinta de la segunda, pero no porque la finalidad de aquella no sea la de usar y disfrutar de los bienes, que lo es, sino porque no concurren en la sociedad de gananciales todas las notas que caracterizan y justifican la comunidad por cuotas partes, las cuales ponen de manifiesto facultades y derechos plenamente individuales, que devienen inconciliables con la idea de familia, que exige un principio de organización jerárquica, dominada por la idea del interés superior familiar.

¹⁹⁴ PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho...*, T. II, Vol. I, *cit.*, pág. 288. Sobre esta inviabilidad de promover la división, REYES MONTERREAL (*op. cit.*, pág. 34) sostenía que, vigente el matrimonio, no hay posibilidad de hacer desaparecer la comunidad de gananciales, ni de modificar su régimen, por cuanto que «todo ello constituye la esencia misma de esta institución, que mira prevalentemente al interés familiar, cualquiera que sean las privadas pretensiones de los asociados».

¹⁹⁵ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, Vol. IV, *cit.*, pág. 189.

¹⁹⁶ REYES MONTERREAL, *op. cit.*, pág. 33.

ROCA SASTRE defendía que vigente la sociedad de gananciales las cuotas son tan solo un módulo cuantitativo a efectos de concretar la parte que corresponderá a los cónyuges o sus herederos en cuanto a las ganancias resultantes de la liquidación¹⁹⁷.

LACRUZ, quien colegía, en 1950, que la sociedad ganancial era una comunidad sobre un patrimonio dinámico, exponía que el concepto de cuota intelectual es necesario para obviar la asimilación de la titularidad común a una solidaria, inferencia a la que no obsta que las participaciones de los cónyuges en la comunidad conyugal estén sustraídas al tráfico, dado que tienen existencia actual. En su criterio, las cuotas son el índice del futuro reparto, pero, igualmente, la medida aritmética del derecho de cada cónyuge en todo momento, y, por tanto, el modo de concretar el valor que en un momento puntual tiene su parte en la sociedad ganancial¹⁹⁸.

Si entendemos que subsistente la sociedad, por imperativo legal, concurren en la propiedad del patrimonio social los dos cónyuges, únicos sujetos de derecho, teniendo en cuenta que la comunidad conyugal carece de personalidad jurídica, es claro que la noción de cuota subyace en cierta forma en el entramado ganancial. Pertenece a cada cónyuge, así, por fuerza, la *mitad* del acervo consorcial en su conjunto (no realizable ni enajenable), dominio este que emergerá en fase de liquidación mediante las pertinentes adjudicaciones de bienes gananciales singulares.

Como se ha expuesto, la argumentación que se opone frente a la tesis de la comunidad romana una vez entrada en vigor la reforma de 1981 reproduce, fundamentalmente, los reparos expuestos previamente por la doctrina tradicional. Se insiste en la inexistencia de cuotas intelectuales o ideales sobre bienes concretos en el sistema ganancial, facilitándose, según GARRIDO DE PALMA, a partir de esta premisa, la comprensión de los artículos 1379 y 1380, relativos a la disposición testamentaria por un cónyuge de su parte ganancial global y de un bien ganancial concreto, respectivamente¹⁹⁹.

¹⁹⁷ ROCA SASTRE, Ramón María, «La comunidad de gananciales: destino de éstos en caso de renuncia», *RCDI*, n.º 63, marzo de 1930, pág. 166.

¹⁹⁸ LACRUZ BERDEJO, «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código civil», *RGLJ*, T. XIX, 1950, pág. 31 de la versión electrónica obrante en vlex.com (VLEX-282686).

¹⁹⁹ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, «El matrimonio y su régimen económico», en ESPÍN CÁNOVAS *et al.*, *El nuevo Derecho de familia español*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1982, pág. 175. En parecido sentido, Javier BARCELÓ DOMÉNECH [en «De la sociedad de gananciales. Sección primera (Disposiciones generales)», en RAMS ALBESA, Joaquín José, y MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coords.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código civil: Especial*

Alineándose con esta posición que excluye una titularidad ganancial por cuotas, ALBALADEJO dice que los bienes gananciales pertenecen globalmente a los cónyuges, en mano común, no pudiendo los interesados solicitar a su voluntad la división, imposible vigente la sociedad ganancial y que se produce al extinguirse esta, aplicándose esos bienes consorciales a las necesidades de los cónyuges condueños y de los demás miembros de la familia, sin que cada cónyuge tenga el límite de no poder sobrepasar la mitad del total²⁰⁰.

La opción por la tesis de la proindivisión ordinaria para calificar la naturaleza de la comunidad conyugal es sostenida por GUILARTE GUTIÉRREZ, que aduce que carece de rigor técnico consagrar como norma la configuración de aquella como comunidad germánica, que se asumió para evitar que cada cónyuge dispusiera de su mitad en el patrimonio social o en los bienes singulares que lo conforman. Pone de manifiesto este autor la incompatibilidad entre los presupuestos de las colectividades en mano común y la sociedad conyugal tras la reforma de 1981, que es disociativa y en la que prevalece la capacidad individual de los cónyuges en los aspectos de gestión y responsabilidad patrimonial. Para GUILARTE es preciso aceptar la idea de cuota sobre el patrimonio común total y que se refleja en la detentación individual de cada bien, siendo la misma individualmente indisponible, constatándose positivamente esa noción, en su opinión, en el artículo 1373 del Código civil. Apunta el citado civilista, asimismo, en apoyo de su teoría, la sustitución del principio jerárquico por el régimen democrático en la gestión del consorcio y las facilidades legales para proceder a la disolución del régimen ganancial²⁰¹.

Entre otros aspectos que alejarían a la sociedad ganancial de la comunidad germánica, se alega que el patrimonio ganancial constituye un patrimonio «por mitad», lo que implica «cuota» por definición, siendo accidental que los cónyuges no puedan disponer de su cuota, que los partícipes tienen la facultad de disolver la comunidad en cualquier momento (lo que cabe incluso, indirectamente, por la actuación de uno *ex*

consideración de la doctrina jurisprudencial), Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 242] asevera que, a diferencia de la cuota de propiedad que tiene el copropietario de un objeto determinado, y que integra, junto con el resto de sus bienes, su patrimonio privativo, aunque los cónyuges son dueños de los bienes, no obstante la cuota no se proyecta sobre cada uno de aquellos, manifestándose tan solo respecto al patrimonio separado compuesto por el conjunto de bienes gananciales.

²⁰⁰ ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho civil, IV (Derecho de familia)*, 5.ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1991, págs. 169-170. Cfr., asimismo, ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, Vol. IV (Familia), 6.ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, págs. 208 y 209.

²⁰¹ GUILARTE GUTIÉRREZ, «La naturaleza de la actual sociedad de gananciales», *ADC*, T. XLV-III, 1992, págs. 925-927.

artículo 1373) o que pueden concretar de modo instantáneo sus cuotas sobre bienes determinados²⁰².

La regulación vigente de la sociedad de gananciales, como también ocurría con la derogada, no permite concluir que, constante el consorcio, exista una comunidad ordinaria respecto de la masa común, en la medida en que de la disciplina positiva que norma el régimen ganancial no se deriva que a los cónyuges les corresponde una cuota de cada uno de los elementos que integran ese caudal, sino que estos ostentan un derecho que afecta indeterminadamente al objeto, proyectándose su participación sobre el conjunto del acervo social. Deviene inviable, por tanto, en la comunidad ganancial que los comuneros dispongan de su participación en la misma, indisociable de su condición de cónyuges, y la cual se hará efectiva solo después de la liquidación de la sociedad conyugal, y, en fin, que ejerciten individualmente la acción de división del patrimonio común, características todas ellas inmanentes a la comunidad romana. Esta coyuntura impide, irreversiblemente, la subsunción de la titularidad ganancial en la tipología enunciada, con independencia de que se propugne, por algún sector doctrinal, por razones de distinto signo, la pertinencia o conveniencia de considerar la existencia de un condominio ordinario actual de los cónyuges sobre los bienes gananciales.

Dicho lo cual, no debemos dejar de insistir en que en sede ganancial no puede hacerse una completa abstracción de la idea de cuota intelectual, en el sentido romano, porque, durante la sociedad, es absolutamente viable, con arreglo a las reglas legales de aplicación, la concreción económica de la participación que en un momento puntual le corresponde a cada uno de los dos partícipes en el caudal ganancial. Por lo demás, una vez disuelta la sociedad, en la fase de liquidación, ese concepto de cuota adquiere pleno significado, atribuyéndose, así, a los cónyuges (o excónyuges) por mitad el remanente ganancial.

²⁰² Expresa esta argumentación Tomás GIMÉNEZ DUART [en «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge (ensayo contra el artículo 1322)», *AAMN*, T. XXVIII, 1988, págs. 15 y 16 de la versión electrónica obrante en *vlex.com* (VLEX-247329)], para el que la sociedad de gananciales es «una comunidad romana sobre un patrimonio dinámico de destino, caracterizada por la indivisibilidad e indisponibilidad individual y por la no atribución de cuotas sobre cada uno de sus singulares componentes que, en consecuencia, pertenecen a ambos cónyuges en mano común», *ibíd.*, pág. 17.

Si bien esta definición de la comunidad conyugal podría suscribirse en términos generales, por cuanto que los rasgos que se relacionan en la misma conforman objetivamente la fisonomía ganancial, no podemos dejar de mencionar que esas características de la sociedad ganancial que se enumeran parecen absolutamente ajenas a los parámetros nucleares clásicos del condominio ordinario y, contrariamente, más próximas a las notas que perfilan la naturaleza germánica de la comunidad.

Finalmente, es preciso convenir que una hipotética incardinación de la sociedad de gananciales en la comunidad ordinaria simplificaría notablemente el exasperante y arduo cauce procesal previsto legalmente para que los terceros puedan realizar bienes gananciales cuando no se acredite la responsabilidad *ad extra* de la masa consorcial si el débito se contrajo separadamente o, en el caso de deudas externamente privativas, en defecto o por insuficiencia de bienes propios. De acuerdo con el artículo 541.2 y 3 de la norma procesal civil, si lo instare el cónyuge no deudor, aquellos se verán obligados a sufrir un interminable proceso liquidatorio de la masa ganancial, con suspensión de la ejecución respecto de los bienes comunes, para, finalmente, poder trabar y ejecutar, eventualmente, la parte que se adjudique al deudor²⁰³.

2.2.3. La teoría de la comunidad diferida

Esta tesis, preconizada, fundamentalmente, en el ámbito notarial, partiendo de la desvinculación inicial entre la naturaleza ganancial de un bien y su titularidad sustantiva, en esencia, discrepa de la existencia de una comunidad actual sobre los bienes gananciales y difiere la misma al momento de la liquidación del consorcio²⁰⁴.

GARRIDO CERDA, interpretando el tenor literal del artículo 1344, infiere que lo que se hace común en la sociedad de gananciales no son los bienes y derechos existentes en el consorcio, sino los beneficios y ganancias que obtienen los cónyuges, lo que configura una comunidad en sentido económico, exigiendo la libertad e independencia de aquellos que los bienes y derechos que adquiere cada uno de ellos, al margen de su condición de gananciales, pertenezca al mismo. La familia continúa

²⁰³ Considera GUILARTE GUTIÉRREZ (en «La sociedad de gananciales: caducidad de un modelo», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 4, septiembre 2004, págs. 204-207) que la alteración de la naturaleza de la sociedad conyugal y su conceptualización como comunidad ordinaria permitiría eludir algunas de las disfunciones perniciosas del sistema, simplificándose, así, la complejidad del tratamiento registral de los bienes conyugales por lo que respecta a su inscripción y tráfico y a las consecuencias dimanantes de la crisis patrimonial familiar que origina el embargo de aquellos, e, igualmente, evitando la necesidad de liquidar el consorcio conyugal para que pueda surgir una propiedad actual y concreta sobre determinados bienes en los que materializar la traba por los acreedores por deudas de uno solo de los cónyuges. Colige GUILARTE que es inasumible el sistema de realización articulado por el legislador que obliga a la liquidación del acervo ganancial si lo quiere el otro cónyuge (arts. 1373 CC, 541 LEC y 77 Ley Concursal).

²⁰⁴ Para Santiago ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA (en «Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias», *RDN*, n.º 116, abril-junio 1982, págs. 35 y 36) la sociedad de gananciales se convierte en comunidad en el momento de su disolución, siendo, en su fase dinámica, una masa de bienes calificados como gananciales, integrada en o por dos patrimonios separados gananciales, de marido y mujer, produciéndose la comunicación de bienes en el momento de disolución del matrimonio.

siendo un centro de imputación de intereses, que se asumen por titularidades a su servicio²⁰⁵.

El artículo 1344 del Código civil no contiene, genuinamente, un concepto de lo que es la sociedad de gananciales, limitándose a determinar los efectos derivados de ella, es decir, la generación de una comunidad actual respecto de los bienes gananciales obtenidos durante su vigencia y su atribución de forma igualitaria una vez disuelta la sociedad.

El texto definitivo del precepto se distingue en su tenor de la redacción del mismo contenida en el Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, estableciéndose en esa versión inicial del artículo que «*en la sociedad de gananciales los bienes de este carácter se hacen comunes a marido y mujer y les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella*»²⁰⁶.

La redacción final de la disposición no varía sustantivamente de la propuesta en el Proyecto de ley, limitándose a perfilar, de modo más detallado y con una mejor técnica legislativa, los efectos antes reseñados de la comunidad consorcial, aproximándose la estructura final del precepto a lo que disponía el originario artículo 1392, que estuvo en vigor 92 años. No hay que obviar, lógicamente, dos matices diferenciales, el primero referido al hecho de que en la norma derogada literalmente se

²⁰⁵ GARRIDO CERDA, Emilio, «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *AAMN*, T. XXV, 1983, pág. 6 de la versión electrónica obrante en vlex.com (VLEX-233221). A juicio de aquel, en el régimen ganancial, la titularidad de los bienes corresponde a los cónyuges, individual o conjuntamente en *pro indiviso*, según quien los haya aportado a la sociedad. Postula que el consentimiento para la disposición cuando el bien está titulado a favor del otro cónyuge se restringe a un derecho de control, mediante el oportuno asentimiento, como requisito para la validez del acto. Aduce que en el art. 1377.2 el consentimiento es asentimiento-control, pudiendo suplirse judicialmente a instancia del cónyuge titular del consentimiento-iniciativa, en tanto que en el art. 1388 el consentimiento es consentimiento-iniciativa-disposición, de forma que cuando el cónyuge titular del bien esté impedido para prestarlo el no titular debe solicitar al Juez que le transfiera la administración de los bienes gananciales, *ibíd.*, págs. 11, 19 y 21. Disiente de esta exégesis GIMÉNEZ DUART (en «La adquisición y disposición...», *cit.*, pág. 12 de la versión electrónica referida), resaltando que el art. 1377 no autoriza a discernir entre consentimiento-iniciativa y consentimiento-control, en tanto que el precepto utiliza las expresiones «ambos cónyuges» y «si uno lo negare», y que, por su parte, el art. 1388 se ocupa de la autorización judicial genérica para actos de administración en supuestos de anormalidad matrimonial no jurídicamente declarada, debiendo ponerse en relación esta norma con el art. 1376.

²⁰⁶ Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 71-I, de 14 de septiembre de 1979, pág. 328. La modificación del tenor del art. 1344 propuesto en el Proyecto de ley fue producto de la aceptación de la enmienda n.º 414 del Grupo Centrista-UCD, en cuya motivación se acogía el propósito de destacar la condición abstractamente común de los bienes durante la vigencia de la sociedad legal, sin imputación de cuotas concretas en bienes determinados y la atribución por mitad al tiempo de la disolución [*Código Civil (Reformas 1978-1983). Trabajos Parlamentarios*, I, Cortes Generales, Madrid, 1985, pág. 343].

difería la situación de comunidad sobre los bienes gananciales a la disolución del matrimonio, y consistiendo el segundo en que, dada la imposibilidad de mutación del régimen económico durante el matrimonio, la atribución de los bienes comunes se operaba necesariamente cuando se disolvía este.

A favor de la existencia de comunicación constante la sociedad ganancial y, por tanto, de la comunidad actual durante su vigencia, MAS BADÍA esgrime que la atribución de ganancialidad afecta a la titularidad sustantiva de los bienes, que se resuelve en un supuesto de comunidad, negando que sea de naturaleza germánica, mientras que la titularidad formal incide en la legitimación, en la concesión de poderes gestores y dispositivos, cuyo fundamento está en la apariencia que genera confianza en los terceros y en la conveniencia de agilizar el tráfico y proveer de un crédito mayor a los cónyuges²⁰⁷.

También para BLANQUER UBEROS el artículo 1344 afirma el nacimiento, constante el matrimonio, y mediante la sociedad de gananciales, de una comunidad actual entre cónyuges sobre las ganancias o beneficios obtenidos, siendo coherente con la idea de sociedad que se sitúe en el momento de la disolución del régimen consorcial la atribución efectiva y definitiva de la parte de cada cónyuge en las ganancias²⁰⁸.

Por su parte, GUILARTE GUTIÉRREZ cuestiona que el régimen de gananciales constituya un sistema en el que lo único común sean las ganancias ulteriores y no los propios bienes vigente la sociedad, lo que el legislador podría haber verificado sancionando el régimen de separación o participación como supletorio, manteniéndose, contrariamente, un régimen de tipo comunitario, que no resulta inteligible desde una óptica disociativa durante el consorcio²⁰⁹.

Aunque no haya ganancias en sentido económico, habrá bienes gananciales en tanto se verifiquen los criterios legales de atribución al patrimonio común, no procediendo discernir dos conceptos de bienes gananciales, uno, constante la comunidad, y otro, a su disolución, existiendo gananciales en todo momento por

²⁰⁷ MAS BADÍA, M.^a Dolores, *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales*, Tirant lo Blanch y Universitat de València, Valencia, 1999, pág. 55.

²⁰⁸ BLANQUER UBEROS, Roberto, «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones», *AAMN*, T. XXV, 1983, pág. 5 de la versión electrónica obrante en vlex.com (VLEX-233220).

²⁰⁹ GUILARTE GUTIÉRREZ, «La naturaleza de la actual...», *cit.*, págs. 923-924.

determinación legal, incluso como remanente después de satisfacer obligaciones y cargas, y que surgen como consecuencia del ahorro y reinversión de los cónyuges, concretándose en el momento liquidatorio de modo definitivo el activo de la sociedad²¹⁰.

La cotitularidad material de los cónyuges sobre los bienes gananciales se opera desde el instante en que, conforme a los preceptos de aplicación (arts. 1347 y ss. CC), aquellos adquieren esa condición, al margen de que cualquiera de los partícipes ostente un dominio meramente formal de elementos que, al tener carácter ganancial por imperativo legal, integren de modo aparente su patrimonio privativo. No compartimos que se sostenga que solo existen bienes gananciales si en la liquidación de la comunidad conyugal el activo supera al pasivo. Como es evidente, una vez que ha tenido lugar la liquidación de la sociedad, podrá no existir remanente para repartir entre los cónyuges por la insuficiencia del acervo para atender el pasivo ganancial, o bien, como producto de las adjudicaciones que acontezcan, surgirá una titularidad distinta, autónoma o proindiviso, sobre bienes que ya no tendrán la consideración de consorciales. Pero esto no excluye, en todo caso, la preexistencia de bienes comunes durante el consorcio y la conformación de una comunidad entre los partícipes en relación con ellos, conclusión a la que no obsta que el pasivo ganancial exceda del activo social, circunstancia esta que no afecta en nada al régimen de la propiedad ganancial antes de la disolución de la comunidad y que únicamente incidirá en la existencia o no de ganancias y beneficios desde una óptica económica.

Se opone a la comunidad actual sobre los bienes gananciales que la consideración de estos como universalidad o *corpus* lo que implica es una unidad de destino, pero no que respecto de cada uno de los bienes exista una cotitularidad, contemplando el Código que aquellos pertenecen a la sociedad, con independencia de quién sea su titular, y no que los adquiridos por uno solo de los cónyuges, por el simple hecho de ser gananciales, devengan comunes²¹¹.

²¹⁰ DE LOS MOZOS, «Capítulo IV», *Comentarios al Código Civil...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 55.

²¹¹ MARTÍNEZ SANCHÍZ, José Ángel, «Casos dudosos de bienes privativos y gananciales», *AAMN*, T. XXVI, 1985, pág. 3 de la versión electrónica obrante en vlex.com (VLEX-233217). Concluye este autor que, por tanto, la ganancialidad no equivale a comunidad.

Sin embargo, ganancialidad y cotitularidad son dos conceptos indisociables en el sistema consorcial, en línea con lo previamente expresado, porque la pertenencia de los bienes a la sociedad de gananciales implica ineludiblemente la generación de una comunidad integrada por los cónyuges sobre ellos, tal como prescribe el artículo 1344, en relación, a su vez, con los artículos 1347 y siguientes, titularidad que no puede detentar la propia sociedad, dado que carece de personalidad jurídica, y que, en consecuencia, corresponde materialmente a los partícipes. Resulta irrelevante que la titularidad formal de los bienes gananciales no refleje la adscripción de estos a la comunidad conyugal, algo plenamente coherente con la amplia autonomía con la que se desenvuelven los cónyuges en el tráfico jurídico, que va a implicar con frecuencia la desagregación formal o aparente de consorcialidad y comunidad.

2.2.4. El encuadramiento de la sociedad de gananciales en la comunidad germánica o en mano común

La comunidad germánica o en mano común (*zur gesamten Hand*) atiende al principio colectivista característico del Derecho germánico, existiendo un único derecho total con una pluralidad de titulares, los cuales carecen de toda autonomía e independencia, no pudiendo disponer de su parte ni ejercitar la acción de división, faltando el concepto de cuota propio de la comunidad romana²¹².

La propiedad germánica no es una forma de cotitularidad insólita en el Derecho español y exclusivamente aplicable a la sociedad de gananciales, calificándose como comunidad en mano común, por ej., la comunidad hereditaria o las comunidades de pastos (arts. 600 a 602 *ex* Código civil).

Respecto de la primera, producido el fenómeno sucesorio, los coherederos ostentan derechos indeterminados o participaciones abstractas sobre el conjunto patrimonial relicto en tanto no se practique la partición, sin que sea factible que durante la indivisión de la herencia aquellos dispongan a título individual de sus derechos en

²¹² BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes...*, *cit.*, págs. 79 y ss. Afirma BELTRÁN (*ibíd.*, págs. 80 y 82) que la única titularidad de los comuneros no es en cuanto individuos titulares de un propio derecho, sino en cuanto a miembros del grupo social, concluyendo que la colectividad como tal es la que tiene la propiedad de los bienes comunes y, consecuentemente, es ella quien tiene el poder de disfrute y disposición de aquellos, siendo la organización más fuerte que en la comunidad romana, «*porque una de sus características más importantes, es, precisamente, la cohesión e indisolubilidad del grupo social*».

bienes concretos de la misma porque, a diferencia de lo que ocurre en el condominio romano, no son titulares de una cuota fija y determinada de los bienes hereditarios²¹³.

En cuanto a las comunidades de pastos, la jurisprudencia ha venido reconociendo su naturaleza de propiedad en mano común, siendo sus características esenciales el que los condóminos suelen tener vínculos personales de vecindad, la indeterminación y variabilidad del número de titulares por esa razón, de forma que existe una falta de delimitación precisa del disfrute o aprovechamiento, con ausencia de cuotas en sentido romano, inalienabilidad de la participación del comunero e indisolubilidad de la comunidad²¹⁴.

GARCÍA-GRANERO define la comunidad en mano común como una situación de cotitularidad en virtud de la cual un derecho o, más frecuentemente, un ente patrimonial, pertenece indiviso y conjuntamente a varios sujetos, unidos por un vínculo personal, de manera que solo colectivamente se hallan autorizados para el ejercicio de las potestades jurídicas que les han sido atribuidas²¹⁵.

Contrariamente, en el Derecho romano, en el sentido expresado, en la comunidad *pro indiviso* la titularidad de cada uno de los condóminos se concreta a una parte ideal o cuota de la cosa²¹⁶.

La inexistencia de cuotas en la comunidad germánica, a la que se adscribe mayoritariamente la sociedad conyugal, repercute en la responsabilidad de los bienes gananciales frente a terceros, en la medida en que, evidentemente, al no ser los cónyuges titulares de porciones ideales de la propiedad de los bienes y derechos comunes, los acreedores de aquellos, gananciales o privativos, no podrán agredir

²¹³ Cfr. SSTS de 25 de mayo de 1992 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1992:4188), 19 de junio de 1995 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1995:11058) y 5 de noviembre de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2004:7148).

²¹⁴ STS de 2 de febrero de 1965 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1965:41). En parecido sentido, STS de 23 de octubre de 1964 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1964:118).

²¹⁵ GARCÍA-GRANERO, Juan, «Cotitularidad y comunidad Gesamte Hand o comunidad en mano común», *RCDI*, n.º 215, 1946, pág. 227.

²¹⁶ D'ORS, *Derecho privado...*, *cit.*, pág. 244. Con relación a la génesis del condominio, remarca D'ORS que puede producirse por un acto voluntario de varios socios que ponen sus bienes en común, transfiriéndose recíprocamente partes proporcionales de su propiedad; por la adquisición conjunta de una misma cosa o por confusión material de cosas fungibles irreversible, significando que cuando la situación de condominio tiene lugar de modo involuntario estamos en presencia de una comunidad incidental («*communio incidens*»).

En este régimen de propiedad indivisa, que predominaba en la época clásica, conforme indica GARCÍA GARRIDO (en *Diccionario de jurisprudencia romana*, Ed. Dykinson, Madrid, 1982, pág. 75), cada condueño, al ser titular de una cuota ideal, disponía libremente de la misma y participa en beneficios y cargas de la cosa común proporcionalmente a su cuota.

directamente, vigente aquella, la parte que le corresponde a estos en el patrimonio social. En concreto, de tratarse de débitos privativos, debe procederse, si lo insta el cónyuge no deudor ante el embargo de activo ganancial, a la disolución y liquidación del consorcio para que pueda concretarse la parte del haber común que pertenece al deudor, la cual, una vez determinada, quedará afectada a la potencial acción ejecutiva de los acreedores²¹⁷.

Por su parte, LACRUZ concluye que es exacto contemplar la sociedad de gananciales como una comunidad germánica. Matiza, no obstante, que esta catalogación no es precisa, debiendo concretarse que en la comunidad conyugal, que no es un sujeto de derecho, el consorcio es accesorio al matrimonio, por lo que la cuota de comunero y el patrimonio conyugal en sí son inalienables, recayendo las cuotas de los partícipes, no sobre cada uno de los bienes que integran el acervo social, sino que se manifiestan en relación al patrimonio separado compuesto por el conjunto de los elementos gananciales²¹⁸.

Parecida argumentación esgrime DE LOS MOZOS, para quien el patrimonio de la sociedad de gananciales conforma un patrimonio en comunidad, no una comunidad de bienes, recayendo la comunidad sobre un patrimonio separado, dado que no se confunde con los patrimonios privativos de los cónyuges. Responde, a su juicio, a la idea vaga de la comunidad de tipo germánico, cuya característica esencial consiste en que un cónyuge no puede disponer por sí solo, por acto *inter vivos*, de la mitad indivisa de los bienes comunes y en que aquel se halla obligado a permanecer en la comunidad

²¹⁷ Sobre este aspecto, ROCA SASTRE (en «La comunidad de gananciales...», *cit.*, págs. 167-168) reseña que, al contrario que en la copropiedad romana, en la comunidad germánica los partícipes están unidos por un vínculo personal, por relaciones jurídicas, contractuales o legales, de carácter estatutario, extendiéndose el derecho de los comuneros en la propiedad mancomunada a la cosa entera y no a una fracción, y, aun cuando deviene necesaria la fijación de las participaciones en forma de cuotas, estas no recaen sobre el objeto en sí, sino sobre su valor patrimonial. Así, cada partícipe tiene derecho a una parte del producto de la liquidación de la comunidad, no del resultado bruto de la división, en tanto en cuanto debe procederse a la previa deducción de deudas, de tal manera que el acreedor de un comunero solo puede embargar la parte del activo que se adjudique a este en la liquidación.

²¹⁸ LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, págs. 393-394. También Louis JOSSERAND [en *Derecho Civil* (revisado por André BRUN), T. III, Vol. I (*Los regímenes matrimoniales*), Bosch y Cía.-Editores, Buenos Aires, 1951, pág. 17; y en *Cours de Droit Civil Positif Français (conforme aux programmes officiels des Facultés de Droit. Mis au courant des lois, des décrets-lois, de la jurisprudence et de la doctrine)*, T. III (*Les régimes matrimoniaux. Les successions légales. Les libéralités*), 3.ª ed., Librairie du Recueil Sirey, París, 1940, págs. 13-14], en relación con la comunidad legal (*communauté légale*) del Derecho francés, destaca que los bienes que componen la comunidad conyugal están destinados a un objeto, componiendo un patrimonio distinto respecto al de los cónyuges, que constituye una propiedad en mano común, siendo una comunidad activa y no personificada, provista de cierta individualidad y perteneciente a las personas físicas de los esposos.

mientras la misma no se disuelva en los casos legalmente previstos (arts. 1392, 1393 y 1373 CC)²¹⁹.

La pertinaz invocación de la naturaleza germánica de la comunidad conyugal, que debería superarse, como hemos avanzado, no es un aspecto anecdótico desde la perspectiva de la responsabilidad directa de la sociedad legal, sino más bien un asunto capital, cuya virtualidad no se restringe solo al área de la dogmática jurídica. De este modo, tal adscripción determina la forma en que se ejecutarán los bienes comunes por los débitos, gananciales o privativos, contraídos individualmente por los cónyuges y, asimismo, aquella catalogación repercutirá en la estrategia defensiva procesal que podrá desplegar el cónyuge no deudor en relación con la masa social, negando a este *prima facie* la legitimación como tercerista.

En la misma línea, LASARTE propugna que, tras la reforma de 1981, debe seguirse la idea mayoritaria de que la sociedad de gananciales integra un subtipo de la situación de comunidad en mano común. Aduce, como fundamento de esta postura, la reiterada supresión de la supletoriedad de las normas del contrato de sociedad que establecía la normativa derogada y el hecho de que en la caracterización inicial de la sociedad ganancial (art. 1344) se concreta que, mediante ella, se hacen *comunes* para el marido y la mujer las ganancias o beneficios, que les serán atribuidos por mitad al disolverse la sociedad²²⁰.

²¹⁹ DE LOS MOZOS, «Capítulo IV», *Comentarios al Código Civil...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, págs. 57-59. Arguye DE LOS MOZOS que la inalienabilidad de la condición de comunero viene dada porque es accesoria de la cualidad de cónyuge y que el patrimonio ganancial se halla afecto a una responsabilidad diversa de la responsabilidad general de los patrimonios personales, a los que sustituye en el levantamiento de cargas matrimoniales y personales, en interés del consorcio, rechazando el carácter autónomo de la masa ganancial por falta de personalidad jurídica independiente, materializándose, así, el derecho *pro parte* sobre los bienes singulares que componen el patrimonio social. Entiende, igualmente, que la sociedad de gananciales es una comunidad germánica Luis MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (en «Normativa supletoria de la sociedad irregular y de la sociedad legal de gananciales», *ADC*, T. XXXVIII-I, 1985, pág. 52), aduciendo la inexistencia de cuotas, la indivisibilidad de la comunidad de gananciales mientras subsista el vínculo entre los cónyuges y la vinculación personal de economía única y de vida común de aquellos, que los convierte en titulares personalísimos y conjuntos de la masa ganancial, rasgos estos que son consecuencia de la finalidad extraindividual del matrimonio.

²²⁰ LASARTE ÁLVAREZ, *Principios...*, VI, *cit.*, pág. 197. Añade LASARTE que el mantenimiento de la expresión «sociedad de gananciales» cabe entenderlo como un «*un tributo histórico a un régimen económico-matrimonial sobre cuyo arraigo social no es necesario extenderse*». De la revisión de la jurisprudencia del TS, infiere MAS BADÍA [en «La disposición mortis causa de bienes gananciales», en LLEDÓ YAGÜE, FERRER VANRELL y TORRES LANA (Dirs.) y MONJE BALMASEDA (Coord.), *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, T. I, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pág. 330] que la teoría de la comunidad germánica se caracteriza por una función ancilar, tratándose de excluir la existencia de una comunidad ordinaria sobre el caudal ganancial y la consecuente disponibilidad de cuotas.

A pesar de que algunos rasgos propios de la comunidad en mano común no concurren en la sociedad de gananciales, se apuntaba, bajo la normativa derogada, que los elementos fundamentales de esa institución se mantienen inalterados, expresando que las cosas pertenecen a un patrimonio autónomo, separado y común, que la administración se atribuye a un órgano especial de dirección, el cual actúa en nombre de los partícipes, y, por último, que no existe la *actio communi dividundo* a efectos de dar calidad inmediata a las participaciones de los socios²²¹.

Sin embargo, no faltó quien, igualmente estando vigente la regulación inicial del Código civil, rehusaba integrar la sociedad de gananciales en la propiedad en mano común, argumentando que la mujer, durante el matrimonio, no ostentaba titularidad real *in actu* o en ejercicio sobre el patrimonio común, sino meramente potencial o *in habitu*, pasando ese dominio eventual de la potencialidad al acto al disolverse y liquidarse la sociedad conyugal²²².

En relación con la naturaleza jurídica del consorcio, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución de fecha 17 de noviembre de 1917, esbozaba ya que la sociedad legal integra una comunidad en mano común, incidiendo en que *«dicha sociedad, al disolverse el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, concluye, no en el sentido de terminarse la especial afectación de los bienes gananciales a las responsabilidades correspondientes, sino en el de transformarse la comunidad familiar, sin cuotas determinadas ni valores económicos independientes, en participaciones proindiviso de la total masa, que forma una cosa universal susceptible de entrar como objeto en la relación jurídica»*²²³.

²²¹ PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español*, T. IV (*Familia y Sucesiones*), Vol. I, Ediciones Nauta, Barcelona, 1966, págs. 182-183.

²²² LEZÓN, Manuel, «Efectos de la renuncia de gananciales por los herederos de uno de los cónyuges.- Insistimos», *RCDI*, n.º 60, 1929, pág. 900.

²²³ RDGRN de 17 de noviembre de 1917 (*Gaceta de Madrid* n.º 341, de 7 de diciembre de 1917, págs. 535-536). A su vez, en la RDGRN de 30 de junio de 1927 (*Gaceta de Madrid* n.º 260, de 17 de septiembre de 1927, págs. 1570-1572) se infiere con mayor claridad la posición del Centro Directivo, al afirmarse que *«entre las distintas construcciones jurídicas con que la técnica moderna trata de explicar la situación jurídica de la llamada sociedad de gananciales, parece ajustarse a los dictados de nuestro derecho positivo la que admite una especie de mancomunidad de bienes entre marido y mujer sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división mientras dura la vida común y con atribución de los poderes de disposición a título oneroso, y en ocasiones a título lucrativo, al mismo marido, como jefe económico de la familia, y excepcionalmente a la mujer (...) situación esencialmente distinta de la propiedad proindiviso romana, con cuotas definidas, sujeción al voto de la mayoría y acción para pedir la división de cosa común»*. Cfr., asimismo, RDGRN de 12 de diciembre de 1935 (*Gaceta de Madrid* n.º 365, de 31 de diciembre de 1935, págs. 2753-2756).

El Centro Directivo continúa propugnando la catalogación de la sociedad de gananciales como una comunidad en mano común. De forma descriptiva, sin utilizar esa denominación, la Resolución de 12 de julio de 1999 expresa que *«tratándose de la sociedad de gananciales, los cónyuges no tienen un derecho individual en cada uno de los diferentes bienes que la integran, del que puedan disponer separadamente, sino que la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, esto es, como conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación»*²²⁴.

Por su parte, el Tribunal Supremo, de un modo más tardío que la Dirección General de los Registros y del Notariado, también asumió como propia la conclusión sobre la naturaleza jurídica de la sociedad ganancial que mantenía el Centro Directivo.

Como demostrativa de la expresa asunción de la subsunción de la institución en la comunidad en mano común, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1965, que, en un razonamiento que se reproduce, indica que *«en nuestro Derecho existe vigente, casi siempre a título supletorio, el régimen legal de gananciales como una consecuencia del matrimonio, el que constituye su razón de ser, hasta el punto que aquél no puede darse sin la existencia y subsistencia del vínculo matrimonial, porque la comunidad de adquisiciones entre los cónyuges que dicho régimen implica -comunidad en mano común, según la técnica germánica y las orientaciones de la moderna doctrina científica- nace por el sólo hecho del matrimonio y desde el momento de su celebración, cual previene el artículo 1.393 del Código Civil»*²²⁵.

El socorrido recurso a la condición germánica de la comunidad ganancial para frustrar la viabilidad de una tercería de dominio ejercitada por el cónyuge no deudor respecto de los bienes comunes trabados, constante el consorcio, por débitos de su consorte se refleja habitualmente en la jurisprudencia.

²²⁴ RDGRN de 12 de julio de 1999 (RJ 1999\4756). La calificación de la sociedad ganancial como comunidad germánica es ratificada por la RDGRN de 19 de junio de 2010 (RJ 2010\3758), reproduciendo doctrina previa, que habla de la *«especial naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, calificada, como se ha dicho, de comunidad germánica, con la sujeción de los bienes a un especial régimen de responsabilidad»*. En esta línea, cfr. RRDGRN de 4 de octubre de 2012 (RJ 2012\10966), 4 de agosto de 2014 (RJ 2014\4903), 21 de mayo de 2018 (BOE n.º 139, de 8 de junio de 2018), 1 de junio de 2018 (RJ 2018\2989) y 6 de junio de 2018 (RJ 2018\3473), entre otras muchas cuya cita es ociosa.

²²⁵ STS de 4 de mayo de 1965 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1965:793).

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2001, en línea con la doctrina pacífica del Alto Tribunal, que reproduce, viene a reiterarse que la situación jurídica de la mujer en cuanto a los bienes gananciales es la propia de una propiedad en mano común de tipología germánica, la cual no permite la división en cuotas ideales e impide que cualquiera de los cónyuges tenga la conceptualización de tercero. Esto no es obstáculo para que la mujer, en el caso analizado, pueda disponer de otros procedimientos para resarcirse de las consecuencias producidas por los actos cometidos por su marido en contravención de la Ley o de sus legítimos intereses²²⁶.

El acogimiento de la tesis de la sociedad de gananciales como comunidad en mano común y el rechazo frontal de la existencia de una copropiedad ordinaria se significan de forma muy concluyente en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2018. A este respecto, apunta la resolución que *«en la sociedad de gananciales, puesto que no surge una nueva persona jurídica, ambos cónyuges son titulares de los bienes comunes, pero los diversos objetos no les pertenecen pro indiviso, sino que integran el patrimonio común, una masa patrimonial que pertenece a ambos cónyuges. Ambos cónyuges son los propietarios de cada cosa, de modo que el derecho de uno y otro, unidos, forman el derecho total, pero no son titulares de cuotas concretas sobre cada bien»*²²⁷.

No obstante, aunque la sociedad ganancial conecte con la comunidad en mano común, esencialmente atendiendo a la ausencia de cuotas indivisas en cada uno de los bienes que integran el activo social o de la acción de división de la cosa común, opinamos que esa difusa e intemporal adscripción no resuelve en absoluto la cuestión de la auténtica naturaleza jurídica de la comunidad conyugal, la cual, como diremos, está singular y exclusivamente concretada por la específica normativa del consorcio, que proporciona a este último una peculiar morfología.

²²⁶ STS de 8 de febrero de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2001:808). Es también expresiva de la postura jurisprudencial consolidada que esgrime la configuración jurídica como comunidad germánica de la institución ganancial para negar la legitimación activa del cónyuge no deudor a los efectos de promover una tercería de dominio sobre bienes comunes vigente la sociedad la STS de 13 de julio de 1988 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1988:5510), resolución que, a su vez, cita las SSTS de 26 y 29 de septiembre de 1986, 29 de diciembre de 1987 y 4 de febrero de 1988.

²²⁷ STS de 17 de enero de 2018 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2018:55). Confirma esta sentencia que durante la vigencia del consorcio no puede considerarse que cada cónyuge sea copropietario del 50% de cada bien ganancial, siendo necesario para que se produzca esa titularidad individual sobre bienes concretos la previa liquidación y división de la comunidad.

2.3. LA NATURALEZA JURÍDICA *SUI GENERIS* DE LA COMUNIDAD GANANCIAL

La permanente disensión, a partir de la aprobación del Código civil, sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales y su eventual adaptación a una u otra tipología jurídica es una cuestión cuya virtualidad, ciertamente, se ve difuminada en tanto en cuanto es la específica regulación positiva de la institución la que perfila su especial configuración y debe proporcionar la respuesta a las distintas controversias que se susciten sobre aspectos sustanciales de este régimen económico matrimonial.

En el estudio del régimen ganancial lo que deviene prioritario es ahondar en la descripción de la sociedad de gananciales a partir de los rasgos legales definidos positivamente, más que propugnar la adscripción de todo el conglomerado social a una u otra categoría jurídica preexistente como paso previo al entendimiento del consorcio. Esta incardinación, por lo demás, como dimana de lo que se ha expuesto en las páginas precedentes, resulta dificultosa, esencialmente, atendiendo a que la comunidad conyugal es una institución absolutamente singular, dotada de una particular y precisa reglamentación *ad hoc*, que no se ajusta, en puridad, genuinamente, en atención a su propia idiosincrasia, a ningún esquema jurídico conocido²²⁸.

Sin embargo, la calificación, preeminente en la doctrina judicial y científica, de la comunidad ganancial como comunidad en mano común, dada la inexistencia de titularidades indivisas, va a frustrar la agresión directa (o subsidiaria) constante el consorcio de la *mitad ganancial* del cónyuge deudor, determinando por ende el modo en que se responde por los débitos separadamente contraídos y, simultáneamente, impidiendo el ejercicio exitoso de la tercería de dominio por el cónyuge no deudor como mecanismo de tutela de los bienes comunes ante la traba del activo de la sociedad. Por tanto, la cuestión de la naturaleza jurídica de la comunidad conyugal ocupa un papel protagónico en el ámbito de la responsabilidad directa de esta, aspecto que objetivamente fundamenta la conveniencia de su análisis.

²²⁸ LACRUZ BERDEJO (en «En torno a la naturaleza jurídica...», *cit.*, pág. 22 de la versión digital) ya destacaba que lo relevante es determinar las notas que caracterizan la estructura de la sociedad de gananciales y los principios que informan su funcionamiento, sin examinar después si tales notas y principios son o no los propios de la comunidad germánica, pues, efectuada esa determinación, poco se gana con saber si los rasgos de la sociedad concuerdan con los que en el siglo XIX precisaron autores alemanes para la comunidad en mano común.

La sociedad ganancial presupone la existencia de una comunidad de vida entre los cónyuges que la integran, que responde a valores y principios morales más trascendentes que las connotaciones meramente económicas a las que se circunscribe aquella, siendo accesoria respecto del matrimonio que constituye el presupuesto de la misma, al que sirve de soporte patrimonial para la satisfacción de las cargas y necesidades de orden material de la unidad familiar.

La sociedad de gananciales no es, propiamente, una sociedad civil o una comunidad ordinaria, porque no concurren en ella, salvo exégesis forzadas de los distintos requisitos configurados legalmente en cada supuesto, los rasgos nucleares básicos de ninguna de estas dos categorías, en el sentido que hemos destacado y que se da por reproducido.

La institución ganancial es, en fin, un tipo de comunidad, inferencia que deriva ya del primer precepto de la regulación del consorcio, explicitando el artículo 1344 que *«mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella»*. La expresión *ganancias o beneficios*, que reproduce, en este punto, la dicción del derogado artículo 1392, se reintrodujo, según se ha comentado, en el curso de la tramitación parlamentaria del Proyecto de ley, como consecuencia de la aceptación de una enmienda (414) por la Comisión de Justicia del Congreso²²⁹, en sustitución de la expresión inicialmente propuesta, y equivalente, aparentemente, en la intención del legislador, de *bienes de este carácter* (gananciales). La reiterada mención es comprensiva, no de ganancias en sentido estricto (económico), concepto este que solo cobra auténtico significado al liquidarse la comunidad, cuando el activo excede del pasivo de la sociedad y se procede al reparto del remanente ganancial entre los cónyuges, a lo que no obsta que vigente aquella los beneficios sean susceptibles de ser cuantificados, sino de los bienes gananciales enumerados en el artículo 1347 y preceptos concordantes. Estos bienes, forzosamente, por imperativo legal, devienen comunes una vez obtenidos, surgiendo, por tanto, una comunidad actual

²²⁹ Cfr. *Código Civil (Reformas 1978-1983). Trabajos Parlamentarios*, I, *cit.*, pág. 343. En la justificación de la enmienda referida, como se ha dicho, se alude a una cuestión formal, cual es la intención de seguir el estilo del antiguo art. 1392, y, asimismo, a la idea de destacar la existencia de una comunidad sin cuotas concretas en los bienes constante la sociedad legal, es decir, se viene a incidir, siguiendo la doctrina científica y judicial mayoritaria, en la configuración del consorcio como una comunidad germánica.

sobre la masa ganancial, que se caracteriza por la inexistencia de cuotas ideales sobre cada uno de los elementos que integran el acervo social, como, por otra parte, se desprende del inciso segundo del precepto reseñado (art. 1344), en el que se difiere la atribución por mitad del patrimonio ganancial al momento de la liquidación, circunstancia solo compatible con la ausencia de cuotas vigente la comunidad.

Con todo, se insiste de nuevo en que la idea de cuota romana, característica de la comunidad ordinaria, está, de alguna manera, presente en la regulación de la comunidad conyugal. Conforme se ha apuntado, no cabe desconocer que durante la vigencia de la sociedad aquella noción es un parámetro que concreta el valor de la participación de cada cónyuge en la masa ganancial, perfectamente cuantificable en todo momento, y, una vez disuelto el consorcio, en fase liquidatoria, el concepto de cuota asume el protagonismo con la atribución por mitad del remanente ganancial a los partícipes.

La invocación de la naturaleza germánica de la comunidad conyugal, no enteramente rechazable, aunque solo fuera por exclusión, responde más, desde una óptica jurisprudencial, a un recurso retórico para justificar la inexistencia de cuotas individualizadas vigente la sociedad, que, por lo demás, se induce de la disciplina legal, y la inviabilidad del ejercicio de la tercería de dominio por parte del cónyuge no deudor en el supuesto de traba de bienes gananciales constante el consorcio que a una genuina y científica calificación jurídica de la institución. Aun cuando esta enlace históricamente con esa categoría difusa, en la actualidad presenta una fisonomía dibujada por una normativa precisa y específica, que no puede asimilarse perfectamente a un modelo conceptual atávico y anacrónico, poco compatible con la igualdad y creciente individualismo en su dinámica que caracteriza al sistema ganancial.

La sociedad de gananciales es, en suma, una forma de comunidad dotada de sustantividad normativa propia, no asimilable, por ello, en toda su extensión, a otro esquema jurídico predefinido. La misma está conformada por un patrimonio separado colectivo, sin atribución de cuotas, cuya titularidad es indisociable de la condición de cónyuge y, por ello, indisponible, carente de personalidad jurídica, provisto de cierta autonomía, fluctuante, preordenado legalmente a la satisfacción de las cargas matrimoniales y patrimoniales de la unidad familiar, a la que sirve instrumentalmente de soporte económico, vinculación esta que justifica, en último término, su existencia, y

caracterizado por un régimen específico de gestión, disposición, responsabilidad y liquidación²³⁰.

²³⁰ Destaca la especificidad normativa de la comunidad ganancial RAMS ALBESA (en *La sociedad...*, cit., pág. 37), a la que define como «una comunidad universal, funcional y regulada por normas propias, necesariamente vicaria de un régimen económico-matrimonial específico de comunidad, que a falta o en defecto de las normas que el ordenamiento le asigna como propias deberá integrarse con las reglas que el Código aplica a otros tipos de comunidad, según el principio de identidad de razón, conforme a lo previsto en el art. 4.º-1 del mismo y a la vista de la supresión que la reforma de 1981 ha efectuado del antiguo art. 1395».

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD GANANCIAL INTERNA Y EXTERNA

3.1. INTRODUCCIÓN

La regulación legal del régimen ganancial introducida por la reforma de 1981 contrapone expresamente los conceptos de «*cargo*» o «*cargas*» (cfr. arts. 1362, 1363, 1364, 1366, 1381, 1398.3.^a o 1403), términos comprensivos de los gastos que han de integrarse en el pasivo ganancial interno o definitivo, y «*responsabilidad*», expresión que, en sus distintas variantes, opera en la órbita externa de la comunidad y que ha de referirse a la vinculación de los bienes comunes (o, en su caso, de los privativos) a la potencial agresión de los acreedores²³¹. Los débitos que gravan directamente la masa consorcial (gananciales) solo se traducen en cargas de esta si la actuación conyugal conjunta o autónoma consentida expresamente (art. 1367) o la separada de cada partícipe en el marco de la esfera de legitimación *ad extra* individual dibujada en los artículos 1365, 1366 y 1368 del Código civil y 6 y siguientes del Código de comercio se adaptan, finalmente, a los criterios objetivos de ganancialidad pasiva definitiva contenidos en los artículos 1362, 1363, 1366 y 1371. Circunstancia esta que, con la salvedad de aquellos actos que no estén materialmente preordenados al interés de la sociedad conyugal, extremo solo valorable en la vertiente intraconyugal, ocurrirá usualmente en toda actuación regular autónoma que se adecue a esos parámetros legales de afección *erga omnes*, habida cuenta del paralelismo y práctica identidad estructural entre los preceptos nucleares que disciplinan los ámbitos interno y externo de la responsabilidad ganancial. En cualquier caso, esta correlación ordinaria no permite negar la virtualidad de la distinción entre responsabilidad interna y externa que orienta la normativa de la institución²³².

²³¹ De hecho, la estructuración dicotómica o dual del pasivo ganancial ya está presente en la propia rúbrica de la Sección del Código civil en la que se inserta la regulación de aquel (Sección tercera, Capítulo IV, Título III, Libro IV) -arts. 1362 a 1374-, idéntica, por otra parte, a la que se contenía en la redacción original del citado texto legal (antiguos arts. 1408 a 1411), que es «*De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales*». Se oponen, por tanto, *a limine*, de forma bastante evidente, los conceptos *cargas*, alusivo a la órbita interna, que engloba los desembolsos que en la fase de contribución incumben a la sociedad legal, y *obligaciones*, referente al plano externo, comprensivo de los débitos (gananciales) que afectan de manera directa el activo común frente a terceros.

²³² RAGEL SÁNCHEZ [en «La sociedad de gananciales (4)...», *cit.*, págs. 1015-1019] diferencia entre responsabilidad directa con los bienes gananciales o deuda ganancial, situación en la que el acervo común se ve afectado directamente frente a los acreedores por obligaciones contraídas por uno o ambos cónyuges y que, por tanto, se proyecta hacia el exterior (arts. 1365 a 1370 CC), y gasto de cargo de la sociedad de gananciales (que se regula en los arts. 1362 a 1364 CC), que tiene efectos tan solo entre los cónyuges y adquiere virtualidad cuando ya se ha pagado la deuda totalmente y se analiza qué patrimonio (privativos o ganancial) ha de soportar definitivamente el gasto producido. Esta dualidad entre responsabilidad provisional y definitiva es también defendida por RAMS (en *La sociedad de gananciales*, *cit.*, pág. 326), para quien en la primera el fin primario de la norma es la ampliación de la solvencia del cónyuge que contrata con terceros ajenos al consorcio, a quienes les resultan indiferentes las repercusiones contables

No obstante lo anterior, cuestiona algún autor que cargo o deuda y responsabilidad discurren en dirección diferente, menos aún cuando el artículo 1366 habla expresamente de «*ser responsabilidad y cargo*» y cuando la más elemental lógica recomienda, para soslayar un rodeo innecesario, considerar abierto para el acreedor el camino hacia los bienes comunes si se acredita que el débito es una carga de estos²³³.

La concepción del artículo 1362 como una norma cuyo alcance no se referiría solo a la relación intraconyugal, sino, asimismo, a la relación externa con los acreedores, defendida por autores como GORDILLO CAÑAS²³⁴ y VELA SÁNCHEZ²³⁵, por más que pueda coadyuvar a simplificar la comprensión del sistema

internas, y, en la segunda, el gasto o la deuda ha de imputarse en la cuenta pasiva de la masa común, correspondiendo estos desembolsos con aquellos que fundamentan la idea de deuda común. Por su parte, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (en *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 15) reitera esa dicotomía entre cargas de la sociedad o gastos que esta debe soportar, enumeradas en el art. 1362 CC, y obligaciones de la sociedad o deudas de las que responden los bienes comunes, que son las asumidas por los cónyuges si concurren ciertas circunstancias o requisitos. A su vez, Domingo BELLO JANEIRO (en *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1993, pág. 387) colige que solo aceptando esa distinción entre gastos a cargo de la sociedad de gananciales y actuaciones individuales de un cónyuge por las que se responde directamente frente al acreedor con bienes comunes o la diferencia que también tiene lugar en la situación inversa cobran virtualidad los preceptos tendentes a asegurar la intangibilidad de los patrimonios de los cónyuges y el ganancial. Por último, esa desagregación de esferas de responsabilidad es compartida por Concepción SAIZ GARCÍA (en *Acreedores de los cónyuges y régimen económico matrimonial de gananciales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 27-28), que refiere el pasivo provisional de la comunidad a las deudas cuyos acreedores pueden hacerlas efectivas directamente sobre los bienes gananciales, en tanto que el pasivo definitivo consorcial alude a los débitos que, tras ser satisfechos, voluntaria o coactivamente, por cualquiera de los patrimonios privativos conyugales, habrá de soportar el patrimonio ganancial, distinguiéndose con idénticos argumentos un pasivo provisional del patrimonio privativo y otro definitivo.

²³³ GORDILLO CAÑAS, Antonio, «El pasivo de la sociedad de gananciales: un ensayo de sistematización», *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, pág. 355. Entiende GORDILLO que “*donde hay deuda debe seguirse la responsabilidad, y donde se produce la responsabilidad es porque previamente se produjo la deuda*”.

²³⁴ En cuanto a ese criterio objetivo de ganancialidad pasiva, dice literalmente GORDILLO (*ibíd.*, pág. 356) que «*el art. 1.362, por resumir y concluir, es la norma básicamente indicadora del criterio intrínseco u objetivo de ganancialidad pasiva; cualquier otra consideración (actuación conjunta o separada) le es ajena; cualquier reducción de su alcance (cargo, no responsabilidad; relación interna, no externa; liquidación final, no exigencia inmediata) nos parece gratuita, y más violentamente incrustada en su contenido, que espontáneamente deducida de su literal y de su ratio*». Junto al reseñado criterio objetivo, a juicio de GORDILLO, la ley establece un criterio subjetivo o voluntario de ganancialidad, proyectándose la responsabilidad sobre bienes comunes, no por la naturaleza o fin del débito, sino por la voluntad de los cónyuges, la cual derivará del acuerdo común o de la actuación conjunta de un cónyuge con el consentimiento expreso del otro -arts. 1363 y 1367 CC-.

²³⁵ Asimismo, Antonio José VELA SÁNCHEZ (en *Actuación individual de los cónyuges y responsabilidad ganancial*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 10-12) defiende la existencia de un principio objetivo del pasivo ganancial, con arreglo al que endeudan y responsabilizan a la sociedad de gananciales las obligaciones que, por su origen o destino, aún generadas por la actuación exclusiva de un cónyuge, se entiendan realizadas en interés familiar, como acontece en las hipótesis de los arts. 1362, 1365, 1366, 1368, 1369, 1370 y 1371 CC. Continúa VELA argumentando que ese principio objetivo, que es una consecuencia del postulado general del Derecho *ubi emolumentum, ibi onus*, explica que, configurada objetivamente una carga ganancial definitiva, se produzca la afección directa e inmediata del haber común frente a terceros; de la misma manera, a la inversa, cuando el legislador prevé en ciertos casos la

de responsabilidad en la sociedad legal, deviene incompatible en su desarrollo con la disciplina introducida en materia de cargas y obligaciones de la comunidad conyugal por la reforma de 1981. La regulación en vigor parte de una escisión flagrante entre responsabilidad interna o definitiva y externa o directa, sin que esto, según se afirmará, presuponga desconocer su ordinaria correlación. Es decir, entre normas que operan en el ámbito *ad intra* del consorcio (arts. 1362, 1363 y 1371), referidas a aquellos gastos que son definitivamente imputables o a cargo del haber común, y preceptos que se proyectan en la esfera de las relaciones de los cónyuges con terceros (arts. 1365, 1367, 1368, 1369, 1370, 1372, 1373 y 1374), los cuales regulan exclusivamente la sujeción del patrimonio social (o, en su caso, del privativo de los cónyuges) *erga omnes* por las deudas contraídas por los partícipes en la sociedad conyugal. A su vez, el ambivalente artículo 1366 norma el cargo y la responsabilidad por los débitos extracontractuales individualmente contraídos²³⁶.

Como ya se ha señalado por la doctrina, sin necesidad de profundizar más allá, si se aceptara esa operatividad en la relación externa del artículo 1362 que se propugna minoritariamente, de modo automático se inutilizan las normas que reglamentan la vinculación frente a terceros de la masa común por la actuación separada de los cónyuges. Estas serían completamente innecesarias y redundantes en tanto que cualquier actuación individual de aquellos que se ajustara al ámbito objetivo de ganancialidad pasiva esbozado en el artículo 1362, que, como sostenemos en línea con

responsabilidad directa del patrimonio ganancial frente a los acreedores es porque va implícita en ellos una auténtica deuda social. La afección de los bienes comunes, según este autor, no exigiría actuación conjunta de los cónyuges, bastando que el cónyuge intervenga *ad extra* dentro del ámbito de legitimación prefigurado para responsabilizar a la masa común, pudiendo los acreedores sociales, quienes no tendrán que probar la naturaleza ganancial de la obligación, confiar en la apariencia de la actuación separada dentro del ámbito ordinario legalmente diseñado, y, en el caso de actuación extralimitada del cónyuge, sin datos objetivos que posibiliten que el acreedor lo adviera, el acervo consorcial responderá íntegramente, si bien la deuda, salvo que exista un beneficio efectivo ganancial, corresponderá al cónyuge actuante, entendiéndose que la actuación ordinaria o regular dentro del marco del art. 1365 produce siempre una responsabilidad ganancial definitiva.

²³⁶ Discrepa GORDILLO (en «El pasivo de la sociedad...», *cit.*, pág. 361) de que en el espacio legal de los artículos relativos a la actuación individual de los cónyuges encaja una responsabilidad solo externa y provisional ganancial, empleando el legislador un doble criterio para la calificación de los débitos dimanantes de esa actuación; desde una óptica subjetiva, la deuda derivada de la actuación separada es personal del que la contrae, pero, atendiendo a su objeto o fin, es ganancial, articulándose la responsabilidad de modo que responden solidariamente de ella bienes privativos del cónyuge deudor y bienes gananciales, si bien en la relación interna es a los bienes gananciales a quienes se ha de considerar definitivamente gravados.

la doctrina pacífica, es irrelevante para los terceros, generaría, no solo el cargo para los bienes comunes, sino la sujeción *ad extra* de estos²³⁷.

Con todo, esta teoría, forzosamente, en nuestra opinión, dada la existencia de normas de reembolsos, sí juzga posible la existencia de una responsabilidad ganancial solo externa y provisional, reconduciendo la misma a la actuación individual que, sin indicio exterior perceptible para los acreedores, supere el ámbito de legitimación legalmente acotado en los artículos 1365 y siguientes²³⁸.

Esta noción de la responsabilidad exclusivamente provisional o externa consorcial, por supuesto abstraída del conjunto de la tesis en la que se enmarca, puede ser esencialmente compartida, dado que si la actuación del cónyuge se encuadra tan solo en apariencia en la esfera de sujeción del acervo ganancial configurada legalmente por las deudas individualmente contraídas y es, en ese sentido, efectivamente extralimitada, por devenir ajena al interés familiar, la protección de los derechos de los acreedores va a determinar la responsabilidad directa del caudal social. No obstante lo cual, tampoco la adecuación material del acto conyugal autónomo a los márgenes delimitados en el artículo 1365 va a determinar imperativamente, aunque sea lo usual, el surgimiento de una carga definitiva del consorcio, extremo que habrá de ponderarse, no de acuerdo con esa norma, sino con arreglo a los preceptos de responsabilidad interna de la comunidad (sustancialmente, art. 1362), teniendo presente en todo momento el parámetro del interés familiar para juzgar esa correlación, habitual y ordinaria, entre débito ganancial y carga común.

La distinción entre los dos ámbitos de responsabilidad en el sistema de gananciales, si bien, como se ha dicho previamente, ha tenido una acogida menor en la doctrina judicial, más proclive a la asimilación mecánica e indiscriminada de ambas esferas, también es descrita en alguna resolución. En esta línea, podemos nombrar la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999, relativa a un supuesto en el que un cónyuge había afianzado solidariamente una póliza de crédito y no se instó en la

²³⁷ Crítica GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Gestión...*, *cit.*, pág. 368) esta propuesta de sistematización del pasivo ganancial de GORDILLO aludiendo, entre otros argumentos, a que al universalizar la misma el art. 1362 como norma determinante en exclusiva del criterio objetivo de ganancialidad pasiva deja sin virtualidad al art. 1365 y otros preceptos en los que se sanciona la responsabilidad de la sociedad frente a actuaciones individuales. Igualmente, RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4)...», *cit.*, pág. 1017] califica la doctrina que se analiza como absolutamente errónea.

²³⁸ GORDILLO CAÑAS, «El pasivo de la sociedad de gananciales...», *cit.*, pág. 362.

demanda la declaración de ganancialidad del mencionado afianzamiento, lo que impedía, en contra de lo resuelto incongruentemente por el órgano *ad quem*, cuya sentencia se casa y anula, la condena de la esposa de aquel al pago de la deuda correspondiente con los bienes adjudicados a la misma en la liquidación social operada. De manera explícita e ilustrativa, se dice por el Tribunal Supremo que «*si bien el artículo 1362-4º se refiere literalmente a la "explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge", el precepto juega a efectos de determinar los gastos que son carga del patrimonio ganancial y su operatividad jurídica se produce en la responsabilidad interna y determinación del pasivo definitivo, en cambio el 1365 actúa hacia el exterior, en proyección a la defensa de los derechos de los acreedores por las deudas contraídas por uno de los cónyuges*»²³⁹.

Está presente esa disociación entre las dos dimensiones de la responsabilidad en el sociedad legal en la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2004, que infiere que si la obligación es contraída en nombre propio por uno de los cónyuges el mismo será el único deudor y que responderán directamente ambos cónyuges con los bienes comunes si, habiéndola contraído uno, y no los dos o uno con el consentimiento del otro, la deuda, con arreglo a lo determinado legalmente, faculta a los acreedores para hacer efectivo su derecho ejecutando de manera directa el acervo ganancial²⁴⁰.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2007, en el supuesto de un débito de carácter mercantil contraído por el marido, antes de la liquidación del consorcio, en el ejercicio de su actividad comercial, ejercida con conocimiento y sin oposición de su esposa, diferencia, también, las órbitas interna y externa de la responsabilidad ganancial, e invocando, entre otros preceptos que fundamentan la sujeción del patrimonio ganancial en el caso, el artículo 1365.2.º, reitera que esta norma se proyecta hacia el exterior ²⁴¹.

En cualquier caso, no obstante existir, como hemos visto, algunas resoluciones del Alto Tribunal que de modo palmario deslindan responsabilidad directa y definitiva en el régimen ganancial, lo cierto es que la confusión entre estas dos categorías se trasluce en otras sentencias.

²³⁹ STS de 27 de marzo de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:2151).

²⁴⁰ STS de 3 de noviembre de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2004:7073).

²⁴¹ STS de 5 de octubre de 2007 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2007:6160).

Es ilustrativa de esta corriente que no disocia responsabilidad externa e interna la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1985. En el litigio se examinaba una reclamación de cantidad formulada contra ambos cónyuges, finalmente condenados, por un débito derivado de la ejecución de un contrato de obra formalizado por la interpelada, representada por su marido, con carácter previo a la vigencia de la reforma de 1981. Los recurrentes, para obviar la afección de los bienes comunes por la deuda cuya exacción se instaba, alegaron la infracción del artículo 1257 del Código civil, norma que dispone que «*los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos*». La resolución viene a determinar, recogiendo la tesis de las sentencias dictadas en las instancias, que, al no haber acreditado los accionados que su régimen económico matrimonial no era la sociedad de gananciales o que la parcela sobre la que se construyó era privativa de alguno de los mismos, ambos responden con los bienes comunes de las deudas de aquella.

Incide la sentencia en que esta conclusión se cohonesta con la presunción de ganancialidad contemplada en el derogado artículo 1407 y en el artículo 1361 vigente, lo que implica que, tanto por aplicación del antiguo artículo 1408, como al amparo del actual artículo 1362, «*con cargo a los bienes de tal sociedad hayan de levantarse las cargas y gastos por ella asumidos*»²⁴².

El fallo mencionado es criticado por GUILARTE GUTIÉRREZ, que observa que el artículo 1361 no dispone presunción de ganancialidad pasiva alguna y reputa inviable la alusión al artículo 1362 para su aplicación en la órbita externa del pasivo ganancial, en tanto en cuanto no es ese el ámbito normativo al que se contrae el precepto comentado. Expresa este jurista que no procede derivar de la presunción de ganancialidad activa del artículo 1361 la contraria con fundamento en el artículo 1362 e identificar el artículo 1408 derogado (en particular, su número 1) con el actual artículo 1362, toda vez que la primera norma establecía la responsabilidad de los bienes comunes frente a toda actividad del marido²⁴³.

Analizando, asimismo, esta resolución del Tribunal Supremo, REBOLLEDO también cuestiona la corrección de la argumentación expuesta conforme a los artículos 1361 y 1362, indicando que, aunque el chalet construido era ganancial, y, por tanto,

²⁴² STS de 3 de diciembre de 1985 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1985:1684).

²⁴³ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión...*, cit., pág. 431.

incardinable en el artículo 1362.2.º -adquisición de bienes comunes-, no estaríamos en presencia de uno de los supuestos en que cabe obligar unilateralmente frente a terceros el patrimonio común, no siendo suficiente a estos efectos que el débito pueda ser calificado con cargo a los bienes gananciales para que la masa común responda directamente en su totalidad, debiendo analizarse la legitimación de quien contrajo la deuda²⁴⁴.

En el supuesto litigioso contemplado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1985, y trasladándonos a título de debate a la regulación actual, dado que se alude a ella, desde una óptica procesal, la legitimación pasiva del cónyuge condenado que no contrata personalmente (porque interviene como representante de su esposa) la construcción del chalet con el actor es difícilmente justificable. No concurre, por otra parte, la hipótesis prevista en el artículo 1367, que, como se acepta, es una norma de responsabilidad externa y directa, en la medida en que no existe débito conjuntamente contraído o consentido expresamente por el cónyuge no contratante. Por último, no se alcanza a comprender qué relación existe entre la presunción de ganancialidad activa contenida en el artículo 1361 y la afección frente a terceros de los bienes comunes. Esta no se regula en el artículo 1362, atinente al pasivo ganancial definitivo, aducido por el Tribunal Supremo, y solo podría descansar en la adecuación aparente de la deuda individualmente contraída a los criterios legales que legitiman la sujeción *erga omnes* del consorcio por la actuación autónoma de los cónyuges (arts. 1365 o 1368), lo que, por cierto, en el caso enjuiciado no semejaba ocurrir²⁴⁵.

²⁴⁴ REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, «Deuda y responsabilidad en la sociedad de gananciales», *Diario La Ley*, 1986, T. 2 (pág. 6 de la versión electrónica obrante en *laleydigital360* (LA LEY 14709/2001). Considera REBOLLEDO que, en todo caso, si el marido no se obligó de modo personal, haya prestado o no su consentimiento en cuanto a los gananciales, no puede ser condenado al abono de la deuda, en tanto que ello «supone poner al alcance de los acreedores un patrimonio cuyo titular no se obligó y sólo incide en él la circunstancia de estar unido por vínculo matrimonial con la persona contratante».

²⁴⁵ La confusión de ámbitos de responsabilidad se aprecia también en la STS de 19 de julio de 1989 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1989:15478), la cual determina literalmente que, vigente la sociedad, *responden los bienes gananciales de las deudas de los esposos generadas por la adquisición de bienes comunes (art. 1362, núm. 2)*, invocando, así, una regla de responsabilidad interna no aplicable en la relación con terceros. Asimismo, la STS de 18 de marzo de 1995 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1995:1635) cita los arts. 1362.4.º CC y 6 y 7 CCo para justificar la ganancialidad de las deudas tributarias contraídas en la explotación de un negocio ganancial constante la comunidad. Por último, la STS de 21 de junio de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:4023) alude impropiaemente al art. 1362.2.º y 3.º para fundamentar la cualidad ganancial de un débito tributario contraído por el marido vigente la comunidad consorcial.

La dicotomía entre responsabilidad interna y externa que emana de la disciplina actual de la sociedad de gananciales²⁴⁶, admitida sin fisuras, está directamente relacionada con la circunstancia de que la sociedad legal no es un sujeto de derecho, en la medida en que carece de personalidad jurídica. No puede, por lo tanto, asumir deudas, debiendo, en el sistema ganancial, por exigencias del tráfico jurídico, actuar y endeudarse los cónyuges, con la subsiguiente necesidad de operar el pertinente reequilibrio entre las masas patrimoniales afectadas para subsanar las disfunciones que se derivan del hecho de que un patrimonio (consorcial o privativo) quede inicialmente sujeto a la exacción de un débito que no le incumbe en último término²⁴⁷. Esa dualidad inherente al entramado consorcial es el reflejo de la distinción conceptual, que no desconexión o disyunción, entre débito y responsabilidad como elementos integrantes de la obligación²⁴⁸.

Esa desconexión teórica entre deuda y responsabilidad en la comunidad, derivada de la posible sujeción liminar de uno de los tres patrimonios concernidos frente a terceros por débitos que definitivamente, *ad intra*, habrán de imputarse a otra masa patrimonial, al margen de su escasa traducción práctica, dada la correlación sustancial entre las normas básicas que rigen los dos ámbitos de responsabilidad en la regulación de la institución (arts. 1362 y 1365), no implica que pueda asumirse que estos supuestos de genuina provisionalidad privativa o ganancial supongan hipótesis de responsabilidad sin deuda. Y ello porque, por una parte, *erga omnes*, el consorcio no es jurídicamente responsable nunca por la razón antes expresada, condición que solo ostentan los

²⁴⁶ Según RAMS, *La sociedad de gananciales*, cit., pág. 325, bajo la regulación derogada no era preciso discernir entre deuda y responsabilidad gananciales, porque estas posiciones, actualmente separables, se confundían con el patrimonio del marido, el cual, al ser el administrador legal, sufragaba con sus bienes privativos las deudas que superasen el caudal común, dado que era él quien se endeudaba.

²⁴⁷ Sobre esta distinción entre deuda y responsabilidad en el ámbito ganancial, dice la STS de 1 de febrero de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2016:318) que la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica, por lo que, *stricto sensu*, no puede contraer débitos, siendo los cónyuges quienes aparecen como deudores, resaltando que «*puede hablarse de deudas "a cargo" de la sociedad de gananciales, en cuanto deben ser soportadas por su patrimonio. Pero no existe una estricta coincidencia entre el carácter de la deuda (ganancial o privativa) y el patrimonio que ha de responder, pues el Código Civil con un criterio generoso y favorecedor del tráfico hace responsables a los bienes privativos de deudas gananciales, sin perjuicio de los reintegros pertinentes, y viceversa*».

RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», cit., pág. 1014] explica que la carencia de personalidad jurídica de la sociedad de gananciales justifica que esta no responda de las deudas contraídas por un cónyuge y que el art. 541.1 LEC determine que *no se despachará ejecución frente a la comunidad de gananciales*, debiendo decirse, en puridad, que el deudor y su cónyuge responden de la deuda *con* los bienes gananciales.

²⁴⁸ LACRUZ, *Elementos*, IV, Vol. 1.º, cit., pág. 417, significa que conceptualmente sería viable que las deudas comunes solo pudieran hacerse efectivas sobre los bienes gananciales, pero en el Derecho español responde, además, al menos, el patrimonio de uno de los cónyuges, porque el consorcio legal adolece de personalidad jurídica.

cónyuges, que son los titulares del caudal social, luego no cabría argüir que aquel responde por una deuda ajena. Por otra parte, tampoco en la hipótesis de afección externa del haber privativo de un cónyuge por débitos contraídos por el mismo formalmente no subsumibles en el ámbito ordinario de legitimación conferido para afectar de manera disyunta el acervo común, es decir, privativos, pero imputables en la relación interna a la sociedad, estamos en presencia de una responsabilidad por una deuda ajena, porque, obviamente, cualquier débito que produzcan los cónyuges necesariamente ha de generar, *ex* artículo 1911 del Código civil, la responsabilidad patrimonial universal de los mismos²⁴⁹.

3.2. LA RESPONSABILIDAD GANANCIAL EN SU PERSPECTIVA INTERNA Y EXTERNA

3.2.1. La disociación entre pasivo provisional y pasivo definitivo en el *Code civil* napoleónico

La distinción entre pasivo provisional y pasivo definitivo en la comunidad conyugal tiene su origen en el *Code civil* napoleónico de 1804, en cuya regulación relativa a la comunidad legal (*communauté légale*), siguiendo a la doctrina científica, cabía discernir ese binomio. Resaltaban COLIN y CAPITANT que el pasivo definitivo estaba conformado por deudas comunes que ingresan definitivamente en la comunidad, lo que implicaba que esta, una vez satisfechas, no podía ejercitar recurso alguno contra otra persona (deudas contraídas en interés del hogar y para asegurar su subsistencia, débitos generados por diversiones o delitos del marido, etc...). El pasivo provisional, según estos autores, comprendía todas las deudas que la comunidad está obligada a pagar, pero cuyo reembolso puede exigirse del patrimonio de alguno de los cónyuges, catalogándose como tales las deudas del marido o de la mujer autorizada que han servido para mejorar su patrimonio propio, las cuales, aún siendo comunes, generan una compensación en provecho de la comunidad²⁵⁰.

²⁴⁹ Rechaza hablar de responsabilidad por deuda ajena de la sociedad de gananciales LACRUZ (*ibíd.*, pág. 418), manifestando que, a falta de deudor, no existe deuda del consorcio, si bien la obligación contraída por el cónyuge responsabiliza los bienes gananciales como si fueran suyos, sin preferencia ni posibilidad de actuar en nombre de aquel.

²⁵⁰ COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, T. 6 (*De los regímenes matrimoniales*), *cit.*, pág. 192.

La comunidad de bienes gananciales (*communauté réduite aux acquêts*), ulteriormente consagrada como régimen legal, se configuraba en la redacción original del *Code civil* (arts. 1498 y 1499) como un régimen convencional²⁵¹.

Esta comunidad reducida a los gananciales comprendía las rentas de los bienes propios de los esposos y los gananciales o adquisiciones hechas por los cónyuges, conjunta o separadamente, durante el matrimonio, y que procedían de la industria común o de economías hechas en frutos y rentas de los bienes de los dos esposos (art. 1498.2). En la medida en que la comunidad no incluía muebles presentes ni los adquiridos a título gratuito constante el matrimonio, de idéntica forma las deudas actuales, o sea, las existentes el día de la celebración de aquel, y las futuras, que son las que gravan las herencias o donaciones recibidas o adquiridas durante el matrimonio, siguen siendo propias de cada cónyuge²⁵².

Por lo que hace referencia a la reiterada exclusión de las deudas presentes, se decía que esta comunidad era más bien de futuro que de presente, por lo que, siendo extraña al activo presente, la reciprocidad exigía que lo fuera, asimismo, al pasivo presente, no ofreciendo dificultades la diferenciación entre pasivo presente y futuro, bastando con precisar a tal efecto el día en que la deuda ha sido contraída²⁵³.

El pasivo de la comunidad de gananciales comprende los mismos débitos que el de la comunidad legal (art. 1409), con exclusión de esas deudas actuales y futuras -que gravan las herencias o donaciones recibidas o adquiridas constante el matrimonio- de

²⁵¹ Disponía el art. 1387 original del *Code* (el primero del Título relativo al contrato de matrimonio), como el actualmente vigente, que la ley solo rige la asociación conyugal, en cuanto a los bienes, en defecto de convenciones especiales, que los cónyuges pueden hacer como consideren a propósito, siempre que no sean contrarias a las buenas costumbres y, además, bajo las modificaciones establecidas en los siguientes artículos.

Sobre la comunidad reducida a los gananciales, decía Charles PIOLET (en *Étude sur la communauté réduite aux acquêts et la société d'acquêts jointe au régime dotal*, A. Marescq Ainé, París, 1877, pág. 20) que rehúye las dos quejas principales que se pueden dirigir a la comunidad legal, pues la confusión de deudas, operada en el momento del matrimonio, y la distinción de muebles e inmuebles desde la perspectiva de la composición del fondo común, que se encuentran en esta última, son disposiciones desconocidas en la comunidad de gananciales. Por otra parte, se oponía a este régimen matrimonial su aplicación complicada y que, a su disolución, la liquidación no era siempre fácil debido a la existencia de tres patrimonios, cuestionándose, en su momento, la habilidad de aquel para ser el régimen legal de derecho común, el cual ha de poder liquidarse rápida y fácilmente, y ser claro y práctico, resultando que para comprender este tipo de comunidad había que referirse constantemente a la comunidad legal (cfr. MEYER, Edmond, *Le Régime matrimonial de Droit commun et les Tendances contemporaines*, Les Presses Modernes, París, 1934, pág. 100).

²⁵² COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, T. 6, cit., págs. 234 y 240.

²⁵³ VIGNEAUX, Paul-Émile, *De la communauté réduite aux acquêts*, Charles Noblet, París, 1867, págs. 93-94.

los cónyuges, es decir, los gastos del hogar y deudas atinentes a las rentas; las deudas originadas por el marido vigente la comunidad, incluso las derivadas de delito; las contraídas por la mujer con la autorización de su cónyuge (art. 1419); y los débitos generados por aquella con autorización judicial en supuestos excepcionales²⁵⁴.

Dentro del pasivo de la comunidad legal existía un pasivo provisional y aparente, compuesto por las deudas que la comunidad paga, sin perjuicio de su recurso contra el cónyuge que es, en realidad, el deudor, y un pasivo real y definitivo, que comprende las deudas que la comunidad satisface por su propia cuenta²⁵⁵.

JOSSERAND se refiere a la existencia de una categoría de deudas, ubicadas entre las deudas estrictamente personales de los cónyuges y las verdaderas y definitivamente comunes, que se corresponden bastante bien con las propias imperfectas, y que solo ingresan en la comunidad salvo la recompensa *-sauf récompense-* contra el cónyuge que las ha generado. Son deudas intermedias, puestas a cargo de la comunidad, excepto el recurso contra el cónyuge deudor²⁵⁶.

Con arreglo a la tesis de este autor, el pasivo provisional de la comunidad legal está constituido por estos débitos comunes salvo recompensa, los cuales tan solo son deudas de la comunidad en la esfera externa, frente a los acreedores, que pueden actuar sobre el patrimonio común, pero no en la órbita intraconyugal, distinguiéndose en este ámbito la cuestión de la *poursuite* (persecución) y la de la *contribution* (contribución), de forma que tales deudas son comunes en cuanto al derecho de persecución y personales por lo que respecta a la contribución, es decir, a su repercusión definitiva, debiendo, en suma, el cónyuge que ha contraído el débito soportar su carga²⁵⁷.

Ciñéndonos al aspecto de las recompensas en el sistema de la comunidad, extremo ligado, como es lógico, a la expresada dualidad de pasivos inherente a ella, se esgrimía, como motivo de las mismas, el evitar el enriquecimiento de uno de los cónyuges a costa del otro, que se hace por vía oblicua y que es a menudo involuntario, de modo que si aquellos quieren realizarse liberalidades han de hacerlo abiertamente, ya que la ley lo faculta, con la ventaja de asegurarles el ejercicio de su derecho de

²⁵⁴ COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, pág. 240.

²⁵⁵ GUILLOUARD, Louis-Vincent, *Traité du contrat de mariage, Livre III, Titre V du Code Civil*, T. II (Articles 1407 à 1440), 3.ª ed., A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, París, 1895, págs. 103-104.

²⁵⁶ JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français...*, T. III, *cit.*, pág. 67.

²⁵⁷ *Ibid.*, pág. 67.

revocación. Una segunda razón del régimen de recompensas es la necesidad de respetar la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, pues la composición de los patrimonios propios y del común está determinada por el contrato de matrimonio y no puede ser modificada, en orden a lo que todas las veces que un valor sale de uno de estos tres patrimonios para entrar en uno de los otros dos debe ser reemplazado por su equivalente, lo que es válido para toda especie de recompensa²⁵⁸.

El *Code* no formuló regla general en cuanto a las recompensas debidas por la comunidad a uno de los cónyuges, recogiendo los dos supuestos más frecuentes en los artículos 1433²⁵⁹ y 1470, pero existen numerosas hipótesis en las que tienen lugar²⁶⁰.

El artículo 1409 del *Code civil*, tras la reforma introducida por la Ley de 13 de julio de 1965²⁶¹, discierne ya nítidamente entre pasivo definitivo y pasivo provisional de la comunidad. En concreto, el tenor del precepto, que, con alguna mínima matización, sigue vigente en la actualidad, en una palmaria disociación de las dos esferas de responsabilidad de la masa común, pasó a establecer que la comunidad se compone pasivamente: a título definitivo, y sin distinguir entre marido y mujer, por los alimentos debidos por los esposos y las deudas contraídas por ellos para el mantenimiento del hogar y la educación de los hijos; y, a título definitivo o salvo recompensa, según los casos, por las otras deudas nacidas durante la comunidad, sean a cargo del marido o de la mujer, con las distinciones que se concretan.

La reseñada ley de 13 de julio de 1965 dispuso una correlación lógica y justa entre las deudas y los derechos de los esposos, con respecto a su reparto entre los patrimonios propios y la masa común. Las deudas que obligaban a los cónyuges en la

²⁵⁸ PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de Droit civil conforme au programme officiel des Facultés de Droit*, T. III (*Marriage et divorce. Régimes matrimoniaux. Successions. Donations et testaments*), Librairie Cotillon-F. Pichon, Successeur, Éditeur, Paris, 1901, págs. 378-379.

²⁵⁹ Este artículo se refería a la venta de un bien inmueble perteneciente a uno de los cónyuges y, asimismo, a la redención en dinero de servidumbres debidas a fincas propias de un cónyuge, constante el matrimonio, sin haberse reinvertido el dinero obtenido, lo que determina que pueda tomarse este precio de la comunidad, en provecho del cónyuge que fuera propietario, bien del inmueble, bien de las servidumbres redimidas.

²⁶⁰ COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, pág. 348. En lo que concierne a las recompensas a que tiene derecho la comunidad, el art. 1437, *in fine*, del *Code*, a modo de regla general, disponía que la recompensa se debe todas las veces que uno de los dos esposos ha obtenido un beneficio personal de los bienes de la comunidad, pudiendo citarse como hechos que originan la recompensa a favor de esta el pago por la comunidad de un débito personal de uno de los cónyuges o las recompensas debidas a aquella por la administración de los bienes propios, la constitución de la dote o las adeudadas por reembolso del capital que haya servido para constituir una renta vitalicia revertible o primas de un seguro de vida (cfr. *ibid.*, págs. 357-363).

²⁶¹ Ley n.º 65-570, de 13 de julio de 1965, sobre reforma de los regímenes matrimoniales.

fecha de celebración de la unión, así como las que gravan las sucesiones y liberalidades que les corresponden constante el matrimonio, son personales, tanto en atrasos o intereses como en capital, desde el punto de vista de la obligación y de la contribución²⁶².

Subsiste, pues, ese principio de correlación entre activo y pasivo, si bien se excluye la idea de reparto fundamentada en el carácter mobiliario o inmobiliario de la deuda, lo que conlleva que el sistema que regula activo y pasivo común atienda a una correlación real y no jurídica, en la cual se diferenciaba entre bienes y deudas muebles e inmuebles²⁶³.

3.2.2. La relativización de la disyunción entre los ámbitos interno y externo de la responsabilidad ganancial

La dualidad de planos de responsabilidad en la estructuración del régimen legal ganancial no es discutible, según se ha reflejado y resulta con evidencia de la configuración del sistema diseñada por la reforma de 1981 (como lo demuestra la confrontación reiterada de *cargo* y *responsabilidad* y la existencia de normas de reembolsos), estando ya presente, por otra parte, esa dicotomía, si bien de una manera ciertamente menos obvia y más subliminal, en la normativa precedente. Pero esa dislocación entre responsabilidad provisional o externa y definitiva o interna ha de ser relativizada o atenuada en tanto en cuanto ambas vertientes de sujeción del patrimonio común no discurren de modo desconectado, sino que son ordinariamente correlativas o concomitantes, atendiendo a la sustancial analogía entre las normas básicas que disciplinan las cargas sociales y la vinculación *ad extra* de la masa ganancial por la actuación autónoma de los partícipes en la sociedad conyugal. De donde se sigue que la calificación de un débito separadamente asumido como ganancial conllevará en la generalidad de los supuestos la imputación última del gasto operado al pasivo consorcial definitivo.

La misma expresión *responsabilidad provisional* encierra, de alguna forma, desde un punto de vista terminológico, una aparente contradicción. Si una deuda es

²⁶² COLOMER, André, «Le nouveau régime matrimonial légal en France (Loi n.º 65-570 du 13 juillet 1965)», *RIDC*, Vol. 18, n.º 1, enero-marzo 1966, pág. 70.

²⁶³ BUSTOS MORENO, Yolanda B., *Las deudas gananciales y sus reintegros*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 77.

ganancial, y lo es aquella que puede subsumirse en el ámbito prefigurado en los artículos que regulan la responsabilidad *erga omnes* de la comunidad por los débitos generados individualmente por los cónyuges (arts. 1365, 1366 y 1368 CC y 6 y ss. CCo) o la contraída en una actuación conjunta o unilateral consentida expresamente (art. 1367), la potencial agresión por parte de los acreedores del caudal común y la realización de este, en defecto de cumplimiento voluntario, es irreversible. Esta circunstancia no concilia bien con esa supuesta condición provisional (en su acepción de *temporal* o *transitoria*) de la afección, de ahí que, formalmente, quizás fuera más apropiado referir esa *provisionalidad* a la imputación del gasto al pasivo común (pasivo común provisional) y no a la propia responsabilidad social externa²⁶⁴.

En línea con lo expresado, referirse limitadamente a la responsabilidad provisional del consorcio cuando estamos ante débitos gananciales incardinables de manera liminar en el abanico de supuestos que determinarán su inclusión en el pasivo ganancial interno puede ser relevante desde un punto de vista dogmático, asumida de modo casi pacífico la escisión legal y conceptual entre responsabilidad definitiva y directa. Sin embargo, el hecho de que teóricamente diferenciamos carga ganancial y responsabilidad social *erga omnes* carece de trascendencia práctica desde el momento en que es perfectamente viable realizar *prima facie* la operación intelectual pertinente para saber si esa deuda consorcial, de acuerdo con las reglas que rigen la responsabilidad interna de la sociedad de gananciales, va a tener como corolario la vinculación *ad intra* de esta última por el gasto correspondiente. En este caso, deuda

²⁶⁴ La expresión *responsabilidad provisional* tampoco es utilizada como tal en el Derecho francés, de donde proviene originalmente la desagregación de las dos esferas de responsabilidad ganancial. Se distingue doctrinalmente, según se ha comentado, para designar esa dualidad en la comunidad legal, entre *l'obligation aux dettes* o *l'obligation au passif*, alusiva a las deudas cuya exacción puede ser perseguida sobre los bienes comunes (y que, más generalmente, ordena el derecho de persecución de los acreedores sobre todas las masas de bienes propios o comunes) y la *contribution au passif*, que se refiere a las deudas respecto de las cuales su pago por la comunidad le otorga a esta un derecho de recompensa, generando, de este modo, un pasivo provisional común *-passif provisoire commun-*, por oposición a los débitos por los que la comunidad soporta la carga definitiva (cfr. CORNU, Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, 6.^a éd. refondue, Presses Universitaires de France, París, 1992, pág. 376). En consecuencia con esa disociación entre obligación y contribución, Pierre RAYNAUD (en *Les régimes matrimoniaux*, en MARTY, Gabriel, y RAYNAUD, Pierre, *Droit civil*, 2.^a ed., Sirey, París, 1985, pág. 227) expresa que entre las deudas comunes es preciso diferenciar las perfectamente comunes de las imperfectamente comunes, en otros términos, el pasivo definitivo (*passif définitif*) y el pasivo provisional (*passif provisoire*) de la comunidad. Esta misma terminología, que aplica el calificativo de *provisional* al concepto *pasivo* y no al concepto *responsabilidad*, se encuentra en tratadistas franceses antiguos, como PIOLET (en *Étude sur la communauté réduite aux acquêts...*, cit., pág. 77) o JOSSERAND (en *Cours de Droit civil positif français*, T. III, cit., págs. 207-208).

Por su parte, el ya reseñado art. 1409 del *Code civil*, atinente al pasivo de la *communauté légale*, contrapone las expresiones *à titre définitif* (a título definitivo) y *sauf récompense* (salvo recompensa) para aludir a los pasivos definitivo y provisional de la comunidad.

ganancial y carga de la sociedad se identifican y, en puridad, no podríamos reducir la cuestión a la existencia de una mera responsabilidad provisional, por más que, materialmente, no se haya verificado la oportuna liquidación de la comunidad, perdiendo virtualidad, en ese supuesto absolutamente usual en el tráfico de la misma, por tanto, la desagregación de responsabilidad interna y externa²⁶⁵.

Una lectura lineal de los artículos 1362 y 1365 no sugiere que la voluntad legislativa fuera instaurar dos planos de responsabilidad absolutamente desconectados y que operan sobre ámbitos independientes, tal como se deduce de la dicción de ambos preceptos, que revela la semejanza esencial entre estos, aunque tenga un alcance más amplio el primero de los artículos. Parece más bien que se pretendió el establecimiento de una responsabilidad directa con los bienes comunes por la actuación autónoma de los cónyuges que tiene como correlato lógico la vinculación final del patrimonio ganancial en la generalidad de los supuestos de sujeción *ad extra*, atendido ese mimetismo que deriva de la regulación legal.

A esta inferencia sobre el carácter artificioso de la separación entre deuda ganancial y cargo definitivo en la hipótesis de débitos comunes, dimanantes de la actuación separada de los cónyuges, cuya exacción quepa residenciarla, ya inicialmente, en el ámbito de la ganancialidad pasiva definitiva, no obsta el hecho de que para calificar una deuda como ganancial baste con que la actuación conyugal se ajuste formal o aparentemente a los distintos supuestos legales que determinan esa vinculación *ad extra*. Como es notorio, a los acreedores no se les puede imponer la carga de advenir la orientación última del acto que produce la deuda, que será consorcial si se adapta solo indiciariamente a las previsiones contenidas en las normas que delimitan la sujeción frente a terceros del acervo social por esas deudas contraídas individualmente por los cónyuges. En sentido contrario, la responsabilidad interna exige para su concreción una

²⁶⁵ GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 348) habla de que, al incluir los arts. 1362 y 1365 supuestos prácticamente idénticos, *aparentemente*, en virtud de la actuación de uno de los cónyuges, solo puede hacerse *provisionalmente* responsable el patrimonio ganancial por obligaciones que *definitivamente* serán sufragadas por aquel, si bien matiza que esto no es cierto, atendiendo en esencia a que la inclusión de la adquisición de bienes comunes en el art. 1362 y su simultánea exclusión en el art. 1365 es una circunstancia con la relevancia suficiente como para justificar la diversidad normativa. Esta correlación solo *aparente* entre débito consorcial y carga ganancial tiene, en realidad, en nuestro criterio, un alcance que va más allá de lo puramente formal, hasta el punto de que la categorización de un gasto como carga definitiva del consorcio va a ser el corolario lógico de la ganancialidad del débito del que deriva ese desembolso, atendida la confluencia casi absoluta de las hipótesis legales previstas en los arts. 1362 y 1365 CC, resultando, de esta manera, que la existencia de una estricta responsabilidad provisional ganancial será la excepción y no, precisamente, la regla general, que se caracteriza, ordinariamente, por la asimilación práctica, que no dogmática, entre carga común y deuda ganancial.

labor de exégesis que pondere la adaptación del gasto en cuestión, desde el punto de vista material, a cualquiera de las causas legales que facultan para catalogar un desembolso como inmerso en el pasivo ganancial definitivo, labor hermenéutica en la que siempre estará presente como parámetro para esta adscripción del gasto el interés de la sociedad, módulo, por lo demás, completamente carente de relevancia en el plano externo.

Una comparación del tenor literal de los artículos 1362 y 1365 revela, de entrada, en el sentido ya expresado con anterioridad, la identidad, evidente en el orden sustantivo y gramatical, que existe entre esas dos normas nucleares que regulan el pasivo ganancial interno y la responsabilidad externa de la masa común, respectivamente. Esta concomitancia estructural normativa explica la correlación ordinaria y usual, que no necesaria y mecánica, en el sistema ganancial entre carga definitiva y deuda ganancial, conceptos ambos cuya disyunción o desconexión tiene una mayor operatividad en el terreno conceptual que en la práctica del funcionamiento consorcial²⁶⁶.

Esta yuxtaposición o superposición de órbitas de responsabilidad en la sociedad de gananciales que emana del casuismo incorporado en 1981 a las disposiciones mencionadas no debe llevarnos a ignorar la configuración dual del pasivo de la comunidad legal. De manera que es perfectamente posible la existencia de afección provisional ganancial si un débito reputado común, por haber sido contraído conjuntamente por ambos cónyuges o individualmente por cualquiera de ellos, con el consentimiento expreso del otro (art. 1367) o aparentemente en el marco de las normas que esbozan la sujeción del acervo social frente a terceros (arts. 1365, 1366 y 1368 CC y 6 y ss. CCo), satisfecho a costa del caudal de la comunidad, no deviene, por su finalidad ajena al interés de la familia, en carga del consorcio. Asimismo, cabe un compromiso provisional del haber privativo si la deuda calificada inicialmente como propia de un cónyuge desemboca en un desembolso con el activo de este que ha de adscribirse al pasivo ganancial interno (arts. 1362, 1363, 1366 y 1371). La consecuencia

²⁶⁶ RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, págs. 1018-1019], después de poner de manifiesto la gran semejanza entre los arts. 1362 y 1365 CC, centra la principal distinción entre ambos en que el primero hace referencia a gastos y el segundo a deudas, generándose la responsabilidad provisional cuando aún no se ha satisfecho la deuda al acreedor y surgiendo la responsabilidad definitiva o contribución en el momento en que, después de pagar al acreedor, resulte que el patrimonio que sufragó la deuda no es el que debe soportar de modo definitivo el cargo.

es la necesidad de acometer el pertinente reequilibrio de masas patrimoniales en ambos supuestos²⁶⁷.

Así pues, esa confrontación de los artículos 1362 y 1365 *ex* Código civil a la que aludíamos nos permite vincular, *ab initio*, el apartado primero del artículo 1362 (relativo a las cargas matrimoniales) con el apartado primero, inciso primero, del artículo 1365 (ejercicio de la potestad doméstica); la causa segunda del artículo 1362 (adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes) con el artículo 1365.1.º, en su inciso segundo (gestión o disposición de gananciales, que por ley o capítulos corresponda al cónyuge); el artículo 1362.3.ª (administración ordinaria de los bienes privativos) con el artículo 1365.2.º (la administración ordinaria de los propios bienes); y, finalmente, el artículo 1362.4.ª (explotación regular de los negocios o desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge) también con el apartado segundo del artículo 1365 (que se refiere al ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, remitiendo, *in fine*, a las normas mercantiles en el caso de que uno de los cónyuges fuera comerciante)²⁶⁸.

Como vemos, las notas diferenciales están fundamentalmente en la omisión formal de las adquisiciones onerosas unilaterales de bienes comunes en el artículo 1365 y de los gastos derivados de la disposición de bienes gananciales en el artículo 1362, existiendo algún otro rasgo distintivo de menor relevancia (como la utilización del

²⁶⁷ Resaltan la diferencia de planteamiento de los arts. 1362, atinente a la responsabilidad definitiva de la sociedad de gananciales, y 1365, que concreta los casos en que los acreedores pueden actuar contra los bienes comunes por débitos contraídos por un cónyuge, a pesar de que los supuestos contemplados en los dos preceptos son similares, Manuel Ángel RUEDA PÉREZ y José María RUEDA PÉREZ (en «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981», *RDP*, n.º 66, 1982, pág. 578). Se preguntan estos autores, una vez alcanzada la conclusión de que, con la excepción de las adquisiciones a título oneroso, los supuestos comprendidos en el art. 1365 equivalen a los del art. 1362, si no hubiera sido más sencillo incluir una norma de remisión en bloque, aunque juzgan que la solución legal es más apropiada que la propuesta en este punto del Proyecto inicial de 4 de octubre de 1978, a lo que luego nos referiremos.

Una remisión en bloque de la norma básica de responsabilidad externa al precepto que regula las cargas de la comunidad legal ayudaría, sin duda, a simplificar el entendimiento del pasivo ganancial, pero esta unificación de ámbitos de responsabilidad de la sociedad de gananciales convertiría en ilusorio el principio de cogestión consagrado por la regulación de 1981 y generaría mayores distorsiones y riesgos en el funcionamiento del consorcio, al ampliar objetivamente el elenco de actuaciones separadas de los cónyuges con repercusión patrimonial potencial para los bienes comunes (así, cualesquiera adquisiciones onerosas unilaterales de bienes comunes).

²⁶⁸ En el frustrado Proyecto de ley sobre régimen económico matrimonial en el Código Civil de 4 de octubre de 1978 (BOC n.º 155, de 4 de octubre de 1978, págs. 3363-3381) se evidenciaba con una mayor nitidez la relación entre responsabilidad interna y directa ganancial, ya que el art. 1362 (concordante con el actual art. 1365) contenía dos remisiones al art. 1359 (concordante, a su vez, con el art. 1362 vigente), en concreto, en sus apartados 3.º y 4.º, omitiéndose estas referencias en el Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979.

término *regular* en el artículo 1362 en el marco de los gastos de naturaleza empresarial o el empleo del adjetivo *ordinario* en el artículo 1365 en relación con las deudas profesionales), a los que nos referiremos en su momento.

Con relación a esa ausencia de mención en el artículo 1365 del Código civil de las adquisiciones onerosas de bienes comunes realizadas individualmente, es conveniente expresar que, en la regulación explicitada en el Proyecto de ley sobre régimen económico matrimonial en el Código Civil de 4 de octubre 1978, se incluían en el precepto concordante con el actual artículo 1365 (art. 1362), mediante una remisión a la norma básica de responsabilidad interna, las obligaciones contraídas para hacer frente a los gastos originados por la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes. Esta previsión ya no aparece en la redacción del artículo 1365 del ulterior Proyecto de Ley remitido al Congreso de los Diputados, coincidente con el finalmente aprobado²⁶⁹.

Por tanto, no puede ignorarse que esa mutación de la versión inicial del artículo 1365 en el extremo comentado, restringiendo su alcance, no es casual y atiende a la probable intención del legislador de soslayar, por el riesgo inherente de quiebra del sistema ganancial que ello comportaría, el compromiso *erga omnes* del acervo consorcial por cualquier adquisición onerosa verificada indiscriminadamente por alguno de los cónyuges²⁷⁰.

Pero la modificación operada en el tenor final del artículo 1365 no debe conducir a colegir la ausencia de responsabilidad externa del consorcio por las deudas unilateralmente contraídas por cualquiera de los cónyuges por la adquisición a título

²⁶⁹ En concreto, el art. 1362 plasmado en el citado Proyecto de ley de 1978 determinaba que «*también responderá* (el patrimonio ganancial) *de las obligaciones contraídas individualmente por uno de los cónyuges en los casos y con las limitaciones siguientes: 3.º Cuando las obligaciones sean consecuencia de los actos de gestión o administración que, conforme a lo establecido en la Sección tercera de este Capítulo, pueden ser realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro o se hubiesen contraído para hacer frente a los gastos a los que se refieren los apartados 2.º y 3.º del artículo 1359*». Este último precepto, por su parte, preveía, en su apartado segundo, que «*serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 2.ª La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes*».

²⁷⁰ El actual art. 1365.1.º, cuyo tenor reproduce el contenido en el Proyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio de 14 de septiembre de 1979, como sabemos, excluye la referencia a la sujeción de la masa ganancial por los débitos contraídos por un cónyuge como consecuencia de la adquisición de bienes comunes. Dispone el artículo la responsabilidad del consorcio si las deudas asumidas unilateralmente se generan «*en el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda*», fórmula esta de contornos más imprecisos, pero que no implica, *per se*, que una adquisición separada onerosa de bienes gananciales no pueda afectar frente a terceros el patrimonio común si se ajusta en apariencia a los supuestos legales tasados previstos en los arts. 1365 y 1368 CC.

oneroso de bienes comunes, que no exige, por otra parte, la concurrencia de un consentimiento dual. Debe valorarse para dirimir la posible afección frente a terceros de los bienes gananciales en esa hipótesis la eventual subsunción de tal adquisición autónoma en los supuestos legales relacionados en los artículos 1365 y 1368, que, como se viene reiterando, delimitan el ámbito de la legítima actuación separada de los partícipes en la sociedad conyugal con efectos vinculantes para el patrimonio ganancial. De forma consecuente, los acreedores no pueden ampararse en el artículo 1362, concerniente, exclusivamente, a la relación intraconyugal y al pasivo definitivo de la comunidad, para pretender la agresión de los bienes comunes por los débitos aludidos²⁷¹.

Para RAGEL la exclusión de las adquisiciones de bienes gananciales en el artículo 1365.1.º, que regula el pasivo provisional, explica que las deudas contraídas en ese ámbito puedan ser privativas, aludiendo a que la deuda será ganancial y responderá el deudor de manera directa con todos los bienes comunes si esa adquisición se formaliza en las circunstancias expresadas en los artículos 1365 y 1368²⁷².

RAMS opina que la adquisición de bienes en la sociedad de gananciales, no subordinada a régimen específico de habilitación, corresponde a los cónyuges indistintamente, dependiendo su carácter ganancial o privativo de la naturaleza de los recursos empleados y de lo que establezca la norma sobre su integración en una masa privativa (art. 1346.7.º y 8.º) o en la común (art. 1347.3.º). Esa adquisición de bienes

²⁷¹ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., págs. 356-357, reputa acertada la enunciada supresión en el art. 1365 CC de la referencia a la responsabilidad de los bienes comunes por las adquisiciones onerosas unilaterales, dado que, en otro caso, cualquier adquisición, hasta las más aleatorias o disparatadas, podría motivar la agresión del patrimonio consorcial, haciéndose ilusorio el principio de actuación conjunta, porque, constante la sociedad, es inobjetable la *vis atractiva* del caudal ganancial por lo que respecta a los bienes que se integran en la órbita patrimonial de los cónyuges, de forma tal que todas las adquisiciones que se realicen, salvo que se advere el empleo de numerario privativo, engrosarán la masa común (entre otros, arts. 1361 y 1356).

²⁷² RAGEL, «La sociedad de gananciales (4). El pasivo de la sociedad», cit., pág. 1122. Igualmente, BELLO JANEIRO (en *La defensa frente a tercero de los intereses...*, cit., págs. 424-425) apunta que, en tanto no se acredite lo contrario, los bienes adquiridos unilateralmente por los cónyuges son gananciales ex art. 1347.3.º, en relación con el art. 1361 o, en su caso, 1356, constituyendo los gastos derivados de esa adquisición (incluido el precio aplazado) una carga definitiva de la comunidad (art. 1362), dejando a salvo lo normado en el art. 1390 y los pertinentes reajustes de cuentas en la relación interna en función de las reglas relativas a la gestión de los bienes comunes, pero sin que el acreedor pueda agredir directa e indiscriminadamente la masa ganancial, debiendo para ello justificar el mismo que cabe incluir su adquisición en el ámbito de los arts. 1365 y concordantes.

comunes produce una responsabilidad definitiva del patrimonio en el que ingresan por imperativo legal, con independencia de otros condicionamientos²⁷³.

El hecho de que el artículo 1370 del Código civil²⁷⁴ prevea expresamente, en su inciso final («*sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código*»), la eventual responsabilidad directa del acervo consorcial por el precio aplazado del bien ganancial adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro, y, en consecuencia, la condición ganancial de ese débito, es un factor que revela que la voluntad del legislador no ha sido la de excluir incondicionalmente la afección *ad extra* de los bienes comunes por las deudas producidas por la adquisición onerosa de aquellos realizada autónomamente por los cónyuges. Entender lo contrario significaría tratar de forma distinta y privilegiada al acreedor que aplaza el cobro de su crédito (generando una posible deuda ganancial, ejecutable directamente sobre el patrimonio común en su integridad) frente al que no pacta aplazamiento alguno (circunstancia que daría lugar a un débito privativo, con la garantía patrimonial más limitada ínsita al mismo), lo que carecería de cualquier atisbo de lógica²⁷⁵.

Los negocios de atribución patrimonial concluidos por un cónyuge generan, según la tesis de GIMÉNEZ DUART, de inicio, la afección del patrimonio del cónyuge

²⁷³ RAMS, *La sociedad...*, cit., págs. 360-361.

²⁷⁴ LACRUZ (en *Elementos*, IV, Vol. 1.º, cit., pág. 435) dice que esta norma es de absoluta justicia, porque, teniendo el bien adquirido mediante precio aplazado la condición de consorcial, el que compra uno solo de los cónyuges de esa forma no sería responsable de su propio precio, viéndose obligado el acreedor a resolver la operación *ex art.* 1124 CC, cuando quizás lo que pretendía y le conviene era percibir el precio restante.

²⁷⁵ Ana María SANZ VIOLA (en «La gestión de los bienes gananciales y las adquisiciones a título oneroso y a costa del caudal común, realizadas por uno de los cónyuges por separado», *RCDI*, n.º 583, 1987, pág. 1763) concluye que en el supuesto del art. 1370 responden de la deuda los bienes propios del cónyuge adquirente y el mismo bien adquirido en tanto esté en su poder, sin perjuicio de la responsabilidad del patrimonio común en su integridad en el caso de tratarse de un supuesto en el que se dispone así por algún precepto del Código civil. En relación con el art. 1370, RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», cit., pág. 1123] sostiene que la deuda contemplada en aquel es privativa, aplicándose el precepto cuando la actuación del cónyuge no pueda incardinarse en los arts. 1365 y 1368, con la colocación del bien adquirido en idéntico nivel de garantía que los bienes propios del deudor, teniendo el acreedor la posibilidad de ejecutar directamente el bien ganancial adquirido a plazos y el patrimonio privativo de aquel.

En nuestro criterio, el art. 1370 no presupone necesariamente la privatividad del débito contraído por el cónyuge, el cual, por consiguiente, podrá ser ganancial o propio del mismo, limitándose la norma en cuestión a prever la eventual posibilidad de la ganancialidad de esa deuda separadamente asumida en la compra a plazos de un bien común, en cuyo caso la garantía patrimonial adicional y limitada que dispone se extiende, siguiendo el esquema tradicional de responsabilidad externa, a la totalidad de la masa de la comunidad. Pero esta circunstancia no permite afirmar que la disposición solo resulta aplicable cuando estamos en presencia de deudas privativas, antes bien, la hipotética calificación de la deuda contraída como ganancial está explícitamente recogida en el precepto y es esta mención la que justifica la aplicabilidad de las normas de responsabilidad externa de la sociedad legal.

actuante, constituido por sus bienes propios y la participación en los gananciales *ex* artículo 1373 del Código civil. Si el cónyuge no interviniente en el negocio jurídico consiente expresamente el mismo, responderá con la totalidad de su patrimonio (privativo y consorcial) si su entrada en aquel es *in obligatione* (art. 1911) o con su parte ganancial si el consentimiento implica una entrada *in attributione* (art. 1367 *in fine*). Por último, si el otro cónyuge, aún sin consentir, se aprovecha de las ventajas del negocio, se produciría una aceptación tácita de la atribución a la comunidad y la consecuente ganancialización del débito (art. 1369), viendo comprometida la parte ganancial de su patrimonio, lo que sucede en los casos enumerados en el artículo 1365, precepto que califica objetivamente la ventaja para la familia, e, incluso, todo su caudal (art. 1319)²⁷⁶.

Esta estructuración de la responsabilidad de la comunidad por las adquisiciones ejecutadas por cualquiera de los cónyuges puede ser parcialmente compartida, rechazándose, en todo caso, la teorización aludida, entre otros aspectos, por lo que respecta a la afirmación de que el presunto aprovechamiento de las ventajas del negocio adquisitivo por el cónyuge no contratante implique el surgimiento de una deuda ganancial *ex* artículo 1369 del Código civil. Por lo demás, lo que subyace en el artículo 1365, más que la existencia de una ventaja para la familia, intrascendente en la órbita externa, es la intención del legislador de propiciar una agilización del tráfico jurídico de la sociedad de gananciales, protegiéndose los intereses de terceros contratantes al ampliar la solvencia de los cónyuges mediante la previsión de distintos supuestos en los que estos se hallan legitimados indistintamente para vincular *erga omnes* los bienes comunes.

El segundo matiz diferencial más destacado entre los artículos 1362 y 1365 consiste en que la primera norma no relaciona como carga definitiva de la comunidad

²⁷⁶ GIMÉNEZ DUART, «La adquisición y disposición...», *cit.*, págs. 23 y 24 de la versión electrónica obrante en vlex.com. La responsabilidad ganancial para este autor derivaría usualmente del asentimiento tácito del cónyuge no contratante a la adquisición verificada por el otro, aprovechando las ventajas de la entrada del bien en la comunidad, invocando al efecto los arts. 1369, 1892 y 1893 CC en apoyo de su teoría, reiterando, en todo caso, que el citado aprovechamiento no conlleva una ratificación tácita del negocio entero, sino de la atribución que emana del mismo (*ibíd.*, págs. 24-25).

Esta posición no puede ser compartida porque, con independencia de la improcedencia del recurso a normas extrañas al régimen ganancial para explicar la responsabilidad que se genera en ese ámbito, la sujeción de la masa común no parte del asentimiento tácito del cónyuge que se abstiene, sino, con carácter exclusivo, de la adecuación simplemente formal del acto de adquisición a alguno de los supuestos legales relacionados en los arts. 1365 y 1368 CC, normas que objetivan la responsabilidad externa del consorcio por la actuación individual de un cónyuge, exista o no el asentimiento del otro, lo que es perfectamente irrelevante para los terceros.

los gastos derivados de la disposición de bienes comunes²⁷⁷, cuando el artículo 1365, según se ha dicho, sí incluye como deuda ganancial la originada por la disposición de gananciales que por ley o capítulos corresponda al cónyuge. Se cataloga por algunos autores como un absurdo el entender que por los meritados gastos no responderá definitivamente la masa ganancial, sino las privativas, concluyéndose que el artículo 1362.2.^a presenta una laguna u omisión que ha de integrarse mediante una interpretación analógica del artículo 1365.1.º, en el sentido de colegir comprendidos en el artículo 1362.2.^a los gastos producidos por los actos de disposición de gananciales²⁷⁸.

No nos parece pertinente la explicación anterior para justificar la imputación definitiva a la comunidad de los gastos dimanantes de los actos dispositivos a título oneroso verificados unilateralmente por los cónyuges. No solo no resulta mínimamente rigurosa la tesis del presunto olvido del legislador en la redacción del artículo 1362, sino que, salvo que partamos de una premisa conceptual completamente errónea sobre la analogía, que no es más que la aplicación extensiva de los principios extraídos de una norma a un supuesto no previsto por la misma, pero que presenta igualdad jurídica esencial con otro u otros que la norma contempla²⁷⁹, no se alcanza a comprender qué suerte de analogía permite aplicar extensivamente el artículo 1365.1.º para reputar incardinados en el artículo 1362.2.^a los reseñados gastos. Es obvio que ambos preceptos operan en órbitas absolutamente disímiles y no guardan esa afinidad jurídica que requiere el uso de la analogía como mecanismo de expansión lógica del Derecho, por

²⁷⁷ El concepto de *actos de disposición* se refiere, según Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS [en *Derecho de familia*, Universidad de Madrid (Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones), Madrid, 1989, pág. 270], a aquellos que «*afectan a la sustancia de la cosa o del derecho o afectan gravemente con carácter duradero o extraordinario al aprovechamiento de los mismos*». Para Javier AVILÉS GARCÍA (en *Libertad e igualdad en la nueva sociedad de gananciales*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1992, pág. 89) *acto de disposición* es aquel por el que se transfiere, grava o extingue un bien o derecho, o, de modo general, se produce en cuanto al mismo cualquier modificación jurídica.

Como constata M.^a Eugenia RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (en *Disposición de bienes gananciales*, Aranzadi, Navarra, 2000, págs. 39-40) es doctrina prácticamente pacífica que cuando se trata de actos a título oneroso el consentimiento de uno de los cónyuges al acto que pretende ejecutar el otro puede ser anterior, simultáneo o posterior a su celebración, de modo que en estos actos la regla de la cogestión, aún cuando puede implicar una efectiva codisposición, si el acto es otorgado simultáneamente por los dos cónyuges, cabe que se traduzca, asimismo, en un asentimiento a la disposición ajena.

²⁷⁸ RUEDA PÉREZ y RUEDA PÉREZ, «Notas sobre la nueva regulación...», *cit.*, pág. 577.

²⁷⁹ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, T. I (*Introducción y parte general*), Vol. I (*Ideas generales. Teoría de la norma jurídica*), 12.^a ed. (revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS), Reus, Madrid, 1984, pág. 569.

más que exista una habitual correlación entre deuda consorcial y carga definitiva en el sistema ganancial²⁸⁰.

Hechas las consideraciones precedentes, hemos de entender que, a pesar de la ausencia de cualquier mención en el artículo 1362 de los gastos provocados por la disposición de bienes gananciales operada por los cónyuges con carácter autónomo, su adscripción al pasivo ganancial definitivo es evidente. Hay que tener en cuenta que como resultado del negocio dispositivo efectuado separadamente ingresará en el patrimonio común, en virtud del principio de subrogación real, en sustitución del elemento ganancial, otro activo, por lo que no es imperativo que el legislador explicité nominalmente su condición de carga definitiva de la comunidad, que se da por supuesta²⁸¹.

En suma, partiendo simplemente del tenor de los artículos 1362 y 1365 no es fácil establecer una clara diferenciación material entre las esferas interna y externa de la responsabilidad de la comunidad, que inspira la disciplina de la misma, explicando esta identidad sustancial normativa que las cargas del consorcio conformen un trasunto habitual de las deudas gananciales, específicamente cuando estas últimas se contraen en actuaciones separadas realizadas en interés de la familia. No obstante lo cual, la coexistencia de las dos disposiciones está plenamente justificada desde el momento en que la legitimación conferida indistintamente a los cónyuges para vincular el patrimonio común frente a terceros en las diversas normas de responsabilidad externa no exige la adecuación última del acto unilateral generador de la deuda al ámbito delimitado en aquellas. Es suficiente para inferir la consorcialidad del débito que la intervención del cónyuge se verifique indiciaria o aparentemente dentro del marco de afección *ad extra* legalmente diseñado. Así, en los supuestos en los que el cónyuge supera materialmente (y no en el plano formal) ese contorno determinado en los artículos 1365, 1366 y 1368 y se desenvuelve al margen del interés de la sociedad se producirá una quiebra de la conexión ordinaria entre débito y carga ganancial y surgirá la más genuina

²⁸⁰ Sobre esta cuestión, cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad...*, *cit.*, págs. 359-360.

²⁸¹ En este sentido, *ibíd.*, pág. 360.

BUSTOS MORENO (en *Las deudas gananciales...*, *cit.*, pág. 255) pone el acento en que si el cónyuge disponente causó daños a la sociedad de gananciales la vía que tiene su consorte es el art. 1390 CC, que prevé la indemnización a la masa común, al margen de la opción de instar la impugnación del acto si se actuó de forma dolosa, y sin perjuicio de la posible solicitud de disolución de la sociedad si tan solo se procedió de manera negligente, ya que el art. 1393.2.º no discierne entre dolo y culpa.

provisionalidad ganancial (la cual puede, igualmente, dimanar *ex* artículo 1367 de una actuación conjunta conyugal orientada al interés exclusivo de uno de los cónyuges). De haberse sufragado la deuda, voluntaria o coactivamente, a costa del acervo común, será necesario operar el oportuno reajuste patrimonial.

3.2.3. La responsabilidad ganancial interna

3.2.3.1. Referencia a las cargas de la sociedad de gananciales. El artículo 1362 del Código civil

El artículo 1362 del Código civil, que inaugura la sección que regula las cargas y obligaciones consorciales, y cuyo precedente es el antiguo artículo 1408, es la norma básica en torno a la que se estructura, casuísticamente, desde una perspectiva objetiva, el pasivo ganancial interno, de forma tal que los gastos derivados de débitos contraídos por los cónyuges que se ajusten materialmente a los parámetros de ganancialidad pasiva definitiva esbozados en el precepto mencionado serán adscritos, finalmente, a la masa ganancial. Y sin obviar la posibilidad de que se acometa un eventual reequilibrio entre los distintos patrimonios afectados, en la fase de contribución, o, incluso, vigente la sociedad, en el supuesto de que cualquier deuda, ganancial o privativa, haya sido satisfecha a costa de un caudal al que no le incumbía su abono con arreglo a esos criterios de afección interna consorcial explicitados positivamente²⁸².

En consonancia con la antecitada naturaleza de la disposición, que se proyecta de manera exclusiva sobre la órbita interna del consorcio y opera al margen de la esfera externa de la sujeción ganancial, y sin perjuicio de la concomitancia estructural entre las normas básicas que regulan ambos planos de responsabilidad (arts. 1362 y 1365), la misma no podrá ser invocada por los acreedores de los cónyuges para propiciar una realización del haber ganancial por deudas contraídas por estos últimos. Deben recurrir, a tal efecto, para una hipotética traba de aquel, a los diversos artículos que legitiman la

²⁸² RAMS (en *La sociedad de gananciales*, *cit.*, pág. 355) apunta que el concepto *responsabilidad definitiva* está íntimamente unido con las operaciones liquidatorias de la comunidad y, por tanto, con el tratamiento de las recompensas, integrando su función esencial el soslayar que en las relaciones económicas entre masas tengan lugar desequilibrios y desplazamientos patrimoniales injustificados.

vinculación directa del patrimonio común por la actuación separada o conjunta de los partícipes en la comunidad (arts. 1365 a 1370)²⁸³.

Frente a la normativa estatal, que trata de forma separada los pasivos gananciales interno y externo, la ley 84, apartado primero, de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra²⁸⁴ es un precepto que, como se infiere del tenor de su expresión inicial («son de cargo y responsabilidad de la sociedad de conquistas los gastos y obligaciones siguientes»), juega en las órbitas *ad intra* y *ad extra* de la sociedad conyugal de conquistas. Esta última resulta vinculada directamente *erga omnes* por aquellas deudas que constituyen cargas comunes sociales, sin perjuicio de los reembolsos o reintegros que procedan en el caso de que alguna masa patrimonial se lucre sin causa en detrimento de otra²⁸⁵.

²⁸³ RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1020] rechaza la viabilidad de que el acreedor utilice las normas que disciplinan las relaciones internas de la sociedad de gananciales (arts. 1362 a 1364, 1371, 1390 y 1391) mediante el ejercicio de la acción subrogatoria o de la acción por enriquecimiento sin causa, exponiendo que en las hipótesis contempladas en los arts. 1365 y 1368 las relaciones son contractuales y el posible enriquecimiento del patrimonio ganancial tiene una causa, en tanto que en el supuesto del art. 1366 no es preciso el recurso a esas vías porque la norma faculta la ejecución directa sobre bienes comunes.

Defendía una tesis contraria LACRUZ, *Elementos...*, IV, *Derecho de familia*, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 436, para el que, una vez demostrado que la deuda ha de ser carga del haber común (art. 1362), la misma podrá hacerse efectiva sobre aquel desde el primer momento, aun cuando no se halle comprendida en el ámbito del art. 1365, «para evitar un rodeo innecesario». Asimismo, en línea con su interpretación extensiva del alcance del art. 1362 CC, que concibe como una norma no solo atinente a la relación intraconyugal, sino también a la externa con los acreedores, admite una posible actuación sobre los bienes gananciales por parte de los acreedores en el caso de deudas que constituyan un cargo definitivo de la comunidad GORDILLO CAÑAS, «El pasivo...», *cit.*, pág. 355.

²⁸⁴ Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

²⁸⁵ LACRUZ y RAMS [en «La comunidad matrimonial de conquistas en Navarra», *RJN*, n.º 6 (2), julio-diciembre 1988, Vol. 2, pág. 28] expresan que la distinción teórica entre responsabilidad provisional y definitiva queda desdibujada en el régimen normativo de la sociedad de conquistas regulada en el Fuero nuevo, dado el alto grado de indiferenciación de supuestos que contiene, que tan solo se evidencian por las referencias, en el caso de la afección provisional, a los reembolsos debidos entre masas. Como indica Francisco Javier FERNÁNDEZ URZAINQUI [en «Responsabilidad directa y subsidiaria de la sociedad de conquistas por deudas de los cónyuges», *RJN*, n.º 33 (2), enero-junio 2002, pág. 66], el patrimonio consorcial responde directamente frente a los acreedores de las obligaciones conjuntas de ambos cónyuges y de las contraídas por uno con el consentimiento del otro, con abstracción de la razón que las motiva, es decir, sin perjuicio del carácter común o privativo de la carga que representen, así como de determinadas obligaciones individuales que, en atención a la consorcialidad de la carga -ley 84.1, apartados 1) a 7)- o en garantía de terceros perjudicados (ley 84.2), la regulación declara realizables sobre los bienes comunes. La doble proyección del art. 84 FN es destacada, asimismo, por M.ª Belén CILVETI GUBÍA (en «La liquidación de la sociedad conyugal de conquistas: el pasivo y la posición jurídica de los acreedores de la sociedad», *RJN*, n.º 45, enero-junio 2008, pág. 121), al resaltar que todas las obligaciones que son de cargo de la sociedad -ley 84.1- son también deudas de las que se responde externamente, de manera que cabe que los acreedores agredan directamente los bienes de conquista.

Tras la reforma operada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, publicada en el Boletín Oficial de Navarra en fecha 16 de abril de 2019, y que, según su Disposición Final Cuarta, entrará en vigor en el

El artículo 1362 no es, por lo expresado, una regla de responsabilidad, sino, antes bien, de atribución de deuda con carácter definitivo, que se mueve en la relación interna conyugal y ha de tenerse en cuenta en las relaciones entre las distintas masas patrimoniales, constante la sociedad legal, con arreglo al artículo 1364, o a su liquidación²⁸⁶.

Desde un punto de vista funcional, más que sustantivo, puede establecerse una correlación entre el vigente artículo 1362 y el primitivo artículo 1408 del Código civil, apartados 2.º a 5.º, en los que, según hemos expresado en su momento al estudiar este último, se regulaba la responsabilidad definitiva de la sociedad de gananciales. Contenía, a su vez, el apartado 1.º del reseñado artículo 1408, en cuyo inciso primero se cargaban a la comunidad *todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido*, una mera presunción *iuris tantum* de ganancialidad pasiva externa por las deudas formalmente contraídas por el marido (o, en su caso, por la mujer) en interés del consorcio²⁸⁷.

3.2.3.1.1. Cargas matrimoniales

Se regulan, en primer término, en el artículo 1362.1.ª, como cargo definitivo del consorcio, las denominadas *cargas matrimoniales*²⁸⁸, concepto este íntimamente relacionado con el de *potestad doméstica* del artículo 1319, si bien aquellas tienen un

plazo de los seis meses siguientes a su publicación, la responsabilidad interna y externa de la sociedad de conquistas se regulan ahora en preceptos distintos (leyes 90 y 92, respectivamente), si bien la sociedad, con arreglo a la ley 92.1, continúa respondiendo por los gastos y obligaciones contraídos por un cónyuge que sean carga de la misma *ex ley* 90.

²⁸⁶ DE LOS MOZOS, «Artículos 1.362 y 1.363», *Comentarios al Código Civil...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 242.

²⁸⁷ Explicaba ALBALADEJO (en *Manual de Derecho de familia y sucesiones*, Librería Bosch, Barcelona, 1974, págs. 89-90) que, no obstante no recoger la literalidad del antiguo art. 1408 CC la distinción entre gastos que constituyen un cargo definitivo de los gananciales y deudas de las que se responde con estos, para obviar una inútil duplicación de conceptos, hay que entender que el apartado 1.º de la norma se refiere a los débitos de los que se responde con los bienes comunes y los apartados 2.º a 5.º atienden a determinar cuáles de las aludidas deudas son además a cargo del comunidad. Corroboran esa disociación de esferas de responsabilidad en el sistema ganancial original DÍEZ-PICAZO y GULLÓN [en *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV (*Derecho de familia. Derecho de sucesiones*), *cit.*, pág. 212], que opinaban que el art. 1408.1.º establecía una regla de responsabilidad directa frente a los acreedores y que, a su vez, los restantes supuestos previstos en la disposición hacían referencia a la imputación o distribución interna de las deudas en la sociedad de gananciales.

²⁸⁸ Enfatiza Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA [en *Alimentos y cargas familiares (Cuadernos de Familia, 4)*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999, págs. 219 y 221] que el concepto *cargas del matrimonio* es indeterminado y difuso, comprendiendo aquellas obligaciones anejas al matrimonio, que traen su origen de los derechos y deberes del Cap. V del Título IV del Libro I CC, incumbiendo a los cónyuges contribuir a su levantamiento. Indica ese autor que en las *cargas del matrimonio* han de subsumirse las necesidades vitales de los componentes del hogar, debiendo incluirse en aquellas la deuda de alimentos o de socorro material entre cónyuges.

mayor alcance que esta última, habida cuenta que comprenden también las necesidades extraordinarias de la familia²⁸⁹.

Con la enumeración de gastos contenida en el artículo 1362.1.^a, según BUSTOS MORENO, el legislador ha intentado, más que expresar una definición de las cargas del matrimonio, aportar unas directrices para el aplicador del Derecho a efectos de la exégesis de esa norma, haciendo posible la concreción en cada supuesto particular de los gastos matrimoniales, en función de las necesidades y circunstancias específicas de la familia²⁹⁰.

No obstante la conexión que existe entre los artículos 1319 y 1362.1.^a, debe significarse que ambas normas tienen una naturaleza manifiestamente no homogénea. La primera, encuadrada en el régimen económico matrimonial primario, contiene una regla de responsabilidad, que despliega su virtualidad en la órbita de las relaciones de los cónyuges con terceros, disponiendo la afección *solidaria* del haber común y del propio del cónyuge actuante, y la subsidiaria del caudal privativo del otro, por los débitos contraídos por aquel en el ejercicio de la potestad doméstica, sin perjuicio del reintegro que corresponda, pero no regula, como ocurre con el segundo artículo, la atribución última de esa deuda a la masa común²⁹¹.

Centrándonos en un plano puramente terminológico, frente a esa utilización de la expresión *cargas matrimoniales* para referirse a los gastos contemplados en el artículo 1362.1.^a, se postula la integración de estos en la categoría de *cargas familiares*, juzgándose que la mencionada norma representa el *quantum* mínimo en la catalogación de esos gastos que constituyen el contenido de las mismas, siempre que su finalidad sea satisfacer las necesidades básicas de los miembros de la familia²⁹².

La consideración de las atenciones del artículo 1362.1.^a como cargas del matrimonio es, igualmente, mantenida por la doctrina jurisprudencial, afirmando la

²⁸⁹ RAGEL, «La sociedad de gananciales (4)...», *cit.*, pág. 1227.

²⁹⁰ BUSTOS MORENO, *El mantenimiento de la familia en las situaciones de crisis matrimonial*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 33.

²⁹¹ Admite la mutación capitular de esos criterios de solidaridad y subsidiariedad contenidos en el art. 1319.2 CC Juan ÁLVAREZ-SALA WALTHER (en «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», *RDN*, n.º 112, Abril-Junio 1981, pág. 39), arguyendo que la *ratio* de esa norma obedece a la protección del tercero, siempre que no se recorte la extensión objetiva de la responsabilidad que se proyecta sobre todos los bienes del matrimonio, comunes o propios, por las obligaciones asumidas en el ejercicio de la potestad doméstica.

²⁹² PASTOR ÁLVAREZ, María del Carmen, *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, Murcia, 1998, pág. 41.

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2014, con cita de la sentencia de 26 de noviembre de 2012, que «*la noción de cargas del matrimonio, dice la sentencia de 31 de mayo de 2006, debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar*»²⁹³.

La imputación de los gastos relativos al levantamiento de las cargas matrimoniales al acervo ganancial es una consecuencia de lo prevenido, en sede de régimen económico matrimonial primario, en el artículo 1318 del Código civil²⁹⁴, precepto que, en su párrafo primero, establece que «*los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio*»²⁹⁵.

El *sostenimiento de la familia* al que alude la norma, en línea con otros ordenamientos²⁹⁶, abarca, no solo la alimentación y vestido de cónyuges e hijos, sino, asimismo, los gastos que cada cónyuge esté moral o socialmente obligado a efectuar, resultando fundamental, en este sentido, su adecuación al nivel de vida familiar²⁹⁷.

Por tanto, desde una óptica normativa, no cabe asimilar mecánicamente los gastos de sostenimiento familiar con el concepto más restrictivo de alimentos del artículo 142 del Código civil, dado que el sostenimiento no solo comprende las necesidades de orden alimenticio relacionadas en aquel (sustento, habitación, vestido,

²⁹³ STS de 17 de febrero de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2014:494). Expresa esta resolución que la descripción más ajustada de lo que constituyen cargas del matrimonio se contiene en el art. 1362.1.ª CC.

²⁹⁴ BUSTOS MORENO, *Las deudas gananciales...*, cit., pág. 180.

²⁹⁵ El art. 1318.1 CC supone, para GIMÉNEZ DUART (en «La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *RDN*, n.º 113-114, julio-diciembre 1981, pág. 84), la transposición a la esfera patrimonial de los deberes personales de socorro, ayuda mutua y actuación en interés de la familia que se plasman en los arts. 67 y 68.

²⁹⁶ El art. 1409 del *Code civil*, relativo, como se ha dicho, al pasivo de la *communauté légale*, configura como cargo definitivo de la misma los alimentos debidos por los cónyuges y las deudas contraídas por aquellos para el sostenimiento del hogar y la educación de los hijos, de conformidad con el art. 220.

²⁹⁷ LACRUZ, *Elementos...*, IV, *Derecho de Familia*, Vol. 1.º, cit., pág. 432.

Indica la SAP de Pontevedra de 6 de abril de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APPO:2016:572) que «*las “cargas del matrimonio” o el “sostenimiento de la familia” alude a todo lo que razonablemente pueda contribuir al desarrollo y expansión en los diferentes ámbitos de la vida de los miembros del grupo familiar, como los gastos ligados a la actividad cultural, intelectual o deportiva que desarrolle cualquiera de los integrantes, incluidos los desembolsos provenientes del simple recreo o esparcimiento y los que se deriven del mantenimiento de las conductas sociales que vengan impuestas por la posición económica de la familia o del ejercicio de acciones altruistas que la familia considere legítimas*».

asistencia médica, educación), sino que se extiende a lo que haya de reputarse inherente a una gestión razonable de la economía doméstica²⁹⁸.

Escasa dificultad plantea el carácter de carga de la sociedad legal de los gastos originados por la alimentación y educación de los hijos comunes del matrimonio, cuya obligada e incondicional asunción por los progenitores, quienes, por imperativo constitucional (art. 39.3 CE), *deben prestar asistencia de todo orden a los hijos*, en el caso de tratarse de menores de edad, dimana de un deber incardinado en la patria potestad (art. 154.3.1.º, en relación con el art. 110, *ex* Código civil)²⁹⁹.

Los alimentos de los hijos menores de edad, que exceden de lo que es una obligación estrictamente alimenticia, no solo se contraen a lo que resulta de los términos del artículo 142, incluyendo, así, el mantenimiento del artículo 154.3.1.º algo más que lo «indispensable» que determina aquel precepto, dado que necesariamente habrá de estarse a las posibilidades económicas de la familia³⁰⁰.

Aun cuando se sostiene que el hecho de que los hijos alimentistas alcancen la mayoría de edad no extingue de modo automático la obligación alimenticia, en tanto los mismos convivan en el hogar familiar y no hayan alcanzado autonomía e independencia económica³⁰¹, lo cierto es que, sin perjuicio de la relevancia de la convivencia para la calificación como gasto internamente adscrito a la masa común del desembolso efectuado por alimentos de los hijos no comunes, la inexistencia de aquella no es un aspecto que, por sí mismo, en el orden material, haya de tener virtualidad extintiva de la prestación alimenticia si persiste la situación de necesidad en el hijo alimentista mayor de edad. Sin embargo, la convivencia sí es, *ex* artículo 93.2 del Código civil, un requisito preciso para el ejercicio acumulado de la pretensión de alimentos

²⁹⁸ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV (T. 1), *cit.*, pág. 174.

²⁹⁹ Con arreglo a lo que indica la STS de 5 de octubre de 1993 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1993:6585), el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia -art. 145.3.º- y, por comprenderse en la patria potestad, derivando de la relación paterno filial (art. 110 CC), no le afectan las limitaciones inherentes al régimen legal de los alimentos entre parientes, que, en cuanto a los hijos, es una normativa en gran parte únicamente adecuada para los hijos mayores de edad o emancipados.

De conformidad con lo prescrito en los arts. 155.2.º y 165.2 CC, es preciso tener en cuenta el deber de los hijos de contribuir al levantamiento de las cargas familiares, y, asimismo, la facultad de los progenitores de aplicar los frutos de los bienes del hijo a la atención de las mismas (cfr. TORRALBA SORIANO, Vicente, «Art. 1.362», en AMORÓS GUARDIOLA *et al.*, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1665-1666).

³⁰⁰ MONTERO AROCA, Juan, *Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del artículo 93 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 23.

³⁰¹ PASTOR ÁLVAREZ, *El deber de contribución a las cargas familiares...*, *cit.*, pág. 210.

correspondientes a los hijos mayores de edad o emancipados en el proceso matrimonial de sus progenitores³⁰².

Enlazando con lo expuesto, ha de entenderse que la extinción de la obligación de alimentos de los hijos que alcancen la mayoría de edad se produciría por la eventual concurrencia de alguna de las causas legales tasadas de los artículos 150 y 152, configurándose, con carácter general, la obligación alimenticia de los mayores de edad como una obligación legal que exige la existencia de un vínculo de parentesco de los explicitados en el artículo 143, un estado de necesidad en el alimentista y medios económicos por parte del alimentante³⁰³.

En el caso de hijos de uno solo de los cónyuges, la consideración de los gastos de sostenimiento de aquellos como carga de la comunidad se subordina al requisito de su convivencia en el hogar familiar, de tal forma que, concurriendo esta última circunstancia, existe una equiparación absoluta de los hijos no comunes con los comunes.

Teniendo en cuenta la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación (art. 39.2 CE), la exclusión de los hijos no comunes y que no convivan en el domicilio familiar del ámbito subjetivo de la norma, que no se contenía en los Proyectos de Ley de 4 de octubre de 1978 y 14 de septiembre de 1979³⁰⁴, semeja discriminatoria y poco compatible con el citado mandato constitucional, tanto si se trata de hijos nacidos de una unión matrimonial anterior como de hijos extramatrimoniales. El simple dato

³⁰² MONTERO AROCA (en *Los alimentos...*, *cit.*, págs. 197 y 204), resaltando la naturaleza procesal del art. 93.2 CC, reitera que la convivencia en el domicilio familiar que impone este artículo es solo un requisito que faculta la acumulación de la pretensión de alimentos del hijo mayor al proceso matrimonial, recogiendo la disposición la realidad social de que los hijos al llegar a la mayoría de edad siguen viviendo en aquel con total dependencia económica de sus padres, facilitándose de esta forma procesalmente, mientras subsista esa residencia, el reconocimiento del derecho a alimentos del hijo mayor de edad.

³⁰³ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa, *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad (Estudio del art. 93.2 del Cc.)*, Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia, Valencia, 1999, págs. 25-26.

³⁰⁴ En el Proyecto de Ley de 4 de octubre de 1978, el art. 1359.1.^a se refería, en este extremo, a *la educación, instrucción y asistencia de los hijos comunes o de uno solo de los cónyuges* (Cfr. BOC n.º 155, de 4 de octubre de 1978, pág. 3370). A su vez, el Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979 tampoco excluía los gastos alimenticios de los hijos de uno solo de los cónyuges no convivientes, aludiendo, de forma similar al proyecto anterior, el art. 1362.1.^a plasmado en aquel a *la alimentación y educación de los hijos comunes o de uno solo de los cónyuges* (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 71-I, de 14 de septiembre de 1979, pág. 330). Finalmente, la versión actual corregida de ese apartado de la disposición, la cual, en los demás, reproduce la propuesta del proyecto inicial (con la *addenda* de la remisión al CCo), según consta en el Informe de la Ponencia, se debió a la admisión de la enmienda 266 presentada por el grupo Socialistas de Cataluña (cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 71-I 3, de 22 de mayo de 1980, pág. 348/24), cuya motivación era que no parecía correcto atribuir gastos a la comunidad ganancial cuando ha mediado la negativa de que el hijo conviva en el hogar familiar [*vid. Código Civil (Reformas 1978-1983)...*, *cit.*, pág. 302].

fáctico de la ausencia de convivencia, salvo que obedezca a una situación de suficiencia patrimonial del hijo para subvenir a sus necesidades, lo que, por otra parte, determinaría la extinción de la obligación alimenticia, no justifica por sí mismo ese tratamiento normativo diferente a los efectos que nos ocupan³⁰⁵.

Cuando el artículo 1362.1.ª, en el inciso segundo de su párrafo segundo, dispone que los gastos de alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges no convivientes *serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación*, está haciendo alusión, de manera escasamente coherente con la naturaleza de la norma, a la responsabilidad externa ganancial por las deudas derivadas de aquellos conceptos. Esta inteligencia es la que se corresponde con el empleo del verbo *sufragar*, que significa costear o satisfacer, y con el establecimiento a continuación del reintegro a favor de la masa ganancial por el desembolso efectuado, que solo tiene sentido en esta hipótesis de afección meramente provisional y *ad extra* que se prevé, pudiendo, en suma, invocarse este precepto por terceros acreedores para la realización de bienes gananciales³⁰⁶.

La carga de la sociedad consistente en los gastos provenientes de *las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia*³⁰⁷ se

³⁰⁵ LACRUZ (en *Elementos*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 433) cuestiona la justicia de esta expulsión de la comunidad de los hijos de un solo cónyuge no convivientes y pone de relieve que en el momento de la liquidación no será fácil concretar la cuenta exacta de los anticipos tomados por ese progenitor, no siendo tampoco equitativo, según su opinión, que cualquier progenitor, aunque no contribuya de forma considerable en bienes o trabajo, pueda disponer de cantidades en beneficio de su hijo adulterino y a costa de los gananciales de su consorte.

³⁰⁶ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión...*, *cit.*, pág. 381, entiende que a la vista del reintegro se concluye que se trata de una norma de responsabilidad externa y, a la vez, también se refleja un cargo definitivo, en este caso, su exoneración, del consorcio. En contra de esta interpretación, DE LOS MOZOS (en «Artículos 1.362 y 1.363», *Comentarios...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 252) discute que el art. 1362.1.ª.2, inciso segundo, sea una norma de responsabilidad y habla de una incorrección de la expresión legislativa, que debe suplirse entendiendo que al decir «sufragados» debió decirse «serán de cargo».

De acuerdo con lo expresado *ut supra*, disintimos de esta última opinión, porque el legislador lo que ha contemplado es, precisamente, de forma impropia por su ubicación, un supuesto paradigmático de responsabilidad provisional y externa, que dará lugar al pertinente reequilibrio de masas patrimoniales en la fase de liquidación social, deviniendo incompatible con este derecho de reintegro a favor de la comunidad que se dispone la calificación de esos gastos como un cargo definitivo de la sociedad.

³⁰⁷ Para Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ [en *El nuevo Derecho de familia*, T. II (*Régimen sobre Filiación y Sociedad de Gananciales*) -Teoría, norma y práctica-, Gráficas Espejo, Madrid, 1981, pág. 225], el contenido de la mención legal hace alusión a cualquier tipo de medida de aseguramiento del futuro o del bienestar material o moral de los cónyuges e hijos comunes (seguros privados o sociales y compromisos asumidos al efecto), extendiendo este autor el módulo instrumental o cuantitativo relativo a la acomodación a los usos y a las circunstancias de la familia a los restantes supuestos.

Afirma BUSTOS MORENO (en *Las deudas gananciales...*, *cit.*, págs. 236-237) que el hecho de que el nivel de vida de la familia constituya el criterio de cierre en la concreción de las cargas matrimoniales ratifica la asunción de una concepción amplia respecto de las mismas, debiendo rechazarse que se

circunscribe a los miembros de la familia, porque cuando se trata de medidas de previsión relativas a los bienes, privativos o comunes, las mismas se reputan comprendidas en el ámbito de las reglas segunda y tercera del artículo 1362³⁰⁸.

3.2.3.1.2. Otras cargas definitivas de la comunidad

El artículo 1362.2.^a considera como carga social los gastos originados por la «adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes»³⁰⁹.

La calificación de los gastos de adquisición de bienes comunes como una carga de la sociedad de gananciales es, con carácter general, plenamente coherente con la naturaleza ganancial del activo adquirido y su consecuente ingreso en el caudal común, lo que determina que sea la comunidad la que haya de asumir el coste asociado a ese incremento patrimonial³¹⁰.

Tratándose de los gastos procedentes de actos adquisitivos unilaterales a título oneroso de bienes comunes, su adscripción última, en la relación interna, al consorcio, si bien resulta el corolario lógico y ordinario de esa condición del elemento adquirido, va a depender de que tales gastos deriven efectivamente de adquisiciones verificadas en interés de la familia y no de negocios encaminados al beneficio exclusivo de alguno de los cónyuges. De darse esta circunstancia habría de operarse el correspondiente reajuste patrimonial si se emplearon fondos comunes para su exacción³¹¹.

interprete la existencia de un cargo ganancial solo cuando se trate de satisfacer necesidades mínimas o indispensables para el mantenimiento familiar, así como en el caso de desembolsos estrictamente útiles para la familia.

En relación con la operatividad de *los usos y las circunstancias de la familia*, RUEDA PÉREZ y RUEDA PÉREZ (en «Notas sobre la nueva regulación...», *cit.*, pág. 559) refutan la extensión de ese parámetro delimitador determinado en el art. 1362.1.^a, párrafo primero, *in fine*, a supuestos distintos a las atenciones de previsión, en base a una interpretación gramatical del precepto.

³⁰⁸ TORRALBA SORIANO, «Art. 1362», *Comentarios...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1667.

³⁰⁹ Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA [en *Régimen económico del matrimonio (Ley 11/1981, de 13 de mayo)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pág. 259] argumenta que es la obligación esencial de un matrimonio cumplir con solvencia en la administración de la masa ganancial, ya que en la buena economía familiar se reside el disfrute de los bienes familiares, espirituales y materiales, considerando que, en orden al tiempo, el sostenimiento patrimonial es primordial para verificar el resto de deberes.

³¹⁰ RUEDA PÉREZ y RUEDA PÉREZ (en «Notas sobre la nueva regulación...», *cit.*, pág. 561) interpretan que la carga engloba todos los gastos que la adquisición haya motivado, como el precio de la misma, escrituración, impuestos o comisiones de agentes inmobiliarios, lo cual es predicable respecto de cualesquiera bienes gananciales, ya sean adquiridos conjunta o separadamente.

³¹¹ Si nos referimos a gastos que traigan su causa de la adquisición onerosa de bienes gananciales realizada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, para calificar los mencionados desembolsos como una carga definitiva de la comunidad, aun cuando provengan de una actuación conjunta conyugal, que, por sí misma, como defendemos, no constituye un criterio de

Por otra parte, dado que el precepto se refiere genéricamente a los gastos de adquisición de bienes comunes, no existe razón para excluir del ámbito de aquel los desembolsos derivados de las adquisiciones verificadas a título lucrativo, los cuales gravarán internamente el caudal común si el elemento así adquirido por ambos cónyuges tiene carácter ganancial con arreglo a lo establecido en el artículo 1353 del Código civil³¹².

En el supuesto de la atribución lucrativa recogida en esta última disposición, GIMÉNEZ DUART considera que requiere la aceptación del negocio entero por los dos consortes, tanto en el caso de que la ganancialidad derive del llamamiento conjunto, como cuando el donante o testador atribuyen expresamente el carácter ganancial, destacando que es imposible que un bien sea adquirido a título gratuito por un sujeto si el mismo no acepta la atribución y se convierte en heredero, legatario o donatario³¹³.

Por lo que respecta a la hipótesis de adquisición individual de un cónyuge de bienes comunes que responsabilice a la masa ganancial en la esfera interna, se alude por algún autor a la inexistencia de normas que legitimen esa actuación, como una excepción al principio de cogestión, siendo el factor normativo a considerar en esta cuestión la distribución de facultades que la convivencia entre los cónyuges haya generado³¹⁴.

ganancialidad pasiva definitiva, sino tan solo un parámetro de afección externa consorcial incondicional, deviene preciso, igualmente, en principio, que aquellos gastos obedezcan a una adquisición ejecutada en interés de la familia. De no entenderlo así, se consagraría una situación objetivamente injusta para el cónyuge perjudicado. Se opone a esta posición DE LOS MOZOS (en «Artículos 1.362 y 1.363», *Comentarios...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 256), que comenta que cuando la adquisición es conjunta los gastos de aquella constituyen una carga de la sociedad legal y los bienes comunes responden por los mismos.

Sobre la posibilidad de que una actuación conyugal conjunta o consentida no conduzca necesariamente a la existencia de una carga social, concluye RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1035] que, en la esfera interna, cuando la deuda ganancial contraída, al amparo del art. 1367, de manera conjunta o individual, pero consentida, se abonó con fondos de la sociedad y su finalidad no era una de la contempladas en los arts. 1362, 1363 y 1371 CC, el cónyuge en cuyo exclusivo interés se originó esa deuda ha de reintegrar a la comunidad aquellos fondos.

³¹² El art. 1353 dice que «*los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuera aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario*».

Afirma BUSTOS MORENO, *Las deudas gananciales...*, *cit.*, págs. 244-245, que, dada la correlación entre activo y pasivo en la sociedad legal, es lógico que las deudas que graven los bienes a los que se refiere la norma transcrita se califiquen, igualmente, de gananciales, sin que haya de restringirse el *quantum* de esos débitos habida cuenta que el art. 1362.2.º no limita el ámbito del supuesto previsto, y salvo que la herencia se acepte a beneficio de inventario.

³¹³ GIMÉNEZ DUART, «La adquisición y disposición...», *cit.*, pág. 32 de la versión digital.

³¹⁴ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión...*, *cit.*, págs. 388-389. Subraya este autor que esa situación o pacto tácito de distribución interna de facultades no puede ser determinante de la responsabilidad externa

Desde una perspectiva *ad extra*, el negocio adquisitivo formalizado unilateralmente por un cónyuge va a suscitar, de forma liminar, la responsabilidad patrimonial universal del mismo *ex* artículo 1911 y, al amparo del artículo 1373, la subsidiaria de los bienes comunes por las deudas nacidas de aquel, y solo si tal adquisición es subsumible en el ámbito de los artículos 1365 o 1368 responderían directa e indiferenciadamente los bienes gananciales junto con los propios del deudor. Y ello sin perjuicio, con arreglo al artículo 1370, de la afección directa e incondicional del bien adquirido por el precio aplazado de un bien ganancial adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro. Internamente, la catalogación como carga consorcial del gasto producido estará subordinada a la ganancialidad del elemento que se adquiera, lo que nos conduce a los artículos 1347.3.º y 1356.

Esta última disposición determina la naturaleza ganancial del bien adquirido de modo separado por precio aplazado si el primer desembolso tuviera ese carácter, con independencia de que los restantes plazos se satisfagan con numerario privativo, de manera que, *ex* artículo 1362.2.^a, los gastos que se devenguen por esa tipología de adquisición se imputarán de modo definitivo al consorcio, siempre que, evidentemente, el acto esté preordenado a la satisfacción del interés familiar³¹⁵. Esto no debe conducir a concluir equivocadamente que el eventual débito que se produzca como consecuencia del enunciado negocio adquisitivo responsabilice *erga omnes* el patrimonio ganancial, sujeción que solo tendrá lugar en el supuesto de que aquel se contraiga individualmente por un cónyuge con el consentimiento expreso del otro (art. 1367) o dentro del ámbito de legitimación prefigurado legalmente para afectar de forma autónoma frente a terceros la masa común (arts. 1365 y 1368), según cabe inducir en este caso del inciso final del artículo 1370. De esta mención del artículo se deriva la vinculación directa de todos los

de la masa ganancial por las dificultades publicitarias para los terceros que implica y que tales facultades están mediatizadas por los criterios del interés familiar o la adecuación al nivel de vida de la familia, siendo viable que el cónyuge no actuante rechace, en caso de una adquisición unilateral de bienes comunes que sea extralimitada con arreglo a esa distribución de facultades, la ganancialidad activa del bien adquirido y la pasiva del gasto acometido.

³¹⁵ Resalta GUILARTE GUTIÉRREZ (*ibíd.*, págs. 385-386) la incoherencia que se desprende de una interpretación estricta del art. 1356, porque supondría que cualquiera de los cónyuges, indiscriminadamente, podría atribuir carácter ganancial a los bienes que adquieran por precio aplazado con solo abonar con efectivo consorcial el primer plazo, deviniendo insuficiente el remedio previsto en el art. 1390 CC, que hace alusión a daños ocasionados dolosamente a la sociedad. Para que juegue la regla del art. 1356, según el mencionado autor, es necesario que la adquisición se realice por un cónyuge en el ámbito legalmente permitido o que su consorte la consienta.

bienes gananciales por esa adquisición separada a plazos cuando se verifique en el citado marco de actuación disyunta con repercusión patrimonial para el consorcio³¹⁶.

El fundamento del carácter de cargo común de los gastos de *tenencia y disfrute de los bienes comunes* se halla en la condición ganancial de «*los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales*», conforme dispone el artículo 1347.2.º, debiendo entenderse por gastos por «tenencia» los atinentes a la conservación o reparaciones precisas, así como los de mantenimiento para evitar el deterioro o destrucción de los bienes comunes, correspondiendo, a su vez, los relativos al «disfrute» a aquellos que tienen como finalidad la producción de frutos³¹⁷.

Los gastos que traigan su causa de *la administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges*, ex artículo 1362.3.ª, son, igualmente, imputables, a título definitivo, a la sociedad de gananciales, y, además, conforme se

³¹⁶ Con respecto al alcance de la responsabilidad fijada en el art. 1370, y compartiendo básicamente la idea que expresamos, dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS [en «Art. 1.370», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.* (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 702-703] que, al margen del bien comprado, mientras se mantenga en la masa común (e, incluso, tras la disolución o partición si el mismo está en poder de los cónyuges o sus herederos), y de los bienes privativos del comprador, responden directa y solidariamente los bienes gananciales en los casos en que la deuda sea además deuda de la sociedad (arts. 1365 y 1369), y que, en ciertos supuestos (adquisición en el ejercicio de la potestad doméstica), responden subsidiariamente los bienes propios del otro cónyuge (art. 1319.2). En esta línea, BUSTOS MORENO (en *Las deudas gananciales...*, *cit.*, pág. 251) se muestra partidaria de la afección ganancial directa si la adquisición a plazos del bien consorcial se ejecuta en el marco de los arts. 1365 y 1368. Por último, RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, págs. 1122-1123], como ya hemos reflejado, razona que si la adquisición se opera en el ámbito de los arts. 1365 y 1368 el débito será ganancial y no tendrá aplicación el art. 1370, absorbido por aquellos; en sentido contrario, si la actuación no es subsumible en esos preceptos, la deuda será privativa y se aplicará el art. 1370.

En relación con esta última opinión, nos parece interesante matizar que no es que el art. 1370 se inaplique en el supuesto de un débito ganancial, sino que, precisamente, el mismo, en cuanto norma específica, se aplica para inferir la afección de la totalidad del patrimonio común, dado ese carácter ganancial concreto de la adquisición a plazos, toda vez que, en otro caso, el inciso final del precepto sería superfluo.

Por su parte, GIMÉNEZ DUART (en «La adquisición y disposición...», *cit.*, pág. 26 de la versión digital obrante en vlex.com) refiere que en el art. 1370 se contempla una responsabilidad compartida, al resultar afectos los bienes gananciales *in genere*, yuxtaponiéndose en sede ganancial el principio de responsabilidad universal única del deudor al de *quien aprovecha las ventajas debe estar a los inconvenientes*, respondiendo el activo de la sociedad, salvo prueba del no aprovechamiento.

³¹⁷ BUSTOS MORENO, «De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», en RAMS ALBESA y MORENO MARTÍNEZ (Coords.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 403. Esta interpretación es mantenida por RUEDA PÉREZ y RUEDA PÉREZ, «Notas sobre la nueva regulación...», *cit.*, pág. 561, y TORRALBA SORIANO, «Art. 1.362», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, *cit.*, pág. 1668. La *tenencia y disfrute* del art. 1362.2.ª, según MARTÍNEZ-CALCERRADA [en *El nuevo Derecho de familia*, T. II (*Régimen sobre Filiación y Sociedad de Gananciales*), *cit.*, pág. 227], se integran en la *administración ordinaria* de los bienes comunes. En cambio, para RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1229] la *tenencia y disfrute* de los bienes gananciales comprenden los actos de *administración ordinaria y extraordinaria* de los mismos, junto con los gastos atinentes a la disposición de tales bienes.

dispone en el artículo 1365.2.º, inciso segundo, los débitos generados separadamente por los cónyuges en tales actos de administración ordinaria sujetarán *erga omnes* el patrimonio ganancial. Se produce, en consecuencia, en este ámbito, sin necesidad de verificar laboriosas exégesis, una evidente superposición de responsabilidad interna y externa consorcial, en orden a lo que, en puridad, no cabría calificar esas deudas gananciales como una hipótesis de responsabilidad provisional de la comunidad porque, *prima facie*, una vez satisfechas, ya la generan definitiva, salvo que la actuación del cónyuge no obedezca al interés de la familia y se ajuste tan solo aparentemente a la previsión legal³¹⁸.

Vigente la regulación original de la comunidad ganancial, el ya enunciado artículo 1408.3.º, que podríamos catalogar como el precedente de la carga que examinamos, consideraba de cargo de la sociedad *las reparaciones menores o de mera conservación hechas durante el matrimonio en los bienes peculiares del marido o de la mujer*, excluyéndose las reparaciones mayores. Se vinculaba por los distintos tratadistas esta norma con la posición de la sociedad de gananciales como usufructuaria de los bienes privativos de los cónyuges, lo que conducía a asimilar las reparaciones menores con las reparaciones ordinarias que el usufructuario está obligado a ejecutar, y a las que hacía referencia el artículo 500 del Código civil, que se mantiene inalterado³¹⁹.

La expresión *administración* incluiría, según ÁVILA ÁLVAREZ, actos de conservación, de explotación y de disposición, reputándose que los primeros son aquellos que tienen como finalidad salvaguardar el bien o patrimonio, soslayando su deterioro o corrigiendo el producido, aludiendo los segundos a la puesta en valor normal o fructificación de los mismos, y, por último, implicando los actos dispositivos la enajenación total o parcial, actual o potencial, de los bienes³²⁰.

³¹⁸ Sobre la concreción del ámbito de la hipótesis legal, declara la SAP de Valencia de 28 de abril de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:APV:2015:1695) que «*para determinar qué deba considerarse administración ordinaria, a efectos de lo dispuesto en el precepto (art. 1362.3.ª), ante la ausencia de norma específica que lo disponga, y dado que, según el art. 1347.2ª CC son gananciales los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales, se suele acudir a la regulación del usufructo*».

³¹⁹ COSSÍO, *La sociedad de gananciales*, cit., pág. 92. Idéntica posición mantenía MANRESA, «Art. 1.408», *Comentarios...*, T. IX, cit., págs. 603-605, para el que, si la sociedad tiene todos los derechos inherentes al usufructo, forzosamente ha de tener las cargas de aquel.

³²⁰ ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro, «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», *RCDI*, n.º 547, 1981, págs. 1389-1390. Le otorgan un alcance más restrictivo a la expresión legal DÍEZ-PICAZO y GULLÓN [en *Sistema*, Vol. IV (I), cit., pág. 174], al defender la inclusión en el concepto de *administración ordinaria* de los gastos de conservación y de los causados para que los bienes

La condición de carga del consorcio de los gastos generados por la administración ordinaria de los bienes propios es, por lo tanto, consecuente con la ganancialidad de los frutos, rentas e intereses producidos por estos últimos (art. 1347.2.º), conforme se entendía pacíficamente bajo la normativa anterior y se reitera con la actual. Por ello deben imputarse al pasivo social definitivo los gastos devengados por las reparaciones ordinarias de los bienes privativos, en el sentido determinado en el artículo 500.2 del Código civil³²¹, y los que sean precisos para la producción de esos frutos, rentas e intereses³²².

MARTÍNEZ-CALCERRADA, en cuanto al ámbito de esta carga social, expresa que el precepto exige que la administración origen de la responsabilidad definitiva ha de ser *ordinaria*, que es la correspondiente a una gestión o explotación normal de los bienes, es decir, que responda a su destino económico según las circunstancias concurrentes y que no implique ninguna transformación o plusvalía operativa³²³.

produzcan frutos o rendimientos. Finalmente, Javier MANRIQUE PLAZA [en «Responsabilidad por deudas en la sociedad de gananciales», *Academia Sevillana del Notariado (Homenaje a Francisco Manrique Romero)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, pág. 27] acota aún más la expresión legal y la asimila a los gastos necesarios para producir frutos, inferencia que apoya en el art. 1381 CC.

³²¹ El art. 500.2 CC establece que «*se considerarán (reparaciones) ordinarias las que exijan los deterioros o defectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación*».

A su vez, el art. 504 CC dispone que «*el pago de las cargas y contribuciones anuales y el de las que se consideran gravámenes de los frutos será de cuenta del usufructuario todo el tiempo que el usufructo dure*».

³²² Comparte este criterio LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo, «Aspectos externo e interno de responsabilidad en la sociedad de gananciales: interés del acreedor y de los cónyuges», *ADC*, T. XLVI-II, 1993, pág. 760.

³²³ MARTÍNEZ-CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, T. II, *cit.*, pág. 227. Según PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (en «Art. 1.362», *Comentario del Código Civil*, T. II, *cit.*, pág. 684), se comprenden en esta carga definitiva los gastos por producción o por cargas periódicas relativos a cada uno de los bienes, mencionando los gastos de producción, recolección y conservación de los frutos (art. 356 CC) y los originados por reparaciones ordinarias, y, asimismo, las retribuciones de administradores y asalariados, intereses de deudas propias y, con excepción de algún concepto, el impuesto sobre la renta de las personas físicas.

Del ámbito del art. 1362.3.ª han de excluirse, en opinión de Ramón ABELLÓ MARGALEF (en «Notas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», *RDP*, n.º 66, 1982, pág. 806), los gastos o mejoras útiles, que son los que sirven para incrementar la capacidad de rendimiento de una cosa y, correlativamente, su valor (edificaciones, plantaciones o cualquier otra mejora), los cuales no son, en definitiva, de cargo de la sociedad. Igualmente, deja fuera de la previsión legal las mejoras y los gastos de lujo o recreo Gabriel GARCÍA CANTERO [en «La sociedad de gananciales (Conclusión)», en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, T. V (*Derecho de familia*), Vol. I (*Relaciones conyugales*), 11.ª ed. (revisada y puesta al día por García Cantero y Castán Vázquez), Reus, Madrid, 1987, págs. 440-441]. En relación con esta cuestión, VÁZQUEZ IRUZUBIETA [en *Régimen económico del matrimonio*, *cit.*, págs. 261-262] piensa que los gastos extraordinarios de una administración de bienes privativos serán a cargo de la masa ganancial, si bien a título de anticipo reintegrable o de inversión, porque constituyen mejoras en los bienes propios, conforme resulta del art. 1359 CC.

Este último razonamiento no es técnicamente correcto, ya que los conceptos *cargo de la masa* y *anticipo reintegrable* son inconciliables y excluyentes, de modo que, precisamente, si, con arreglo al art. 1359.2

El supuesto contemplado en el apartado cuarto del artículo 1362 engloba en el pasivo ganancial definitivo de la sociedad legal los gastos derivados de «*la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge*», lo cual resulta plenamente coherente con el hecho de que *ex* artículo 1347.1.º los bienes *obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges* tienen naturaleza ganancial e ingresan en la masa común³²⁴.

Estos gastos que se imputan a la masa ganancial se restringen a los que sean necesarios para la explotación del negocio o el desempeño de la profesión, arte u oficio, sin extenderse, por tanto, a aquellos que comprometan de forma relevante el porvenir de la sociedad legal, circunstancia esta que tendrá que ser ponderada judicialmente en caso de discrepancia entre los cónyuges³²⁵.

En cuanto al ámbito de esta norma, es obvio que, realizando una simple interpretación literal del precepto, el mismo ha de referirse a los negocios (privativos) de cada cónyuge, careciendo de cualquier lógica, por tanto, entender que la previsión legal hace alusión a los negocios comunes de los cónyuges. Ya desde una óptica jurídica, el carácter de carga consorcial de los gastos derivados de la explotación regular de los negocios gananciales deviene de lo normado en el apartado segundo del artículo 1362 y, asimismo, la naturaleza de cargo común de los desembolsos efectuados en los

CC, ha de reembolsarse a la sociedad, al tiempo de la disolución o de la enajenación del bien, el aumento del valor de los bienes privativos como consecuencia de la mejora hecha en estos últimos (debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de los cónyuges), difícilmente pueden calificarse tales gastos, aún temporalmente, como carga del consorcio.

³²⁴ BUSTOS MORENO (en *Las deudas gananciales...*, *cit.*, pág. 270) refleja que el legislador discierne entre las deudas *ex commercio*, al aludir a *la explotación regular de los negocios*, y las obligaciones derivadas de una actividad civil, cuando se refiere al *desempeño de la profesión, arte u oficio*.

³²⁵ ABELLÓ MARGALEF (en «Notas sobre las cargas y obligaciones...», *cit.*, pág. 806). Reputa ABELLÓ que serían extraordinarios los gastos de mantenimiento de un lujoso despacho profesional cuyos ingresos son reducidos, argumentando en apoyo de esta restricción del alcance de la carga ganancial lo que determina el art. 1382 CC. Participa de esta opinión TORRALBA SORIANO, «Art. 1.362», *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1669. Matiza GIMÉNEZ DUART (en «La responsabilidad de los gananciales por precio aplazado, la libertad de pacto en capitulaciones y otras controversias», *ADC*, T. XXXIX-III, 1986, pág. 809) que la explotación regular se contrapone a la irregular, pues el adjetivo *regular*, que tiene un sentido económico más que jurídico, se refiere a la explotación y no al gasto, equivaliendo, en su criterio, el término, no imperativamente a administración ordinaria, sino a la administración necesaria preordenada a una adecuada producción, aún cuando pueda generar algún desembolso extraordinario.

En cualquier caso, el carácter extraordinario del gasto no imputable al pasivo ganancial definitivo habría de ser valorado teniendo en cuenta *los usos y circunstancias de la familia*, módulo contemplado en el art. 1382, por lo que, tomando como referencia el ejemplo anterior, el mismo, considerado en abstracto y desconectado del nivel de vida familiar, no es necesariamente demostrativo de un desembolso no repercutible de manera definitiva sobre el caudal ganancial.

supuestos previstos es, según se ha dicho, consecuente con la ganancialidad de los bienes que se obtienen³²⁶.

La *explotación regular de los negocios*, aunque tiene los rasgos característicos de la administración ordinaria, requiere adicionalmente que la gestión sea adecuada a la naturaleza de la empresa o profesión, una diligencia superior a la propia de un buen padre de familia, o sea, la exigida para ser un diligente empresario o profesional³²⁷.

No podemos dejar de mencionar que la doctrina judicial, para concluir, de forma impropia técnicamente, la existencia de una deuda común en la órbita externa, ha llegado a encuadrar el aval prestado por un cónyuge a una sociedad cuyas acciones son de titularidad ganancial y que produce beneficios para el consorcio en la explotación regular de los negocios del artículo 1362.4.^{a328}.

Una confrontación del artículo 1362.4.^a con el artículo 1365.2.º, inciso primero, permite apreciar que en esta segunda disposición se establece la responsabilidad directa

³²⁶ GIMÉNEZ DUART (*ibíd.*, pág. 809) cree que es bastante claro que la norma es aplicable al negocio privativo. Reitera que la hipótesis legal atiende a los negocios privativos DE LOS MOZOS (en «Artículos 1.362 y 1.363», *Comentarios...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 261), que argumenta que los gastos de establecimiento y los que no deriven de la explotación regular serán privativos, de modo que si se sufragan a costa del caudal común, al amparo del art. 1346.8.º, «*la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho*».

³²⁷ LACRUZ, *Elementos*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 435. Por *explotación regular de los negocios* entienden RUEDA PÉREZ y RUEDA PÉREZ (en «Notas sobre la nueva regulación...», *cit.*, pág. 564) el conjunto de actos orientados al normal desarrollo del negocio, con arreglo a su objeto y a los medios con que se dotó a aquel, no incluyendo la expresión legal las nuevas inversiones o la ampliación del negocio. En parecido sentido, MILLÁN SALAS, Francisco, «La empresa y la sociedad de gananciales», *Cuadernos de Estudios Empresariales*, n.º 4, 1994, pág. 244.

³²⁸ STS de 2 de julio de 1990 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1990:11129). A su vez, la STS de 28 de septiembre de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2001:7301), relativa a una tercería de dominio planteada, en el ámbito de un juicio ejecutivo, por la esposa de una persona que avaló a una sociedad familiar, de la que esta era socio mayoritario y administrador único, para garantizar una determinada operación financiera, acude, sin embargo, de modo más correcto, pero también cuestionable, a normas de responsabilidad externa mercantiles para justificar la ganancialidad del débito contraído por el marido y la pertinencia de la traba de bienes gananciales. Afirma esta sentencia que «*se trata de deuda derivada de la actividad comercial desplegada por el marido, en su condición de administrador único y socio mayoritario de la sociedad familiar dicha, vigente el régimen de gananciales, lo que la hace deuda común, pues la recurrente conocía perfectamente las actividades comerciales que realizaba su esposo, constituyendo medio económico para el sustento de la familia (Sentencia de 30 de diciembre de 1999), integrándose dichas actividades en el número 5º del artículo 1347 del Código Civil y hace aplicables los artículos 6 y 7 del Código de Comercio (Sentencias de 6-6-1994 y 10-11-1995)*».

LACRUZ (en *Elementos*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 426) incluye, a efectos de fundamentar la sujeción directa de los bienes comunes, en la *explotación regular de los negocios* del art. 1362.4.^a la prestación de avales a una sociedad cuyas acciones o participaciones son consorciales o que, al menos, genera beneficios para la comunidad. Como no podía ser menos, cuestionan este recurso a una norma que regula el pasivo ganancial interno (art. 1362.4.^a) para responsabilizar externamente a la masa ganancial BUSTOS MORENO (en *Las deudas gananciales...*, *cit.*, pág. 283) y GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Gestión y responsabilidad...*, *cit.*, pág. 515).

de los bienes comunes por las deudas contraídas invidualmente *en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio*, omitiéndose, como hemos visto, la exigencia de ese carácter ordinario del ejercicio de la actividad en el primer precepto para que los gastos producidos por esta causa sean imputables al pasivo ganancial interno. Esta circunstancia no es casual y tiene relación con las distintas esferas en las que se proyectan los dos artículos citados. Externamente, la vinculación de la masa ganancial por el débito así asumido precisa que la actuación unilateral se adecue, al menos formalmente, a un estándar verificable de regularidad o habitualidad, con la finalidad última de evitar la afección indiscriminada del acervo social frente a terceros por cualquier deuda profesional de un cónyuge. *Ad intra*, no existe esta restricción y el cargo ganancial vendrá determinado, en este caso, porque el gasto se haya ocasionado en un desempeño profesional, eventualmente extraordinario, realizado objetivamente en interés de la familia, haya producido o no beneficios para la sociedad³²⁹.

Una última cuestión que conviene reflejar en relación con la carga ganancial del artículo 1362.4.^a es la discordancia entre este precepto y el artículo 1346.8.º, que califica como privativos los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio (salvo que sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación común), aún cuando su adquisición se verifique con fondos gananciales, sin perjuicio del derecho de reintegro a favor de la sociedad en este caso. Así, ha de suponerse que el desembolso por aquellos instrumentos, en la medida en que los mismos devienen esenciales para el desarrollo de la actividad profesional, debería catalogarse, al igual que ocurre con los demás gastos relativos a la explotación regular de los negocios o al

³²⁹ Para GIMÉNEZ DUART (en «La responsabilidad de los gananciales...», *cit.*, págs. 809-810), todos los gastos profesionales o artísticos son a cargo de la comunidad, tanto ordinarios como extraordinarios, salvo que resulten desproporcionados, por cuanto que el vocablo *regular* se aplica al negocio, que puede tener un contenido económico privado, pero no al oficio, exceptuándose aquellos gastos que supongan un incremento en la masa privativa del profesional, como mejoras en un inmueble privativo o adquisiciones de bienes necesarios para la actividad que tengan la cualidad de privativos. Con un planteamiento más restrictivo, DE LOS MOZOS (en «Artículos 1.362 y 1.363», *Comentarios...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 263) circunscribe el criterio legal a los gastos ordinarios del ejercicio de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge, lo que excluye los gastos de establecimiento y los instrumentos de trabajo, salvo los meramente ordinarios (alquileres, luz, pago de personal necesario o material fungible, todo ello según el tipo de actividad y el volumen e ingresos de la misma). Se inclina, asimismo, por limitar la carga a los gastos profesionales ordinarios PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (en «Art. 1.362», *Comentario...*, T. II, *cit.*, pág. 685).

desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge, como de cargo de la comunidad³³⁰.

3.2.3.2. *Las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges*

El artículo 1363 del Código civil establece que «*serán también de cargo de la sociedad las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que hayan de satisfacerse con los bienes privativos de uno de ellos en todo o en parte*»³³¹. Como se deriva de su propia terminología y de la ubicación en la regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad ganancial, inmediatamente a continuación del precepto básico que norma las cargas de la comunidad, al que complementa según se infiere del empleo de la expresión «también», se trata de una disposición subsumible en la esfera interna de la responsabilidad consorcial atendiendo al criterio subjetivo de la actuación conyugal *de común acuerdo*³³². Es un artículo probablemente prescindible en la medida en que, al amparo del artículo 1378.1 en relación con el artículo 1322.2, los actos a título gratuito sobre bienes gananciales son nulos si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges, por

³³⁰ GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 394) propugna que la situación ha de solventarse proyectando las dos normas en momentos temporal y conceptualmente distintos; así, constante la comunidad los gastos necesarios para la producción de rentas que incrementan el caudal común son una carga de la sociedad legal *ex art.* 1362.4.^a, en tanto que, disuelta aquella, si los instrumentos necesarios continúan en la masa privativa del cónyuge, sin rentabilidad alguna para el acervo ganancial, resulta coherente que su valor en el momento liquidatorio se cargue sobre el titular del patrimonio que se va a beneficiar de su empleo en el futuro. Acoge esta posición BUSTOS MORENO, *Las deudas gananciales...*, cit., pág. 294.

Esta propuesta no resuelve la manifiesta incongruencia que se observa entre los dos artículos examinados. El eventual reequilibrio de masas patrimoniales como consecuencia del hecho de que la sociedad haya sufragado la adquisición de los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio de los cónyuges no debe diferirse imperativamente a la liquidación del consorcio, porque tal dilación no está prevista en el inciso final del art. 1346.8.º CC, en atención a lo que el oportuno reintegro a favor de la comunidad puede exigirse, obviamente, durante su vigencia. En todo caso, aunque se aceptara la tesis que se expone, lo cierto es que la incoherencia seguiría siendo palmaria, toda vez que no se acierta a comprender cómo los instrumentos precisos para el desarrollo de la actividad comercial o profesional de un cónyuge, cuyos gastos se adscriben al pasivo ganancial definitivo, han de reputarse privativos del cónyuge adquirente de aquellos no obstante su adquisición a costa del activo social.

³³¹ Para TORRALBA SORIANO, «Art. 1.363», *Comentarios a las reformas...*, II, cit., pág. 1675, el art. 1363 lo que resuelve no es la cuestión de los requisitos para realizar donaciones de bienes gananciales, algo que se establece en los arts. 1378 y 1322.2, sino las condiciones en que la donación o promesa han de efectuarse a efectos de que las mismas graven de modo definitivo a la sociedad, y esto particularmente cuando los bienes gananciales donados o prometidos estén a disposición de uno solo de los cónyuges (art. 1384).

³³² RAMS (en *La sociedad de gananciales*, cit., pág. 370) cataloga el artículo como una adenda especial al art. 1362 y por ello un supuesto de responsabilidad definitiva circunstanciada por la necesidad del común acuerdo conyugal.

lo que, existiendo este consentimiento dual, la catalogación de los importes donados o prometidos como carga común devendría, *ab initio*, innegable³³³.

LACRUZ consideraba esta norma como una repetición del artículo 1367 (responsabilidad por asunción o atribución) y juzgaba que, en el supuesto contemplado en aquella, salvo pacto, también responden *prima facie* los bienes gananciales³³⁴.

El fundamento del artículo 1363 radica, para GIMÉNEZ DUART, en la dificultad de calificación de la donación de metálico como privativa o ganancial en base a la titularidad de aquel, dada su fungibilidad, por lo que se promulga una norma específica respecto de estas liberalidades, conforme a la cual la donación de efectivo realizada de común acuerdo se supone efectuada por ambos cónyuges con cargo al haber ganancial, aunque no existieran fondos comunes en el momento de formalizar la donación, salvo que el acuerdo común atienda solo a la atribución y no a la entera donación³³⁵.

La responsabilidad *ad extra* de la masa común (y, por lo demás, la solidaria de los patrimonios privativos de los partícipes) por las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges no es discutible *ex artículo 1367*, al margen de la existencia o no de pacto entre aquellos respecto de su satisfacción con bienes privativos, que no tiene

³³³ GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Gestión y responsabilidad...*, *cit.*, pág. 397), negando la adscripción del precepto a la órbita externa o provisional del consorcio, porque el supuesto estaría cubierto, en orden a esa responsabilidad, por el contenido del art. 1367, afirma que si se trata de una donación ya efectuada no tiene sentido la previsión del patrimonio que va a responder externamente de una obligación ya materializada, en cuyo caso lo único que cabría sería regular un eventual derecho de resarcimiento en la relación interna.

Del art. 1363 no cabe inferir que la cantidad donada se haya entregado necesariamente, siendo que una donación de cosa mueble -dinero- no precisa la entrega simultánea del efectivo al donatario si se hace por escrito y consta así la aceptación, de modo que es absolutamente viable la agresión del patrimonio ganancial por terceros si no se verifica, finalmente, la entrega del numerario por los cónyuges donantes y, en consecuencia, la posible existencia de una responsabilidad externa o directa de los bienes comunes en la hipótesis que se examina.

En la eventualidad de donación o promesa de bienes gananciales realizada por un solo cónyuge, este acto serán radicalmente nulo, según deriva de los arts. 1378 y 1322.2 CC, siendo posible que el otro cónyuge otorgue su consentimiento en un momento posterior, pero hasta que esta circunstancia se produzca el acto estará viciado de nulidad, pudiendo afirmarse que «*la donación o promesa no existe hasta que se produce el común acuerdo*» (cfr. TORRALBA SORIANO, «Art. 1.363», *Comentarios a las reformas...*, II, *cit.*, pág. 1675).

³³⁴ LACRUZ, *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 427.

³³⁵ GIMÉNEZ DUART, «La adquisición y disposición de gananciales...», *cit.*, pág. 52 de la versión electrónica. Para este autor la regla general es que la donación de común acuerdo es donación de ambos cónyuges, pero se deja abierta la posibilidad de que sea donación de uno solo de estos, lo que ocurrirá cuando se haya convenido que uno solo soporte el empobrecimiento por limitarse el otro cónyuge a consentir la salida del bien desde la sociedad ganancial, es decir, cuando el común acuerdo se restrinja a la atribución.

operatividad alguna frente a terceros, conclusión esta que no muta la naturaleza de la disposición analizada, referida al pasivo ganancial definitivo. Igualmente, deviene factible que el donatario que acepte por escrito una donación de numerario u otra cosa mueble plasmada de esa forma (la verbal exige la entrega simultánea de la cosa donada)³³⁶, en defecto de cumplimiento por parte de los donantes, pueda exigir judicialmente ese cumplimiento de la donación y trabar, eventualmente, de manera directa, el acervo ganancial (y los privativos) para obtener lo donado³³⁷.

El supuesto previsto en el artículo 1363 no parece estar referido a las donaciones de bienes propios de un cónyuge, que no precisarían el consentimiento de su consorte, sino a las donaciones o promesas de elementos gananciales, en cuyo caso se presumirá *iuris tantum* su imputación definitiva al acervo social, salvo que se adviere por cualquier medio admitido en Derecho que existía ese pacto intraconyugal de atribución de lo donado o prometido al patrimonio privativo de alguno de los cónyuges³³⁸.

Teniendo en cuenta la construcción de la norma, tampoco cabría entender comprendidas en su ámbito las donaciones entre cónyuges, sino tan solo las hechas a terceros, ya que aquella hace alusión a «*las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges de común acuerdo*», lo que excluiría, siguiendo una exégesis lógica,

³³⁶ El art. 632 CC dice que «*la donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente o por escrito. La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación*».

³³⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (en «Art. 1.363», *Comentario del Código Civil*, II, *cit.*, pág. 686), en cuanto a la medida en que cada cónyuge es donante, a efectos de revocación o reducción de donaciones o de la computación en las legítimas o de la colación, aduce que depende de los términos de la donación, siendo la regla en el supuesto ordinario (abono a cargo de la comunidad) la que se deriva del art. 1046, es decir, que cada cónyuge dona por mitad.

Desde un punto de vista tributario, tras la anulación del art. 38 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones por la STS, Sala de lo Contencioso, de 18 de febrero de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2009:1329), precepto que determinaba que *en la donación por ambos cónyuges de bienes o derechos comunes de la sociedad conyugal se entenderá que existe una sola donación*, ha de mantenerse que en esta hipótesis de donación conjunta de bienes gananciales existen fiscalmente dos donaciones, explicando la citada sentencia que los cónyuges «*disponen los dos de unos bienes que, al transmitirse, dejan de ser gananciales. Por tanto, como consecuencia de la enajenación, termina la indivisibilidad ganancial. Cada cónyuge ha dispuesto de su mitad ganancial, si bien desde el vehículo de una enajenación conjunta y coparticipada. Deben, pues, girarse dos liquidaciones*». En todo caso, aún vigente la norma anulada, Rafael CALVO ORTEGA [en «Donación por los cónyuges conjuntamente de bienes de la sociedad de gananciales: dos donaciones y no una», *Revista Quincena Fiscal*, n.º 13, 2003, pág. 2 de la versión digital (BIB 2003\884)] significaba que cuando los cónyuges donan conjuntamente un bien o derecho ganancial ambos realizan un acto dispositivo gratuito de su mitad abstracta en el bien o derecho en concreto, existiendo, en definitiva, dos donaciones, con los efectos tributarios que ello supone dentro de un impuesto progresivo.

³³⁸ Respecto de la naturaleza de los bienes donados, VÁZQUEZ IRUZUBIETA (en *Régimen económico del matrimonio...*, *cit.*, pág. 276) mantiene que las donaciones han de ser de bienes gananciales.

esos actos de liberalidad verificados por un cónyuge a favor del otro, los cuales, por otra parte, solo podrían tener por objeto su parte en el bien ganancial³³⁹.

El artículo 1363 del Código civil tiene como precedente el derogado artículo 1409, al que se ha hecho referencia en su momento, apreciándose, de inicio, una vez comparados ambos preceptos, y excluida, como es lógico, la facultad del marido para afectar unilateralmente la masa común que se preveía en esa norma de 1889³⁴⁰, una ampliación del ámbito subjetivo de operatividad del supuesto actualmente contemplado. De este modo, la segunda disposición, con una redacción manifiestamente mejorable, a efectos de la sujeción de la comunidad, refería el importe de lo donado o prometido por ambos cónyuges de común acuerdo a *los hijos comunes*, frente a la disciplina en vigor, que no contiene tal limitación y admite, por consiguiente, un elenco ilimitado de posibles destinatarios de una eventual donación o promesa con trascendencia patrimonial *ad intra* para el consorcio³⁴¹.

Una interpretación literal del artículo 1363, cuando habla de *cantidades donadas o prometidas*, conduce a la conclusión de que el Código civil está aludiendo a donaciones o promesas de efectivo. Pero esta restricción carecería de sentido y no es, en principio, conciliable con el último inciso de la disposición, que previene la posibilidad de la satisfacción total o parcial de esas donaciones o promesas con *bienes privativos* de los cónyuges, mención esta que engloba con evidencia, no solo dinero, sino cualquier tipo de bien. Sin embargo, podría reprocharse a este último argumento que el pacto

³³⁹ BUSTOS MORENO (en *Las deudas gananciales...*, cit., pág. 302), por lo que respecta a las donaciones entre cónyuges, manifiesta que estas han de contraerse a la cuota o hipotética parte que le correspondería al cónyuge donante sobre el bien ganancial, resultando factible la privatización de este en virtud de una declaración en ese sentido y la ulterior donación de la totalidad del mismo al otro cónyuge.

³⁴⁰ El art. 1409, según se dijo, restringía objetivamente la legitimación individual del marido para vincular en el orden interno a la sociedad legal a los importes donados o prometidos por aquel a los hijos comunes *solamente para su colocación o carrera*, como, por otra parte, resultaba del art. 1415.

³⁴¹ Sobre las donaciones o promesas realizadas por ambos cónyuges que vinculaban a la sociedad de gananciales bajo el régimen consorcial anterior, decía REYES MONTERREAL (en *El régimen legal...*, cit., pág. 240) que, como el devengo derivado de tales actos no salía de la familia, dado que la donación o promesa que se preveían habían de recaer a favor de alguno de los hijos comunes, los cuales tendrían, en su caso, que colacionar lo percibido, no existía limitación alguna para el posible pacto respecto a esta cuestión. Cfr., asimismo, VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, T. IV, cit., pág. 361.

En relación con la norma actual, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (en *Derecho de familia*, cit., pág. 245) incluye en la disposición las cantidades donadas o prometidas para una finalidad familiar (donación a un hijo por razón de su matrimonio o gastos de colocación o establecimiento de los hijos) y las que están orientadas a otro objeto (dotación de una fundación o donación a extraños). Una eventual restricción de los actos dispositivos del art. 1363 a los hijos comunes hubiera implicado, para MARTÍNEZ-CALCERRADA (en *El nuevo Derecho de familia*, II, cit., pág. 229), una violación de la libertad negocial de los cónyuges en general.

expresado en la disposición orbita en la esfera interna, concretando, sin más, *ad intra*, si así se conviniere, la adscripción del cargo a la masa propia de cualquiera de los cónyuges y no refiriéndose, en suma, al cumplimiento por los donantes o promitentes frente a terceros³⁴².

Si nos atenemos al tenor de la versión original del artículo 1409 y a la aparente intención legislativa de trasladar, en esencia, esa carga ganancial a la reforma de la disciplina de la comunidad, lo cierto es que debemos considerar que las menciones «*el importe de lo donado o prometido*» de la regulación derogada y «*las cantidades donadas o prometidas*» de la normativa vigente quieren decir exactamente lo mismo, o sea, que el artículo 1363 hace referencia, de manera bastante deficiente, no tanto al objeto donado o prometido por los cónyuges, sino al valor del mismo³⁴³.

Con todo, esta posición no es pacífica en la doctrina, proponiéndose por algún autor la prevalencia de la inferencia que dimana de la literalidad del precepto, que se dice consecuente con los antecedentes del mismo, excluyéndose de su ámbito la donación de bienes que no sean propiamente dinero³⁴⁴.

De acuerdo con lo establecido en el artículo objeto de análisis, la promesa de donación va a conformar un cargo definitivo de la sociedad de gananciales, pero la admisibilidad jurídica de esa figura había venido siendo sistemáticamente negada hasta

³⁴² DE LOS MOZOS (en «Artículos 1.362 y 1.363», *Comentarios...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, págs. 267-268) resalta que, aunque el concepto de donación de cantidad tiene un significado muy preciso, no cabe reducir el ámbito de la norma a las donaciones o promesas de donación de dinero, porque ello contradice lo dispuesto en la proposición segunda del precepto, dado que la referencia a *bienes privativos* compagina mal con la voz *cantidades*. El vocablo *cantidades* del art. 1363 ha de entenderse no solo como importe, sino también como valor, incluyéndose, al margen de sumas de dinero, otras clases de bienes o derechos, de forma que la cantidad que representa su importe es un término de referencia en relación con el haber de la sociedad de gananciales. Participa de esta posición BUSTOS MORENO, *Las deudas gananciales...*, *cit.*, págs. 301-302, que interpreta que entronca mejor con la tendencia extensiva del conjunto de disposiciones que regulan las deudas gananciales en la relación interna, resultando, además, acorde con la conceptualización de las obligaciones de reintegro con un carácter no nominativo, como de deudas de valor.

³⁴³ TORRALBA SORIANO, «Art. 1.363», *Comentarios a las reformas...*, II, *cit.*, pág. 1674, manifiesta que asimilar la palabra *cantidades* a dinero es una interpretación literalista y poco fundamentada, no ya porque, como hemos dicho, el artículo habla de la posibilidad de satisfacer la donación o promesa con *bienes privativos*, sino toda vez que, de no ser así, habría que preguntarse cuál es la regla que rige los supuestos de donación de bienes que no son dinero, infiriendo que para que estas últimas liberalidades verificadas de común acuerdo no graven el activo común devendría preciso que los cónyuges convengan que hayan de satisfacerse con bienes privativos.

³⁴⁴ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión...*, *cit.*, pág. 399. RAMS, *La sociedad de gananciales*, *cit.*, pág. 371, considera forzado sostener que no se trata de una donación de cantidad, dado que la redacción alude a cantidades y no a valor criterio de igualación de diferentes liberalidades. Esta reducción de la expresión *cantidades* al numerario es, asimismo, defendida por RUEDA PÉREZ y RUEDA PÉREZ, «Notas sobre la nueva regulación...», *cit.*, pág. 566.

ahora por la doctrina jurisprudencial constante³⁴⁵, resultando discutible la eficacia de ese negocio jurídico en todos los casos no obstante su expresa inclusión en el supuesto regulado en el artículo 1363. Esto podría impedir o dificultar, como es natural, la exigencia coactiva de su cumplimiento, al amparo del artículo 1367, por parte de los terceros sobre bienes gananciales y privativos de los cónyuges³⁴⁶.

En todo caso, la posición contraria a la virtualidad de la promesa de donación, mantenida invariadamente por la doctrina judicial, ha de matizarse tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014, que semeja quebrar esa línea jurisprudencial y admite la validez de un compromiso de donación de la nuda propiedad del domicilio conyugal a favor del hijo menor de los cónyuges, suscrito por los progenitores en el marco de un convenio regulador de separación aprobado judicialmente. Se arguye, en síntesis, la debida representación del hijo por sus padres a efectos de la aceptación, la condición de aquel pacto de promesa bilateral y no de liberalidad, insertada en un negocio jurídico de mayor contenido obligacional recíproco, complejo, de carácter familiar y oneroso, cual es el reseñado convenio matrimonial aprobado, que cuenta con fuerza vinculante en tanto no se impugne, y la verificación de lo dispuesto en el artículo 633 respecto de la exigencia de escritura pública³⁴⁷.

No consideramos que esta doctrina novedosa deba conducir a concluir equivocadamente la eficacia general e incondicionada de cualquier donación promisorias a favor de terceros, pero sí de las que se operen a favor de los hijos menores de los cónyuges, habitualmente comprendidas en el contenido de convenios reguladores en los procesos matrimoniales y referidas a bienes inmuebles, concurriendo la aceptación del

³⁴⁵ Con respecto a la ineficacia jurídica de la promesa de donación, la STS de 25 de enero de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2008:211), que recogía la doctrina uniforme del Alto Tribunal, considera ineficaz y como una donación incompleta la promesa de donación de bienes gananciales, que se contenía en un convenio regulador homologado por sentencia de separación matrimonial, realizada por los cónyuges a favor de sus hijos, declarando que *«desde la sentencia de 6 junio 1908, esta Sala se ha pronunciado de forma repetida sobre la no validez de las promesas de donación (asimismo SSTS de 27 junio 1914, 25 abril 1924, 22 enero 1930, 21 noviembre 1935, que requiere la aceptación por escrito, 21 junio 1945, que afirma que la donación entre vivos de inmuebles sin aceptación carece de consecuencias jurídicas, 22 junio 1982, 23 diciembre 1995, 6 febrero 1996 y 19 junio 1999). La de 25 noviembre 2004 afirma que "ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala en cuanto tiene declarado que no son admisibles las simples promesas de donación futura de bienes inmuebles". En resumen, la doctrina de esta Sala califica la promesa como una donación incompleta, carente de los efectos jurídicos de la donación en la que concurren todos los requisitos legales»*.

³⁴⁶ DE LOS MOZOS, «Artículos 1.362 y 1.363», *Comentarios...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 266, indica que si los cónyuges realizan una promesa de donación expresa, verdadero precontrato de donación y no una donación obligacional, si no se ha cumplido cuando se disuelva la sociedad, no solo el donatario podrá exigir su cumplimiento, sino que su importe se detraerá del acervo social.

³⁴⁷ STS de 18 de julio de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2014:3175).

favorecido a través de sus progenitores y los requisitos formales pertinentes (arts. 632 y 633 *ex* Código civil). Esta restricción de orden subjetivo, curiosamente, guardaría un cierto paralelismo con lo normado en el artículo 1409 primigenio.

Como no podía ser menos, y así se prevé, los cónyuges, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 en relación con el art. 1323), podrán pactar que, en la relación interna, la donación de un bien ganancial realizada por ambos sea soportada, en todo o en parte, por los bienes propios de cualquiera de ellos, surgiendo, en consecuencia, en esa hipótesis, el pertinente derecho de reintegro a favor de la masa común *ex* artículo 1397.3.º en relación con el artículo 1363³⁴⁸.

Es perfectamente admisible que los cónyuges modifiquen el pacto ulterior a la donación por el que hayan determinado la masa patrimonial que asumirá en definitiva el acto de liberalidad, habida cuenta que se trata de una materia de Derecho dispositivo y el mencionado convenio solo produce efectos entre los cónyuges, no afectando, por consiguiente, al donatario³⁴⁹.

3.2.3.3. Las obligaciones extracontractuales contraídas por los cónyuges como carga ganancial

Como quiera que el ambivalente artículo 1366 del Código civil, que regula esta materia, será extensamente analizado desde una óptica externa en un capítulo específico, realizaremos tan solo ahora, por razones sistemáticas, y para obviar superfluas duplicaciones, algunas consideraciones sobre esta carga de la comunidad conyugal.

³⁴⁸ BUSTOS MORENO (en «De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», *cit.*, pág. 392) alega que el pacto previsto en el art. 1363 puede determinar un desequilibrio patrimonial cuando se hubiera acordado por los cónyuges la donación de un bien ganancial y que la misma fuese finalmente soportada por la masa privativa de alguno de ellos o que aquella gravase por mitad los patrimonios privativos de ambos partícipes, lo que generaría el derecho de reintegro a favor de la comunidad, surgiendo también la obligación de reembolsar, en sentido inverso, cuando se pacte que la donación de un bien privativo se impute definitivamente a los bienes comunes. Como parece obvio, el silencio u omisión de los cónyuges respecto de un posible pago privativo llevará aparejada la vinculación de la masa social (cfr. MARTÍNEZ-CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, II, *cit.*, pág. 229).

³⁴⁹ A favor de esta postura, cfr. TORRALBA SORIANO, «Art. 1.363», *Comentarios a las reformas...*, II, *cit.*, pág. 1677. Aducen RUEDA PÉREZ y RUEDA PÉREZ, «Notas sobre la nueva regulación...», *cit.*, pág. 568, que, si bien los cónyuges pueden gravar el patrimonio que juzguen conveniente, una modificación del pacto posterior a la donación alteraría un negocio sin contar con la voluntad de uno de los partícipes en él (el donatario).

Este razonamiento parece discutible, ya que, en el sentido expuesto, el pacto que prevé el art. 1363 juega exclusivamente en la órbita interna de la sociedad legal, en orden a lo que mal puede afectar al donatario que los cónyuges donantes modifiquen como quieran, tras la donación, el alcance de la repercusión que tendrá en último término la liberalidad en sus patrimonios privativos.

El mencionado artículo 1366 es un precepto referido, tanto a la responsabilidad interna o definitiva de la sociedad ganancial, como a la responsabilidad externa o directa de la misma, y que, en consecuencia, puede ser estudiado en ambas esferas³⁵⁰.

En concreto, dispone esta norma que «*las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor*».

Una vez enmarcada la obligación extracontractual (entendida, en un sentido amplio, como aquella que no deriva de una previa relación contractual entre las partes), formal y materialmente, en el ámbito prefigurado por el artículo 1366, la misma, en ausencia de dolo o culpa grave del deudor en su generación, tendrá la doble consideración de débito ganancial y carga definitiva del consorcio. Sujeta, por lo tanto, la deuda así contraída, de forma indistinta, *ad extra*, el patrimonio privativo del cónyuge actuante y la masa ganancial, e imputándose, igualmente, el desembolso verificado, en la relación interna, al pasivo común, circunstancia que, en rigor, no debería permitir la conceptualización de la meritada actuación separada subsumible en el contorno del artículo como un supuesto de simple responsabilidad provisional, porque, *ab initio*, la produciría definitiva. En sentido contrario, de no adecuarse la actuación conyugal autónoma al marco delimitado por la disposición, habría que catalogar el débito extracontractual como privativo del cónyuge que lo contrajo, calificación que traería aparejada la responsabilidad patrimonial universal del mismo, pudiendo atacarse, al menos, sus bienes propios y la participación que le corresponda en los gananciales, en los términos del artículo 1373, y sin que el gasto en cuestión se integre en el pasivo ganancial definitivo³⁵¹.

Este precepto, al utilizar la expresión *responsabilidad y cargo*, contraponiendo ambos términos, evidencia con total nitidez la disociación entre el ámbito externo e

³⁵⁰ DE LOS MOZOS (en «Artículo 1.366», *Comentarios...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 292) dice que el artículo es una prolongación del art. 1362, dado que configura una carga de la comunidad con arreglo a un criterio objetivo, pero simultáneamente es una norma de responsabilidad, que complementa el art. 1365, habida cuenta que se trata de obligaciones extracontractuales asumidas separadamente por un cónyuge.

³⁵¹ La doble faceta del art. 1366 es resaltada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (en «Art. 1.366», *Comentario del Código Civil*, T. II, *cit.*, pág. 698), para el que, hacia el exterior, se incrementan las garantías de los eventuales acreedores, al ser la deuda del cónyuge deuda de la sociedad; hacia el interior, se dispone una amplia indemnidad del cónyuge actuante, ya que el gasto o pago es de cargo de la comunidad aún cuando la obligación derive de la culpa de aquel.

interno de la responsabilidad de la sociedad legal, que preside el régimen de la institución tras la reforma de 1981. En otro caso, de negarse la desagregación que se indica, cuyo alcance, con arreglo a lo expuesto, ha de relativizarse, pretendiendo la asimilación de ambos conceptos, el empleo de los dos vocablos de forma sucesiva sería redundante e ilógico³⁵².

La primera versión de la disposición, según se aprecia en el Proyecto de ley sobre régimen económico matrimonial en el Código Civil, era palmariamente más restrictiva que la finalmente aprobada, por cuanto que, no solo excluía del ámbito material de la norma la actuación del cónyuge en beneficio de la sociedad conyugal, sino que operaba exclusivamente en la relación *ad intra* y no facultaba, por consiguiente, el compromiso *erga omnes* de los bienes gananciales en el supuesto que contemplaba³⁵³.

En la legislación derogada, de acuerdo con el artículo 1410.2, se excluían del concepto de carga ganancial los gastos provenientes de débitos extracontractuales, determinando aquella norma que no estaría a cargo de la sociedad de gananciales el pago de las *multas y condenas pecuniarias que se les impusieren* a los cónyuges, estando vedado a los acreedores la ejecución del patrimonio ganancial por tales deudas privativas, salvo en el supuesto de responsabilidad puramente subsidiaria y externa, comentado con anterioridad, enunciado en el artículo 1410.3.

Así pues, vigente la regulación original de la sociedad de gananciales, las deudas contraídas separadamente por los cónyuges que trajeran su causa de obligaciones extracontractuales, como hemos visto, no eran a cargo de la comunidad conyugal, a diferencia de lo que acontece en la disciplina actual, que transmuta esa naturaleza privativa original de esta tipología de débitos en ganancial, y, añadidamente, los conceptúa como carga social, de contraerse dentro del contorno configurado en el artículo 1366. En el Código civil de 1889, una hipotética realización por los acreedores

³⁵² En contra de esta posición, GORDILLO CAÑAS (en «El pasivo...», *cit.*, pág. 355), junto a otros argumentos, alude al tenor del art. 1366 para rechazar que cargo o deuda, de una parte, y responsabilidad, de otra, tengan que discurrir en dirección diferente.

³⁵³ El art. 1366 contenido en el inicial Proyecto de ley sobre régimen económico matrimonial en el Código Civil, de 4 de octubre de 1978, determinaba que «*las obligaciones de carácter extracontractual contraídas en el ámbito de la administración de la sociedad serán a cargo de ésta, salvo si fueren debidas a dolo o culpa grave de uno solo de los cónyuges*», limitándose la operatividad del precepto, más reducido en su alcance que el vigente, al pasivo ganancial definitivo, coincidiendo, finalmente, de forma exacta, el tenor actual de la norma, tras el rechazo de las enmiendas presentadas en su momento, con la redacción dada a esta por el Proyecto de ley de 14 de septiembre de 1979.

del patrimonio común precisaba que estuvieran cubiertas las atenciones previstas en el artículo 1408 y que el cónyuge deudor careciera de capital propio o el mismo fuera insuficiente, deduciéndose a aquel lo satisfecho en la liquidación³⁵⁴.

Prescindiendo de referirnos ahora a la actuación conyugal unilateral contemplada en el artículo 1366, sí queremos avanzar que la asimilación entre las nociones de carga de la comunidad y de deuda ganancial en la esfera extracontractual no es perfecta, como se induce aparentemente de la norma comentada. Ha de tenerse en cuenta que, conforme se desarrollará en su momento, la excepción recogida en el artículo 1366 *in fine* (*dolo o culpa grave del cónyuge deudor*), no obstante el tenor legal, para evitar resultados inconsecuentes e ilógicos, por las razones que se explicarán, opera únicamente en la relación interna y para excluir el cargo del consorcio. La concurrencia de una conducta dolosa o gravemente negligente en el cónyuge que contrae la obligación extracontractual no va a frustrar liminarmente una posible afección *ad extra* del acervo común, situación en la cual estaríamos en presencia de una responsabilidad provisional y directa de la masa ganancial, que dará lugar, en su caso, al pertinente reajuste patrimonial en la liquidación de la sociedad.

3.2.3.4. Las deudas moderadas del juego

Las deudas de juego se contemplan en los artículos 1371 y 1372 del Código civil, incardinándose el primer precepto en la esfera interna del pasivo ganancial y aludiendo el segundo al ámbito externo de la responsabilidad de la comunidad legal³⁵⁵.

³⁵⁴ Decía COSSÍO (en *La sociedad de gananciales*, *cit.*, págs. 99-100), respecto del significado de la expresión «*multas y condenas pecuniarias*» del derogado art. 1410 CC, que debían entenderse incluidas las multas derivadas de delito y las condenas pecuniarias impuestas en procedimiento criminal o en procedimiento gubernativo sancionador de faltas, siendo indiferente la jurisdicción sancionadora, siempre que estemos ante un procedimiento propiamente penal, excluyéndose, con alguna excepción, las condenas producidas en procesos civiles. Propugnando un alcance más amplio de la mención legal, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, Vol. IV, *cit.*, págs. 214-215, interpretaban que el término «*multas*» comprendía cualesquiera sanciones pecuniarias (civiles, administrativas, etc), destacando que las «*condenas pecuniarias*» del art. 1410 original aludían a obligaciones que no tuvieran su origen en una relación jurídica negocialmente establecida (por ej., responsabilidad extracontractual), no pudiendo extenderse a condenas de todo tipo, pues ello daría lugar a que, una vez reclamada judicialmente y obtenida sentencia condenatoria, cualquier obligación de los cónyuges quedara sometida a la disciplina de la disposición comentada.

³⁵⁵ El precedente de estos preceptos en la legislación derogada era el art. 1411 CC, analizado en el Capítulo I de este trabajo. COSSÍO (en *La sociedad de gananciales*, *cit.*, pág. 95) opinaba que este artículo, en cuyo ámbito debían entenderse comprendidas las apuestas, suponía una aplicación concreta de la norma contenida en el art. 1798 CC, constituyendo la carga de la comunidad contemplada una justa compensación al hecho de que los lucros obtenidos en esas actividades por los cónyuges devenían gananciales *ex art.* 1406. A su vez, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (en *Sistema...*, IV, *cit.*, pág. 215) comentaban, respecto del art. 1411 originario, que, a pesar de la diferencia del tenor literal entre los dos

Estas deudas asumidas por cualquiera de los cónyuges tienen, genuinamente, en todos los casos, naturaleza privativa, en el sentido de que los potenciales acreedores no podrán ejecutar directamente bienes gananciales por aquellas, conforme se desprende del artículo 1372. Están sometidas, por ello, las mismas al régimen normal de las deudas propias de los cónyuges, que no son *deudas de la sociedad*, en los términos del artículo 1369, por lo que tan solo cabría en la hipótesis de débito derivado de juego lícito, junto a la sujeción de los bienes privativos del deudor, la afección subsidiaria de los bienes comunes *ex* artículo 1373.1³⁵⁶.

Centrándonos ahora en la primera disposición, establece el reseñado artículo 1371 que *«lo perdido y pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego no disminuirá su parte respectiva de los gananciales siempre que el importe de aquella pérdida pudiere considerarse moderada con arreglo al uso y circunstancias de la familia»*³⁵⁷.

Esta norma es una reproducción prácticamente literal de lo que se disponía en la redacción original del Código civil (art. 1411.1), con la salvedad de la exigencia del

párrafos de ese precepto, la solución final era la misma. En cuanto a las deudas de juego pendientes de cumplimiento (lo perdido y no pagado), solo era a cargo de la comunidad lo perdido en juego lícito, y ello atendiendo a que los débitos derivados de juego ilícito no generan obligaciones civiles. Por lo que hace referencia a las deudas de juego pagadas, en donde no existe derecho de repetición (art. 1798), la regla es que no disminuye la *parte respectiva en los gananciales*.

³⁵⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (en «Arts. 1.371 y 1.372», *Comentario...*, T. II, *cit.*, pág. 703) preconiza que la deuda de juego nunca es una deuda de la sociedad ganancial y que, al igual que de cualquier deuda privativa, de acuerdo con el art. 1373, responden los bienes gananciales en cuanto en estos existen bienes del deudor. Esa condición privativa de las deudas de juego lícito, aún las de carácter moderado, es destacado por RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, págs. 1098 y 1099], debiendo el acreedor proceder inexcusablemente a través del cauce del art. 1373 y ejecutar primeramente bienes privativos del deudor.

La ganancialidad de la deuda de juego satisfecha constante el matrimonio se defiende por RUEDA PÉREZ y RUEDA PÉREZ (en «Notas sobre la nueva regulación...», *cit.*, pág. 572) con el argumento de que si en la liquidación de la sociedad no disminuye la adjudicación del cónyuge jugador es porque la misma no es propia de aquel, sino ganancial, apelando también estos autores al art. 1358 CC, en tanto en cuanto si no se reembolsa el valor de la deuda en el momento liquidatorio es en atención a que su pago es de cuenta del caudal común.

Dejando a un lado la confusión terminológica que se aprecia en esta postura, que parece asimilar deuda ganancial y cargo definitivo del consorcio, conceptos absolutamente distintos, no obstante su ordinaria correlación en la práctica del régimen social, lo cierto es que el carácter privativo de todos los débitos contraídos en el juego por alguno de los cónyuges se explicita de manera incontestable en el art. 1372, norma cuya inteligencia ha de cohererarse con lo dispuesto en el artículo anterior (precepto que, por su parte, opera en la relación interna) y que contiene un supuesto paradigmático de responsabilidad provisional privativa por las deudas moderadas de juego lícito separadamente producidas.

³⁵⁷ De manera complementaria, el art. 1372 CC, relativo a las deudas de juegos lícitos, y que, a diferencia de la norma anterior, gravita en la órbita externa de la responsabilidad de la sociedad legal, prescribe que *«de lo perdido y no pagado por alguno de los cónyuges en los juegos en que la ley concede acción para reclamar lo que se gane responden exclusivamente los bienes privativos del deudor»*.

carácter moderado de la pérdida, que no figuraba en la regulación derogada y que se adicionó en la reforma de 1981.

El Código civil regula el juego y la apuesta en los artículos 1798 a 1801, proscribiendo aquella la posibilidad de reclamar lo ganado en un juego de suerte, envite o azar (obviamente, prohibidos o, más bien, no legales) y, asimismo, la repetición por el que pierde de lo que haya pagado voluntariamente, *a no ser que hubiese mediado dolo, o que fuera menor, o estuviera inhabilitado para administrar sus bienes*³⁵⁸.

La vinculación definitiva del patrimonio ganancial en este supuesto es el corolario lógico del carácter ganancial de *las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego* ex artículo 1351.

Por tanto, para que el gasto por el débito ya satisfecho pueda ser calificado como una carga social y se impute definitivamente a la masa ganancial, es preciso que la pérdida abonada de forma separada por un cónyuge por tal concepto sea moderada, en el sentido exigido por el artículo 1371. Las deudas no moderadas dimanantes del juego, lícito o ilícito, que hayan sido satisfechas por cualquier cónyuge a costa del activo ganancial generarán, subsiguientemente, al amparo del artículo 1397.3.º, en fase liquidatoria, el correspondiente derecho de reintegro por el total a favor del caudal común.

Las deudas moderadas dimanantes de juego lícito no satisfechas (las que derivan de juego ilícito, según hemos visto, no serían exigibles) son (externamente) privativas del cónyuge que las contrae ex artículo 1372, y quien, si las paga con sus bienes propios, tendrá derecho a ser reintegrado en su importe con arreglo al artículo 1398.3.^a en relación con el artículo 1364. Los acreedores no pueden invocar la circunstancia de

³⁵⁸ Sobre la inviabilidad de continuar infiriendo el carácter prohibido de los juegos de suerte, envite o azar legalizados y la existencia de causa torpe o ilícita en estos y la consecuente cobertura jurídica de los mismos, con arreglo a una interpretación acorde a la realidad social actual (art. 3.1 CC), declara la STS de 30 de enero de 1995 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1995:395) que *«los juegos de suerte, envite o azar declarados legales y practicados en lugares autorizados al efecto ya no pueden seguir considerándose prohibidos y, en consecuencia, obligan a pagar al que pierde y, por ello, el que gana tiene derecho y acción para exigir lo ganado, configurándose las ganancias o pérdidas que resultan de aquéllos como el efecto consustancial de riesgo o "aleas" que define y caracteriza el juego. Por ello, cualquier otra interpretación, enraizada en la tradicional inexigibilidad de las deudas de juego o basada en motivos morales, sociales o familiares -ya ponderados por el legislador al legalizar el juego, con sus inevitables consecuencias negativas - sería además contraria al principio de seguridad jurídica consagrado por la Constitución y a la seriedad del tráfico comercial, en el que se integra plenamente la práctica del juego en aquellos locales y Casinos que, ajustándose a las específicas exigencias legales, hacen de tales juegos objeto propio de su actividad pública»*.

su adscripción al pasivo ganancial interno, es decir, su catalogación como carga, que resulta del artículo 1371, para pretender una eventual agresión de los bienes comunes³⁵⁹.

La modulación del carácter moderado de la pérdida en el juego obliga a considerar su importe no solo atendiendo a la cuantía del mismo, sino apreciando la repetición de la práctica lúdica concreta, exégesis que habrá que verificar en cada caso singular, propugnándose el recurso al criterio del *uso y circunstancias de la familia* y cuestionándose el empleo a estos efectos del parámetro de «los usos de un buen padre de familia», contenido en el artículo 1801 *ex* Código civil, relativo a los juegos no prohibidos³⁶⁰.

Una de las cuestiones que se suscitan en relación con el supuesto contemplado en el artículo 1371 es si en la hipótesis de pérdida no moderada abonada por uno de los cónyuges sería imputable a la sociedad legal en la relación interna la parte del importe no reputado como excesivo, siendo a cargo del patrimonio privativo, por lo tanto, el exceso sobre aquella cantidad.

En nuestra opinión, en esta situación de gasto excesivo y satisfecho proveniente del juego en que haya incurrido uno de los cónyuges, la solución no puede ser distinta a lo que determina taxativamente el precepto, sin que sea admisible fraccionar el importe de la pérdida para propiciar su inclusión en el pasivo ganancial definitivo, imputando una parte a este último y otra al cónyuge jugador, debiendo referirse la moderación, a efectos de la aplicabilidad del precepto, a la pérdida en su conjunto y no solo a una parte de la misma³⁶¹.

Esta posibilidad de imputar al pasivo ganancial interno la parte de la pérdida que se ajuste a lo moderado se admite por diversos autores, como RAGEL, que afirma que cuando la deuda de juego excede de lo moderado, al margen de lo que determina el artículo 1801.2 del Código civil -opción de que judicialmente se desestime la demanda

³⁵⁹ RAGEL, «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1234, indica que en tanto que la deuda de juego moderada y pagada es de cargo definitivo de la sociedad legal en justa correspondencia al carácter ganancial de los beneficios obtenidos por el cónyuge en el juego, aunque arriesgare dinero privativo (art. 1351), la deuda de juego permitido no pagada sería privativa.

³⁶⁰ BUSTOS MORENO, *Las deudas gananciales...*, *cit.*, pág. 353 y nota 229 de la misma.

³⁶¹ Comparte esta visión GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión...*, *cit.*, págs. 406-407, aludiendo, para oponerse a esa doble imputación de la pérdida, a una razón práctica, cual es que frente a una deuda inmoderada resultaría muy difícil la fijación de la cantidad que, ajustándose al concepto de moderada, haya de ser cargada a la sociedad de gananciales, aplicando el resto al pasivo definitivo del cónyuge que perdió y abonó todo en el juego.

o se reduzca la obligación-, el acreedor puede ejecutar subsidiariamente bienes comunes *ex* artículo 1373.1, y, una vez satisfecha la deuda con esos bienes, en fase de contribución, al amparo de los artículos 1371 y 1373.2, el cónyuge jugador habrá de reintegrar al patrimonio ganancial la cantidad que exceda de lo moderado³⁶².

3.2.3.5. El derecho de reintegro del artículo 1364 del Código civil

El artículo 1364 cobra todo su sentido por la aludida separación entre las esferas interna y externa de la responsabilidad consorcial o entre responsabilidad ganancial definitiva y afección directa o *ad extra* de la masa común. Partiendo de esta dislocación, es posible que, constante la sociedad, un cónyuge sufrague con sus bienes propios un débito que, con arreglo a los criterios objetivos prefigurados legalmente en los artículos 1362, 1363, 1366 y 1371, internamente genera un cargo definitivo del consorcio (y sin obviar, por lo demás, la posibilidad de la hipótesis inversa, que daría lugar, conforme al artículo 1397.3.º, a un crédito de la sociedad contra el cónyuge, comprendido en el activo social, y que no es objeto de estudio en este momento). Esta tesitura conducirá al surgimiento de un derecho de reintegro, que puede ejercitarse desde su nacimiento por su titular, a costa del caudal común, a favor del cónyuge que anticipó bienes privativos para la atención de necesidades que constituían una carga de la comunidad³⁶³.

En concreto, el precepto aducido indica que «*el cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común*».

³⁶² RAGEL, «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1100. Manifiestan idéntica posición BUSTOS MORENO, *Las deudas gananciales...*, *cit.*, pág. 354; y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, Vol. IV, T. I, *cit.*, pág. 179, para los que, si la pérdida es inmoderada de acuerdo con los criterios del art. 1371, disminuirá la parte de los gananciales del cónyuge que perdió en lo que exceda de aquellos, si no reembolsa a la comunidad ese exceso.

³⁶³ DE LOS MOZOS (en «Artículo 1.364», *Comentarios al Código Civil...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 271) considera que este derecho corresponde al cónyuge que se ha anticipado a satisfacer con sus propios bienes débitos que son comunes conforme a un criterio objetivo, desde el momento en que tiene lugar esa anticipación, sin necesidad de esperar a la fase de liquidación de la sociedad, lo que también ocurre por regla general del derecho de obligaciones *ex* art. 1128 CC. Participa de esta opinión LACRUZ (en *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 444), que concluye que el cobro de los créditos privativos que regula el art. 1364, al que califica como precepto-guía en cuanto a las pretensiones de un cónyuge frente a la comunidad, no ha de aplazarse al momento liquidatorio, siendo susceptibles de ser reclamados cuando se estime oportuno. En una línea contraria, RUEDA PÉREZ y RUEDA PÉREZ (en «Notas sobre la nueva regulación...», *cit.*, pág. 569) piensan que, salvo en el supuesto excepcional del art. 1359.2, el reintegro operará en la fase de liquidación de la sociedad de gananciales, inferencia que se refuerza si se repara en que en la regulación de esa liquidación el abono de los reintegros y reembolsos entre masas se relega a un segundo momento, una vez pagadas las deudas a terceros (arts. 1403 y concordantes).

Del tenor literal de diversas normas de la regulación ganancial (arts. 1346 *in fine*, 1347.4.º, 1358, 1359.1, 1364, 1373.2, 1397.2.º y 3.º, 1398.2.ª y 3.ª) se infiere con claridad que los reintegros y reembolsos en la sociedad legal constituyen deudas de valor. Se trata de paliar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero y garantizar en toda su extensión un efectivo reequilibrio de masas patrimoniales, teniendo en cuenta, en este sentido, que los reintegros suelen operarse en la fase de liquidación del acervo común, en alguna ocasión por imposición legal, cuando, normalmente, por lo tanto, ha transcurrido un tiempo prolongado desde que se asumió el anticipo correspondiente por la comunidad o cualquiera de los cónyuges³⁶⁴.

La generalización de la cláusula legal de estabilización que resulta de la declaración normativa de las recompensas como deudas de valor es criticada por RAMS, para el que no es operativa ni funcional, puesto que impide que sobre los desplazamientos de numerario ordinarios puedan aplicarse las reglas propias de la compensación automática, institución tan útil para el mantenimiento del equilibrio entre patrimonios como la de las recompensas³⁶⁵.

Al margen de con otros preceptos que disponen reembolsos y reintegros entre las distintas masas patrimoniales, esta norma, singularmente, ha de ser puesta en relación con el artículo 1403 del Código civil, disposición que dice que «*pagadas las deudas y cargas de la sociedad se abonarán las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge hasta donde alcance el caudal inventariado, haciendo las compensaciones que correspondan cuando el cónyuge sea deudor de la sociedad*». Se consagra, así, la preferencia de los créditos de terceros respecto de los que ostenten los cónyuges contra la comunidad, situación que se produce por mimetismo con el antiguo artículo 1423³⁶⁶, que no tiene antecedentes en el Derecho comparado y que contradice los principios que

³⁶⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (en «Art. 1.358», *Comentario del Código Civil*, T. II, *cit.*, pág. 676) comparte que los créditos entre las masas patrimoniales (ganancial y privativas) son deudas de valor, habiendo de actualizarse el nominal de la cantidad adeudada o el importe del bien gastado o empleado al liquidarse la deuda, corrigiendo las posibles variaciones del valor de la moneda, con el objeto de que la nueva cantidad sea del mismo valor adquisitivo que la cantidad inicial.

³⁶⁵ RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*, *cit.*, pág. 402.

³⁶⁶ Este artículo imponía que «*pagadas las deudas y las cargas y obligaciones de la sociedad, se liquidará y pagará el capital del marido hasta donde alcance el caudal inventariado; haciendo las rebajas que correspondan por las mismas reglas que, respecto de la dote, determina el artículo 1.366*».

inspiran la reforma, de autonomía de los cónyuges y responsabilidad ganancial restringida a deudas contraídas conjuntamente o las domésticas³⁶⁷.

Esta postergación normativa del abono de los reintegros adeudados a los cónyuges en la liquidación de la sociedad de gananciales, disponiendo, como se ha dicho, la prelación de los créditos de terceros contra la masa común sobre aquellos, al margen de su conceptualización como atavismo o reminiscencia de la legislación anterior, contrasta con la aparente prioridad, plasmada en el artículo 1364, que se le otorga en el régimen ganancial a la compensación del cónyuge que aportó bienes privativos para atender cargas definitivas del consorcio, hasta el punto de que el precepto se ubica inmediatamente a continuación de la regulación del pasivo ganancial definitivo. Esto deviene poco compatible con la degradación de su crédito en el momento de la liquidación de la comunidad cuando concurre con acreedores externos, la cual no se produce durante la vigencia de la sociedad. Por ello, la dilación de una eventual exacción de lo adeudado por este concepto al cónyuge que satisfizo cargos gananciales con su patrimonio privativo a la fase liquidatoria social es una decisión que, en la práctica, penaliza al mismo³⁶⁸.

En cualquier caso, llama notablemente la atención el hecho de que en los artículos dedicados a la regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales exista un precepto que contemple expresamente el reequilibrio entre las masas patrimoniales privativa y ganancial en el supuesto de la exacción de cargas consorciales por un cónyuge a costa de su patrimonio propio, que habría de imputarse al denominado pasivo provisional privativo, y, sin embargo, con independencia de lo que se determina en los artículos 1362.1.^a *in fine* y 1373.2 del Código civil, no se contenga una disposición que prevea el supuesto inverso, o sea, el derecho de reintegro a favor del consorcio por la asunción por el mismo de pagos que incumben definitivamente, a título particular, a los cónyuges (pasivo provisional ganancial). Extremo este que, lógicamente, no puede interpretarse en el sentido de una pretendida sujeción definitiva

³⁶⁷ LACRUZ, *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, págs. 445-446.

³⁶⁸ No obstante, LACRUZ (*ibíd.*, pág. 446) entendía que el art. 1403 señala un modo de liquidación en casos ordinarios, pero no un orden de preferencia necesario, sirviendo la norma para prevenir que en el supuesto de insuficiencia de bienes comunes para el pago de deudas perciban los cónyuges sus reembolsos en detrimento de los acreedores externos, sin que, una vez prevista esa consecuencia, sea justo que se produzca la contraria, no vedando, por otra parte, la disposición la concurrencia en pie de igualdad o aplicándose el Derecho común de los privilegios entre terceros acreedores y el cónyuge no deudor.

del acervo común por actuaciones conyugales separadas realizadas fuera de las hipótesis legales previstas³⁶⁹.

Un último aspecto a comentar se refiere a la situación que acaece cuando no existen bienes comunes para hacer frente al crédito por reembolsos que corresponde a los cónyuges, juzgándose que lo más adecuado en esta hipótesis es que el otro cónyuge le reembolse la mitad de lo satisfecho por gastos que constituyan cargas del consorcio³⁷⁰, en el sentido que se contemplaba en el artículo 1365 del Proyecto de Ley de 4 de octubre de 1978³⁷¹.

3.2.4. La responsabilidad ganancial externa. Delimitación general

3.2.4.1. El carácter privativo del débito separadamente contraído por un cónyuge

La calificación de un débito contraído de manera unilateral por un cónyuge bajo la vigencia de la sociedad de gananciales como privativo trae consigo la responsabilidad patrimonial universal del deudor y la subsidiaria con la masa común (art. 1373). Tal catalogación resulta, bien de que el Código civil expresamente lo determina, como en los artículos 1372, relativo a las deudas de juego legal, moderadas o inmoderadas, no pagadas, o 995, que niega el carácter común de los débitos hereditarios de aceptarse la herencia sin beneficio de inventario por persona casada y no concurrir el consentimiento del otro cónyuge a la aceptación; bien del hecho de que la deuda no puede residenciarse formalmente en el marco delimitado por las normas que disciplinan la responsabilidad *ad extra* de la sociedad por la actuación individual de los cónyuges (arts. 1365, 1366 y

³⁶⁹ GORDILLO CAÑAS (en «El pasivo de la sociedad...», *cit.*, pág., 365) exalta que la hipótesis legalmente destacada de corrección en la esfera interna se refiere a la provisionalidad inversa a la ganancial y que, atendiendo a que en el ámbito objetivamente ganancial se desencadenan responsabilidades que han de recaer sobre los bienes comunes, si por la responsabilidad personal que incumbe al cónyuge deudor el débito se pagó con bienes privativos (responsabilidad personal provisional y externa), se entiende que en la relación interna el cónyuge que abonó aquel tenga el derecho al reintegro que se prevé en el art. 1364 CC.

³⁷⁰ TORRALBA SORIANO (en «Art. 1.364», *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1683) expresa que esta solución es más congruente con el concepto de sociedad de gananciales que la aplicación de la regla del art. 1438 CC (relativo a la separación de bienes y que impone, a falta de convenio, una contribución de los cónyuges al sostenimiento de las cargas matrimoniales proporcional a sus recursos económicos), deduciendo este autor que la eliminación de esa solución en el texto del Proyecto de 1979 hace suponer que la voluntad legislativa quizás haya sido dejar la cuestión al arbitrio judicial.

³⁷¹ Este artículo prescribía que «*el cónyuge que hubiera aportado caudales propios para la satisfacción de las obligaciones tendrá derecho a ser reintegrado a costa del patrimonio común. A falta de bienes comunes, el otro cónyuge deberá reembolsarle la mitad de lo pagado para atender dichas obligaciones*» (BOC nº 155, de 4 de octubre de 1978, pág. 3371).

1368 CC y 6 y ss. CCo), conformando, desde esta última perspectiva, una categoría residual o concretada por exclusión. No cabe argüir aquí la existencia de una presunción de ganancialidad de esos débitos autónomamente producidos, más aún cuando el artículo 541.2, inciso tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo excluye taxativa y terminantemente³⁷², si bien no nos parece defendible sentar la presunción contraria (o sea, la de privatividad de las mencionadas deudas), la cual no se explicita en precepto legal alguno³⁷³.

La privatividad de la deuda asumida por cualquiera de los cónyuges, propiamente, no se presume, sino que es una calificación congruente con el hecho de que, no siendo incardinable, cuando menos aparentemente, en las distintas normas de responsabilidad externa de la sociedad ganancial, aquella necesariamente, y no a través de una presunción, una vez desprovista de la nota de ganancialidad, ha de ser privativa. Por definición, un débito es siempre personal del cónyuge que lo contrae, desencadenando, así, la responsabilidad de este último *ex* artículo 1911 del Código civil. Ha de tenerse en cuenta, además, que el consorcio no es un sujeto de derecho y tampoco el eventual carácter ganancial de una deuda excluye que, simultáneamente, tenga esa naturaleza personal inmanente a cualquier débito. En suma, la circunstancia de que no se presuma la cualidad consorcial de la deuda contraída por un cónyuge no tiene como corolario lógico la existencia de una pretendida presunción de privatividad de la misma³⁷⁴.

³⁷² El precepto señalado expresa que, cuando la oposición (del cónyuge del ejecutado) se funde en que los bienes gananciales no han de responder de la deuda (contraída por uno de los cónyuges) por la que se despachó ejecución, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los reiterados bienes, declaración esta que semeja poco conciliable con una supuesta presunción de consorcialidad de esos débitos unilateralmente originados.

³⁷³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (en «Art. 1.373», *Comentario del Código Civil...*, II, *cit.*, pág. 705) significa que las deudas privativas se determinan por exclusión, de modo que estas son las contraídas por un cónyuge que no constituyan deudas de la sociedad, como los débitos anteriores al matrimonio, los derivados de delitos y faltas y los generados al margen del ámbito de poder para obligar a la comunidad. Conceptúa, por su parte, MARTÍNEZ-CALCERRADA (en *El nuevo Derecho de familia*, T. II, *cit.*, pág. 238) las *deudas propias* del art. 1373 como las no incluidas en los artículos anteriores, sin embargo, en su opinión, también puede acontecer que algún débito no comprendido en ellos que surja no sea privativo y sí ganancial, en atención a la finalidad o causa que lo motive.

³⁷⁴ A favor de la existencia de una presunción de privatividad de las deudas contraídas por un cónyuge, RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, págs. 1082 y ss.] alega que la regla es que cualquier deuda individualmente contraída por un cónyuge ha de presumirse privativa, en tanto el acreedor no acredite que tiene carácter ganancial, tratándose de una presunción *iuris tantum*, deducida, *a sensu contrario*, de los arts. 1365, 1366 y 1368 CC.

La RDGRN de 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987\6572), que resume la doctrina constante del Centro Directivo, dice que «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

La condición privativa del débito generado por un cónyuge, que impide la vinculación directa del acervo común en la relación externa, deviene, fundamentalmente, de que no se ha originado dentro del contorno legalmente definido de la legitimación individual de los partícipes en la sociedad conyugal para endeudar *erga omnes* a la masa ganancial. Hemos de concluir por ello que, en la generalidad de los supuestos, esa naturaleza de la deuda no se determina positivamente por el legislador, sino porque esta no resulta indiciariamente subsumible en los supuestos prefigurados en los artículos 1365, 1366 y 1368 del Código civil y 6 y siguientes del Código de comercio, perdiendo interés, por tanto, en este punto el delimitar o enumerar las distintas hipótesis que no se adecuan a esos parámetros de sujeción *ad extra* contenidos en los preceptos reseñados. Incumbe, en todo caso, al acreedor, habida cuenta de la no existencia de una presunción de ganancialidad pasiva, la carga de acreditar el rasgo consorcial de la deuda si pretende atacar directamente bienes gananciales³⁷⁵.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, de forma coherente con su doctrina sobre la no existencia de una presunción de ganancialidad pasiva, ha venido señalando la inviabilidad de practicar, sin previa declaración judicial del carácter

afectan a otra de acuerdo con el principio general de libertad y con las reglas de la responsabilidad (cfr. artículos 1911 y 1827 del Código Civil). Es, también, la 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. artículo 1375 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. artículos 1250 y 1251 del Código Civil)». Sigue esta posición la RDGRN de 5 de julio de 2007 (BOE n.º 182, de 31 de julio de 2007), la cual declara que al no existir una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas vigente la sociedad, ninguna deuda separadamente asumida puede ser reputada ganancial y tratada jurídicamente como tal, mientras no se cuente con la pertinente declaración judicial en juicio declarativo entablado contra ambos cónyuges, pues a estos incumbe, conjuntamente, la gestión de la sociedad de gananciales (art. 1375 CC). Cfr., en idéntico sentido, RDGRN de 6 de febrero de 2008 (RJ 2008\637).

Como se ve en las resoluciones citadas, la DGRN no reconoce en parte alguna una supuesta presunción de privatividad de las deudas de un cónyuge, sino que, antes bien, partiendo de que aquellas son, *a limine*, como no podía ser menos, personales del deudor que las asume, concluye la inexistencia de una presunción de ganancialidad de tales deudas contraídas unilateralmente por los cónyuges, lo que es sustancialmente distinto.

³⁷⁵ Afirma RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, págs. 1140-1141] que para acreditar que la deuda contraída por un cónyuge es ganancial el acreedor habrá de demandar a los dos cónyuges o solicitar que se notifique la existencia del procedimiento al cónyuge no deudor a efectos de que, en su caso, intervenga en la causa, evitando la obtención de una sentencia inoperante o ilusoria frente al citado cónyuge. Refiriéndose al art. 1365 CC, Antonio OCAÑA RODRÍGUEZ (en *Deudas y sociedad de gananciales en los diversos procesos*, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2002, pág. 35) considera que el acreedor ha de alegar y probar la existencia de los presupuestos contemplados en aquel artículo para reputar la deuda ganancial, si bien dentro del límite de sus posibilidades cuanto aludan a aspectos internos que solamente los cónyuges conocen con más exactitud, juzgando que es factible que tales datos internos no sean oponibles al acreedor de buena fe, no advertido de esa situación interna familiar y confiado en la apariencia.

ganancial del débito, anotación de embargo, por deudas tributarias o con la Seguridad Social surgidas vigente la comunidad, sobre bienes, inicialmente consorciales, inscritos, tras la liquidación societaria, como privativos a nombre del cónyuge del deudor³⁷⁶.

Junto a este núcleo principal de deudas privativas determinadas negativamente por exclusión, y dejando al margen el obvio encuadramiento de las contraídas antes del matrimonio en esta categoría³⁷⁷, existen otras cuyo carácter privativo o propio del cónyuge que las genera dimana de una expresa declaración normativa en tal sentido, como en los supuestos ya citados de los artículos 995³⁷⁸ y 1372 del Código civil. Se rechaza por nuestra parte, de acuerdo con lo expresado y según se desarrollará, que sean privativas las obligaciones extracontractuales, producidas dentro del ámbito positivamente definido, debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor (art. 1366).

Son, asimismo, deudas privativas las derivadas de la sucesión *mortis causa* o de donaciones, por cuanto que constituyen obligaciones que gravan sucesiones o

³⁷⁶ Cfr. RRDGRN de 15 de abril de 2002 (BOE n.º 133, de 4 de junio de 2002) y de 4 de abril de 2003 (BOE n.º 106, de 3 de mayo de 2003).

³⁷⁷ Respecto de la deuda de intereses surgida constante la sociedad de gananciales y derivada de un débito de capital contraído antes de la vigencia de aquella, propone RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1094] su naturaleza ganancial si la actuación que produjo la deuda de capital, de haber tenido lugar durante el régimen consorcial, fuera subsumible en alguna de las previsiones de los arts. 1365, 1366 o 1368 CC.

Esta atribución de ganancialidad a esas deudas por intereses impagados devengados bajo el régimen de gananciales no nos parece correcta, reputándose que lo pertinente es considerar que el principal y los intereses de una deuda contraída antes del comienzo de la sociedad ganancial tienen el mismo carácter privativo, dado que conforman un único débito, que merece, subsiguientemente, un tratamiento unitario, no pudiendo recurrirse a la ficción de aplicar retroactivamente las normas de responsabilidad externa del consorcio a una deuda que surgió antes del inicio de este último.

³⁷⁸ Este artículo dice que «cuando la herencia sea aceptada sin beneficio de inventario, por persona casada y no concurra el otro cónyuge, prestando su consentimiento a la aceptación, no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal». En cuanto al ámbito de esta norma, según Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ [en «Art. 995», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.* (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 2361], ha de restringirse al caso en que los cónyuges estén casados en régimen de gananciales, vinculándose o no, por responsabilidad *ultra vires*, a las deudas hereditarias los bienes gananciales, en la medida en que en el régimen de separación o participación no existen *bienes de la sociedad* o bienes comunes.

Como acertadamente entiende TORRALBA SORIANO (en «Art. 1.373», *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1741), este precepto no impide la aplicación del art. 1373 CC, porque colegir lo contrario supondría que resultaría imposible la aplicabilidad de este último precepto en cualquier supuesto, ya que los débitos particulares de cada cónyuge se contraen sin el consentimiento del otro, significando este autor que el art. 1373 no establece la responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas privativas, sino que lo que hace es adaptar el art. 1911 a la particular situación del deudor casado bajo el régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales. Apoya esta conclusión O'CALLAGHAN MUÑOZ, «Art. 995», *Comentario...*, I, *cit.*, pág. 2362.

Niega la posibilidad de la traba de bienes gananciales por la vía del art. 1373 por estas deudas hereditarias privativas BLANQUER UBEROS (en «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales...», *cit.*, pág. 53 de la versión digital obrante en vlex.com), alegando que el art. 995 como norma especial es de aplicación preferente, aun cuando expresa que no se justifica que los acreedores hereditarios de un cónyuge sean de peor condición que el resto de acreedores por débitos privativos.

donaciones deferidas a uno de los cónyuges constante el matrimonio y no atribuidas a la sociedad³⁷⁹, en correlación, además, con el carácter privativo de los bienes adquiridos por los cónyuges a título gratuito vigente la comunidad *ex* artículo 1346.2.º.

Una consecuencia lógica de la ausencia de presunción de consorcialidad de las deudas autónomamente asumidas es que la falta de acreditación de ese carácter ganancial conducirá indefectiblemente a su conceptualización como débitos privativos, con la consiguiente inviabilidad de afectar directamente frente a terceros el patrimonio común por los mismos³⁸⁰.

3.2.4.2. La responsabilidad patrimonial universal en el régimen legal de la sociedad de gananciales

3.2.4.2.1. Aproximación general a la responsabilidad patrimonial del deudor

En las Instituciones de Justiniano, en donde se recoge la definición más conocida, se expresa que *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*, es decir, la obligación es un vínculo jurídico en virtud del que somos constreñidos a pagar alguna cosa según el Derecho de nuestra ciudad³⁸¹.

La definición precedente resalta el vínculo jurídico que se relaciona con el primitivo carácter de la *obligatio*, vinculándose o sometándose una persona a otra mediante el *nexum*, relacionado con la *mancipatio*³⁸², que es el sometimiento de una persona a otra para garantizar un débito propio o ajeno, abolido por una *Lex Poetelia*

³⁷⁹ TORRALBA SORIANO (en «Art. 1.373», *Comentarios a las reformas...*, II, *cit.*, pág. 1739). *Vid.*, también, a este respecto RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4)...», *cit.*, págs. 1103-1104] y LACRUZ (en *Elementos*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, págs. 439-440).

³⁸⁰ En relación con esta cuestión, refiere MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*, *cit.*, págs. 97-98, que, probablemente, la mayoría de los títulos ejecutivos son letras de cambio, que no contienen dato alguno que permita calificar la obligación reclamada, considerando que cuando de los documentos dotados de fuerza ejecutiva no pueda inferirse si la deuda es propia o ganancial ha de entenderse lo primero.

³⁸¹ Instituciones de Justiniano, Libro III, título XIII, proemio.

³⁸² La *mancipatio* era un negocio, anterior a la aparición de la moneda, en virtud del cual se transmitía la propiedad de las *res Mancipi* (cfr. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario...*, *cit.*, pág. 231). Las *res Mancipi* estaban integradas por la tierra, los caballos de batalla y, en su caso, los demás animales que fueran susceptibles de doma, ampliándose ulteriormente la *mancipatio* a los esclavos y servidumbres rústicas, alcanzando a todos los bienes importantes para una familia de pequeños agricultores [cfr. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe, «Origen y función de la “mancipatio”», *REHJ*, XXXIII (2011), págs. 60-61].

Papiria, por la que se sustituye el sometimiento personal del deudor por el de sus bienes, transmutándose, de esta forma, la vinculación personal en patrimonial³⁸³.

Originalmente, el *obligatus* romano no es un deudor, sino la persona sobre la que el acreedor puede satisfacerse en el supuesto de incumplimiento, constituyendo un rehén o prenda de aquel, de manera que en esta concepción que distingue entre el *debitor* y el *obligatus* se atribuye esta última condición al garante del deber de prestación y no al sujeto del mismo, en cuanto el primero sea el que haya cerrado la automancipación que implica el *nexum*³⁸⁴.

Tras la innovación legislativa que supuso la *Lex Poetelia Papiria*, progresivamente, el contenido personalísimo de la responsabilidad a que queda efecto el cuerpo del deudor -integridad física y libertad- se atenúa hasta adquirir fisonomía exclusivamente patrimonial, consustanciándose por imperativo legal con toda obligación, por el simple hecho de existir, y sin que fuera preciso un acto jurídico especial que la constituya, engendrando el débito de manera autónoma la responsabilidad³⁸⁵.

A partir del citado hito legislativo del año 326 antes de Cristo, según CRISTÓBAL MONTES, todo deudor es *obligatus*, unificándose el vínculo jurídico obligatorio mediante la fusión del *debitum* y la *obligatio*, y, por otra parte, la garantía del cumplimiento de una obligación no viene determinada por la servidumbre personal sino por la sujeción del patrimonio, no obstante lo cual pervive la fuerza ejecutiva del *nexum*, toda vez que, hasta el ocaso de la República, el procedimiento ejecutivo contra los condenados era exclusivamente personal. En adelante la configuración de la

³⁸³ GARCÍA GARRIDO, *Diccionario...*, *cit.*, pág. 256.

Como expresa Pasquale FAVA [en «Il viaggio del rapporto obbligatorio attraverso le civiltà nel raffronto tra paesi a diritto codificato e sistemi di *Common Law*», en *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale* (a cura di P. FAVA), T. I (*Caratteri generali, adempimento, inadempimento*), Giuffrè Editore, Milano, 2008, págs. 5-6], en la obligación primitiva romana y griega, y en otras de muchos pueblos de la antigüedad, estaban estructuralmente separados los elementos del débito y la responsabilidad (*Schulz* y *Haftung*), donde otro es el que paga o materialmente responde, no con sus propios bienes, sino con la propia persona.

³⁸⁴ CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Civitas, Madrid, 1990, págs. 36-37.

³⁸⁵ RODRÍGUEZ ENNES, Luis, «En torno al Derecho romano de obligaciones», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 5, 2001, pág. 697.

obligación romana muta hacia una visión moderna del vínculo obligatorio, que se caracteriza por suponer un constreñimiento jurídico y no un sometimiento del cuerpo³⁸⁶.

En relación con el concepto de obligación, se define la misma como un vínculo jurídico que liga a dos (o más) personas, en virtud del que una de ellas, denominada deudor, queda sujeta a realizar una prestación a favor de la otra (acreedor) para la satisfacción del interés de esta última, digno de protección, compitiéndole al acreedor el pertinente poder (derecho de crédito) para pretender esa prestación³⁸⁷.

De esa pretensión surge, a favor del acreedor, la posibilidad ulterior de obtener eventualmente, en el caso de incumplimiento, el cumplimiento específico, en vía coercitiva, de la prestación, o de obtener coactivamente el equivalente pecuniario (suma de dinero) en forma de resarcimiento del daño, previa agresión de los bienes del deudor, con los que el mismo está llamado a responder³⁸⁸.

Ponen el acento DÍEZ-PICAZO y GULLÓN en la dicotomía o bipolaridad que caracteriza a la obligación, conformada por las respectivas posiciones de acreedor y deudor, siendo, por una parte, el acreedor titular de un derecho subjetivo (derecho de crédito) que habilita a aquel para exigir al deudor lo que es debido por este, es decir, la prestación, y gozando, de modo complementario, de la posibilidad, ante el incumplimiento del segundo, de proceder contra sus bienes, estando investido de diversas facultades para la defensa de sus intereses. Por otra parte, el deudor es sujeto de un deber jurídico (deuda) que impone al mismo la observancia del comportamiento

³⁸⁶ CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.*, págs. 38-39.

³⁸⁷ ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil español*, II (*Derecho de obligaciones*), 3.ª ed. Librería Bosch, Barcelona, 1984, pág. 9. Karl LARENZ [en *Derecho de obligaciones*, T. I -versión española y notas de J. Santos Briz-, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 18] entiende que la relación obligatoria es aquella relación jurídica por la que dos o más personas se obligan a cumplir, adquiriendo el derecho a exigir determinadas prestaciones. La persona a quien le incumbe exigir la prestación se denomina «acreedor» porque, en el caso de una relación obligacional de carácter contractual, *crea* en la voluntad y capacidad de cumplir la prestación por parte del obligado a ello, que es el «deudor». En la doctrina italiana, Lodovico BARASSI [en *La teoria generale delle obbligazioni*, Vol. I (*La struttura*), 2.ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1963, pág. 9] define la obligación como un vínculo o relación jurídica en virtud de la cual el sujeto activo -acreedor- se asegura del sujeto pasivo -deudor-, en el propio interés o *incluso* en el propio interés, el cumplimiento de una determinada prestación.

³⁸⁸ MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale (Codici e norme complementari)*, 9.ª ed., Vol. III, *Diritto delle obbligazioni (Parte generale)*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1959, pág. 3.

debido o, en caso contrario, le coloca ante la tesitura de soportar las consecuencias de su falta³⁸⁹.

Disiente algún autor de que el acreedor tenga derecho a que el deudor actúe, de donde se sigue que este no tiene el deber de actuar, al no existir en la ley la norma imperativa que le imponga la obligación de actuar, lo que trae como corolario que el no actuar o la inacción por parte del deudor no integra un hecho contrario a la norma jurídica³⁹⁰.

El Derecho germánico sostenía la distinción entre deuda (*Schuld*) o deber del deudor y responsabilidad (*Haftung*) o estado de sometimiento (personal, primero, y patrimonial, después) al poder del acreedor³⁹¹.

GIORGIANNI excluye la participación del fenómeno de la responsabilidad patrimonial en la estructura de la obligación, argumentando al efecto que en este supuesto la sumisión de los bienes del deudor a la acción ejecutiva del acreedor debería ser exclusiva de la obligación, cuando es posible demostrar que aquella responsabilidad es común a todo deber jurídico³⁹².

En apoyo de la separación entre deuda y responsabilidad, GANGI argumenta que el *deber prestar* (*dover prestare*) del deudor y el *deber recibir* (*dover ricevere*) del acreedor en que consiste el débito, entendido como relación jurídica por la que una persona debe ejecutar una prestación respecto de otra, pueden ser contemplados de modo absolutamente independiente de cualquier responsabilidad o garantía por el incumplimiento, como un deber prestar y un deber recibir que son jurídicos, no ya

³⁸⁹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Vol. II (T. 1) -*El contrato en general. La relación obligatoria*-, 10.ª ed. (Reimpresión), Tecnos, Madrid, 2013, pág. 111.

³⁹⁰ BRUNETTI, Giovanni, «Il diritto del creditore», *Riv. dir. comm.*, 1916, fascículo I, pág. 5 de la versión electrónica obrante en www.rivistadeldirittocommerciale.com. Esta proposición elimina la dificultad, insuperable de otro modo, de conciliar la construcción jurídica de la obligación con la posibilidad de que el deudor sea un loco, un menor o, en suma, una persona incapaz de querer y actuar y, por ello, incapaz de recibir órdenes (*ibíd.*, pág. 7).

³⁹¹ Afirma Gianluca SICCHIERO [en *La responsabilità patrimoniale*, en SACCO, R. (Dir.), *Trattato di Diritto civile, Le obbligazioni*, 2, Utet Giuridica, 2011, pág. 12] que en la literatura germánica resalta el intento de discernir, en la estructura interna de la obligación, el débito, que representaba la obligación que gravaba a la persona sujeta a la prestación, de la responsabilidad, entendida como el poder del acreedor de obtener la propia satisfacción, incluso contra la voluntad del deudor, siendo en esa antigua doctrina débito y responsabilidad elementos estructurales de la obligación, de igual dignidad.

³⁹² GIORGIANNI, Michele, *La obligación (La parte general de las obligaciones)*, traducción de la ed. italiana de Verdera y Tuells, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958, pág. 176. Desarrolla este autor (*ibíd.*, pág. 178) que en el Derecho moderno el vínculo de la persona consiste en el estado de subordinación en que el deudor, en tanto que sometido al deber jurídico, se halla, sin que ese vínculo se aprecie en el sometimiento de los bienes del deudor a la acción ejecutiva del acreedor.

porque el Derecho prevea una reacción cualquiera por el incumplimiento del deber prestar, sino tan solo porque el Derecho de todas formas reconoce su existencia³⁹³.

La absoluta independencia de la responsabilidad en relación con lo debido era postulada, igualmente, por BETTI, el cual acepta la posibilidad de la existencia del débito al margen de la responsabilidad, resaltando este autor que están en un error los que sostienen que esto último es inconcebible, pero que cometen un error más grave quienes (en particular, los germanistas), aún asumiendo la escisión conceptual entre débito y responsabilidad, concluyen que esta es concomitante imperativamente a un débito³⁹⁴.

Como ejemplo paradigmático de supuesto de débito sin responsabilidad se alude a las llamadas *obligaciones naturales*, categoría cuya fisonomía fue dibujada por el Derecho romano. Sin embargo, el esfuerzo dogmático que se realice para revestir de ropaje jurídico a aquellas (que pretenden visualizarse, en el Derecho positivo español, en supuestos tales como la entrega de cosa no debida o ya pagada (art. 1901), el abono de lo perdido en un juego ilícito (art. 1798), el pago de intereses no estipulados en un préstamo (art. 1756)³⁹⁵ o la satisfacción de una deuda prescrita) mediante el recurso a la negación de la vinculación de deuda y responsabilidad en el marco del fenómeno obligatorio, no obstante la irrepetibilidad de un pago que no se debe desde una perspectiva legal, colisiona con el hecho objetivo de la ausencia de coerción que caracteriza a este tipo de deberes o prestaciones. Aunque se considere a las *obligaciones naturales* como una genuina categoría jurídica, más allá de su configuración por la

³⁹³ GANGI, Calogero, *Scritti giuridici vari*, Vol. 1.º, *Il debito e la responsabilità, Le obbligazioni naturali*, Cedam, Padova, 1933, pág. 171.

³⁹⁴ BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, T. I (Traducción y notas de Derecho español por José Luis DE LOS MOZOS), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 281. La diferenciación entre débito y responsabilidad es mantenida por Daniel MANTEROLA (en «La distinción entre el débito y la responsabilidad», *Derecho y opinión*, n.º 1, 1993, págs. 66-67), que alega que no cabe identificar el estar obligado a realizar una prestación determinada con responder de un incumplimiento y que, históricamente, la separación de los mencionados elementos ha sido efectiva, existiendo supuestos, como el pago por un tercero o la asunción de deudas, en los que aquella es poco criticable.

³⁹⁵ Para JIMÉNEZ MUÑOZ [en «El artículo 1.756 del Código Civil: el pago de intereses no estipulados», *Actualidad Civil*, n.º 8, 2009, pág. 5 de la versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 11065/2009)], retomando el sentido originario del art. 1756 CC junto con el art. 1755, puede interpretarse que en el primer precepto existe una obligación natural. Así, explica este autor que el art. 1755 dispone que para que los intereses sean debidos y exigibles, en consonancia con la naturaleza gratuita del préstamo, han de ser expresamente pactados (obligación civil), no obstante, cabe que, por causas de variada índole, sustancialmente moral, el deudor pague de forma voluntaria intereses que, por no haber sido pactados, no le resultaban exigibles, cumpliendo con ello una obligación natural, de tal modo que esos intereses -no exigibles- sí eran debidos, constituyendo la justa causa de la atribución patrimonial que justifica el que *iuris et de iure* el art. 1756 determine la irrepetibilidad de lo pagado, rasgo característico de las obligaciones naturales.

doctrina judicial como causa suficiente de una transferencia patrimonial que deriva de una *obligación* de esa naturaleza, no es defendible, por definición, la existencia de una deuda que no lleve aparejada la consecuente responsabilidad patrimonial del deudor en defecto de cumplimiento espontáneo por el mismo³⁹⁶.

En el artículo 1319.2 del Código civil se amplía, en sede de régimen económico matrimonial primario, la garantía patrimonial de los acreedores por las deudas contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica, respondiendo por estos débitos, subsidiariamente, en defecto de bienes comunes y propios del cónyuge que produjo la deuda, afectados *solidariamente* a su pago, los bienes privativos del cónyuge no deudor. Esta previsión legal consagra, en apariencia, cuando menos desde una óptica formal, un supuesto de responsabilidad sin deuda³⁹⁷.

En efecto, si bien el cónyuge que no origina la deuda es, contractualmente, ajeno a la misma, lo cierto es que la norma atiende para disponer esa extensión de la responsabilidad al hecho de que *los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio* ex artículo 1318.1, de forma que lo que hace el legislador es transmutar, de modo técnicamente discutible, esta norma de contribución, que tiene su traducción, como carga definitiva de la sociedad legal, en el artículo 1362.1.^a, en una regla de responsabilidad. Si, finalmente, los cónyuges (cualquiera de ellos y no exclusivamente el consorte no deudor directo) hubieran aportado bienes propios para el abono del débito doméstico tendrán derecho a ser

³⁹⁶ LARENZ (en *Derecho de obligaciones*, T. I, *cit.*, págs. 30-31) sostiene que no siempre que el ordenamiento jurídico tiene presente un deber moral o una consideración de decoro estos han de reconocerse como deberes jurídicos, negando este autor la existencia de un deber jurídico cuando queda excluida toda coacción para su cumplimiento, es decir, cuando se quiere garantizar la libertad absoluta de la determinación. A su vez, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, Vol. II (T. I), *cit.*, págs. 112-113, rechazan el carácter de relación jurídica de la obligación natural, a la que catalogan como deber moral o social, reiterando su reconocimiento jurisprudencial como causa lícita de una obligación civil. Esta ausencia de juridicidad de la *obligación natural* es razonada por ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil...*, II, *Derecho de obligaciones*, *cit.*, pág. 193, apuntando que el efecto jurídico de la irrepitibilidad no dimana, jurídicamente hablando, del cumplimiento de una obligación, sino de hallarse justificada la entrega por *otra razón* que el ordenamiento juzga *suficiente*.

³⁹⁷ Comparte esta inferencia RAGEL, «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1026. El supuesto carácter ajeno de la deuda dimanante del ejercicio de la potestad doméstica por la que eventualmente puede responder el cónyuge del deudor es bastante cuestionable cuando el art. 1318 sujeta los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio, lo que incluye, evidentemente, el caudal privativo de aquel, en orden a lo que el legislador traduce esa norma en las relaciones con terceros, extendiéndose, de esta manera, por lo que respecta al consorcio, la garantía patrimonial habitual inherente a esa deuda ganancial, incluyendo también, supletoriamente, la masa propia del cónyuge que no asume la deuda (art. 1365.1.º, inciso primero, en relación con el art. 1319.2, CC).

reintegrados por ese valor a costa del patrimonio común *ex* artículo 1364 en relación con el artículo 1319.3 del Código civil³⁹⁸.

Se habla en esta hipótesis de que, habida cuenta del carácter subsidiario de la sujeción que afecta al cónyuge no deudor, su posición parece más bien la de un garante o fiador, en tanto en cuanto aquella responsabilidad solo operará cuando no existen bienes gananciales, ni del cónyuge deudor directo, o estos bienes no sean suficientes para la exacción del débito³⁹⁹.

Frente a la disyunción de débito y responsabilidad, la relación indisoluble entre estos elementos, que inspira la concepción actual del fenómeno obligatorio, es realizada por LARENZ, que afirmaba que el que asume una obligación o el que debe responde, en caso de incumplimiento, con todo su patrimonio, matizando gráficamente que, si bien cabe discernir conceptualmente la responsabilidad de la deuda, del deber prestar, *aquella sigue a esta como la sombra al cuerpo*. El que se obliga no contrae únicamente un deber jurídico moral, sino que corre el riesgo de pérdida de su patrimonio por vía ejecutiva, transmitiendo la responsabilidad que acompaña a la deuda a esta última una suerte de gravitación⁴⁰⁰.

ENNECCERUS mantenía que el crédito concede al acreedor el derecho a exigir la prestación y obliga al deudor a realizarla, de donde se sigue que, por una parte, existe un poder exigir y, por otra, un deber prestar, sin embargo, ambas facetas son aspectos

³⁹⁸ María José HERRERO GARCÍA [en «Art. 1.319», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.* (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, *cit.*, págs. 585-586] juzga que esta previsión de responsabilidad subsidiaria del cónyuge no deudor adolece de imprecisión técnica, porque el cónyuge que no contrata no es un codeudor, no obstante lo cual su patrimonio quedará vinculado dada su obligación de contribuir a las cargas del matrimonio. Este excepcional régimen de responsabilidad obedece, para PASTOR ÁLVAREZ (en *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, *cit.*, pág. 401), a la especial naturaleza o finalidad del gasto (orientado a subvenir las necesidades ordinarias de la familia); de no atender a esta excepcionalidad, podrían haberse aplicado las reglas de responsabilidad establecidas para los débitos contraídos *ex art.* 1369 CC.

³⁹⁹ DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, «Art. 1.319», en AMORÓS GUARDIOLA *et al.*, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, *cit.*, pág. 1505.

⁴⁰⁰ LARENZ, *op. cit.*, pág. 34. En una línea parecida, J. W. HEDEMANN [en *Derecho de obligaciones*, Vol. III (traducción con notas de Derecho español por J. Santos Briz), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 80] destaca que la contraposición de débito y responsabilidad es artificiosa y que existe una identidad sustancial entre estos elementos, sin que la desarticulación de los mismos en algunos supuestos, que tiene carácter excepcional, permita establecer una división del concepto de la obligación.

distintos de un concepto unitario, que, según se realce en mayor medida el lado activo o el pasivo, puede denominarse crédito o deuda⁴⁰¹.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, en esta línea superadora del Derecho histórico que disocia los dos componentes de la relación obligatoria, expresan que deuda y responsabilidad son dos ingredientes institucionales de la obligación, que no conforman relaciones jurídicas autónomas y distintas, insistiendo en que la existencia de la responsabilidad solo se justifica a partir de un previo deber jurídico y en que un deber que pretenda tener carácter jurídico constituye bajo una y otra forma un supuesto de responsabilidad⁴⁰².

A pesar de admitir el carácter unitario del pasivo de la obligación, se le otorga relevancia dogmática, y no meramente descriptiva, a la distinción entre débito y responsabilidad cuando estos dos momentos incumben a dos sujetos diversos (responsabilidad sin débito propio) o cuando la responsabilidad no cubre la totalidad de la deuda (responsabilidad limitada), pero reiterándose que se trata de fenómenos anómalos, que muestran la posibilidad de un comportamiento diferente de estos dos elementos, lo que no obsta para que en casos normales incidan en el mismo sujeto y en idéntica medida, constituyendo, en suma, tan solo aspectos del lado pasivo único de la obligación⁴⁰³.

La interdependencia entre el deber de realizar la prestación y la sujeción del patrimonio del deudor (o, eventualmente, de un tercero) a la agresión potencial del acreedor en el supuesto de incumplimiento por parte de aquel no es discutible, por más que conceptualmente sea viable discernir entre esos dos elementos de la relación obligatoria, dado que la idea de coercibilidad es inmanente a la noción de deber jurídico,

⁴⁰¹ ENNECCERUS, Ludwig [en *Derecho de obligaciones* (11.^a revisión por Lehmann), traducción de la 35.^a ed. alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Pérez González y Alguer, Vol. I (*Doctrina general*), 2.^a ed. al cuidado de Puig Brutau, en ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, T. II, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954, págs. 8-9]. Este autor alemán defendía que la sumisión del patrimonio o de ciertas partes del mismo a la agresión del acreedor cabe calificarla como sujeción (*Haftung*), pero esta no es algo distinto al aspecto pasivo del derecho de agresión (*ibíd.*, pág. 10).

⁴⁰² DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, Vol. II (T. I), *cit.*, pág. 112. Sostiene una posición similar PUIG BRUTAU [en *Fundamentos de Derecho civil*, T. I, Vol. II (*Derecho general de las obligaciones*), 3.^a ed., Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1985, pág. 17], que niega que la obligación o derecho de crédito sea un simple estado de responsabilidad patrimonial sin vínculo personal que imponga jurídicamente al deudor la obligación de cumplir aquello que debe, remarcando que, antes bien, este rasgo es lo primordial en la relación obligatoria.

⁴⁰³ MESSINEO, *Manuale di Diritto...*, Vol. III, *cit.*, pág. 14.

el cual, desprovisto de la misma, se transmutaría en un simple deber social o moral ajeno al Derecho e inconciliable con el concepto moderno de obligación⁴⁰⁴.

Desde la perspectiva del Derecho positivo vigente, la inescindibilidad de débito y responsabilidad, al margen de subyacer imperativamente en la definición legal de obligación del artículo 1088 del Código civil⁴⁰⁵, que no cabría entender si se la desnuda de la posibilidad del acreedor de actuar coactivamente ante el incumplimiento del deudor, se residencia en el artículo 1911 de este cuerpo legal. Este precepto estatuye la responsabilidad patrimonial universal de aquel al establecer que «*del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros*». Y si bien forzoso es reconocer que esa norma no asegura, *sensu stricto*, el cumplimiento de la obligación, sí supone una garantía genérica del derecho de crédito ante la inejecución voluntaria de la prestación por quien está obligado a realizarla, que desempeña una función estimuladora del citado cumplimiento, apercibiéndose preventivamente al deudor de la eventualidad de ejecución forzosa sobre sus bienes si no verifica la prestación debida⁴⁰⁶.

La doctrina judicial excluye la separación de débito y responsabilidad, y, de esta manera, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1990 niega la existencia de responsabilidad sin deuda en un supuesto de fianza solidaria, argumentando que en el derecho moderno no es defendible la doctrina germánica de la distinción entre esos elementos, toda vez que «*la deuda y la responsabilidad son dos elementos*

⁴⁰⁴ Felipe OSTERLING PARODI [en «La controversia sobre las obligaciones naturales», *THEMIS-Revista de Derecho*, n.º 30 (1994), pág. 131] alude a que débito y responsabilidad son dos elementos inseparables e interconectados, que siempre están presentes en la obligación. Infiere este civilista que «*débito, crédito, prestación, vínculo jurídico o relación jurídica, con su atributo de exigibilidad y patrimonialidad, constituyen, en suma, elementos inseparables en toda obligación civil. Un quintuplo que explica su naturaleza jurídica*».

La interrelación entre débito y responsabilidad es, asimismo, defendida por Chiara NOBILI [en *Le obbligazioni (Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi)*, 2.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2008, pág. 22], que juzga preferible entender, frente a los autores que, inspirándose en las elaboraciones jurídicas germánicas de principios del siglo XX, han devaluado el débito y reconocido un rol central a la responsabilidad, sosteniendo que el derecho de crédito consiste en un derecho sobre los bienes del deudor, más que en una pretensión de cumplimiento de la prestación, que la responsabilidad es un instrumento accesorio de la pretensión del acreedor y que, en consecuencia, no puede considerarse autónomamente respecto a la posición del débito.

⁴⁰⁵ Dice el artículo aludido, de forma sintética, que «*toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*».

⁴⁰⁶ Mirzia BIANCA (en «El principio de la responsabilidad patrimonial y sus limitaciones», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 58, 2005, pág. 189) piensa que la separación de débito y responsabilidad «*termina envileciendo -tal es la palabra- el principio de juridicidad de la obligación como presupuesto necesario de la garantía social*», alegando que las hipótesis normativas de limitación de la responsabilidad no configuran supuestos de débito sin responsabilidad, porque esta última existe, aunque sea de forma reducida.

institucionales del fenómeno de la obligación, que no constituyen relaciones jurídicas autónomas y distintas; se es responsable porque se debe algo, o se ha debido algo»⁴⁰⁷.

3.2.4.2.2. La aplicación del artículo 1911 del Código civil en sede ganancial

El principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, consagrado en el transcrito artículo 1911, en virtud del cual el patrimonio de aquel, según hemos mencionado *ut supra*, constituye la garantía genérica del derecho de crédito cuando la prestación debida no se realiza de manera espontánea⁴⁰⁸, está mediatizado en el ámbito ganancial por las normas de responsabilidad externa contenidas en la regulación de la sociedad legal (arts. 1365, 1366, 1368, 1369, 1370, 1372, 1373 y 1374 del Código civil). Partiendo de esta premisa, ha de significarse que, con carácter general, la deuda dimanante de la actuación separada del cónyuge casado en régimen de gananciales va a producir, inexorablemente, de inicio, como débito en todo caso personal del mismo, con abstracción de este régimen económico matrimonial, en aplicación de aquel principio positivo, una responsabilidad patrimonial directa del deudor restringida a sus bienes propios y, solo en caso de insuficiencia de estos, podrá producirse la sujeción del acervo común, siempre con la facultad del cónyuge no deudor de optar por la disolución de la comunidad *ex artículo 1373.1*⁴⁰⁹.

Si, además, esa actuación unilateral se ejecuta formalmente dentro de la órbita de legitimación individual configurada legalmente para afectar *ad extra* el acervo común, es decir, si es posible residenciar el débito contraído en alguna de las hipótesis que delimitan la responsabilidad externa del consorcio y, por lo tanto, nos encontramos ante una deuda, no solo personal del que la contrae, sino señaladamente ganancial

⁴⁰⁷ STS de 2 de abril de 1990 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1990:3035).

⁴⁰⁸ GULLÓN BALLESTEROS [en «Artículo 1.911», en ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, T. XXIV (*Artículos 1.887 a 1.929 del Código Civil*), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pág. 662] dice que esta norma consagra el principio de la responsabilidad universal del deudor ante el incumplimiento de sus obligaciones, así como el principio de la garantía patrimonial de los acreedores. Esta responsabilidad patrimonial universal es, según Ricardo de ÁNGEL YÁGÜEZ [en «Art. 1.911», en SIERRA GIL DE LA CUESTA (Presidente y coord.), *Comentario del Código Civil*, T. 9 (*Arts. 1.903 al 1.976*), Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 191], el remedio último del que goza el acreedor en tanto en cuanto el cumplimiento específico no se haya verificado, bien porque no ha sido factible, bien porque al acreedor no le ha convenido instarlo.

⁴⁰⁹ RAMS (en *La sociedad de gananciales*, *cit.*, pág. 321) conecta el régimen legal de la responsabilidad en sede ganancial -arts. 1362 a 1374- con el que determina el art. 1911 CC, no obstante lo cual no aprecia que se produzca una adaptación de esa responsabilidad patrimonial universal al sistema de responsabilidad de la sociedad de gananciales, ya que en el art. 1373 lo que se refleja es que la solvencia real y última de un cónyuge comprende su patrimonio privativo y la mitad neta que le pertenece en el caudal consorcial, que por esta razón está sujeto a la responsabilidad por débitos exclusivamente privativos de uno de los cónyuges, partiéndose, así, de una titularidad actual dual de la masa ganancial.

(o *deuda de la sociedad ex artículo 1369*), los acreedores podrán atacar, liminar e indiferenciadamente, el patrimonio privativo del deudor y la masa ganancial, de la que son titulares ambos cónyuges. Se amplía objetivamente, así, para salvaguardar los intereses de los terceros que contratan con los cónyuges, el ámbito de la garantía patrimonial que establece el artículo 1911 del Código civil⁴¹⁰.

El patrimonio ganancial no puede, por lo tanto, ser agredido directa e indiscriminadamente por los potenciales acreedores del cónyuge actuante, algo que sería usual si partimos de una aplicación estricta y genuina del principio de responsabilidad patrimonial universal, en la medida en que el deudor es cotitular de la citada masa común y, en consecuencia, la misma, parcialmente, forma parte también de sus *bienes presentes*, sino que aquellos se ven afectados en sede ganancial por el juego de los distintos preceptos que norman la esfera externa de la sujeción de los bienes gananciales por la actuación individual de los cónyuges. De este modo, únicamente si estamos en presencia de deudas gananciales, siempre entendida esta expresión en el sentido de que las mismas son las que vinculan *erga omnes* los bienes comunes (arts. 1365, 1366 y 1368 CC y 6 y ss. CCo), los terceros podrán realizar directamente estos, y si, por el contrario, el débito es privativo (que es aquel que, por exclusión, no es ganancial), el activo ganancial, según hemos referido, *ex artículo 1373*, solo responderá subsidiariamente frente al acreedor en caso de carencia o insuficiencia de bienes propios del cónyuge deudor⁴¹¹.

Como conclusión de lo expuesto, es posible afirmar que la ganancialidad del débito producido por un cónyuge implica un incremento o extensión de la garantía

⁴¹⁰ RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1014] significa que el patrimonio ganancial solo es objeto de responsabilidad o garantía para los acreedores de un cónyuge, sean gananciales o privativos, de forma que la masa ganancial se coloca en unas ocasiones junto al patrimonio privativo del deudor (art. 1369 CC) y en otras se sitúa detrás (art. 1373 CC).

⁴¹¹ LACRUZ, *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 441, expone que la falta de personalidad jurídica de la comunidad ganancial supone que exista una titularidad compartida por los cónyuges, no sobre cada uno de los bienes concretos que integran la masa común, atendiendo a la naturaleza jurídica de la sociedad, pero sí al menos sobre la mitad en valor del conjunto, y esta titularidad actual es un patrimonio personal a todos los efectos, en defecto de declaración expresa legal en contrario, no resultando disminuido el alcance del art. 1911 CC por el régimen económico-matrimonial del cónyuge deudor privativo, si bien tampoco debe verse incrementado por un juego anormal del art. 1373. Para BLANQUER UBEROS (en «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones», *cit.*, pág. 48 de la versión digital obrante en vlex.com) el art. 1373 desarrolla el art. 1911 CC, entendiendo que el patrimonio del deudor está integrado por sus bienes propios y su participación en la sociedad de gananciales, más traduciendo jurídicamente esta solución, no de manera simplista por la vía de la comunidad ordinaria, sino por el camino más complejo, perfecto y congruente de la sociedad ganancial como conjunto de relaciones entre los cónyuges, tanto de presente, como de futuro, incardinadas estas en la disolución y liquidación del consorcio.

patrimonial del derecho de crédito de los terceros acreedores, al poder ser directamente trabado y realizado, junto al caudal propio del deudor, el patrimonio ganancial en su integridad, que pertenece también a alguien extraño a la relación obligatoria de la que trae su causa el débito. En el caso de privatividad de la deuda unilateralmente asumida, por el contrario, la responsabilidad patrimonial universal del cónyuge que la contrajo se ve matizada por el régimen de responsabilidad *ad extra* de la sociedad de gananciales, si bien no resulta objetivamente limitada o disminuida, en tanto en cuanto, aún cuando se sustraen los bienes gananciales del primer plano de afección, cabe actuar sobre los mismos de forma subsidiaria *ex* artículo 1373, garantizándose, al menos, una hipotética ejecución de los bienes propios del cónyuge que propició la deuda y de su mitad ganancial, es decir, del acervo total de aquel. Este dato impide considerar, en último término, que la responsabilidad del deudor por sus deudas privativas tiene menor alcance en el régimen del consorcio que en la generalidad de los supuestos.

3.2.4.3. El interés de la familia y la afección ad extra de la masa ganancial después de la reforma operada por la Ley 11/1981

Frente a la indudable virtualidad del interés familiar como criterio determinante para la afección externa del patrimonio común por los débitos contraídos separadamente por el marido al amparo del derogado artículo 1408.1.º, en el sentido que hemos desarrollado previamente, relevancia esta puesta de manifiesto por la doctrina científica y judicial que interpretaba el mencionado precepto, en la actualidad, una vez operada la reforma legal de la institución ganancial, no procede inferir la capitalidad del interés familiar como elemento que permita concluir la vinculación de la masa común por las deudas individualmente generadas por los cónyuges. Según se ha dicho, ese compromiso *ad extra* de los bienes del consorcio depende, de manera exclusiva, de su incardinación formal en alguno de los supuestos legales contemplados en el artículo 1365 y normas concordantes⁴¹².

⁴¹² El art. 67 CC dispone que «los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia». Para M.^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA [en «Art. 67», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.* (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 319] el interés de la familia en relación con el grupo, cuando existe matrimonio, es el tamiz por el que han de pasar la totalidad de las decisiones conyugales, conjuntas o separadas, de modo que la discrepancia en las que deben ser tomadas conjuntamente puede provocar la intervención judicial (art. 70 CC). Sobre el contenido del interés familiar en el orden patrimonial, reflexiona M.^a Ángeles GARCÍA GARCÍA (en «El deber de actuar en interés de la familia», *RDP*, n.º 68, marzo 1984, pág. 276) que aquel alude al interés de

Así pues, lo esencial para calificar la deuda de un cónyuge como (externamente) consorcial no es que la misma esté orientada al interés o beneficio de la familia, lo que implicaría una extensión desmesurada del legítimo marco de actuación separada de los cónyuges con trascendencia patrimonial para la sociedad, incompatible con la idea de actuación conjunta que inspira la disciplina ganancial, sino que quepa subsumir aparentemente el débito en las hipótesis configuradas por el legislador en 1981. Sin embargo, no puede obviarse que el interés familiar estará usualmente presente en aquellas actuaciones disyuntas que se adecuen a los supuestos normados en los artículos 1365, 1366 y 1368 del Código civil y 6 y siguientes del Código de comercio.

Esta posición es claramente mayoritaria en la doctrina, arguyendo GUILARTE GUTIÉRREZ que lo determinante en orden a la responsabilidad externa de los bienes comunes por obligaciones contractuales, en el supuesto de actuación unilateral de un cónyuge, es que aquella encaje en la normativa del artículo 1365 o en la de alguno de los preceptos relacionados con aquel, sin que sea criterio decisivo que se actúe o no en beneficio familiar, lo que corrobora el hecho de que cuando se ha pretendido que fuera así se ha disciplinado expresamente -hipótesis de las obligaciones extracontractuales del artículo 1366-⁴¹³.

El casuismo legal se configura, en suma, como el criterio decisivo a efectos de calificar como privativa o ganancial la deuda contraída, de manera que la actuación individual al margen de los supuestos taxativos producirá el nacimiento de un débito privativo, con independencia de que su finalidad atendiera al beneficio familiar. La actuación en interés de la familia es irrelevante en el momento de la calificación de la deuda, pero no en un momento ulterior, en la relación intraconyugal⁴¹⁴.

En todo caso, la labor de exégesis judicial sobre la eventual sujeción de los bienes gananciales por las deudas derivadas de la actuación autónoma de cualquiera de

los miembros de la familia en la formación, conservación e incremento de una masa de bienes y rentas para atender las necesidades familiares, ordinarias o extraordinarias.

⁴¹³ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión...*, cit., pág. 437. Rechaza GUILARTE la tesis jurisprudencial de que deban ser de cargo del consorcio las consecuencias perjudiciales de la actuación unilateral en interés de la familia si, paralelamente, los beneficios que pudieran obtenerse repercutieran igualmente en el activo ganancial, porque ese planteamiento deja sin efecto el contenido del art. 1365 CC, no deviniendo injusto que la comunidad ganancial se aproveche de lo que le favorece y no se vea afectada por aquello que le perjudica, idea presente en la regulación de la comunidad ordinaria (*ibíd*, págs. 442-443).

⁴¹⁴ RAGEL SÁNCHEZ, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 42. Expresa este autor que el Código civil reglamenta supuestos concretos de actuación individual que generan la responsabilidad directa con el patrimonio común.

los cónyuges no debería obviar completamente la valoración del interés familiar como un criterio hermenéutico más para juzgar la subsunción del débito así contraído en el ámbito de la responsabilidad externa prefigurado por el Código civil. La actuación independiente en un flagrante interés exclusivo del cónyuge actuante difícilmente podría amparar la vinculación, aún provisional o *ad extra*, del acervo social.

No obstante, en contra de la existencia de causas legales taxativas de responsabilidad ganancial, también se defiende doctrinalmente, siguiendo al Tribunal Supremo, que, fundada la deuda objetivamente en una actuación en interés familiar, se acredita el débito y la afección de los bienes gananciales, rechazándose el criterio restrictivo de que el Código civil tan solo contiene unos supuestos aislados de responsabilidad ganancial⁴¹⁵.

ECHEVARRÍA apunta que si la regla general es la actuación en beneficio e interés del consorcio habrá de acreditarse la excepción, es decir, que se ha actuado en interés propio, infiriendo que, cuando no existen bienes privativos o los mismos son de escasa cuantía, la actuación unilateral es siempre en interés de la sociedad de gananciales, y constatando dos vías para concluir la existencia de responsabilidad ganancial, una amplia, que sería toda actuación beneficiosa para la comunidad, y otra más concreta, representada por el interés familiar⁴¹⁶.

A su vez, ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI afirma que de las deudas contraídas en interés de la familia responde la masa consorcial, aunque se trate de deudas separadamente asumidas (art. 1369) y que si la presunción de ganancialidad se basa en la protección de terceros, por idéntica razón, ha de presuponerse que los débitos contraídos por cualquiera de los cónyuges gravan el patrimonio ganancial. Añade el

⁴¹⁵ VELA SÁNCHEZ, *Actuación individual de los cónyuges y responsabilidad ganancial*, *cit.*, págs. 16-17.

El interés familiar como criterio determinante de afección ganancial se contempla, igualmente, por GIMÉNEZ DUART (en «Cargas y obligaciones del matrimonio», *RDP*, n.º 66, 1982, pág. 545), que considera débitos gananciales en sentido lato los contraídos en interés de la familia o en la administración ordinaria de las fuentes de ingresos de aquella; ABELLÓ MARGALEF (en «Notas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», *cit.*, pág. 803); GARCÍA GARCÍA (en «El deber de actuar...», *cit.*, pág. 276); y GORDILLO CAÑAS (en «El pasivo de la sociedad de gananciales...», *cit.*, pág. 353), quien mantiene que las deudas contraídas en interés de la comunidad, las cuales, al margen de personales del cónyuge que las asume, son *además* gananciales por su finalidad, y que, como tales, generan una responsabilidad *solidaria* del caudal privativo del cónyuge deudor y de los bienes comunes (arts. 1365, 1366, 1368, 1369, 1370 y 1371).

⁴¹⁶ ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «Los límites de la responsabilidad ganancial», *Academia Sevillana del Notariado. Homenaje a Francisco Manrique Romero*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, págs. 161-162.

citado autor que el matrimonio conforma un orden de especial intimidad que origina una comunidad patrimonial y una responsabilidad por la apariencia, que impone, salvo veto previo o deuda acreditadamente de interés particular, la responsabilidad de los bienes comunes⁴¹⁷.

Una aparente pretensión de vinculación de los bienes gananciales por toda actuación unilateral conyugal, dada la supuesta existencia de una presunción de interés ganancial en los actos individuales de los cónyuges, al margen de su incardinación en el ámbito material de las normas de responsabilidad externa, no resultaría asumible, porque, en la práctica, supone la derogación del principio de gestión conjunta y el desconocimiento de los criterios objetivos predefinidos de afección directa de la masa común.

El Tribunal Supremo, aún después de la modificación del régimen legal ganancial, ha continuado considerando el criterio del interés familiar para valorar la sujeción del patrimonio común por la deuda separadamente contraída por un cónyuge. En esta línea, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1989, que alude a una tercería de dominio (no acogida) ejercitada por la esposa sobre una finca, inicialmente ganancial y luego privativa de la misma tras la liquidación de la comunidad. El inmueble se había trabado en el marco de un juicio ejecutivo dimanante del impago (vigente el consorcio) de una letra de cambio, librada por su marido, como consecuencia de una operación de préstamo bancario, a la orden de una entidad bancaria y en el ámbito de su actividad negocial. Niega la resolución el carácter privativo del débito y mantiene incólume el hecho fundamental y básico *«de que la deuda para cuyo cobro se siguió el juicio ejecutivo en el que fue embargada la finca a la que se refiere la tercería de dominio de la que dimana este recurso, fue contraída (por el cónyuge accionado) en interés y beneficio de su sociedad conyugal»*⁴¹⁸.

En relación con la fianza y el interés familiar, a partir de la proscripción implícita del antiguo artículo 1413.1 (que impedía al marido enajenar y obligar gratuitamente los bienes comunes), se excluyó por el Tribunal Supremo la consorcialidad de la deuda contraída por el marido fiador o avalista, a título gratuito, sin el consentimiento de su esposa, propiciándose así el éxito procesal de las eventuales

⁴¹⁷ ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, José Antonio, *Curso de Derecho de familia*, T. I (*Matrimonio y régimen económico*), Civitas, Madrid, 1988, págs. 255 y 258-259.

⁴¹⁸ STS de 20 de marzo de 1989 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1989:2064).

tercerías formuladas por la mujer en caso de traba ganancial. Para armonizar la norma citada con el artículo 1408.1.º, regla básica de responsabilidad externa, se asimiló, impropriamente, interés familiar y carácter oneroso, si bien, finalmente, esta invocación del artículo 1413 para descartar la responsabilidad de los bienes comunes por la fianza o aval prestados (gratuitamente) por el marido dio paso a otra posición jurisprudencial, más acorde con la realidad normativa, en la que el artículo 1408.1.º y, por lo tanto, el interés familiar, no restringido ya en su proyección por el artículo 1413, recuperó el papel preeminente que le incumbía para valorar la vinculación de la comunidad por esas garantías constituidas autónomamente.

Como quiera que la ganancialidad de los débitos contraídos de manera autónoma por el marido, según el artículo 1408.1.º original, se hallaba supeditada, en esencia, a que se generaran en interés de la familia, lo que cabía presumir, el Tribunal Supremo, en congruencia con esta circunstancia, debía recurrir, junto a otros argumentos puntualmente, al criterio del interés familiar en la prestación del afianzamiento, vinculado o no al carácter oneroso de la garantía⁴¹⁹, para juzgar la naturaleza privativa o ganancial de la deuda asumida por el fiador⁴²⁰.

⁴¹⁹ Esa conexión entre interés de la familia y onerosidad de la fianza se corrobora en la STS de 16 de junio de 1978 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1978:4228), que analiza un caso en el que el esposo, sin consentimiento de su cónyuge, había afianzado solidariamente un préstamo concedido por una caja a un tercero, cuya nulidad *ex art.* 1413 CC, en lo que a la exigibilidad con cargo al patrimonio ganancial del importe afianzado respecta (y con validez, por el contrario, del afianzamiento entre acreedor y fiador, realizable sobre bienes propios de este último), fue declarada por el órgano judicial de apelación, que reputó la fianza prestada como gratuita. Determina el TS que el ámbito del art. 1408.1.º se restringía a las obligaciones contraídas por el marido en interés de la familia, sin que aquel pudiera efectuar, salvo en ciertas excepciones, actos a título gratuito con trascendencia sobre los bienes comunes, atendiendo asimismo la sentencia a lo dispuesto en el art. 1413.3.

Por su parte, en la STS de 11 de abril de 1972 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1972:2312), relativa a una tercería de dominio ejercitada por la esposa ante la traba de bienes gananciales en un juicio ejecutivo instado por un banco por el impago de un préstamo y crédito afianzados solidariamente por el marido de aquella y otros, socios de la mercantil afianzada, desestimada en ambas instancias, sin referirse a la exigencia de interés familiar para la vinculación consorcial e invocando tan solo a este efecto la naturaleza onerosa de la fianza, ratifica la afección de la masa común por el débito producido por el fiador al entender que la fianza mercantil en cuestión es onerosa por su accesoriadad respecto de un contrato de préstamo, ajeno en el litigio a la idea de gratuidad por tratarse de una operación bancaria y destinarse a resolver un problema financiero de la sociedad deudora, *«lo cual impide catalogar el acto como presidido por un intento o fin de liberalidad y gratuidad de los que son prohibidos al marido por el párrafo primero del artículo 1.413 del Código Civil»*. También la previa STS de 13 de mayo de 1971 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1971:1123), en apoyo del acogimiento de la tercería de dominio articulada por la esposa sobre bienes conyugales, apela a la gratuidad del aval otorgado por su consorte, argumentando, en línea con la sentencia antes citada, sin aludir tampoco al interés de la familia, que, *ex art.* 1413.1, salvo en la hipótesis de donación obligacional del art. 1409, *«los bienes de dicha comunidad no responden de las obligaciones contraídas a título gratuito por el marido»*.

⁴²⁰ Es particularmente ilustrativa de las deficiencias técnicas que concurrían en algunas resoluciones dictadas bajo la legislación anterior a la reforma de 1981 la exposición que al efecto hace MAS BADÍA

La reiterada Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1980, frente a resoluciones precedentes que hemos comentado, para frustrar la pretensión de la esposa tercerista y fundamentar la responsabilidad ganancial por el aval cambiario constituido por su cónyuge a favor de una entidad de la que este formaba parte y en la que trabajaba, ya no entiende que la legitimación del marido para contraer deudas gananciales *ex artículo 1408.1.º* se hallaba limitada incondicionalmente por la imposibilidad de aquel de obligar a título gratuito los bienes gananciales (art. 1413.1 *a contrario sensu*). Esa resolución, colocando el interés familiar en primer plano y obviando la gratuidad de la garantía, declaraba que existía esa sujeción del consorcio «cuando las obligaciones o deudas contraídas por aquél redunden en interés de la familia o hubieran sido asumidas en defensa o beneficio de la misma»⁴²¹.

Actualmente, de acuerdo con la orientación jurisprudencial dominante, la ganancialidad de la deuda asumida por un cónyuge mediante el perfeccionamiento de una fianza o aval, que se rige por las reglas generales, vendrá frecuentemente determinada por la circunstancia de que los citados negocios se hayan formalizado en el ámbito de la actividad profesional o comercial del deudor *ex artículo 1365.2.º*, inciso primero, y 6 y siguientes del Código de comercio, normativa esta a la que, a su vez, remite aquel precepto *in fine*, suscitándose con asiduidad esa vinculación de los bienes comunes *ad extra* cuando se afianza o avala por el cónyuge a una sociedad familiar⁴²².

Cuando el legislador ha querido que se tenga en cuenta el interés familiar lo ha determinado expresamente en los distintos preceptos, como ocurre en los artículos 1377.2, 1389.1 o 1398.2.^a del Código civil, norma esta última que incluye en el pasivo de la sociedad *el importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su*

(en *La tercería de dominio ante el embargo...*, *cit.*, págs. 171-177), que, entre otras interesantes consideraciones que se omiten, cuestiona que, en el supuesto de fianzas prestadas por el marido calificadas como gratuitas, se invocara el art. 1413 por el TS para concluir la no sujeción del activo común, cuando esta norma se refería a actos de gravamen o dispositivos y no a actos de obligación propiamente dichos, los cuales se contemplaban en el art. 1408.1.º, sede lógica de responsabilidad ganancial por deudas de los cónyuges, concluyendo esta autora que no debía hacerse depender la gratuidad u onerosidad de la fianza de si la misma ha redundado en interés de la familia.

⁴²¹ STS de 6 de octubre de 1980 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1980:97).

Esta prevalencia del interés de la familia para inferir la consorcialidad de los débitos dimanantes de fianzas o avales otorgados por uno de los cónyuges a favor de sociedades familiares se sostenía, entre otras, por las SSTS de 20 de febrero de 1987 (RJ 1987\701) o de 18 de noviembre de 1988 (RJ 1988\8609).

⁴²² Cfr. STS de 15 de julio de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:4843) y SSAAPP de Madrid de 24 de septiembre de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2010:15644) y Asturias de 19 de mayo de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:APO:1999:2029).

restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad. De esta obligación de reintegro a cargo del consorcio no cabe asimilar *carga ganancial* y *gasto en interés de la sociedad*, para pretender, en último término, la imputación final a la comunidad de cualesquiera pagos realizados por los cónyuges orientados al beneficio o interés de la familia. Corresponde inferir más bien del tenor de la disposición que el interés familiar es consustancial a las distintas hipótesis legales que configuran el pasivo social definitivo, pero no puede desplazar a las mismas, porque ello sería completamente perturbador y anómalo, habida cuenta de la indefinición y potencial extensión de los actos que derivarían en gastos a cargo del caudal común. De hecho, es llamativo que en el régimen de las cargas de la sociedad de gananciales solo el artículo 1366, conforme se ha dicho, califica como carga definitiva las obligaciones extracontractuales de un cónyuge que traigan su causa de una actuación en *beneficio de la sociedad conyugal*⁴²³.

Como epítome de lo expuesto, hemos de insistir en la completa intrascendencia del interés familiar como módulo para dirimir la sujeción *ad extra* de los bienes del consorcio, por cuanto que la regulación legal de las cargas y obligaciones de la sociedad ganancial ha disciplinado taxativa y casuísticamente los supuestos que producen la

⁴²³ BUSTOS MORENO (en *Las deudas gananciales...*, *cit.*, págs. 364-365) disiente de que el hecho de que una deuda asumida unilateralmente por un cónyuge se contraiga invocando el interés familiar haya de desencadenar necesariamente la imputación ganancial de aquella, conclusión que no impide reconocer que en la regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad subyace, en cierta manera, este principio, inspirando los diversos supuestos legales.

El art. 186.c) del *Codice civile* italiano establece que los bienes de la comunidad legal responden de cualquier obligación contraída por los cónyuges, incluso separadamente, en el interés de la familia (*nell'interesse della famiglia*).

Francesco CORSI [en *Il regime patrimoniale della famiglia*, I (*I rapporti patrimoniali tra coniugi in generale. La comunione legale*), en CICU, Antonio, y MESSINEO, Francesco, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. VI, t. I, sez. 1, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1979, págs. 159-160], respecto de las citadas obligaciones, dice que las mismas corresponden al momento contributivo, en el que ambos cónyuges están implicados, razonando que su cumplimiento atiende al interés de aquellos, aunque puede no atenerse a los intereses de la comunidad. Esta disposición, continúa CORSI, prescinde totalmente del carácter ordinario o extraordinario del acto de administración, porque se tiene en cuenta una administración diferente de la de los bienes comunes, o sea, la administración de la familia.

Este *interesse della famiglia* al que se refiere el *Codice*, expresamente contemplado como fundamento de la precisa colaboración entre los cónyuges en el art. 143.2 (el cual dispone que del matrimonio deriva la obligación recíproca a la fidelidad, a la asistencia moral y material, a la colaboración en el interés de la familia y a la cohabitación), es, según Maria G. D'AMICO [en D'AMICO, D'ASCOLA y GORASSINI, «Il dovere di contribuzione», en *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia* (Seminario del Corso di diritto civile nell'anno accademico 1977-1978), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1980, pág. 109], la base del deber de los cónyuges de emplear la propia capacidad de trabajo para subvenir a las necesidades de la familia donde estas y el interés de la familia lo reclaman. En relación con este principio, entiende Sergio ALAGNA (en *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1979, pág. 63) que la falta de contenido real de aquel designa muy a menudo la exigencia de considerar todas las posiciones subjetivas convergentes en el grupo organizado, en un ámbito comunitario, pero no societario.

argüida vinculación patrimonial de la comunidad por las deudas derivadas de la actuación autónoma de los cónyuges. Esta normativa se vería desdibujada y vaciada de contenido si se recurriera a un concepto difuso e indeterminado para juzgar la ganancialidad de la deuda. Todo ello sin obviar la virtualidad del interés familiar en la órbita interna de la sociedad conyugal, es decir, en la fase de contribución, para ponderar la imputación definitiva a la comunidad del desembolso realizado por los cónyuges⁴²⁴.

3.2.4.4. La legitimación individual de los cónyuges para vincular frente a terceros el patrimonio común

Como menciona BUSTOS MORENO, y ya se ha significado, una de las razones fundamentales que provoca el complejo entramado de relaciones jurídicas pasivas en el sistema ganancial es la carencia de personalidad jurídica de la sociedad de gananciales, que imposibilita que esta contraiga deudas⁴²⁵.

Las deudas individualmente contraídas por uno de los cónyuges van a generar, *prima facie*, de manera incondicional y cualquiera que sea su calificación, la responsabilidad patrimonial universal del cónyuge actuante *ex* artículo 1911⁴²⁶. Además, en función de su naturaleza ganancial o privativa, determinarán, de manera añadida, en el primer supuesto, la afección indistinta o solidaria de la masa común, o, en el segundo caso, la subsidiaria de esta última ante la eventualidad de insuficiencia de los

⁴²⁴ RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1081] reconduce la virtualidad de la noción de *actuar en interés de la familia* al ámbito de las relaciones internas, arguyendo su relevancia para decidir si el cónyuge que realizó un acto de administración o disposición sobre bienes comunes ha de reintegrar a la comunidad el valor al que asciende el beneficio exclusivo logrado o el daño causado dolosamente a los bienes gananciales (art. 1390 CC). En cuanto a la relevancia del interés familiar en la relación interna ganancial, dice BUSTOS MORENO, *Las deudas gananciales...*, *cit.*, pág. 365, que debe rechazarse aquel como criterio general al que recurrir para establecer la responsabilidad interna de la sociedad de gananciales por las deudas contraídas individualmente por un cónyuge, habida cuenta de que se trata de un concepto jurídico excesivamente genérico.

⁴²⁵ BUSTOS MORENO, *Las deudas gananciales...*, *cit.*, pág. 21.

⁴²⁶ Como hemos avanzado, la virtualidad de este principio se ve, de entrada, afectada, en ningún caso limitada, y, además, potencialmente ampliada en el régimen ganancial. Los acreedores de los cónyuges siempre podrán agredir por deudas propias el caudal privativo del deudor y, cuando menos, subsidiariamente, los bienes que le correspondan al mismo en la liquidación de la masa común (art. 1373), situación que se corresponde con el alcance de lo preceptuado en el art. 1911 CC. Pero si el consorte de aquel no ejercita la facultad que le concede el mencionado art. 1373, la responsabilidad patrimonial universal por esas deudas personales se amplía a la totalidad del acervo de la comunidad, de idéntica forma a lo que sucede en el caso de que la deuda contraída sea ganancial, con la salvedad de que en esta tesitura la afección de la masa social será directa.

bienes privativos del deudor, de conformidad con los artículos 1369 y 1373, respectivamente⁴²⁷.

La calificación del débito producido como consecuencia de la actuación autónoma de un cónyuge va a depender de si aquel puede subsumirse o no formalmente en los preceptos que disciplinan la sujeción *ad extra* de la masa ganancial por la actuación unilateral de los cónyuges, en concreto, en los artículos 1365, 1366 y 1368 del Código civil y 6 y siguientes del Código de comercio. En el primer caso habrá de calificarse la deuda como consorcial (siempre desde una óptica externa) y el patrimonio ganancial responderá directamente frente a los eventuales acreedores por tal deuda (o, más propiamente, dada la carencia de personalidad jurídica del consorcio, procedería decir que se responderá con la masa común), *solidariamente* (o indiferenciadamente) con los bienes propios del partícipe que contrajo el débito. Contrariamente, si la deuda no es incardinable en ese ámbito de legitimación individual configurado por la regulación legal para la vinculación *erga omnes* de los bienes comunes, tendrá naturaleza privativa y, en el sentido expuesto, implicará la afección directa del caudal propio del cónyuge que la adquirió y la subsidiaria del acervo social, con la facultad, en esta hipótesis, del cónyuge no deudor, según el artículo 1373.1⁴²⁸, de instar la sustitución en la traba de los bienes comunes por la parte que ostenta el deudor en la sociedad conyugal, con la subsiguiente disolución de esta⁴²⁹.

⁴²⁷ Criticaba LACRUZ, *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 441, que este artículo (1373) supone una grave derogación de la autonomía del haber ganancial, toda vez que el valor económico de la parte de cada cónyuge en la sociedad, no solo se cuenta en el derecho general de prenda de sus acreedores, sino que puede concretarse por estos últimos en bienes concretos. Sobre este extremo, RUEDA PÉREZ y RUEDA PÉREZ (en «Notas sobre la nueva regulación...», *cit.*, pág. 585) alegaban que no cabe que el régimen de gananciales impida o dificulte el juego del art. 1911, siendo que el citado derecho de prenda general del acreedor respecto de todos los bienes del deudor, cualquiera que sea su naturaleza, afecta a bienes privativos y gananciales, que forman parte del patrimonio de aquel, regla general que presenta dos limitaciones, relativas, por una parte, a la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario del art. 1320, y, por otra, al hecho de que los bienes gananciales pertenecen también a otra persona, cuyos derechos han de ser protegidos.

⁴²⁸ Díez-PICAZO y GULLÓN [en *Sistema...*, Vol. IV (T. 1), *cit.*, pág. 182] advierten la utilidad de esta disposición cuando, vigente la sociedad de gananciales, el acreedor no prueba que la deuda haya de ser soportada por los bienes comunes, en cuyo caso, ante la dificultad o imposibilidad probatoria cabe el recurso al art. 1373. En un sentido inverso, MARTÍNEZ-CALCERRADA (en *El nuevo Derecho de familia*, T. II, *cit.*, pág. 243) critica que, teniendo en cuenta las dificultades procedimentales, la pendencia de un embargo de parte ganancial hasta la determinación de los bienes adjudicados y el riesgo de que la medida disolutiva social pueda dimanar de impagos de débitos de escaso importe, la sanción del artículo analizado es excesivamente desmesurada e incluso conculcadora de la natural permanencia del consorcio, y, por añadidura, aparentemente, demasiado tuteladora del crédito de los terceros.

⁴²⁹ RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, págs. 1028-1029] califica, acertadamente, como deuda ganancial aquella que origina la responsabilidad directa con los bienes gananciales (lo que acontecerá cuando la misma se enmarque en alguna de las previsiones de los arts.

Si las deudas individualmente contraídas derivan del ejercicio del comercio, el régimen de responsabilidad patrimonial, en virtud de la remisión contenida en el artículo 1365 *in fine*, es el configurado en los artículos 6 y siguientes del Código de comercio.

La privatividad del débito autónomamente generado por cualquier cónyuge no va a impedir, *ex* artículo 1373, como se ha reiterado y se verá de manera exhaustiva en el último capítulo de este trabajo, una eventual sujeción de la masa común por el mismo, bien que con un carácter puramente subsidiario, en defecto de bienes privativos suficientes⁴³⁰, y con la aludida facultad defensiva del consorte no deudor de exigir la sustitución en la traba de los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad ganancial. No obstante los inconvenientes que engendra la catalogación germánica de la comunidad, no existe razón jurídica plausible para sustraer de la acción ejecutiva de los acreedores por esos débitos no comunes la participación del deudor en el acervo social, que habrá de ser concretada tras la pertinente liquidación. Entender lo contrario implicaría una restricción del alcance del artículo 1911 en sede ganancial⁴³¹.

Igualmente, como se ha expuesto, la agresión de la *participación* que le corresponde al cónyuge no deudor en la masa común por deudas privativas de su consorte, absolutamente factible de manera subsidiaria, está sujeta, en último término, a la inacción o aquiescencia del mismo frente a la traba de bienes gananciales por tales

1365 a 1368), excluyendo ese concepto, por tanto, cualquier referencia al art. 1362, el cual se refiere, no a débitos, sino a gastos comunes o de cargo definitivo de la sociedad. Por otra parte, la deuda es privativa en el caso de que el acreedor solo pueda agredir directamente los bienes propios del deudor (art. 1373), diferenciándose el débito privativo del consorcial por sus efectos, por cuanto que el primero ha de ejecutarse inicialmente sobre bienes privativos del cónyuge deudor, en tanto que la ejecución del segundo puede tener lugar en primer término sobre el patrimonio ganancial y la masa privativa de aquel.

Sobra decir que estamos plenamente de acuerdo con este planteamiento, como, por lo demás, se deriva de la comprensión del pasivo ganancial que se expone en esta tesis. Ahora bien, establecido este presupuesto conceptual previo, la dificultad radica en explicar, más allá del campo dogmático, el sentido práctico que tiene discernir entre deuda ganancial y carga o gasto definitivo cuando el débito asumido unilateralmente por un cónyuge en el ámbito de legitimación individual esbozado por el legislador de 1981 (o, en su caso, generado en una actuación conyugal conjunta o consentida expresamente *ex* art. 1367), de inicio, conlleva, teniendo en cuenta siempre la orientación del mismo al interés de la familia, un desembolso que va a repercutir en el patrimonio común, con arreglo a las normas que rigen el pasivo ganancial interno. En estos supuestos usuales en el tráfico de la comunidad, la dislocación de las dos esferas de responsabilidad, interna y externa, presentes en la regulación de la institución deviene absolutamente irrelevante.

⁴³⁰ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV (I), *cit.*, pág. 181, refieren que los bienes gananciales responden subsidiariamente al modo de un fiador con beneficio de excusión (arts. 1830 y 1831 CC).

⁴³¹ RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1183] objeta al art. 1373 que genera un mecanismo complejo, no perfectamente configurado en las legislaciones procesal y registral, que no se pronuncia en cuanto a los acreedores gananciales y su eventual preferencia sobre los privativos y que no protege al deudor, quien tiene que someterse a la decisión de su cónyuge.

débitos *ex* artículo 1373.1, excluyéndose, *ab initio*, cualquier eventual categorización de esta situación como un caso de responsabilidad sin deuda.

3.2.4.5. La voluntad conyugal como presupuesto de responsabilidad ganancial erga omnes

El artículo 1367 del Código civil constituye una norma que se enmarca en el ámbito de la responsabilidad *ad extra* de la comunidad y de la que deriva, con carácter imperativo, como emanación de la voluntad de los partícipes en la sociedad conyugal, la ganancialidad (externa) del débito contraído *por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro*. Resulta, de esta forma, absolutamente indiferente a los efectos de esa vinculación *erga omnes* del patrimonio ganancial que la actuación conyugal se ajuste o no a los distintos supuestos comprendidos en las restantes reglas de responsabilidad directa de la sociedad⁴³².

El aludido precepto otorga una mayor solvencia a los cónyuges en el tráfico jurídico del consorcio, dado que los terceros que contraten con aquellos, actuando estos conjuntamente o uno con el consentimiento expreso del otro, gozarán de la garantía del caudal ganancial *en todo caso* (o sea, incondicionalmente), sin que los mismos hayan de acreditar, por tanto, que el acto del que dimana la deuda se realizó en el interés de la comunidad, siendo la consorcialidad del débito contraído una imposición legal⁴³³.

A pesar de la casi unánime adscripción doctrinal del artículo 1367 a la esfera de la responsabilidad solamente externa y provisional de la sociedad legal, también se sostiene que la voluntariedad es un criterio, tan definitivo como el objetivo, de ganancialidad pasiva, aduciéndose que si en el artículo 1355 se prevé la posibilidad de una ganancialidad activa voluntaria, los artículos 1363 y 1367 pueden ser vistos como exponente de una ganancialidad pasiva subjetiva o *ex voluntate*, no únicamente

⁴³² Para RAGEL SÁNCHEZ [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, págs. 1034-1035], el artículo examinado sienta una presunción *iuris et de iure* de ganancialidad de la deuda contraída en la forma determinada en esa disposición, por el simple hecho de que los dos cónyuges han participado en su generación, no teniendo que acreditar, de esta manera, los acreedores que la actuación de aquellos está comprendida en los supuestos contemplados en los arts. 1365, 1366 o 1368 CC.

⁴³³ TORRALBA SORIANO (en «Art. 1.367», *Comentarios a las reformas...*, II, *cit.*, págs. 1702-1703) habla de que la solvencia que en el tráfico daba al marido el antiguo art. 1408.1.º CC, actualmente, el art. 1367 la atribuye a los dos cónyuges conjuntamente, de modo que solo cuando los acreedores contraten con ambos cónyuges contarán con la responsabilidad de los bienes comunes, no teniendo que averiguar si la deuda se ha contraído o no en interés de la sociedad. Por su parte, VÁZQUEZ IRUZUBIETA (en *Régimen económico del matrimonio...*, *cit.*, pág. 267) dice que con esta disposición se favorece el tráfico ocmmercial, no viéndose precisados los terceros contratantes de indagar el patrimonio obligado.

provisional o *ad extra*, sino definitiva o *ad intra*, coherente con la regulación legal instaurada en 1981⁴³⁴.

La circunstancia de que la deuda haya sido conjuntamente contraída por ambos cónyuges o individualmente por cualquiera de ellos con el consentimiento expreso del otro no implica, como fácilmente se concluye, aunque será lo habitual, que aquella sea, por fuerza, de cargo de la sociedad de gananciales en la relación interna, lo que exigiría la adecuación del gasto devengado a la disciplina de los preceptos que regulan la responsabilidad interna de la comunidad conyugal. Puede tratarse, en suma, de una deuda definitivamente propia de alguno de los cónyuges por la que han respondido bienes comunes, con la ulterior consecuencia del preciso reequilibrio de patrimonios en la fase de liquidación del consorcio o, en su caso, constante la comunidad⁴³⁵.

Como resulta de una interpretación lógica, el ámbito del artículo 1367 comprende tanto las deudas contractuales como las extracontractuales contraídas

⁴³⁴ GORDILLO CAÑAS, «El pasivo de la sociedad...», *cit.*, págs. 357-358. Alude GORDILLO a la existencia de algún indicio externo que apoya su conclusión, como la expresión «*en todo caso*» del art. 1367 o la conexión literal de esta disposición con la que sigue, que reputa referida a la responsabilidad definitiva de la comunidad.

Como entienden otros autores, la mención «*en todo caso*» del precepto analizado no revela la intención del legislador de vincular definitivamente, de forma inexorable, la masa ganancial a partir de la actuación conjunta o consentida que se explicita en la norma, sino que lo que quiere significar es, justamente, lo contrario, o sea, que es la afección externa o frente a terceros de los bienes comunes la que devendrá imperativa en los supuestos normados, con independencia, por tanto, de que su finalidad u orientación sea ajena a las previsiones que legitiman el compromiso *erga omnes* del patrimonio ganancial por la actuación separada de los cónyuges, operándose en la relación interna los eventuales reintegros que procedan.

Acogiendo el sentido de esta reflexión, ALBALADEJO (en *Curso de Derecho de civil*, IV, *cit.*, pág. 172) comenta que esta responsabilidad *en todo caso* que impone la norma implica que es indiferente que las obligaciones se hayan contraído o no para subvenir a las necesidades propias del consorcio, de forma que el hecho de que se asuman las mismas en interés privativo de uno de los cónyuges o de un tercero ajeno a la familia no excluye la responsabilidad ganancial, sin perjuicio de que el cargo que se deba ha de sufragarlo en su momento el partícipe al que le incumba, reembolsando el importe correspondiente a la sociedad.

⁴³⁵ GIMÉNEZ DUART (en «Cargas y obligaciones del matrimonio», *cit.*, pág. 544) pone de relieve esta proyección externa de la norma al significar que esta última afecta siempre a los gananciales en el caso de contratación conjunta conyugal, con absoluta independencia de la naturaleza del gasto, el cual, en la relación interna, puede ser privativo (por ej., cuando ambos cónyuges contrataron obras de transformación agrícola o de elevación de un edificio de la titularidad de uno de aquellos). RAGEL SÁNCHEZ, «La sociedad de gananciales (4)...», *cit.*, pág. 1035, refiere que en la esfera interna, cuando el débito se abonó con fondos comunes y la finalidad del mismo no estaba comprendida en los arts. 1362, 1363 y 1371 CC, el cónyuge en interés del cual se asumió la deuda ha de reintegrar a la sociedad legal los fondos empleados para la citada exacción. El «*en todo caso*» del texto legal, como corrobora RAMS (en *La sociedad de gananciales*, *cit.*, págs. 367 y 369), atiende en exclusiva a las relaciones con terceros, no a las internas, y tan solo por lo que hace referencia a la afección de la masa común, expresando el mencionado civilista que es irrelevante determinar el patrimonio que haya de hacerse cargo de esos débitos del art. 1367 en el momento liquidatorio, de manera que los acreedores «*ni sienten ni padecen los efectos del tal determinación final*».

conjuntamente por los cónyuges, careciendo de cualquier sentido la pretensión de excluir la sujeción *ad extra* de la masa ganancial por las obligaciones extracontractuales asumidas por ambos cónyuges⁴³⁶, las cuales, de haber sido producidas de forma conjunta, por fuerza, han de generar la vinculación solidaria de los tres patrimonios implicados⁴³⁷.

3.2.4.5.1. Sujeción de la masa ganancial por las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente

La afección frente a los acreedores de la masa ganancial por la actuación conjunta de los cónyuges que se dispone en el artículo 1367⁴³⁸ no es sino una concreción de la responsabilidad patrimonial universal consagrada en el artículo 1911, por lo que, generando ambos cónyuges la deuda, la sujeción de sus patrimonios privativos y del ganancial, del que son cotitulares, a la satisfacción de la misma deviene por puro automatismo⁴³⁹.

⁴³⁶ En esta tipología de obligaciones, que incardina en el ámbito del art. 1367 CC, OCAÑA RODRÍGUEZ, *Deudas y sociedad...*, *cit.*, págs. 71-72, encuadra las obligaciones *ex quasi contractu* (cuando los cónyuges asumen simultáneamente la gestión de negocios ajenos, proceden al cobro de algo que no es debido o experimentan un enriquecimiento injusto), *ex delicto* o derivadas de un hecho delictivo, *ex quasi delicto* (los progenitores responden de los daños causados por los hijos comunes sujetos a patria potestad) y las provenientes de actuaciones objetivamente dañosas, sin que medie culpa o negligencia.

⁴³⁷ RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, págs. 1031-1032] señala como supuesto de deuda extracontractual de ambos cónyuges que responsabiliza el patrimonio ganancial la derivada de los daños causados por los hijos que estén bajo la guarda de aquellos (art. 1903.2 CC), los cuales deber ser demandados conjuntamente, por ser deudores y responsables. La inclusión de los débitos extracontractuales en el marco de la disposición es postulada también por MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*, *cit.*, pág. 50, y OCAÑA RODRÍGUEZ, *Deudas y sociedad de gananciales...*, *cit.*, pág. 72, autor que apunta que contraer una deuda no implica, en lenguaje vulgar o jurídico, tener que hacerlo mediante un contrato, siendo que si el art. 1367 comprendiera solo las obligaciones contractuales conjuntas quedarían sin regulación las extracontractuales conjuntas, usuales en la práctica, y que son generalmente solidarias, las cuales podrían fundamentar una interpelación judicial contra los dos cónyuges.

⁴³⁸ Dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (en «Art. 1.367», en *Comentario del Código Civil*, T. II, *cit.*, pág. 699) que este artículo concreta, en términos muy radicales, en el terreno de las obligaciones el principio de cogestión fijado en el art. 1375 CC, de forma que como regla, que se exceptiona en los supuestos de los arts. 1365, 1366 y 1368, no cabe que se contraigan obligaciones contra la sociedad legal si no se da esa actuación conjunta o consentida referidas en el precepto. Para RUEDA PÉREZ y RUEDA PÉREZ, «Notas sobre la nueva regulación...», *cit.*, pág. 573, la conjunción a la que hace alusión el precepto no supone un especial modo de contraer la deuda, en el sentido usual de pluralidad de deudores (mancomunidad o solidaridad), sino que lo que se exige es que los cónyuges contraigan la deuda juntos para lograr que de la misma respondan la masa ganancial y los patrimonios privativos, sin que, por otra parte, sea precisa la simultaneidad.

⁴³⁹ BLANQUER UBEROS (en «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales: Alcance, modalidades y excepciones», *cit.*, pág. 83 de la versión digital obrante en vlex.com) puntualiza que aunque el art. 1367 no alude a cómo responden los bienes privativos, estos quedan sujetos, *ex arts.* 1911 y 1369, solidariamente, con los gananciales, ya que es razonable que contratando ambos cónyuges de

Ahora bien, una vez sentada la indudable responsabilidad del acervo ganancial y bienes privativos por las deudas conjuntas de los cónyuges, la controversia se suscita en torno a la forma en la que han de responder los distintos patrimonios afectados. Es decir, se debate sobre si ha de existir una *responsabilidad solidaria* de bienes comunes y propios o si la *solidaridad* solo es predicable respecto de la masa común, respondiendo los cónyuges mancomunadamente con su propio patrimonio, conforme al artículo 1137 del Código civil, opción esta última que no nos parece acorde con una interpretación sistemática de los artículos 1367 y 1369.

En efecto, no cabe desconocer que el artículo 1137 *in fine* establece una regla general de mancomunidad o presunción de no solidaridad en el supuesto de concurrencia de dos o más deudores en una sola obligación⁴⁴⁰. Pero entendemos que, al margen de que la solidaridad tácita pasiva entre los cónyuges será la pauta habitual en el régimen ganancial ante la hipótesis de actuación conjunta⁴⁴¹, es preciso conectar la garantía patrimonial plasmada en el artículo 1367 con lo que determina el artículo 1369 para inferir la *solidaridad* de bienes privativos y gananciales en la situación que se analiza. Así, esta última norma afecta indistintamente al pago de las deudas contraídas por un cónyuge (que sean, *además*, débitos de la sociedad) la masa consorcial y los bienes propios, excluyéndose, por tanto, a partir de una exégesis integrada de los dos preceptos, la responsabilidad mancomunada de los partícipes por lo que respecta a sus

manera conjunta se deduzca respecto de cada uno idéntica consecuencia que se derivaría en cuanto al cónyuge deudor que hubiera contraído el débito con el consentimiento expreso del otro.

⁴⁴⁰ La doctrina jurisprudencial constante matiza esa regla general de mancomunidad y admite la existencia de una solidaridad tácita pasiva, de forma que no es preciso para entender que existe solidaridad en un contrato que se haga una expresión causal o literal en este sentido, sino que aquella puede ser estimada por el conjunto de antecedentes demostrativos de que ese resultado económico ha sido querido por los interesados, de acuerdo con las pautas de la *bona fides*, «en base a la cual la jurisprudencia viene atenuando el rigor del último párrafo del artículo 1.137 del Código Civil, bastando que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de haberse obligado «*in solidum*» o resulte dicha solidaridad de la propia naturaleza de los pactado» [STS de 6 de marzo de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:1537)].

⁴⁴¹ Asume esta tesis la STS de 11 de julio de 1998 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1998:4654), resolución que, en un contrato de obra concertado conjuntamente por los cónyuges, aprecia el carácter solidario de la obligación contraída por estos argumentando que «*habiendo los dos esposos demandados, aquí recurrentes, contratado conjuntamente y de consuno la realización de una sola y única prestación (ejecución de obras de carpintería artesanal en el domicilio conyugal), ha de entenderse que ambos quedaron solidariamente obligados al pago del precio de dicha obra única, al no haberse determinado por ellos la proporción en que cada uno respondería del pago de dicho precio, ello con independencia de que, además, se trata de una deuda con cargo a la sociedad de gananciales, conforme a lo preceptuado en el artículo 1367 del Código Civil*».

patrimonios privativos, sin perjuicio de los reembolsos que, en su caso, procedan en la esfera interna⁴⁴².

Comparte este tratamiento unitario y global de la responsabilidad externa de las masas privativas y ganancial en los casos de actuación conjunta que postulamos GUILARTE GUTIÉRREZ, para el que el artículo 1369 irradia un principio de solidaridad que cumple la exigencia del artículo 1137 en cuanto al origen de la misma. Pone de manifiesto este civilista las dificultades que la aplicación de los dos criterios (solidaridad por una parte y mancomunidad por otra) revestiría para los acreedores, todo ello sin obviar el eventual derecho de reembolso que le correspondería al cónyuge que satisficiera íntegramente un débito que fuera de cargo del otro cónyuge o del patrimonio conyugal, lo que también podría acontecer de acogerse el carácter mancomunado de la deuda⁴⁴³.

De todas formas, no se trata de una cuestión pacífica en la doctrina. A este respecto, SAIZ GARCÍA propugna la aplicabilidad del artículo 1137 en este supuesto para concretar la responsabilidad de los cónyuges deudores, por lo que, al no existir una presunción general de solidaridad, en defecto de pacto en sentido contrario, aquellos deben ser considerados como deudores mancomunados. Corrobora esa autora que el artículo 1369 emplea el término *solidaridad* en un sentido impropio, dado que la sociedad de gananciales, al carecer de personalidad jurídica, no es un sujeto de derechos independiente de los cónyuges, destacando que la solidaridad entre los patrimonios privativos de los cónyuges sí sería viable, pero no se establece en ningún precepto, de

⁴⁴² En concreto, a efectos de inferir la responsabilidad indistinta de los dos patrimonios privativos y del ganancial en el caso de débito conjuntamente contraído *ex art.* 1367 CC, cabe integrar la exégesis de esta norma con la declaración del art. 1369, de modo que si el débito ganancial unilateralmente asumido va a determinar la vinculación solidaria del haber propio del cónyuge actuante y del consorcial, la solución, en perjuicio del acreedor, no puede ser distinta en el caso de deudas de la sociedad generadas por ambos cónyuges, por cuanto que, en último término, estas también constituyen débitos de cada uno de los mismos.

⁴⁴³ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión...*, *cit.*, pág. 426. Participan de esta posición LACRUZ, *Elementos*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, págs. 427-428, que sostiene la responsabilidad solidaria de las tres masas implicadas en el caso de que se contraiga conjuntamente la obligación; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, IV (I), *cit.*, pág. 177, quienes estiman que hay que aplicar el principio del art. 1369, por cuanto que frente a terceros la deuda se entiende ganancial, si bien entre los cónyuges puede discutirse el carácter consorcial o privativo del débito, a efectos del operar el reintegro que proceda; y BLANQUER UBEROS (en «La idea de comunidad...», *cit.*, págs. 82-83 de la versión electrónica obrante en vlex.com), autor que diferencia entre la sujeción de los bienes frente a terceros y la participación de los cónyuges en la deuda, entendiéndose que, en el primer sentido, responden solidariamente los bienes de cada cónyuge y los sociales, en tanto que, en el segundo, el débito será mancomunado, incumbiendo a los cónyuges por mitad -art. 1137-, e indivisible -art. 1150-, puesto que estos lo contraen como tales, sujetos al vínculo conyugal y como una unidad patrimonial.

manera que la misma tendría que deducirse de modo inequívoco del tenor del contrato⁴⁴⁴.

3.2.4.5.2. *Responsabilidad consorcial por las deudas contraídas por un cónyuge con el consentimiento expreso del otro*

En relación con la segunda de las situaciones contempladas en el artículo 1367 *ex* Código civil, alusiva a las obligaciones contraídas por alguno de los cónyuges con el consentimiento expreso del otro, la polémica se centra en determinar si el cónyuge que consiente respondería o no con su patrimonio privativo por el débito contraído por su consorte.

Sobre este extremo, hay autores, como RAGEL, que vienen a concluir que el consentimiento expreso citado no supone la responsabilidad con los bienes privativos de quien consiente, que exigiría que la deuda hubiera sido contraída conjuntamente por ambos cónyuges, teniendo el consentimiento como única finalidad la garantía de la deuda mediante la responsabilidad directa con la masa ganancial⁴⁴⁵.

Preconizando una posición contraria, se apunta la conveniencia de la ampliación de la responsabilidad a los bienes privativos del cónyuge consentidor, resolviéndose la situación de forma definitiva en la órbita interna, y juzgándose irrelevantes las normas

⁴⁴⁴ SAIZ GARCÍA, *Acreeedores de los cónyuges y régimen económico matrimonial de gananciales*, *cit.*, pág. 36. Disienten de la responsabilidad solidaria de los patrimonios privativos de los cónyuges que actúan conjuntamente DE LOS MOZOS (en «Artículos 1.367 a 1.369», *Comentarios...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 302), el cual dice que esta responsabilidad, al igual que la que deriva del art. 1.363, precepto paralelo o idéntico en su ámbito, por aplicación del art. 1137, es mancomunada y proporcional, por lo que responde por el todo el patrimonio común y por mitad los acervos privativos de los cónyuges en la cantidad concurrente, y TORRALBA (en «Art. 1.367», *Comentarios...*, II, *cit.*, pág. 1707), que significa que al ser puramente mancomunada la responsabilidad de las masas privativas es necesario demandar a los dos cónyuges conjuntamente.

⁴⁴⁵ RAGEL SÁNCHEZ, «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, págs. 1035-1036. Niegan, igualmente, la vinculación del patrimonio privativo del cónyuge consintiente GIMÉNEZ DUART (en «Cargas y obligaciones del matrimonio», *cit.*, pág. 544), que alega que, al no ser contratante aquel, no es deudor personal y no le alcanza la responsabilidad del art. 1911 CC; LACRUZ (en *Elementos*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 428) y LASARTE ÁLVAREZ, *Principios*, VI, *cit.*, pág. 235.

Para Francisco MATA PALLARÉS [en «Deuda y responsabilidad en la contratación de persona casada», *AAMN*, T. XXV, 1983, pág. 9 de la versión electrónica obrante en vlex.com (VLEX-233225)], el art. 1367 se refiere a las hipótesis de consentimiento de un cónyuge al contrato, no comprendido en los casos que responsabilizan al consorcio, celebrado por el otro, sin que el primero esté obligado a darlo, y que no se necesita para la validez de aquel. Ese consentimiento añade la responsabilidad de los bienes gananciales, pero no el compromiso de los propios del cónyuge que lo presta.

que afectan a la validez interna de los actos de gestión respecto de los bienes comunes en un ámbito de responsabilidad externa⁴⁴⁶.

En nuestra opinión, los dos supuestos que se prevén en el artículo 1367 no deben tener idéntico tratamiento en cuanto al alcance de las responsabilidades de los dos cónyuges. De esta manera consideramos que en la hipótesis de deuda individualmente asumida con consentimiento expreso han de excluirse de la potencial agresión directa de los acreedores los bienes propios del cónyuge que no contrae la deuda formalmente, cuya posición, con carácter general, en virtud del simple consentimiento que se enuncia, no debe asimilarse en la esfera externa a la del cónyuge deudor porque no produce ese débito.

La exigencia literal del carácter explícito o expreso del consentimiento del cónyuge no deudor para que se establezca la vinculación del patrimonio ganancial frente a terceros por el débito separadamente generado por el otro cónyuge, plasmada en el artículo 1367, no permite defender con un mínimo rigor, no obstante opiniones aisladas que así lo entienden⁴⁴⁷, la posible virtualidad del consentimiento tácito en orden a determinar la garantía adicional de la masa consorcial en esa tesitura. Esto, por otra parte, resulta, además, evidente si se examina la tramitación parlamentaria de la norma. En cuanto a este extremo, se observa que en la redacción del precepto, tanto en el frustrado Proyecto de ley sobre régimen económico matrimonial en el Código Civil (art. 1361)⁴⁴⁸ como en el Proyecto de ley de 14 de septiembre de 1979 -que reproducía el tenor del anterior-, se omitía el término «*expreso*», coincidiendo en su integridad el resto del artículo con la versión finalmente aprobada y vigente en la actualidad, siendo que esa mención del carácter expreso del consentimiento del cónyuge no deudor se incorporó ulteriormente como resultado de la aceptación de una enmienda⁴⁴⁹. No existe,

⁴⁴⁶ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión...*, *cit.*, pág. 428.

⁴⁴⁷ SAIZ GARCÍA, *op. cit.*, pág. 39. Entiende esta autora, sin expresar la argumentación que lo sustenta, en contra de lo que literalmente dispone el artículo examinado, que es viable que el consentimiento se manifieste de forma tácita, es decir, a partir de *facta concludentia*. La posibilidad de un consentimiento tácito a los efectos del art. 1367 es también postulada por ALBALADEJO (en *Curso de Derecho civil*, IV, *cit.*, págs. 172-173), que cree que el vocablo *expreso* significa que exista *de verdad* el consentimiento del otro, por lo que, aunque este no se preste expresamente, cabe deducirlo de una conducta que lo revele ciertamente.

⁴⁴⁸ BOC n.º 155, de 4 de octubre de 1978, pág. 3371.

⁴⁴⁹ Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, n.º 71-I, Serie A, de 22 de mayo de 1980, pág. 348/25. En concreto, la inclusión del carácter expreso del consentimiento obedeció a la aprobación de la enmienda 64 (suscrita por la diputada de UCD M.ª Dolores Pelayo Duque), según consta en el Informe de la Ponencia relativo al Proyecto de ley de 14 de septiembre de 1979 (cuyo art. 1367 transcribía el texto del art. 1361 del proyecto anterior) publicado en el citado Boletín.

por tanto, duda acerca de que la mutación reseñada en el tenor de la disposición obedecía a la intención legislativa de excluir la operatividad del consentimiento tácito a los efectos de responsabilizar directamente a los bienes gananciales, que sí cabría reputar válido de haber pervivido la versión originaria de los aducidos Proyectos de ley⁴⁵⁰.

Tampoco es factible establecer un paralelismo o conexión entre los artículos 1367 y 1373, asimilando el no ejercicio por parte del cónyuge no deudor de la facultad prevista en la segunda norma con el consentimiento expreso del artículo 1367, en tanto que ambos preceptos regulan supuestos de hecho diferentes, aunque puedan dar lugar a la afección externa de los bienes comunes⁴⁵¹.

Es posible prestar el consentimiento a través de poder o autorización, previo o simultáneo al acto en cuestión, o mediante ratificación ulterior, ya que estos medios son admisibles conforme a las normas generales del Derecho de obligaciones⁴⁵².

Una conclusión lógica de lo que se ha expuesto es que el consentimiento expreso del cónyuge no deudor del artículo 1367 no se configura, en absoluto, como una exigencia para la validez de la obligación contraída por su consorte, desplegando su virtualidad únicamente por lo que respecta a la fijación de la vinculación de la masa

⁴⁵⁰ Sobre la necesidad de la existencia de un consentimiento expreso por parte del cónyuge no deudor para la responsabilidad directa de la masa ganancial, cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión...*, *cit.*, pág. 423, y RAGEL, «La sociedad de gananciales (4)...», *cit.*, págs. 1033-1034. Este último civilista, en apoyo de la exigencia de un consentimiento expreso, al margen de la literalidad del art. 1367 y de los antecedentes legislativos de la norma, expresados *ut supra*, anota que una interpretación sistemática conduce a idéntica conclusión, porque cuando el legislador estima suficiente el consentimiento tácito o presunto lo indica, como acontece en el art. 1322.1.

⁴⁵¹ TORRALBA SORIANO (en «Art. 1.367», *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1704) equipara, a efectos prácticos, el consentimiento expreso previsto en el art. 1367 a la conducta del cónyuge no interviniente que no ejercita la opción conferida en el art. 1373.1 CC. Participa de esta opinión GARRIDO CERDA, «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *cit.*, pág. 24 de la versión digital.

Esta asimilación entre el consentimiento expreso del art. 1367 y la conducta pasiva del cónyuge no deudor del art. 1373.1 no es muy afortunada desde un punto de vista técnico, por mucho que, en último término, se genere la responsabilidad del acervo social en ambas situaciones, toda vez que en el primer caso estamos en presencia de una sujeción directa de la masa común por una deuda ganancial derivada de aquel consentimiento expreso, en tanto que el segundo supuesto se refiere a una afección subsidiaria de la masa consorcial por débitos privativos del consorte del cónyuge que no hace uso del derecho de sustitución que le otorga el reiterado art. 1373.1 y, en consecuencia, *consiente* tácitamente esa vinculación. Es decir, en sentido estricto, difieren la naturaleza del débito, el tipo de responsabilidad y el carácter del consentimiento.

⁴⁵² DE LOS MOZOS, «Artículos 1.367 a 1.369», *Comentarios al Código Civil...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 305. En este punto, MATA PALLARÉS, «Deuda y responsabilidad en la contratación...», *cit.*, pág. 7 de la versión digital obrante en vlex.com, sosteniendo parecida tesis a DE LOS MOZOS, manifiesta que, ocasionalmente, un consentimiento previo podrá interpretarse como un poder y uno posterior como una ratificación.

común *erga omnes*, sin restringir, en suma, el ámbito de actuación individual de cada partícipe en la sociedad⁴⁵³.

3.2.4.6. La responsabilidad indistinta de las masas privativa y común por las deudas gananciales contraídas por un cónyuge

Los débitos contraídos por un cónyuge que sean, además, deudas gananciales, sujetarán, solidaria o indistintamente, *erga omnes*, la masa privativa del cónyuge actuante y la consorcial, pudiendo agredirse por terceros, sin prelación alguna, para la exacción de aquellos, bienes propios y gananciales o unos u otros.

Esta afección patrimonial indiferenciada, en la órbita externa, del acervo de la sociedad legal resulta del artículo 1369, en el que se concreta que «*de las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad responderán también solidariamente los bienes de ésta*».

En la primera versión de este artículo, que se correspondía en el Proyecto de ley de 4 de octubre de 1978 con el artículo 1364, se entremezclaban y unificaban de forma anómala los ámbitos interno y externo de la responsabilidad social, estableciéndose, a diferencia de la regulación luego aprobada, la responsabilidad preferente de los bienes gananciales y la subsidiaria de los propios del cónyuge actuante⁴⁵⁴.

⁴⁵³ TORRALBA SORIANO, «Art. 1.367», *Comentarios...*, II, *cit.*, pág. 1705, dice que lo único que resuelve el art. 1367 es la amplitud de los bienes que responden por la deuda contraída por el cónyuge que actúa separadamente, pero la validez o no de la obligación asumida queda sujeta a las reglas generales aplicables. El consentimiento expreso contemplado en el artículo que se comenta, en opinión de VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio*, *cit.*, pág. 267, tan solo puede ser requerido cuando la ley lo establezca como *conditio sine qua non*, por lo que si el ordenamiento permite otorgar algunos actos jurídicos en virtud de consentimiento tácito aquellos serán válidos y, en consecuencia, también la obligación que pesaría sobre la masa ganancial.

La posición de este último autor ha de rechazarse, porque la misma mezcla cuestiones que nada tienen que ver, cuales son la responsabilidad del acervo común y la validez de los actos conyugales autónomamente ejecutados, insistiéndose en que el consentimiento expreso del art. 1367 no incide en la validez de la obligación, regulada por las normas en cada caso aplicables, sino que opera como requisito indeclinable para que la deuda contraída individualmente por un cónyuge, con independencia de su naturaleza formal, vincule, en su cualidad de ganancial, a los bienes comunes.

⁴⁵⁴ En el Proyecto de ley sobre régimen económico matrimonial en el Código Civil, de 4 de octubre de 1978, el art. 1364 CC proyectado disponía que «*de las deudas contraídas para sufragar alguno de los gastos que son a cargo de la sociedad de gananciales responderán preferentemente los bienes que tengan dicho carácter y en su defecto los del cónyuge que contraiga la deuda*» (cfr. BOC n.º 155, de 4 de octubre de 1978, pág. 3371).

Como se aprecia, esta frustrada propuesta inicial se refería a *gastos que son a cargo de la sociedad de gananciales* (recogidos en ese proyecto en los arts. 1359, 1360, 1366 y 1367) y a una doble responsabilidad, de distinto grado, frente a terceros por las deudas que los generaban, desdibujando la norma, aparentemente, quizás por una mala técnica legislativa, la distinción entre los dos ámbitos de

DE LOS MOZOS califica el artículo 1369 como una norma de responsabilidad, que completa lo dispuesto en el artículo 1365, indicando que las deudas sociales o de la sociedad a las que alude el precepto son las contempladas en los artículos 1362 y 1366⁴⁵⁵.

Esa inclusión en el ámbito del artículo 1369 de las deudas enumeradas en el artículo 1362 (en rigor, en fase de contribución debemos hablar de *gastos* o de *cargas*) es defendida por FERNÁNDEZ VILLA con el argumento de que la primera norma no considera si las deudas se han contraído por el cónyuge dentro de su ámbito de legitimación individual, por lo que el cónyuge deudor *ex* artículo 1369 debe responder, en su particular criterio, por los débitos comprendidos en el marco del artículo 1362, los cuales no están todos incluidos en los artículos 1365, 1366 y 1368, solidariamente, con sus bienes propios y con los gananciales, dado que se trata de deudas de la sociedad⁴⁵⁶.

Por su parte, LÓPEZ PÉREZ defiende que la responsabilidad solidaria de las masas privativa y ganancial que se prevé en el artículo 1369 procederá en el supuesto de actuación individual de uno de los cónyuges dentro del ámbito que fija el artículo 1365 o en el caso de la actuación conjunta de los mismos normada en el artículo 1367,

responsabilidad ganancial que inspiraba la reforma y unificando ambos. En la práctica, esta redacción hubiera vaciado de contenido los preceptos que disciplinaban la sujeción externa de la masa ganancial por la actuación individual de un cónyuge, permitiendo la realización directa y preferente del patrimonio común por los acreedores si la deuda separadamente contraída constituía un cargo definitivo del consorcio. Finalmente, en el Proyecto de ley de 14 de septiembre de 1979 se abandonó esa primera versión del precepto y ya se contenía el texto del actual art. 1369.

⁴⁵⁵ DE LOS MOZOS, «Artículos 1.367 a 1.369», *Comentarios...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 308. También Carmen FERNÁNDEZ CANALES (en *Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*, Reus, Madrid, 2013, págs. 134-135) vincula el art. 1369 con el pasivo consorcial definitivo, destacando que hace referencia a los casos en que la actuación individual de un cónyuge genera internamente una deuda ganancial, o sea, una obligación que es a cargo de la comunidad, aún cuando al contratar tan solo un cónyuge figuró como deudor. Comprende, en su parecer, la norma los supuestos del art. 1362.1.ª en cuanto que excedan del simple ejercicio de la potestad doméstica, los gastos de adquisición de bienes comunes y los gastos para la tenencia y disfrute de estos verificados por un cónyuge, aunque no tenga atribuida tal facultad por ley o capítulos.

⁴⁵⁶ FERNÁNDEZ VILLA, «El pasivo de la sociedad de gananciales...», *cit.*, pág. 685. Arguye adicionalmente este autor que no se aprehende el fundamento por el que la ley excluye la sujeción del patrimonio ganancial en garantía de deudas contraídas por un cónyuge subsumibles en el art. 1362, pero no incardinables en los supuestos de los arts. 1365, 1366 y 1368 CC, cuando si la actuación del cónyuge excedió de su ámbito de gestión individual su consorte podría anularla (art. 1322).

El recurso a la norma básica que disciplina el pasivo definitivo ganancial para explicar el ámbito en el que opera el art. 1369 no puede compartirse, porque ello supone desconocer la dicotomía entre responsabilidad interna y responsabilidad directa de la masa ganancial que orienta la reforma de la sociedad legal, ignorando que esas *deudas de la sociedad* son solo aquellas que sujetan externamente los bienes comunes por la actuación unilateral de un cónyuge dentro de su esfera objetiva de legitimación (arts. 1365, 1366 y 1368 CC). Deviene incompatible con la estructuración del pasivo ganancial sostener que cualquier partícipe puede afectar directamente el acervo social al margen de esos preceptos, no obstante la correlación usual entre responsabilidad *ad intra* y *ad extra*, inferencia a la que no se opone una eventual anulabilidad del negocio concluido.

rechazando la existencia de una responsabilidad general y solidaria, provisional, de los bienes comunes por deudas privativas cuando hay bienes propios suficientes *ex artículo 1373*⁴⁵⁷, tesis que, en términos generales, entendemos correcta.

A nuestro juicio, el artículo 1369, cuando se refiere a las *deudas de la sociedad*, a diferencia de lo que se preveía en el artículo 1364 del Proyecto de ley de 4 de octubre de 1978, no puede estar haciendo alusión a las cargas definitivas de la comunidad o pasivo ganancial interno, sino que, antes bien, como norma de responsabilidad externa que es, al emplear esa expresión atiende a las deudas (externamente) consorciales asumidas de manera individual con arreglo a los criterios objetivos de vinculación *erga omnes* de la masa común legalmente prefigurados. Resulta, en suma, ajena al ámbito de la disposición la adecuación material última de los desembolsos por esos débitos a los parámetros de responsabilidad ganancial definitiva, complementando el artículo citado los distintos preceptos que norman la afección frente a terceros de la sociedad de gananciales al concretar el alcance de esa responsabilidad mediante la sujeción indistinta de las dos masas patrimoniales concernidas⁴⁵⁸.

Se ha calificado el supuesto contenido en el artículo 1369 como una *dualidad cualitativa*, o sea, se trataría de una deuda privativa, por haber sido contraída por un cónyuge sin el concurso del otro, y ganancial, por estar comprendida en los artículos 1365 y concordantes, con la consecuencia de la responsabilidad indistinta del patrimonio ganancial y del privativo del cónyuge deudor, sin perjuicio de los reintegros

⁴⁵⁷ LÓPEZ PÉREZ, «Aspectos externo e interno de responsabilidad en la sociedad de gananciales: interés del acreedor y de los cónyuges», *cit.*, págs. 751 y 753.

⁴⁵⁸ MATA PALLARÉS (en «Deuda y responsabilidad en la contratación de persona casada», *cit.*, pág. 13 de la versión electrónica obrante en *vlex.com*) refleja que el art. 1369 expresa, con falta de técnica, que, en el caso de deudas de un cónyuge en las que responda además la masa ganancial, el acreedor puede dirigirse indistintamente, sin atenerse a ningún orden, contra los bienes propios del deudor o contra los gananciales, fundiéndose ambos patrimonios frente al acreedor en uno solo y perdiendo toda diferenciación. Matiza el mencionado civilista que el artículo se enmarca en el plano de la responsabilidad, disímil del asunto del cargo definitivo de lo pagado, que es una cuestión interna entre los cónyuges, de la que eventualmente pueden derivarse obligaciones de reintegro. Lo decisivo, según explica TORRALBA SORIANO (en «Art. 1.369», *Comentarios a las reformas...*, II, *cit.*, pág. 1716), no es que la deuda beneficie a la sociedad, sino que por el modo de contraerla haya de responder de ella el caudal ganancial, refiriéndose el art. 1369 a los débitos contraídos por un cónyuge que, en atención a las circunstancias en que se han asumido, sujetan los bienes gananciales. La voluntad legislativa, señala ABELLÓ MARGALEF (en «Notas sobre las cargas y obligaciones...», *cit.*, pág. 810), es que de las deudas contraídas por un cónyuge, y que vinculen a la sociedad de gananciales, responderán solidariamente los bienes propios de aquel, dado que fue quien contrató y devenir aplicable el art. 1911, y los bienes consorciales.

que procedan en la esfera interna, siendo este resultado el mismo que se alcanzaría por la aplicación combinada de los artículos 1365 y 1911⁴⁵⁹.

Ha de reiterarse que las deudas gananciales son, simultáneamente, débitos personales del cónyuge que las causa, y, sentado ese carácter bifronte, el compromiso directo del acervo propio del deudor deviene imperativo conforme al artículo 1911.

En el Derecho francés, tras la reforma operada por la Ley de 23 de diciembre de 1985⁴⁶⁰, que confiere un poder de administración indistinto sobre los bienes de la comunidad legal a los cónyuges, *ex* artículo 1413 del *Code civil*⁴⁶¹, estos últimos, con ciertas excepciones, comprometen (junto a sus bienes propios) indiferenciadamente a la comunidad por las deudas de cualquier naturaleza contraídas separadamente por los mismos constante aquella. Este principio, para CARRASCO PERERA, en comparación con la restricción que, en la regulación española, supone el artículo 1365 del Código civil, multiplica los supuestos donde se precisarán los oportunos reintegros para equilibrar los gastos sufragados por la comunidad y que, definitivamente, incumban a uno de los cónyuges⁴⁶².

La utilización del adverbio *solidariamente* por el legislador es errada técnicamente, porque la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica y no es un sujeto de derecho, de forma tal que no cabe la existencia de solidaridad pasiva alguna entre aquella y el cónyuge que contrajo la deuda. Ese término debe interpretarse en su

⁴⁵⁹ RUEDA PÉREZ y RUEDA PÉREZ, «Notas sobre la nueva regulación...», *cit.*, págs. 592-593.

⁴⁶⁰ Ley n.º 85-1372, de 23 de diciembre de 1985, relativa a la igualdad de los cónyuges en los regímenes matrimoniales y de los padres en la gestión de los bienes de los hijos menores de edad.

El objetivo de esta norma, como indica BUSTOS MORENO (en *Las deudas gananciales...*, *cit.*, pág. 80), fue asegurar la perfecta igualdad entre los cónyuges, aun cuando los principios básicos de la reglamentación de pasivo común definitivo ya se inspiraban en criterios de equidad tras la Ley de 1965, sufriendo el art. 1409 una simple adaptación, al sustituirse las alusiones al marido y la mujer por el término «cónyuges».

⁴⁶¹ El art. 1413 del *Code* determina que el pago de las deudas por las que cada cónyuge está obligado, por cualquier causa, durante la comunidad, puede ser perseguido siempre sobre los bienes comunes, a menos que haya habido fraude por parte del cónyuge deudor y mala fe del acreedor, excepto la recompensa debida a la comunidad si ha lugar. Por su parte, el art. 190 del *Codice civile* dispone que los acreedores pueden actuar en vía subsidiaria sobre los bienes personales de cada uno de los cónyuges, en la medida de la mitad del crédito, cuando los bienes de la *comunione legale* no son suficientes para satisfacer los débitos que gravan a aquella. A su vez, el art. 1695 del Código Civil portugués, aplicable al régimen legal de la *comunhão de adquiridos* -art. 1717 CC-, establece que por las deudas (comunes) que son de la responsabilidad de ambos cónyuges responden los bienes comunes del matrimonio y, a falta o por insuficiencia de estos, solidariamente, los bienes propios de cualquiera de los cónyuges.

⁴⁶² CARRASCO PERERA, Ángel, «La reforma francesa de los regímenes económicos matrimoniales por la ley de 23 de diciembre de 1985», *ADC*, T. XXXIX-II, 1986, pág. 584. Contraponen esta situación con el Derecho español, en el que existe un paralelismo casi total entre pasivo provisional y pasivo definitivo ganancial (*ibíd.*, pág. 584).

acepción más usual o extrajurídica, respondiendo así el patrimonio privativo del cónyuge que actuó autónomamente, en el marco de legitimación individual dibujado legalmente para la vinculación *ad extra* de la sociedad (arts. 1365, 1366 y 1368), adhesiva o asociadamente con los bienes de la comunidad⁴⁶³.

Se cuestiona por algún autor la pertinencia de la expresión «además» empleada por el artículo 1369, resaltando que produce una cierta perplejidad y que solo tiene sentido si se relaciona con el artículo 1373, que alude a las deudas estrictamente personales⁴⁶⁴.

En cuanto a este extremo, la inclusión del término *además* en el tenor de la disposición es coherente con la inexistencia de una presunción de ganancialidad pasiva de las deudas contraídas individualmente por un cónyuge. Estas, como débitos *personales*, generan, *ab initio*, una exclusiva responsabilidad patrimonial universal de aquel *ex* artículo 1911 (al margen de la subsidiaria con la masa común), y que únicamente, si, *además*, con arreglo a los criterios determinados positivamente, tienen la condición de consorciales, pueden producir la responsabilidad externa con el activo ganancial.

Por tanto, el precepto parte del carácter personal de las deudas asumidas por los cónyuges en el régimen ganancial, que darán lugar a esa afección indiferenciada de patrimonios que se prevé únicamente si la actuación conyugal se ejecuta dentro de la esfera de las normas que regulan la responsabilidad frente a terceros de la sociedad, es decir, si esos débitos son, no solo propios de quien los origina, sino también gananciales.

⁴⁶³ Para LASARTE (en *Principios...*, VI, *cit.*, pág. 236), la *solidaridad* del art. 1369 no se refiere a la solidaridad pasiva o de deudores en sentido estricto (arts. 1137 y ss), toda vez que no es posible solidaridad alguna entre una persona y un patrimonio (cónyuge deudor y caudal ganancial), sino que sitúa a la masa patrimonial común y al patrimonio privativo del cónyuge deudor en el mismo plano de responsabilidad. Cfr., en la misma línea, LACRUZ, *Elementos...*, IV, Vol 1.º, *cit.*, pág. 430, y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «Art. 1.369», *Comentario...*, II, *cit.*, pág. 701, que indica que esa solidaridad significa que el acreedor puede instar que el cumplimiento forzoso de la obligación se verifique sobre elementos de cualquiera de las masas patrimoniales (privativa y ganancial), sin que quepa oponer que previamente se realice excusión de los bienes de alguna de aquellas.

⁴⁶⁴ DE LOS MOZOS, «Artículos 1.367 a 1.369», *Comentarios...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 308.

CAPÍTULO IV

LA RESPONSABILIDAD DIRECTA CON EL PATRIMONIO GANANCIAL POR DEUDAS CONTRACTUALES SEPARADAMENTE PRODUCIDAS

4.1. LA RESPONSABILIDAD GANANCIAL EXTERNA POR LA ACTUACIÓN INDIVIDUAL DE LOS CÓNYUGES EN LA ESFERA CONTRACTUAL

4.1.1. Deudas contraídas individualmente en el ejercicio de la potestad doméstica

4.1.1.1. Introducción

El antecedente remoto de la potestad doméstica regulada actualmente en nuestro Derecho positivo en el artículo 1319 del Código civil se halla en la denominada *potestad de las llaves* -*Schlüsselgewalt*- del Derecho germánico, en cuya virtud se reconocía a la mujer, patrimonialmente incapaz salvo que tuviera la administración de sus bienes, un poder de disposición autónomo para celebrar aquellos negocios jurídicos cotidianos que devenían indispensables para el mantenimiento del hogar⁴⁶⁵.

Este ámbito de libertad o esfera de actuación propia en la gestión de la casa que suponía el *poder de llaves*, no idéntico para todos los matrimonios, toda vez que se determinaba por los usos locales, permitía, así, a la mujer realizar todos los actos orientados a satisfacer las necesidades de la familia, sin que fuera preciso el consentimiento de su marido, afectándose los bienes de la sociedad conyugal⁴⁶⁶.

Como justificación de esta legitimación conferida a la mujer para celebrar contratos precisos para la subsistencia de la familia en el Derecho español anterior al vigente, CUADRADO PÉREZ alude a los inconvenientes derivados de la institucionalización jurídica del deber de obediencia al marido y del requisito de la licencia marital para concluir negocios jurídicos, que coartaba la capacidad de maniobra

⁴⁶⁵ LACRUZ BERDEJO, *La potestad doméstica de la mujer casada*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1963, pág. 11. Incidía LACRUZ (*ibíd.*, pág. 11) en que este *poder de llaves* germánico facultaba a la mujer a efectos de contraer débitos de cuantía reducida y de obligar a su marido mediante negocios jurídicos adquisitivos de objetos necesarios para su uso personal.

Discierne Jesús Ignacio FERNÁNDEZ DOMINGO (en *Derecho matrimonial económico*, Ed. Reus, Madrid, 2011, pág. 13) entre *potestad doméstica*, que implica la administración y dirección económica del hogar, que incumbía tradicionalmente al marido, y *poder de llaves*, más restringido y humilde, el cual se ceñía a los gastos ordinarios o de consumo, que correspondía usualmente a la mujer.

⁴⁶⁶ MONFORT FERRERO, María Jesús, *La responsabilidad de los cónyuges ante las necesidades ordinarias de la familia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 16.

de la esposa para cumplir satisfactoriamente esa labor de gestión del hogar, incluida socialmente dentro de su ámbito de actuación⁴⁶⁷.

4.1.1.2. Los precedentes de la regulación actual

4.1.1.2.1. La sujeción de los bienes comunes frente a terceros por deudas domésticas en la regulación inicial del Código civil

Frente a la exigencia legal de que la mujer contara con licencia marital para adquirir por título oneroso o lucrativo, enajenar sus bienes u obligarse, establecida en el derogado artículo 61, en el ámbito de la potestad doméstica se exceptionaba tal regla general, sancionando el artículo 62 del Código de 1889⁴⁶⁸ la validez de las compras operadas por la mujer «*cuando se trate de cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia*»⁴⁶⁹. En atención a esto, los débitos domésticos producidos por aquella, en coherencia con esa capacidad de obrar que se reconocía a la misma en esta esfera restringida, según resultaba del juego combinado de los artículos 1362, 1385.2, 1408.1.º y 1416.2⁴⁷⁰, vinculaban directamente *ad extra* los bienes

⁴⁶⁷ CUADRADO PÉREZ, Carlos, «El régimen económico matrimonial. Disposiciones generales», en YZQUIERDO TOLSADA y CUENA CASAS (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. III, *Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 200-201.

⁴⁶⁸ En cuanto a la situación de la mujer que contemplaba el Derecho civil, Inmaculada VIVAS TESÓN [en «Las transformaciones del Derecho de familia desde una perspectiva de género», en VÁZQUEZ BERMÚDEZ, Isabel (Coord.), *Investigaciones multidisciplinares en Género: II Congreso Universitario (Nacional) Investigación y Género*, Universidad de Sevilla, 2010, pág. 1208] expresa que el CC nació, en 1889, *viejo y atrasado* por lo que respecta a la condición civil de la mujer, lo que resultaba comprensible atendiendo a que aquel Código no fue sino el Proyecto de 1851 postdatado y una mera reproducción del *Code* napoleónico de 1804.

⁴⁶⁹ Añadía la norma que *las compras de joyas, muebles y objetos preciosos, hechas sin licencia del marido, sólo se convalidarán cuando éste hubiese consentido a su mujer el uso y disfrute de tales objetos*. Esta excepción del art. 62 ya se recogía esencialmente en la Ley Provisional de Matrimonio civil de 18 de junio de 1870, en cuyo art. 51.1 se declaraba que «*será válida, no obstante, la compra que al contado hiciera la mujer de cosas muebles, y la que hiciera al fiado de las que por su naturaleza están destinadas al consumo ordinario de la familia y no consistieren en joyas, vestidos y muebles preciosos, por más que no hubieren sido hechas con licencia expresa del marido*», concordando, a su vez, sustancialmente, el párrafo segundo de este artículo con el transcrito inciso segundo del art. 62.

⁴⁷⁰ El art. 1362 CC, coincidente en lo esencial con el art. 1287.2 del Proyecto de 1851, disponía que «*los bienes de la dote inestimada responden de los gastos diarios usuales de la familia, causados por la mujer o de su orden bajo la tolerancia del marido; pero en este caso deberá hacerse previamente excusión de los bienes gananciales y de los del marido*». Por su parte, el art. 1385.2 determinaba que estaban sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio «*los bienes (parafernales) mismos en el caso del artículo 1.362, siempre que los del marido y los dotales sean insuficientes para cubrir las responsabilidades de que allí se trata*». Por último, el art. 1416 expresaba que «*la mujer no podrá obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido. Se exceptúan de esta regla los casos previstos en el artículo 1.362 y en los artículos 1.441 y 1.442*».

En relación con el sentido de esta última norma, decía MUCIUS SCAEVOLA (en *Código civil concordado y comentado extensamente*, T. XXII, *cit.*, pág. 359) que el dominio de la mujer sobre los bienes gananciales era un dominio habitual, no actual, que es el que corresponde al marido, denominándose, igualmente, dominio *in potentia* para diferenciarlo del dominio *in actu* de aquel,

gananciales (comprendidos los frutos de los bienes parafernales *ex* artículo 1385.1 en relación con el artículo 1401.3.º) y los del marido y, subsidiariamente, los bienes de la dote inestimada, así como los bienes parafernales, siempre que los del marido y los dotales fueran insuficientes para cubrir las responsabilidades por los *gastos diarios usuales de la familia*⁴⁷¹.

La responsabilidad *erga omnes* por las deudas domésticas de la mujer, resuelta en el artículo 1362, afectaba primaria y simultáneamente bienes comunes y privativos del marido, arguyéndose que, dada la cualidad de administrador de la sociedad de este, quedaban en sus manos la totalidad de los ingresos derivados de los bienes y actividades de los cónyuges, siendo lógico por ello que aquel hubiera de abonar, previamente a su esposa, los gastos comunes. Por otra parte, la sujeción subsidiaria de la mujer atendía a la obligación conyugal de socorro y alimentos, optando la ley por proteger el interés de los acreedores frente al interés de la esposa, quien ha contraído la deuda y cumplido una obligación que, ante la inopia de su cónyuge, pesa sobre ella⁴⁷².

En la mención «*consumo ordinario de la familia*» del artículo 62 englobaba SÁNCHEZ ROMÁN la adquisición de comestibles y vestidos que no supongan adquisiciones superiores o extraordinarias atendido el tipo habitual de vida observado por la familia y cuyo objeto sea satisfacer las necesidades ordinarias o normales de aquella, que no excedan la calidad o cuantía de los medios acostumbrados, con arreglo a su clase y hábito, para su satisfacción⁴⁷³.

ejerciéndose la facultad de administrar y enajenar los bienes de modo exclusivo por el marido, de donde deriva que la mujer está, jurídica y legalmente, impedida para operar todo acto de disposición de bienes gananciales, no pudiendo ser autorizada judicialmente, como si se tratara de sus bienes propios, para el ejercicio de esa facultad.

⁴⁷¹ Por lo que hacía alusión a la responsabilidad de los bienes parafernales contemplada en el art. 1385.2, explicaba ESPÍN CÁNOVAS [en *Manual de Derecho civil español*, Vol. IV (*Familia*), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, págs. 188-189] que la excepción contenida en aquella disposición, en virtud de la que respondían de los *gastos diarios usuales de la familia, causados por la mujer o de su orden bajo la tolerancia del marido* los citados bienes privativos de la misma en caso de ser insuficientes bienes gananciales, los del marido y dotales, era muy justificada, dado que se trata de gastos que se causan directamente por la mujer y por los que esta puede afectar los bienes comunes y los de su cónyuge, los cuales responden antes que los suyos (dotales o parafernales).

⁴⁷² LACRUZ, *La potestad doméstica de la mujer casada*, cit., pág. 120.

⁴⁷³ SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil...*, T. V, Vol. 1.º (*Derecho de familia*), cit., pág. 630. A su vez, COSSÍO (en *La sociedad de gananciales*, cit., pág. 120) insistía en que era el carácter normal y ordinario de los gastos orientados al consumo diario de la familia lo que constituía la autorización y el límite de la competencia reconocida legalmente a la mujer, de lo que se derivaba la validez de todas las compras de objetos que por su naturaleza tuvieran aquel destino, en las cantidades normales para la reseñada utilidad, siendo nulas las restantes.

Se entendía que la autorización del artículo 62 aludía, no solo a las compras, sino también a operaciones que las supongan o preparen, como el préstamo otorgado a la mujer con la finalidad prevista en aquel. Estas compras formalizadas individualmente por la mujer no podían ser desproporcionadas respecto a las disponibilidades del haber conyugal, hipótesis en la cual se produciría un exceso de compra, que habilitaría al marido para la reducción de los gastos acometidos, considerándose que existía la precisa proporcionalidad cuando las compras estuvieran en consonancia con el tenor de vida familiar. Asimismo, las adquisiciones o ventas perfeccionadas por la esposa no debían haber sido expresamente prohibidas por su marido, de modo que la obligatoriedad en relación con los gastos domésticos en que incurrió la mujer cesaba desde el instante de la revocación, la cual se traduciría en la práctica en avisos individuales efectuados por el marido a los proveedores de su decisión de no asumir las compras verificadas por su cónyuge⁴⁷⁴.

Dada su condición de administrador omnipotente de la sociedad conyugal *ex* artículo 1412, resulta casi superfluo recordar la innegable legitimación del marido para ejecutar actos domésticos y la genérica responsabilidad *erga omnes* del patrimonio ganancial (y de sus bienes propios) por los débitos contraídos como consecuencia de la actuación separada de aquel si los mismos estaban preordenados al interés de la familia, conforme se desprendía del artículo 1408.1.º. En el caso que analizamos, cualquiera de los cónyuges, indistintamente, se hallaba habilitado para incurrir en esos *gastos diarios usuales de la familia*, si bien la singular y amplia responsabilidad patrimonial aparejada a estos prevista en el artículo 1362 se subordinaba en la norma a que tales gastos se causaran por la mujer o de su orden bajo la tolerancia de su consorte.

Razonaba MANRESA, en cuanto al significado de la expresión legal *gastos diarios usuales de la familia*, que estos últimos se reducen a lo que cada día se acostumbra a comprar en la casa de que se trate, por lo que en la hipótesis de gastos usuales, pero no diarios, o que, aún repitiéndose varios días consecutivos, no sean

⁴⁷⁴ PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, T. II, Vol. I, *cit.*, págs. 191-193.

Rechazaba COSSÍO (en «La potestad marital», *ADC*, T. I-I, 1948, pág. 24) la posibilidad de que el marido privara a la mujer de la facultad otorgada en el art. 62 de forma caprichosa, teniendo en cuenta que es un derecho que la ley reconoce excepcionalmente a aquella y que esa norma se impone por exigencias de la seguridad del tráfico, lo que no obsta para que justificadamente el marido restrinja o excluya ese derecho, si bien esta medida no tendría eficacia frente a terceros de buena fe. Las facultades de la mujer subsistían para COSSÍO en el supuesto de separación de hecho, salvo que hubieran sido públicamente revocadas.

acostumbrados, o que no se inviertan en la familia, no concurriría la primera condición precisa para que surja la responsabilidad especial que contempla el artículo 1362⁴⁷⁵.

A nuestro juicio, las expresiones *consumo ordinario de la familia* (art. 62) y *gastos diarios usuales de la familia* (art. 1362) son plenamente asimilables y tienen un idéntico alcance, en tanto que los mencionados gastos comunes o habituales surgen como una consecuencia directa de los actos de consumo ordinario familiar realizados individualmente por la mujer. Cabe colegir, igualmente, que los términos *diarios* y *usuales*, empleados en el segundo artículo, son claramente redundantes, toda vez que un gasto que se genera diariamente de forma imperativa ha de ser usual u ordinario.

La responsabilidad de los bienes de la dote inestimada dispuesta en el artículo 1362 era justificada por VALVERDE alegando que la protección excesiva del patrimonio de la mujer podía ser perjudicial para la sociedad patrimonial y que, además, resultaba tan respetable o más que la dote el derecho de los acreedores por los gastos usuales de la familia. Aducía este jurista que esos dispendios no son de gran relevancia y que la ley adopta medidas al efecto de que la dote cumpla su fin, que es ayudar a sostener las cargas matrimoniales, en defecto de los bienes que por su especial naturaleza tienen este objeto⁴⁷⁶.

El fundamento del poder del que gozaba la mujer para formalizar contratos que tuvieran por objeto la adquisición de cosas relativas al consumo ordinario del hogar sin licencia de su marido radicaba para PUIG PEÑA en la existencia de un mandato voluntario tácito de aquel, de forma que la mujer realiza compras y trae al hogar todo lo que resulta necesario porque tiene ese mandato doméstico. Excluye el autor citado la tesis del mandato legal, aun cuando esta última, en su opinión, satisfacía mejor, en la práctica, los requerimientos de la seguridad del tráfico y de la buena fe de los terceros⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ MANRESA, «Art. 1.362», *Comentarios al Código Civil Español*, T. IX, *cit.*, págs. 389-390. Añadía MANRESA que los vocablos *diarios* y *usuales* parecían referirse a gastos ordinarios, no de gran importancia, entendiendo que los gastos de enfermedad podrían ser calificados como *gastos diarios usuales* solamente si estamos en presencia de una enfermedad crónica que exija una medicación constante, adquirida a diario, incluyéndose, asimismo, en el concepto legal vestido o calzado.

Por lo que respecta a los gastos extraordinarios, destaca Celia PESTAÑA RUIZ [en «Evolución jurídica de la mujer casada en el sistema matrimonial español de la época preconstitucional», *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 16, 2016, pág. 21] que la decisión sobre los mismos correspondía únicamente al marido, como se constataba en la disposición (art. 62), que excluía muebles, joyas y objetos preciosos.

⁴⁷⁶ VALDERDE, *Tratado de Derecho civil español*, T. IV, *cit.*, pág. 302.

⁴⁷⁷ PUIG PEÑA, *Tratado...*, T. II, Vol. I, *cit.*, págs. 190-191.

En consecuencia, la facultad de endeudamiento del patrimonio ganancial por deudas familiares correspondía indistintamente al marido y a la mujer, en consonancia con la especial relevancia de esos gastos para el funcionamiento del consorcio, si bien la vinculación, de orden subsidiario, *erga omnes* del patrimonio privativo de la mujer (dotal y parafernial) solo tenía lugar, *ex* artículos 1362 y 1385.2, en los débitos domésticos contraídos por ella.

4.1.1.2.2. La potestad doméstica tras la Ley de 2 de mayo de 1975

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, a la que ya nos hemos referido en el capítulo I de este trabajo, reguló, según se dijo en su momento, la potestad doméstica en el artículo 66, norma que tenía una dicción similar al actual artículo 1319.1 y que constituye el precedente normativo del mismo⁴⁷⁸. De hecho, entre ambos preceptos solo existen matices diferenciales de orden puramente formal. De este modo, la disposición derogada hablaba de que cualquiera de los cónyuges podía ejecutar los «*actos relativos a cosas o servicios para atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado*», cuando el artículo vigente alude a «*actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado*». Por otra parte, en la legislación antigua se establecía como criterio delimitador del ámbito de la potestad doméstica el «*uso del lugar y las circunstancias y posición de la misma (familia)*», en tanto que ahora se restringe ese parámetro «*al uso del lugar y a las circunstancias de la misma*». Como puede colegirse fácilmente, los dos rasgos distintivos que se exponen carecen de cualquier relevancia sustantiva, más allá de que en la regulación de 1975 la noción de potestad doméstica acaso estaba algo más perfilada⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ En relación con la potestad doméstica del nuevo art. 66, GETE-ALONSO Y CALERA [en GETE-ALONSO y SOLÉ RESINA, «Mujer y patrimonio (el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad)», *ADC*, T. LXVII-III, 2014, pág. 836] cree que la referencia explícita a las funciones correspondientes y que pertenecen a cada cónyuge dejaba entrever la posición preeminente que todavía ocupaba el marido.

⁴⁷⁹ En el apartado III (en su párrafo tercero) de la Exposición de Motivos de esta Ley, en congruencia con la plena capacidad de obrar que se reconoce a la mujer casada, se explicaba la legitimación indistinta de los cónyuges para actuar y obligarse en el ámbito de la potestad doméstica, expresando que «*si bien se suprimen las licencias, es respetado el actual régimen de los consentimientos. Se aclara, eso sí -porque en la actualidad constituye una laguna legal que la desaparición del actual artículo sesenta y dos podría hacer aún más grave-, que en aquellos casos en que se requiera el consentimiento de ambos cónyuges*

LACRUZ, glosando la reforma operada por la Ley 14/1975, concluía que la obligación que incumbe a cada cónyuge de contribución al levantamiento de las cargas familiares podía hacerse valer directamente contra él por los acreedores legítimos, esto es, los que prueben que el crédito es familiar y que había de ser satisfecho por el cónyuge accionado, aunque no haya contratado la prestación de la que dimana el citado crédito, y esto tanto cuando la obligación de la esposa era subsidiaria y se la interpelaba como si fuera fiadora de su cónyuge, como cuando esa obligación era principal⁴⁸⁰.

Lo cierto es que tras la reforma legislativa de 1975 que se analiza, salvo que se verificara una exégesis *contra legem*, no se apreciaba realmente base normativa suficiente para sostener la existencia de una responsabilidad subsidiaria (y, mucho menos, directa) de la masa privativa de la mujer (bienes de la dote inestimada y parafernales) por los débitos autónomamente producidos por su consorte en la atención de las *necesidades ordinarias de la familia*, por mucho que esta inferencia case mal con

para un acto o negocio jurídico y falte o no haya certeza suficiente de su manifestación por uno de ellos, el acto, sí no tiene lugar la confirmación, podrá ser anulado. De esta regla quedan excluidos los actos y contratos que responden a las necesidades ordinarias de la familia, para los cuales ambos cónyuges han de estimarse plenamente legitimados como medio indispensable de atender a sus obligaciones».

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN [en «Capacidad de la mujer casada y economía conyugal (Ideas para una reforma del régimen de bienes del matrimonio)», *ADC*, T. XXVIII-IV, 1975, pág. 860] exponía que existía una correlación entre las limitaciones que sufría la mujer y el régimen económico en que esta se halla en comunidad con su cónyuge, encontrando su fundamento la limitación de la capacidad de la misma como una medida de protección del marido, que implica que ni este último, ni los bienes comunes, son responsables de la gestión de aquella, a menos que el marido acepte y asuma esas responsabilidades, incidiendo en que también existía otra línea más soterrada, en la que la limitación de la mujer casada está en función de su situación como tal. Según este autor, la Reforma del CC de 1975 barrió las limitaciones de la segunda clase, si bien dejó intacta la conexión entre la plena capacidad de obrar y el régimen económico matrimonial.

Después de la reforma de 1975, como recordaba, igualmente, DÍEZ-PICAZO (en *La representación en el Derecho privado*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, pág. 77), suprimida la regla del art. 1716.2, que proscribía la aceptación del mandato por la mujer casada sin la autorización de su marido, y vigente la idea de que entre los cónyuges no hay representación legal, sino voluntaria, era plenamente válida y eficaz la actuación representativa de aquella en el ámbito de la sociedad legal, infiriendo que, en los supuestos estrictos de responsabilidad, podía dar lugar a la afección subsidiaria de la masa ganancial por aplicación del art. 1410.3 CC, porque no había razón para sostener que el precepto atendía a la responsabilidad extracontractual y no a la contractual.

⁴⁸⁰ LACRUZ BERDEJO, *El nuevo derecho civil de la mujer casada*, cit., pág. 90. Razona LACRUZ que los arts. 1362 y 1385.2, no modificados, impedían que el acreedor por débitos domésticos que contrató con el marido se dirigiera primariamente contra los bienes de la esposa, pero no se formularon pensando en el acreedor que actúa contra ambos cónyuges a efectos de que, advenida la legitimidad de la deuda del marido o de la mujer, se determine el acervo definitivamente responsable (o la proporción en que ha de responder cada masa) y se haga efectiva la responsabilidad contra el mismo.

Resalta REBOLLEDO VARELA [en *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1983, págs. 469-470] que, a la luz de los nuevos principios que inspiraron la reforma de 1975, la doctrina realizó una interpretación correctora de los arts. 1362 y 1385.2, por lo que hacía referencia a la responsabilidad de los cónyuges por débitos familiares, alcanzando esta, no solo los frutos y rentas de aquellos, sino, igualmente, en base al art. 1436, los bienes propios, comprendidos los de la mujer, que estaban vinculados frente a terceros por las deudas asumidas por mujer y marido en el levantamiento de las cargas matrimoniales.

una pretendida igualación de los cónyuges y su correlativa legitimación individual indistinta en el ámbito doméstico. Permaneciendo incólumes en su contenido los artículos 1362 y 1385.2, y a pesar de la obligación conyugal de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia, que juega en la relación interna, difícilmente se atisba qué precepto podría amparar la afección *ad extra* de los patrimonios dotal y parafernial de la esposa en el supuesto de deudas contraídas separadamente por el marido en el ejercicio de la potestad doméstica. Vinculaban, así, directamente estas, en caso de incumplimiento de la obligación de pago, el caudal común (comprendidos los frutos de los bienes parafernales) y los bienes propios de aquel (siempre en clara posición de desventaja respecto del acervo de la esposa), pero sin que los acreedores, en principio, pudieran atacar, en segunda instancia, el activo dotal, y, por insuficiencia de este y de bienes del marido, el capital parafernial, como acontecía cuando se trataba de deudas domésticas de la mujer⁴⁸¹.

Rechazando que tras la reforma el artículo 66, inspirado por la idea de reparto de funciones entre los cónyuges, supusiera una limitación de las facultades del marido para afectar los bienes gananciales, se razonaba que la restricción que implicaba, junto con otras normas, el aludido precepto en los poderes del marido respecto del acervo común se proyectaba únicamente en la órbita interna de las relaciones económicas conyugales, de donde resulta que a aquel se le habían de cargar, en el momento de la liquidación social, lo satisfecho por las obligaciones del mismo que no eran de cargo de la sociedad legal (arts. 1410, 1419)⁴⁸².

Criticaba GÓMEZ LAPLAZA que el capital del marido respondiera prioritariamente frente a una posible dote y, fundamentalmente, frente al capital parafernial, de manera que aunque los cónyuges ostenten una legitimación indistinta a los efectos de lo dispuesto en el artículo 66, la responsabilidad derivada de las actuaciones relacionadas en la norma, una vez agotado el haber común, sería exigible sobre el patrimonio del marido y, tan solo en último término, sobre la dote y bienes

⁴⁸¹ Una postura contraria a la que manifestamos era postulada, asimismo, por DÍEZ-PICAZO y GULLON (en *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV, *cit.*, pág. 130), que defendían que los actos individuales conyugales, atinentes a necesidades ordinarias de la familia, concurriendo los requisitos establecidos en el art. 66, hacen responsables a los patrimonios que deban soportar esas cargas, como la masa ganancial, sobre la que recaen las cargas familiares, y, también, el patrimonio del otro cónyuge, en el caso de que exista separación de bienes o el haber ganancial sea insuficiente.

⁴⁸² MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Artículo 66», en AMORÓS GUARDIOLA *et al.*, *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1977, pág. 991.

parafernales. Destacaba esta autora que la posibilidad de que los cónyuges pactaran que la administración de la sociedad conyugal fuera desempeñada por la mujer determinaba que la responsabilidad primaria de los bienes del marido dispuesta en el artículo 1385.2 del Código civil careciera de razón de ser, concluyendo que la solución lógica en ese caso consistiría en la afección primaria del acervo de la esposa para guardar la bilateralidad respecto al caso en que el marido fuera el administrador⁴⁸³.

4.1.1.3. El contenido de la potestad doméstica

4.1.1.3.1. Los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia

El contenido de la potestad doméstica se concreta legalmente en la atención de las *necesidades ordinarias de la familia*, concepto este, no precisamente pacífico, cuya inteligencia deviene capital para la determinación de las hipótesis en que la actuación conyugal autónoma va a desembocar en la responsabilidad patrimonial agravada asociada a la domesticidad del débito que se prevé en el artículo 1319.2⁴⁸⁴.

LACRUZ exponía que la mención normativa apunta a gestiones que representan gastos médicos y a la satisfacción de necesidades que se reiteran, con periodicidad o sin

⁴⁸³ GÓMEZ LAPLAZA, M.^a del Carmen, «Supresión de la licencia marital», *ADC*, T. XXX-II, 1977, págs. 388-389.

⁴⁸⁴ En la regulación inicial del CC, el derogado art. 62, en su inciso primero, que excepcionaba la imposibilidad, recogida en el art. 61, de la mujer de obligarse sin licencia marital, sancionaba la validez de las compras efectuadas por aquella de *cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia*. Se interpretaba por COSSÍO (en *La sociedad de gananciales...*, *cit.*, págs. 119-120) que la norma concedía facultades a la mujer casada para todos los actos propios de la vida doméstica que tuvieran un carácter normal, alusivos al sustento, habitación, vestido, asistencia médica, según la posición social de la familia, y remarcaba que se dotaba a la mujer de verdadera autonomía, que la constituía, más que en representante legal de su marido, en un órgano necesario para un funcionamiento normal de la sociedad conyugal. Para ROYO MARTÍNEZ (en *Derecho de Familia*, *cit.*, pág. 117), aunque el Código usara el término *compras*, no había que restringir este al contrato de compraventa, sino que comprendía también todos los negocios adquisitivos de cosas o servicios necesarios para la vida ordinaria familiar, refiriéndose el adjetivo *ordinario* al «rango social, fortuna, costumbres y modo habitual de vivir» de la familia (STS de 18 de junio de 1917). Comentaba ROYO que la excepción del art. 62.1 no atendía exclusivamente a aquellos alimentos imprescindibles para no fallecer por inanición, sino que se extendía a todo lo que fuera compatible con el tono general de la casa. Evidenciaba LACRUZ (en *La potestad doméstica...*, *cit.*, págs. 98 y 99 -nota 131-) que en la meritada STS de 18 de junio de 1917, en la que el Alto Tribunal había avalado la validez de un contrato de compraventa de diversos efectos (sombreros, trajes, manguitos y estola) adquiridos, en distintas ocasiones, por una mujer, y no pagados por ella, y la subsiguiente condena del marido al abono de la deuda como legal representante de aquella, el TS siguió el criterio del tren de vida para incluir en el ámbito del art. 62 esas compras, argumentando a tal efecto la resolución que «*por sus condiciones, clase, precio y circunstancias se armonizan perfectamente y son los usuales y proporcionados al rango social, fortuna, costumbres y modo habitual de vivir de la compradora, una vez que se trata de prendas de vestir destinadas al uso personal de la demandada*». Aplica idéntica doctrina la STS de 13 de diciembre de 1919.

ella, tratándose de gastos usuales, en función de los usos sociales, locales y familiares, siendo los gastos usuales y las cosas o servicios corrientes según el tenor de vida familiar, la clase a la que pertenece y la concepción que se tiene de esta clase desde una óptica económica y social. Concluía el ilustre civilista que frente a terceros los actos son válidos cuando los mismos presenten una apariencia de regularidad, aunque no sean regulares, «*como si un cónyuge compra sendas vajillas en veinte comercios diferentes*»⁴⁸⁵.

Las *necesidades ordinarias de la familia* son, propiamente, teniendo en cuenta la acepción del vocablo *ordinarias*, aquellas necesidades comunes, regulares y que se reiteran habitualmente en un ámbito familiar concreto e individualizado, lo que excluiría, por lo tanto, las atenciones extraordinarias que no quepa reputar comprendidas en el gobierno diario del hogar. Entre los actos susceptibles de engendrar deudas domésticas pueden relacionarse, entre otros, los atinentes a alimentación, vestido, educación o equipamientos, suministros y reparaciones ordinarias de la vivienda familiar. Sin embargo, parece baldío cualquier intento de sistematizar o acotar casuísticamente la mención legal, toda vez que el carácter ordinario de la necesidad estará subordinado al nivel de vida del grupo familiar en cuestión, de modo que, con evidencia, la misma necesidad, partiendo de una diferente situación patrimonial, podría ser calificada simultáneamente como ordinaria en relación con una familia y como extraordinaria respecto de otra. Está imbuido, en fin, el concepto que se analiza de una nota de relatividad que hace precisa una labor hermenéutica *ad hoc* y singularizada para apreciar su existencia, valorando, como se ha dicho, al efecto el estatus económico y social del núcleo familiar⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ LACRUZ, *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 285. Mantiene una posición parecida Enrique QUIÑONERO CERVANTES (en «Notas sobre el deber de contribución a las cargas de la familia», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, págs. 699-700), que identifica *necesidades ordinarias* con gastos corrientes de una casa, los cuales no son extraordinarios por su carácter de corrientes, excediendo otra clase de gastos de la denominada potestad doméstica y, por ello, del marco del art. 1319 CC.

⁴⁸⁶ Indica MONFORT FERRERO (en *La responsabilidad de los cónyuges ante las necesidades...*, *cit.*, pág. 34) que las necesidades ordinarias, en contraposición a las extraordinarias, excluidas estas del ámbito del precepto, son las que se producen diariamente en la vida de una familia. Constata PASTOR ÁLVAREZ (en *El deber de contribución a las cargas familiares...*, *cit.*, págs. 185-186 y 188) que, a partir de una exégesis amplia, en los actos domésticos se incluyen los gastos orientados a la cobertura de las necesidades primarias de la familia como grupo social y de los individuos que la constituyen (alimentación, cuidado personal, educación, vestido...), pretendiendo el legislador establecer un contenido mínimo al que ha de adecuarse la actuación patrimonial de los cónyuges. Infiere PASTOR que la potestad doméstica no es un estándar rígido e igualitario para todas las familias, debiendo estarse a la

En la noción de *necesidades ordinarias de la familia*, MORALES MORENO, comentando el artículo 66 del Código civil introducido en 1975, viene a englobar las

cuantía y proporcionalidad del gasto en relación con el ámbito social en el que se inserta la familia y el tenor de vida que mantiene dentro de lo que se reputa como usual.

Por lo que respecta a la doctrina judicial, a título de ejemplo, la SAP de Bizkaia de 16 de febrero de 2015 (TOL4.806.417) incardina dentro del ejercicio de la potestad doméstica del art. 1319 la realización de actuaciones dirigidas a prestar asistencia sanitaria a los miembros del núcleo familiar, como lo son cada uno de los cónyuges.

Un supuesto que juzgamos interesante y revelador de los límites de la potestad doméstica es el tratado en el AAP de Madrid de 30 de marzo de 2006 (TOL6.372.477). Esta resolución rechaza la cualidad ganancial de la deuda hipotecaria contraída por la esposa, quien se subrogó, con consentimiento de su marido, en la obligación (frente a la entidad bancaria prestamista) de la constructora que le había vendido un inmueble a aquella, afirmando, en apoyo de su inferencia, que «*las que el código llama necesidades ordinarias de la familia son los gastos corrientes del vivir diario, tales como alimentación, vestido, enseñanza, suministros de luz, agua, gas, etc. y su naturaleza es la propia de los bienes consumibles (art. 337 del código civil; se consumen o desaparecen con el uso adecuado a su naturaleza)*». Añade el auto judicial que la compra de un inmueble, aunque sea la vivienda familiar, no constituye un gasto ordinario o corriente, sino que ha de catalogarse «*como inversión y su naturaleza de bien raíz comporta permanencia en el tiempo que excluye la desaparición o consumo por el uso*». Por nuestra parte, hemos de significar que, si bien es evidente que la adquisición de un inmueble por un cónyuge, en principio, no puede producir una deuda doméstica consorcial, lo cierto es que desconocemos la razón por la que en la ejecución no se aduce y colige la ganancialidad del débito *ex art.* 1367 CC.

A su vez, la SAP de Valencia de 22 de marzo de 2018 (TOL6.638.436) invoca el art. 1319 (en relación con el art. 1362) para presumir que cuatro disposiciones de efectivo depositado en una cuenta conjunta de los cónyuges -por un importe total de 4.050 euros-, realizadas por el marido tras la ruptura de la convivencia y con carácter previo a la disolución del matrimonio por divorcio, estaban destinadas al levantamiento de las cargas familiares, porque, según el órgano judicial, en aquella cuenta se continuaban efectuando tanto disposiciones como ingresos. Asimismo, la SAP de Álava de 29 de septiembre de 2010 (TOL1.997.833) califica como gastos corrientes a cargo de la comunidad, contemplados en el art. 1319, y no reintegrables al acervo social, distintas extracciones de dinero ejecutadas por el esposo, una vez producida la separación de hecho y antes de la disolución de la sociedad, para atender gastos de alquiler de la vivienda, seguro del vehículo, cuota de sindicato y seguro de jubilación. Por su parte, la SAP de Cuenca de 18 de marzo de 2014 (TOL4.184.205) concluye que determinadas disposiciones de numerario ganancial ejecutadas por un cónyuge, quien transfirió aquel a otra cuenta bancaria también consorcial, se enmarcan en el ejercicio de la facultad que corresponde a cada cónyuge *ex art.* 1319.

En un sentido contrario, la SAP de Murcia de 16 de diciembre de 2008 (TOL1.633.680) rechaza que transferencias de dinero ganancial, ordenadas por un cónyuge vigente el consorcio, a una cuenta de la titularidad de este tuvieran por objeto la atención de necesidades ordinarias de la familia -art. 1319-, arguyendo al efecto el número de transferencias realizadas, que el cónyuge ordenante fuera el beneficiario de las mismas, así como que esas disposiciones tuvieron lugar cuando ya había acontecido la ruptura de la relación conyugal, en orden a lo que se infiere un ánimo de distraer el dinero del activo de la sociedad de gananciales. En la SAP de Ávila de 27 de marzo de 2009 (TOL1.511.896) se resuelve que el gasto derivado del asesoramiento fiscal prestado para la realización de las declaraciones tributarias de un cónyuge, contratado por su consorte, no es un gasto verificado para subvenir a las necesidades ordinarias de la familia y, por lo tanto, no se incardina en el ejercicio de la potestad doméstica, si bien entiende la AP que en el caso analizado existía un mandato tácito de la esposa para que el marido se encargara del cumplimiento de las obligaciones fiscales de la primera, ratificando la condena de aquella al abono de la cantidad reclamada por tal asesoramiento. La SAP de Málaga de 19 de abril de 2017 (Cendoj-ECLI:ES:APMA:2017:1726) considera que la disposición de numerario ganancial por el esposo por un importe de casi 40.000 euros, con carácter previo y posterior a la separación *de facto* del matrimonio, no estaban destinadas a atender las necesidades ordinarias de la familia, teniendo en cuenta la relevancia de las sumas retiradas, *a todas luces excesivas para el simple levantamiento de las cargas familiares*.

atenciones de la familia, de orden personal, cuya gestión sea obligatoria para los cónyuges y que hayan de cubrirse a cargo de la economía matrimonial⁴⁸⁷.

Las deudas domésticas, como es fácilmente comprensible, pueden dimanar de cualesquiera actos o negocios jurídicos de los cónyuges, siempre que se ejecuten o formalicen con la finalidad de atender las *necesidades ordinarias de la familia*, en el sentido previamente desarrollado, de forma tal que cabe que tengan repercusión doméstica los contratos de venta, mandato, arrendamiento o, incluso, el préstamo, cuando este se pacta para obtener numerario con la orientación prevista en el artículo 1319.1, habida cuenta que su carácter módico soslaya los riesgos excesivos para la sociedad legal⁴⁸⁸.

Cualquier tentativa de asimilar o equiparar automáticamente las cargas matrimoniales o familiares y la noción de potestad doméstica, con independencia de disquisiciones doctrinales de diverso signo que puedan propugnar lo contrario, colisiona con el muro infranqueable de la propia dicción legal. Esta discierne expresamente, si bien no con la precisión deseable, entre las *cargas del matrimonio* del artículo 1318.1, norma de contribución de régimen primario que tiene su traducción en la carga de la sociedad del artículo 1362.1.^a, y las *necesidades ordinarias de la familia* del artículo 1319, que es un precepto de responsabilidad que delimita, con parquedad y de forma general, en su apartado primero, el contenido de la reseñada potestad doméstica. El corolario de esta última disposición en el sistema ganancial se halla en el artículo 1365.1.º, inciso primero, que consagra, en la esfera externa, la consorcialidad de los débitos separadamente contraídos por los cónyuges en el ejercicio de la reiterada potestad. La potestad doméstica es funcionalmente más limitada en su alcance que las cargas matrimoniales, por cuanto que estas engloban los gastos extraordinarios operados por los cónyuges con la finalidad del artículo 1362.1.^a, excluidos del concepto de potestad doméstica de acuerdo con una exégesis literal de lo normado positivamente.

⁴⁸⁷ MORALES MORENO, «Artículo 66», *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, pág. 993.

⁴⁸⁸ LACRUZ, *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 285. En concreto, sobre la condición doméstica del contrato de préstamo separadamente formalizado, dice REBOLLEDO (en *Separación de bienes en el matrimonio...*, *cit.*, págs. 485-486) que han de concurrir tres requisitos para que aquel pueda entenderse comprendido en el art. 1319.1 y desencadene la afección supletoria del patrimonio del otro cónyuge: oportunidad del préstamo, incluyéndose quizás los concertados unilateralmente que devengan precisos para subvenir las necesidades familiares más vitales; proporcionalidad de la cuantía prestada en relación con las necesidades que han de satisfacerse; y que se pruebe convenientemente, no ya la finalidad por la que se concierta, sino la utilización efectiva del numerario prestado en la atención de esas necesidades.

A partir de ese distinto contenido de los artículos 1362.1.^a y 1365.1.^o, que se proyectan en el ámbito interno y externo de la comunidad, respectivamente, se indica que el Código civil no legitima en todo caso la actuación individual del otro cónyuge aunque su finalidad obedezca al levantamiento de las cargas familiares, sino, de modo exclusivo, cuando el gasto no sea excesivo, el mismo pueda calificarse como necesidad ordinaria de la familia, se realice con arreglo a las circunstancias familiares y el uso del lugar y, por último, aquel dimanar de la atención de necesidades encomendadas al cónyuge deudor⁴⁸⁹.

En una línea rupturista con el concepto clásico de potestad doméstica, PEREDA GÁMEZ afirma que el ejercicio de esta potestad ha de extenderse a todo tipo de actos necesarios para la familia, superando la dicotomía «gastos ordinarios-gastos extraordinarios», fundamentada en criterios de frecuencia temporal o cuantía económica del gasto, centrando la atención en el aseguramiento del «uso y consumo», frente a los gastos de inversión o patrimonialización. Para el citado autor, teniendo en cuenta la vigencia del principio de igualdad, ha de reinterpretarse el artículo 1319, deviniendo intrascendente que el «acto» sea ordinario, como imponía la normativa derogada, sino que lo capital es que la «necesidad» lo sea, derive la misma de un acto ordinario o extraordinario, periódico o no y urgente o no⁴⁹⁰.

La distinción conceptual entre *gastos extraordinarios* y *necesidades ordinarias de la familia* en el marco de la potestad doméstica se evidencia con flagrantia en la ley 54 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, que, en su párrafo primero, dispone que «*cualquiera de los cónyuges por sí solo puede disponer de los bienes comunes y obligar a la sociedad conyugal para atender a los gastos urgentes, aun extraordinarios, y a las necesidades ordinarias de la familia conforme a las circunstancias de ésta y al uso del lugar, sin perjuicio de los reembolsos que procedan*»⁴⁹¹. Estas obligaciones individualmente asumidas son de cargo y

⁴⁸⁹ PASTOR ÁLVAREZ, *El deber de contribución...*, cit., pág. 400. Puntualiza PASTOR que para que un gasto extraordinario dirigido a atender las cargas familiares vincule los bienes comunes frente a los acreedores se exige el consentimiento de ambos cónyuges, ex arts. 1375 y 1367. Si ese gasto extraordinario es urgente, será suficiente a efectos de la afección *erga omnes* de los bienes gananciales el consentimiento de un solo cónyuge, de acuerdo con el art. 1386 CC (*ibíd.*, págs. 398-399).

⁴⁹⁰ PEREDA GÁMEZ, Francisco Javier, *Las cargas familiares. El régimen económico de las familias en crisis*, LA LEY, Madrid, 2007, págs. 283-284.

⁴⁹¹ Cfr. ley 80.3 tras la modificación realizada por la reseñada Ley Foral 21/2019. En relación con esta reforma, la nueva ley 92, en su apartado primero, reitera que las obligaciones asumidas por un cónyuge en cumplimiento de obligaciones legales de inexcusable ejercicio, comunes a ambos cónyuges, al margen de

responsabilidad de la sociedad de conquistas, discerniéndose en la ley 84, apartado primero, relativa al pasivo definitivo de aquella, entre cargas matrimoniales -ley 84.1.1- y obligaciones provenientes del ejercicio de la potestad doméstica -ley 84.1.6-⁴⁹².

En la noción de *familia* del artículo 1319.1, que no aparece delimitada subjetivamente, habrán de entenderse comprendidos, tal como se dispone para las cargas matrimoniales en el artículo 1362, cuando menos, cónyuges e hijos comunes o de uno solo de los cónyuges dependientes, estos últimos incluso aun cuando no convivan en el hogar familiar, conforme determina el artículo 1362.1.^a.2, inciso segundo. Este precepto, en los términos ya reseñados, consagra, anómalamente por su ubicación, una regla de responsabilidad externa y provisional, en tanto en cuanto el gasto dimanante de

la afección directa y solidaria de bienes propios del deudor y comunes, generan la responsabilidad subsidiaria del caudal privativo del otro cónyuge.

⁴⁹² Refiriéndonos a otras normativas forales, puede significarse que, en el «Código del Derecho Foral de Aragón», en el régimen del consorcio conyugal, cualquiera de los cónyuges puede responsabilizar directamente, al margen de los propios, los bienes comunes y, subsidiariamente, el patrimonio privativo de su consorte por los débitos contraídos por el mismo en «*las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que convivan con el matrimonio*», contribuyendo los cónyuges por mitad o en la proporción pactada, en la relación interna, en defecto de bienes comunes, según resulta de los arts. 218.1.a), 219.2, 220 y 221. Por su parte, en el art. 189 se dispone la vinculación solidaria de los cónyuges frente a terceros de buena fe por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos en la satisfacción de las necesidades familiares. Esta normativa tiene como precedente el art. 43.1 de la Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre compilación del Derecho civil de Aragón, inserto en la regulación del pasivo de la comunidad, disposición que declaraba la responsabilidad solidaria de los cónyuges, en defecto de bienes comunes, por las deudas relativas a las cargas matrimoniales, matizando que en la relación interna cada cónyuge contribuiría por mitad. Comentando esta última norma, RAMS ALBESA (en «El pasivo del régimen matrimonial legal aragonés», *RCDI*, n.º 598, mayo-junio 1990, págs. 968-969 y 972-973) decía que la expresión *en defecto de bienes comunes* se refería tanto a la ausencia de bienes como a su insuficiencia para afrontar los débitos, infiriendo que en el caso de que el acreedor no resultara satisfecho por el deudor este podría agredir indistintamente los bienes que pertenecen a la economía familiar, los de cualquiera de los cónyuges, por cuanto que la existencia y suficiencia o no de los comunes es un aspecto que corresponde a la relación intramatrimonial.

A su vez, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en su art. 231-5, apartado primero, define como gastos familiares «*los necesarios para el mantenimiento de la familia, de acuerdo con los usos y el nivel de vida familiar, especialmente los siguientes: a) Los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio, de acuerdo con la definición que de ellos hace el presente código. b) Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de las viviendas o demás bienes de uso de la familia. c) Las atenciones de previsión, las médicas y las sanitarias*». En cuanto a la relación *ad extra*, determina el art. 231-8 la responsabilidad solidaria de ambos cónyuges por las deudas asumidas en la atención de necesidades y gastos familiares ordinarios con arreglo a usos y nivel de vida de la familia. En el art. 232-35 de ese cuerpo legal, referente al régimen económico de comunidad de bienes, se declara la responsabilidad *solidaria* de los bienes comunes y de los del cónyuge deudor y la subsidiaria del haber privativo del otro cónyuge por las deudas generadas en la atención de los gastos familiares.

la deuda doméstica ganancial por la alimentación y educación de esos hijos no convivientes no se integra en el pasivo consorcial definitivo⁴⁹³.

4.1.1.3.2. La dualidad de roles en el ámbito de la potestad doméstica

Cuando el artículo 1319.1 introduce el inciso «*encomendadas a su cuidado*», para matizar las *necesidades ordinarias* susceptibles de ser atendidas por cada cónyuge, lo que está reconociendo es la posible existencia de una dualidad de roles o esferas de actuación o de gestión de los cónyuges en el ámbito doméstico. La operatividad de este reparto competencial, por razones de elemental seguridad jurídica, y de modo congruente con la naturaleza protectora de los intereses de los terceros que subyace en la regla de responsabilidad contenida en el artículo 1319, habrá de reconducirse exclusivamente a la relación interna entre los cónyuges. Esta restricción obedece a que es imposible, por definición, que los terceros contratantes, a los que tan solo les basta, a los efectos de contar con la garantía patrimonial incrementada propia de los débitos domésticos, la mera adecuación formal o aparente del acto conyugal autónomo que produce estos a las pautas que delimitan legalmente el contorno de la potestad doméstica, puedan o deban conocer una eventual distribución interna de facultades por los cónyuges en orden a la satisfacción de las atenciones familiares⁴⁹⁴.

⁴⁹³ Dice MONFORT FERRERO (en *La responsabilidad de los cónyuges...*, *cit.*, págs. 38-39) que el art. 1319 está más próximo al concepto de familia nuclear, integrada por la pareja e hijos, que al de familia linaje, formada por todas las personas que mantienen un vínculo de parentesco, excluyendo aquella autora del ámbito de la norma a los parientes de los cónyuges que no habiten en el hogar familiar e incluyendo a las personas empleadas en el hogar, dado que contribuyen a la satisfacción de las necesidades ordinarias de la familia.

Esta eventual inclusión en el marco del art. 1319 de los débitos generados separadamente por un cónyuge en la atención de necesidades ordinarias de terceros que no forman parte del grupo familiar en sentido estricto ha de rechazarse, porque la dicción literal del precepto no ampara semejante exégesis extensiva. Una cosa es que el salario de una persona empleada en el hogar, contratada por cualquiera de los cónyuges, constituya una deuda ganancial y otra muy distinta que los actos conducentes a atender las necesidades ordinarias de aquella puedan producir un débito doméstico en el sentido contemplado en la disposición, que ha de restringirse, en su aspecto subjetivo, exclusivamente, a los integrantes de la familia.

⁴⁹⁴ Curiosamente, en la primera versión del precepto que se recogía en el Proyecto de ley de 14 de septiembre de 1979, frente a la dicción del antiguo art. 66 CC y, asimismo, al tenor del concordante art. 1362.1.º del Proyecto de 1978, se empleaba, creemos que por error, el término *encomendada*, en singular, de tal modo que el vocablo en cuestión calificaba, no a las necesidades ordinarias familiares, sino a la familia, lo que, en la práctica, se traducía en la inexistencia de cualquier referencia a la distribución interna de funciones entre cónyuges. Esta circunstancia fue resuelta tras la aceptación de la enmienda n.º 402 del Grupo Centrista-UCD en el dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, aunque inexplicablemente la Ponencia había propuesto mantener la expresión en singular, y la ulterior aprobación del texto del artículo por el Pleno del Congreso conforme al reiterado dictamen. En la motivación de la enunciada enmienda, germen de la norma vigente, se apuntaba, con toda lógica, que *lo encomendado no es la familia, sino las necesidades, y por ello deben concordar en género y número* [Cfr.

En apoyo de esta posición que mantenemos sobre la ausencia de virtualidad *ad extra* de la concreta configuración competencial que, en el orden interno doméstico, haya sido convenida por los cónyuges, se argumenta que tal diversidad de parcelas de la vida familiar *encomendadas al cuidado* de un cónyuge es interna y no puede limitar la actuación *erga omnes* de aquellos, salvo que esta actuación sea manifiestamente impropia, por cuanto que, de manera general, esa división de funciones no será tan aparente ni puede ser conocida por los contratantes, a los que no cabe exigirles que investiguen sobre la circunstancia referida⁴⁹⁵.

En contra de esta irrelevancia del reparto de roles entre los cónyuges en la esfera externa, REBOLLEDO VARELA aduce que en el artículo 1319 no se concede a cualquiera de los cónyuges plena legitimación para producir deudas domésticas de las que deriva la responsabilidad de ambos, sino una legitimación dentro de la esfera propia de cada esposo. Colige este autor que esto deviene criticable porque limita el ámbito de la potestad doméstica, tendente a ampliar los bienes responsables cuando un cónyuge contrae un débito orientado a atender necesidades ordinarias de la familia, de modo que si es usual que cierta necesidad sea atendida por la mujer el contrato perfeccionado por

BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 71-I, de 22 de mayo de 1980, pág. 348/17; y *Código Civil (Reformas 1978-1983)...*, cit., pág. 338].

Concretamente, el art. 1319.1 del Proyecto de 14 de septiembre de 1979 disponía que *cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos relativos a cosas y servicios para atender las necesidades ordinarias de la familia encomendada a su cuidado, conforme al uso del lugar y las circunstancias de la misma* (Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 71-I, de 14 de septiembre de 1979, pág. 326). Nótese que el precepto en cuestión es una reproducción casi literal del derogado art. 66, introducido en la reforma de 1975, careciendo de todo sentido, en nuestro criterio, la novedosa utilización en singular del término *encomendada*.

En la defensa en el Pleno del texto del artículo según el dictamen de la Comisión, enmendado por el Grupo Andalucista (Enmienda n.º 160) y por el Grupo Minoría Catalana (Enmienda n.º 388), el Sr. Escartín Ipiéns, Diputado del Grupo Parlamentario Centrista, no obstante afirmar que la división funcional del trabajo que se opera de hecho entre los cónyuges es lo que justifica la norma, venía a matizar después que los cónyuges podían actuar en el ejercicio de la potestad doméstica y que luego vendría la distribución interna de las responsabilidades entre los patrimonios de aquellos, *pero la responsabilidad frente a terceros es la razón de ser de esta norma. Porque si un cónyuge, en el ejercicio de la potestad doméstica, no puede comprometer el patrimonio del otro, vuelvo a repetir, la norma sobraría, cualquiera que fuera el régimen matrimonial* (Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 139, de 17 de diciembre de 1980, pág. 8897). Semeja que se estaba aludiendo por el parlamentario citado a la inoperancia del reparto de roles en la órbita externa y a la subsiguiente legitimación conyugal indistinta para contraer débitos domésticos con la repercusión patrimonial prevista en el precepto.

⁴⁹⁵ LACRUZ, *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, cit., págs. 283-284. Indica este autor que debe de liquidarse en la relación intraconyugal cualquier acto que resulte excesivo.

Esta restricción del juego del reparto de competencias domésticas por los cónyuges al plano interno es compartida por DÍEZ-PICAZO y GULLÓN [en *Sistema...*, Vol. IV (T. 1), cit., pág. 139], para los cuales no parece que los terceros acreedores por débitos causados por la atención de necesidades ordinarias de la familia, protegidos en exceso frente a otros acreedores, tengan que verificar exhaustivamente que la actuación conyugal disyunta no excede de las atribuciones del cónyuge, ya que el legislador utiliza un criterio externo de concreción de su poder, cual es el uso del lugar y las circunstancias de la familia.

el marido para subvenir a la misma vincularía a este último personalmente, pero no el caudal del otro⁴⁹⁶.

Esta trascendencia a la relación externa de la división de funciones de carácter doméstico a la que se alude en el artículo 1319.1 es mantenida también por BELLO JANEIRO. Infiere el citado civilista que esa limitación de la norma ha de interpretarse con amplitud frente a los terceros, en el sentido de entender que existe de forma permanente un mínimo de poder irreductible de ambos cónyuges, de modo que los acreedores no podrán actuar contra los bienes del cónyuge no contratante cuando su ámbito competencial haya sido invadido groseramente por su consorte, siendo esta intromisión fácilmente reconocible por el tercero, con la consecuencia de la inaplicación del artículo 1319⁴⁹⁷.

En nuestro criterio, sin embargo, la legitimación indistinta de los cónyuges para vincular directamente los bienes comunes, y, supletoriamente, el acervo propio del otro cónyuge, por las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica no se halla mediatizada, *prima facie*, en absoluto por la particular función desempeñada por cada partícipe a la hora de atender las necesidades familiares, intrascendente en el tráfico jurídico. Lo realmente relevante es que la actuación conyugal unilateral responda aparentemente a la finalidad prevista en el artículo 1319.1, considerando, en este sentido, con arreglo a lo prescrito en esta disposición, y como se entiende comúnmente, el estatus socioeconómico del grupo familiar⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*, cit., págs. 493-494.

Para Antonio Javier PÉREZ MARTÍN [en *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, en *Tratado de Derecho de Familia*, T. V, Vol. 1, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 68] la expresión «encomendadas a su cuidado» parece legitimar solamente la actuación del cónyuge que tiene directamente a su cargo las labores cotidianas de atención a la familia.

⁴⁹⁷ BELLO JANEIRO, *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge...*, cit., pág. 420.

MORALES MORENO (en «Artículo 66», *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, cit., pág. 995), concluyendo la operatividad *ad extra* del reparto de funciones entre los cónyuges mencionado en el art. 66 tras la reforma de 1975, consideraba que esta disposición no dotaba a los cónyuges de plena legitimación para generar cargas familiares, sino tan solo una legitimación relativa en atención a su cometido familiar, imponiendo la seguridad de los terceros y el interés familiar el establecimiento de sectores mínimos de legitimación individual y criterios para su extensión.

⁴⁹⁸ CUADRADO PÉREZ (en «El régimen económico matrimonial. Disposiciones...», cit., pág. 205) expone que la distribución interna por los cónyuges de los actos de potestad doméstica se justifica porque las condiciones culturales o económicas de los mismos pueden ser diferentes y, por esta circunstancia, cabe convenir un reparto de funciones entre ellos acorde con esas características, si bien tal asignación de funciones no sería oponible a terceros.

Lo dicho hasta ahora excluye por completo la virtualidad en la relación *ad extra* del pacto capitular por el que cada uno de los cónyuges se arroge en exclusiva determinadas funciones atinentes al ejercicio de la potestad doméstica, supuesto que será sumamente infrecuente. Juzgamos que esa estipulación contraviene el carácter imperativo del artículo 1319, porque esta norma establece una legitimación indistinta para contraer deudas domésticas, no subordinada al reparto interno de roles entre cónyuges, y es nula de pleno derecho *ex* artículo 1328, por lo que, aunque las capitulaciones accedan al Registro Civil, tal convención, que subvierte el régimen de responsabilidad legalmente dispuesto, no sería oponible a terceros. A estos les bastará la simple apariencia de regularidad de la actuación conyugal para mantener la consorcialidad de la deuda doméstica *ex* artículo 1365.1.º y la ulterior afección directa de los bienes gananciales y la subsidiaria de los bienes propios del consorte del deudor⁴⁹⁹.

4.1.1.3.3. La delimitación externa de la legitimación para contraer deudas domésticas

La legitimación individual de cada cónyuge para afectar frente a terceros el patrimonio común por deudas de naturaleza doméstica aparece delimitada externamente por el hecho de que el acto del que derive el débito sea *conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma* (de la familia), como literalmente dispone el artículo 1319.1 *in fine* *ex* Código civil. Si la actuación conyugal se atiene en apariencia a esos dos parámetros, y con independencia de que internamente, en la relación entre cónyuges,

⁴⁹⁹ La virtualidad frente a terceros de esa convención capitular de distribución de funciones domésticas entre cónyuges es negada por Francisco de A. GARCÍA SERRANO [en «Notas sobre el trabajo doméstico (A propósito de los artículos 1.319,1 y 1.438 del Código Civil)», *ADC*, T. XXXVIII-III, 1985, pág. 596], que señala que los terceros podrán desconocer el aludido reparto de funciones documentado capitularmente, tanto porque respecto de ellos ha de prevalecer la atribución *erga omnes* establecida legalmente, como considerando el principio legitimador de la apariencia. Este rechazo de la trascendencia *ad extra* del reparto competencial intraconyugal plasmado en capitulaciones es compartido también por ÁLVAREZ-SALA WALTHER (en «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica...», *cit.*, págs. 38-39), el cual mantiene que la posible atribución de la atención de determinadas necesidades domésticas a uno de los cónyuges no resta legitimación en la esfera externa a su consorte para subvenir a las mismas, comprometiendo todos los bienes matrimoniales, comunes o privativos, abonando esta exégesis el que el art. 1319.2 se pronuncia en términos impersonales al declarar la extensión de la responsabilidad. Asimismo, María Teresa PÉREZ GIMÉNEZ (en «Capitulaciones matrimoniales y pactos que modifican el principio de cogestión establecido en el artículo 1375 del Código civil», en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, *cit.*, pág. 380) expresa que los cónyuges pueden distribuir libremente en la relación interna las competencias para atender las necesidades ordinarias de la familia, pero en el aspecto externo, en la relación con terceros, atendiendo a la imperatividad del art. 1319, no es viable que aquellos alteren el régimen de responsabilidad establecido en esa disposición en función de si se rigen por un régimen de gananciales o de separación de bienes.

exceda del ámbito de la potestad doméstica, la deuda generada será ganancial y desencadenará, en caso de incumplimiento, la responsabilidad patrimonial consecuente con esa condición, específicamente prevista en el artículo 1365.1.º, inciso primero, en relación con el artículo 1319.2⁵⁰⁰.

Se alude por SAIZ GARCÍA a que el hecho de que la conducta del cónyuge deudor no se adecuase a los usos del lugar podría afectar a la responsabilidad del otro cónyuge, dado que el conocimiento de ese aspecto es objetivamente más probable para el acreedor, restringiéndose la afección del patrimonio ganancial a la parte de los gananciales que pertenece al cónyuge deudor. En cuanto al límite consistente en las circunstancias de la familia, cuya concreción previa es imposible, no parece viable su apreciación externa, pero, si tales circunstancias fueran conocidas por los terceros, debería seguirse la solución anterior⁵⁰¹.

La referencia al *uso del lugar y las circunstancias de la familia* implica que, a los efectos de la aplicabilidad de la norma, los cónyuges no pueden celebrar cualesquiera actos o contratos para atender las necesidades ordinarias de la familia, sino, limitadamente, los que sean usuales en el lugar donde se celebran y consecuentes con las circunstancias familiares⁵⁰².

Al parámetro del *uso del lugar* se le ha otorgado una doble funcionalidad, para decidir si estamos en presencia de necesidades ordinarias de la familia y para dilucidar al cuidado de qué cónyuge están encomendadas, siendo un uso social generalizado en el ámbito espacial en el que los actos se ejecutan, no una norma consuetudinaria ni usos normativos o interpretativos, y debiendo considerarse los usos individuales de la familia en cuestión y los de los cónyuges, que pueden ratificar el *uso del lugar* o desviarse del mismo⁵⁰³.

⁵⁰⁰ Por lo que se refiere a la relevancia de la *apariencia* de la actuación doméstica del cónyuge a los efectos de la afección externa de los bienes comunes, dice GORDILLO CAÑAS (en «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia», *ADC*, T. XXXV-IV, 1982, pág. 1151) que, en la relación con terceros, aquella actuación compromete bienes comunes, y de forma subsidiaria los propios del otro cónyuge, si *externamente* es adecuada al uso y circunstancias familiares, aun cuando el reiterado acto sea extralimitado o excesivo *ad intra*, legitimando la apariencia al cónyuge en beneficio de los terceros que confían en la misma para actuaciones que sujetan la masa común.

⁵⁰¹ SAIZ GARCÍA, *Acreedores de los cónyuges y régimen...*, *cit.*, pág. 53.

⁵⁰² TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, «La administración de los bienes comunes en la sociedad de gananciales», *RDP*, n.º 69, 1985, pág. 747.

⁵⁰³ DÍEZ-PICAZO, «Art. 1.319», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, *cit.*, pág. 1504. Para GARCÍA SERRANO (en «Notas sobre el trabajo doméstico...», *cit.*, pág. 593) los usos

El *uso del lugar*, si nos atenemos al significado de la expresión normativa, que es lo más objetivo y procedente, se correspondería con la costumbre o hábito del lugar donde resida el grupo familiar. No cualifica este criterio la distribución interna de facultades domésticas entre los cónyuges, que depende exclusivamente de la voluntad de los mismos y no de elementos externos a aquella, y como resulta, por otra parte, en el plano gramatical, por la propia ubicación del inciso en el artículo 1319.1, separado por un coma del anterior («*encomendadas a su cuidado*»), e independiente, por tanto, de este, y conectado en el plano sintáctico con el primero («*actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia*»). Integra, en suma, el *uso del lugar* un concepto jurídico indeterminado, que habrá de ser ponderado, complementariamente a las circunstancias familiares, para delimitar las necesidades ordinarias que pueden ser atendidas individualmente por cada cónyuge.

Se ha dicho, analizando el antiguo artículo 66 del Código civil, que *el uso del lugar y las circunstancias de la familia* integran el módulo que mide en cada familia la potencial magnitud de sus necesidades y limita la legitimación conyugal para crear cargas familiares en su atención, teniendo el citado módulo, además de una dimensión objetiva o real (conformada por las auténticas posibilidades de la familia), que opera en la relación interna familiar, otra aparente, que es lo que el grupo familiar concreto quiere representar en su medio y que prevalecerá frente a terceros⁵⁰⁴.

constituyen un elemento interpretativo de la voluntad conyugal, tácitamente convenida o expresamente manifestada, haciendo alusión la mención legal tanto a los usos del lugar relativos a una generalidad (familias de una zona geográfica o pertenecientes a determinada clase social o profesional) como a los usos seguidos por una familia en concreto, los cuales no son sino expresiones de consentimiento tácito.

⁵⁰⁴ MORALES MORENO, «Artículo 66», *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, págs. 994-995.

Considera REBOLLEDO VARELA (en *Separación de bienes...*, *cit.*, págs. 500-501) que la sujeción subsidiaria del patrimonio privativo del consorte del deudor exige, no solo que el acto doméstico ejecutado de manera disyunta para atender necesidades ordinarias familiares, encomendadas al cuidado del cónyuge, responda a un nivel de vida aparente y que se presenta como real, sino que los terceros ignoren la ausencia de correlación con los recursos económicos de la familia, siendo que no será suficiente la simple ignorancia, requiriéndose al efecto que el tercero haya obrado con una mínima diligencia. Si, por el contrario, el gasto que aparece como excesivo respecto al nivel de vida aparente es proporcionado a los recursos económicos reales de la familia, desconociendo los terceros la situación real de la unidad familiar y confiando en la apariencia, no pueden estos alegar ulteriormente el carácter doméstico del gasto, dado que ello sería inconciliable con la buena fe de aquellos, no estando comprendido el acto en cuestión dentro del ámbito de la potestad doméstica, pero sí cabría calificar el débito como doméstico en ese supuesto si el tercero contrata conociendo la situación real de la familia.

Discrepamos de esta postura, no ya porque es poco menos que inviable acreditar que el tercero conoce efectivamente el estatus patrimonial familiar, que es una circunstancia que, salvo excepciones puntuales, no tiene proyección externa, generando, así, inseguridad jurídica subordinar una eventual calificación del débito doméstico a lo que los terceros puedan conocer o pensar en relación con ese extremo, sino porque la situación económica real de la familia y, por lo tanto, el conocimiento de los terceros de la misma, es irrelevante *ad extra*. Para que los acreedores cuenten con la amplia garantía patrimonial de las tres masas

El parámetro cuantitativo del nivel de vida familiar se relega a un segundo plano por PEREDA GÁMEZ, entendiendo que un gasto es *ordinario* cuando se produzca respecto a bienes de uso familiar y de acuerdo con las necesidades de la unidad económica de convivencia⁵⁰⁵.

La exclusión del nivel de vida económico de la familia como condicionante de la responsabilidad provisional derivada del ejercicio de la potestad doméstica es mantenida por RAMS, salvo en el caso de dispendios aberrantes que difícilmente podrían cubrirse a crédito, siendo el elemento determinante único el destino que se le dé a lo adquirido, sin que esto implique que la legitimación disjunta plenamente admitida conduzca a desconocer la situación real de la economía familiar⁵⁰⁶.

Si la deuda asumida obedece indiciariamente a la atención de las necesidades ordinarias de la familia, lo que habrá que inferir, cualitativa y cuantitativamente, ponderando en cada supuesto particular los dos módulos contemplados en el precepto, la naturaleza ganancial de ese débito doméstico traerá aparejado el singular régimen de responsabilidad configurado en el artículo 1319.2.

4.1.1.4. El alcance de la responsabilidad por los débitos separadamente contraídos en el ejercicio de la potestad doméstica

Las deudas gananciales contraídas separadamente por un cónyuge *en el ejercicio de la potestad doméstica* conllevarán una ampliación de la responsabilidad ínsita naturalmente a esa categoría de débitos, por cuanto que, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 1319.2, por aquellas *responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge,*

recogida en el art. 1319.2 CC, en congruencia con la finalidad del precepto, prima indefectiblemente la adecuación aparente del acto separado al nivel de vida socioeconómico de la familia matrimonial, resolviéndose cualquier posible extralimitación en la órbita interna.

⁵⁰⁵ PEREDA GÁMEZ, *Las cargas familiares...*, cit., pág. 285. Para MONFORT FERRERO (en *La responsabilidad de los cónyuges...*, cit., pág. 37), el art. 1319.1 exige atender a los ingresos de la familia, tipo de vida de esta y su nivel cultural y clase social, que vendrá concretada por las circunstancias anteriores.

⁵⁰⁶ RAMS, *La sociedad de gananciales*, cit., pág. 339. Concluye acertadamente este civilista (*ibíd.*, pág. 339) que los acreedores no tienen que adentrarse en los niveles de consumo familiares, en cantidad y calidad, para contar con la garantía del art. 1319.

coligiéndose por algún autor que esta norma consagra un caso de responsabilidad sin deuda⁵⁰⁷.

La sujeción indistinta de bienes comunes y propios del deudor por los débitos familiares se justifica por TORRES GARCÍA tanto desde la perspectiva de las deudas garantizadas como considerando la protección del acreedor. En relación con las primeras, es lógico que si se trata de débitos contraídos para cubrir necesidades familiares los mismos incumban a ambos cónyuges y, por esta razón, se adscriban al pasivo social, respondiendo en primer término los bienes gananciales. Asimismo, en cuanto al acreedor, porque este ha confiado en la apariencia, uso del lugar y circunstancias familiares, surgiendo como un *favor creditoris*, habida cuenta que podrá agredir indiferenciadamente ambas tipologías de bienes para la exacción de sus créditos, reforzándose el crédito de toda la unidad familiar, considerando que estos actos, por la naturaleza de las necesidades que satisfacen, se reiteran con periodicidad⁵⁰⁸.

En nuestro criterio, si bien parece técnicamente reprochable ese establecimiento de la afección subsidiaria *erga omnes* del haber privativo del consorte del cónyuge deudor, potencialmente obligado, en contra de la prescripción del artículo 1911, a responder por un débito que no contrae personalmente, conviene incidir, no obstante, en que el carácter ajeno de la deuda doméstica autónomamente asumida es cuestionable, por cuanto que, de acuerdo con el artículo 1318.1, los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas matrimoniales, declaración normativa que tiene su correlato en la carga de la comunidad del artículo 1362.1.^a. De esta manera, la regla de responsabilidad del artículo 1319.2, tuitiva de los derechos de los terceros y favorecedora del tráfico de la sociedad, viene a imponer, según se ha significado, un incremento de la garantía patrimonial consustancial a cualquier débito consorcial, atendiendo fundamentalmente a la singular naturaleza y relevancia cualitativa de las deudas efectivamente contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica. El abono de estas se imputará en último término al pasivo ganancial definitivo, por lo que, de

⁵⁰⁷ Así, RAGEL SÁNCHEZ [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1026] reputa como grave la modificación del art. 1911 que se lleva a cabo por el art. 1319.2, que faculta al acreedor para ejecutar subsidiariamente bienes privativos del cónyuge no deudor por las deudas domésticas asumidas por su consorte, y ello atendiendo a que se respondería con bienes que no pertenecen ni pertenecerán al cónyuge deudor, total o parcialmente, estableciendo el referido art. 1319.2 CC un supuesto de responsabilidad sin deuda, en tanto que permite que un cónyuge pueda responder, con carácter subsidiario, con sus bienes propios sin ostentar la condición de deudor.

⁵⁰⁸ TORRES GARCÍA, «La administración de los bienes comunes en la sociedad de gananciales», *cit.*, pág. 751.

aportarse caudales propios para la satisfacción de necesidades ordinarias de la familia, surgirá el oportuno derecho del cónyuge al reintegro de ese valor a costa del acervo común, *ex artículo 1364 en relación con el artículo 1319.3.*

Esta responsabilidad subsidiaria del cónyuge que no contrata por débitos domésticos es calificada por PASTOR ÁLVAREZ como totalmente injusta para el cónyuge contratante, considerando que no es proporcionado que este último se obligue frente a los acreedores por las citadas deudas por el hecho de que *estén encomendadas a su cuidado*, con lo que su patrimonio se halla en situación de desventaja respecto al de su consorte no deudor, sujeto únicamente de modo subsidiario, más aún si se tiene en cuenta que esas obligaciones se contraen en interés de la familia⁵⁰⁹.

La pertinencia de que el legislador hubiera dispuesto una responsabilidad de idéntico grado de los cónyuges en la hipótesis de contratos celebrados por un cónyuge en el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación de los hijos comunes se postula por MATA PALLARÉS. Pone de manifiesto este autor que los contratos formalizados por un cónyuge como consecuencia del cumplimiento de deberes que traen su causa de la patria potestad, si se trata de hijos comunes, en la medida en que estos deberes incumben también al cónyuge no actuante y son, por tanto, comunes, en parte propios y en parte ajenos, deberían de desencadenar una responsabilidad del mismo nivel del cónyuge no actuante, lo que es más justo y acorde con el hecho de que aquel no ha de ser de mejor condición que el dueño del negocio en la gestión de negocios ajenos sin mandato⁵¹⁰.

Una eventual plasmación legal de la responsabilidad solidaria o indistinta de los patrimonios privativos de los cónyuges y del ganancial por las deudas domésticas asumidas unilateralmente por aquellos⁵¹¹ supondría una derogación tácita del artículo

⁵⁰⁹ PASTOR ÁLVAREZ, *El deber de contribución a las cargas familiares...*, *cit.*, págs. 389-391.

⁵¹⁰ MATA PALLARÉS, *Deuda y responsabilidad en la contratación...*, *cit.*, págs. 5 y 6 de la versión digital obrante en vlex.com.

⁵¹¹ En el ámbito del Derecho comparado, a título de ejemplo, el art. 220 del *Code civil* francés establece la responsabilidad solidaria de los cónyuges por débitos contraídos por cualquiera de ellos que deriven de contratos que tengan por objeto el mantenimiento del hogar o la educación de los hijos, excluyendo esa solidaridad en el caso de gastos manifiestamente excesivos atendiendo al estilo de vida familiar, la utilidad o inutilidad de la operación y la buena o mala fe del tercero contratante. Asimismo, con arreglo al apartado tercero del citado artículo, la solidaridad tampoco se produce, salvo que concurra el consentimiento de ambos cónyuges, en el supuesto de compras a plazos o de préstamos, a menos que estos no excedan de las cantidades modestas precisas para las necesidades de la vida corriente y que el montante acumulado de estas sumas, en la hipótesis de pluralidad de préstamos, no sea manifiestamente excesivo en relación con el estilo de vida de la familia. Por su parte, en el art. 1409 se concreta que las

citadas deudas contraídas por los cónyuges para el mantenimiento del hogar y la educación de los hijos se integran en el pasivo definitivo de la *communauté légale*, vinculando *ad extra* esos débitos domésticos, aunque no exista solidaridad, al margen del haber privativo del deudor y de los demás bienes comunes (art. 1413), *ex art.* 1414 las ganancias y salarios del cónyuge no deudor. La remisión que realiza el art. 1414 CC al art. 220, según Rémy CABRILLAC (en *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, 4.^a ed., Montchrestien, París, 2002, pág. 172), concierne a todas las deudas domésticas y no solo a las solidarias. En contra, Philippe MALAURIE y Laurent AYNÈS (en *Cours de Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Éditions Cujas, París, 1988, pág. 224) consideran que sería extraño que estas deudas que no son solidarias pudiesen ser perseguidas sobre la totalidad de los bienes comunes. Para Jean-Claude MONTANIER (en *Les régimes matrimoniaux*, 2.^a ed., Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1993, pág. 116) cuando la deuda tiene un objeto doméstico, en ausencia de solidaridad de los cónyuges, la misma sujeta bienes comunes, ganancias y salarios de los dos esposos y los bienes propios del cónyuge que ha actuado. En cuanto a la naturaleza de este poder doméstico, sostiene CORNU (en *Les régimes matrimoniaux, cit.*, pág. 103) que permite a cada cónyuge, actuando solo, obligar a su cónyuge por lo que respecta a los gastos domésticos, si bien no se trata, principalmente, de un poder de representación, incluso mutuo, expresando el mencionado autor que las deudas familiares que el cónyuge contrae de modo separado le obligan personalmente y que si cada cónyuge tiene el poder de obligar al otro esta circunstancia no obedece a un mandato tácito o representación legal, sino a una disposición expresa de solidaridad.

En el ordenamiento jurídico portugués, *ex art.* 1691.1.b) del Código Civil, son de la responsabilidad de ambos cónyuges las deudas contraídas por cualquiera de ellos, antes o después de la celebración del matrimonio, para atender a los *encargos normales de la vida familiar* (*encargos normais da vida familiar*), comprometiendo estos débitos, de acuerdo con el art. 1695, bienes comunes y, en defecto o por insuficiencia de ellos, solidariamente, los bienes propios de cualquiera de los cónyuges. En relación con estas deudas, afirma João de Matos ANTUNES VARELA (en *Direito da Família*, Livraria Petrony, Lisboa, 1987, págs. 384-386) que vinculan a ambos cónyuges en virtud de su *afectación especial*, englobando las mismas no solo los gastos del gobierno doméstico (alimentación, vestuario, calzado, calefacción, artículos de limpieza, medicamentos...), sino también otros que lo trascienden (renta de la casa, transporte diario para la escuela o el trabajo...). Como regla, sostiene ANTUNES, estos débitos serán contraídos por cada cónyuge en el marco de sus poderes de administración en el gobierno de la casa, pero aunque sean generados por el cónyuge que no tiene tal poder gozan de idéntico tratamiento, resultando esencial que, al margen de por su naturaleza, igualmente por su valor las deudas sean subsumibles entre los *encargos normais da vida familiar*, considerando el nivel de vida del matrimonio. El tratamiento autónomo de esta tipología de deudas respecto de las deudas producidas constante el matrimonio por el cónyuge administrador en *provecho común del matrimonio* y en los límites de sus poderes de administración -art. 1691.1.c)- se fundamenta, para PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA [en *Código Civil anotado*, Vol. IV (*Artigos 1576.º a 1795.º*), 2.^a ed., Coimbra Editora, Limitada, 1992, págs. 328-329], porque hay gastos normales de la unidad familiar que no siempre podrán ser catalogados como encargos relativos al gobierno doméstico, por la circunstancia de que existen encargos normales de la vida familiar que no integran verdaderos actos de gestión o administración de un patrimonio, tratando el art. 1678 de la administración de los bienes del matrimonio y, por último, porque la responsabilidad de los dos cónyuges por los reiterados gastos normales de la unidad familiar se justifica tanto si el encargo fue sufragado por el cónyuge administrador como por el cónyuge que excede los límites de sus poderes de administración.

En el Derecho italiano, el art. 186.c) del *Codice civile* determina que los bienes de la *comunione legale* responden de los gastos para el mantenimiento de la familia y para la instrucción y educación de los hijos y de cualquier obligación contraída por los cónyuges, incluso separadamente, en el interés de la familia. Coligen Vincenzo DE PAOLA y Antonio MACRÌ (en *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Giuffrè Editore, Milán, 1978, págs. 193-194) que se trata de deudas contraídas por el marido o la mujer a efectos de satisfacer los gastos ordinarios del matrimonio, entrando en esa categoría los gastos y las obligaciones asumidas por la alimentación, vestuario, alojamiento y arrendamiento de la vivienda familiar, educación, entretenimiento etc., es decir, como declara con fórmula sintética la ley, *cualquier obligación contraída en el interés de la familia*, expresión que ha de ser entendida como comprensiva de cualquier gasto que objetivamente, con criterio *ex ante*, aparezca destinado a satisfacer las necesidades ordinarias de la familia, infiriendo que todos los actos de extraordinaria administración deben ser realizados conjuntamente por los cónyuges. Siguiendo la doctrina judicial, Alessandra ARCERI (en *I regimi patrimoniali della famiglia in prospettiva europea*, Giuffrè Editore, Milán, 2016, pág. 97) indica que los gastos contraídos en interés de la familia que facultan a los acreedores para agredir los bienes comunes son aquellos que, valoradas todas las circunstancias del caso, han sido efectuados por un solo cónyuge en cumplimiento de un *mandato doméstico aparente*, es decir, realizados con el evidente fin de

1911, al instaurar una pretendida responsabilidad patrimonial universal de un sujeto que no es, *stricto sensu*, deudor, en tanto en cuanto no participa en la relación obligatoria que vincula a su consorte y terceros. Tampoco se justificaría, en aras de una presunta idea de justicia, por inconsecuente, que cualquier acto realizado por un cónyuge que aparentemente quepa residenciar en el contorno de la potestad doméstica, aun los que no estén dirigidos al beneficio de la sociedad conyugal y excedan de esa orientación, sujeto *ad extra*, de manera incondicional, el haber propio del cónyuge que no actúa en el tráfico. Se juzga, de este modo, que lo adecuado y más coherente con el Derecho de obligaciones sería haber establecido la exclusiva responsabilidad directa con los bienes propios del cónyuge deudor y los bienes comunes, solventándose en la órbita interna el ocasional quebranto sufrido por el cónyuge que haya sufragado con su caudal privativo esos débitos domésticos.

La ganancialidad de la deuda doméstica contraída por un cónyuge y, por consiguiente, el surgimiento de una responsabilidad directa e indistinta con los bienes comunes y con los propios de aquel y de la sujeción subsidiaria del acervo privativo del cónyuge no deudor, está subordinada, en congruencia con la finalidad protectora de los terceros de la regla de responsabilidad del artículo 1319.2, a la simple adecuación aparente de la actuación conyugal al ámbito de la potestad doméstica delimitado materialmente por el artículo 1319.1. Es decir, a que aquella atiende tan solo formalmente necesidades ordinarias de la familia con arreglo al uso y circunstancias de la misma. Resulta indiferente para los acreedores que el acto que genera la deuda exceda efectiva e inadvertidamente el marco de legitimación individual del artículo 1365.1.º, inciso primero, por lo que esa condición consorcial del débito familiar no prejuzga mecánicamente la inserción final del gasto en el pasivo ganancial definitivo, extremo que requeriría su catalogación como carga matrimonial *ex* artículo 1362.1.^{a512}.

satisfacer una necesidad familiar, de acuerdo con el otro cónyuge, como se ha decidido en relación con la retribución de una colaboradora doméstica, que, aunque hubiese sido contratada por la esposa y recibiera órdenes de esta, era pagada por el marido.

⁵¹² GORDILLO CAÑAS (en *La protección de los terceros de buena fe...*, *cit.*, pág. 1151) refiere que la ley no recurre a la categoría de tercero de buena fe, pero determina el poder de cada cónyuge para endeudar al consorcio en el ejercicio de la potestad doméstica explicitando un criterio externo, el uso del lugar y las circunstancias de la familia, que es el mismo que fija el ámbito de ejercicio de la patria potestad por un único cónyuge *ex* art. 156.1 CC, bastando la simple adecuación externa de la actuación conyugal individual de carácter doméstico al criterio citado para que los terceros gocen de la garantía patrimonial prevista en el art. 1319.2, por más que *ad intra* el acto sea excesivo o extralimitado. Esta operatividad de la apariencia es subrayada por MORALES MORENO (en «Artículo 66», en *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, pág. 995), el cual, en su análisis del art. 66 modificado en 1975, precedente

En un sentido contrario, la consecuencia de que la deuda producida por un cónyuge para subvenir a las necesidades ordinarias de la familia no pueda ser residenciada en el ámbito de la potestad doméstica delimitado por el artículo 1319.1, por devenir excesiva con arreglo al aparente nivel de vida familiar, será su calificación como privativa, con la subsiguiente exclusión de la eventual responsabilidad subsidiaria del consorte del cónyuge deudor y la pertinente responsabilidad directa de este último con sus bienes propios y la supletoria del acervo ganancial en los términos del artículo 1373.1. En todo caso, el hecho de que externamente la deuda doméstica no tenga esa nota de ganancialidad no excluye la imputación interna del desembolso realizado para satisfacerla, sufragado por el caudal privativo del deudor, a la sociedad legal si aquella constituye una carga matrimonial en el sentido del artículo 1362.1.^a. En este supuesto, conforme al artículo 1364, en relación con el artículo 1319.3, habría de operarse el oportuno reajuste patrimonial, reintegrando al cónyuge el valor a costa de la masa común⁵¹³.

La relevante Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015, que resuelve un recurso de casación planteado, en el marco de un procedimiento de división judicial de la herencia de uno de los cónyuges, separado de hecho de su consorte desde 1981, en relación con la interpretación y alcance de la causa de disolución del artículo 1393.3.º del Código civil, viene a matizar la doctrina jurisprudencial sobre la extinción de la sociedad de gananciales en la hipótesis de libre separación de hecho de los cónyuges. En el litigio avala la posición de los órganos judiciales de primera y segunda instancia en cuanto a la vigencia de la sociedad legal porque no hubo voluntad conyugal

del art. 1319 CC, explicaba que a los terceros les resulta imposible e incluso vedado indagar sobre cada familia con la que se relacionan, de modo que pueden atenerse a criterios aparentes u objetivos, ponderando las circunstancias y posición de la familia por el comportamiento de los cónyuges y por el normal en el lugar, siempre que se trate de medios sociales amplios, engendrando, en ocasiones, la atención a parámetros objetivos cargas familiares aparentes, que habrán de ser reembolsadas por el cónyuge actuante.

⁵¹³ La SAP de Sevilla de 28 de junio de 2016 (TOL6.419.907) considera el derecho de reintegro del art. 1319.3 como una obligación legal propia del sistema económico matrimonial impuesto por el legislador. Por su parte, la SAP de Asturias de 15 de octubre de 2009 (TOL1.745.853) afirma que no se exige que la aportación de bienes privativos se haya dedicado al pago de bienes o deudas gananciales concretas, de modo que la expresión *necesidades ordinarias de la familia* alude a cualesquiera que hayan sido aquellas. Significa la sentencia que tampoco la mención *gastos o pagos* del art. 1364 hace referencia a específicos abonos o débitos, siendo suficiente su naturaleza ganancial.

A nuestro juicio este razonamiento adolece de imprecisión técnica. Difícilmente el precepto, por su ubicación, puede aludir nominalmente a débitos gananciales, pero es evidente que la atención por cualquier cónyuge de necesidades ordinarias de la familia con arreglo, formalmente, a los parámetros de la norma produce una deuda común *ex art. 1365.1.º* y, eventualmente, una carga de la comunidad *ex art. 1362.1.º*, naciendo, en este caso, el oportuno derecho de reintegro si se ha satisfecho aquella con el caudal privativo del cónyuge deudor (arts. 1364 y 1319.3).

de poner fin a aquella a pesar de la reiterada separación. A este respecto, después de recordar que «*con la libre separación de hecho se quiebra el fundamento consorcial que anida en el lucro común de los gananciales y que sólo se justifica en función de una lógica comunidad de vida*», afirma que entender la libre separación de hecho de modo opuesto al reconocimiento del propio hecho de la separación puede ser un acto contrario a la buena fe, con manifiesto abuso de derecho, al ejercitar un aparente derecho más allá de los límites éticos del mismo. Concluye el Alto Tribunal insistiendo en que la doctrina jurisprudencial expuesta no es aplicable de un modo dogmático o absoluto, sin el necesario análisis de las circunstancias del caso y el respeto al fundamento que informa a la norma, lo que supondría una injustificada aplicación de esa doctrina en supuestos en que, no obstante la separación fáctica, no existe o no se constata una voluntad efectiva e inequívoca de quebrar la relación conyugal a estos efectos, por motivos económicos o razones afectivas⁵¹⁴.

La simple inexistencia de convivencia conyugal, por un tiempo más o menos prolongado, como veremos a continuación, no puede conducir, sin más, a la inferencia de que el régimen legal de la sociedad de gananciales ha concluido desde una óptica *ad extra*, con la consecuente inaplicabilidad de las normas de responsabilidad externa de la comunidad. Esta interpretación, al margen de no hallarse en consonancia con la más reciente orientación jurisprudencial, previamente expresada, supondría una notable inseguridad jurídica para los terceros que contrataran con los cónyuges, quienes no tienen por qué estar al tanto de esa situación fáctica de separación de hecho y que verían *a posteriori* como la responsabilidad patrimonial inherente a las deudas domésticas gananciales contraídas por un cónyuge, concretada en el artículo 1319.2, se transmutaría en una mera afección patrimonial universal del deudor. La potestad doméstica, en la hipótesis de separación de hecho que no implique una ruptura de la convivencia de los cónyuges con trascendencia disolutoria en la relación externa, no se suspende, sino que pervive, afectando directamente los débitos asumidos para la atención de estas necesidades las masas ganancial y privativa del cónyuge actuante y, subsidiariamente, el haber propio del cónyuge no deudor⁵¹⁵.

⁵¹⁴ Cfr. STS de 6 de mayo de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2015:2755). Indica esta resolución que acreditada una ruptura seria y prolongada de la relación conyugal no se exige, por innecesario, el requisito previo de la declaración judicial para declarar extinguida la sociedad de gananciales.

⁵¹⁵ La responsabilidad subsidiaria de los bienes privativos del cónyuge del deudor por las obligaciones relacionadas en el art. 1368 es defendida por TORRALBA SORIANO (en «Art. 1.368», en *Comentarios*

El incuestionable carácter imperativo del artículo 1319.2, cuya finalidad última es la tutela de los terceros, aleja cualquier posibilidad de que los cónyuges, mediante estipulación capitular, puedan alterar el régimen de responsabilidad estatuido en el precepto analizado, excluyendo, por lo tanto, la responsabilidad directa de los bienes comunes o una eventual afección subsidiaria del acervo privativo del consorte del deudor. Como indica HERRERO GARCÍA, los terceros contratantes han de poder confiar en que cuando un cónyuge contrae un débito doméstico derivará la responsabilidad patrimonial contemplada en la disposición⁵¹⁶.

Esta naturaleza de Derecho necesario del artículo 1319 supone que toda deuda asumida de conformidad con aquel determinará la responsabilidad principal del cónyuge contratante y la subsidiaria del otro, con independencia de las convenciones particulares entre los mismos sobre la contribución a las cargas matrimoniales, las cuales serán eficaces tan solo en la esfera interna, y ello por cuanto que la norma discierne entre responsabilidad provisional -en su apartado 2.º- y responsabilidad definitiva -en su apartado 3.º-⁵¹⁷.

En relación con las estipulaciones capitulares distributivas de responsabilidades entre cónyuges por cargas del matrimonio, dice ÁLVAREZ-SALA WALTHER que, desde la óptica del artículo 1328 *in fine*, aquellas serían ilícitas cuando se convenga una distribución que no sea proporcional a los recursos económicos de los cónyuges e, igualmente, cuando se pacte que por la actuación de un cónyuge en su provecho y no en el del matrimonio respondan bienes distintos a los privativos del mismo o su parte en

a las reformas..., Vol. II, *cit.*, págs. 1713-1714) alegando que la obligación de cada cónyuge de atender esos gastos dimana de los deberes que derivan de la paternidad, según se infiere del art. 154 CC, de manera que no existe duda de que el cónyuge que no convive con los hijos y que no ha contraído la deuda está sujeto a afrontar dichos gastos, si bien su responsabilidad, por imperativo del art. 1319.2, tendrá un carácter subsidiario.

⁵¹⁶ HERRERO GARCÍA, «Art. 1.319», *Comentario del Código Civil*, T. II, *cit.*, pág. 584. La condición indisponible del poder otorgado a cada cónyuge en el art. 1319 era resaltada por LACRUZ (en *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 283), de forma tal que por la voluntad unilateral de uno de los cónyuges no podría extinguirse la potestad doméstica del otro o renunciar a la suya propia, ni tampoco por acuerdo de ambos cónyuges, algo que resulta necesario frente a terceros, los cuales no tienen por qué conocer esas convenciones conyugales y se fían tan solo de la apariencia. La imperatividad e inderogabilidad del régimen económico-matrimonial primario es reseñada también por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, *cit.*, pág. 162.

⁵¹⁷ REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio*, *cit.*, pág. 510. Puntualiza este autor (*ibíd.*, pág. 510, nota 438) que las relaciones intraconyugales tendrán virtualidad frente a terceros cuando ante un débito no incluido en el ámbito del art. 1319 aquellos ejerciten una acción subrogatoria o de gestión de negocios a efectos de que el cónyuge no contratante satisfaga la contribución que le incumbe, supuesto en el cual, a diferencia de lo que ocurre con la acción basada en el art. 1319, serán oponibles el cumplimiento y todas las estipulaciones capitulares.

los comunes. Si tales convenciones fueran lícitas a tenor del artículo 1328 y constaran en el Registro Civil serían oponibles a terceros, salvo que su contenido no se adecue a los artículos 1911 y 1319.2⁵¹⁸.

Consideramos que no es jurídicamente admisible que la autonomía de la voluntad conyugal subvierta el sistema de responsabilidad prefigurado en el artículo 1319.2 para las deudas domésticas separadamente generadas, toda vez que la propia imperatividad del precepto impide por definición, *ex* artículo 1328, en relación con el artículo 1255, organizar de un modo disímil al legalmente previsto la sujeción de las tres masas patrimoniales implicadas en la relación externa. No cabría, en ningún caso, en abierta contradicción con el principio de seguridad jurídica, excluir o mutar la responsabilidad directa y solidaria del caudal común y la subsidiaria de los bienes propios del cónyuge no contratante por los débitos familiares que se examinan, pactando una gradación de la responsabilidad diferente, aun cuando en la práctica terminaran resultando vinculados también *erga omnes* la totalidad de los bienes de los cónyuges. Únicamente, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, podría contemplarse la legalidad de la estipulación que concrete la afección directa y solidaria, y no meramente supletoria, del haber privativo del consorte del deudor.

En el caso de que la deuda doméstica ganancial, satisfecha a costa del activo común, obedezca en definitiva a una actuación extralimitada del cónyuge que la contrajo, por no cohonestarse con el nivel de vida efectivo de la familia o atender a una finalidad ajena a la inherente a las cargas matrimoniales, el gasto generado no tendrá la condición de carga de la comunidad *ex* artículo 1362.1.^a, en relación con los artículos 1318 y 1319.1. Esta situación habría de solventarse en la relación interna mediante el reequilibrio de masas patrimoniales a través del pertinente reintegro a la sociedad legal, imputándose el gasto en cuestión al patrimonio privativo del deudor.

⁵¹⁸ ÁLVAREZ-SALA WALTHER, «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica...», *cit.*, pág. 27 y 31. Comenta este civilista que las capitulaciones no pueden reducir objetivamente la responsabilidad *ad extra* que afecta a los diversos patrimonios del matrimonio, si bien sí es posible que aquellas, sin mermar su alcance objetivo, organicen esa responsabilidad para que la misma se haga efectiva sobre las distintas masas con arreglo a criterios de solidaridad o subsidiariedad, convenciones que, en la medida en que no vulneran el art. 1911, serán oponibles a terceros (*ibíd.*, pág. 32).

4.1.1.5. El débito doméstico en la hipótesis de separación de hecho conyugal

4.1.1.5.1. Potestad doméstica y separación de hecho en la regulación ganancial del Código civil de 1889

La subsistencia de la potestad doméstica -contemplada en el antiguo artículo 62, en relación con los artículos 1362 y 1385, del Código civil- en la coyuntura extralegal de separación fáctica conyugal⁵¹⁹ era mantenida por la doctrina más autorizada que interpretaba el inicial ordenamiento ganancial. Postulaba, a este respecto, LACRUZ la concepción de aquella potestad, no como expresión de un mandato tácito del marido, incompatible, por definición, con esa quiebra de la convivencia, sino como un poder propio de la mujer de configuración legal o consuetudinaria, el cual, mientras no se decretara judicialmente la separación de los cónyuges, presuponía la existencia de una economía familiar, surgida del matrimonio, y que tan solo se modificaba por culpa de la esposa, perviviendo la obligación conyugal de alimentarse y socorrerse mutuamente, y la del marido de proteger a su consorte. Lo contrario, en el planteamiento de este insigne tratadista, implicaría «sitiar por hambre a la mujer y defraudar a los terceros»⁵²⁰.

⁵¹⁹ La separación de hecho conyugal, no protegida, salvo determinadas excepciones, jurídicamente, se oponía a la separación declarada, definida por DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (en «La situación jurídica del matrimonio separado», *Separata de la RDN*, enero-marzo 1961, págs. 66-67) como la situación del matrimonio, judicialmente declarada, en virtud de la cual se producía la suspensión de la vida en común de los casados y una alteración radical en el régimen económico matrimonial y en las relaciones entre padres e hijos.

⁵²⁰ LACRUZ BERDEJO, *La potestad doméstica de la mujer casada*, cit., págs. 44-45. Particularmente, propugnaba LACRUZ (págs. 45 y 47) la continuación del poder doméstico de la esposa si esta continúa residiendo con la familia en el domicilio conyugal y el marido la deja o si abandona el citado domicilio por malos tratos de su consorte y, asimismo, ante una circunstancia de separación amistosa, dado que el marido, al autorizar a aquella a mantener una residencia personal, tolera por ello la permanencia del poder para representar a la sociedad legal y a él mismo, concluyendo que, si la potestad doméstica de la mujer casada no desaparece por la separación de hecho de los cónyuges, su ámbito se amplía, al igual que en otros supuestos de necesidad, al completo gobierno del hogar (contratación de servicios médicos, ingreso o extracción de fondos de una cuenta bancaria etc...). Esta ampliación del ámbito de facultades de la mujer relativas a la potestad doméstica o poder de llaves, recogidas en el art. 62 CC, era defendida por Ramón FAUS ESTEVE [en *La separación de hecho en el matrimonio* (Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 9 de mayo de 1944), Imprenta Viuda de M. de Navarro, Madrid, 1946, pág. 324], para quien, si se asume la doctrina del mandato legal, los actos de la mujer separada de hecho en la órbita doméstica, en interés de su subsistencia y de la educación de sus hijos, devenían plenamente eficaces y no constituían cuasidelitos cuya reparación pudiera exigirse sobre los bienes de la misma, excepto si iban acompañados de alguna maniobra dolosa.

La subsistencia de la potestad doméstica de la esposa no obstante la separación de hecho de los cónyuges, como hemos visto en su momento, también era mantenida por COSSÍO (en *La potestad marital*, cit., pág. 24), salvo en el caso de que las facultades domésticas de la mujer, contenidas en el art. 62, hubieran sido públicamente revocadas, aduciéndose, en apoyo de esa continuidad del poder doméstico, que la separación de hecho carecía de eficacia jurídica y que las mencionadas facultades eran requeridas por la vida ordinaria, resultando enojosa y dilatoria la autorización marital para contratar.

Aunque desde una premisa distinta, ZANÓN MASDEU, discrepando de LACRUZ en cuanto al fundamento del poder doméstico de la mujer casada, el cual no se fundaba, para aquel, en un derecho propio para dirigir el hogar familiar, sino en un mandato o representación legal, no revocable por el esposo, dentro de la esfera doméstica, alcanzaba idéntica conclusión respecto de la prolongación del mentado poder doméstico de concurrir el abandono del marido del hogar conyugal o de darse una separación convencional, en la medida en que la situación de hecho creada se consiente expresamente por el marido⁵²¹.

La persistencia de la potestad doméstica a pesar de la separación de hecho constituía, según DE LA CÁMARA, una primera solución, de urgencia, que permitía a la mujer casada actuar en el ámbito de lo más necesario y perentorio para subvenir a su subsistencia, la de sus hijos y al funcionamiento del hogar familiar, pero se trataba de un remedio parcial e insuficiente, inútil para resolver situaciones más complejas⁵²².

Desde una óptica general, sobre la validez jurídica de las separaciones de hecho convencionales⁵²³, esta se negaba alegando que se oponía al deber de cohabitación (art. 56 CC), de carácter público e inderogable por la voluntad privada, por lo que el cónyuge separado consensualmente podría reclamar la vida en común siempre, en tanto el reiterado deber subsistía, siendo que si se había pactado en el convenio el abono de una prestación por un cónyuge a favor del otro el deudor de ella podía eximirse de la misma ofreciéndose a hacer vida en común⁵²⁴.

⁵²¹ ZANÓN MASDEU, Luis, *La separación matrimonial de hecho*, Ed. Hispano Europea, Barcelona, 1974, págs. 69-73. Exponía ZANÓN (*op. cit.*, pág. 72) que la separación de hecho no extinguía el poder doméstico porque el mismo se basa en un mandato legal, independiente de la voluntad del marido, que concluía tan solo ante una separación legal o la disolución del matrimonio.

⁵²² DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales (Continuación y conclusión)», *ADC*, T. XXII-II, 1969, pág. 292.

⁵²³ La separación convencional era conceptuada por Tomás OGÁYAR Y AYLLÓN (en «La actuación notarial en la separación de hecho de los cónyuges», Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Barcelona el día 15 de junio de 1973, Imprenta J. Sabater Bros, Barcelona, 1973, pág. 7), citando un trabajo anterior, como el alejamiento voluntario y consentido de los cónyuges, con el propósito de extinguir su convivencia, destacando aquel autor que existe el libre y mutuo consentimiento de aquellos, tanto si lo pactan, como si uno lo decide y el otro acepta esa decisión. En un plano puramente terminológico, la noción de separación convencional, según Amadeo de FUENMAYOR (en «La separación conyugal no contenciosa en el Derecho español», *RD*, Vol. 59, n.º 1, enero 1975, pág. 10), podía aludir a una simple separación de hecho o constituir un tipo concreto de la separación legítima o legal, es decir, una figura regulada por el ordenamiento jurídico.

⁵²⁴ PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*, T. II, Vol. 1.º, *cit.*, págs. 231-232. Recogiendo la orientación jurisprudencial, significaba José Antonio DORAL GARCÍA DE PAZOS (en «Pactos en materia de alimentos», *ADC*, T. XXIV-II, 1971, pág. 380) que el mantenimiento del deber de alimentos entre los cónyuges en caso de separación de hecho libremente acordada se deducía de una interpretación

Probablemente, la exégesis del actual artículo 1368 más atendible entronque con la expuesta orientación doctrinal que ya bajo el imperio de la normativa original del consorcio sentaba que la separación fáctica convenida por los cónyuges, lejos de derogar o suspender el poder doméstico de la esposa, lo reforzaba, extendiendo las facultades de aquella más allá del estricto contorno del derogado artículo 62. Esto acontecía, precisamente, porque la situación de anormalidad matrimonial que implicaba la ausencia del marido, gestor legal del patrimonio consorcial, lo requería para suplir la falta de intervención de aquel en el devenir más cotidiano y usual de la economía de la comunidad. De manera que el legislador de 1981, en esa línea esbozada previamente, no estaba pensando en un régimen ganancial no plenamente subsistente como consecuencia de la inexistencia de convivencia del matrimonio, sino en plasmar positivamente, quizás de forma prescindible, en la hipótesis de crisis convivencial recogida, la ampliación formal (al no excluirse la satisfacción de las necesidades extraordinarias) del ámbito de legitimación de los cónyuges para contraer autónomamente débitos gananciales domésticos atinentes a los hijos comunes o de cualquiera de los mismos, cuya atención es indudablemente el aspecto más acuciante y perentorio para el grupo familiar. La orientación final de la declaración legal es proporcionar una mayor solvencia a los partícipes frente a terceros y favorecer la contratación en el marco delimitado en el precepto⁵²⁵.

razonable de los arts. 142 y 56 CC, preceptos que no condicionaban la exigibilidad de su prestación al cumplimiento del deber de vivir juntos o a que la separación se hubiera decretado judicialmente. Comentaba, a su vez, FAUS ESTEVE (en *La separación de hecho en el matrimonio*, cit., pág. 346) que, en materia de alimentos, la separación consensual no convertía en una obligación de base negocial la impuesta legalmente a los cónyuges, sustituyendo tan solo la de alimentar a través del efectivo sustento, que requiere comunidad de vida, por una obligación de prestar alimentos, que es un modo impropio de sustentación, del que queda liberado el obligado pagando la prestación.

Sobre este extremo, la STS de 17 de abril de 1974 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1974:2657), casando y anulando la sentencia dictada en grado de apelación, rechazó la pretensión de alimentos provisionales de la esposa, aquejada de una enfermedad oncológica, y quien había abandonado el domicilio conyugal, trasladándose al de una hija del matrimonio, aduciendo la doctrina judicial reiterada que impedía la reclamación de ese derecho por el cónyuge que voluntaria y unilateralmente dejaba el domicilio conyugal y provocaba la separación de hecho, situación que se excepcionaba si los esposos convenían esa separación fáctica, determinando los mismos la prestación y cuantía de los alimentos. Asumen la subsistencia de la obligación de alimentos entre los cónyuges si existía separación de hecho mutuamente consentida, entre otras, las SSTS de 9 de noviembre de 1957 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1957:1449), 7 de marzo de 1963 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1963:68) y 23 de octubre de 1972 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1972:219).

⁵²⁵ La multiplicación automática de las facultades de la mujer tras la separación de hecho es destacada por María del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (en *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982, pág. 56), que la explica alegando que el contenido de la potestad doméstica estaba íntimamente vinculado con el papel de la esposa en la familia y este imperativamente se ampliaba por la ausencia del marido, dado que aquella debía atender necesidades cuya satisfacción incumbía antes a su cónyuge, teniendo que arbitrar, simultáneamente, medios suficientes para desarrollar esa labor.

4.1.1.5.2. Separación de hecho y vigencia de la sociedad de gananciales

Con carácter previo a la exégesis del artículo 1368, conviene detenerse en la incidencia que tiene la separación de hecho conyugal⁵²⁶ en la vigencia de la sociedad legal, habida cuenta de la doctrina jurisprudencial consolidada que reinterpreta el artículo 1393.3.º del Código civil, ya mencionada. La misma viene a entender que la libre separación de hecho de los cónyuges, prolongada e irrevocable, que evidencie una voluntad indeclinable de aquellos de quebrar la relación conyugal, implica la disolución práctica y efectiva de la comunidad ganancial, excluyendo, en suma, el fundamento de esta, que es la convivencia mantenida entre los cónyuges⁵²⁷, aun cuando, como hemos dicho en su momento, habrá que analizar las circunstancias del caso y no aplicar de modo dogmático o absoluto la citada doctrina⁵²⁸. Esta disolución material *de facto* o extrajudicial del consorcio, que no precisará de la pertinente declaración judicial previa para colegir su extinción⁵²⁹, no podrá tener eficacia en la relación externa de la sociedad, por lo que el régimen de responsabilidad directa y provisional del consorcio continuará teniendo plena aplicabilidad. Entender lo contrario y pretender así que una

⁵²⁶ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (en «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *ADC*, T. XXII-I, 1969, págs. 3 y 4) entiende que existe separación de hecho cuando ambos cónyuges acuerdan, o uno impone al otro, una cesación temporal o definitiva de la vida en común, con el propósito fundamental de interrumpir o extinguir esta, sin la intervención del órgano público al que incumbe legalmente el ejercicio de la potestad jurisdiccional en la esfera de las relaciones conyugales. Para Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (en *La separación de hecho matrimonial*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pág. 19) la separación de hecho es la interrupción indefinida de la vida conyugal por parte de los cónyuges sin que intervenga la autoridad judicial competente.

Comentaba José María CUTILLAS TORNS [en «Reflexiones sobre el número 3.º del artículo 1393 del Código Civil», *Diario La Ley*, n.º 4, 1991, página 3 de la versión electrónica obrante en *laleydigital360* (LA LEY 16408/2001)] que si la separación de hecho no es causa que produzca la extinción de la sociedad de gananciales es porque, al constituir la ganancialidad una afectación de bienes en responsabilidad, subsiste en tanto no se prevé de modo seguro la protección de los acreedores y la asunción de las cargas matrimoniales.

⁵²⁷ No existe un módulo temporal uniforme a partir del que inferir objetivamente que la separación de hecho supone la voluntad conyugal inequívoca de ponerle término a la sociedad ganancial, sino que habrá de atenderse al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada supuesto singular para advenir esa ruptura irreversible de la convivencia, que se erige en fundamento último de la comunidad. A título de ejemplo, en cuanto a la duración de la situación de separación de hecho reflejada en algunas de las resoluciones del TS que aplican esta doctrina, podemos citar la STS de 13 de junio de 1986 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1986:8091), en la que se recoge una separación de hecho de cuarenta y siete años; la STS de 23 de diciembre de 1992 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1992:18457), que contempla un cese de la convivencia de cuarenta años; la STS de 14 de marzo de 1998 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1998:1722), con una separación de unos veinte años; la STS de 24 de abril de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:2749), en la que la separación fáctica conyugal es de 28 años; la STS de 11 de octubre de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:6295), relativa a un supuesto de separación de unos diez años; la STS de 23 de febrero de 2007 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2007:1038), referida a una separación de dieciocho años; y, por último, la STS de 21 de febrero de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2008:994), que analiza una separación de hecho que se prolongó unos cuatro años.

⁵²⁸ Cfr. STS de 6 de mayo de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2015:2755).

⁵²⁹ Cfr. SSTS de 11 de octubre de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:6295), 21 de febrero de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2008:994) y 6 de mayo de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2015:2755).

disolución social que adolece de publicidad registral alguna opere *erga omnes* iría flagrantemente en detrimento de la seguridad jurídica y de los derechos de los terceros contratantes, quienes no tienen por qué conocer aquella situación fáctica matrimonial y que verían drásticamente limitada la extensión de la garantía patrimonial ínsita a las deudas gananciales asumidas autónomamente por la pérdida material de vigencia de la sociedad de gananciales y la transmutación de cualesquiera débitos en privativos del cónyuge que los produce⁵³⁰.

Las deudas contraídas unilateralmente por los cónyuges durante el período de separación fáctica en el que la comunidad está materialmente disuelta, aunque formalmente vigente, habrán de calificarse, frente a terceros, como gananciales si se adecuan a las previsiones legales contempladas en las distintas normas de responsabilidad externa de la sociedad. El gasto operado, internamente, se considerará como una carga de la masa común (en liquidación) si se ha realizado en interés o beneficio de la misma (por ej., gastos de conservación o gestión de los bienes comunes), con amparo, por lo tanto, no en las reglas que regulan el pasivo ganancial definitivo, no aplicables ya, por definición, en esa coyuntura en la que regiría el régimen de

⁵³⁰ No obstante, la STS de 27 de febrero de 2007 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2007:1179), asumiendo la doctrina precedente, matiza que también en el supuesto de extinción del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales por separación de hecho consentida por ambos cónyuges la disolución ha de ser declarada judicialmente *ex art.* 1393.3.º CC, pronunciamiento que determinará que sus efectos se produjeron en el momento en que se inició aquella separación fáctica libremente consentida.

Con respecto a los efectos patrimoniales de la separación fáctica que se comenta, la STS de 27 de enero de 1998 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1998:438) viene a sostener que aquella excluye la ganancialidad de los bienes adquiridos por los cónyuges con caudales propios o generados con su trabajo o industria tras la cesación de la convivencia, no pudiendo pretenderse que se comprendan en el activo social bienes que tendrían carácter común si la sociedad hubiese funcionado, pero sin que se prive de su naturaleza ganancial a los bienes que ya gozaban de esta cualidad antes del comienzo de la separación de hecho.

Por consiguiente, el patrimonio consorcial se restringirá al activo común anterior a la quiebra de la convivencia, con inclusión de los frutos de aquel producidos después de esta y los subrogados de unos y otros.

Aunque la disolución material del consorcio en la hipótesis de libre separación de hecho de los cónyuges sería, prolongada e irreversible que se examina no tiene virtualidad en la esfera externa de la comunidad y no es oponible a terceros, salvo que esa circunstancia fáctica se ponga formalmente en conocimiento de estos últimos en el momento de la contratación o se adviere su conocimiento, lo cierto es que, al no tener condición ganancial los bienes obtenidos por el trabajo o industria de los cónyuges una vez iniciado aquel período de separación o los frutos del patrimonio propio (art. 1347.1.º y 2.º CC), sino privativa, la separación fáctica sí repercutirá en la relación *ad extra* en tanto en cuanto se producirá una disminución objetiva del activo común realizable por los acreedores consorciales. La consecuencia es que los titulares de créditos gananciales únicamente podrán agredir los bienes comunes preexistentes a la separación, cuya calificación no va a mutar por la disolución social operada [cfr. STS de 4 de diciembre de 2002 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2002:8139)].

Como afirma la SAP de Murcia de 14 de octubre de 2011 (Cendoj-ECLI:ES:APMU:2011:2221), a partir de la fecha de la ruptura de hecho definitiva de la convivencia cesa la adscripción de ganancias al caudal común, haciendo cada parte suyas las respectivas ganancias, no obstante lo cual esto no impide que frente a terceros permanezca subsistente la vinculación de sus bienes para responder de los débitos gananciales, ni que los bienes de esta naturaleza que ya existían produzcan obligaciones para sus titulares.

separación de bienes *ex* artículo 1435.3.º del Código civil⁵³¹, sino en los artículos 393 y 395, atinentes a la comunidad ordinaria⁵³².

Con anterioridad a la reforma del sistema ganancial diseñada por la Ley 11/1981, la separación de hecho convenida por los cónyuges no se configuraba como un supuesto de disolución de la sociedad legal, ni la cesación de la convivencia, al margen de su duración temporal, impedía, por consiguiente, en ausencia de la oportuna intervención judicial, el mantenimiento de las prerrogativas del marido en cuanto a la administración del consorcio y la pervivencia de sus amplias facultades para vincular *erga omnes* los bienes comunes. La mujer separada de hecho de su cónyuge, en el caso de que no formulara demanda de separación, estaba en una posición francamente precaria habida cuenta de su limitada capacidad de acción para sujetar el acervo social, circunscrita, fundamentalmente, en los términos expuestos, al ámbito doméstico⁵³³.

La inexigibilidad de convivencia conyugal para la subsistencia de la sociedad de gananciales bajo la regulación legal precedente y, por tanto, la irrelevancia de la separación de hecho de los cónyuges a los efectos de la disolución de la comunidad se destacaba en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1964. Se hacía referencia en ella a un litigio en el que la actora había contraído matrimonio canónico en

⁵³¹ Argumenta la SAP de Murcia de 10 de junio de 2011 (Cendoj-ECLI:ES:APMU:2011:1457) que, aunque la separación de hecho mutuamente consentida, sería, prolongada y demostrada por actos subsiguientes no se configura como una causa de extinción de la comunidad ganancial, sí produce efectos similares a la disolución societaria, si bien solo en la relación interna entre los cónyuges, de manera que desde esa ruptura definitiva, al no existir la convivencia que opera como fundamento del consorcio, no pueden vincularse las ganancias de los cónyuges a la comunidad, surgiendo un nuevo régimen económico matrimonial cuyos efectos son los propios de la separación absoluta de bienes.

⁵³² Mikel Mari KARRERA EGIALDE [en «Régimen jurídico de la sociedad postganancial: óptica jurisprudencial», *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, n.º 13 (2.ª época), pág. 3 de la versión electrónica obrante en «http://www.ehu.es/documents/1549725/1570943/regimen_juridico.pdf» (Consulta: 15/11/2017)] apunta que la disolución de la sociedad por causa de separación de hecho sería, prolongada y acreditada incide en la relación interna conyugal, tomándose la fecha de inicio de la separación para calificar en la liquidación bienes y deudas gananciales y resultando de aplicación el art. 1368. Frente a terceros de buena fe, mientras no se inscriba en el Registro Civil la resolución de separación, rige el régimen de responsabilidad aplicable en la situación de convivencia, el cual deja a salvo los derechos de los acreedores respecto de los bienes gananciales, teniendo los débitos producidos por cada cónyuge naturaleza privativa en tanto no se advere su consorcialidad por actuar en interés de la familia.

⁵³³ María Carmen CRESPO MORA (en «La titularidad de los bienes y derechos adquiridos durante la separación de hecho en el régimen de gananciales», *RJUAM*, n.º 11, 2004, pág. 54) refiere que, antes de la reforma de 1981, cuando se producía una separación de hecho matrimonial existía una notable diferencia entre la situación del marido, que, de acuerdo con el art. 1413, gozaba, con las excepciones que se preveían en el precepto, de las facultades de enajenar y obligar a título oneroso bienes gananciales, y de la mujer, en detrimento de esta última, quien, *ex* art. 1416, debía contar con el consentimiento de aquel para obligar bienes comunes. Destaca la autora indicada la gravedad de la circunstancia de la mujer cuando su cónyuge abandonaba el domicilio conyugal y la misma no actuaba judicialmente contra aquel, quedando, además, a su cargo los hijos del matrimonio.

1935 con su excónyuge demandado, con el que tuvo previamente una hija, unión que se disolvió por divorcio en 1942. La vida en común duró menos de un año. En el caso la accionante formuló demanda reclamando, en esencia, que se declarara que determinados inmuebles adquiridos por su exconsorte accionado, en 1937 y 1941, constante, en consecuencia, el matrimonio, tenían la condición de gananciales de los cónyuges separados, instando su inclusión en el acervo del consorcio para su ulterior liquidación. Argumenta la mencionada resolución, que no acoge el recurso de casación del interpelado, que *«aun cuando nuestro derecho histórico exigió para el nacimiento de la sociedad legal de gananciales que los esposos vivieran "de so uno" (Ley 17, Título II, Libro IV, del Fuero Juzgo), o "de consuno" (Ley 1.º, Título IV, Libro X, de la Novísima Recopilación), es decir, que fijó el momento inicial de dicho régimen en el de convivencia de los contrayentes y no en la realización de las nupcias, tales preceptos, expresamente derogados por el artículo 1.976 del Código Civil, fueron sustituidos en nuestro ordenamiento positivo por el artículo 1.393 del mismo Cuerpo Legal, al consignar que dicha sociedad comenzará a regir "precisamente el día de la celebración del matrimonio", sin atender a ninguna otra circunstancia»*⁵³⁴.

En relación con la doctrina que niega la continuidad de la sociedad de gananciales tras una separación de hecho de los cónyuges consentida, prolongada y definitiva, puede citarse, inicialmente, a modo de precedente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986. Alude la resolución a un supuesto en el que por parte de la viuda, separada de hecho de su cónyuge (fallecido en 1981) desde 1934 (es decir, más de 45 años de separación), se pretendía, entre otros pronunciamientos, que se declarara que los bienes adquiridos durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges pertenecían a la sociedad de gananciales y que se procediera a su liquidación. Estas peticiones, que fueron estimadas en segunda instancia, no se aceptan por el

⁵³⁴ STS de 31 de marzo de 1964 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1964:4395). Continúa esta sentencia que resulta indiferente la vida en común para que cada uno de los cónyuges pueda reclamar sus derechos y, siendo que *ex art. 1417*, en relación con el *art. 1392*, la comunidad de bienes termina al disolverse o declararse nulo el vínculo o en las hipótesis del *art. 1433*, salvo lo dispuesto en el *art. 50*, requiriéndose a tal efecto la presentación de la correspondiente ejecutoria que así lo declare, con arreglo al artículo 1434.1, en relación con los arts. 73 y 82, las meras separaciones amistosas o extrajudiciales no provocan la suspensión de los efectos económicos del matrimonio, citándose la STS de 19 de diciembre de 1932.

Tribunal Supremo, por considerar tal conducta contraria a la buena fe y un abuso de derecho *ex* artículo 7.2 del Código civil⁵³⁵.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de julio de 2008, dado que, *ex* artículo 102 del Código civil, con la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio cesa la presunción de convivencia conyugal, y partiendo de que, en línea con el criterio expuesto del Tribunal Supremo, la convivencia matrimonial es el supuesto fáctico *sine qua non* de la pervivencia de la comunidad ganancial, se propugna la retroacción de los efectos de la disolución de la sociedad legal, al menos en la relación interna, al tiempo del planteamiento del proceso matrimonial. La extinción formal de la sociedad se vincula a la firmeza del correspondiente pronunciamiento judicial, algo que se juzga *«de una lógica aplastante, pues, en el supuesto de denegarse la pretensión principal deducida, la comunidad económica habría de continuar rigiendo entre los cónyuges»*⁵³⁶.

Disentimos de esta interpretación que parece conferir a la formulación de las demandas de procesos matrimoniales un pretendido efecto extintivo material del consorcio que, por lo menos con un alcance general, no resulta de norma alguna. La circunstancia de que cese por imperativo legal la presunción de convivencia matrimonial con la admisión de esas interpelaciones no obsta a que los cónyuges continúen conviviendo y persista, de esta manera, el fundamento de la sociedad ganancial. Y sin perjuicio de que, en este caso, si se inicia el procedimiento de

⁵³⁵ STS de 13 de junio de 1986 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1986:8091). Rechazaba esta sentencia los pedimentos de la accionante afirmando que la pretensión de esta contrariaba la buena fe, ya que rota, con su consentimiento, la convivencia conyugal en 1934, con un acuerdo amistoso de alimentos y entrega, en 1938, del hijo único a su marido, sin haber intentado acción efectiva que mostrara su disconformidad, reclama sus derechos legales después de más de cuarenta años de separación fáctica, para conseguir bienes sin haber contribuido a su adquisición. Entiende el TS que esa conducta contraria a la buena fe integra uno de los requisitos del abuso de derecho, que se complementa con la falta de equidad que concurre en la posible desposesión a la conviviente con el marido desde 1938 a 1981 y al hijo del matrimonio, con el consecuente perjuicio a estos terceros, *«al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (protección del matrimonio conviviente), teleológicos (derechos viudales al cónyuge supérstite conviviente) y sociales (seguridad en las relaciones matrimoniales mantenidas por el afecto de los cónyuges), lo cual constituye el ejercicio anormal de un derecho que los tribunales deben impedir en aplicación del artículo siete apartado dos del Código Civil»*.

⁵³⁶ SAP de Madrid de 8 de julio de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2008:10550). Concluye esta sentencia, en apoyo de esa retroacción de efectos, al menos en la relación intraconyugal, de la disolución societaria al momento de admisión de la interpelación judicial del procedimiento matrimonial que preconiza, que el art. 808 LEC permite solicitar a cualquiera de los cónyuges la formación de inventario una vez admitida la citada demanda, lo que implica, a juicio de la reseñada resolución, una tácita modificación o matización de las previsiones contenidas en los arts. 95 y 1392 CC. Declara el tribunal que *«entender, por el contrario, que la sociedad mantiene plena vigencia y efectividad entre los esposos hasta la firmeza del pronunciamiento principal de la litis matrimonial, abocaría a la absoluta esterilidad de todo el procedimiento de formación de inventario»*.

liquidación social, en virtud de la solicitud de formación de inventario, durante la tramitación del proceso matrimonial, es obvio que la efectividad de la disolución de la comunidad acordada formalmente en la sentencia que se dicte habrá de retrotraerse, desde una perspectiva interna, al citado momento procesal, subsistiendo hasta la firmeza y publicidad registral de la mencionada resolución el régimen de responsabilidad *ad extra* del consorcio.

Armonizando el tenor del artículo 1368 con la doctrina judicial sobre la virtualidad extintiva de la comunidad de la libre separación de hecho de los cónyuges, temporalmente dilatada y reveladora de la voluntad de aquellos de poner término a la relación conyugal, ha de concluirse que, de producirse esta última situación, resultaría de aplicación igualmente la regla de responsabilidad contenida en aquella norma. Esta inferencia se sustenta porque, aunque la sociedad legal estaría disuelta *de facto*, ello no impediría, como es lógico, la sujeción de los bienes comunes por las deudas domésticas enumeradas en la disposición, por cuanto que, según se ha reiterado, la eficacia de la citada extinción no operaría *erga omnes*.

La comunicabilidad de ganancias en el supuesto de separación de hecho conyugal prolongada es criticada por CABANILLAS SÁNCHEZ, que resalta la singularidad de que un cónyuge tenga derecho a los bienes ganados por el otro durante ese período, en el que no ha existido la comunidad de vida en que se fundamenta el régimen, más aún si esa separación no es un paréntesis en la vida del matrimonio, que culmina con una reconciliación, sino una situación irreversible que subsiste hasta la disolución matrimonial o de la sociedad de gananciales⁵³⁷.

En relación con lo anterior, se expone que la formalización de la disolución de la sociedad ganancial en la hipótesis de separación de hecho conyugal, razonable teniendo en cuenta el interés de los terceros y de los hijos (art. 1368), no impide, tanto en gananciales como en el régimen de participación, que se produzca una suspensión o paralización de la comunicación de ganancias mientras subsista esa separación⁵³⁸.

⁵³⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «La mutabilidad del régimen económico matrimonial», *ADC*, T. XLVII-II, 1994, pág. 209, y también en «La separación de hecho de los cónyuges y el régimen económico matrimonial», *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, n.º 3-4, 1984-1985, pág. 17. Cfr., igualmente, MORALES MORENO, «Art. 1.415», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.* (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, *cit.*, págs. 817-818.

⁵³⁸ MORALES MORENO, «Art. 1.415», *cit.*, págs. 817-818.

La vigencia formal del consorcio, no obstante las vidas económicamente separadas, en tanto no se disuelva judicialmente la comunidad (arts. 1393.3.º y 1394) sería la razón por la que se regula en el Código el funcionamiento de la sociedad de gananciales en esa circunstancia de separación fáctica, a través de una regla de responsabilidad (art. 1368) y una norma de administración y disposición (art. 1388)⁵³⁹.

En la situación contemplada en el artículo 1368 la sociedad de gananciales está formalmente en vigor y el régimen de responsabilidad directa de aquella, como no puede ser de otra manera, resulta absolutamente aplicable en todos sus extremos, lo que, por supuesto, engloba también la afección ganancial por los débitos domésticos contraídos separadamente por los cónyuges (art. 1365.1.º, inciso primero, en relación con el art. 1319), limitándose el artículo 1368 a reiterar la subsistencia de la potestad doméstica en un estado de anormalidad matrimonial, que no deroga ni suspende la mencionada potestad. Se orienta, de esta forma, la declaración normativa a acentuar la solvencia y el crédito de los cónyuges frente a los terceros en el caso de las obligaciones contraídas individualmente, en ese escenario fáctico, para afrontar *los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos* con la adición, asimismo, de los extraordinarios. A nuestro juicio, el consorcio o bien está vigente o bien está disuelto, sin que, en este sentido, quepa aceptar una posible y atípica situación intermedia de suspensión de la sociedad legal cuando existe una separación de hecho de los cónyuges. La separación de hecho consentida, en línea con lo comentado, lo que puede ocasionar es la disolución material de la sociedad en la órbita intraconyugal, aun sin aval judicial, cuando, atendiendo a las circunstancias concurrentes, es expresiva de la voluntad de ruptura irrevocable de la relación conyugal⁵⁴⁰.

Abogando por la suspensión de la potestad doméstica cuando se produce la separación de hecho de los cónyuges, RAGEL incide en que en esta situación no existe un hogar familiar común, ni subsisten las mismas necesidades comunes de la familia, que está disgregada, ampliándose la legitimación del cónyuge que convive con los hijos,

⁵³⁹ CRESPO MORA, «La titularidad de los bienes y derechos adquiridos durante la separación de hecho en el régimen de gananciales», *cit.*, págs. 50-51.

⁵⁴⁰ VÁZQUEZ IRUZUBIETA (en *Régimen económico del matrimonio...*, *cit.*, pág. 271) considera que la sociedad de gananciales persiste realmente, más allá del concepto abstracto, como consecuencia jurídica cotidiana que deriva de la actividad económica de los cónyuges aunque se hallen separados de hecho y mientras no se disuelva o concluya mediante alguna de las formas establecidas legalmente, afectando al consorcio, tanto los actos del cónyuge que permanece en el domicilio conyugal, como los ejecutados por el otro.

mayores o menores de edad, dado que su actuación no se restringe a la cobertura de las necesidades ordinarias (art. 1319), sino que también es comprensiva de las extraordinarias, siempre que estén en consonancia con el tren de vida familiar⁵⁴¹.

En una línea distinta, se hace referencia a la ampliación automática de la potestad doméstica, sin que se precise la decisión judicial prevista en el artículo 1388, en los casos de separación de hecho porque no se discierne entre necesidades ordinarias y extraordinarias y si son o no urgentes⁵⁴².

4.1.1.5.3. La legitimación indistinta conyugal para contraer débitos domésticos atinentes a los hijos en la hipótesis de separación fáctica

La legitimación individual conferida por el controvertido artículo 1368⁵⁴³ a uno solo de los cónyuges para contraer débitos gananciales domésticos relativos a los hijos en el supuesto de separación de hecho no está subordinada a la convivencia del cónyuge deudor con aquellos en el domicilio familiar, en tanto en cuanto esta limitación del alcance de la norma no dimana del tenor literal ni del espíritu del precepto y puede conducir a resultados absolutamente ilógicos e incomprensibles. Así, cualquiera de los cónyuges, incluido, por consiguiente, aquel que no tiene a los hijos en su compañía, se halla legitimado indistintamente para sujetar el patrimonio común frente a terceros por los gastos en que haya incurrido en la atención de los hijos comunes del matrimonio o de uno solo de los partícipes que convivan o no en el hogar familiar. En consecuencia, la calificación del débito unilateralmente contraído en la coyuntura fáctica que se prevé como consorcial, el cual puede provenir, a diferencia de lo que acaece en el ejercicio de la potestad doméstica en la hipótesis de normalidad matrimonial, de la satisfacción de necesidades filiales extraordinarias, no va a depender de la convivencia de cónyuges e hijos, sino de que formalmente se genere para atender las cargas matrimoniales descritas. Deviene difícilmente inteligible que se rechace la facultad del cónyuge no conviviente con los hijos de contraer deudas para subvenir a las necesidades de estos últimos, con idéntica extensión que su consorte que los tiene a su cargo. Más aún si consideramos que, dado que la sociedad de gananciales está en todo caso vigente -y no

⁵⁴¹ RAGEL, «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1061.

⁵⁴² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «Art. 1.368», *Comentario del Código Civil*, T. II, *cit.*, pág. 701.

⁵⁴³ Declara este artículo que *también responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales.*

extinguida o suspendida- *ad extra*, como sostenemos, cualquiera de los cónyuges está habilitado para contraer deudas gananciales en el ejercicio de la potestad doméstica, en los términos del artículo 1365.1.º, inciso primero, en relación con el artículo 1319⁵⁴⁴.

La legitimación indistinta de los cónyuges, al margen de su convivencia con los hijos, en el supuesto de separación de hecho, para asumir obligaciones o débitos consorciales que traigan su causa de la atención de los *gastos de sostenimiento, previsión y educación* de aquellos, se infiere a partir de una exégesis literal del artículo 1368. Este artículo no supedita esa habilitación legal a que el cónyuge deudor esté en compañía de los hijos, algo que, por lo demás, sería incongruente con las reglas de responsabilidad externa aplicables en materia de potestad doméstica, que admiten, en este marco, tal posibilidad de actuación separada con trascendencia patrimonial directa para la masa común. Igualmente, se colige esa legitimación dual de la tramitación parlamentaria de la disposición, que, inicialmente, en el Proyecto de 1979, omitía la mención «*por uno solo de los cónyuges*» y cuya inclusión ulterior fue resultado de una enmienda transaccional del Grupo Parlamentario Centrista, formulada, a su vez, en respuesta a una enmienda previa del Grupo Parlamentario Andalucista⁵⁴⁵. Esta *addenda*

⁵⁴⁴ RUEDA PÉREZ y RUEDA PÉREZ (en «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones...», *cit.*, pág. 579), en consonancia con lo que propugnamos, indican que el art. 1368 no dice que las obligaciones hayan de ser contraídas por el cónyuge que esté a cargo de los hijos, aunque esta sea la regla general o normal, sino que el otro puede contraer deudas en las atenciones previstas en la norma, no siendo impensable el supuesto de que los cónyuges se «repartieran» el cuidado de los hijos. Acogiendo esta reflexión, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (en *Responsabilidad patrimonial...*, *cit.*, pág. 61) pone de relieve que la limitación de los efectos de la disposición a los actos ejecutados por el cónyuge a cuyo cargo están los hijos impediría que el otro asumiera débitos por las actividades más elementales de cuidado y atención de los mismos, de manera que el proveedor de la familia o el director del colegio se verían imposibilitados para agredir la masa común para la exacción de sus créditos, lo que produciría el resultado absurdo de tener que contratar imperativamente con el cónyuge a cuyo cargo están los hijos y nunca con el otro.

Sobre este particular, LACRUZ (en *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 433) expone una tesis opuesta y restringe el ámbito material del art. 1368 a las deudas contraídas por el cónyuge que conserva a los hijos en su compañía en la atención de aquellos y, supuestamente, del hogar conyugal, sin que el precepto atañe, contrariamente, al cónyuge separado que no convive con la prole.

⁵⁴⁵ La enmienda n.º 166, del Grupo Parlamentario Andalucista, que fue rechazada en la Comisión de Justicia del Congreso, tal como se propuso en el Informe de la Ponencia (Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 71-I, de 22 de mayo de 1980, pág. 348/25), propugnaba la sustitución del texto del proyecto por otro en el que se dijera que «*la separación de hecho no determina alteración del régimen de responsabilidad establecido en el artículo anterior*», justificando la enmienda en aras a la garantía de los terceros, dado que, en otro caso, se limitaría la responsabilidad de la sociedad ganancial, en contradicción con el art. 1911 CC [Vid. *Código Civil (Reformas 1978-1983)*..., I, *cit.*, págs. 275-276].

Cuestionaba el diputado Sr. Aguilar Moreno, defensor de la enmienda, el régimen de responsabilidad que, en su opinión, emanaba del tenor del art. 1368 en su versión preliminar, expresando que «*si el proyecto no redujese la responsabilidad patrimonial de la sociedad ganancial a estos gastos de los hijos que tiene a su cargo el matrimonio, este artículo, en realidad, presentaría más claramente su verdadera faz, que no es otra que la del establecimiento, de forma indirecta, de un singular sistema de eludir la responsabilidad patrimonial. Es decir, basta separarse de hecho -no con sentencia judicial, y por lo tanto pensemos en la*

se justificó teniendo en cuenta que los gastos que se contemplan derivan de obligaciones que ya *ex artículo 1319* pueden ser contraídas por *cualquiera de los cónyuges en un régimen de consentimiento tácito o indistinto que permite obligar a la comunidad dentro del régimen ganancial*⁵⁴⁶.

El artículo 1368 tampoco es, precisamente, un paradigma de técnica en el plano gramatical. De esta forma, en cuanto a este aspecto, una lectura preliminar del texto legal permite concluir, por una parte, que los *gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos* a los que se refiere la norma son aquellos que están *a cargo* de la comunidad, es decir, que se integran en el pasivo ganancial interno, y, por otra, simultáneamente, que la expresión *a cargo* no hace alusión a los gastos, sino a los hijos

problemática que una prueba de este tipo puede plantear-, basta esa separación de hecho para dejar de pagar. Este es el verdadero sentido de este artículo, y de ahí su gravedad. Porque la cobertura, podemos decir que sentimental, a base de la excepción en el caso de los gastos de los hijos, no es más que eso, una excepción, porque el contenido sustantivo del artículo no es la obligación de atender los gastos de los hijos, sino la ruptura del principio general del Código Civil que de todo deudor –en este caso la sociedad ganancial- responde con todos sus bienes presentes y futuros. Y en una situación de separación simplemente de hecho, no se ha disuelto la sociedad ganancial, evidentemente. Luego no puede tal sociedad dejar de responder toda clase de deudas. Esto sería así si no fuera por este confuso artículo (...) El texto que estamos examinando -y esto es lo que nos parece grave, como ya hemos dicho- otorga consecuencias jurídicas exteriores a una situación de difícil constatación en muchas ocasiones (...) El peligro de defraudación a terceros es evidente (...)» (Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 140, de 18 de diciembre de 1980, págs. 9011-9012).

Se ha transcrito una parte de la intervención porque, a nuestro juicio, pone el acento en algunos aspectos que siguen suscitando controversia en la actualidad en relación con la inteligencia del art. 1368. En efecto, lo que venía a plantear el grupo firmante de la enmienda es que la separación de hecho no debía tener incidencia alguna en el régimen de responsabilidad externa de la comunidad, porque esta no se ha disuelto y atendiendo, por otra parte, a que se trata de una situación difícilmente constatable por los terceros, existiendo un riesgo indudable de defraudación. Este planteamiento continúa siendo plenamente válido en nuestra opinión, en el sentido de que la separación fáctica conyugal no supone novación de las reglas de responsabilidad *ad extra* del consorcio, más allá de extender la legitimación indistinta conyugal respecto de los débitos domésticos relativos a los hijos, al no excluirse la atención de sus necesidades extraordinarias, sin perjuicio de la posible disolución material extrajudicial de la sociedad de darse las notas que exige la doctrina jurisprudencial expuesta y que, en defecto de publicidad registral, operaría exclusivamente en la esfera interna.

⁵⁴⁶ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 140, de 18 de diciembre de 1980, pág. 9012. Sostenía el diputado defensor de esta enmienda transaccional, Sr. Escartín Ipiéns, en respuesta a la enmienda inicial del Grupo Parlamentario Andalucista, ya citada, que *«creemos que una total y absoluta asimilación del régimen de responsabilidad al caso del artículo 1.367, que exige un consentimiento expreso, no es la voluntad que, quizá, el propio grupo enmendante desearía para solucionar el problema de la separación de hecho. Pero asumiendo el espíritu, yo propondría, como transaccional, que en el artículo 1.368 se dijera que también responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas -y aquí vendría la adición- por uno solo de los cónyuges, en caso de separación de hecho, para atender los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad (...)»*.

Es decir, con la adición que se contenía en la enmienda transaccional (y que, finalmente, fue aprobada por el Pleno) parece desprenderse, cierto es que no sin dificultad, que la intención final del legislador fue excluir la necesidad de la actuación conyugal conjunta o expresamente consentida, que requiere el art. 1367 CC, para comprometer el acervo común, en la situación de separación de hecho conyugal, por los débitos expresados y establecer, en un sentido contrario, la legitimación individual de cualquiera de los cónyuges separados *de facto* para vincular directamente la masa consorcial por las obligaciones enumeradas en el art. 1368, permaneciendo inalterado en lo demás el sistema de responsabilidad *erga omnes* de la sociedad.

(o sea, no a *gastos que estén a cargo*, sino a *hijos que estén a cargo*). La posible duda interpretativa ha de despejarse, tomando en consideración la terminología del propio artículo 1362 y la lógica del sistema ganancial, vinculando *gastos de sostenimiento, previsión y educación y cargo de la sociedad de gananciales*. En sentido estricto, las cargas de la comunidad son, sustancialmente, aquellos gastos satisfechos por los cónyuges en las distintas hipótesis prefiguradas en las normas que regulan la responsabilidad definitiva, en orden a lo que, en puridad, no cabe hablar en la disciplina ganancial de hijos a cargo de la sociedad legal⁵⁴⁷.

Otra cuestión que suscita un análisis del artículo 1368 es si cuando las deudas se generan por un cónyuge separado de hecho para el sostenimiento, previsión y educación de los hijos de uno solo de los partícipes que no convivan en el hogar familiar, los cuales no están comprendidos en el ámbito subjetivo del artículo 1362.1.^a y, por lo tanto, tampoco los gastos domésticos relativos a los mismos son una carga social, van a responder los bienes comunes. A esto habrá que contestar afirmativamente, al margen de por razones de la más elemental justicia material, porque la afección directa y meramente provisional del consorcio en este supuesto está regulada en el artículo 1362.1.^a.2, inciso segundo. Esta disposición es perfectamente aplicable porque frente a terceros la comunidad subsiste no obstante la separación de hecho de los cónyuges y el artículo 1368, lejos de restringir la legitimación para producir débitos domésticos, está orientado a la extensión del marco de la habilitación conyugal individual para comprometer el patrimonio de la sociedad por débitos domésticos concernientes a los hijos, sean comunes o de cualquiera de los cónyuges y habiten o no en el domicilio familiar⁵⁴⁸.

Consideramos que el artículo que se analiza es absolutamente prescindible y también que genera una potencial inseguridad jurídica en el tráfico del consorcio. De

⁵⁴⁷ Una conclusión similar a la que exponemos es defendida por RUEDA PÉREZ y RUEDA PÉREZ (en «Notas sobre la nueva regulación...», *cit.*, pág. 579), quienes interpretan que la expresión final del artículo (*que estén a cargo de la sociedad de gananciales*) se refiere a los gastos y no a los hijos, como pudiera inferirse de una lectura apresurada del precepto, entendiendo que los hijos no están a cargo de la sociedad de gananciales en ningún caso, siendo la mención legal económica y no personal, de manera que los hijos están bajo la patria potestad de sus progenitores y los gastos devengados por su sostenimiento, previsión y educación serán de cargo del consorcio.

⁵⁴⁸ Cuando no existe convivencia conyugal, RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1066] concluye que no subsiste el mandato del art. 1362.1.^a.2 CC y que los débitos alimenticios de los hijos de cada cónyuge son privativos, expresando que los hijos de uno de los cónyuges forman parte de la familia a efectos del art. 1319 si existe convivencia con el cónyuge no progenitor, lo que determina que este ha aceptado tácitamente su integración en la familia y justifica que se cataloguen como deudas gananciales domésticas las contraídas para atender sus necesidades ordinarias.

este modo, es superfluo dado que se consigue idéntico régimen de afección mediante el juego combinado del artículo 1365.1.º, incisos primero y segundo, en relación con el artículo 1386, norma esta última que permitirá que un solo cónyuge pueda, con carácter general, vincular el haber ganancial por deudas domésticas que dimanen de actuaciones ejecutadas por aquellas urgentes y necesarias, aún extraordinarias⁵⁴⁹. La inseguridad jurídica, a su vez, resultaría de la circunstancia de que los terceros, titulares de un interés preeminente en el ámbito de la responsabilidad consorcial externa y que son usualmente desconocedores de la posible existencia de una separación de hecho conyugal⁵⁵⁰, pueden verse afectados en su garantía patrimonial si se interpreta que el artículo 1368 tan solo faculta al cónyuge separado de hecho que cohabita con los hijos para contraer los débitos domésticos consorciales que se relacionan. Si se excluye la legitimación del otro a estos efectos, de producir esas deudas, el no conviviente únicamente habría de responder, dada su naturaleza privativa, directamente, con su caudal propio, recortándose de esta forma la extensión de la masa de bienes comprometidos *erga omnes*⁵⁵¹.

Por tanto, a los terceros que contratan con cualquiera de los cónyuges les es irrelevante si estos se hallan o no separados de hecho, salvo que se trate de una situación fáctica temporalmente dilatada y oportunamente publicitada registralmente, puesta de manifiesto en el momento de la contratación o conocida directa o indirectamente por aquellos, si así se adviera fehacientemente. En este supuesto la disolución *de facto* del

⁵⁴⁹ RUEDA PÉREZ y RUEDA PÉREZ (*op. cit.*, págs. 579-580) afirman que el resultado que se alcanza con el art. 1368 es el mismo que, en condiciones matrimoniales normales, establece el art. 1365.1.º, juzgando que la separación de hecho no es una situación anormal del matrimonio y ha de someterse a esta última norma y que la única utilidad del art. 1368 es despejar las dudas sobre la aplicabilidad del art. 1365.1.º a ese supuesto fáctico, eliminando la posibilidad de polémica interpretativa. Para DE LOS MOZOS (en «Artículos 1.367 a 1.369», *Comentarios al Código Civil...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 307) la autorización que se confiere al cónyuge contratante separado de hecho coincide con las facultades que tiene cualquiera de los cónyuges en circunstancias normales, en virtud del art. 1365.1.º, si bien incide en que la extensión de esas facultades y su fundamento, en relación con su ejercicio, son distintos.

⁵⁵⁰ La cuestión de la posible lesión de los derechos de los terceros al otorgarse virtualidad en el plano externo a una circunstancia fáctica no aprehensible por aquellos, según hemos expresado y reiteramos de nuevo, ya se puso de manifiesto en la defensa en el Pleno de la enmienda del Grupo Parlamentario Andalucista al texto del art. 1368 que figuraba en el Proyecto de 1979 y que se mantuvo tras el dictamen de la Comisión de Justicia, en la que se destacó que el precepto proyectado «*otorga consecuencias jurídicas exteriores a una situación, de difícil constatación en muchas ocasiones (...) El peligro de defraudación a terceros es evidente y nosotros estamos en esta enmienda, y en otras, por la máxima extensión de garantías a terceros*» -*Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 140, de 18 de diciembre de 1980, pág. 9012-.

⁵⁵¹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA (en *Régimen económico...*, *cit.*, pág. 271) apunta que la actitud que asuman de forma voluntaria los cónyuges no debe perjudicar los derechos de los terceros contratantes de buena fe, para los que las cuestiones patrimoniales que se deriven de la separación de hecho serán siempre *res inter alios acta*, atribuible a los cónyuges y que no ha de ser transferida a otras personas.

régimen ganancial jugaría también en la esfera externa y no podrían invocarse por eventuales acreedores, no amparados ya por una apariencia de ganancialidad de los débitos, las normas de responsabilidad *erga omnes* de un consorcio no vigente para agredir de forma directa bienes comunes, bastándoles a los mismos, en defecto de oponibilidad de la extinción, que la obligación de la que proviene la deuda doméstica que afecta a los hijos, asumida por el cónyuge contratante, se corresponda con el nivel de vida aparente del grupo familiar.

Una vez admitida la subsistencia de la potestad doméstica en toda su extensión en la situación de separación de hecho que se refleja en el artículo 1368, que no deroga ni restringe el régimen de responsabilidad externa de una comunidad que está en vigor, al menos formalmente en su proyección *ad extra*, una consecuencia insoslayable es el mantenimiento de la responsabilidad subsidiaria del patrimonio privativo del cónyuge no deudor por los débitos domésticos *ex* artículo 1319.2. No concurre razón alguna para que los terceros que contratan con un cónyuge separado de hecho de su consorte sean de peor condición, por lo que hace referencia a la extensión de la garantía patrimonial de sus créditos, que aquellos que lo hacen en situaciones de normal convivencia matrimonial de los cónyuges, con la excepción, claro está, del supuesto de que haya sido admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, en cuyo caso «*salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica*» *ex* artículo 102.2 del Código civil.

ABELLÓ MARGALEF considera que existirá responsabilidad *erga omnes* de la sociedad por las obligaciones asumidas por un solo cónyuge en la separación de hecho para atender gastos disímiles a los mencionados en el artículo 1368, por cuanto que esa coyuntura fáctica será desconocida, generalmente, por los terceros, al no contarse con constancia registral de la misma, de forma que aquellos, por imperativo de la seguridad del tráfico jurídico, podrán agredir bienes comunes. Matiza ese autor que procederá el reintegro entre patrimonios cuando se opere la disolución social y siendo los gananciales ulteriores obtenidos por el cónyuge contratante de su exclusiva propiedad y no teniendo derechos sobre ellos el otro cónyuge⁵⁵².

⁵⁵² ABELLÓ MARGALEF, «Notas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», *cit.*, pág. 809.

Estamos de acuerdo en que la responsabilidad directa del consorcio no se ve limitada por la circunstancia de que los cónyuges estén separados de hecho y habrá de ponderarse su sujeción de conformidad con las reglas generales, fundamentalmente, habida cuenta de que en el supuesto normativo que se regula en el artículo 1368 la comunidad necesariamente persiste *erga omnes* y la ausencia de convivencia conyugal que se refiere no tiene trascendencia *ad extra*, en la medida en que la virtualidad de un aspecto de orden usualmente interno debe desplegarse en la relación intraconyugal. Dicho lo cual, no podemos suscribir que se afirme, a modo de juicio general, que habrá de ejecutarse el correspondiente reequilibrio patrimonial de sufragarse a costa del caudal común gastos causados por un cónyuge de naturaleza diferente a los explicitados en la norma, toda vez que, en sede de responsabilidad definitiva, será necesario valorar puntualmente si el gasto en cuestión es o no una carga del consorcio, y mucho menos cabe aceptar que se sostenga que los gananciales posteriores obtenidos por el cónyuge contratante le pertenecen en exclusiva. Esta última aseveración, al margen de contradictoria, solo es aceptable en la actualidad si la separación fáctica en el caso particular reúne las notas exigidas para operar la disolución material, eficaz retroactivamente desde una óptica *ad intra*, de un consorcio que, en ausencia de declaración judicial contraria, por fuerza, pervive externamente.

No existe inconveniente para que los cónyuges separados, de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255, formalicen, en virtud de estipulación capitular o extracapitular, con carácter previo o constante el matrimonio, los pertinentes convenios de separación con el objeto de normar, en el orden personal y patrimonial, las consecuencias jurídicas de su separación fáctica. Pero los citados negocios, como es lógico, en el sentido ya visto, no podrán suponer, en ningún caso, una restricción de la responsabilidad patrimonial universal del deudor casado en régimen de gananciales (art. 1911), ni, en general, y en congruencia, por lo demás, con la relatividad contractual, que se vacíen de contenido las reglas de responsabilidad externa del consorcio que delimitan el ámbito de ganancialidad pasiva por la actuación conyugal individual, las cuales tienen naturaleza imperativa y están dirigidas, sustancialmente, a la salvaguarda de los derechos de los terceros, deviniendo inmodificables en perjuicio de estos. Ello no impediría, en principio, que se convenga, con trascendencia *ad extra*, por los partícipes no convivientes una ampliación de la garantía patrimonial de los acreedores, estableciendo nuevos supuestos de vinculación

del acervo social por la actuación disyunta del cónyuge separado o comprometiendo, incluso, directamente la masa privativa del cónyuge no deudor⁵⁵³.

Los pactos de separación de hecho, según VALPUESTA FERNÁNDEZ, no responden ya a la necesidad de producir unos efectos jurídicos adecuados a la situación de ausencia de convivencia, que, si no negados, al menos no vienen reconocidos por el Derecho civil, sino que tales convenios se colocan en la órbita de ser fuente de ciertos efectos jurídicos, regulados autónomamente por las partes⁵⁵⁴.

4.1.2. La afección ganancial por los débitos provenientes de la gestión o disposición de bienes comunes que legal o convencionalmente incumbe a cada cónyuge

4.1.2.1. Cogestión y gestión separada

El artículo 1375 *ex* Código civil⁵⁵⁵, defectuosamente redactado desde el punto de vista gramatical, toda vez que semeja incorrecto utilizar el vocablo «disposiciones» en plural, discierne entre «gestión», término que aparece por vez primera en la regulación de la institución, y «disposición» de bienes gananciales, por cuanto que, de no entenderse así, se incurriría en una redundancia inexplicable. Ello no obsta para que cuando se hable de cogestión del patrimonio ganancial quepa englobar en tal expresión, no solo los actos de administración del acervo consorcial en sentido estricto, sino, igualmente, la disposición de los bienes comunes.

⁵⁵³ Refiriéndose, en concreto, a los contratos entre cónyuges en contemplación de situaciones de crisis matrimonial no aprobados judicialmente, e invocando la doctrina judicial existente, indica Silvia GASPARD LERA (en «Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad», *ADC*, T. LXIV-III, 2011, pág. 1044, nota 3) que la validez y eficacia de esos acuerdos está sujeta a la concurrencia de los requisitos del art. 1261 CC y al cumplimiento de las formalidades legales *ad solemnitatem* o *ad substantiam* para determinados actos dispositivos, y cuya fuerza vinculante en la relación interna no está condicionada a la aprobación judicial. La STS de 22 de abril de 1997 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1997:2817), que analiza un denominado contrato de separación conyugal, no aportado por los cónyuges al ulterior proceso matrimonial, califica el convenio de separación matrimonial como negocio jurídico de Derecho de familia, válido, en el aspecto patrimonial analizado en la resolución, en la medida en que concurre consentimiento, objeto y causa, y eficaz, puesto que, si bien no tiene eficacia procesal porque carece de aprobación judicial, no la pierde como tal negocio jurídico. Cfr., entre otras muchas, SSTS de 19 de diciembre de 1997 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1997:7874) y de 21 de diciembre de 1998 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1998:7768).

⁵⁵⁴ VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Los pactos conyugales de separación de hecho...*, cit., pág. 236.

⁵⁵⁵ Esta norma declara que «en defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes».

LASARTE afirma que el conjunto normativo de la Sección 4.^a (arts. 1375 a 1391) no contempla exclusivamente los actos de administración, sino también los de disposición, por lo que, doctrinalmente, se ha impuesto el recurso a la expresión «gestión de los bienes gananciales» o «gestión de la sociedad de gananciales» para referirse de manera conjunta a las dos categorías, habida cuenta que el propio artículo 1375 utiliza el término *gestión* con un significado ambivalente⁵⁵⁶.

La expresión *cogestión*, cuyo significado, según la Real Academia Española, es *gestión en común*, es lo suficientemente amplia en el orden semántico como para incluir actuaciones, de la naturaleza que sea, que puedan efectuar los cónyuges mancomunadamente y que estén preordenadas a la realización de cualquier finalidad atinente al consorcio⁵⁵⁷.

Sin necesidad de profundizar en la cuestión terminológica expuesta, se razona que normalmente podrá separarse el acto de administración del acto de disposición según la posición del sujeto dentro de la relación jurídica, la naturaleza de la institución y las características del acto concreto⁵⁵⁸.

Comentaba AGUILERA DE LA CIERVA, vigente el régimen ganancial derogado, que, aunque en una comunidad germánica los dos cónyuges deberían efectuar conjuntamente la totalidad de los actos de administración y disposición, la ley intervenía imperativamente, adjudicando la administración al marido, como regla general, y determinando sus facultades dispositivas, las cuales se vieron, lógicamente, limitadas

⁵⁵⁶ LASARTE, *Principios...*, VI, *cit.*, pág. 214. Subraya este autor (*ibíd.*, págs. 214-215) que el principio de actuación conjunta comprende tanto las facultades de administración como las de disposición, resultando solo relativamente necesario extenderse en la distinción entre actos de administración y dispositivos porque el legislador, como regla, los somete a idéntico régimen normativo de exigencia del consentimiento de ambos cónyuges.

⁵⁵⁷ De hecho, el verbo *gestionar*, conforme al Diccionario de la RAE, tiene, entre otras, la acepción de «*ocuparse de la administración, organización y funcionamiento de una empresa, actividad económica u organismo*», por lo que no ofrece ninguna dificultad en el plano gramatical entender que cuando se alude a un acto gestorío de los partícipes en la comunidad conyugal se comprendan tanto actos de administración como de disposición, con independencia de que, jurídicamente, estas dos clases de actos no sean homologables, aunque tampoco necesariamente antitéticas.

⁵⁵⁸ AVILÉS GARCÍA, *Libertad e igualdad...*, *cit.*, pág. 99. Añade AVILÉS que el administrador efectúa, con carácter ordinario, actos de administración, disposición y conservativos para conseguir los rendimientos que regularmente deben proporcionar los bienes con arreglo a su destino o función económica, en atención a lo que no es conveniente contraponer aquellas tipologías de actos (dispositivos y de administración), aunque sí saber distinguirlas (*ibíd.*, págs. 99 y 100).

legalmente a lo largo de la evolución histórica porque se le atribuían unas potestades que no le incumbían por naturaleza⁵⁵⁹.

El establecimiento del principio de cogestión o de gestión conjunta o en común por los partícipes en la sociedad de gananciales es una derivación del postulado constitucional de igualdad⁵⁶⁰, consagrado expresamente en preceptos de la Constitución Española tales como el artículo 1.1, que la proclama como valor superior del ordenamiento jurídico, 14, que dispone la igualdad ante la ley, o 32.1, que establece el derecho de hombre y mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Esta noción de igualdad, conforme se determinaba en la Exposición de Motivos del Proyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que dio lugar a la reforma del citado texto legal aprobada por la Ley 11/1981, orienta la nueva regulación del régimen del consorcio⁵⁶¹.

La reforma de 1981 tuvo, así, como expresa MARTÍN MELÉNDEZ, el mérito de implantar de modo absoluto el principio de igualdad entre marido y mujer en materia de regímenes económico-matrimoniales en general y en la sociedad ganancial en

⁵⁵⁹ AGUILERA DE LA CIERVA, Tomás, *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973, pág. 214.

⁵⁶⁰ LASARTE (en *Principios...*, VI, *cit.*, pág. 214) concluye que el principio constitucional de igualdad conyugal se respeta escrupulosamente por el legislador ordinario, de modo que la gestión conjunta no excluye que, en numerosos supuestos, cualquiera de los cónyuges lleve a cabo actos de administración y disposición de bienes comunes. También Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (en «Principio de igualdad y Derecho privado», *ADC*, T. XLIII-II, 1990, pág. 370) interpreta que, entre otros preceptos, el art. 1375 CC se introduce en aplicación del principio de igualdad. En la misma línea, Jaime SANTOS BRIZ, *Código Civil (Comentarios y jurisprudencia)*, Ed. Comares, Granada, 1991, pág. 642.

⁵⁶¹ A este respecto se decía en la Exposición de Motivos del reiterado Proyecto que «*la presente reforma ha llevado el principio de igualdad entre los cónyuges a sus últimas y justas consecuencias, ya borrando ciertas distinciones que persistían en las relaciones personales, ya, sobre todo, confiriendo a cada uno, en el aspecto patrimonial, iguales facultades, derechos y obligaciones. De ahora en adelante cada cónyuge gobernará y regirá sus bienes y actividades económicas sin más trabas que la respectiva contribución a las cargas familiares o las derivadas del hecho de no ser suyos, sino comunes, ciertos bienes obtenidos por él, o de la eventual obligación de dar cuenta de sus actividades lucrativas al otro cónyuge. De otra parte, en la economía conyugal, y singularmente en la sociedad de gananciales, ninguno de los dos será superior al otro, ni tendrá atribuidas por la ley concretas facultades o privilegios en cuanto varón o mujer*» (cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 71-I, de 14 de septiembre de 1979, pág. 314).

El principio de igualdad, recuerda FUENMAYOR (en «Alcance del principio constitucional de igualdad», *ADC*, T. XXXVI-IV, 1983, pág. 1330), no solo exige una aplicación igual del Derecho, sino asimismo el rechazo de toda desigualdad jurídica material, es decir, la proscripción de la diferenciación sin fundamento racional, que adquiere pleno sentido si se aplica al legislador, que es uno de sus destinatarios. Para AVILÉS GARCÍA [en «El artículo 1384 del Código Civil y la sociedad de gananciales», *Diario La Ley*, n.º 4, 1991, pág. 4 de la versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 17046/2001)], igualdad jurídica y libertad e independencia conyugales son principios que están bien trabados entre sí, habida cuenta que la paridad entre los cónyuges ha de estar concebida en aras de su respectiva independencia y libertad en la perfecta integración del consorcio conyugal, idea esta sistemáticamente olvidada por el legislador.

particular, con carácter previo a otros países, demostrando que ese principio podía regir la comunidad, frente a las opiniones anteriores que propugnaban que la igualdad tan solo era defendible en los regímenes de separación o de participación⁵⁶².

En todo caso, si bien el principio de cogestión, es decir, la gestión y disposición de los bienes comunes conjuntamente por ambos cónyuges, rige, en defecto de pacto, el funcionamiento del consorcio, tal como prescribe el artículo 1375, no puede ignorarse que, en la práctica, dado el elenco de excepciones legales a aquel que se contemplan, los actos gestorios unilaterales de los cónyuges, en congruencia con las exigencias del tráfico jurídico, van a constituir la pauta habitual de actuación en el sistema ganancial⁵⁶³.

Frente a la consideración dominante de la cogestión como regla principal y general que cuenta con diversas excepciones, TALMA CHARLES recalca que ha de reconocerse que aquella se configura solamente como una regla más entre las previstas en el ordenamiento jurídico para llevar a buen término la gestión de la sociedad legal, de donde se sigue que las demás reglas contempladas legalmente, y relativas a la actuación individual (directa) y a la disjunta (concurrente, indistinta y solidaria), al no conformar

⁵⁶² MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, «La sociedad de gananciales, en general, y su liquidación, en particular, en el Código Civil desde 1889 hasta 1981: el camino hacia la plena igualdad de los cónyuges», *RCDI*, n.º 701, 2007, pág. 1218.

⁵⁶³ DE LOS MOZOS (en «Artículos 1.375 a 1.377», en *Comentarios al Código Civil...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, págs. 341-342) matiza que no cabe argüir que la reforma ha impuesto el sistema de actuación conjunta o de cogestión, dado que esta regla general lo es de Derecho supletorio y, en cuanto tal, funciona en defecto de pacto en capitulaciones, debiendo integrarse con las numerosas excepciones que se contemplan, juzgando más exacto sostener que el nuevo sistema ganancial, basado en el postulado constitucional de paridad jurídica de los cónyuges, lleva a organizar la administración, gestión y disposición de bienes comunes de conformidad con el principio de *colaboración* que inspira el propio régimen de comunidad, pero tratando de salvaguardar la independencia y libertad de aquellos para hacer efectiva su igualdad. Igualmente, GORDILLO CAÑAS [en «Ganancialidad de la deuda: ¿Presunción, prueba o determinación legal?», *Actualidad Civil*, n.º 21, 2004, pág. 5 de la versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 2466/2004)] rechaza que el principio de actuación conjunta constituya una exigencia absoluta de la normal gestión de los bienes comunes, admitiendo la ley respecto de estos áreas de actuación individual.

Dice la SAP de Madrid de 14 de abril de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2005:4219) que la administración y disposición de gananciales puede ejecutarse concurriendo simultáneamente las voluntades de ambos cónyuges o por uno solo de los cónyuges con el consentimiento expreso o tácito o sin oposición ni impugnación de su consorte. El primer sistema se plasma en el art. 1375 y el segundo se deduce del art. 1322, evitando esta segunda fórmula que los actos nimios de administración o dispositivos hayan de efectuarlos los dos cónyuges. Afirma esa resolución que el consentimiento *uxoris* «puede ser anterior al acto o a los actos de administración del otro cónyuge, pudiendo incluso ser general, sin perjuicio de que se revoque, o bien puede ser coetáneo, lo que se aproxima mucho a la actuación conjunta o puede ser posterior, como confirmación, que será expresa cuando así se declara, o tácita cuando se deja pasar el plazo de caducidad de la acción de impugnación, o se deduce de la conducta del cónyuge que conoce, asiste o acepta la actividad de administración o disposición del otro cónyuge». Cfr., en idéntica línea, SAP de Madrid de 17 de enero de 2007 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2007:1026) y SAP de Madrid de 14 de enero de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2009:584).

auténticas excepciones a un principio general, pueden ser objeto de exégesis analógica⁵⁶⁴.

La gestión conjunta ganancial establecida en el artículo 1375 resulta, en opinión de ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, difuminada y borrada en sus contornos por la presunción de ganancialidad activa del artículo 1361, habida cuenta que a las excepciones a aquella admitidas habría que adicionar las adquisiciones operadas por cualquiera de los cónyuges, gananciales por aplicación de este último precepto, de manera que si la adquisición es ganancial la intervención del cónyuge adquirente se produjo en interés de la comunidad y, en consecuencia, en calidad de gestor, o sea, gestionando negocios de la sociedad legal⁵⁶⁵.

A nuestro juicio, sin embargo, la presunta ganancialidad de cualquier adquisición ejecutada autónomamente por un cónyuge no configura a esta, en sentido estricto, como un acto de gestión de la comunidad, ni permite asimilar al cónyuge adquirente con un gestor social. Así, frente a la indefectible responsabilidad del consorcio por la actuación conyugal en el caso de las excepciones que se prevén al principio de la cogestión *ex* artículo 1365.1.º, inciso segundo, las adquisiciones unilaterales onerosas solo conllevarán la eventual afección directa de los bienes comunes si la intervención conyugal se ajusta a alguna de las previsiones legales contempladas en los artículos 1365 y 1368, siendo, en otro caso, los débitos que se contraigan privativos del adquirente, sin perjuicio, lógicamente, de lo que proceda en la relación *ad intra*.

El corolario de excepciones a ese criterio general de actuación conyugal conjunta ha conducido a que por parte de algún autor se propugne que, en la práctica, se sigue un principio de gestión individual ordinaria e indistinta, entendiéndose que la comunidad de vida que nace del matrimonio genera una apariencia social que legitima frente a terceros, y excepto casos excepcionales, toda actuación de un cónyuge en su

⁵⁶⁴ TALMA CHARLES, Javier, «Compatibilidad de las gestiones conjunta, disjunta e individual, en el régimen de gananciales», en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2003, pág. 587.

⁵⁶⁵ ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «Los límites de la responsabilidad ganancial», *Academia Sevillana del Notariado. Homenaje a Francisco Manrique Romero, cit.*, pág. 166.

condición de gestor de la masa ganancial, incumbiendo la carga de la prueba en contrario al cónyuge del deudor⁵⁶⁶.

Más allá de opiniones doctrinales aisladas que discrepan de la vigencia de la regla de la cogestión en el régimen ganancial, inclinándose por la prevalencia de la gestión conyugal individual, entendemos que, no obstante las múltiples excepciones que se contienen en la normativa al aducido criterio legal subsidiario, en defecto de pacto, la gestión mancomunada es la pauta general en el sistema ganancial⁵⁶⁷.

En la regulación originaria del Código civil, en los términos expuestos, *ex* artículo 1412, el varón se erigía como gestor omnipotente del patrimonio familiar, pudiendo el marido, por lo demás, al amparo del artículo 1413, enajenar y obligar a título oneroso bienes gananciales sin el consentimiento de la mujer, quien, consecuentemente, con carácter general, estaba excluida de la administración del acervo ganancial. Se vedaba a la esposa, *ex* artículo 1416.1, la posibilidad de obligar bienes del consorcio sin el consentimiento del marido, salvo en los supuestos ya examinados de gastos ordinarios familiares, obligaciones contraídas por la mujer casada comerciante en su gestión mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de comercio o cuando se operase una transferencia de la gestión en las hipótesis comprendidas en el artículo 1441.

⁵⁶⁶ Así, MANRIQUE PLAZA, «Responsabilidad por deudas en la sociedad de gananciales», *cit.*, págs. 37 y 38.

⁵⁶⁷ Por lo que respecta al Derecho positivo comparado, el art. 180.1 del *Codice civile* dispone, con carácter general, que la administración de los bienes de la comunidad legal y la representación en juicio para los actos relativos a ella corresponden separadamente a los dos cónyuges, excluyéndose, en el párrafo segundo del precepto, de esa regla general de administración separada la realización de actos que excedan de la administración ordinaria, así como la estipulación de contratos con los cuales se concedan o se adquieran derechos personales de disfrute y la representación en juicio por las acciones relativas, que corresponden conjuntamente a ambos cónyuges. En el *Code civil*, el art. 1421.1 viene a determinar también, con las limitaciones contempladas en los arts. 1422 a 1425, un régimen de administración disyunta en la *communauté légale*, incumbiendo, de esta manera, a cada uno de los cónyuges la facultad de administrar por sí solo los bienes comunes y de disponer de los mismos, sin perjuicio de responder de las faltas que hubiera cometido en su gestión, y añadiendo que los actos realizados sin fraude por un cónyuge son oponibles al otro. En el párrafo segundo del artículo señalado se concreta que el cónyuge que ejerce una profesión separada tiene solamente el poder de realizar los actos de administración y disposición necesarios para la misma. Por último, el Código Civil portugués, en su art. 1678, disposición general que lleva por rúbrica *administración de los bienes del matrimonio*, en línea con el Derecho italiano en este punto, tras concretar diversos supuestos de administración conyugal individual, establece, en su apartado tercero, que, fuera de esos casos de administración autónoma, cada uno de los cónyuges tiene legitimidad para la práctica de los actos de administración ordinaria relativos a los bienes comunes del matrimonio, disponiendo la norma citada que los restantes actos de administración solo pueden ser practicados con el consentimiento de los dos cónyuges.

MANRESA entendía que el legislador partió del supuesto de que el marido, al obrar en nombre de la sociedad, actúa en su propio interés, de forma que no enajenará sino cuando sea preciso hacerlo, recibirá siempre algo equivalente y dispondrá de lo que obtenga, aunque sea en virtud de préstamos, del modo más útil para la sociedad. Significaba este tratadista que de la regulación se desprendía el temor a que la obligada intervención de la mujer en actos de enajenación o gravamen constituyera un entorpecimiento y una fuente de desavenencias, o implicara una fórmula lógica pero sin virtualidad real en la práctica⁵⁶⁸.

Los derechos de la mujer en la sociedad legal de gananciales contemplada en la regulación inicial del Código civil se remitían todos al momento de su disolución y liquidación, cuando se trataba de la existencia normal de la institución, como lo demostraba el artículo 1416, cuyo primer párrafo hacía legalmente posible la eficacia de los actos de la esposa obligando los bienes gananciales solo cuando concurría el consentimiento del marido, sin el cual aquella no podía vincular con sus actos dichos bienes⁵⁶⁹.

La reforma introducida por la reiterada Ley de 24 de abril de 1958, que modificó el artículo 1413, supuso el inicio del tránsito, dentro de un sistema de unidad de administración, desde una modalidad de limitación de los derechos del marido hacia otra caracterizada por una reducción de las facultades del mismo a las de un simple administrador en cuanto afecte a los intereses de la sociedad ganancial, exigiéndose el consentimiento de la mujer para los actos que supongan un desprendimiento de derechos en bienes comunes⁵⁷⁰.

Aunque se trató de una reforma fragmentaria e insuficiente, no cabe desconocer que la exigencia del consentimiento *uxoris* para actos dispositivos del marido sobre inmuebles o establecimientos mercantiles, así como las medidas judiciales de aseguramiento previstas, significaron una mayor protección de la esfera patrimonial de la mujer, encaminada a soslayar el potencial detrimento económico para la misma que podía emanar de un ejercicio abusivo por su cónyuge de unas facultades dispositivas ilimitadas sobre bienes comunes.

⁵⁶⁸ MANRESA, «Arts. 1.412 a 1.416», *Comentarios al Código Civil Español*, T. IX, *cit.*, págs. 634 y 635.

⁵⁶⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil...*, T. V, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 845.

⁵⁷⁰ Cfr. CASTÁN, *Derecho Civil Español...*, T. V, Vol. 1.º, 9.ª ed. (revisada y puesta al día por García Cantero y Castán Vázquez), *cit.*, págs. 380 y 386.

Por su parte, la Ley 14/1975, articulada en torno a la idea de igualdad entre varón y mujer, fue una norma incompleta al dejar incólume la organización del régimen ganancial⁵⁷¹, que gravitaba sobre la cualidad de administrador legal del consorcio del marido. La referida ley, en congruencia con el reconocimiento de la capacidad de obrar plena de la mujer casada, al margen de colocar en plano de igualdad a los cónyuges en el ámbito mercantil en cuanto a facultades dispositivas y legitimación para obligar los bienes comunes, como se expondrá más adelante, sí incidió en el régimen de los bienes parafernales o propios de la mujer (arts. 1383 y 1387 a 1391). Esta pasa a estar habilitada para disponer por sí sola de esos bienes y comparecer en juicio a efectos de litigar por aquellos, pudiendo el marido ejercitar acciones respecto de bienes parafernales solo como apoderado de su esposa⁵⁷².

Esta igualdad garantizada en la Constitución Española impide al legislador implantar fórmulas de gestión de los gananciales que conlleven la primacía de uno de los cónyuges, permitiendo al mismo prescindir parcial o absolutamente de la colaboración del otro, según se disponía en la regulación previa a la Ley 11/1981⁵⁷³.

Con respecto a la reforma del sistema ganancial, se enfatizaba por algún autor que es loable y necesario el propósito del legislador de plasmar el principio constitucional de igualdad, sin embargo, se cuestionaba que el sustrato sociológico

⁵⁷¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN [en «Significado de la reforma del Código civil», en *Curso de conferencias sobre la reforma de los Códigos Civil y de Comercio por Ley 14/1975 de 2 de mayo*-(Año 1977), Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1978, págs. 152-153] aludía a que las alternativas del legislador de Derecho común tras la reforma de 1975 eran dos: o un sistema en el que el gobierno y la gestión de la sociedad legal de gananciales se hicieran comunes, es decir, el principio de cogestión, difícil en la práctica, y que, para la facilitación del tráfico, habría que equilibrar con la atribución de formas de legitimación indistinta, o recurrir al régimen de participación, funcionando en separación y repartiendo las ganancias.

Entre estas opciones legislativas que se apuntaban por DÍEZ-PICAZO, finalmente, se optó, como es notorio, en 1981 por la primera de ellas (gestión conjunta de la masa ganancial conciliable con la legitimación conyugal individual, por exigencias del tráfico y de la protección de terceros, en los supuestos excepcionales que se plasman).

⁵⁷² Criticaba, en su momento, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (en «Artículo 1.381», en AMORÓS GUARDIOLA *et al.*, *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Vol. II, Tecnos, *cit.*, págs. 1125-1126) la reforma del régimen de los bienes parafernales, dado que entendía que únicamente una modificación de toda la materia de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges permitía una regulación adecuada del tema, por lo que, en su defecto, hubiera resultado mejor dejar sin contenido algunos preceptos (arts. 1383, 1387, 1388) antes que admitir reiteraciones inútiles.

⁵⁷³ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, María del Carmen, *La cogestión de los bienes gananciales*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 23.

sobre el que se asienta el matrimonio no se corresponde con el deseo legislativo, no existiendo esa igualdad en la esfera interna de la familia⁵⁷⁴.

ATAZ LÓPEZ restringe las verdaderas excepciones al principio de cogestión a aquellos actos de gestión individual previstos legalmente que generan una obligación que es de cargo del acervo común. Contrariamente, si el acto de gestión unilateral del cónyuge produce una obligación que únicamente es responsabilidad de la masa ganancial, pero no una carga de la comunidad, ello implica que la excepción se estableció para la protección de los terceros, si bien en la relación intraconyugal el Código pretende que al cónyuge no gestor no le perjudique el acto en cuestión, lo que habrá de tener reflejo en la fase de liquidación⁵⁷⁵.

No siendo discutible la correlación entre gestión y responsabilidad en el marco de la sociedad de gananciales, de forma que la afección del activo ganancial constituye una derivación lógica de la legitimación legal para la gestión conyugal disyunta que la causa, el hecho de que puntualmente esta última produzca una mera responsabilidad directa o provisional con los bienes comunes y no desemboque finalmente en un gasto que se integre en el pasivo ganancial interno no determina que conceptualmente no estemos en presencia de una auténtica excepción a la regla de la gestión conjunta del artículo 1375. En este sentido, el acto de gestión autónomo, ejecutado conforme al ordenamiento, es plenamente eficaz aunque no repercuta definitivamente en el consorcio y supone, por tanto, una quiebra de la cogestión.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2000, en cuanto al alcance de la regla de la gestión conjunta en el ámbito de la sociedad legal, se declara que es precisa la actuación conjunta para actos de disposición (arts. 1375, 1377 y 1378) y para aquellos actos de gestión que, aun comprendidos en la administración ordinaria, afecten gravemente, de modo duradero o extraordinario, al aprovechamiento de los bienes gananciales. Reduce la resolución la posibilidad de actuación individual a los actos de gestión ordinaria que no afectan a la sustancia de la cosa, sino solamente a su

⁵⁷⁴ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión...*, *cit.*, págs. 39-40. Alegaba GUILARTE que, desde un punto de vista sociológico o antropológico, el papel social de los cónyuges dentro de la familia está vinculado a la función que desempeñan en la creación de medios de que se nutre el grupo familiar. En orden a esta desigualdad entre los cónyuges, se instaura, como régimen legal supletorio del pacto capitular, el de gananciales, entre cuyas finalidades está la de proyectar sobre el cónyuge que no aporta ganancias a la comunidad conyugal las que genera el otro, compensándose así actividades no remuneradas.

⁵⁷⁵ ATAZ LÓPEZ, Joaquín, «Alcance y excepciones de la cogestión del patrimonio ganancial», *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, n.º 44, 2010, pág. 70.

conservación o aprovechamiento ordinario, y a los habitualmente asignados por la posición gestora en el ámbito económico familiar. Explicita también la sentencia que el principio de cogestión conlleva que no cabe contraer obligaciones contra la sociedad de gananciales si no actúan ambos cónyuges, conjuntamente o con representación o consentimiento del otro, y que son anulables los actos de gestión (y de disposición), obligacionales o dispositivos, que hayan de cumplirse directamente sobre un bien ganancial específico (arts. 1367, 1375, 1377 y 1301 del Código Civil)⁵⁷⁶.

Las reglas vigentes en materia de administración de los bienes comunes son resumidas por ÁVILA ÁLVAREZ reseñando que aquella corresponde a un cónyuge o a ambos, solidaria o conjuntamente, de acuerdo con lo convenido en capitulaciones, incumbiendo la misma, en defecto de estipulación capitular, de forma conjunta a los dos cónyuges, sin perjuicio de lo cual existen supuestos en que se suple el consentimiento de un cónyuge por la autorización judicial (arts. 1376 y 1377.2) y otros en los que es posible la administración en sentido estricto de un solo cónyuge (art. 1384). Finalmente, con independencia del pacto en capitulaciones, excepcionalmente rige la administración individual por transferencia ulterior *ope legis* o judicial *ex* artículos 1387 y 1388⁵⁷⁷.

Desde la perspectiva de la responsabilidad, una eventual exigencia de intervención incondicionada de los dos cónyuges en la totalidad de los actos gestorios de la comunidad para propiciar la afección *ad extra* de esta por posibles deudas es una aspiración quimérica e inconciliable con los requerimientos y dinamismo del tráfico jurídico social y con la autonomía de los partícipes en la sociedad conyugal en la gestión de sus caudales privativos. Por ello, la disciplina legal recoge distintos supuestos en los que deroga o restringe esa regla general supletoria de la actuación conjunta⁵⁷⁸, legitimando individualmente a aquellos para sujetar la masa común si el

⁵⁷⁶ STS de 14 de noviembre de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2000:8276).

⁵⁷⁷ ÁVILA ÁLVAREZ, «El régimen económico matrimonial en la reforma...», *cit.*, pág. 1391. Por su parte, FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO (en *La cogestión de los bienes gananciales*, *cit.*, págs. 55 y ss.) estructura los límites o excepciones legales a la cogestión del siguiente modo: a) atribución individual de la gestión (arts. 1387, 1388 y 1389 CC); b) legitimación individual limitada a actos concretos (por interés del tráfico -arts. 1384 y 1385.1-; en función de los intereses privativos -arts. 1381, 1382 y 1365 *in fine* y disposiciones mercantiles a las que este remite-; por la urgencia del interés familiar -art. 1386- y en atención a la viabilidad del sistema en asuntos de menor relevancia -arts. 1319 y 1378 *in fine*-).

⁵⁷⁸ GORDILLO CAÑAS (en «El pasivo de la sociedad de gananciales...», *cit.*, pág. 359) excluye que del principio de cogestión se siga que para endeudar a la sociedad sea precisa la actuación conyugal conjunta y que la actuación individual haya de generar solamente responsabilidades personales, cuando lo cierto es que aquella regla se complementa con supuestos de legitimación individual en la gestión ordinaria del acervo ganancial y, además, tanto potestad doméstica como actuación profesional y administración de los

acto disyunto del que deriva el débito se ajusta aparentemente a las diversas previsiones normativas⁵⁷⁹.

4.1.2.2. La potestad dispositiva individual sobre los frutos y productos del patrimonio privativo de los cónyuges

El artículo 1381, inciso segundo, del Código civil, al que nos referiremos de forma muy somera y por exigencias más sistemáticas que impuestas por el análisis de la responsabilidad ganancial por la actuación conyugal individual, explicita una regla que excepciona el principio de cogestión y que legitima específicamente a cada cónyuge, *como administrador de su patrimonio privativo, para a este solo efecto disponer de los frutos y productos de sus bienes*⁵⁸⁰. A partir de esta declaración normativa, ha de significarse que, en la esfera externa, el negocio dispositivo es plenamente válido y eficaz aun cuando su finalidad no esté efectivamente vinculada con la administración, ordinaria o extraordinaria, del caudal privativo del disponente y, en consecuencia, los eventuales e infrecuentes débitos que se generen en tales operaciones separadamente ejecutadas, si se ajustan en apariencia a la orientación legal que legitima la actuación disyunta, sujetarán frente a terceros el patrimonio ganancial *ex* artículo 1365.1.º, inciso segundo, del Código civil⁵⁸¹. Contrariamente, en la órbita intraconyugal, si el acto de

bienes propios son sectores de actuación separada en un ámbito directamente consorcial o, al menos, de repercusión ganancial activa y pasiva.

⁵⁷⁹ LACRUZ (en *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 469) se refería a que una gestión necesariamente conjunta del patrimonio ganancial representaría un impedimento serio en la vida económica del matrimonio y en el tráfico general. Acoge este planteamiento GARCÍA CANTERO [en «La sociedad de gananciales (Conclusión)», en CASTÁN, *Derecho Civil español, común y foral*, T. V, Vol. 1.º, 11.ª ed., *cit.*, pág. 462], que habla de que la administración conjunta es proclive a entorpecer la marcha normal de la vida económica familiar, más aún en patrimonios de cierta cuantía, articulando el legislador sectores particulares en los que autoriza la administración individual con plena eficacia *erga omnes*.

RAMS (en *La sociedad de gananciales*, *cit.*, pág. 204) esboza que la verdadera igualdad en el seno del matrimonio y de su economía se corresponde más con la actuación concorde que con la cogestión, en orden a lo que el ejercicio indistinto que se aprecia diariamente en los actos de gestión deviene imprescindible para la marcha organizada del consorcio.

⁵⁸⁰ Declara la SAP de León de 30 de enero de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APLE:2012:172) que este artículo legitima para disponer de frutos y productos, deviniendo válidos los actos dispositivos ejecutados con ellos, pero lo obtenido como consecuencia de esos actos continúa siendo ganancial. Precisa la resolución que «*se pueden transmitir objetos o el dinero se puede emplear de diversas maneras, pero lo obtenido será ganancial y si se aplica para el exclusivo beneficio de uno solo de los cónyuges éste ha de responder por dicho importe frente a la sociedad de gananciales (artículo 1390 del Código Civil)*». Para la SAP de Murcia de 15 de febrero de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:APMU:2005:373) el art. 1381.2 refuerza lo dispuesto en el art. 1398.3.º, relativo al pasivo de la sociedad de gananciales.

⁵⁸¹ Puntualiza LACRUZ (en *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 466) que, *erga omnes*, es válida la disposición, conforme al art. 1384, aunque el cónyuge emplee esos fondos en su propio beneficio y para sus gastos particulares que no constituyan, al mismo tiempo, cargas de la sociedad, excepto cuando el tercero sea cómplice en el fraude. Por su parte, DÍEZ-PICAZO (en «Art. 1.381», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, *cit.*, pág. 1768) hace depender la validez del acto y el ámbito de

disposición de *frutos y productos* de los bienes propios por parte del cónyuge titular de los mismos, los cuales, desde que se originan, son de titularidad ganancial *ex* artículo 1347.2.⁵⁸², excede el ámbito de la administración ordinaria de los bienes privativos, lo que habrá de ponderarse teniendo en cuenta las circunstancias, singularmente de orden patrimonial, concurrentes en el grupo familiar respectivo, toda vez que el gasto producido no integraría una carga definitiva de la comunidad *ex* artículo 1362.3.^a, habría de operarse, en fase de contribución, en su caso, el oportuno reintegro al consorcio⁵⁸³.

Los *frutos y productos* objeto de disposición en el artículo 1381, como no puede ser de otra manera y se ha dicho, son gananciales, abonando esta exégesis, frente a la que propugna que aquellos no ingresan en el consorcio hasta que no se liquide el ejercicio económico, según resalta FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, la ubicación del artículo en la sección que regula la administración de la sociedad legal, en orden a lo que carecería de sentido la inclusión en aquella de una norma que legitime individualmente a los cónyuges para actuar sobre sus propios bienes⁵⁸⁴.

Creemos que la expresión *frutos y productos* de los bienes privativos y el objeto de las facultades dispositivas, como resulta, por lo demás, del matiz diferencial entre los incisos primero y segundo del artículo 1381, referidos a *frutos y ganancias* (mención omnicomprendiva) y a *frutos y productos* (expresión más limitada), respectivamente, ha de entenderse con la acepción que es más propia y restrictiva, sin incluir, por tanto, extensivamente, la totalidad de los rendimientos, ganancias o ingresos obtenidos por cada cónyuge en el ejercicio de su actividad profesional o mercantil. De estos, en su

aplicabilidad de la norma de la reconocibilidad del objeto del negocio dispositivo como fruto y producto y del citado acto como acto de administración.

⁵⁸² En contra, RAMS (en *La sociedad de gananciales*, *cit.*, pág. 242), quien mantiene que los frutos de los patrimonios privativos conforman recursos integrantes de esos patrimonios mientras no ingresen en la masa común como *ganancias*, o, más bien, como rendimientos netos, caracterizándose, así pues, los rendimientos funcionalmente por el rasgo de vocación de ganancialidad.

La condición ganancial de los frutos y ganancias era defendida por LACRUZ (en *Elementos*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 466), el cual incidía en que aquellos son de la sociedad de gananciales y no del cónyuge.

⁵⁸³ A este respecto, entiende RAGEL (en *Ejecución sobre bienes gananciales...*, *cit.*, pág. 81) que en el caso de que los frutos se utilicen en actos de administración extraordinaria el cónyuge disponente de los mismos tendría que reintegrar el importe empleado (art. 1359.2 CC). Para GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Gestión y responsabilidad...*, *cit.*, pág. 327) la legitimidad en la relación interna de la actuación individual dispositiva exige que los rendimientos del acervo privativo se destinen, no a atender cualesquiera necesidad privativa, sino a sufragar gastos que deriven de la actividad normal de ese patrimonio. Restringe GIMÉNEZ DUART (en «La gestión de la comunidad de gananciales», *ADC*, T. XXXV-III, 1982, págs. 581-582) la disponibilidad del cónyuge a la materialización dineraria de los productos (por ej., venta de cosecha), los cuales, tras ser realizados, se someterán al régimen general de la gestión conjunta, salvo lo determinado en el art. 1384.

⁵⁸⁴ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *La cogestión de los bienes gananciales*, *cit.*, págs. 77-78.

caso, podría disponer, igualmente, de concurrir los requisitos contemplados en el artículo 1384 o en el artículo 6 del Código de comercio, con la consecuente afección del caudal común *ad extra* ex artículo 1365.1.º, inciso segundo, o también al amparo del artículo 1365.2.⁵⁸⁵.

Sobre este particular, DE LOS MOZOS expresa que el artículo 1381 está pensado únicamente para los frutos y productos de los bienes privativos, lo que no excluye que, al margen del precepto enunciado, cualquier cónyuge pueda disponer de sus ingresos y rentas, en tanto en cuanto está legitimado para sujetar los bienes comunes *en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes* (art. 1365.2.º) y, por ello, tiene esa potestad dispositiva autónoma, aun cuando se trate de gananciales, para la atención de necesidades personales, incluso no derivadas de la administración de su caudal⁵⁸⁶.

4.1.2.3. El anticipo de numerario ganancial a un cónyuge

El supuesto contenido en el artículo 1382 *ex* Código civil⁵⁸⁷ se viene reputando comprendido por la doctrina científica en el ámbito del inciso segundo del artículo 1365.1.º, si bien forzoso es reconocer de inicio que difícilmente la actuación conyugal separada que se prevé en aquella norma podrá determinar el nacimiento de débito ganancial alguno y la consecuente vinculación de la masa común *ad extra*. Debe, en este sentido, compartirse esencialmente con GUILARTE que la disposición enunciada regula una cuestión de legalidad interna que se sitúa al margen de la legitimación individual para endeudar el acervo consorcial⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ DÍEZ-PICAZO (en «Art. 1.381», en *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1768) señala como característica de los frutos que son de producción periódica y reiterada, mientras que los productos adolecen de esta cualidad. Alude ATAZ LÓPEZ (en «Alcance y excepciones de la cogestión...», *cit.*, pág. 80) a que los frutos civiles son siempre dinero, de forma que la disposición de frutos civiles implicará que el cónyuge titular del bien estará facultado para gastar los frutos obtenidos de aquel, indicando que los frutos naturales no consisten en efectivo, pero sí son cosas fungibles que pueden ser reputadas como *signo que represente al dinero*, en el sentido del art. 1445 CC.

⁵⁸⁶ DE LOS MOZOS, «Artículos 1.381 a 1.383», *Comentarios al Código Civil...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, págs. 377-378. La posibilidad de disposición de beneficios o ingresos líquidos gananciales por el cónyuge que los obtiene en provecho propio, sin licencia de su consorte, en uso del derecho a satisfacer de forma autónoma aquellas de sus necesidades que integren una carga de la comunidad, es sostenida por LACRUZ (en *Elementos*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 467).

⁵⁸⁷ En concreto, dispone este artículo que «cada cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, pero siempre con su conocimiento, tomar como anticipo el numerario ganancial que le sea necesario, de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia, para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes».

⁵⁸⁸ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad...*, *cit.*, pág. 452.

No obstante la salvedad que se menciona, no es descartable de forma absoluta la posibilidad de que la toma anticipada de numerario ganancial por un cónyuge que se contempla, en función de las distintas vicisitudes que concurran en cada hipótesis particular, determine una posible responsabilidad patrimonial de aquel. Por lo cual, considerando la circunstancia de que, en virtud de la remisión operada por el artículo 1365.1.º, esa eventual deuda contraída unilateralmente habría de calificarse como ganancial y habilitaría, en consecuencia, una potencial agresión directa de los bienes sociales, se juzga pertinente, desde una óptica sistemática, el análisis del artículo 1382.

Para LASARTE ÁLVAREZ, si bien la norma que se examina puede parecer llamativa y extravagante al conjunto del sistema ganancial, no es tal, por cuanto que el Código prescribe que los gastos causados por la administración de los bienes privativos y/o el desempeño de la profesión o explotación de los negocios de cualquiera de los cónyuges constituyen una carga de la sociedad de gananciales (art. 1362.3.ª y 4.ª)⁵⁸⁹.

Se ha sostenido que el artículo 1382 es un complemento del precepto anterior, de forma que los cónyuges, no solamente están facultados para disponer de los frutos y productos de sus bienes para una adecuada administración y gestión de su patrimonio privativo, sino que, adicionalmente, pueden tomar, en concepto de anticipo, numerario ganancial en los términos que se describen en esa disposición⁵⁹⁰.

El artículo 1382 deviene plenamente coherente con el hecho de que los gastos producidos por las causas que se enumeran en aquel se integran, *ex* artículo 1362.3.ª y 4.ª, en el pasivo ganancial definitivo, de manera que el fruto del capital o del trabajo solo es renta y tiene carácter ganancial una vez deducido el gasto preciso para producirlo, el cual debe ser de cargo de la misma cuenta a la que se imputará la ganancia⁵⁹¹.

En principio, no pensamos que el numerario ganancial tomado anticipadamente por un cónyuge tenga que estar necesariamente en poder del mismo, como parece que se infiere del hecho de que la dicción legal exija imperativamente el *conocimiento* del otro cónyuge para realizar aquella actuación. Es perfectamente admisible considerar que,

⁵⁸⁹ LASARTE ÁLVAREZ, *Principios...*, VI, *cit.*, pág. 221.

⁵⁹⁰ DE LOS MOZOS, «Artículos. 1.381 a 1.383», en *Comentarios al Código Civil...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 379.

⁵⁹¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Art. 1.382», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, *cit.*, pág. 1769.

verificándose los requisitos objetivos plasmados en el artículo 1382 y con la orientación explicitada positivamente, cualquiera de los cónyuges podría exigir al otro la entrega de dinero ganancial que este último posea formal o materialmente⁵⁹².

La restricción del ámbito del anticipo al numerario que tiene en su poder el cónyuge que va a servirse de él era postulada por LACRUZ, el cual, después de aseverar que, si bien en la lógica interna del Proyecto de ley, el artículo 1382 hacía alusión a la aplicación de recursos indubitadamente gananciales y en poder de la sociedad a la buena administración de bienes propios de uno de los cónyuges, en interés último del consorcio, resulta más probable la primera solución, toda vez que la finalidad normativa es respetar el capital circulante necesario en empresas mercantiles y en el ejercicio profesional⁵⁹³.

La versión inicial del precepto recogida en el Proyecto de ley de 14 de septiembre de 1979, luego modificada tras la aceptación de diversas enmiendas, omitía la referencia al *conocimiento* del otro cónyuge⁵⁹⁴.

En línea con lo argüido, esta simple circunstancia de la exigencia de *conocimiento* por parte del consorte del cónyuge que toma como anticipo el numerario de la sociedad no implica inexorablemente la exclusión del ámbito del precepto del supuesto de la posesión del dinero por parte de aquel, en cuyo caso ese *conocimiento* se presume. Al margen de no apreciarse contradicción alguna entre esta exégesis extensiva que se propone y la declaración normativa que se estudia, concluir lo contrario dejaría sin virtualidad aparente al precepto, habida cuenta que ya el artículo 1984 valida los actos dispositivos de dinero ejecutados por el cónyuge que lo tenga en su poder⁵⁹⁵.

⁵⁹² FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO (en *La cogestión de los bienes gananciales*, *cit.*, págs. 81-82) aduce que admitir que el art. 1382 se refiere a todo el numerario ganancial supone ampliar la posibilidad de disposición individual de dinero recogida en el art. 1384, mas no agranda la brecha que existe en la necesidad de disposición conjunta, dado que, bien solo por el poseedor, bien por cualquiera de los esposos, cabe la gestión separada de la totalidad del efectivo de la comunidad.

⁵⁹³ LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, págs. 469-470.

⁵⁹⁴ La versión primera del art. 1382, contenida en el Proyecto de ley de 14 de septiembre de 1979, coincidente en lo sustancial, con el importante matiz de la ausencia de mención del *conocimiento* del otro cónyuge, con la disposición actual, determinaba que «cada cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, servirse del numerario ganancial que le sea necesario para el ejercicio ordinario de su profesión, explotación regular de su empresa o administración ordinaria de sus bienes, ateniéndose a los usos y circunstancias de la familia».

⁵⁹⁵ En este sentido, GIMÉNEZ DUART (en «La gestión de la comunidad de gananciales», *cit.*, pág. 582) admite que cabe reclamar también al consorte la parte del numerario que guarde, dado que, en otra

En relación con el *quantum* del numerario del que se puede disponer *ex* artículo 1382, TORRES GARCÍA mantiene que cuando aquel exceda de lo necesario de conformidad con *los usos y circunstancias de la familia*, y no con arreglo al criterio personal del cónyuge disponente, deviene imperativo el consentimiento de su consorte. Asimismo, también el destino del efectivo anticipado recogido en la norma incide en la cuantía de este, pudiendo dedicarse a la adquisición o conservación de alguno de los instrumentos mencionados en el artículo 1346.8.º o a subvenir los gastos provocados por reparaciones menores o los normales del patrimonio privativo⁵⁹⁶.

La posibilidad de la toma anticipada de dinero ganancial por el cónyuge que pueda hallarse en una situación transitoria de iliquidez, sin el consentimiento de su consorte, para aplicarlo en el ámbito negocial o en la administración de su patrimonio privativo responde a la intención de facilitar o agilizar el ejercicio de actividades de las que, en último término, se lucra la sociedad de gananciales, en la medida en que los productos o rendimientos que se derivan de las mismas se integran en el activo ganancial *ex* artículo 1347.1.º y 2.º. Se excluye, por ello, no obstante la utilización del término *anticipo*, no excesivamente afortunada, en las hipótesis que se ajusten materialmente a la previsión legal, el reembolso futuro, constante la sociedad o en fase de contribución, del dinero gastado en tales atenciones, porque, como se ha expresado, tales gastos conforman una carga de la comunidad conyugal⁵⁹⁷.

Respecto de una posible impugnación del acto dispositivo operado por el cónyuge bajo la cobertura del artículo 1382 por el consorte de este, opone BELLO JANEIRO que el artículo 1322 tan solo faculta para impugnar el acto individual de un

hipótesis, la norma quedaría vacía de contenido, teniendo en cuenta que, respecto de terceros, del dinero en poder del disponente se puede usar siempre con libertad.

⁵⁹⁶ TORRES GARCÍA, «*La administración de los bienes comunes...*», *cit.*, pág. 764.

⁵⁹⁷ El reintegro o devolución de la suma anticipada en sentido estricto es descartado por DÍEZ-PICAZO (en «Art. 1.382», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, *cit.*, pág. 1769), que razona que la devolución del anticipo acontecerá integrando en la sociedad la ganancia conseguida con la administración de los bienes o con el ejercicio profesional, calificando el anticipo como una provisión de fondos para gastos y concluyendo que si no existe ganancia el anticipo será a fondo perdido, siempre que el numerario haya tenido el destino determinado. No obstante, el incumplimiento de cualquiera de los requisitos legales conllevará la ilicitud del acto de disposición de numerario ganancial o que se le considere extralimitado, surgiendo un derecho de reembolso o de reintegro de la sociedad, en tanto en cuanto existe un desplazamiento patrimonial sin causa, estando el cónyuge que dispuso extralimitadamente siempre en mora y debiendo los intereses de los importes de los que dispuso.

Para RAMS (en *La sociedad de gananciales*, *cit.*, págs. 247-248), la extralimitación del cónyuge que tomó el anticipo supone que este último adeuda al consorcio, bien el exceso, bien todo el importe, en concepto de reembolso a la masa común, exigible en el momento de la disolución o con carácter inmediato si con el anticipo se dificultó o hizo imposible la atención de las cargas familiares.

cónyuge cuando el Código civil exige un consentimiento dual, omitiéndose la concreción de la sanción en el caso de que se requiera el conocimiento del no disponente, quien únicamente podría petitionar la disolución de la comunidad *ex* artículo 1393.4.º, constituyendo esta una cuestión interna no oponible a terceros de buena fe⁵⁹⁸.

4.1.2.4. Legitimación individual para la administración de bienes y la disposición de dinero o títulos valores

4.1.2.4.1. Naturaleza del artículo 1384

El artículo 1384 del Código civil contiene una regla que, con la pretensión de agilizar el tráfico jurídico de la sociedad de gananciales y, simultáneamente, proteger los intereses de los terceros contratantes⁵⁹⁹, legitima *ad extra* los actos de administración, tanto ordinaria como extraordinaria, de bienes comunes ejecutados separadamente por el cónyuge titular formal o poseedor de ellos, y, asimismo, válida, en ese plano externo, los actos de disposición de numerario o títulos valores efectuados de forma unilateral por aquel⁶⁰⁰.

Se destaca por RAGEL que el precepto confiere legitimación al titular formal del bien o derecho, teniendo como finalidad soslayar que el principio de cogestión

⁵⁹⁸ BELLO JANEIRO, *La defensa frente a tercero...*, *cit.*, pág. 285. Puntualiza BELLO (*ibíd.*, pág. 286) que si se prueba por el cónyuge no disponente que el tercero conocía la no concurrencia de los requisitos del art. 1382 aquel podría solicitar la anulabilidad del acto, conforme resulta del juego de los arts. 1322, 1391 y 1390, o su rescisión *ex* art. 1391.

⁵⁹⁹ La motivación de la plasmación del art. 1384 en la reforma del régimen ganancial de 1981, según se ha recordado por la doctrina, fue esbozada por el Diputado del Grupo Parlamentario Centrista Sr. Díaz Fuentes en la defensa, ante el Pleno del Congreso, del texto original de la disposición (que fue finalmente aprobado) frente a una enmienda de adición del Grupo Andalucista (n.º 170), que proponía la exclusión de la facultad de disposición de dinero o títulos-valores cuando estos representaran posiciones cualificadas en personas jurídicas o en relación con el valor total de la sociedad legal [*Vid. Código Civil (Reformas 1978-1983)*...], I, *cit.*, pág. 276]. Aducía aquel parlamentario, después de aludir a que la igualdad de los cónyuges se alcanza, no solo por la concurrencia participativa de aquellos en actos de administración y disposición, sino también por el cauce de la intervención indistinta, que «*la exigencia de una decisión conjunta, colegiada, en ciertos casos haría mucho más lenta la marcha de los asuntos o de las materias relacionadas con el matrimonio (...) y cuando se trata de bienes como el dinero, que menciona este artículo, o los títulos-valores, que son bienes destinados, por su propia naturaleza, a tener una mayor movilidad, parece lógicamente que requieren una administración también más ágil y más dinámica*», y añadía que «*este artículo está dirigido, además, a fortalecer fundamentalmente el crédito del matrimonio y el de cada uno de los cónyuges frente a terceros, evitando enojosas investigaciones sobre la procedencia del dinero empleado por un contraste (sic), en una operación de investigación que si la reclamamos a terceros puede ser en muchos casos dificultosísima y paralizadora del tráfico*» (cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 140, de 18 de diciembre de 1980, pág. 9017).

⁶⁰⁰ Este precepto dispone literalmente que «*serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren*».

implique una contraproducente rémora en la actuación de cualquiera de los cónyuges, agilizándose el tráfico social⁶⁰¹.

Esta orientación última del artículo 1384 se comparte por LACRUZ, que niega que en el mismo (y en el art. 1385) se establezca una comunidad diferida sobre determinados bienes, sino que los que se mencionan son presuntivamente gananciales desde el inicio y deben ser administrados con diligencia y economía. Atienden esos artículos, según este autor, al beneficio del tráfico, en interés del cónyuge tenedor, quien no tiene que acreditar su titularidad exclusiva ni la utilidad del acto de administración, y en interés de los terceros, los cuales contratan válidamente sin que hayan de indagar la legitimación de quien les adquiere o vende dentro del ámbito del artículo 1384⁶⁰².

La cualidad de norma de legitimación sustantiva del artículo, con eficacia externa e interna, dispuesta tan solo en abstracto en beneficio de terceros, es subrayada por MORALEJO IMBERNÓN. Mantiene esta civilista que el legislador no ha considerado la buena o mala fe de aquellos, refiriéndose el artículo 1384, que hunde sus raíces en la teoría de la apariencia, exclusivamente, a actos aislados que merezcan la protección del tercero que se relaciona puntualmente con el cónyuge y quien no tiene por qué conocer que la titularidad individual se corresponde con una titularidad conjunta material derivada de la utilización de fondos del consorcio para la adquisición⁶⁰³.

Para excluir la contradicción entre la validez de los actos regulados en el artículo 1384 y la regla de la cogestión, se argumenta que el supuesto fáctico contemplado en ese artículo se produce porque el otro cónyuge lo permite, admite y consiente, de ordinario tácitamente, y, además, teniendo en cuenta que la reseñada norma y el artículo siguiente atienden a una finalidad legitimadora *ad extra*, para la seguridad del tráfico, que impide que se requiera la prueba de la titularidad de los bienes o de la utilidad de los actos y, también, la impugnación de estos últimos por el cónyuge no actuante⁶⁰⁴.

⁶⁰¹ RAGEL SÁNCHEZ, «La sociedad de gananciales (3). La gestión de la sociedad», en YZQUIERDO TOLSADA y CUENA CASAS (Dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. III. *Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, cit., pág. 915.

⁶⁰² LACRUZ BERDEJO, «Algunos aspectos (más o menos) mercantiles de la reforma del régimen económico del matrimonio», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 7, julio-septiembre 1982, pág. 542.

⁶⁰³ MORALEJO IMBERNÓN, Nieves Isabel., «Sentencia de 14 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1298)», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *CCJC*, Vol. I, *Familia y Sucesiones*, Thomson Reuters-Civitas, 2009, págs. 310-311.

⁶⁰⁴ GARRIDO DE PALMA, «El matrimonio y su régimen económico», cit., pág. 171.

Otro sector doctrinal pone el acento, no en la función de legitimación de la norma examinada, sino en la circunstancia de que esta última es una disposición de protección de terceros, lo que explicaría que no disponga literalmente que los cónyuges *puedan* realizar de forma unilateral actos de administración o disposición sobre los bienes referidos, sino que se establece que, si los ejecutan, aquellos serán *válidos*, o sea, inatacables⁶⁰⁵.

Esta última posición sobre la *ratio* del artículo es refrendada por FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, quien sugiere que el artículo 1384 persigue la protección de los terceros de buena fe, soslayando la aplicación del artículo 1322 ante las actuaciones individuales que recoge aquel, pero no otorga una verdadera legitimación a cada uno de los cónyuges para gestionar individualmente una parcela de los bienes comunes⁶⁰⁶.

La ambigüedad del artículo 1384 es puesta de manifiesto por FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, que critica que no se concreta en el precepto qué es lo que puede hacer por sí mismo el cónyuge habilitado, extremo que transmuta potencialmente a esta norma en una gigantesca brecha en el principio de actuación conjunta, más aún si se considera que la habilitación del artículo mencionado no se ha previsto para situaciones excepcionales o anormales, sino para la dinámica habitual de la familia⁶⁰⁷.

Sin discrepar, obviamente, de esta inferencia sobre el carácter tuitivo de los terceros que orienta el artículo 1384⁶⁰⁸, entendemos que es innegable que la declaración

⁶⁰⁵ ATAZ LÓPEZ, «Alcance y excepciones de la cogestión del patrimonio ganancial», *cit.*, pág. 84. Esta norma, según TORRES GARCÍA (en «La administración de los bienes comunes...», *cit.*, pág. 759), se proyecta en interés del cónyuge que ejecuta el acto de administración, a quien no se le ha de exigir que acredite la titularidad exclusiva del bien ni la utilidad del gasto, y a favor del tercero, que no tendrá que verificar la legitimidad de la actuación conyugal y no será tampoco responsable si luego se prueba que aquel carecía del poder sobre el bien que se le suponía aparentemente.

⁶⁰⁶ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *La gestión de los bienes gananciales*, *cit.*, págs. 68 y 72.

⁶⁰⁷ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles, «La administración de la sociedad de gananciales en el Código Civil», en O'CALLAGHAN MUÑOZ y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (Coords.), *Comunidad de gananciales. Cuestiones prácticas y actuales*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 279-280.

⁶⁰⁸ Declara la STS de 16 de abril de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2012:3072) que el art. 1384 se justifica, desde una óptica interna, por la necesidad de facilitar la gestión de determinados bienes comunes, enlazando, desde una perspectiva externa, con la seguridad característica del tráfico de títulos valores, fruto de la abstracción de los derechos incorporados a aquellos, «*que exige la inmunidad de los terceros adquirentes de buena fe frente a las cuestiones subyacentes a la causa de su creación y a su titularidad extradocumental*». Con parecida orientación, la SAP de Madrid de 30 de septiembre de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2014:12964) corrobora que la razón legal que inspira al precepto es agilizar el tráfico jurídico en general y proteger a los terceros de buena fe, quienes, confiados en la apariencia formal del título, bien por la posesión material del mismo, bien por constar a nombre del transmitente, entienden que este último está legitimado para ejecutar el acto dispositivo en cuestión y adquirir válidamente los derechos que incorpora.

normativa que se incluye en aquel, aun cuando no lo diga de modo expreso, legitima indistintamente a los cónyuges que sean titulares formales o meros poseedores de bienes gananciales, efectivo y títulos valores para ejecutar la tipología de actos, de administración o dispositivos, respectivamente contemplados en cada caso. Si los mismos son *válidos* o jurídicamente inatacables en la órbita externa es, precisamente, porque los cónyuges están amparados por la legitimación o habilitación para ejecutarlos que concede el precepto en cuestión⁶⁰⁹.

Para BENAVENTE MOREDA, la legitimación del cónyuge titular formal de bienes y derechos gananciales, conferida, en el ámbito interno, en función de la condición consorcial de estos y de la forma en que aparecen, en la órbita externa, sin embargo, derivaría de su cualidad de adquirente o de parte en la relación jurídica de la que dimane, mas no en virtud de la norma propia del régimen ganancial que le otorga la gestión exclusiva, sino atendiendo al régimen aplicable al concreto negocio jurídico en el que es parte⁶¹⁰.

4.1.2.4.2. Ámbito objetivo del precepto

Una primera lectura del tenor legal, partiendo de una perspectiva puramente gramatical, podría conducir a la interpretación errónea de que la legitimación del

⁶⁰⁹ También en cuanto a la naturaleza del art. 1384, en la STS de 14 de febrero de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:839), rechazando que aquella disposición atribuya titularidad alguna al cónyuge a cuyo nombre figuran acciones de carácter ganancial y su aplicación a una sociedad de gananciales disuelta, se dice que «*es una norma de protección del tráfico, que da validez a los actos de administración o disposición del cónyuge a cuyo nombre figuren, corrigiendo así las consecuencias perturbadoras que podían derivarse de una rígida aplicación del principio de cogestión y codisposición de bienes gananciales establecido en el art. 1.375. En otras palabras, es una excepción al mismo, como el precepto citado reconoce*». Esta tesis es reiterada por la STS de 10 de julio de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:4636).

⁶¹⁰ BENAVENTE MOREDA, Pilar, *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, pág. 228. Matiza esta autora (*ibíd.*, págs. 228-229) que la legitimación derivada del hecho de ser parte en una relación jurídica puede coincidir con la que proviene de la condición de cotitular de bienes y derechos gananciales (arts. 1384 y 1385), pero también cabe que tenga más amplitud, facultando al titular para ejecutar actos dispositivos que, con arreglo a la disciplina ganancial, exigen un consentimiento dual, siendo, en estas hipótesis, en atención a la protección del tráfico jurídico, donde se debilita en el plano externo la ganancialidad de bienes y derechos y la mancomunidad respecto de los mismos.

La proyección o desdoblamiento de la legitimación en dos esferas y la pretendida prevalencia de la legitimación que deriva de la relación jurídica en la que interviene el cónyuge titular o poseedor de los bienes gananciales sobre la habilitación que imperativamente dispone el art. 1384 para los actos de administración o dispositivos que se contemplan parece difícilmente conciliable con lo prescrito en esta norma para el régimen consorcial. La misma subordina la eficacia de la actuación separada conyugal a la titularidad formal o detentación por el cónyuge de los bienes, dinero o títulos valores gananciales concernidos y no a ninguna otra circunstancia externa disímil de los presupuestos recogidos positivamente.

cónyuge administrador se restringe a los bienes de los que sea titular formal el mismo y la del disponente al metálico o títulos valores que estén en su poder. No obstante, esta exégesis carecería de lógica, entre otras razones, porque existen títulos valores cuya transmisibilidad exige la titularidad del disponente, resultando, por ello, que la titularidad formal y la posesión validan en la esfera externa, indiferentemente, tanto los actos de administración de bienes como los dispositivos de dinero o títulos valores⁶¹¹.

Entre los actos de administración que tienen encaje en el artículo 1384 se citan la mejora, plantación y edificación, la modificación del tipo de cultivo, pago de tributos que gravan la tenencia y titularidad de los bienes, abono de seguros o rentas de arrendamientos, así como los actos que se relacionan en los artículos 93.4 y 94.2 del Reglamento Hipotecario⁶¹².

En el supuesto singular de los arrendamientos y su catalogación como acto de administración o dispositivo⁶¹³, recuerda la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de enero de 2015 que *«es generalmente admitido que, en principio, el arrendamiento constituye acto de administración o, si se quiere, de extraordinaria administración o de gestión, por lo que bastaría, para su realización, la capacidad general para celebrar tales actos, siendo sólo necesaria la capacidad dispositiva cuando se trate de arrendamientos que por sus estipulaciones, o por su duración, puedan ser considerados actos de disposición o equiparados a éstos (sin perjuicio, eso sí, de que eventualmente alguna norma pueda exigir capacidad dispositiva para concertarlo)»*. Concluye el Centro Directivo diciendo que el Código

⁶¹¹ En parecidos términos, GIMÉNEZ DUART, «La gestión de la comunidad de gananciales», *cit.*, pág. 584. Para aquel esta posición es la más coherente habida cuenta que atribuye al artículo pleno sentido respecto de terceros, sin perjuicio de las responsabilidades en la relación interna.

⁶¹² RAGEL, «La sociedad de gananciales (3). La gestión...», *cit.*, pág. 920. Considera RAGEL (*ibíd.*, pág. 921) que, en los arrendamientos urbanos, el cónyuge arrendatario, legitimado por los arts. 1384 y 1385.1, puede efectuar de manera separada la totalidad de los actos de administración respecto de los derechos arrendaticios, reputando como tales los que sean precisos para el mantenimiento del goce pacífico de la vivienda o local arrendados conforme al uso al que se destinen.

⁶¹³ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (en «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *ADC*, T. XXXIX-II, 1986, pág. 348) consideraba que el arrendamiento es un acto de administración plena, que son los destinados a obtener de los bienes su rendimiento normal, aunque aquel constituye un gravamen si se postula que es un derecho real, siempre que estemos en presencia de bienes de los que pueda sostenerse que el arrendamiento integre una manera normal de explotarlos y el mismo se concierte en condiciones también normales. Por su parte, BENAVENTE MOREDA (en *Naturaleza de la sociedad de gananciales...*, *cit.*, págs. 279-280), en línea con la doctrina judicial, aducía que para ponderar si el arriendo excede de la ordinaria administración ha de atenderse a la importancia y naturaleza del bien arrendado, así como a la duración del contrato, dado que esta puede comprometer la esencia del bien, implicando más que el uso y obtención de rendimientos normales que es inherente usualmente a los actos de administración.

civil⁶¹⁴, para concretar cuándo el arrendamiento constituye un acto de administración o de administración extraordinaria o de disposición, fija como criterio especialmente relevante el que alude al término de duración de aquel⁶¹⁵.

Se ha venido manteniendo por la doctrina jurisprudencial pacíficamente, con carácter general, que el arrendamiento es un acto de administración⁶¹⁶, excepto si se pacta con una duración superior a seis años, supuesto en el cual tendría naturaleza dispositiva en tanto que aquel podría inscribirse en el Registro de la Propiedad según el antiguo artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria⁶¹⁷, invocándose, por lo demás, al efecto la limitación temporal contenida en el citado artículo 1548 del Código civil⁶¹⁸.

⁶¹⁴ Así, el art. 271.7.º CC impone la autorización judicial para que el tutor pueda ceder bienes en arrendamiento por más de seis años. Del mismo modo, el art. 1548 del citado cuerpo legal determina idéntico límite temporal para los arrendamientos concertados por padres o tutores respecto de bienes de menores o incapacitados y para los formalizados por administradores de bienes que carezcan de poder especial.

⁶¹⁵ RDGRN de 26 de enero de 2015 (BOE n.º 52, de 2 de marzo de 2015). En cuanto a la irrelevancia del carácter inscribible de los arrendamientos a los efectos de ponderar la naturaleza jurídica de los mismos, mantiene el Centro Directivo en la resolución comentada que *«el hecho de que el arrendamiento sea inscribible no tiene la trascendencia de transmutar su naturaleza jurídica, de acto de administración en acto de disposición. Por ello, el artículo 271.2.º del Código Civil no exige que el tutor cuente con autorización judicial para cualquier acto susceptible de inscripción sino sólo para los que tengan carácter dispositivo (sin perjuicio de la disposición específica del número 7.º del mismo artículo que, como se ha expresado anteriormente, exige dicha autorización judicial para concertar arrendamientos por más de seis años)»*.

⁶¹⁶ Declara la STS de 8 de octubre de 1985 (RJ 1985\4631) que *«sabido es que la cesión de una cosa en arrendamiento no es acto de riguroso dominio y que no se incluye como tal en el artículo trescientos cuarenta y ocho del Código Civil (...), sino que por el contrario la cesión arrendaticia es un mero acto de administración, lo que no obsta, claro es, para que en la mayoría de los casos sea el mismo propietario el que concierta el contrato de locación»*. El carácter de acto de administración del arrendamiento se expresa en la STS de 12 de mayo de 1972 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1972:39), si bien matizando que aquel, en atención a la naturaleza de las cosas a que se contraiga, puede rebasar los límites de la mera administración.

⁶¹⁷ La STS de 18 de diciembre de 1973 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1973:244), en relación con la incidencia del carácter inscribible del arrendamiento en la naturaleza jurídica del mismo, bajo la vigencia del antiguo art. 2.5 LH, determinaba que *«el tiempo de duración de un contrato de arrendamiento no cambió la naturaleza obligacional del mismo de la que participan los derechos derivados de dicho contrato, por lo que normalmente no se requiere para celebrarlo más que la capacidad mínima necesaria para contratar porque, como ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia, el arrendamiento es un acto de administración, pero esa misma jurisprudencia tiene recordado que el administrador no puede, sin poder especial, dar en arrendamiento las cosas, por término que exceda de seis años, según dispone el artículo 1.548 del Código Civil, porque teniendo acceso al Registro de la Propiedad conforme al número quinto del artículo segundo de la Ley Hipotecaria, este hecho produce un cierto efecto real y en su virtud excede del área de la posesión para afectar a la de dominio al que se refiere al hablar, el antes citado artículo del Código Civil, de la necesidad de poder especial para el administrador en el supuesto indicado»*.

⁶¹⁸ Sobre este particular, declara la STS de 30 de marzo de 1987 (RJ 1987\1839) que, por lo que respecta al arrendamiento de inmuebles, *«el otorgamiento del mismo en nuestro sistema positivo constituye, por regla general, un acto de administración últimamente, sentencia de 8 de octubre de 1985, a no ser que se concierte por un plazo de duración superior a seis años, ya que, en supuesto de esa duración estaría alcanzado por la prohibición expresa del artículo 1548 del Código Civil, precepto que por lo demás resuelve la cuestión planteada con carácter general, respecto de todos los demás arrendamientos y ha de leerse en el sentido de autorizar, de modo explícito, a los padres para arrendar los bienes de sus hijos»*.

Teniendo en cuenta la modificación del artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria por la Disposición Adicional 2.^a.1 *ex* Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994⁶¹⁹, RAGEL opina que, desde la entrada en vigor de aquel precepto de la norma hipotecaria, que viene a facultar la inmatriculación de los arrendamientos de inmuebles por la sola voluntad del arrendatario, estos han de ser tratados como actos dispositivo y se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges *ex* artículo 1377.1⁶²⁰.

El arrendamiento de un inmueble ganancial con opción de compra tiene la consideración de acto dispositivo⁶²¹ y, en atención a ello, no cae bajo el paraguas legitimador del artículo 1384. No basta para concertarlo la exclusiva voluntad del cónyuge titular aparente del reiterado elemento ganancial, sino que se precisa para realizar ese negocio complejo el consentimiento de los dos cónyuges de acuerdo con el artículo 1377.1, con independencia de la duración temporal de la relación arrendaticia, siendo anulable, al amparo del artículo 1322, el contrato que omita el consentimiento del cónyuge cotitular material⁶²².

por plazo que no exceda del referido, según así lo entendieron las sentencias de esta Sala de 29 de abril de 1950 y 3 de diciembre de 1954 cuya doctrina procede reiterar». Cfr., en este sentido, STS de 7 de marzo de 1996 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1996:1440), SAP de Cantabria de 6 de febrero de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:APS:2001:345), SAP de Jaén de 25 de septiembre de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APJ:2012:621) y SAP de Huesca de 30 de diciembre de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:APHU:2015:370).

⁶¹⁹ Los requisitos de acceso de los contratos de arrendamientos urbanos al Registro de la Propiedad están regulados en el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamientos Urbanos.

⁶²⁰ RAGEL, «La sociedad de gananciales (3). La gestión...», *cit.*, pág. 926. Indica este civilista (*ibíd.*, pág. 927) que, aún reputando que los arrendamientos urbanos son actos de administración, a efectos de los consentimientos precisos para su validez, el régimen de los mismos sería el propio de los actos dispositivo.

⁶²¹ La STS de 18 de junio de 1993 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1993:4247), en cuanto a un arrendamiento con opción de compra de una industria de bar ganancial, suscrito por uno de los cónyuges y, en definitiva, válido por no haberse ejercitado la pertinente acción de anulabilidad por la esposa *ex art.* 1322.1 CC, en el que no se pactó una prima específica por la opción y su carácter en todo caso oneroso, entiende que la renta aspira «*en ese modelo de equivalencia a compensar no solo la cesión del uso del objeto arrendado, sino también a evaluar la concesión del derecho de opción correspondiente, lo cual, naturalmente, supone concluir que, en la renta pactada, debe incluirse o embeberse la prima no individualizada, pero implícita al contrato de opción, y, de consiguiente entender que esa incorporación económica del valor de la opción, aún cuando no estuviese individualizada, debe encontrarse o coincidir como un sumando en la renta pactada, y derivar como corolario que tenga que calificarse el contrato en cuestión de oneroso, y, en definitiva, considerar la improcedencia de aplicar la sanción de nulidad del art. 1378 C.c., y sí en cambio, la del 1322-1º, que emite un juicio de reproche a los actos dispositivo, realizados por el marido sin consentimiento de su consorte, en el sentido de que los mismos son anulables*».

⁶²² La STS de 7 de marzo de 1996 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1996:1440), que corrobora la anulación de un contrato de arrendamiento con opción de compra de un negocio ganancial de panadería por término de 25 años, por la omisión del preceptivo consentimiento de la esposa del arrendador, resalta la interrelación entre ambas tipologías contractuales a los efectos de la calificación del acto como dispositivo y oneroso. Expone la sentencia que «*la Audiencia deduce la íntima relación entre el arrendamiento y la opción de compra del propio clausulado: tiempo de duración; posibilidad para el arrendatario de usar durante*

Si hablamos de arrendamientos de fincas rústicas de la sociedad legal, con la legislación en vigor (Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003) no se requiere para darlas en arrendamiento, como antaño imponía el artículo 12.1 *ex* Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, la misma capacidad que para enajenarlas, y resultando intrascendente su posible acceso al Registro de la Propiedad en cuanto a su naturaleza. Por consiguiente, en principio, una vez despejado el obstáculo normativo enunciado, cabría que el cónyuge titular aparente del inmueble, en virtud de la cobertura que le otorga el artículo 1384, formalizara unilateralmente el contrato, siempre que el lapso temporal pactado no excediera de seis años⁶²³.

La cesión del contrato de arrendamiento de vivienda o el subarriendo de esta podrán efectuarse por el cónyuge arrendatario en los términos contenidos en el artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, normativa especial que prevalecerá sobre la limitación objetiva contemplada en el artículo 1384 para verificar actos de disposición sobre bienes gananciales por un solo cónyuge, no aplicable, requiriéndose el consentimiento del consorte no arrendatario o, en su defecto, autorización judicial para disponer del derecho de arrendamiento si este afecta a la vivienda habitual *ex* artículo 1320.1 del Código civil⁶²⁴.

En todo caso, el derecho de arrendamiento de vivienda concertado de forma separada por uno de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad no es un bien ganancial, en consonancia con la naturaleza personal del indicado derecho. Así lo resalta la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2009, que literalmente declara como doctrina jurisprudencial *«que el contrato de arrendamiento concluido por*

todo él su derecho de opción; subrogación en el arrendamiento y, como consecuencia en el derecho de opción, de una sociedad que se formaría por los parientes del arrendatario; redacción del expositivo II.... Todo ello, efectivamente, nos lleva a que en su total conjunto se configura un tipo contractual complejo o mixto, de naturaleza inseparable por la libre voluntad de los contratantes (art. 1255 del Cc.), de manera que la reconversión en un mero arrendamiento desnivelaría el equilibrio de las prestaciones, cual, ciertamente, tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala (ver como simple ejemplo, S. de 26 de enero de 1994)». Cfr., igualmente, STS de 22 de diciembre de 1992 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1992:9312).

⁶²³ Esta posibilidad de la cesión arrendaticia rústica por el cónyuge titular sin el consentimiento de su consorte se descarta por RAGEL [en «La sociedad de gananciales (3). La gestión...», *cit.*, pág. 928], que considera que el arrendamiento rústico es un acto de disposición que no puede ejecutar de forma individual el titular registral, habiendo de contener la escritura pública que se otorgue *ex* art. 11.1 LAR 2003 el consentimiento del cónyuge del arrendador.

⁶²⁴ Por lo que hace referencia al traspaso de local de negocios, afirma RAGEL (*ibíd.*, págs. 930-931) que ha de seguirse la regla de la codisposición, admitiendo la validez del traspaso realizado solamente por el cónyuge arrendatario cuando no implique la transformación sustancial del negocio, y sin que quepa, por otra parte, que el consorte de aquel obtenga la autorización judicial supletoria para el traspaso si esta medida fuera beneficiosa para la comunidad.

uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento», lo que luego se reitera en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2013⁶²⁵. La argumentación básica para inferir la no consorcialidad de los arrendamientos formalizados por uno de los partícipes en la sociedad conyugal es, como afirma la primera resolución, que *«los contratos producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos y por ello, las posiciones contractuales de cada uno de los cónyuges en los contratos de arrendamiento que hayan concluido no forman parte de la sociedad de gananciales, porque, además, se trata de derechos personales»*⁶²⁶.

Sentado el carácter privativo del derecho de arrendamiento de vivienda formalizado por uno de los cónyuges vigente el consorcio, deviene llano que el cónyuge arrendatario, titular de la posición contractual, no estará constreñido por los términos del artículo 1384 para realizar actos de administración o dispositivos en relación con el derecho mencionado, excluido del régimen de cogestión de la comunidad dada su privatividad, con la señalada restricción del artículo 1320.

El objeto de los actos de disposición que podrán efectuarse unilateralmente por el cónyuge disponente no ha de limitarse taxativamente a la moneda corriente o efectivo materialmente poseído por aquel, sino que se propone una inteligencia extensiva del término, que englobaría el saldo de cuentas bancarias con titularidad única, pagos con tarjeta de crédito y el libramiento de cheques y pagarés contra las mencionadas cuentas,

⁶²⁵ STS de 22 de abril de 2013 (RJ 2013\3495).

⁶²⁶ STS de 3 de abril de 2009 (RJ 2009\2806).

Asimismo, aplicando la doctrina jurisprudencial, excluyen la cotitularidad del derecho arrendaticio cuando el arrendamiento del inmueble se concertó por uno solo de los cónyuges vigente la sociedad ganancial la SAP de Les Illes Balears de 4 de junio de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APIB:2010:1288), la SAP de Madrid de 11 de octubre de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2016:15506), la SAP de Asturias de 5 de mayo de 2017 (Cendoj-ECLI:ES:APO:2017:1301), la SAP de Salamanca de 26 de julio de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APSA:2012:450), la SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 29 de mayo de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APGC:2012:1358), la SAP de Murcia de 31 de enero de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:APMU:2013:276) y la SAP de Málaga de 26 de mayo de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APMA:2016:666).

Sostiene Cristina ARGELICH COMELLES [en «La naturaleza ganancial o privativa del arrendamiento de la vivienda familiar», *Revista de Derecho Civil*, Vol. III, n.º 4 (octubre-diciembre, 2016), págs. 144-145] que no es posible defender la ganancialidad de la titularidad arrendaticia por razones de seguridad jurídica, no pudiendo aceptarse la derogación del principio de relatividad contractual arguyendo una protección específica al cónyuge no titular del contrato, atendiendo al fallecimiento del cónyuge titular del arrendamiento, toda vez que aquel cuenta con la protección que le dispensa el régimen de subrogación *mortis causa*. Para esa autora supondría un agravio comparativo con respecto al resto de subrogantes el que cupiera eludir los requisitos establecidos para la subrogación y tampoco es admisible postular una subrogación tácita en el arrendamiento de vivienda del cónyuge supérstite.

cohonestándose esta ampliación del ámbito en el que opera el precepto con el hecho de que en la actualidad se realizan más frecuentemente operaciones económicas en las que se emplean medios de pago disímiles al dinero en efectivo⁶²⁷.

Una cuestión que se ha suscitado en relación con el metálico (ganancial o privativo) depositado en cuentas bancarias de la titularidad indistinta de los cónyuges es la posibilidad de que cada uno de ellos pueda disponer válidamente del numerario depositado, con la consecuente responsabilidad *erga omnes* que eventualmente dimane de tal acto dispositivo *ex* artículo 1365.1.º. Debe concluirse, en este caso, que las facultades dispositivas de cualquiera de los cónyuges vienen determinadas, no tanto por el artículo 1384, atinente, por otra parte, a titularidades formales disyuntas y no conjuntas, sino por las relaciones que se derivan del depósito irregular en que se basa la cuenta, sin que, como comúnmente se admite, la titularidad dual bancaria implique la existencia de un condominio sobre el numerario depositado en la cuenta, cuya propiedad vendrá impuesta por la originaria pertenencia de los fondos⁶²⁸.

En apoyo de la legitimación individual de los cónyuges para disponer del dinero (o títulos valores) depositado en una cuenta indistinta, LACRUZ, además de resaltar la finalidad de la norma de agilizar el tráfico, interpretaba que el texto de la ley no se opone a esa inferencia, dado que el dinero figura a su nombre y tienen la plena disponibilidad del mismo, pudiendo utilizarlo y destinarlo a su voluntad mientras esté en la cuenta⁶²⁹.

⁶²⁷ RAGEL SÁNCHEZ, «La sociedad de gananciales (3). La gestión...», *cit.*, pág. 922.

Han de entenderse excluidos del ámbito de la norma, *ex art.* 1378, dejando al margen las liberalidades de uso, los actos dispositivos a título gratuito sobre dinero o títulos valores, que requieren el consentimiento de ambos cónyuges.

⁶²⁸ Es ilustrativa de la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión la STS de 5 de julio de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:4779), que indica que «*ha declarado esta Sala con reiteración (...) que las cuentas corrientes bancarias expresan siempre una disponibilidad de fondos a favor de quienes figuren como titulares de las mismas contra el Banco que los retiene, y el mero hecho de su apertura con titulares plurales, no determina por sí un necesario condominio sobre los saldos, que viene precisado por las relaciones internas que medien entre los titulares bancarios conjuntos y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos; por todo lo cual el solo hecho de abrir una cuenta en forma conjunta o indistinta no produce el efecto de atribuir los depósitos por partes igualitarias a los figurantes titulares*». En parecidos términos, STS de 7 de febrero de 2003 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2003:773).

⁶²⁹ LACRUZ, *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 472. La posibilidad de que cada uno de los cónyuges titulares indistintos de la cuenta puedan disponer del saldo de esta es defendida por RAGEL [en «La sociedad de gananciales (3). La gestión...», *cit.*, pág. 923] invocando el art. 1385.1 CC, porque se ejercita un derecho de crédito que faculta a aquellos solidariamente a tal efecto.

El acto de disposición de dinero ejecutado por el cónyuge titular o poseedor es inatacable por su consorte no contratante, quien carece de acción contra el tercero contratante, sin perjuicio de la revisión de sus efectos económicos en la esfera interna de la sociedad conyugal, de acuerdo con los artículos 1382 y 1390, si el gasto se realizó en interés personal del cónyuge, pero si el mismo atendió al beneficio de la sociedad el acto unipersonal deviene legítimo, al margen del acierto o desacierto de su realización⁶³⁰.

Si la disposición de dinero por el cónyuge tiene por objeto la adquisición de un bien ganancial aplazando una parte de precio, no se respondería con los bienes comunes por el resto del precio aplazado invocando esta norma, que presupone la disposición o pago del efectivo por el cónyuge titular o poseedor, sino que, en su caso, la afección del activo del consorcio frente a terceros exigiría que la adquisición se adecuara eventualmente al resto de supuestos legales previstos en los artículos 1365 y 1368, como deriva del inciso final del artículo 1370⁶³¹.

El concepto de título valor no se recoge expresamente en el Derecho positivo español, pero se consideran como tales los títulos circulantes, tanto nominativos como a la orden o al portador, articulándose la doctrina relativa a los títulos valores en torno a los principios de legitimación por posesión, literalidad y autonomía⁶³².

⁶³⁰ BLANQUER UBEROS, «Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», *RDN*, n.º 113-114, julio-diciembre 1981, págs. 62-63. Restringe BLANQUER la eventual intervención del otro cónyuge, mediata, a la posibilidad de excluir que el numerario figure a nombre de un cónyuge o lo tenga en su exclusivo poder o que cuente con facultades dispositivas, y siempre que pueda efectuar esa oposición.

⁶³¹ Sostienen RUEDA PÉREZ y RUEDA PÉREZ (en «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones...», *cit.*, pág. 577) que resulta indudable la validez de la disposición unilateral de dinero ganancial que esté en poder del cónyuge que dispone, si bien aquella no es causa del nacimiento de la obligación del precio restante, juzgando que el art. 1384 no legitima para comprometer el patrimonio común, de forma que los débitos contraídos por el cónyuge cuando adquiera bienes a cargo de la masa ganancial son deudas propias del adquirente. Infieren estos autores que la exégesis contraria vaciaría de contenido el art. 1370, dado que si toda deuda de adquisición ganancial es ganancial deviene innecesaria la especial afección del bien adquirido.

⁶³² GADEA SOLER, Enrique, *Los títulos-valor: letra de cambio, cheque y pagaré*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2007, pág. 19. Desarrolla este autor (*ibid.*, págs. 19-20) que la legitimación por posesión implica que la posesión o tenencia del documento deviene precisa para la exigencia de la prestación documentada en aquel, no obstante lo cual la citada posesión solo es suficiente en los títulos al portador, requiriéndose en los demás otros requisitos complementarios. Añade GADEA que la literalidad del derecho incorporado hace alusión al contenido del título valor e incide en que el contenido, extensión y límites del derecho dependen en exclusiva del tenor literal del documento, aun cuando no sea un rasgo común de la totalidad de los títulos valores circulantes. Por último, reseña que la autonomía se corresponde con la inmunidad del adquirente de buena fe frente a excepciones que sean oponibles a poseedores anteriores, lo que trae consigo la sustantividad del derecho documentado con respecto a la relación básica, matizando que en los títulos de tradición no concurre esa sustantividad.

La posesión en concepto de dueño del título valor por el cónyuge legitimará a este para cualquier acto en relación con aquel, incluida su disposición, cuando se trate de títulos al portador, mientras que cuando estamos ante títulos nominativos o a la orden se requiere para ejecutar actos de disposición que los títulos valores (nominativos o por la cadena de endosos) figuren a nombre del cónyuge disponente⁶³³.

La normativa hipotecaria, en el artículo 93.4, en relación con el artículo 94.2, del Reglamento Hipotecario, en congruencia con el tenor del artículo 1384, en el supuesto de bienes inmuebles gananciales adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales e inscritos como tales a nombre del adquirente, admite expresamente la inscripción de *las agrupaciones, segregaciones o divisiones de estas fincas, las declaraciones de obra nueva sobre ellas, la constitución de sus edificios en régimen de propiedad horizontal y cualesquiera otros actos análogos realizados por si solo por el titular registral*, que cabría reputar, por tanto, actos de administración⁶³⁴.

Cuando se trata de bienes adquiridos a título oneroso inscritos a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial, por aplicación del artículo 1361 del Código civil, podrán inscribirse, igualmente, los actos antes relacionados ejecutados solamente por el titular registral (art. 94.1 y 2 *ex RH*)⁶³⁵.

4.1.2.4.3. Responsabilidad directa con el patrimonio común por los actos de administración o dispositivos contemplados en el artículo 1384

Como es lógico, de conformidad con el artículo 1365.1.º, inciso segundo, en relación con el artículo 1384, los débitos contraídos aparentemente por el cónyuge titular formal o poseedor en la ejecución de actos de administración o disposición explicitados en el segundo precepto, los cuales se reputan, *ab initio*, plenamente válidos cualquiera que sea su finalidad, tendrán naturaleza ganancial y vincularán directamente la totalidad del patrimonio del consorcio *erga omnes*. Todo ello sin perjuicio, como siempre, de un eventual reajuste patrimonial en la fase de contribución en el supuesto de

⁶³³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia, cit.*, pág. 271.

⁶³⁴ Contrariamente, para la inscripción de actos de disposición a título oneroso sobre esos bienes se precisa que se hayan verificado conjuntamente por ambos cónyuges, por uno de ellos con el consentimiento del otro o con autorización judicial supletoria (art. 93.2 y 4 RH).

⁶³⁵ Con respecto a estos bienes, la inscripción de los actos dispositivos onerosos sobre aquellos requiere su otorgamiento por el cónyuge titular registral con el consentimiento de su consorte o, subsidiariamente, autorización judicial (art. 94.3 RH).

que la actuación conyugal autónoma, operada bajo la cobertura formal de la norma estudiada, no estuviera efectivamente orientada al beneficio de la sociedad conyugal y el gasto producido no conformara, así, una carga de la sociedad de gananciales.

En relación con lo anterior, a los efectos de la sujeción del acervo ganancial *ad extra*, habrá de estarse a un doble criterio de legitimación. Este se concreta, en primer término, en la titularidad aparente o formal del cónyuge administrador o disponente, la cual, en principio, habrá de tener algún reflejo documental o registral objetivo, en línea con la mención del precepto *a cuyo nombre figuren*, y, en segundo lugar, en la posesión de los bienes, dinero o títulos valores por parte del cónyuge que interviene en el tráfico jurídico de la sociedad de gananciales, que equivale a una tenencia material, exclusiva e inmediata de los citados elementos (*en cuyo poder se encuentren*). De lo expuesto se deriva que, en el supuesto de que no conste esa titularidad individual del cónyuge gestor o disponente, sino, antes bien, el dominio conjunto, o la posesión por el mismo en el sentido expresado y sí, contrariamente, una situación de coposesión por ambos partícipes en el consorcio, no cabrá colegir la validez de los actos de administración o disposición realizados separadamente. Subsiguientemente, los terceros contratantes, al faltar la apariencia de legitimación en que se basa la protección de estos, no podrán invocar el amparo de la norma para pretender atacar los bienes comunes⁶³⁶.

Evidentemente, el consorte del cónyuge titular formal o poseedor está facultado para exigir, eventualmente por vía judicial, la administración conjunta de los bienes gananciales, que es la regla general establecida en el artículo 1375, circunstancia que estará especialmente justificada para evitar posibles situaciones de abuso por parte del cónyuge titular o detentador de los bienes comunes. De esta forma la excepción al régimen de cogestión explicitada en el artículo 1384 tiene un carácter meramente transitorio o no definitivo, cesando la posibilidad de afectar el patrimonio común por los actos gestorios o dispositivos unilaterales enumerados en el mencionado precepto si se implementa, y así consta, la gestión conjunta del patrimonio conyugal respecto de los bienes gananciales aludidos en la norma analizada⁶³⁷.

⁶³⁶ Se refieren DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, Vol. IV (T. 1), *cit.*, pág. 188, a la intestación y la posesión de los bienes como reglas de delimitación de los poderes gestores de los cónyuges.

⁶³⁷ GIMÉNEZ DUART (en «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge», *cit.*, pág. 6 de la versión electrónica obrante en vlex.com) postula que el art. 1384 contiene una excepción transitoria a la regla general del art. 1375, dado que la legitimación individual que recoge cesa en el momento en que el otro cónyuge ejercita su derecho a reclamar la administración y disposición conjuntas

Según se ha indicado, la validez de los actos de administración o disposición unilaterales a los que se refiere el artículo 1384 y la ganancialidad de los débitos generados por el cónyuge actuante por su conclusión no excluye que, en la relación intraconyugal, los desembolsos derivados de los mismos no constituyan cargas de la comunidad, lo que ocurrirá cuando la actuación separada sea ajena al interés familiar, con la consecuencia de operar, en su caso, los correspondientes reintegros entre masas patrimoniales *ex* artículo 1397.3.º⁶³⁸.

4.1.2.5. Ejercicio de los derechos de crédito por el cónyuge que ostenta su titularidad formal

El artículo 1385 del Código civil, en su apartado primero, que dispone que *«los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos»*, estatuye, con un notorio matiz imperativo, a diferencia del precepto anterior, una regla de legitimación que habilita en exclusiva al cónyuge titular formal del derecho de crédito, de carácter ganancial, para el ejercicio del mismo⁶³⁹. Ello, en principio, facultaría solamente a este último, no ya para

que legalmente le corresponden. Resalta también DE LOS MOZOS (en «Artículos 1.384 a 1.386», en *Comentarios al Código Civil...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 394) que el consorte del cónyuge administrador puede instar judicialmente que se ponga término a la administración separada de bienes, peticionando su comunicación con arreglo a los arts. 1375 y 1376.

⁶³⁸ Evidentemente, el art. 1384 no deviene aplicable en la indivisión postganancial, manifestando la SAP de Sevilla de 22 de septiembre de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:APSE:2014:3682) que, disuelto el consorcio, se extingue la facultad establecida en ese artículo, por no continuar los bienes sometidos al referido régimen legal y ser aplicables la normas de la comunidad ordinaria mientras subsista la comunidad postganancial.

Por tanto, extinguida la sociedad, los terceros no podrán ampararse en esa disposición para responsabilizar y atacar el activo común por débitos postgananciales producidos por cualquier partícipe.

⁶³⁹ En relación con esta legitimación excluyente del cónyuge titular del derecho de crédito, comenta LACRUZ (en *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 476) que el otro cónyuge no podrá pretender el cobro en su condición de crédito ganancial, ni aún peticionando autorización judicial por la administración deficiente de su consorte acreedor. El tono asertivo del art. 1385.1, en opinión de ATAZ LÓPEZ (en «Alcance y excepciones de la cogestión...», *cit.*, pág. 85), supone que el ejercicio del derecho incumbirá necesariamente al cónyuge que ostenta su titularidad formal.

Sobre la legitimación del cónyuge titular formal del derecho de crédito ganancial, la SAP de Asturias de 20 de abril de 2018 (Cendoj-ECLI:ES:APO:2018:1152), con fundamento en el art. 1385.1, confirma la legitimación del cónyuge que transfirió, desde su cuenta personal, fondos gananciales a un tercero, en concepto de préstamo, para reclamar su devolución. También la SAP de León de 26 de octubre de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APLE:2012:1326), con cita de esa norma, avala la legitimación del cónyuge de una lesionada en accidente de tráfico para exigir a una entidad aseguradora el abono de las facturas emitidas a cargo de aquel por la asistencia doméstica prestada en el domicilio conyugal mientras su esposa estuvo impedida para efectuar sus ocupaciones habituales. Por su parte, la SAP de Jaén de 9 de diciembre de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APJ:2010:1470) defiende la legitimación activa de la cónyuge titular de un arrendamiento de vivienda para la reclamación de diversas rentas impagadas y cantidades asimiladas *ex* art. 1385.1 CC. Explica la sentencia que *«sin perjuicio del carácter ganancial que pudiera tener el derecho de arrendamiento en el ámbito interno de las relaciones entre los cónyuges, tal carácter de manera alguna trasciende a las relaciones con terceros, respecto de las cuales habrá que atender*

la realización de actos de administración o conservativos del citado derecho, sino también para la ejecución de cualesquiera otros actos, incluidos aquellos de naturaleza dispositiva, los cuales habrían de reputarse perfectamente válidos, dado que no se aprecian razones consistentes para restringir, en la órbita externa, la inteligencia del alcance del *ejercicio de un derecho* limitadamente a su administración⁶⁴⁰.

En efecto, entendemos que no se justifica convenientemente la restricción del ámbito del artículo 1385.1 a los actos de administración del derecho, optándose por colegir que el término *ejercitados* es ambivalente, incluyendo el mismo la administración y disposición del derecho de crédito, porque, desde una óptica externa, semeja lo más consecuente con la legitimación amplia y excluyente del titular del crédito que se dispone en la norma. Este puede ejercitar todas las facultades que conforman el contenido del derecho, entre ellas, su condonación, cesión o novación, no obstante el tenor de los artículos 1377 y 1378. Algo que no impide que, *ad intra*, el otro cónyuge, de concurrir los presupuestos de la disposición (beneficio exclusivo del

exclusivamente a la titularidad externa resultante de la celebración del contrato». En esta línea, la SAP de Asturias de 21 de julio de 2003 (Cendoj-ECLI:ES:APO:2003:2903) insiste en que, con base en el art. 1385.1, en los derechos de crédito, naturaleza que caracteriza al contrato de arrendamiento, la legitimación activa y pasiva le pertenece al cónyuge contratante. Por último, la SAP de Granada de 16 de octubre de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:APGR:2009:1742) reitera que, de conformidad con el artículo analizado, el eventual ejercicio de un derecho de crédito ganancial derivado de un contrato, formalizado por la esposa, por el que se adquirirían valores filatélicos con numerario común incumbe a la cónyuge titular, existiendo acciones para evitar que los beneficios redunden solo a favor de esta.

Cfr., asimismo, STS de 10 de junio de 1985 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1985:1506).

⁶⁴⁰ En contra de esta exégesis, RAGEL [en «La sociedad de gananciales (3). La gestión...», *cit.*, págs. 936-937] razona que el precepto alude a actos de administración sobre el derecho de crédito, lo que impide al acreedor o contratante condonar un débito, desistir o convenir un mutuo disenso del contrato, en la medida en que estaríamos en presencia de una renuncia a un bien o derecho ganancial, de carácter dispositivo, no siendo viable, por la misma razón, que el titular del crédito o posición contractual, sin el consentimiento del otro cónyuge, ceda el crédito o contrato a un tercero o acuerde con el deudor una novación objetiva extintiva. Niega la asimilación entre disposición y ejercicio de derecho de crédito BLANQUER UBEROS (en «La idea de comunidad...», *cit.*, pág. 27 de la versión digital obrante en vlex.com), reseñando que la disposición del derecho de crédito tiene por objeto el crédito mismo y no integra un acto de ejercicio de las facultades que conforman la posición jurídica del acreedor (por ej., cesión de crédito, condonación o novación).

Rechaza este criterio restrictivo GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Gestión y responsabilidad...*, *cit.*, pág. 273), el cual argumenta que la legitimación *ad extra* del artículo no está restringida por la ley que la concede, de donde se deriva que el consorte que no contrató no puede impugnar la eficacia externa de los actos del cónyuge titular, al margen de los eventuales derechos de reembolso en la relación interna si esta actuación implicó quebranto para la economía conyugal. En todo caso, manifiesta GUILARTE (*ibíd.*, pág. 274) que la condonación de deudas por el cónyuge actuante que haya de considerarse como acto a título gratuito será *ex art.* 1322.2 CC. La tesis expansiva es igualmente defendida por DE LOS MOZOS (en «Artículos 1.384 a 1.386», en *Comentarios al Código Civil...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, págs. 397-398). La ampliación del ámbito objetivo del art. 1385.1 a cualquier acto del titular relativo al derecho, ya sea de uso, de conservación o de disposición, es compartida por ALBALADEJO (en *Curso de Derecho Civil*, IV, *cit.*, pág. 181) y RAMS (en *La sociedad de gananciales*, *cit.*, pág. 305).

cónyuge titular o que este cause con dolo un daño a la sociedad), pueda invocar el artículo 1390 a efectos de que se abone a la sociedad el importe que proceda.

La viabilidad de que el cónyuge titular formal del crédito ganancial pueda ceder el mismo *ex* artículo 1385.1 se descarta por BELLO JANEIRO, para el que ese artículo ha de interpretarse restrictivamente, limitado a la relación entre el cónyuge acreedor y su deudor, de manera que en la relación de aquel con terceros el crédito es un elemento ganancial sin más especialidades y, por ello, regido por las reglas generales por lo que hace referencia a su administración y disposición⁶⁴¹.

La figura de la cesión de créditos ha sido objeto de un notable tratamiento jurisprudencial y, por todas, sobre esta institución, dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2005 que *«como han destacado las sentencias de esta Sala de 15 de noviembre de 1990, 22 de febrero de 1994 y 26 de septiembre 2002, entre otras, la cesión de crédito, como sustitución de la persona del acreedor por otra respecto al mismo crédito, es admitida, con carácter general, por el artículo 1112 del Código civil y está regulada, con carácter particular, en los artículos 1526 y siguientes del mismo cuerpo legal, como negocio jurídico, sea o no contrato de compraventa, y supone un cambio de acreedor quedando el nuevo con el mismo derecho que el anterior, permaneciendo incólume la relación obligatoria»*⁶⁴².

Frente a la negación de la habilitación del cónyuge a cuyo nombre aparezca constituido el crédito consorcial para ceder este⁶⁴³, siguiendo el aforismo latino *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, entendemos que si la norma no reduce su alcance a los actos de administración, no parece que haya de excluirse la legitimación del titular formal para ejercitar el derecho de crédito con total amplitud y, por

⁶⁴¹ BELLO JANEIRO, *La defensa frente a tercero...*, *cit.*, págs. 332-333.

⁶⁴² STS de 18 de julio de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:4880).

⁶⁴³ Siguiendo a PANTALEÓN PRIETO (en «Cesión de créditos», *ADC*, T. XLI-IV, 1988, pág. 1034), se habla de cesión (*ex voluntate, inter vivos*) de créditos cuando, mediante un acuerdo de voluntades entre el antiguo y el nuevo acreedor, cedente y cesionario, se transmite la titularidad del derecho de crédito del primero al segundo, el cual se subroga en la posición jurídica del acreedor primigenio. En cuanto a la eficacia de la cesión frente al deudor, señala María Patricia REPRESA POLO [en «Eficacia de la cesión frente al deudor cedido: las condiciones del pago liberatorio», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2009, pág. 5, <http://www.indret.com/pdf/631_es.pdf> (Consulta: 22/05/2017)] que el efecto que la cesión suscita en el deudor del crédito cedido es la vinculación del mismo con el nuevo acreedor, ante el que ha de cumplir si desea extinguir su obligación y liberarse, y sin que esta eficacia requiera la intervención del deudor en el negocio jurídico del que dimana la cesión, sino que aquella depende de la verificación de los requisitos de validez del citado negocio, el cual, una vez perfeccionado, producirá sus efectos.

consiguiente, para operar la cesión del mismo. No resulta, así, exigible el consentimiento dual impuesto por el artículo 1377.1 para ejecutar actos dispositivos onerosos sobre bienes comunes, todo ello sin perjuicio, de acuerdo con lo ya argüido, de la posible utilización por el otro cónyuge de los mecanismos de tutela previstos en los artículos 1390 y 1391.

Diferenciando cotitularidad y ganancialidad, GIMÉNEZ DUART mantiene que el único titular del derecho de crédito ganancial es el cónyuge a cuyo nombre figura, existiendo una titularidad conjunta solo si el crédito se ha constituido a nombre de los dos cónyuges, pero sin que ello implique que la comunicación se difiere a la liquidación de la sociedad, sino que se producirá cuando el crédito se realice⁶⁴⁴.

El artículo 178.5 del Reglamento Hipotecario dispone que *«basta el consentimiento del cónyuge a cuyo nombre aparezca constituido el crédito para la cancelación por pago de la hipoteca que lo garantice, aun cuando conste inscrita para la sociedad conyugal de aquél»*, indicándose que, conjugando el artículo 1385.1 y la accesoriedad de la hipoteca, resulta lógico que se permita solo al cónyuge titular del crédito la cancelación de esta, por estar extinguida en virtud del pago la obligación garantizada⁶⁴⁵.

En relación con este supuesto de cancelación de la hipoteca por pago del crédito garantizado, opina ÁVILA ÁLVAREZ que si, *ex* artículo 1385, el derecho de crédito puede ser reclamado por el cónyuge a cuyo nombre esté inscrita la hipoteca el mismo tiene que estar facultado para cancelar por sí solo, en tanto en cuanto no cabe obligar al deudor a pagar sin que quien cobra cancele la garantía, de modo que *el que es bueno para cobrar debe serlo también para cancelar*⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ GIMÉNEZ DUART, «La adquisición y disposición de gananciales...», *cit.*, pág. 7 de la versión digital obrante en vlex.com. Continúa este autor *-ibíd.*, pág. 8- que la titularidad ganancial lo es de adquisiciones o atribuciones, de forma que un crédito hasta que no es realizado no genera adquisición o atribución alguna, constituyendo aquel, no un bien, sino una esperanza de bien, por lo que la cesión de un crédito ganancial debe acontecer con la única intervención del cónyuge titular del mismo *ex* art. 1385, y no de acuerdo con el art. 1384, relativo a un supuesto distinto, ni con la intervención del otro cónyuge conforme a los arts. 1375 a 1377, que aluden a *bienes*.

⁶⁴⁵ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «Examen del artículo 178.5 RH: la especial cancelación de la hipoteca ganancial», *RCDI*, n.º 724, 2011, págs. 1113-1114. Expresa esta autora *-ibíd.*, pág. 1104- que, aun cuando la cancelación pueda calificarse *a priori* como un negocio dispositivo, habrá de estarse a la causa del citado negocio para discriminar su naturaleza dispositiva o no, sin que el hecho de que se exija capacidad de enajenar para cancelar implique el carácter dispositivo del negocio cancelatorio.

⁶⁴⁶ ÁVILA ÁLVAREZ, «Régimen económico matrimonial y Registro de la Propiedad», *RCDI*, n.º 578, 1987, pág. 33. En cuanto al art. 178.5 RH, dice TORRES GARCÍA (en «La administración de los bienes

La legitimación del cónyuge titular formal para el ejercicio del derecho de crédito ganancial conlleva, correlativamente a esa habilitación legal que prevé la norma, la afección del acervo ganancial frente a terceros por cualesquiera débitos generados por aquel en tal actuación autónoma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1365.1.º, inciso segundo. En consecuencia, los terceros, dada la naturaleza ganancial de esas deudas contraídas por el cónyuge *a cuyo nombre aparezca constituido* el referido derecho de crédito (por ej., por gastos procesales o extraprocesales dimanantes del ejercicio del derecho), podrán, eventualmente, atacar directamente los bienes comunes para hacer efectivas las mismas, excluyéndose, con obviaidad, *a sensu contrario*, la consorcialidad de los débitos provenientes del ejercicio del derecho de crédito por el consorte del titular de este⁶⁴⁷.

En el supuesto de que el ejercicio del derecho de crédito, entendido este en toda su amplitud, según se ha expresado, no obedezca al interés de la familia, como siempre, el desembolso realizado a costa del caudal común no tendrá la conceptualización de carga ganancial y habrá de procederse, en este caso, en el momento liquidatorio a operar el pertinente reintegro a la comunidad.

4.1.2.6. Defensa de bienes y derechos comunes

El artículo 1385.2 *ex* Código civil legitima indistintamente a *cualquiera de los cónyuges* para la defensa jurídica, procesal y extraprocesal, y aún material, de los bienes y derechos gananciales⁶⁴⁸, siendo este precepto el correlato en sede ganancial de la

comunes...», *cit.*, pág. 761) que esta norma no atiende a la naturaleza de la hipoteca como derecho real accesorio, ni a la diferencia entre efectos obligacionales y reales o a la naturaleza de la cancelación como acto dispositivo, sino a la titularidad registral del crédito hipotecario.

⁶⁴⁷ En relación con este extremo, en cuanto al posible ejercicio del derecho de crédito por parte del consorte del titular aparente en defecto de ejercicio del mencionado derecho por este último, con la consiguiente sujeción *erga omnes* del caudal común que se derivaría de esta circunstancia, no parece viable que el cónyuge no titular pueda actuar ante la pasividad del titular, porque tal opción colisiona con la prescripción del art. 1385.1. Por otra parte, no se vislumbra la pertinencia de la aplicación del remedio judicial del art. 1376 en este supuesto, en tanto que el precepto alude a la realización de actos de administración en que fuere preciso el consentimiento de ambos cónyuges, lo que no acontece en la hipótesis que se examina.

Mantiene una postura contraria GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Gestión y responsabilidad...*, *cit.*, págs. 275-276), que, al margen de entender que la inactividad siempre podrá suplirse *ex* art. 1376 CC, opina que el supuesto del art. 1385.1 ha de interpretarse restrictivamente, entendiendo que el cónyuge no titular, ante la mera inacción del titular, puede ejercitar el derecho en beneficio de la sociedad conyugal, tesis esta que encontraría su apoyo en el art. 1142 CC y la similitud concurrente entre casos de acreedores solidarios y los créditos correspondientes al consorcio.

⁶⁴⁸ En el mismo sentido, el art. 230.c) del Código del Derecho Foral de Aragón, relativo al consorcio conyugal, legitima, igualmente, de forma indistinta a cada cónyuge para realizar por sí solo actos de defensa, judicial o extrajudicial, de bienes comunes.

doctrina judicial clásica que, en el ámbito de la comunidad ordinaria, determina que cualquiera de los condóminos puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, tanto para ejercitarlos, como para defenderlos⁶⁴⁹.

La extensión de la noción de *defensa*, más allá de la literalidad de la norma, que la restringe a la defensa judicial, a la defensa material de los bienes comunes es propugnada por autores como ALBALADEJO, que reputa como tal aquella que tiene lugar cuando se les preserva de peligros que los amenacen, adoptando medidas para conservarlos o verificando las reparaciones precisas a efectos de que no desmerezcan o se destruyan⁶⁵⁰.

Esta exégesis expansiva que postula que el artículo 1385.2 habilita a cualquiera de los cónyuges para la defensa material del activo consorcial ha de compartirse. Si bien la mencionada interpretación parece difícilmente compatible con el tenor literal de aquel artículo, se juzga que, atendiendo a la finalidad de la declaración normativa, no concurre óbice insalvable para colegir que, reconocida la legitimación conyugal indistinta para la defensa jurídica de los bienes comunes, con más razón habrá de admitirse la posibilidad de que cada uno de los cónyuges pueda *defender* con amplitud el patrimonio ganancial, en el sentido de *amparar, librar o proteger* materialmente o *de facto* al mismo.

En principio, del ámbito de la legitimación individual de los cónyuges para la defensa del caudal común habría que excluir los derechos de crédito intitulados a nombre de uno solo de aquellos, pues, en este caso, recogido, según hemos visto, en el

⁶⁴⁹ Así, STS de 3 de julio de 1981 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1981:4978). En concreto, respecto a la legitimación del comunero, y resumiendo la jurisprudencia conteste, por todas, dice la STS de 8 de abril de 1992 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1992:3044) que «*la legitimación activa del comunero, en cualquier clase de comunidad, incluso en la propiedad horizontal (...), viene determinada, como en este caso, por su fundamento en el derecho material ejercitado (acción en provecho común) y por el resultado provechoso pretendido, siempre que no se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor. Por consiguiente, es indiscutible que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad*». Sobre esta legitimación, dice Faustino CORDÓN MORENO (en «La legitimación activa del comunero para actuar en juicio en interés de la comunidad: Ley 372, III del Fuero Nuevo de Navarra (Comentario a la STSJ de Navarra de 26 de junio de 2007)», *RJN*, n.º 44, 2007, págs. 122-124) que no es preciso que el comunero pruebe *in limine litis* que cuenta con mayoría, sino que deviene suficiente con que no exista oposición de los propietarios que la conformen, siendo exigible que la actuación de aquel sea en beneficio común, lo que implícitamente se entenderá si la acción redundan objetivamente en beneficio de la comunidad. Concluye este autor que, para armonizar la doctrina de la cosa juzgada con la falta de intervención de todos los copropietarios, la eficacia de la sentencia se restringe, para aquellos que no fueron parte, al supuesto de que les sea favorable.

⁶⁵⁰ ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV, *cit.*, pág. 183. La legitimación indistinta de los cónyuges para realizar actos materiales de defensa de los bienes gananciales es, igualmente, aceptada por LASARTE (en *Principios...*, VI, *cit.*, pág. 222) y RAGEL [en «La sociedad de gananciales (3). La gestión...», *cit.*, pág. 954].

apartado primero de la norma, la legitimación para su ejercicio, y, por lo tanto, para su defensa, en línea con los términos imperativos del tenor legal, le correspondería en exclusiva al cónyuge titular formal⁶⁵¹.

Desde una perspectiva activa, conforme se dispone en el precepto, la defensa procesal de los bienes y derechos gananciales por vía de acción no va a exigir para la válida constitución de la relación jurídico-procesal el concurso en la posición de demandantes de ambos partícipes, no existiendo, así, en esta hipótesis, como se asume pacíficamente, un litisconsorcio activo necesario de los cónyuges. Estos pueden accionar individualmente para la tutela del patrimonio de la sociedad de gananciales, carente de personalidad jurídica y que, por ello, adolece de la precisa capacidad para ser parte⁶⁵².

⁶⁵¹ Apoya esta inferencia Julián LÓPEZ RICHART [en «De la administración de la sociedad de gananciales», en RAMS ALBESA y MORENO MARTÍNEZ (Coords.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, cit., pág. 501], que expresa que la legitimación individual e indistinta de los cónyuges cede cuando se trata de derechos de crédito de los que sea titular uno solo de ellos, dado que su ejercicio incumbe exclusivamente al cónyuge titular *ex art. 1385.1*. Alcanza una conclusión diferente RAGEL [en «La sociedad de gananciales (3). La gestión...», cit., pág. 939], para el que el cónyuge que no ostenta la titularidad formal del crédito o posición contractual ganancial puede adoptar, al amparo del art. 1385.2, medidas de carácter conservativo de aquellos.

Una posición proclive a la legitimación indistinta conyugal para reclamar el cumplimiento de un derecho de crédito ganancial del que es titular formal solamente uno de los cónyuges se sostiene en la SAP de Pontevedra de 10 de junio de 2002 (Cendoj-ECLI:ES:APPO:2002:1960), que, en un caso en que se demandaba la efectividad de un crédito dimanante de una cuenta concertada por un cónyuge, declara que siendo el crédito realmente ganancial cualquiera de los cónyuges puede reclamar su cumplimiento o defender por vía de acción o de excepción un derecho que es ganancial. A su vez, en la SAP de Pontevedra de 18 de junio de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:APPO:2015:1169) se valida expresamente la legitimación activa de cualquier cónyuge para accionar en solitario pretendiendo la resolución de un contrato de arrendamiento de una vivienda ganancial concertado por ambos consortes, algo que, según confirma la resolución, está facultado por el art. 1385.2 CC.

⁶⁵² La figura del litisconsorcio activo necesario es, en cualquier caso, rechazada por la doctrina jurisprudencial porque, como afirma la STS de 11 de mayo de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2000:3883), «los supuestos de litisconsorcio activo necesario no son tales sino casos en que lo decisivo es si los demandantes tenían o no legitimación ("ad causam") para reclamar (SSTS 4-7-94, 13-7-95, 14-7-97, 7-5-99 y 14-2-2000, aunque la STS 18-12-99 sí parece admitir la posibilidad de un litisconsorcio activo necesario)». En cuanto al alcance de la legitimación activa contemplada en el art. 1385.2 CC, aclara la STS de 11 de abril de 2003 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2003:2566) que esa norma «autoriza a cualquiera de los cónyuges para ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción, como es el caso, habiendo declarado la jurisprudencia que tal facultad para demandar se atribuye por la ley con plenitud de consecuencias y sin perjuicio de la responsabilidad del cónyuge demandante frente al otro prevista en el art. 1390 CC, sin que, en cambio, suceda lo mismo en el ámbito de la legitimación pasiva, donde las acciones contradictorias del dominio de bienes gananciales tienen que dirigirse necesariamente contra ambos cónyuges (SSTS 26-7-93, 13-7-95, 14-2-00 y 5-5-00)».

Por su parte, la SAP de León de 20 de enero de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APLE:2010:126), en un litigio en que una excónyuge reclamaba un crédito ganancial a un tercero una vez verificadas la disolución y liquidación de la sociedad legal, alcanza a admitir la legitimación activa de aquella a tal efecto, invocando, sorprendentemente, el art. 1385.2 CC. Declara la resolución que esa legitimación de la accionante deriva de «su condición de integrante de la sociedad de gananciales en relación con un

En la vertiente pasiva de la relación procesal, de inicio, ha de significarse que una adecuada inteligencia del artículo 1385.2 no conduce a sentar que por el hecho de que cada uno de los cónyuges esté legitimado indistintamente de manera activa para la defensa del acervo consorcial lo esté también, desde el punto de vista pasivo, para soportar en exclusiva el ejercicio de una acción judicial que, por afectar a ambos partícipes en la sociedad conyugal, debió dirigirse contra los dos⁶⁵³.

Cuando se ejerciten acciones reales contradictorias o tuitivas del dominio de bienes gananciales o cuando se disponga de estos por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro será preciso accionar contra los dos cónyuges para no incurrir en una falta de litisconsorcio pasivo necesario⁶⁵⁴.

Asimismo, en el supuesto de ejercicio de acciones personales derivadas de un contrato en el que hayan intervenido ambos cónyuges, como se deriva de una sólida línea jurisprudencial, será preciso interpelar judicialmente a aquellos porque existirá una situación de litisconsorcio pasivo necesario, de donde se colige que si solo contrató uno de los cónyuges no resultará necesario traer al proceso judicial a su consorte, quien no tiene la condición de contratante⁶⁵⁵.

crédito surgido cuando aquella estaba vigente: si el derecho surge durante la vigencia de la sociedad de gananciales el ejercicio de la acción se vincula a ésta y a sus titulares, aunque tenga lugar con posterioridad a su disolución, e incluso a su liquidación, porque ni el derecho se extingue por la disolución y/o liquidación ni la acción para su defensa se altera por tal hecho».

⁶⁵³ Cfr. SSTs de 25 de enero de 1990 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1990:16318), 26 de julio de 1993 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1993:5750), 9 de junio de 1994 (RJ 1994\6724) y 5 de mayo de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2000:3692). Plasman esta doctrina también la SAP de A Coruña de 16 de noviembre de 2006 (Cendoj-ECLI:ES:APC:2006:3353), SAP de Valencia de 21 de diciembre de 2011 (Cendoj-ECLI:ES:APV:2011:7066) o SAP de Bizkaia de 9 de julio de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:APBI:2014:1575).

Concretamente, en la STS de 10 de julio de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2000:5665), en la que se viene a confirmar la correcta admisión de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en un litigio en el cual se pretendía la disolución de una comunidad de bienes existente sobre distintos inmuebles, porque se había omitido a la esposa respecto de una finca ganancial, con cita de la doctrina constante, declaraba que *«el litisconsorcio se convierte en necesario cuando el que resulta demandado no tiene todo el poder jurídico necesario exigido por la Ley y no se le puede condenar a realizar actos o disposiciones que afectan a los bienes comunes más allá de lo que integra su propia disponibilidad».*

⁶⁵⁴ Así, STS de 23 de febrero de 1994 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1994:1150), con cita, entre otras, de las SSTs de 4 de abril de 1988 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1988:9971) y de 6 de junio de 1988 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1988:4293).

⁶⁵⁵ Resume la posición del Alto Tribunal sobre esta cuestión la STS de 26 de noviembre de 1996 (RJ 1996\8588), exponiendo que *«como sostienen, reiteradamente, sentencias de esta Sala en relación al ejercicio de acciones personales derivadas del contrato, cuando se postula la eficacia o ineficacia de una relación negocial basta dirigir la pretensión contra aquel de los cónyuges que haya sido parte en el contrato, sin necesidad de demandar, también, al otro cónyuge que no intervino en el mismo (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 10 junio y 30 octubre 1985, 26 septiembre 1986, 4 abril y 6 junio 1988 y 16 junio 1989); por el contrario, si los dos esposos tuvieron intervención, de manera directa o indirecta*

Por lo que hace referencia al contrato de arrendamiento de vivienda suscrito por uno de los cónyuges constante el matrimonio, en atención a la naturaleza personal de los derechos dimanantes del mencionado contrato, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2009⁶⁵⁶, según se ha dicho, estableció como doctrina que aquel no forma parte de los bienes gananciales, rigiéndose por la Ley de Arrendamientos Urbanos en cuanto a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento, confirmándose posteriormente esta posición por el Alto Tribunal⁶⁵⁷.

A pesar del carácter privativo de los derechos del cónyuge titular del arrendamiento de la vivienda familiar que se concluye por el Tribunal Supremo, lo cierto es que, en línea con lo determinado por el Tribunal Constitucional en su momento⁶⁵⁸, habrá de considerarse, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1320.1 del Código civil (y, en su caso, en el artículo 96)⁶⁵⁹, que en el supuesto de ejercicio de una acción de desahucio habrá de demandarse al cónyuge titular del arrendamiento de la vivienda conyugal y a su consorte, toda vez que estaremos ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario⁶⁶⁰.

(representado uno por el otro) en el contrato cuestionado, la demanda debe, inexcusablemente, ser dirigida frente a los dos, pues lo contrario significa una defectuosa o inadmisibile constitución de la relación jurídica procesal (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 junio 1988 y 25 enero 1990) ».

⁶⁵⁶ Cfr. STS de 3 de abril de 2009 (RJ 2009\2806).

⁶⁵⁷ Cfr. SSTS de 22 de abril de 2013 (RJ 2013\3495) y de 22 de octubre de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2013:5023).

⁶⁵⁸ STC 135/1986, de 31 de octubre de 1986 (BOE n.º 276, de 18 de noviembre de 1986). Esta resolución, en un supuesto de ejercicio de una acción de desahucio por falta de pago contra el cónyuge que había arrendado la vivienda familiar constante el matrimonio, haciendo constar en el contrato ese destino de la vivienda, separado de su esposa, no interpelada judicialmente en la causa y a quien se le había adjudicado el uso del inmueble, otorga el amparo interesado a esta última por violación del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión -art. 24.1 CE-. Aduce el TC, en base al art. 96 *in fine* CC y a la inviabilidad de mutar unilateralmente la disponibilidad posesoria de la vivienda, la necesidad de traer a juicio a los dos cónyuges para evitar que el ausente pudiera resultar afectado en su derecho material (posesión arrendaticia) por la sentencia dictada contra su consorte, con eficacia de cosa juzgada, o sea, con indefensión insubsanable.

⁶⁵⁹ Este artículo dispone que *«para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial»*.

⁶⁶⁰ Así lo entendió, por ej., la SAP de Madrid de 23 de mayo de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2012:8488), aludiendo, para apreciar el litisconsorcio pasivo de los cónyuges, a que en el litigio el ente administrativo arrendador del inmueble, que instaba el desahucio solo contra el arrendatario, no podía desconocer que aquel era la vivienda habitual de la familia. Esta sentencia, con amparo en el art. 1320.2, matiza que *«el tercero que se relaciona con el cónyuge titular, que ignore, al momento de contratar, de un modo objetivo, el carácter de vivienda habitual, no puede ser perjudicado por este carácter, ni por tanto se le podría oponer el litisconsorcio, ni exigirle que demande a nadie más que a aquel con quien contrató y que aparecía como titular del derecho sobre el inmueble. De ahí que, en general, nunca se haya exigido al arrendador la demanda conjunta, por ser la decisión de establecer la vivienda habitual (que es concepto distinto al de simple vivienda común o conjunta) una cuestión interna*

4.1.2.6.1. Referencia a los gastos y costas procesales

Cuando se habla de la responsabilidad externa del haber común por los débitos gananciales contraídos individualmente por un cónyuge en la defensa judicial de bienes y derechos comunes, hipótesis a la que, *prima facie*, alude el artículo 1385.2 del Código civil, hemos de referirnos prioritariamente a la cuestión de las deudas que traen su causa de los gastos del proceso en que haya incurrido el cónyuge interviniente, en calidad de demandante o accionado. Se entiende por tales, según se concreta en el artículo 241.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *aquellos desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso*. Destacan entre ellas, primordialmente, con evidencia, las derivadas de los pronunciamientos que condenen al pago de las costas procesales devengadas en el respectivo procedimiento, cuyos diversos conceptos están relacionados en el artículo reseñado⁶⁶¹.

Aunque la resolución judicial no condenara expresamente al pago de las costas generadas en la causa, el cónyuge que, por vía de acción o excepción, defendiera bienes y derechos comunes en cualquier proceso estaría, lógicamente, obligado a satisfacer los gastos causados a su instancia, como los honorarios del letrado y procurador que lo hayan defendido y representado, respectivamente, o los derechos de los peritos presentados por el mismo. Tales gastos se catalogarán como deudas consorciales y

entre los cónyuges o convivientes que no tiene por qué trascender al exterior, como no sea que, al concertar el contrato, sea evidente para el arrendador esa finalidad».

⁶⁶¹ El art. 241.1 de la norma procesal civil comprende en las costas procesales los siguientes conceptos: «1.º Honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivas. 2.º Inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso. 3.º Depósitos necesarios para la presentación de recursos. 4.º Derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso. 5.º Copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la Ley, salvo los que se reclamen por el tribunal a registros y protocolos públicos, que serán gratuitos. 6.º Derechos arancelarios que deban abonarse como consecuencia de actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso. 7.º La tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuando sea preceptiva (...)».

Aunque los débitos por costas procesales tengan naturaleza legal y, por ello, quepa reputarlos teóricamente, desde una perspectiva amplia, *ex art.* 1089 CC, como extracontractuales, si los mismos se han generado por un cónyuge en procedimientos judiciales en la defensa del acervo común la regla de responsabilidad consorcial externa aplicable será el art. 1365.1.º, inciso segundo, en relación con el art. 1385.2, CC, y no el art. 1366 CC. Este precepto, hipotéticamente, si se admitiera la operatividad de la excepción legal recogida en esta norma en la relación *ad extra*, lo que rechazamos expresamente, permitiría excluir la ganancialidad de la deuda por costas de concurrir *dolo o culpa grave* en la actuación procesal del cónyuge, cuya apreciación, en último término, habría de colegirse inequívocamente a partir de la resolución judicial que se dicte.

afectarán, por ello, frente a los profesionales titulares de los créditos el activo de la sociedad legal⁶⁶².

La ganancialidad de la deuda de naturaleza procesal en que haya incurrido el cónyuge actor o demandado viene refrendada, en línea con lo argüido previamente, no ya por el éxito final de la pretensión o planteamiento sostenido judicialmente o, incluso, por la orientación última de la actuación conyugal, que es irrelevante en la esfera externa, no en la relación intraconyugal, sino por el hecho de su propia legitimación para intervenir en el proceso en defensa del patrimonio ganancial, de la que ha de derivarse, por fuerza, la vinculación patrimonial *ad extra* del consorcio.

El hecho de que los gastos procesales o de defensa judicial de los bienes comunes imputables a un cónyuge constituyan una deuda de la que se responde con el patrimonio ganancial no implica, partiendo de la disociación de ámbitos de responsabilidad que subyace en la estructuración del pasivo de la comunidad, que el concreto gasto procesal sea una carga de la sociedad de gananciales, es decir, que se integre en el pasivo interno. Para ponderar esta circunstancia habrá de atenderse a los distintos supuestos legales de ganancialidad pasiva definitiva comprendidos en las diferentes normas de responsabilidad interna y, particularmente, a la concurrencia de interés familiar en la actuación procesal del cónyuge⁶⁶³.

En relación con la eventual adscripción del gasto procesal producido por la acción judicial ejercitada por un cónyuge respecto de bienes comunes, hemos de entender que, razonablemente, no obstante la indudable condición ganancial del débito que se origine en ese ámbito, no será posible conceptuar como carga de la comunidad los desembolsos efectuados para la satisfacción de costas u otros gastos generados cuando estemos en presencia de planteamientos temerarios o manifiestamente

⁶⁶² Concretamente, procuradores y abogados, *ex arts.* 34 y 35 LEC, cuentan con un procedimiento de naturaleza ejecutiva, incidental y sumario, la jura de cuentas, para exigir a las partes a las que representen y defiendan derechos, gastos y honorarios devengados en los distintos asuntos, presentando sus cuentas y minutas impagadas, lo que dará lugar al despacho de ejecución por el importe reclamado o a su fijación por decreto, previos los trámites procesales pertinentes, en caso de impugnación, con apercibimiento de apremio. En el caso de trabarse bienes gananciales, habría de estarse a lo dispuesto en el art. 541.2 LEC.

⁶⁶³ Como criterios para juzgar la integración de los gastos procesales en el pasivo definitivo, BUSTOS MORENO (en *Las deudas gananciales...*, *cit.*, pág. 357) apunta que habrá de tenerse en cuenta el objeto del litigio, para determinar si se relaciona con un elemento de la masa ganancial o su causa se incardina en alguno de los supuestos legales previstos en los arts. 1362 y ss. CC, sirviendo como criterio delimitador la apreciación de la existencia de interés de la familia en el proceso judicial, en cuyo caso la sociedad de gananciales ha de soportar en la relación interna los gastos y costas que emanan del procedimiento.

insostenibles por parte del partícipe en la sociedad conyugal. Estos habrán de constatarse a partir de criterios jurídicos objetivos, los cuales, en ocasiones, se evidenciarán con flagrancia a partir de la fundamentación y pronunciamientos de la resolución judicial que se dicte. Se juzga que tal actuación conyugal sería difícilmente calificable, *stricto sensu*, como defensa del patrimonio del consorcio y devendría inconciliable con el interés de la familia que ha de presidir la exégesis sobre la imputación de cualquier gasto al pasivo definitivo de la sociedad.

4.1.2.7. Los gastos urgentes de carácter necesario

4.1.2.7.1. Exégesis extensiva del artículo 1386

El artículo 1386 del Código civil legitima indistintamente a los cónyuges *ad extra para realizar gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando sean extraordinarios*. Permite la habilitación legal contenida en el precepto enunciado, no solo la disposición de numerario o efectivo ganancial para la satisfacción de gastos que traigan su causa de atenciones familiares, de orden personal o patrimonial, que, acumuladamente, sean necesarias, por constituir cargas de la sociedad de gananciales⁶⁶⁴, y urgentes, por devenir inaplazable el gasto según las circunstancias concurrentes, sino, asimismo, el compromiso de los bienes comunes frente a terceros por los eventuales débitos contraídos por cualquiera de los cónyuges con la finalidad antes expresada⁶⁶⁵.

⁶⁶⁴ TORRES GARCÍA (en «La administración de los bienes comunes...», *cit.*, pág. 753) sostiene que el requisito de la «necesidad» atiende a la idea de responsabilidad, por cuanto que se trata de gastos que, por su carácter necesario, han de reputarse como *cargas* del matrimonio y que, como tales, puedan incardinarse en el art. 1362 CC.

⁶⁶⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (en *Derecho de familia, cit.*, págs. 167 y 276) fundamenta esta norma en el ejercicio de la denominada potestad conyugal de amparo, que está implícita en el deber de ayuda y socorro de los cónyuges y que va más allá de la potestad doméstica, dado que permite a cualquiera de aquellos, si lo exigen las circunstancias, realizar actos orientados a atender *necesidades extraordinarias*, incluyéndose gastos de todo tipo que sean una carga del consorcio, ya afecte la necesidad a los cónyuges o a otros integrantes de la familia a cargo de la sociedad, ya a los bienes privativos o comunes. Dice Eva María MARTÍNEZ GALLEGÓ [en «Gestión en igualdad dentro del matrimonio», en GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a Ángeles (Coord.), *La mujer ante el ordenamiento jurídico: soluciones a realidades de género*, Atelier, Barcelona, 2009, pág. 143] que la *ratio* del artículo 1386 está en el deber de los cónyuges de atender a las necesidades familiares, por lo que la actuación prevista en aquel implica el cumplimiento de un mandato legal y no solamente el ejercicio de una facultad, presumiéndose la imposibilidad de conseguir con inmediatez el consentimiento del otro cónyuge y el perjuicio que generaría demorar el gasto de aplicarse el régimen de cogestión. Para FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL (en «La administración de la sociedad de gananciales», en *Comunidad de gananciales. Cuestiones...*, *cit.*, pág. 292), el art. 1386 está preordenado a la protección del interés familiar, cuando no cabe esperar a alcanzar un acuerdo con el otro cónyuge o a la concesión de la autorización judicial prevista en los arts. 1376 y 1377.

En última instancia, entendemos que la disposición atiende a soslayar los graves quebrantos, personales o materiales, que podrían afectar a cónyuges e hijos o al patrimonio común o privativo de los partícipes en

Aunque el tenor del artículo se refiere a la realización de gastos y, en principio, por lo tanto, a una disposición de dinero ya ejecutada, como opina la doctrina científica mayoritaria, no se aprecia obstáculo para ampliar el ámbito objetivo de la norma e incluir también dentro del mismo aquellas obligaciones de pago de los mencionados gastos contraídas por uno solo de los cónyuges⁶⁶⁶.

En un sentido contrario, consideramos que el precepto no faculta solidariamente a los cónyuges para verificar todo tipo de actos de naturaleza dispositiva sobre bienes gananciales, incluida la enajenación de bienes inmuebles comunes, toda vez que esta inferencia no se deriva en absoluto de la dicción de aquel, alusiva a la realización de gastos. No cabe extender de forma impropia esta expresión a la realización de cualesquiera actos dispositivos preordenados a la obtención de metálico para abonar los *gastos urgentes y necesarios* contemplados en el Código, lo que, además, vulneraría el artículo 1377⁶⁶⁷.

Sin embargo, la admisibilidad de la facultad de disponer de los bienes comunes *ex* artículo 1386, con inclusión, en consecuencia, de los inmuebles, es defendida por algún autor, sin que se conceda relevancia a la dificultad para el acceso al Registro en este último caso, porque la inscripción no es constitutiva de derechos reales, ni exigible

la sociedad legal, de tener que contarse indefectiblemente para disponer válidamente de efectivo del consorcio destinado a sufragar gastos urgentes y necesarios con un consentimiento dual o, en su defecto, con la oportuna autorización judicial, lo que, frecuentemente, frustraría o dificultaría, por la dilación temporal que comporta, la respuesta inmediata que exige la situación que se prevé positivamente.

No faltan, incluso, resoluciones judiciales que, de modo erróneo, entienden aplicable el art. 1386 a gastos generados unilateralmente tras la disolución societaria, es decir, cuando ya no está vigente el consorcio. Cfr., en este sentido, las SSAP de Madrid de 29 de diciembre de 2015 (LA LEY 218941/2015) y de 5 de diciembre de 2005 (LA LEY 253520/2005) y la SAP de Les Illes Balears de 22 de abril de 2015 (LA LEY 48162/2015).

⁶⁶⁶ Así, GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Gestión y responsabilidad...*, *cit.*, pág. 295); DÍEZ-PICAZO (en «Art. 1.386», en *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1774) y RAGEL [en «La sociedad de gananciales (3). La gestión...», *cit.*, pág. 960].

⁶⁶⁷ Defiende una interpretación extensiva del ámbito de la norma Juan José PRETEL SERRANO (en «Art. 1.386», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.* (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, *cit.*, pág. 744), explicando que si la justificación del artículo viene dada por la atención de necesidades urgentes familiares no existe razón para impedir su aplicación a los actos dispositivos, invocando al efecto los arts. 1319, 1384 y 1385. Participa de este criterio DE LOS MOZOS (en «Artículos 1.384 a 1.386», en *Comentarios al Código Civil...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 400), admitiendo la enajenación de bienes gananciales que no se encuentren a nombre o en poder y a disposición del cónyuge que ejecuta la operación para aportar los fondos necesarios.

para la transmisión del dominio, y, por lo tanto, el óbice registral no hace ineficaz la enajenación⁶⁶⁸.

Una vez que hemos expresado que la finalidad del gasto u obligación contraída por el cónyuge *ex* artículo 1386 ha de consistir en subvenir atenciones familiares, urgentes y necesarias, ha de rechazarse la legitimación individual al amparo de esa norma para disponer de dinero ganancial o producir débitos cuando esta actuación tiene como objetivo último la satisfacción de necesidades ajenas a la familia, que podemos definir por exclusión como aquellas que generan un gasto no imputable en último término al pasivo consorcial. Estos desembolsos no tendrían el carácter necesario que se exige, sino que serían gastos contingentes y prescindibles, por los que ha de responder, en definitiva, el haber privativo del cónyuge actuante, sin perjuicio de la eventual responsabilidad directa del caudal común cuando la deuda se asuma tan solo aparentemente para hacer frente a una situación de necesidad familiar urgente⁶⁶⁹.

Justifica ALBALADEJO que la atención de la *necesidad* mencionada en el artículo 1386 haya de ser a cargo del consorcio porque un Derecho que parte de que para disponer de los gananciales para atender necesidades a su cargo es imperativo el consentimiento de los dos cónyuges no puede conceder, excepcionalmente, esa disponibilidad a uno solo para necesidades distantes de las que han de cubrirse con bienes comunes⁶⁷⁰.

4.1.2.7.2. La ganancialidad del débito individualmente contraído

Por imperativo derivado del artículo 1365.1.º, inciso segundo, en relación con el artículo 1386, y con arreglo a lo ya expuesto, los débitos contraídos por un cónyuge para afrontar atenciones familiares que, en apariencia, reúnan la doble condición de ser

⁶⁶⁸ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *La cogestión de los bienes gananciales*, cit., pág. 89. En parecido sentido, DE LOS MOZOS (en «Artículos 1.384 a 1.386», en *Comentarios al Código Civil...*, T. XVIII, Vol. 2.º, cit., pág. 400) y BELLO JANEIRO (en *La defensa frente a tercero...*, cit., pág. 288).

⁶⁶⁹ RAGEL [en «La sociedad de gananciales (3). La gestión...», cit., págs. 958-959] se inclina por extender el ámbito de la norma a las atenciones que constituyan un cargo definitivo de los patrimonios privativos, por cuanto que el art. 1386 no limita objetivamente su alcance a las necesidades que estén a cargo de los bienes comunes, entendiéndolo, además, que la necesidad puede acuciar a personas que no integran el núcleo familiar, habida cuenta que la norma tampoco restringe subjetivamente las personas a las que ha de atenderse. También DE LOS MOZOS (en «Artículos 1.384 a 1.386», en *Comentarios al Código...*, T. XVIII, Vol. 2.º, cit., pág. 400) remarca que el precepto está ideado en interés de cónyuges e hijos comunes y de su patrimonio respectivo o del ganancial. A favor de la tesis restrictiva, y delimitando las necesidades del art. 1386 por referencia al art. 1362 CC, GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 298).

⁶⁷⁰ ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV, cit., pág. 182.

necesarias y urgentes, tendrán naturaleza ganancial y, en consonancia con esta calificación, sujetarán directa e indiferenciadamente *erga omnes* el acervo social y el patrimonio privativo del cónyuge deudor. Igualmente, a efectos de inferir la consorcialidad de la eventual deuda, deben deducirse de forma indiciaria esas notas exigidas legalmente de las circunstancias objetivas concurrentes en cada supuesto singular.

De esta forma, la ganancialidad de la deuda y la vinculación directa de los bienes comunes que le es inherente no se va a subordinar a la concurrencia objetiva de la necesidad y urgencia que dispone el artículo 1386, en tanto en cuanto la legitimación indistinta que se establece para disponer válidamente de dinero ganancial o, en su caso, para contraer débitos, en aras a la protección de los terceros, atiende a un criterio de simple apariencia. El acto dispositivo de numerario o el negocio del que se derive la obligación de pagar por el cónyuge serán inatacables y vinculantes si externamente responden a esa situación de necesidad y urgencia familiar, en el sentido antes expresado, que es la que faculta para comprometer *ad extra* la masa del consorcio. Lo anteriormente expresado no obsta para que, en la relación interna, haya de procederse al oportuno reequilibrio patrimonial si el gasto presuntamente urgente y necesario, sufragado a costa del caudal social, no constituye una carga definitiva de la comunidad de acuerdo con las normas de responsabilidad interna de la sociedad legal⁶⁷¹, contándose, en cualquier caso, de darse los supuestos normativos, con la posible aplicabilidad de los artículos 1390 y 1393.2.º del Código civil⁶⁷².

Por otra parte, de forma minoritaria, se sostiene por algunos autores la extensión de la responsabilidad externa por los débitos contraídos por un cónyuge en el marco del

⁶⁷¹ BELLO JANEIRO (en *La defensa frente a tercero...*, cit., pág. 290) propugna que si el gasto, aún urgente, no ha tenido como finalidad la satisfacción de las necesidades de la familia en su más amplio sentido el acto será eficaz frente a terceros de buena fe y dará lugar a la afección con los bienes comunes *ex art.* 1365.1.º, si bien generará un derecho de reembolso a favor de la sociedad legal contra el cónyuge disponente *ex arts.* 1390, 1391 y 1397.2.º.

⁶⁷² LACRUZ, *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, cit., pág. 465, mantiene una tesis contraria a la virtualidad de la apariencia para la afección del patrimonio ganancial en el supuesto del art. 1386, juzgando que el acreedor no puede confiar en que el acto en cuestión parezca urgente, sino que para comprometer a la sociedad de gananciales ha de serlo realmente y de conformidad con una apreciación objetiva. Apoya esta inferencia PRETEL SERRANO (en «Art. 1.386», en *Comentario del Código Civil*, T. II, cit., pág. 746), alegando que no existe una presunción de validez de la actuación individual, habiendo de justificarse que concurren las circunstancias especiales, tanto por el cónyuge que proclama su validez, como por el tercero. En contra de esta posición, GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 299) y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS [en *Sistema...*, Vol. IV (T. 1), cit., pág. 188], quienes niegan que el tercero que contrate con el cónyuge o reciba el pago esté obligado para advenir su regularidad a acreditar la necesidad urgente e inaplazable.

artículo 1386 al patrimonio privativo de su consorte, al modo de lo que acontece en el caso de deudas producidas separadamente en el ejercicio de la potestad doméstica *ex* artículo 1319.2, aduciendo, como justificación, que se trata de actos realizados en el ejercicio de una potestad legal vinculada al deber conyugal de ayuda y socorro⁶⁷³.

Una pretendida afección subsidiaria del caudal del consorte del cónyuge que contrae una obligación de pago al amparo del artículo 1386 no puede admitirse porque carece de apoyo legal. Así, al margen de las disquisiciones teóricas sobre la existencia de un deber conyugal subyacente en la actuación contemplada en la norma examinada y de una potestad implícita para vincular los bienes del otro cónyuge, que no resulta de precepto positivo alguno, no se aprecia razón consistente para subvertir el régimen de responsabilidad externa de la sociedad de gananciales y crear un novedoso supuesto de responsabilidad sin deuda, que se añadiría al recogido en el artículo 1319.2. Se responde, en suma, solidaria o indistintamente, como es consustancial a todas las deudas gananciales, con el acervo común y los bienes privativos del cónyuge deudor.

4.1.2.8. Pactos sobre la gestión o disposición de gananciales y vinculación de la sociedad

Como deriva del tenor del artículo 1375, la regla de la cogestión de los bienes gananciales, al margen de hallarse notablemente vaciada de contenido por las excepciones recogidas en los artículos siguientes, no tiene una naturaleza imperativa, sino que rige con carácter supletorio, *en defecto de pacto en capitulaciones*. Subsiguientemente, sin desconocer la dificultad de armonizar los principios de libertad e igualdad en este ámbito y la polémica doctrinal que suscita la cuestión, cuyo análisis exhaustivo es ajeno al objeto de nuestro estudio, no existe, en principio, obstáculo para la admisión de pactos capitulares que establezcan una gestión conjunta o solidaria del patrimonio consorcial o que, en su caso, atribuyan la gestión y disposición de los bienes comunes a uno solo de los cónyuges. Este supuesto está expresamente permitido en el artículo 1365.1.º, inciso segundo, y, lógicamente, desencadenará la responsabilidad del

⁶⁷³ En esta línea, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (en *Derecho de familia, cit.*, págs. 167-168). Comparte la existencia de una responsabilidad subsidiaria de los bienes propios del otro cónyuge en las actuaciones ejecutadas por su consorte *ex art. 1386 CC PRETEL SERRANO* (en «Art. 1.386», en *Comentario del Código Civil, T. II, cit.*, pág. 745).

caudal común por los débitos gananciales contraídos por el cónyuge designado gestor o disponente de forma convencional⁶⁷⁴.

Pero, según se ha avanzado, la doctrina no es unánime en torno a este tema, aduciéndose por algún autor, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1328, la nulidad del pacto que atribuya de manera absoluta, permanente e injustificada la administración de los bienes gananciales a uno de los cónyuges y que excluya siempre al otro⁶⁷⁵.

Esta posición es suscrita por ÁLVAREZ-SALA WALTHER, negando la validez de una estipulación capitular que eximiese del preceptivo consentimiento del cónyuge sin reciprocidad, es decir, exigiéndoselo a un cónyuge cuando actúa y relevando al otro del mismo, en tanto en cuanto tal pacto devendría contrario al principio de la paridad conyugal instaurado en el artículo 1328 *in fine*⁶⁷⁶.

El rechazo del pacto de atribución de facultades de administración o disposición con exclusividad a un cónyuge no impediría que al margen de las capitulaciones un cónyuge otorgue a su consorte plenos poderes para que el apoderado actúe individualmente, mientras que el poderdante requiera siempre el concurso del otro cónyuge, y ello por el carácter revocable del apoderamiento, que, por esto, no limita la

⁶⁷⁴ Destaca Carlos Manuel Díez Soto (en *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2004, pág. 338) que la tensión entre las exigencias provenientes del principio de legalidad y la autonomía negocial de los cónyuges ha sido una constante histórica, resuelta habitualmente a través de la restricción de la segunda en beneficio de aquel, suscitando el libre juego de esa autonomía de la voluntad en el ámbito conyugal recelos vinculados, fundamentalmente, con la protección de los terceros, entendiéndose que el vínculo matrimonial ofrecía un marco idóneo para operar maniobras defraudatorias de difícil fiscalización mediante el recurso a reglas generales. Reseña el citado civilista que en la base de las tradicionales prohibiciones relativas a la mutación del régimen económico matrimonial y a la contratación entre cónyuges se hallaba la posibilidad del empleo de su autonomía privada con la finalidad de eludir normas imperativas o de perjudicar el interés de terceros.

La problemática que se planteaba la doctrina respecto a la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales antes de la modificación de los arts. 1319 y 1320 por la reforma de 1975, como reitera TORRALBA SORIANO (en «Artículo 1.319», en *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1084), se centraba en las incongruencias que se producían cuando en situaciones de crisis matrimonial los cónyuges tenían que continuar rigiéndose por el régimen legal de la sociedad de gananciales, por cuanto que no cabía establecer, mediante el otorgamiento de capitulaciones constante el matrimonio, otro régimen apropiado para esa coyuntura de crisis.

⁶⁷⁵ Díez-Picazo, «Art. 1.375», *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1761. Opina aquel civilista que no existe inconveniente en aceptar administraciones separadas sobre conjuntos de bienes delimitados en el ámbito de la sociedad legal, mas no los pactos que establezcan un sistema que implique un desequilibrio del derecho de cada cónyuge a la igualdad.

⁶⁷⁶ Álvarez-Sala Walther, «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica...», *cit.*, pág. 18.

libertad individual, a diferencia de lo que ocurre con el pacto capitular, irrevocable unilateralmente⁶⁷⁷.

En contra de esa interpretación de la funcionalidad del artículo 1328 del Código civil, QUÍLEZ ESTREMERÁ plantea que la finalidad de ese artículo no es la declaración de nulidad de las estipulaciones capitulares que limiten la igualdad de derechos patrimoniales entre los cónyuges, o no lo es en su totalidad, de forma que no tiene un contenido patrimonial directo, siendo una declaración pragmática que conforma la traducción civil de la modificación constitucional -artículos 14 y 32 de la Constitución Española-⁶⁷⁸.

A favor de la tesis que mantenemos sobre la admisibilidad de los pactos en capitulaciones que estatuyen la gestión de los bienes comunes por uno solo de los cónyuges, se reseña que el artículo 1375 contiene una regla subsidiaria, centrándose el problema en la interpretación del inciso final del artículo 1328, más pensado en términos de posición personal en el conjunto del régimen, concebido como un todo institucional, que de gestión⁶⁷⁹.

Inciendo en que la igualdad de los cónyuges no obsta a que, en el ejercicio de su libertad contractual, aquellos formalicen pactos en capitulaciones que los sitúen en posiciones jurídicas diferentes, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 30 de junio de 2000 manifiesta que existe unanimidad en la doctrina «en la afirmación de que tal norma (art. 1328 CC) viene a significar que la igualdad de los cónyuges en el matrimonio es igualdad ante la ley, lo que quiere decir que ni el marido ni la mujer, por el solo hecho de serlo, se hallen en una situación de preeminencia o de inferioridad, y,

⁶⁷⁷ GIMÉNEZ DUART, «La gestión de la comunidad de gananciales», *cit.*, pág. 572.

⁶⁷⁸ QUÍLEZ ESTREMERÁ, Martín Antonio, «La libertad capitular y los artículos 1.328, 1.320 y otros del Código Civil», *RCDI*, n.º 549, 1982, págs. 364-365. La interpretación de esa declaración del art. 1328, según QUÍLEZ, ha de verificarse en el contexto de la capitulación y, a falta de claridad de la misma, por el régimen adoptado en ella o declarado supletorio en esta a efectos interpretativos o integradores, y, finalmente, recurriendo al régimen de separación de bienes -art. 1435.2.º y 3.º CC-.

⁶⁷⁹ LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 452. Enfatiza este civilista (*ibíd.*, pág. 452) que la facultad de disponer de los bienes gananciales puede conferirse convencionalmente a uno solo de los cónyuges, incluso de forma irrevocable, siempre que no sea depresiva o coactiva para el otro. Esta viabilidad del pacto que otorgue la disposición a uno de los cónyuges es también defendida por ÁVILA ÁLVAREZ (en «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», *cit.*, pág. 1392), para el que la expresión «sin perjuicio» del art. 1375 solo cabe referirla a la norma legal de administración conjunta y deja intacto el pacto capitular si existe. Continúa este autor diciendo que si la voluntad legislativa fuera establecer como Derecho necesario todo el contenido de la sección habría dispuesto la preferencia de la regulación legal y que en lo no regulado rigieran las capitulaciones matrimoniales. Un tercer argumento al que alude ÁVILA es que esa *otra cosa* que pueden pactar los cónyuges *ex art. 1375* es necesariamente la administración no conjunta, o sea, individual o solidaria.

supuesta esta igualdad, la libertad de pacto en capitulaciones, lo mismo que la libertad contractual entre cónyuges, les llevará a establecer unas relaciones jurídicas en las que, como consecuencia de las mismas, su situación jurídica respectiva tendrá que ser tan diferente como en cualquier otra relación contractual ocupa cada una de las partes contratantes, es decir, la misma desigualdad que pueda existir entre arrendador y arrendatario o comprador y vendedor»⁶⁸⁰.

Presupuesta la eficacia de los pactos capitulares que confieran la gestión y disposición de los bienes gananciales a uno de los cónyuges, los cuales no quiebran el principio de igualdad plasmado en el artículo 1328, se señalan como límites de los mismos la nota de imperatividad de la codisposición a título gratuito de bienes comunes (arts. 1378 y 1322), que proscribire atribuir de forma irrevocable el consentimiento a tales efectos; el carácter de Derecho necesario de las normas que regulan la transferencia legal o judicial de la administración (arts. 1387 y 1388); y, por último, los artículos 1384, 1385 y 1386, que protegen la seguridad del tráfico y que no pueden ser alterados capitularmente en perjuicio de terceros⁶⁸¹.

La consecuencia inmediata de la admisibilidad de los pactos en capitulaciones matrimoniales que otorguen la administración y disposición de los bienes gananciales a un solo cónyuge, bien sea de forma solidaria, bien de modo exclusivo, es que el cónyuge gestor o disponente se halla legitimado para comprometer frente a terceros el activo ganancial por los débitos contraídos por el mismo en los actos gestorios o dispositivos que ejecute dentro del ámbito de lo pactado. La virtualidad de tales estipulaciones capitulares en la esfera externa estaría subordinada a su acceso al Registro *ex* artículo 1333 del Código civil, en relación con el artículo 77 de la Ley sobre el Registro Civil de 1957 (art. 60 LRC 2011). En defecto de la pertinente publicidad registral, aquellas no podrán oponerse a terceros de buena fe⁶⁸², rigiéndose, en ese caso,

⁶⁸⁰ SAP de Málaga de 30 de junio de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:APMA:2000:2846). Reiterando que los convenios entre cónyuges en capitulaciones de los que se deriven posiciones jurídicas disímiles son perfectamente admisibles, dada la naturaleza contractual de las capitulaciones, declara la sentencia aludida que «*supuesto distinto es que a través de esos pactos, negociados en plano de igualdad, se atribuyan distintas obligaciones, derechos o bienes a cada uno de los cónyuges, consecuencia admitida en toda relación contractual en virtud del principio «pacta sunt servanda» y de lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil, de plena aplicación al presente caso ante la correlación evidente entre las capitulaciones matrimoniales y los contratos en general».*

⁶⁸¹ PÉREZ SANZ, Antonio, «Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales», *AAMN*, T. 26, 1985, págs. 17-18 de la versión electrónica obrante en vlex.com (VLEX-233212).

⁶⁸² Estos terceros son, para Manuel AMORÓS GUARDIOLA (en «Art. 1.333», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, *cit.*, pág. 1561), las personas distintas de los cónyuges que

el régimen de responsabilidad *ad extra* por los débitos que dimanen de actos de administración o disposición de elementos comunes individualmente efectuados por lo normado positivamente⁶⁸³.

No obstante la publicidad registral de las capitulaciones y de los pactos novatorios del régimen económico matrimonial, el conocimiento efectivo de estos por los terceros que contratan con el cónyuge a quien se le ha conferido en virtud de estipulación capitular, solidaria o exclusivamente, la gestión y disposición de los bienes consorciales, los cuales, practicada la oportuna indicación, les serían oponibles aunque los ignoren, se ha tornado problemático, desde el momento en que en el Registro Civil, en la reiterada indicación, no se refleja el contenido de los pactos capitulares⁶⁸⁴. Los titulares de derechos patrimoniales frente al cónyuge, adverando esta circunstancia mediante un principio de prueba, *ex* artículo 266.8 del Reglamento de la Ley del

contratan o se relacionan con ellos, es decir, terceros frente al acto de constitución o mutación del régimen económico, aun cuando sean partes en los concretos actos de administración o disposición en los que intervienen juntamente con los cónyuges. Reitera el autor mencionado que la indicación registral del régimen económico matrimonial opera como requisito de oponibilidad frente a terceros, si bien no tiene virtualidad constitutiva del acto, de manera que las capitulaciones que adolecen de mención registral resultan inoponibles frente a terceros de buena fe. También mantiene una parecida posición Pedro José FEMENÍA LÓPEZ [en «De las capitulaciones matrimoniales», en *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, cit., pág. 153], destacando que la mención registral de las capitulaciones o de su modificación en el Registro Civil funciona como regla de terceros, con efecto de mera publicidad y no de eficacia, sin el carácter constitutivo que adorna a la escritura determinante de la viabilidad jurídica de las capitulaciones.

⁶⁸³ El art. 60 LRC -Ley 20/2011, de 21 de julio-, modificado por la Disposición Final 4.4 *ex* Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que entrará en vigor en fecha 30 de junio de 2020, dispone, en su apartado primero, que «*junto a la inscripción de matrimonio se inscribirá el régimen económico matrimonial legal o pactado que rija el matrimonio y los pactos, resoluciones judiciales o demás hechos que puedan afectar al mismo*». Por su parte, en el apartado segundo de esa norma, se indica que «*cuando no se presenten escrituras de capitulaciones se inscribirá como régimen económico matrimonial legal el que fuera supletorio de conformidad con la legislación aplicable. Para hacer constar en el Registro Civil expresamente el régimen económico legal aplicable a un matrimonio ya inscrito cuando aquél no constase con anterioridad y no se aporten escrituras de capitulaciones será necesaria la tramitación de un acta de notoriedad. Otorgada ante Notario escritura de capitulaciones matrimoniales, deberá éste remitir en el mismo día copia autorizada electrónica de la escritura pública al Encargado del Registro Civil correspondiente para su constancia en la inscripción de matrimonio. Si el matrimonio no se hubiera celebrado a la fecha de recepción de la escritura de capitulaciones matrimoniales, el Encargado del Registro procederá a su anotación en el registro individual de cada contrayente*».

⁶⁸⁴ En las indicaciones lo que consta, según el art. 266.4 RLRC, es «*la naturaleza del hecho, la denominación, en su caso, del nuevo régimen matrimonial, el documento auténtico o resolución en cuya virtud se extiende el asiento y, en forma destacada, su carácter de indicación*».

Dice GETE-ALONSO Y CALERA (en «Registros y relaciones económicas entre cónyuges y miembros de parejas estables», en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, cit., págs. 803-804) que la nueva Ley del Registro Civil convierte la mención relativa al régimen económico matrimonial en inscripción y le confiere independencia con respecto a la inscripción del matrimonio, si bien ambas se integran en el registro individual de la persona. Constata esa autora que la incorporación de la publicidad del régimen de bienes del matrimonio no aspira a ser testimonial, como en la indicación, regulándose minuciosamente, no obstante lo cual, por lo que atañe a su contenido, sigue sin plasmarse registralmente, aunque no semeja que se excluya.

Registro Civil, deben interesar del Notario autorizante la expedición de copias de las estipulaciones que afecten al régimen económico matrimonial, solicitud esta que, en último término, habría de resolverse de acuerdo con el juicio ponderado del fedatario público⁶⁸⁵.

Estas convenciones capitulares por las que se adjudica a uno de los cónyuges la gestión y disposición del patrimonio ganancial en ningún caso podrán implicar, en el plano externo, una restricción de la responsabilidad patrimonial *erga omnes* consustancial a las deudas gananciales producidas por el mismo al verificar los actos gestorios o de disposición para los que se halla facultado en virtud de esas estipulaciones. Aun cuando con carácter general las normas sobre administración de la sociedad legal tienen carácter dispositivo y rigen en defecto de pacto, una vez convenida la administración exclusiva o solidaria del caudal del consorcio por un cónyuge, la consecuencia ineludible será la aplicación imperativa del régimen de responsabilidad externa de la comunidad y la ganancialidad de los débitos asumidos por aquel, *ex* artículo 1365.1.º, inciso segundo, en relación con el artículo 1375. Esa responsabilidad tan solo puede ser eventualmente ampliada, que no limitada, en su extensión mediante la afección de los bienes propios del consorte del deudor.

4.1.3. Ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio

La sujeción directa del patrimonio común por las deudas contraídas por un cónyuge *en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio* se halla en justa correspondencia con la condición ganancial de los bienes *obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges* *ex* artículo 1347.1.º. Tiene como finalidad última esa vinculación proporcionar mayor fluidez al ejercicio de la actividad profesional de los cónyuges, que constituye, usualmente, la principal vía de ingresos

⁶⁸⁵ Por su parte, el art. 224.1 *ex* RORN establece que «*además de cada uno de los otorgantes, según el artículo 17 de la Ley, tienen derecho a obtener copia, en cualquier tiempo, todas las personas a cuyo favor resulte de la escritura o póliza incorporada al protocolo algún derecho, ya sea directamente, ya adquirido por acto distinto de ella, y quienes acrediten, a juicio del notario, tener interés legítimo en el documento*».

Como recuerda la RDGRN de 30 de noviembre de 1983 (RJ 1983\7036), reproduciendo la doctrina constante del Centro Directivo sobre la expedición de copias de documentos notariales, «*resulta oportuno recordar aquí la atinada observación de la Resolución de 17 de julio de 1963, reiterada por otras muchas posteriores (Cfr. por todas la de 3 de agosto de 1978), según la cual “en definitiva todo problema de expedición de copia implica un ponderado juicio del Notario, en el que se armonice el secreto del protocolo, la posibilidad de razonables perjuicios para los otorgantes de la escritura, y el interés legítimo del peticionario, para resolver si puede expedirse copia total o parcial, testimonio o relación, o si lo que procede es la denegación de la solicitud”*».

familiar, incrementando la solvencia de los mismos mediante el compromiso del acervo ganancial por aquellos débitos frente a terceros, quienes, correlativamente, verán más ampliamente salvaguardados sus respectivos derechos de crédito⁶⁸⁶.

Bajo la regulación sustantiva original, en cuanto a los débitos profesionales ocasionados separadamente por el marido, gestor legal del patrimonio consorcial *ex* artículo 1412 del Código civil, su carácter de carga de la comunidad, singularmente, no aparecía recogido de forma nominal en los apartados segundo a quinto del antiguo artículo 1408⁶⁸⁷, los cuales, de acuerdo con lo postulado por un sector relevante de la doctrina científica, regulaban la responsabilidad definitiva del consorcio. Las referidas deudas generaban, en línea con la ilimitada capacidad para endeudar a la masa común que poseía aquel al amparo del ya comentado apartado primero del precepto señalado, la afección directa del acervo social, siempre que, según se ha razonado, esa actuación unilateral enmarcada en el ejercicio de una profesión u oficio atendiera al interés de la familia, circunstancia que, por lo demás, cabía presumir.

De la confrontación de la disciplina vigente y la derogada en este punto resulta en la actualidad una restricción del alcance de la responsabilidad ganancial, porque en la segunda el marido podía vincular el haber común por la totalidad de los débitos profesionales contraídos por el mismo, incluidos, así, los causados con carácter extraordinario, cuando, ahora, el caudal social solo responderá por aquellas deudas producidas individualmente por los cónyuges que atiendan a la noción de *ejercicio ordinario* expresada en la norma.

Si bien el artículo 1365.2.º *in fine* remite al Código de comercio para la regulación de la responsabilidad por los débitos contraídos autónomamente por el cónyuge comerciante en el ejercicio del comercio, a los que luego aludiremos, lo cierto es que el régimen de responsabilidad por las deudas *ex commercio* no difiere,

⁶⁸⁶ En este sentido, entiende LACRUZ (en *Elementos*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 421) que esta responsabilidad es una contrapartida de la ganancialidad de los ingresos profesionales de cualquier clase y que si no existiera el cónyuge podría ver dificultado su desempeño profesional al restringirse su solvencia frente a sus acreedores. Esta fundamentación de la norma es compartida por DE LOS MOZOS, «Artículo 1.365», *Comentarios al Código Civil...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, págs. 280-281, y RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1068].

⁶⁸⁷ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, Vol. IV (*Derecho de familia. Derecho de sucesiones*), *cit.*, pág. 212, entendían que, si bien el Código no lo contemplaba expresamente, habían de incluirse en el concepto de deudas definitivamente imputables a la sociedad legal las dimanantes del ejercicio de la profesión u oficio que integre el modo normal de vida de la familia y la fuente de los ingresos que hayan de reputarse gananciales, no estando en este supuesto las operaciones ajenas al referido círculo de actividades.

sustancialmente, del resto de supuestos reflejados en el artículo 1365. Ha de considerarse que la operatividad habitual del consentimiento tácito del consorte del cónyuge comerciante -artículos 7 y 8 *ex* Código de comercio-, como veremos, va a determinar en la práctica la consorcialidad de las deudas generadas por este último en el ejercicio de la actividad comercial y no únicamente el nacimiento de un débito privativo ejecutable sobre los bienes propios del deudor y los adquiridos como consecuencia de la actividad mercantil. De forma que no cabe hablar en sentido estricto de la existencia de un tratamiento privilegiado de los acreedores por deudas profesionales respecto de los acreedores por débitos mercantiles.

Esta virtual equiparación del alcance de la responsabilidad externa por deudas profesionales y comerciales que, por la razón expresada, defendemos, y que tiene, por otra parte, su traducción en la órbita interna, en sede de pasivo ganancial definitivo, en el artículo 1362.4.^a, al considerar esta disposición carga de la sociedad legal tanto los gastos dimanantes de la actividad negocial como los provenientes del desempeño profesional de cada cónyuge, es compartida por GIMÉNEZ DUART. Este último niega que en ese punto los acreedores mercantiles sean objeto de un tratamiento desfavorable frente a los civiles, porque el cónyuge del comerciante conoce o debe conocer siempre el ejercicio del comercio por el otro cónyuge y, presupuesto ese conocimiento, no cabe una oposición a la actividad mercantil cómoda o caprichosa, sino que ha de basarse en una situación de deficiencia mental o prodigalidad⁶⁸⁸.

4.1.3.1. Concepto de «ejercicio ordinario»

Para que la deuda contraída sujete externamente los bienes comunes se exige el carácter ordinario del *ejercicio de la profesión, arte u oficio* por parte del cónyuge. Esta imposición obedece a que, de forma general, en el sistema ganancial, para que surja la responsabilidad externa basta la mera adecuación aparente de la actuación conyugal separada a los distintos supuestos previstos legalmente, ajuste que, a efectos de la protección de los terceros, tan solo puede ponderarse atendiendo a criterios o módulos

⁶⁸⁸ GIMÉNEZ DUART, «Cargas y obligaciones del matrimonio», *cit.*, págs. 547-549. Como corolario, concluye este autor que la responsabilidad primaria por el ejercicio del comercio es sustancialmente idéntica a la derivada del ejercicio de cualquier *actividad civil*, igual que acontece con la responsabilidad definitiva, resultando afectados la totalidad de los bienes comunes, salvo en el supuesto de oposición judicial fundada en las causas legalmente previstas. Defienden, igualmente, esa coincidencia sustantiva entre responsabilidad por deudas mercantiles de un cónyuge y la que deriva del ejercicio profesional, dada la amplitud del consentimiento tácito, RUEDA PÉREZ y RUEDA PÉREZ, «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones...», *cit.*, pág. 578.

de normalidad o regularidad. Contrariamente, en el ámbito del cargo ganancial, el artículo 1362.4.^a, inciso segundo, no contiene matización o restricción alguna e integra también en el pasivo definitivo los gastos originados en un hipotético desempeño profesional extraordinario del cónyuge, siempre que, obviamente, el mismo esté orientado al beneficio de la sociedad conyugal⁶⁸⁹.

Con referencia a este aspecto, RAGEL asimila el *ejercicio ordinario* con el *aparente ejercicio ordinario*, es decir, lo que resulta normal y habitual en el sector correspondiente, en el desempeño corriente de una actividad económica⁶⁹⁰.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999 manifiesta que el *ejercicio ordinario* del artículo 1365.2.º «*equivale a lo que es usual, repetido, acostumbrado, habitual, es decir a lo que se presenta como común, corriente y normal*». Examinaba el Tribunal Supremo un asunto en el que se pretendía la condena de la recurrente a abonar a una entidad bancaria un crédito impagado otorgado a una mercantil de la que era socio su marido, afianzado solidariamente por este y otros demandados, sin que la parte actora instara en su demanda la declaración de que la fianza aludida integraba un débito ganancial, lo que operaba como presupuesto para obligar a la esposa, una vez liquidada la comunidad, *ex* artículo 1401. En la resolución se casa la sentencia de segunda instancia por incongruencia por lo que respecta a la condena de la recurrente, en tanto que no procedía pronunciarse sobre la ganancialidad del débito sin petición en tal sentido y condenar a la misma⁶⁹¹.

Proponiendo una exégesis diversa del adjetivo *ordinario*, RAMS descarta que este vocablo comporte que el ejercicio profesional sea objetivamente ajustado a los usos y modos característicos de la profesión, dado que el término correcto en este caso sería *regular*, tratándose, en su opinión, del ejercicio de una profesión libre e independiente por lo que respecta al otro cónyuge, siempre que no altere los usos y circunstancias de la

⁶⁸⁹ En concreto, por lo que respecta al pasivo ganancial definitivo, la SAP de Asturias de 5 de octubre de 2017 (TOL6.418.550) viene a excluir del citado pasivo un débito contraído por un cónyuge porque se produjo en el ejercicio de una actividad extramatrimonial derivada del desempeño de un cargo honorífico y gratuito (presidente de un club deportivo), que no reportaba beneficio alguno a la comunidad ganancial y que era ajena a la profesión de aquel (empleado de banca).

⁶⁹⁰ RAGEL, «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1068. Especifica RAGEL que el débito será ganancial cuando sea necesario a efectos de que el cónyuge obtenga ingresos dimanantes de su actividad profesional, comprendiéndose los actos necesarios para el inicio de la actividad (colegiación obligatoria para el ejercicio profesional o adquisición de útiles e instrumentos para la realización de la actividad) e incluyéndose aquellos actos que periódicamente han de afrontarse para el mantenimiento de aquella (cuotas de colegios profesionales, rentas del local comercial o profesional etc...).

⁶⁹¹ STS de 27 de marzo de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:2151).

economía familiar, ni modifique, salvo que resulte necesario para la salvaguarda de esa independencia profesional, el tratamiento de los bienes adquiridos en régimen ganancial⁶⁹².

Se ha indicado que el *ejercicio ordinario* al que apela la norma legal se concreta, cuantitativamente, en aquello que puede ser asumido por la sociedad sin riesgo para los elementos constitutivos de su patrimonio, específicamente, la vivienda familiar, y, desde una óptica cualitativa, y subsidiaria, existen actos que, en función de cada profesión, arte u oficio no se ajustan a ese concepto de ejercicio ordinario⁶⁹³.

En suma, el ejercicio profesional será *ordinario* cuando obedezca a un desempeño común, regular y habitual, que es la acepción más significativa del término *ordinario*, en el ámbito de la respectiva actividad laboral no estrictamente comercial que desarrolle el cónyuge. Debe estarse en este sentido a las singulares circunstancias sociales y económicas de cada unidad familiar para la concreción puntual de cuándo un determinado débito se ha contraído aparentemente dentro del canon de normalidad o habitualidad que ha de caracterizar el ejercicio profesional para la vinculación directa frente a terceros de la masa consorcial.

4.1.3.2. El carácter consorcial del débito profesional

La delimitación de cuándo el cónyuge ejerce una actividad profesional⁶⁹⁴ o una mercantil tiene incidencia en la calificación del débito unilateralmente generado por aquel y, por añadidura, en la extensión de la responsabilidad de los bienes gananciales *ad extra*. A esta inferencia no obsta la posición que hemos expresado acerca de la usual asimilación de débitos profesionales, que son consorciales por imperativo legal, y mercantiles por lo que respecta a su naturaleza ganancial y a la consecuente afección

⁶⁹² RAMS, *La sociedad de gananciales*, cit., pág. 250.

⁶⁹³ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., págs. 460-461.

En la categoría de *ejercicio ordinario*, entiende Laura GÁZQUEZ SERRANO [en «Sentencia de 25 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7210)», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *CCJC*, Vol. I, *Familia y Sucesiones*, Thomson Reuters-Civitas, 2009, pág. 416], no procede incluir las actividades que se salen de lo común y regular, como el supuesto del administrador que ejecuta actos contrarios a la ley o a los estatutos o que no observe la diligencia debida en el desempeño de su cargo.

⁶⁹⁴ El modo que semeja más objetivo para determinar *prima facie* los distintos conceptos legales que emplea la norma es recurrir a la acepción de los mismos y, de esta forma, según el Diccionario de la RAE, una *profesión* es un *empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución; arte es una manifestación de la actividad humana mediante la cual se interpreta lo real o se plasma lo imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros*, y, por último, un *oficio* es una *ocupación habitual*.

patrimonial del consorcio, resultante de la normal concurrencia en la esfera mercantil del consentimiento tácito de los artículos 7 y 8 del Código de comercio. Sin embargo, esta concomitancia que se invoca entre las dos tipologías de deudas no excluye, lógicamente, la posible inexistencia de consentimiento (más bien, la existencia de oposición) por parte del consorte del cónyuge comerciante al ejercicio del comercio por este. En esta tesitura el débito mercantil será privativo y no vinculará todo el acervo común. De manera que el deslinde entre el ámbito profesional y comercial se torna crucial a efectos de la calificación de la deuda como ganancial o privativa y de la eventual sujeción posterior del activo ganancial frente a terceros⁶⁹⁵.

Como criterios para discernir entre actividad profesional y empresarial, DÍEZ BALLESTEROS expone que, a diferencia de la actividad empresarial, el ejercicio profesional exige una cualificación científico-técnica, que se advera con la titulación académica. En segundo término, en el sector profesional lo decisivo son las aptitudes personales y conocimientos del profesional, mientras que en el campo empresarial el sustrato patrimonial es el más relevante. Finalmente, en la actividad profesional cada acto goza de individualidad propia y se persigue un trato personalizado, en tanto que en

⁶⁹⁵ Se refiere a una deuda profesional común la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 19 de junio de 2006 (Cendoj-ECLI:ES:APTF:2006:1516), en la que se colige, *ex art.* 1365.2.º CC, la cualidad ganancial de la deuda ocasionada por el marido, después de la disolución de la sociedad y antes de la indicación en el Registro Civil de las capitulaciones matrimoniales en las que se pactó el régimen de separación de bienes y se liquidó el consorcio, con una entidad bancaria, con la que había concertado una póliza de préstamo para refinanciar débitos anteriores asumidos por aquel en el ejercicio de su profesión como agente de seguros. En el interesante supuesto recogido en la resolución se desestima la tercera de dominio articulada por la esposa respecto de un inmueble privativo de la misma (adquirido tras la extinción de la sociedad), trabado en el juicio ejecutivo seguido por la deuda antes mencionada, aduciéndose que, como quiera que en el caso no se formalizó debidamente inventario y se omitió la inclusión del débito en cuestión en el pasivo de la sociedad, *ex arts.* 1401 y 1402 CC, el cónyuge no deudor responde *ultra vires*, es decir, con la totalidad de sus bienes propios. La condición de débito profesional consorcial de la deuda con la Seguridad Social contraída por un cónyuge trabajador autónomo durante la vigencia de la comunidad se admite por la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de mayo de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APTF:2016:1485), que califica como privativas las deudas, recargos e intereses producidos tras la extinción de la sociedad.

En el AAP de Pontevedra de 12 de febrero de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:APPO:2009:7A) se rechaza expresamente la cualidad de deuda ganancial profesional del débito contraído por un cónyuge con un Letrado que había intervenido en distintos recursos contencioso-administrativos promovidos por el primero. Alega el auto judicial para negar esa consorcialidad la dificultad de considerar la contratación de los servicios de un Letrado como actividad propia de alguna de las profesiones u oficios conocidos y que, además, ninguno de los recursos interpuestos afectaba a bienes o derechos de la sociedad conyugal, viniendo el cónyuge deudor a ejercitar la acción pública en defensa de la legalidad, pero no en el ejercicio de su actividad profesional.

el ejercicio empresarial tiene lugar un tráfico en masa, que relega la relación personal con el cliente⁶⁹⁶.

Esta suerte de confusión o aproximación entre actividad profesional y mercantil en el ámbito ganancial se constata de forma paradigmática en el supuesto de las oficinas de farmacia, consideradas por la jurisprudencia, para fundamentar su posible ganancialidad frente a la titularidad administrativa que incumbe al profesional, como locales de negocio en los que se desarrolla una actividad mercantil sujeta al Código de comercio no obstante exigirse legalmente el preceptivo título académico profesional para el ejercicio de aquella⁶⁹⁷.

La circunstancia, pues, de que una determinada actividad sea ejercida por un cónyuge que ostente la cualidad de profesional no le otorga sin más naturaleza ganancial a cualesquiera débitos contraídos formalmente por aquel como consecuencia de la misma, como, *a priori*, se deriva de una inteligencia literal del artículo 1365.2.º, inciso primero, sino que habrá de estarse a cada supuesto particular para la determinación de si nos hallamos ante actos civiles o mercantiles. En consonancia con ello, volviendo al ejemplo ilustrativo que comentamos, en el caso de deudas asumidas por el cónyuge titular de un negocio de farmacia casado en régimen de gananciales, que goza, en principio, del estatus de profesional, se entenderá que aquellas dimanar de actos de comercio. En el supuesto de impago del débito la responsabilidad patrimonial se ajustará a lo dispuesto en los artículos 6 a 12 *ex* Código de comercio, lo que nos

⁶⁹⁶ DÍEZ BALLESTEROS, Juan Alberto, «Consideraciones sobre la calificación del ejercicio profesional y de la empresa bajo el régimen de gananciales (Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2000)», *Diario La Ley*, n.º 7, 2001, págs. 7 y 8 de la versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 1346/2002).

⁶⁹⁷ La STS de 26 de febrero de 1979 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1979:4824), en un supuesto en el que, bajo la vigencia de la regulación derogada, en el marco de un procedimiento sobre nulidad de operaciones particionales, se discutía el carácter ganancial de un negocio de farmacia, determina que «*las farmacias son locales de negocio, como así lo tiene declarado la Jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 24 de enero de 1953, 31 de enero de 1962 y 25 de marzo de 1964, al afirmar que en ellas se realiza, con establecimiento abierto, una actividad comercial, consistente en la preparación y venta de productos medicinales con el lógico deseo de obtener una ganancia, así como en adquirir en los centros productores toda clase de específicos y géneros farmacológicos para igualmente conseguir un lucro en la reventa de los mismos, función ésta propia del Código de Comercio en cuanto va incluida en el concepto de actos mercantiles que define el artículo 325 del mismo, sin que la circunstancia de estar limitado el ejercicio de esta actividad negocial a las personas que se hallen en posesión del correspondiente título haga perder el carácter de mercantil a la función que las mismas ejercen*». Esta doctrina es sostenida, asimismo, en resoluciones posteriores, como las SSTS de 27 de marzo de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2000:2428) o de 20 de noviembre de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2000:8428), esta última en relación con un negocio de óptica.

conducirá, de ordinario, según se ha resaltado, y en pura lógica, a una calificación de deuda ganancial.

En el elenco de posibles deudas profesionales de un cónyuge que generan, por su carácter ganancial, al margen de la responsabilidad patrimonial del deudor con sus bienes propios, la sujeción directa del patrimonio común, ocupan un papel protagónico, según una reiterada doctrina judicial, los débitos contraídos individualmente por aquel con la Seguridad Social en el ejercicio de la correspondiente actividad profesional. Se suele aludir, para fundamentar esa afección del consorcio *erga omnes*, no solo al artículo 1365.2.º, sino, de forma impropia, al artículo 1362.4.ª, norma alusiva a la carga de la comunidad por el desempeño profesional y que no tiene virtualidad alguna para propiciar la agresión por terceros del activo social⁶⁹⁸.

4.1.4. Administración ordinaria de los propios bienes

4.1.4.1. Justificación del precepto

La afección directa de los bienes comunes frente a terceros por las deudas asumidas de forma unilateral por un cónyuge en *la administración ordinaria de los propios bienes*, plasmada en el artículo 1365.2.º, inciso segundo, como ya se significó al referirnos a la carga homónima de la sociedad, es una consecuencia lógica del ingreso en el activo ganancial, *ex* artículo 1347.2.º, de los frutos, rentas e intereses que produzcan los bienes privativos de los cónyuges. Este aspecto ha determinado que

⁶⁹⁸ En cuanto a la calificación ganancial de las deudas contraídas con la Seguridad Social por un cónyuge por su actividad profesional como autónomo vigente la sociedad legal, la STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 1 de junio de 2011 (JUR 2011\300255) avala la misma, invocando conjuntamente, de forma errónea, los arts. 1362.4.ª y 1365.2.º CC, aunque rechaza la conformidad a Derecho de la traba del sueldo del cónyuge no deudor tras la disolución de la comunidad para la exacción de aquellas, *ex* art. 1401, porque no se practicó la liquidación social. También la SAP de Castellón de 3 de febrero de 1999 (AC 1999\441), en una tercería de mejor derecho instada por la TGSS, frente a la interpretación del órgano *a quo* de que el débito contraído por un cónyuge constante la sociedad, en su desempeño profesional, en el régimen de autónomos era privativo y que debía aplicarse el art. 1373 CC, expresa que «respondiendo la deuda contraída con la Tesorería al régimen de trabajadores autónomos, partiendo de que no se ha probado que el régimen económico matrimonial (...) fuera otro que el supletorio legal de la sociedad de gananciales, el art. 1362.4º del CC considera de cargo de tal sociedad los gastos que se consignen en el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge, sancionando el art. 1365.2º CC la responsabilidad ganancial directa, lo que justifica la afectación al pago de la deuda contraída por el esposo del salario de su esposa, ganancial por cuanto dispone el art. 1347.1 del repetido CC». Por su parte, la SAP de Castellón de 23 de febrero de 2011 (JUR 2011\192457) reafirma la naturaleza consorcial de la deuda contraída por un cónyuge con la Seguridad Social en el ejercicio de su profesión como trabajador autónomo y no como una persona jurídica diferenciada, coligiendo que tienen carácter privativo las deudas, recargos e intereses devengados tras la disolución de la sociedad de gananciales, y que son también privativos los débitos por recargos anteriores a la reiterada extinción del consorcio.

aquellos débitos, al igual que acontece con los que provienen del ejercicio profesional, se califiquen por la doctrina como *deudas usufructuarias*, toda vez que la sociedad ocupa así una posición de usufructuaria respecto del caudal propio de los partícipes⁶⁹⁹.

En la normativa primitiva del Código civil, la mujer, *ex* artículo 1384.1⁷⁰⁰, podía administrar libremente sus bienes propios o parafernales, teniendo, por tanto, capacidad para contratar y obligarse en virtud de actos de administración sin necesidad de autorización o licencia marital⁷⁰¹. Tal actuación separada, comprensiva, igualmente, de la administración extraordinaria, no vinculaba los bienes gananciales, excluyendo el Código de 1889, en su artículo 1387, del concepto de administración los negocios dispositivos, al proscribir ese precepto que la mujer verificara autónomamente, es decir, sin licencia de su cónyuge, negocios dispositivos sobre los elementos parafernales⁷⁰².

Esta categoría de débito consorcial se corresponde en su literalidad con la carga de la comunidad contemplada en el artículo 1362.3.^a, extremo que no puede llevarnos a inferir que toda deuda de la sociedad legal producida separadamente en un acto de administración ordinaria del haber privativo del cónyuge deudor tenga imperativamente que traducirse en un gasto que se integre en el pasivo ganancial definitivo. La ganancialidad de la deuda, para la protección de los derechos de los terceros, no precisa más que la simple adaptación formal del acto que la origina a la previsión normativa del artículo 1365, de forma que la ponderación de la imputación patrimonial última del

⁶⁹⁹ DE LOS MOZOS (en «Artículo 1.365», en *Comentarios al Código Civil...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 282) dice que estas deudas son calificadas como *usufructuarias*, lo que manifiesta su atribución a la comunidad, dado que esta se beneficia de los rendimientos de los bienes, no obstante lo cual cada cónyuge tiene la disposición de los frutos y productos de sus bienes, en su calidad de administrador de su haber privativo, conforme regula el art. 1381, inciso segundo.

⁷⁰⁰ Declaraba esta disposición que «*la mujer tendrá la administración de los bienes parafernales, a no ser que los hubiera entregado al marido ante un Notario con intención de que los administre*». Conectando este artículo con los arts. 1385 y 1387 originales, se ponía de manifiesto, en opinión de GÓMEZ LAPLAZA (en *De los bienes parafernales*, Publicaciones del Departamento de Derecho Civil, 2.^a Cátedra, Salamanca, 1976, pág. 396), que ese derecho de la mujer casada estaba limitado por la pertenencia del goce de esos bienes a la comunidad conyugal (art. 1385) y por la necesidad de licencia marital o judicial para los actos de enajenación o gravamen respecto de los mismos (art. 1387).

⁷⁰¹ VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, T. IV, *cit.*, pág. 325. En similar sentido, MANRESA, «Art. 1.384», *Comentarios al Código Civil Español*, T. IX, *cit.*, pág. 481.

⁷⁰² Determinaba el art. 1387 originario que «*la mujer no puede, sin licencia de su marido, enajenar, gravar ni hipotecar los bienes parafernales*». Esta norma fue modificada en 1975, en línea con la plena capacidad de obrar de la mujer casada, confirmando capacidad dispositiva a la misma sobre los parafernales. Precisamente, en relación con esta novación legislativa, DELGADO ECHEVERRÍA (en «Artículo 1.387», en *Comentarios a las reformas del Código Civil...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1132) expresaba que no bastaba con proclamar la plena capacidad de la mujer y la libre disposición de sus bienes, sino que sería preciso que los terceros que contratan con aquella sobre bienes que presenta como propios tengan segura su adquisición y nada que temer del administrador del consorcio.

desembolso materializado a la comunidad ha de hacerse en el ámbito intraconyugal y valorando, como módulo ineludible, el interés de la familia.

Hecha la matización precedente, sin obviar la objetiva diferenciación conceptual entre deuda y carga ganancial, eje capital sobre el que se articula la estructuración del pasivo de la comunidad tras la reforma de 1981, en este supuesto se evidencia con una cierta flagrancia que la voluntad legislativa no fue diseñar dos ámbitos de responsabilidad de la sociedad de gananciales desconectados, sino más bien concomitantes y usualmente yuxtapuestos. En este sentido, la existencia de una exclusiva responsabilidad provisional y directa del caudal común en el acto de administración que ahora se estudia devendrá poco menos que anómala y residual⁷⁰³.

4.1.4.2. La administración ordinaria como presupuesto de afección ganancial

Del tenor legal resulta, de inicio, la exclusión del carácter ganancial de aquellas deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges en actos de administración extraordinaria de su patrimonio privativo. Sin embargo, la delimitación del ámbito ordinario de la administración, al que hemos aludido previamente en este trabajo, plantea no pocos interrogantes. En última instancia, su concreción no podrá establecerse con criterios apriorísticos inmutables, sino que, atendida la relatividad del término *ordinaria*, cuyo alcance estará marcado, esencialmente, por la naturaleza del acto analizado, más también, cuantitativamente, por las particulares circunstancias económicas familiares, requerirá el examen pormenorizado y puntual de cada supuesto singular⁷⁰⁴.

⁷⁰³ En cuanto a la relativización de la disyunción entre responsabilidad externa e interna ganancial, cfr. FABAR CARNERO, Alberto, «Aproximación al régimen de responsabilidad externa en la sociedad de gananciales», *RDUNED*, n.º 19, 2016, págs. 663-670.

⁷⁰⁴ BUSTOS MORENO (en *Las deudas gananciales y sus reintegros*, cit., págs. 261-262), tras aseverar que la distinción entre administración ordinaria y extraordinaria carece de precedentes en el Derecho español, recogiendo en el CC por la influencia de la regulación de las competencias conyugales en la administración de la *comunione legale* del art. 180.2 del *Codice civile*, entiende englobados en la administración ordinaria, siguiendo a la doctrina italiana, los actos conservativos del patrimonio común o la asunción de obligaciones por un cónyuge en interés de la familia, excluyendo los actos de disposición. Poniendo el énfasis en el aspecto económico, Manuel GITRAMA GONZÁLEZ [en «El acto de administración en el Derecho civil», *AAMN*, T. 19, 1976, págs. 4 y 5 de la versión digital obrante en vlex.com (VLEX-236110)] afirma que, cuando se discierne entre actos de administración simple u ordinaria, actos de administración extraordinaria, actos de gestión y de disposición, más que conceptos jurídicos, se están manejando en el fondo nociones económicas. Entiende GITRAMA que es el valor económico y la capacidad productiva de los bienes lo que conforma la base de la actividad de administración de aquellos, mutando esta noción económica en jurídica al ser regulada por el Derecho,

Esta dificultad para identificar los actos de administración extraordinaria se explicita por BENAVENTE MOREDA, que, después de destacar que resulta sencillo incluir los actos conservativos dentro de los de administración, opina que aquellos se configuran como actos que en la práctica se valoran en función de su trascendencia sobre el patrimonio, hallándose en el límite entre los actos de administración y disposición. Incide esta autora en que debe determinarse judicialmente en la mayoría de los casos cuándo el acto en cuestión se enmarca en la categoría de los actos extraordinarios⁷⁰⁵.

Tratando de delimitar el contorno de la administración ordinaria, y utilizando, en nuestra opinión, parámetros aplicables en las esferas externa e interna dada la homogeneidad normativa, explica LACRUZ que constituye una deuda personal del cónyuge aquella causada por la transformación y mutación de la naturaleza de sus bienes propios, siendo consorciales los gastos atinentes a la tenencia, disfrute y fructificación de ellos coherentes con la naturaleza y función de los mismos. Por lo que hace referencia a las mejoras, reputa como ordinarios los gastos orientados al incremento de los rendimientos, aun cuando generen un aumento del valor del bien, y como extraordinarios, y de cargo del haber propio del cónyuge titular, aquellos que atienden a mantener o incrementar el valor intrínseco del bien⁷⁰⁶.

Como actos de administración ordinaria se señalan, entre otros, la recolección de frutos civiles y naturales, venta de cosechas, contratos de seguro de los bienes, ejercicio

máxime al configurarse como medida del poder de una persona respecto de un bien, unos bienes o un patrimonio.

⁷⁰⁵ BENAVENTE MOREDA, *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, cit., pág. 257.

Glosando los antiguos arts. 1384 y 1387 CC, relativos a la administración de la mujer en cuanto a los bienes parafernales, y aplicando criterios plenamente trasladables a otros supuestos, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ [en «La separación de hecho y la sociedad de gananciales (Continuación y conclusión)», cit., pág. 269, nota 173 bis] proponía sustituir las expresiones *administración ordinaria* y *administración extraordinaria* por las de administración conservativa y administración plena, comprendiendo la primera, que es estática, la facultad de percibir frutos o rendimientos, abonar gastos de entretenimiento y, en general, los actos de conservación de los bienes administrados, en tanto que la segunda, dinámica, atiende, además, a la ejecución de actos que persiguen que los bienes produzcan su rendimiento normal conforme a su destino. Al margen de estos actos, se ubican los de riguroso dominio, que comprometen la existencia, individualidad o valor de un elemento patrimonial estable, ya constituyan actos jurídicos en sentido estricto o bien disposiciones de hecho.

⁷⁰⁶ LACRUZ, *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, cit., pág. 421.

de acciones posesorias, actos de mantenimiento o conservación o la adquisición de productos perecederos⁷⁰⁷.

A pesar de que el tenor legal restringe expresamente la sujeción de la masa común en la órbita externa a las deudas que provengan de actos separados de administración ordinaria del patrimonio propio de cada cónyuge, no faltan autores que proponen también la inclusión en la previsión positiva de los débitos derivados de una administración conyugal extraordinaria que redunde en beneficio de la comunidad, y mientras ello sea así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 502 del Código civil⁷⁰⁸ para el usufructo⁷⁰⁹.

Este planteamiento es discutido por MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, razonando que el criterio del usufructo tiene un carácter meramente analógico y que la determinación de la naturaleza ganancial de una deuda responde a criterios estrictamente objetivos⁷¹⁰.

Juzgamos que la ampliación de la responsabilidad directa de la masa ganancial a actos de administración extraordinaria no es correcta, considerando, por una parte, los términos taxativos de la declaración legal, de orden imperativo, y, por otra, la imposibilidad de subordinar, aduciendo una suerte de analogía con lo contemplado para el usufructo, esa afección a la existencia de un beneficio conyugal efectivo, parámetro que deviene intrascendente para los terceros cuando hablamos de la responsabilidad *ad extra* del consorcio. Para aquellos es indiferente la orientación y, más aún, el resultado de la actuación conyugal autónoma, aspectos que solo tendrán operatividad en la relación interna, bastándoles, de este modo, únicamente, a los mismos, a efectos de una posible agresión del acervo común, que el acto generador de la deuda pueda residenciarse aparentemente en el marco del artículo 1365.2.º, inciso segundo⁷¹¹.

⁷⁰⁷ RAGEL, «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1069.

⁷⁰⁸ Declara este artículo, en su párrafo primero, que «*si el propietario hiciera las reparaciones extraordinarias, tendrá derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo*».

⁷⁰⁹ DE LOS MOZOS, «Artículo 1.365», *Comentarios al Código Civil...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 282.

⁷¹⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*, *cit.*, pág. 41.

⁷¹¹ Refiriéndose al pasivo ganancial interno, BUSTOS MORENO (en *Las deudas gananciales...*, *cit.*, pág. 264) dice que aquel no se rige por reglas tan rígidas que impidan que la masa común soporte gastos cuando los mismos hayan provocado un beneficio económico para la comunidad, aun cuando sean objetivamente propios de la administración extraordinaria, decisión esta que, en última instancia, habrá de adoptarse judicialmente.

En la normativa derogada, aun cuando las deudas contraídas por el marido en actos de administración extraordinaria de sus bienes propios pudieran sujetar externamente, *prima facie*, el activo ganancial, atendida la amplitud de la presunción de ganancialidad pasiva de todos los débitos asumidos por aquel, esos gastos no conformaban una carga (usufructuaria) de la comunidad, como se deduce de la dicción del antiguo artículo 1408.3.º, inciso segundo, del Código civil. Este artículo establecía expresamente que «*las reparaciones mayores* (hechas durante el matrimonio en los bienes peculiares del marido o de la mujer) *no serán de cargo de la sociedad*».

Del concepto de administración ordinaria del precepto han de excluirse los actos dispositivos ejecutados por cualquiera de los cónyuges⁷¹², incluso los de escasa repercusión patrimonial, los cuales, por consiguiente, no vincularán *erga omnes* la masa común por las hipotéticas deudas originadas por los mismos, ni, por lo demás, podrán desembocar en un gasto que incumba internamente a la sociedad *ex* artículo 1362.3.ª. Esta conclusión se deduce del hecho de que administración y disposición son nociones jurídicas distintas sustantivamente y no por un criterio economicista, y que se disciernen reiteradamente en la regulación ganancial (arts. 1375, 1384, 1387, 1389 y 1390)⁷¹³.

⁷¹² La diferenciación entre actos de administración y de disposición se plasma con nitidez en la conocida STS de 17 de octubre de 1978 (RJ 1978\4057), que declara haber lugar a un recurso de revisión articulado en un supuesto en el que se ejercitaba una acción resolutoria de un contrato de arrendamiento de finca rústica, estimando la demanda porque el arrendador, copropietario junto con sus hijos menores del inmueble, concertó el contrato sin obtener la autorización judicial que era preceptiva atendiendo a la duración pactada (que excedía del término que restaba para que aquellos alcanzaran la mayoría de edad). Afirma la resolución del TS que «*la distinción entre actos de disposición -los que tienden a enajenar la cosa o a constituir sobre ella derechos reales o gravámenes-, y actos de administración -los que tienden a la conservación, goce y uso de la cosa-, que dogmáticamente aparece tan diáfana, sin embargo, en la realidad práctica, ya no lo es tanto, hasta el extremo de que un gran sector doctrinal admite un tercer término en esa clasificación: la de los llamados actos de administración extraordinaria o excepcional, que son aquellos que, por la trascendencia o importancia que despliegan sobre la cosa, impiden o dificultan su realización, y exigen, tanto, para ser llevados a cabo válidamente, no sólo la capacidad y demás requisitos suficientes para los de administración simple u ordinaria, sino los que se exigen para los actos de disposición*».

⁷¹³ Refiriéndose a una materia distinta y preconizando una exégesis extensiva de la noción de administración, Alfonso VENTOSO ESCRIBANO (en *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Ed. Colex, Madrid, 1989, pág. 156) reputa erróneo restringir la función del administrador a la realización de actos de administración, bastando con pensar, en este sentido, en los administradores de una sociedad anónima.

La contraposición radical entre actos de administración y dispositivos se considera insostenible por AGUILERA DE LA CIERVA (en «La venta de frutos como acto dispositivo», *ADC*, T. XXVIII-I, 1975, págs. 19-20), que cita como ejemplo de la quiebra de esa contraposición el de la venta de frutos, acto de disposición que puede ejecutar normalmente cualquier administrador. Opina AGUILERA que una noción unitaria de actos de administración no se halla en la realidad jurídica, puesto que esa tipología de actos aparece deformada por la posición del sujeto y las reglas de la institución, teniendo el administrador facultades diversas para ejecutar actos de administración, disposición y conservación, no estando, así, aquel excluido de modo categórico de realizar actos de disposición.

Intentando perfilar la categoría de los actos dispositivos, decía FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ARÉVALO que disponer, cuando expresa el efecto de determinados actos, equivale, en el lenguaje corriente, a enajenar, contraponiéndose por la doctrina los actos de enajenación y disposición a los actos de administración, los cuales son conservativos de un patrimonio y tienden a conservar derechos, obteniendo el disfrute del que son susceptibles los bienes. La disposición, para ese autor, presupone el disfrute, en el sentido de que actos dispositivos y de enajenación se proyectan sobre masas de disfrute, sin que quepa referirse a disposición sino cuando el titular del derecho haya procurado que con el acto del mismo salga del patrimonio una posibilidad fructífera de aquel⁷¹⁴.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1996, invocada previamente, que corrobora la naturaleza dispositiva de un contrato de arrendamiento con opción de compra de un negocio ganancial de panadería, concertado por un término de 25 años, y avala la nulidad de aquel por la ausencia del preciso consentimiento de ambos cónyuges *ex* artículos 1377 y 1322, se viene a equiparar en la práctica actos dispositivos y actos de administración extraordinaria utilizando parámetros económicos. Se incide en la sentencia en que *«tanto el art. 1377 cuando se refiere a actos de disposición a título oneroso, como el 1384 en su alusión a actos de administración, contemplan conceptos económicos, más que aspectos de pura técnica jurídica, por lo que han de considerarse actos de disposición sobre bienes gananciales los que afectan gravemente, con carácter duradero o extraordinario, al aprovechamiento de los mismos»*⁷¹⁵.

Sentada esta imposibilidad de que por imperativo legal los actos de disposición de bienes privativos, que, frecuentemente, darán lugar a una contraprestación que ingresará en el caudal propio del cónyuge disponente, produzcan débitos consorciales, sí es factible, por el contrario, de acuerdo con lo normado en los artículos 1365.1.º, inciso segundo, y 1381 *in fine*, que los actos dispositivos de cualquiera de los cónyuges sobre los frutos y productos de sus bienes, que tienen condición ganancial *ex* artículo 1347.2.º, generen deudas gananciales.

⁷¹⁴ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ARÉVALO, Francisco, «La facultad de disposición», *ADC*, T. III-IV, 1950, págs. 1027-1029.

⁷¹⁵ STS de 7 de marzo de 1996 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1996:1440). Esta doctrina es reiterada en la STS de 14 de noviembre de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2000:8276).

Descartada la ganancialidad de los débitos contraídos por un cónyuge en virtud de actos dispositivos de bienes propios, como se ha visto con anterioridad, nada se opone a que, mediante pacto en capitulaciones, ambos cónyuges puedan estipular una ampliación de la responsabilidad patrimonial en ese supuesto, vinculando la masa consorcial frente a terceros por las mencionadas deudas.

4.1.5. Deudas contraídas por el cónyuge comerciante en el ejercicio del comercio

4.1.5.1. Introducción

Los artículos 6⁷¹⁶ y siguientes del Código de comercio⁷¹⁷, cuya vigencia actual no es discutible, dado que no han sido derogados formalmente⁷¹⁸, alteran el régimen ordinario de codisposición y responsabilidad ganancial concretado en la regulación de

⁷¹⁶ Este precepto establece que «en caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges».

⁷¹⁷ Estos artículos fueron introducidos por la Ley de 2 de mayo de 1975, en consonancia con el reconocimiento de la capacidad de obrar de la mujer casada en el ámbito del Derecho privado, resaltándose en la Exposición de Motivos de la norma el carácter supletorio de los aludidos preceptos -art. 12 CCo-. Se razona sobre este particular que «en la nueva ordenación relativa al ejercicio del comercio por la mujer casada -o, dicho en términos recíprocos, por cualquiera de los cónyuges- ha de reputarse como norma básica la del artículo doce, según el cual todo lo dispuesto en los artículos que le preceden se estima sin perjuicio de lo pactado en capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil. El pacto es el modo más directo de organizar los propios intereses y la inscripción en el Registro Mercantil, la única forma segura de una publicidad general. No obstante, al llevarse a cabo la reforma ha resultado indispensable contemplar también la hipótesis de que por falta de previsión o de acuerdo no se llegue a una solución convencional hecha pública por el Registro, y como régimen legal supletorio se ha establecido el que reflejan los artículos cuarto al once, guiados todos del propósito de facilitar el ejercicio del comercio por cualquiera de los cónyuges, eliminando también aquí el rigor de la vieja regla de la autoridad marital».

La modificación de la normativa mercantil por la Ley 14/1975 era minimizada en su impacto por Enrique FOSAR BENLLOCH (en «Apéndice al estudio “La capacidad jurídica de la mujer casada”», *RCDI*, n.º 511, 1975, pág. 1397), que calificaba la misma como *victoria sin alas*, dado que la actividad comercial constituía una pequeña fracción de las actividades que podía desarrollar la mujer casada en la economía de servicios española de 1975, exponiendo que la precisa reforma de los regímenes matrimoniales de bienes era una consecuencia del privilegio de la mujer comerciante frente a la profesional u obrera para conformar un patrimonio en el que actuar con libertad.

En cuanto a la regulación original del CCo del ejercicio del comercio por la mujer casada, sostenía José María PUIG SALELLAS [en «La autonomía patrimonial de la mujer casada en Derecho español», *AAMN*, T. 19, 1976, pág. 15 de la versión electrónica obrante en vlex.com (VLEX-236114)] que la sistemática de la disciplina mercantil había de entenderse partiendo de la consideración de que el CCo fue promulgado en un ámbito en que, en el Derecho común, el régimen ganancial no era supletorio, sino obligatorio.

⁷¹⁸ La SAP de Valencia de 3 de abril de 2003 (TOL278.241) se hace eco de las dudas sobre la vigencia de los arts. 6 y ss. CCo tras la reforma de 1981 (art. 1365) y la posible aplicación del principio de que la ley posterior deroga la anterior, si bien aduce esa normativa mercantil para concluir la ganancialidad de la deuda asumida por el marido (administrador de una sociedad) en su gestión comercial, no obstante no concurrir un consentimiento expreso de la esposa.

1981. Faculta, por una parte, aquel artículo al cónyuge comerciante para *enajenar e hipotecar* los bienes comunes adquiridos con las *resultas* del ejercicio del comercio, lo que, en línea con otros preceptos, excepciona *de facto* la exigencia de consentimiento conjunto para verificar actos dispositivos a título oneroso sobre elementos gananciales del artículo 1377 del Código civil, y discierne, por otra, esa norma (junto con el artículo 9) hasta cuatro categorías de bienes. La ganancialidad del débito comercial individualmente asumido por el cónyuge que ejerce el comercio al desarrollar su actividad mercantil y la posible afectación del caudal social total frente a terceros estará condicionada, en último término, por la concurrencia o ausencia del consentimiento de su consorte con tal objeto.

Respecto de la pretendida derogación de los artículos 6 a 12 del Código de comercio, opone MATEO SANZ, entre otras razones, que el artículo 1365, en su párrafo segundo, en la redacción dada por la Ley 11/1981, realiza una remisión a los citados preceptos, cuando nada impedía que en las distintas reformas legales se hubiera promovido la modificación o derogación del contenido de aquellos. Por otra parte, un argumento a favor de la vigencia de esas normas especiales es el tenor del artículo 77.2 *ex* Ley Concursal⁷¹⁹, tras el cambio de sentido de su versión inicial (en la que se incluía en la masa el derecho correspondiente al cónyuge concursado sobre el acervo común, constituyendo la disolución de la comunidad un efecto de la declaración de concurso y no existiendo, por consiguiente, bienes comunes que hayan de responder en este) en la tramitación parlamentaria, que comprende dentro de la masa *los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado*. De aquí se deriva que la disolución del consorcio tiene que ser peticionada por el consorte del concursado, siendo que esa afección de los bienes consorciales es la determinada en los artículos 1365 *ex* Código civil y 6 a 12 *ex* Código de comercio⁷²⁰.

Tras la modificación del Código de comercio de 1975 y hasta la entrada en vigor de la reforma introducida por la Ley 11/1981, la legitimación conferida al cónyuge

⁷¹⁹ Dispone este precepto que «*si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso*».

⁷²⁰ MATEO SANZ, «Disposición Derogatoria Única.4», en SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ (Dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, T. IV, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 3623-3626.

comerciante -y, particularmente, por tanto, a la mujer comerciante- para disponer unilateralmente de los bienes gananciales adquiridos con las resultas del ejercicio del comercio contrastaba con la administración legal del consorcio por parte del marido, *ex* artículo 1412. Este, en principio, no veía mermada su facultad de enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes comunes, con la limitación contemplada en el artículo 1413.1, de tal modo que, no obstante la regulación especial, aquel podía disponer también, sin el concurso de su esposa, de los bienes obtenidos como consecuencia del desarrollo de la actividad mercantil por parte de su consorte comerciante.

La capacidad dispositiva que se atribuye al cónyuge comerciante sobre determinados bienes gananciales en el artículo 6 del Código de comercio se pone en cuestión por VICENT CHULIÁ señalando que la reseñada norma especial ha sido derogada implícitamente por el artículo 1375, norma que establece la regla general de la cogestión y codisposición en la sociedad legal. Aduce, sustancialmente, el mencionado mercantilista en apoyo de esta tesis que el artículo 1365 tan solo mantiene el régimen especial de afección, que la disciplina ganancial de 1981 protege más a la familia, valor preeminente sobre la libertad de empresa y el crédito de los acreedores, que el supuesto del artículo 6 no se incorporó a las excepciones del Código civil al principio de disposición conjunta y, asimismo, que la atribución del poder de disposición al cónyuge comerciante, en la legislación actual, de acuerdo con la Constitución Española, carece de sentido⁷²¹.

Esta presunta derogación del artículo 6 por lo que atañe al régimen de disposición que se contempla en el precepto es contestada alegando que las materias especiales se rigen por la legislación especial y solo supletoriamente por el Código civil (artículos 4.3 y 1976 *ex* Código civil y 2 *ex* Código de comercio) y que la referencia del artículo 1365 *in fine* al Código de comercio era innecesaria⁷²².

⁷²¹ VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción al Derecho Mercantil*, 18.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 116-117.

⁷²² PÉREZ-JOFRE ESTEBAN, José Manuel, «El cónyuge comerciante con oposición de su consorte y la sociedad de gananciales», *AAMN*, T. XXVIII, 1988, págs. 4 y 5 de la versión electrónica obrante en vlex.com (VLEX-247324). Añade este autor que en el Proyecto de Ley de reforma del Código civil (que desembocó en la Ley 11/1981) y en su Exposición de Motivos se constata que esa ley no pretende la modificación del Código de comercio, sino completar el camino iniciado por la Ley de 2 de mayo de 1975. Como argumento final, apunta PÉREZ-JOFRE que, si admitiéramos que la administración y disposición han de ser conjuntas, con independencia del entorpecimiento total del tráfico mercantil, la responsabilidad derivada se proyectaría sobre el haber ganancial íntegro *ex art.* 1367, conculcándose la regla de responsabilidad comercial que el art. 1365 *in fine* ordena mantener.

Como se ha adelantado, la regulación especial del Código de comercio, que reúne la doble nota de ser, por un lado, restrictiva, aunque más bien solo en el plano teórico, frente a la normativa civil en materia de responsabilidad del consorcio por los débitos mercantiles contraídos por el cónyuge comerciante y, por otro, expansiva de las facultades de disposición que corresponden unilateralmente a aquel, tiene plena aplicabilidad. No es, en absoluto, inconciliable con la disciplina de la comunidad perfeñada por la Ley 11/1981, sino que, en todo caso, complementa a la misma en la sede que le es propia a la materia regulada. Igualmente, no resulta discutible que la remisión del artículo 1365 *in fine* al Código de comercio avala indefectiblemente la subsistencia del particular régimen de afección que caracteriza a las deudas comerciales generadas por el partícipe que ejerce el comercio, que únicamente serán gananciales si concurre el consentimiento expreso o presunto del otro cónyuge para la vinculación del acervo social, circunstancia esta última habitual y ordinaria. De esta manera, no parece adecuado defender la vigencia fragmentaria de las normas mercantiles por lo que hace referencia al aspecto de la responsabilidad y sostener simultáneamente su derogación o inaplicabilidad en cuanto a la legitimación para disponer que se le atribuye a la persona casada que ejerce el comercio, apelando a su supuesta incompatibilidad con la regla general de la disposición conjunta del artículo 1375. Hay que insistir en que este principio no tiene naturaleza imperativa y, por lo demás, está excepcionado en distintos supuestos (fundamentalmente, artículos 1378, 1381, 1382, 1384, 1385 y 1386)⁷²³.

4.1.5.2. Las facultades dispositivas del cónyuge comerciante

Reseñaba OLIVENCIA, tras la aprobación de la reforma del Código de comercio, respecto de las facultades dispositivas del artículo 6 de ese texto legal, que la ley, que impone el consentimiento de ambos cónyuges para que los demás bienes comunes queden obligados, no lo exigía para que fueran enajenados e hipotecados por

Interpreta LASARTE ÁLVAREZ (en *Principios...*, VI, *cit.*, pág. 237) que la remisión del art. 1365 CC al CCo evidencia que la Ley 11/1981 hace suya y ratifica la reforma de los arts. 4, 6 a 12 y 21 CCo por la Ley 14/1975.

⁷²³ El carácter no absoluto de la regla de la cogestión en el dinámica de la sociedad de gananciales y la necesidad de conferir puntualmente legitimación indistinta a los cónyuges en el ámbito negocial para administrar, disponer y vincular los bienes comunes se justifica en la Exposición de Motivos del Proyecto de ley de 14 de septiembre de 1979 en atención a que «*la reforma, al atribuir la gestión a ambos cónyuges, sin distinción ni ventaja para ninguno, ha tenido muy en cuenta la necesidad de agilizar los negocios y operaciones de cada uno de ellos; de impedir el bloqueo de los del uno por el otro, y de salvaguardar el interés y las legítimas expectativas de los terceros que contratan exclusivamente con el marido o la mujer, mediante la previsión de una serie de supuestos en los cuales la legitimación para administrar, disponer y obligarse puede ser indistinta o individual*» (cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 71-I, de 14 de septiembre de 1979, pág. 315).

aquel que conforme al Código civil está habilitado para hacerlo. El sistema del Código de comercio es extensivo respecto de lo regulado en el Código civil, de modo que el cónyuge comerciante podrá disponer en todo caso de los bienes adquiridos con las resultas del tráfico mercantil⁷²⁴.

Sobre el alcance de esas potestades dispositivas, DE LA CÁMARA diferencia entre la enajenación de inmuebles adquiridos con gananciales provenientes de los beneficios de la explotación del negocio, que requerirá la concurrencia de los requisitos del artículo 1377 del Código civil, y la venta de *inmuebles-mercaderías*, que son aquellos cuya enajenación integra el giro o tráfico empresarial, que ha de reputarse inserta en el ámbito del artículo 6 del Código de comercio⁷²⁵.

En una línea más restrictiva, GIMÉNEZ DUART defiende que la libre disponibilidad del artículo 6 del Código de comercio se constriñe a lo que es propio del Derecho mercantil, es decir, los bienes muebles o, más específicamente, las *mercaderías*, constituidas por bienes que se integran en el círculo de actividades características del empresario, en tanto que la disposición de cualquier otra tipología de bienes conforma un acto *civil puro*, no sujeto a la legislación mercantil, por lo que el artículo 6 ha de referirse únicamente a la disposición de mercaderías o productos de la empresa⁷²⁶.

⁷²⁴ OLIVENCIA RUIZ, Manuel, «Significado de la reforma del Código de Comercio», *Curso de conferencias sobre la reforma de los Códigos Civil y de Comercio por Ley 14/1975 de 2 de mayo-(Año 1977)*, cit., pág. 168.

⁷²⁵ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales», en *Academia Sevillana del Notariado. Homenaje a Francisco Manrique Romero*, cit., págs. 298-299.

El poder de disposición conferido al empresario casado sobre los bienes utilizados para el ejercicio del comercio, según Rafael GARCÍA VILLAVARDE (en «El ejercicio del comercio por persona casada», en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 165-166, julio-diciembre 1982, pág. 521), se le otorga en cuanto lo emplee en la esfera del giro o tráfico de la empresa, no concurriendo óbice para que aquel disponga en ese ámbito de bienes inmuebles o establecimientos secundarios (y dependiendo la disposición sobre la empresa misma de su condición ganancial o privativa), si bien el problema reside en la indeterminación de ese giro o tráfico empresarial.

⁷²⁶ GIMÉNEZ DUART, «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *RCDI*, n.º 548, 1982, pág. 133. El comerciante, indica GIMÉNEZ DUART (*ibíd.*, págs. 133-134), está habilitado, además, para disponer del metálico producto de su actividad mercantil, tanto por ser ganancial que procede directamente del comercio, como *ex art. 1384 CC*, y el cual podrá reinvertirse en la empresa, continuando bajo su gestión, o destinarse a la adquisición de cosas civiles, en cuyo supuesto no se aplicará el estatuto mercantil, suponiendo, en suma, el art. 6 CCo una ampliación del art. 1381 CC, que concede trascendencia a la titularidad formal de la empresa, patrimonio común, en orden a la disposición del metálico o mercaderías, pero no de los subrogados no mercantiles, que, contrariamente, sí estarán afectos a las resultas del comercio, al igual que lo que ocurriría de aplicar normas civiles puras.

La posibilidad de disposición por parte del comerciante de los bienes propios del giro o tráfico de la empresa, muebles o inmuebles, es compartida por SANCINIENA ASURMENDI, en tanto que ese acto dispositivo está comprendido en las facultades de administración. Por lo que hace referencia a los bienes que pertenecen a la empresa ganancial, extiende la facultad dispositiva del cónyuge comerciante, con finalidad mercantil, a los bienes muebles que integran aquella, los adquiridos con las resultas del ejercicio comercial, sus subrogados que permanecen en la órbita mercantil y el resto del activo empresarial, excluyendo los bienes inmuebles consorciales, cuya regulación es la relativa a la disposición de la empresa⁷²⁷.

La atribución al cónyuge comerciante de la posibilidad de enajenar e hipotecar resultas y subrogados sin limitación, que parece deducirse de los términos literales del artículo 6 del Código de comercio, es rechazada alegando que aquel ha de advenir que los bienes de los que dispone tienen la condición aludida. Además, se indica que el negocio dispositivo ha de ser necesario para el giro o tráfico normal de la empresa, o bien, excediendo los actos ordinarios de comercio o no ostentando esta categoría, resultar preciso por el propio ejercicio del comercio, por devenir requerido, según los usos mercantiles, por la actividad comercial en su más amplio sentido o estar vinculado con la organización de la empresa⁷²⁸.

⁷²⁷ SANCINIENA ASURMENDI, Camino, *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Dykinson, Madrid, 1996, págs. 247 y 253. En cuanto a los bienes adquiridos con las resultas del ejercicio del comercio que hayan sido desafectados de la actividad mercantil, sostiene SANCINIENA que los mismos están sujetos a las reglas del CC atinentes a la disposición de bienes comunes, no gozando el cónyuge comerciante, como tal, de la facultad de disposición unilateral respecto de los mismos, precisando el consentimiento de su consorte para disponer de inmuebles gananciales (*ibíd.*, págs. 254-255).

⁷²⁸ BELLO JANEIRO, *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge...*, *cit.*, págs. 359-360.

La disposición unilateral, a título oneroso o gratuito, de la empresa ganancial⁷²⁹ por parte del cónyuge comerciante (no, naturalmente, de la privativa de este, quien puede disponer de ella con absoluta autonomía, por integrar el reiterado negocio un acto de riguroso dominio) no puede ampararse en el artículo 6 del Código de comercio. Y la primera razón para descartarlo, entre otras, más o menos consistentes, que se esgrimen, se antoja bastante simple y es que con total evidencia la empresa fundada vigente la sociedad legal no constituye un bien adquirido con las resultas del ejercicio del comercio, ni tampoco es un elemento que haya ingresado en el activo de la comunidad en su lugar por subrogación. En atención a ello, salvo que se fuerce una exégesis ilógica del precepto mencionado, ajena a su finalidad, no es viable que el comerciante pretenda ejecutar individualmente esa operación, cuya formalización, así, estará subordinada a la concurrencia del consentimiento dual previsto en los artículos 1377.1 y 1378.

Entre los argumentos que se apuntan para negar la disponibilidad de la empresa ganancial por el consorte comerciante *ex* artículo 6 del Código de comercio, se habla de la naturaleza civil, desde una óptica obligacional, de la venta del establecimiento mercantil o empresa y de que esta enajenación supondría acabar con el comercio, quedando, por ello, al margen del precepto comentado⁷³⁰.

Preconizando, finalmente, una concepción objetiva de la empresa, frente a una interpretación dinámica de esta sostenida inicialmente, DE LA CÁMARA expresa que,

⁷²⁹ En relación con la noción de empresa, decía, en su momento, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ [en «La venta de la empresa mercantil: principales problemas que plantea», *AAMN*, T. 24, 1982, págs. 6 y 7 de la versión electrónica obrante en *vlex.com* (VLEX-233170)] que una cosa es la unidad funcional de aquella y otra su unidad ontológica, de modo que el que la misma se configure como una unidad de producción no significa que, fáctica y económicamente, los elementos que conforman la empresa pierdan su individualidad cuando se integran en la organización empresarial, lo que no tiene relación con el hecho de que el valor del conjunto supere al de cada uno de los elementos considerados de manera aislada. Por su parte, LACRUZ (en *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, págs. 412-413) rechazaba que la empresa individual fuera objeto de titularidad unitaria en el patrimonio del comerciante, siendo este propietario de cada uno de los elementos singulares destinados a ella, constituyendo la empresa una unidad económica, pero no jurídica, no obstante lo cual, frente a la sociedad de gananciales, funciona como un objeto de derecho. A su vez, TORRALBA SORIANO (en «Art. 1.347», en *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1607), en línea con otros autores, participa del criterio de que los términos *empresa*, *establecimiento* y *explotación* son utilizados para aludir a una *universitas*, de forma que la condición ganancial o privativa ha de referirse al conjunto y no a cada elemento que compone aquel. Una concepción objetiva de la empresa en el régimen ganancial es secundada por DÍEZ BALLESTEROS, *La empresa individual en el régimen de gananciales*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1997, pág. 41.

Por último, RAMS ALBESA (en «La empresa en la sociedad de gananciales», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, *cit.*, pág. 720) destaca que sin que se den los rasgos de ser una unidad suficientemente diferenciada del resto del patrimonio y de poseer un valor autónomo susceptible de tráfico separado no cabe la aplicación a un bien del art. 1347.5.º CC.

⁷³⁰ PÉREZ-JOFRE ESTEBAN, «El cónyuge comerciante con oposición de su consorte...», *cit.*, pág. 15 de la versión digital obrante en *vlex.com*.

asumida aquella noción en los artículos reformados del Código civil, presenta mayor dificultad concluir que la empresa ganancial sea un bien adquirido con las resultas del comercio, de modo que no respondería por las obligaciones asumidas por el cónyuge comerciante, pero, en tanto en cuanto no es un bien de ese tipo, su disposición estaría sujeta a la regla general del artículo 1377⁷³¹.

Una razón añadida para negar que la capacidad dispositiva del cónyuge que ejerce el comercio abarque la propia empresa es lo dispuesto en el artículo 1389.2 del Código civil, que no faculta al cónyuge administrador legal del consorcio para la disposición individual de establecimientos mercantiles, sino que ese acto requiere autorización judicial, luego con mayor motivo el cónyuge que no tenga la cualidad de administrador no podrá disponer de la empresa mercantil, precisando, como hemos mantenido, el consentimiento de su consorte o autorización del Juez⁷³².

En conclusión, parece que habrá que inferir que el cónyuge comerciante no está habilitado por el artículo 6 del Código de comercio, norma cuya vigencia no es formalmente controvertida, para disponer de cualesquiera bienes adquiridos como consecuencia del ejercicio de su actividad comercial o de los subrogados o que ingresan en el patrimonio social fundamentalmente mediante la aplicación de beneficios con entera libertad y total amplitud. Esta propuesta no es de fácil intelección y podría perjudicar gravemente a la propia institución. De ahí que esa facultad dispositiva tendrá que atender, exclusivamente, a subvenir a cualquier finalidad vinculada de forma objetiva y demostrable, directa o indirectamente, con la actividad que constituya el giro o tráfico de la empresa.

Si el cónyuge comerciante ejecuta el negocio dispositivo sobre las resultas o subrogados excediendo de forma notoria el contorno o perímetro que delimita su esfera de legítima actuación individual, por no guardar relación alguna aquel con su actividad comercial, sin perjuicio de los mecanismos de defensa de su consorte, los eventuales débitos derivados de la aludida actuación separada no repercutirán directamente en la masa ganancial y serán, por tanto, privativos del deudor. En el supuesto contrario, es decir, de haberse generado aparentemente las deudas por el cónyuge comerciante como consecuencia de un acto de disposición que obedezca a un propósito asociado al

⁷³¹ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «El ejercicio del comercio por persona casada...», *cit.*, pág. 297.

⁷³² SANCINÉNA ASURMENDI, *Régimen económico matrimonial del comerciante*, *cit.*, pág. 256.

desarrollo de su actividad mercantil, el débito comercial en cuestión será ganancial y sujetará, indiferenciadamente, a la potencial agresión de los terceros, de concurrir el consentimiento de su consorte, expreso o tácito, que se prevé en la regulación mercantil, el caudal propio del comerciante y el haber común íntegro.

4.1.5.3. El singular régimen de responsabilidad del Código de comercio

El tenor del artículo 6 del Código de comercio guarda un cierto paralelismo con el primigenio artículo 12 de ese texto legal, que fijaba el régimen limitado de responsabilidad patrimonial en los supuestos, regulados, a su vez, en el artículo 11, en que la mujer casada podía ejercer el comercio sin la autorización marital. Disponía el primitivo artículo 12, en su párrafo primero, que en esos casos *«solamente quedarán obligados á las resultas del comercio los bienes propios de la mujer, y los de la comunidad ó sociedad conyugal que se hubiesen adquirido por esas mismas resultas, pudiendo la mujer enajenar é hipotecar los unos y los otros»*⁷³³.

Frente a esta limitación de la responsabilidad en la disciplina derogada, cuando la mujer ejercía el comercio con la autorización marital expresa o presunta, *ex* artículo 10 del Código de comercio, se producía la afección solidaria *a las resultas de su gestión mercantil* de sus bienes propios (dotales y parafernales) y de los bienes gananciales, *pudiendo la mujer enajenar e hipotecar los propios y privativos suyos, así como los comunes*⁷³⁴.

Esa responsabilidad directa por los débitos mercantiles contraídos de forma individual por la mujer casada comerciante vigente el consorcio, como acaece en la actualidad con las deudas gananciales asumidas por el cónyuge comerciante en el ejercicio del comercio, se proyectaba solidariamente sobre el patrimonio privativo de la deudora y el haber de la comunidad. Se postulaba por COSSÍO un concepto amplio de

⁷³³ Como se aprecia, la estructura del precepto derogado es coincidente en lo sustancial con la dicción del actual inciso primero del art. 6 CCo, limitándose, por lo tanto, el legislador de 1975 a adaptar ese texto original a la nueva situación de la mujer casada. Entendemos que el hecho de que en 1885 se hablara de bienes adquiridos *por esas mismas resultas* y en 1975 de bienes adquiridos *con esas resultas*, para referirse a los bienes comunes afectados directamente por el ejercicio del comercio, no permite inferir, por el distinto juego de las preposiciones, que la primera norma alude a los mismos bienes adquiridos y la norma vigente tan solo a los que se subrogan en el lugar de aquellos o que se adquieren con los beneficios de la actividad mercantil.

⁷³⁴ Las facultades dispositivas de la mujer casada comerciante podían alcanzar la masa patrimonial del marido, disponiendo a este respecto el párrafo segundo del artículo enunciado que *«los bienes propios del marido podrán ser también enajenados e hipotecados por la mujer, si se hubiere extendido o se extendiere a ellos la autorización concedida por aquél»*.

la *gestión mercantil* generadora de afección, que comprendería, no solo actos de comercio, sino actos de administración de contenido civil e, incluso, la enajenación y gravamen de bienes inmuebles, que carecen de la cualidad de actos de comercio en sentido estricto⁷³⁵.

Las facultades de la mujer casada comerciante, debidamente autorizada, para sujetar bienes a responsabilidades se calificaban como relativamente limitadas en cuanto a la causa, en tanto que se referían a las resultas de su gestión mercantil, pero objetivamente como idénticas a las de su marido, dado que se vinculan solidariamente bienes gananciales, parafernales y dotales inestimados, es decir, sin que cupiera la previa excusión de unos u otros o pretender graduación alguna⁷³⁶.

Sobre el antiguo artículo 12 del Código de comercio, antecedente, desde una óptica formal, del actual artículo 6, se decía por SERRANO MONFORTE que la extensión de las facultades dispositivas de la mujer comerciante a todos sus bienes privativos y la afectación de estos al cumplimiento de sus obligaciones era una consecuencia coherente con la titularidad privativa de aquella y con la responsabilidad patrimonial universal del deudor. Apuntaba el reiterado autor que la ampliación de la esfera de poder y responsabilidad de la mujer sobre los beneficios obtenidos por la misma en el ejercicio de su actividad atendía a razones de equidad y a una visión realista de las exigencias que impone el tráfico mercantil⁷³⁷.

En la versión original del Proyecto de ley que dio lugar a la reforma del Código civil y Código de comercio de 1975 se recogían en el artículo 6 del segundo texto las facultades dispositivas y el régimen de responsabilidad en el caso de *ejercicio del comercio por mujer casada*, suprimiéndose los artículos 7 a 12 de la legislación especial, articulados, básicamente, en torno al presupuesto de la autorización marital para el ejercicio del comercio por aquella. Ulteriormente, se optó por la fórmula, hoy

⁷³⁵ COSSÍO Y CORRAL, *La sociedad de gananciales*, cit., pág. 131. Como recordaba este autor (*ibíd.*, págs. 131-132), la sujeción de los bienes gananciales era menos intensa en el supuesto del marido comerciante, en cuyo caso regían las reglas del CC, que excluían el compromiso de los frutos de los parafernales, salvo que, de acuerdo con el art. 1386, se adviriera que los débitos contraídos por aquel redundaron en provecho de la familia, remarcando que el régimen de responsabilidad contemplado en el CC no restringía las facultades de administración y disposición del marido, debiendo concurrir los acreedores de la mujer con los de su cónyuge sobre la masa patrimonial común.

⁷³⁶ BLANQUER UBEROS, «Acerca de la sociedad de gananciales, la responsabilidad patrimonial y la relación obligatoria», *AAMN*, T. 19, 1976, pág. 28 de la versión digital obrante en vlex.com (VLEX-236108).

⁷³⁷ SERRANO MONFORTE, Manuel, *Ejercicio del comercio por mujer casada*, Tecnos, Madrid, 1974, pág. 389.

vigente, basada en la igualdad de los cónyuges y la subsistencia de todos los preceptos con las modificaciones correspondientes⁷³⁸.

La configuración vigente de la responsabilidad patrimonial ganancial por las deudas contraídas en el ejercicio de la actividad mercantil por el cónyuge comerciante crea inseguridad jurídica porque la categorización del débito presenta la dificultad de advenir la existencia de consentimiento u oposición del otro cónyuge, que no siempre accederán al Registro Mercantil y que no por ello dejarán de tener virtualidad en todo caso frente a terceros. Por lo demás, implica también, potencialmente, una notable problemática para distinguir bienes gananciales adquiridos con las resultas del ejercicio del comercio y los restantes bienes comunes⁷³⁹.

La carga de la prueba de la condición de *resultas* del ejercicio del comercio, a los efectos de la eventual realización de las mismas ante el incumplimiento de sus obligaciones por el cónyuge que ejerce el comercio, incumbe, no obstante la controversia que existe en relación con esta cuestión, *ex* artículo 541.2, en relación con el artículo 217.2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al acreedor. Este habrá de acreditar, por tanto, en el pertinente proceso de ejecución, ante la oposición del consorte del ejecutado, la naturaleza mercantil del débito y que los bienes trabados son *resultas* afectas por aplicación de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 6 del Código de comercio. Entendemos que desplazar la carga de advenir la cualidad de *resultas* hacia los cónyuges supone introducir una presunción de ganancialidad pasiva de los débitos mercantiles contraídos de forma disyunta sin base normativa para ello. Así, en defecto de prueba en contrario por su parte, cualquier deuda generada por el cónyuge comerciante en su específica actividad mercantil, sin el consentimiento de su consorte, en cualquiera de sus formas, requerido legalmente, habilitaría a los terceros para atacar

⁷³⁸ Cfr. *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo...*, *cit.*, págs. 1266, 1274 y 1281-1282.

SANCIÑENA ASURMENDI (en «Inscripción en el Registro Mercantil de la oposición de un cónyuge al ejercicio del comercio por parte del otro cónyuge», *RCDI*, n.º 635, 1996, pág. 1522) habla de que por primera vez se introdujo un régimen mercantil en el que se igualaba el marido a la mujer y no a la inversa, dado que se restringieron las facultades del marido comerciante de vinculación y disposición de los bienes gananciales, pero aquel continuaba siendo el administrador legal de la comunidad y no le perjudicaban las limitaciones del CCo para la *persona casada*.

⁷³⁹ De acuerdo con el art. 6 CCo, por las deudas comerciales privativas con garantía patrimonial ganancial limitada o restringida provocadas por un cónyuge (que vienen a ser deudas comunes en sentido no estricto) responden dos tipologías de bienes, *los bienes propios* del cónyuge deudor y *los adquiridos con esas resultas*, en tanto que los genuinos débitos mercantiles gananciales (como es consustancial a esa categoría) vinculan adicionalmente una tercera masa patrimonial, integrada por *los demás bienes comunes*, y, si existe consentimiento expreso al efecto, *ex* art. 9, *los bienes propios del cónyuge del comerciante*.

la totalidad del patrimonio ganancial, asimilando, en la práctica, deudas privativas con garantía ganancial limitada y débitos consorciales.

Entre los partidarios de atribuir a los acreedores la obligación de probar la naturaleza de *resultas* de los bienes, se esgrimen como argumentos, entre otros, que, como las normas aplicables protegen el patrimonio familiar deberán acreditarlo aquellos, aprovechando la contabilidad del cónyuge comerciante, a través del requerimiento en sede judicial de exhibición documental (artículo 32.3 *ex* Código de comercio)⁷⁴⁰, o, asimismo, el juego de la carga de la prueba de las obligaciones (artículo 1214 del Código civil derogado)⁷⁴¹.

A favor de la tesis opuesta, que confiere a los cónyuges, de no concurrir consentimiento para la vinculación del acervo común, la carga de demostrar que los bienes gananciales no están especialmente sujetos como *resultas*, se alega que el fundamento de esta posición está en el artículo 6 del Código de comercio, el cual, al liberar lo que denomina *bienes comunes* de la afectación, los equipara con los privativos del consorte no comerciante, por lo que han de estar sujetos a idéntico régimen jurídico⁷⁴². Por otra parte, también como justificación de esta postura, se hace alusión a la existencia de una presunción de comercialidad que favorece a los acreedores, correspondiendo al cónyuge del comerciante, en caso de embargo de bien ganancial, probar que el bien no fue adquirido con las *resultas* del comercio para eximirlo de responsabilidad⁷⁴³.

Exponía RODRÍGUEZ ADRADOS al analizar la reforma de 1975 que la legitimación del cónyuge comerciante, por lo que hace referencia a los bienes adquiridos con las *resultas* del ejercicio del comercio, tanto en el aspecto de facultades como en el de responsabilidad, no deriva de su condición de administrador del

⁷⁴⁰ VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pág. 117.

⁷⁴¹ BELLO JANEIRO, *La defensa frente a tercero...*, cit., págs. 451-453. En similar sentido, PÉREZ-JOFRE, «El cónyuge comerciante con oposición de su consorte...», cit., pág. 27 de la versión electrónica obrante en vlex.com.

⁷⁴² GARCÍA VILLAVERDE, «El ejercicio del comercio por persona casada», cit., pág. 510.

⁷⁴³ SANCINENA ASURMENDI, *Régimen económico matrimonial del comerciante*, cit., pág. 100.

consorcio o del consentimiento del cónyuge administrador, sino que, en una regulación igualitaria, emana de razones de equidad y de exigencias del tráfico⁷⁴⁴.

La remisión operada en el artículo 1365 *in fine* a los artículos 6 a 12 del Código de comercio ha de ceñirse en exclusiva a la aplicación del singular régimen de responsabilidad directa por deudas mercantiles separadamente contraídas por el cónyuge comerciante en el ejercicio del comercio esbozado en esa legislación especial, pero ello no supone implícitamente que se vacíen de contenido otras previsiones de la disciplina del Código civil en materia de responsabilidad consorcial que siguen teniendo plena vigencia. Permanece así inalterada una hipotética afección externa de los bienes comunes por débitos no comerciales generados por aquel en los supuestos previstos legalmente o la sujeción subsidiaria del acervo común por débitos privativos del mismo del artículo 1373⁷⁴⁵.

Las reglas de responsabilidad del Código de comercio por los débitos comerciales producidos por el cónyuge comerciante en el desempeño de su actividad mercantil devienen también plenamente aplicables cuando estemos en presencia de empresas gananciales, porque, como sostiene DÍEZ BALLESTEROS, ninguna disposición concreta el carácter del negocio sobre el que el cónyuge comerciante ejerce su actividad, de manera que, en defecto de diferenciación explícita, no cabe discriminar entre el supuesto de que aquel desarrolle su actividad respecto de una empresa de titularidad privativa o sobre una ganancial⁷⁴⁶.

⁷⁴⁴ RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, «Perspectivas notariales de la reforma del Código civil», en *Curso de conferencias sobre la reforma de los Códigos Civil y de Comercio por Ley 14/1975 de 2 de mayo...*, *cit.*, pág. 112.

⁷⁴⁵ La posible aplicabilidad del art. 1373 CC y el embargo de bienes gananciales en el supuesto de deudas contraídas por el cónyuge comerciante es aceptada por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (en «El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales», *cit.*, pág. 292), puntualizando que la sustitución del bien o bienes trabados por la participación que al cónyuge comerciante le corresponde en la sociedad no cabrá si el acreedor acredita que la obligación se contrajo en el ejercicio de la actividad comercial.

El AAP de Zamora de 30 de marzo de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APZA:2010:107A) apunta que para que los bienes gananciales respondan por un débito mercantil es imperativo que el acreedor pruebe el carácter de comerciante del deudor y que la deuda reclamada trae su causa de una actividad comercial o mercantil, por cuanto que si el cónyuge deudor es comerciante, pero la deuda se asumió en otra esfera patrimonial, ajena a esa actividad empresarial, no son de aplicación los arts. 6 a 11 CCo.

⁷⁴⁶ DÍEZ BALLESTEROS, *La empresa individual en el régimen de gananciales*, *cit.*, págs. 339-340. En contra, TORRALBA SORIANO (en «Art. 1.347», en *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, págs. 1611-1612) afirma que el art. 6 CCo no es aplicable en la hipótesis de empresas fundadas a expensas de los bienes comunes cuya titularidad formal pertenece a un cónyuge, habida cuenta que ese precepto está pensado para el caso de empresas privativas, pero, sin embargo, las deudas contraídas por el cónyuge titular formal de la empresa no cabe reputarlas privativas desde el momento en que aquella es ganancial,

La conformación del régimen de responsabilidad plasmado en los artículos 6 a 11 del Código de comercio como un régimen legal supletorio, por imperativo derivado del artículo 12 del citado cuerpo legal, supone que por pacto en capitulaciones inscritas en el Registro Mercantil podrá mutarse esa regulación. Esta estipulación, en principio, habrá de reputarse eficaz frente a terceros si no significa una restricción del principio de responsabilidad patrimonial universal del cónyuge comerciante deudor del artículo 1911 del Código civil y del nivel más limitado de afección ganancial contemplado en el artículo 6 *ex* Código de comercio, que constituye un *minimum* inderogable por la voluntad particular. Aunque sí es viable que limite o excluya el alcance del consentimiento tácito de su consorte, imponiendo la necesidad de un consentimiento expreso para la ganancialidad más extensa del débito comercial individualmente contraído.

Sobre la condición de mínimo de Derecho necesario del grado de responsabilidad que contempla el inciso primero del artículo 6, se dice que aquella deriva de una exigencia de interés general y tiene una naturaleza de orden público que determina su inderogabilidad por estipulación capitular, no pudiendo, en consecuencia, pactarse ni inscribirse capitulaciones que muten ese régimen de responsabilidad, sin que sea óbice a tal conclusión la fórmula vaga y amplia del artículo 12 y la prevalencia del pacto en capitulaciones a la que alude la Exposición de Motivos de la reforma, antes transcrita⁷⁴⁷.

Según se ha anticipado, estamos conformes con esta reflexión, de forma tal que los cónyuges, mediante pacto en capitulaciones, no pueden eliminar la garantía patrimonial ganancial restringida explicitada en el inciso primero del artículo 6, establecida imperativamente, a diferencia de la sujeción de *los demás bienes comunes*, la cual, en último término, en la esfera mercantil, es excluible por voluntad del consorte no deudor. Si cabe que su oposición al ejercicio del comercio o la revocación del consentimiento por parte de este determinen la irresponsabilidad del resto del activo de la sociedad, *ab initio*, con mayor razón sería factible, por ej., que ambos cónyuges dispongan convencionalmente, *ex* artículo 12, como presupuesto de la ganancialidad más amplia la concurrencia de un consentimiento necesariamente expreso.

respondiendo por las mismas la totalidad del activo de la empresa o explotación, atendiendo a su condición ganancial, y, asimismo, los demás bienes comunes, por cuanto que, si la empresa se ha fundado a costa del acervo común, el otro cónyuge habrá otorgado su consentimiento o no se opondría.

⁷⁴⁷ OLIVENCIA RUIZ, «Significado de la reforma del Código de Comercio», *cit.*, pág. 171.

4.1.5.3.1. Débitos comerciales privativos

La privatividad del débito mercantil producido autónomamente por un cónyuge, y, por lo tanto, la afección patrimonial de menor alcance como consecuencia de un acto de comercio, vendrá dada por la circunstancia de que aquel no se contraiga en el ejercicio de la actividad mercantil propia del cónyuge deudor (deuda privativa genuina), o cuando, aún proviniendo de actos de comercio conectados a esta última, no concurra el consentimiento expreso o tácito del consorte no deudor para la vinculación del remanente de bienes comunes, excluidas resultas y subrogados (deuda privativa con garantía ganancial limitada)⁷⁴⁸.

La calificación de una deuda mercantil generada individualmente por un cónyuge como genuinamente privativa, en el sentido expresado previamente, conllevará el régimen de sujeción inherente a esta categoría de débitos, es decir, la responsabilidad directa con el acervo propio del deudor y la supletoria del patrimonio ganancial *ex* artículo 1373, remitiéndonos, en este punto, a lo ya expuesto con anterioridad en este trabajo sobre las deudas privativas de los partícipes en el consorcio.

En relación con esta cuestión conviene hacer una reflexión, que tiene un alcance más sustantivo que puramente formal o semántico, en cuanto al discutible encuadramiento en la tipología de deuda ganancial de aquellos débitos comerciales contraídos unilateralmente por el cónyuge comerciante en el ejercicio de su actividad mercantil que generan el nivel mínimo de responsabilidad, contemplados en el inciso primero del artículo 6 del Código de comercio, proyectada aquella limitadamente sobre su haber privativo y las resultas gananciales, a los que aludiremos a continuación. Y ello porque, si se ha mantenido que el concepto de deuda ganancial se corresponde con la que vincula directamente *ad extra* la masa común íntegra, no parece coherente aplicar ahora este calificativo para las deudas mercantiles asumidas separadamente que, por no

⁷⁴⁸ RAGEL (en *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, *cit.*, pág. 125) calificaba la deuda comercial como propia cuando no existan resultas de la actividad mercantil, en cuya hipótesis el cónyuge deudor responderá directamente con su patrimonio privativo, siempre que se den las circunstancias para que no responda con los demás bienes gananciales.

Distingue OLIVENCIA (en «Significado de la reforma del Código de Comercio», *cit.*, pág. 166) entre acreedores *ex comercio* y acreedores extracomercio, teniendo los primeros esa cualidad como consecuencia del ejercicio de la actividad mercantil de su deudor, no en cuanto que sus créditos dimanen de actos de comercio, sino porque se vinculan con el ejercicio de esa actividad mercantil. En lo atinente a la responsabilidad frente a terceros, excluye BELLO JANEIRO (en *La defensa frente a tercero...*, *cit.*, pág. 444) de la disciplina mercantil las actividades del cónyuge comerciante que no constituyan ejercicio, incluso extraordinario, del comercio al que se dedica aquel.

existir el consentimiento del no deudor requerido legalmente, el cual opera como presupuesto de ganancialidad pasiva, que surge en esta sede de la voluntad, no van a sujetar en la órbita externa más que una parte, no necesariamente existente y cierta, de los bienes de la sociedad. Resultaría, así, escasamente comprensible que, si asumimos que estamos en presencia de débitos gananciales *sui generis*, ante la carencia o insuficiencia del patrimonio privativo del deudor y de resultas del comercio, no cupiera ejecutar, ni tan siquiera en vía subsidiaria, en los términos del artículo 1373, el resto del caudal social, cuando esta agresión de segundo grado, paradójicamente, sí devendría factible ante deudas privativas del comerciante. Esto implicaría el contrasentido en esa hipótesis de que sería la privatividad del débito mercantil, y no, precisamente, su ganancialidad, la premisa para la eventual realización del activo del consorcio. Se opta, por lo tanto, por calificar esta clase de débitos, no como consorciales, sino como privativos con garantía patrimonial ganancial limitada⁷⁴⁹.

4.1.5.3.2. Deudas gananciales ex commercio y deudas mercantiles privativas con garantía patrimonial ganancial limitada

Las deudas de cualquier clase y cuantía contraídas por el cónyuge comerciante en el ejercicio del comercio tendrán naturaleza ganancial y afectarán los bienes comunes en su totalidad si concurre el consentimiento del otro cónyuge a tal efecto, presumiéndose este consentimiento con gran amplitud en los supuestos de los artículos 7 y 8 del Código de comercio⁷⁵⁰. Contrariamente, en ausencia del consenso conyugal que se exige, esos débitos, según hemos visto, integran una suerte de *tertium genus* entre las deudas propias del cónyuge comerciante y las consorciales *stricto sensu*, las cuales, por definición, permiten la agresión inmediata del *totum* ganancial por los acreedores, comportando esa tipología híbrida la restricción de la responsabilidad frente

⁷⁴⁹ RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1039] entiende que los débitos comerciales son privativos cuando el consorte del comerciante desconoce o se opone al ejercicio del comercio, supuesto en el cual el cónyuge deudor que ejerce el comercio no responderá de manera directa con bienes gananciales diferentes de las resultas.

⁷⁵⁰ Interpreta Joaquim BISBAL MÉNDEZ (en «Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio», *Revista Jurídica de Cataluña*, Vol. 81, n.º 2, 1982, pág. 364) que el ejercicio del comercio por un cónyuge constituye un supuesto del art. 1373, el cual dispone la previa excusión del patrimonio personal del cónyuge que contrajo el débito derivado de aquel ejercicio, concluyendo que en el caso del comerciante los bienes gananciales, concurriendo consentimiento para el ejercicio del comercio, responden subsidiariamente por las deudas dimanantes de este.

a terceros al patrimonio privativo del cónyuge deudor y a los bienes adquiridos como consecuencia de la actividad mercantil o *resultas*⁷⁵¹.

El débito mercantil privativo con garantía patrimonial ganancial restringida o limitada, con arreglo a lo descrito, determinará, congruentemente con el principio del artículo 1911, la sujeción directa e indistinta *erga omnes* de los bienes propios del cónyuge comerciante y, adicionalmente, de los adquiridos con las *resultas* de esa actividad comercial, es decir, de los bienes y derechos que ingresen en el activo de la sociedad legal como consecuencia del ejercicio del comercio. A este respecto, se debate por la doctrina la acepción o el alcance de la expresión, bastante arcaica y claramente en desuso, por lo demás, *resultas*⁷⁵².

El término *resulta*, según el Diccionario de la Real Academia Española, tiene como primer significado *efecto* o *consecuencia* y este es el sentido que presenta en el

⁷⁵¹ GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Gestión y responsabilidad...*, *cit.*, pág. 466), en línea con la doctrina mayoritaria, participa de la opinión de que el art. 6 CCo atiende a las obligaciones de cualquier entidad y tipología, incluso sustraída de las normas mercantiles, contraídas por el cónyuge comerciante en el ámbito de su actividad mercantil.

Para Manuel-Ángel LÓPEZ SÁNCHEZ (en «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13-5-1981», *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 82, n.º 3, 1983, págs. 600-601), la norma consignada en el art. 6, proposición primera, CCo supone una excepción a la regla general de la responsabilidad ganancial *erga omnes* ilimitada por las deudas contraídas por un cónyuge, sin el consentimiento del otro, en el ejercicio de su profesión (art. 1365 CC), imponiéndose una interpretación teleológica restrictiva. Según este autor, la *ratio* del art. 6 es excluir de toda eventual responsabilidad *ex commercio* tan solo los bienes ajenos a la actividad mercantil, cuando el consorte del comerciante ignora la actividad profesional de este o le niega el consentimiento para su ejercicio, de forma que existe una masa patrimonial que solo ella, en todo caso, por el destino al que se aplica, sin otros requisitos, está afecta a las responsabilidades mercantiles.

⁷⁵² En cuanto a la exégesis de la expresión *resultas del comercio*, PÉREZ-JOFRE ESTEBAN (en «El cónyuge comerciante con oposición de su consorte y la sociedad de gananciales», *cit.*, pág. 11 de la versión electrónica obrante en vlex.com) asimila las mismas, en su sentido vulgar, con los productos o beneficios del comercio, que tienen carácter ganancial *ex art.* 1347.1.º y 2.º CC, concluyendo (*ibid.*, págs. 12-13) que *bienes adquiridos con esas resultas* son los subrogados sin distinción, exponiendo en apoyo de esta tesis, en esencia, que gramaticalmente es la que presenta mas exactitud y que resulta lógico que si la comunidad recibe los resultados del comercio estos estén afectos a la gestión mercantil. Para Ángel SERRANO DE NICOLÁS [en «Artículo 6», en SALA REIXACHS (Dir.) y BALDÓ DEL CASTAÑO y RUEDA MARTÍNEZ (Coords.), *Comentarios al Código de Comercio, Doctrina y jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. I, Atelier, Barcelona, 2002, pág. 250] las *resultas* se corresponden con el resultado del ejercicio del comercio, pero no el resultado final de liquidación del comercio, sino el resultado dinámico de cada acto comercial ejecutado, ejercitándose por el cónyuge comerciante la gestión, disposición e hipoteca respecto de los bienes adquiridos que estén afectos a la actividad mercantil y no sobre aquellos que hayan trascendido ese ámbito, surgiendo la responsabilidad en cada deuda concreta.

Restringiendo la inteligencia de la mención legal, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (en «Art. 1.365», en *Comentario...*, T. II, *cit.*, pág. 695) limita la expresión *bienes adquiridos con esas resultas* a los mismos bienes adquiridos en las operaciones, sean o no actos de comercio, que constituyen desde el inicio el ejercicio de la actividad mercantil.

artículo 6 del Código de comercio y el que poseía, igualmente, en los artículos 10 y 12 originales de ese cuerpo legal⁷⁵³.

Las resultas del ejercicio del comercio, que son gananciales desde su obtención, se someten al régimen de administración de la sociedad legal cuando se aplican al levantamiento de las cargas de la comunidad o a partir de su inversión en bienes separados de la empresa, si bien sujetas al régimen de responsabilidad mercantil determinado, aun cuando el cónyuge comerciante retenga su administración⁷⁵⁴.

No siendo controvertida la aplicabilidad del artículo 1373 a las deudas comerciales privativas generadas por el cónyuge que ejerce el comercio, que siguen la pauta habitual en la disciplina de la sociedad, se ha postulado, igualmente, que el acreedor *ex commercio* que solo pueda atacar directamente los bienes referidos en el inciso primero del artículo 6 del Código de comercio esté facultado para dirigirse, de forma subsidiaria, contra los demás bienes gananciales si los privativos y los adquiridos con las resultas devinieran insuficientes para liquidar el débito⁷⁵⁵.

Verificando una exégesis extensiva de la categoría del débito consorcial mercantil, se señala que tienen la cualidad de acreedores *ex commercio*, no solo los que son titulares de créditos que derivan de actos de comercio o de la actividad empresarial del deudor, sino, igualmente, el arrendador del local de negocio por la renta, el trabajador por el salario o el perjudicado como consecuencia de un acto del dependiente en el ejercicio de sus funciones por el pago de la oportuna indemnización (art. 1903)⁷⁵⁶.

Si la titularidad formal de la empresa corresponde a un cónyuge y el mismo la gestiona o ejerce el comercio como autónomo o empresario individual, solo este tiene la

⁷⁵³ A nuestro juicio, la doble utilización del término *resultas* en el art. 6 CCo no integra sino una reminiscencia anacrónica de la terminología empleada originariamente en el Código (arts. 10 y 12). Aunque puedan realizarse múltiples disquisiciones sobre la significación de tal vocablo, lo cierto es que no parece controvertido sostener que lo que el legislador quiso imponer fue la vinculación directa frente a terceros, por los débitos mercantiles contraídos por el cónyuge comerciante, de los bienes gananciales adquiridos como consecuencia de su actividad comercial, no solo de forma inmediata, sino también mediatamente, es decir, a través, primordialmente, de la aplicación de los beneficios obtenidos en el ejercicio comercial, en consonancia con el principio de subrogación real.

⁷⁵⁴ BLANQUER UBEROS, «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales...», *cit.*, pág. 15 de la versión digital obrante en vlex.com.

⁷⁵⁵ RAGEL, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, *cit.*, págs. 140-141. Colige este civilista que si se permite lo más, es decir, que una deuda ajena a la comunidad se satisfaga con bienes de esta, debe permitirse lo menos, o sea, que se haga lo propio con una deuda que vincula parcialmente el activo común.

⁷⁵⁶ OLIVENCIA RUIZ, «Significado de la reforma del Código de Comercio», *cit.*, pág. 167. Participa de este criterio LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 424.

cualidad de empresario, resultando de aplicación el régimen de afección del Código de comercio, respondiendo, así, los bienes de la empresa, los propios del cónyuge comerciante y los comunes siempre que, en este caso, el ejercicio del comercio por aquel sea consentido por su consorte⁷⁵⁷.

Entiende FERNÁNDEZ GIMENO que cuando ambos cónyuges ejercen la actividad comercial a través de una empresa familiar no puede hablarse de responsabilidad mínima o media, sino que, *ex* artículos 1911 y 1375, de los débitos producidos individualmente por los cónyuges comerciantes responderán el patrimonio de cualquiera de ellos, los bienes obtenidos por las resultas de la empresa y el caudal privativo del otro⁷⁵⁸.

A nuestro juicio, sin embargo, el compromiso de la masa privativa del cónyuge no deudor por las deudas comerciales de su consorte solo puede darse si concurre el consentimiento expreso de aquel que se prevé legalmente, sin que, en contra de la declaración normativa del artículo 9 del Código de comercio, la naturaleza familiar de la empresa permita ampliar la sujeción en la órbita externa al patrimonio de quien no contrae formalmente el débito.

Frente a la exigencia de consentimiento expreso del cónyuge no deudor *en cada caso* para la sujeción de sus bienes propios por la actividad mercantil del otro, impuesta en el artículo 9⁷⁵⁹, se ha defendido la posibilidad teórica de un consentimiento genérico a tales efectos, aun calificando la misma como absurda, excepto en la hipótesis del acreedor que vaya a mantener relaciones comerciales permanentes con el cónyuge comerciante que, para reforzar sus expectativas de cobro, obliga al otro consorte a consentir anticipadamente las obligaciones que se asuman⁷⁶⁰.

⁷⁵⁷ NAVARRETE SÁNCHEZ, Eloísa, «La responsabilidad de los bienes personales del matrimonio por deudas de la empresa», *La Gaceta Jurídica de la Empresa Andaluza*, n.º 19, mayo 2009, pág. 15.

⁷⁵⁸ FERNÁNDEZ GIMENO, José Pascual, *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*, Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia, Valencia, 1999, pág. 181. El autor mencionado justifica esta extensión de la afección porque la empresa es ganancial, ambos cónyuges son comerciantes, la responsabilidad no está limitada y, si partimos de que ninguno de ellos es gerente o administrador único, los dos actúan como factores y frente a terceros no podrá discernirse la actuación ejecutada por cada uno en el tráfico empresarial.

⁷⁵⁹ Según OLIVENCIA RUIZ (en «Significado de la reforma...», *cit.*, pág. 173), este consentimiento refleja la voluntad expresa de sujeción de los bienes propios del cónyuge consintiente a la responsabilidad del comerciante. Esta finalidad del consentimiento del consorte del comerciante es destacada por LACRUZ, *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 425.

⁷⁶⁰ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad...*, *cit.*, págs. 480-481.

En relación con la hipotética virtualidad del consentimiento genérico del consorte del comerciante, entendemos que, aunque el mismo no perjudica los derechos de los acreedores, sino a la inversa, el mencionado consentimiento solo sería eficaz frente a terceros siempre y cuando constara en capitulaciones inscritas en el Registro Mercantil esa mutación del régimen de responsabilidad. En otro caso, el artículo 9 deviene aplicable a todos los efectos y su tenor semeja inconciliable con aquella posibilidad.

El consentimiento expreso *en cada caso* del texto legal se interpreta por GARCÍA VILLAVERDE en el sentido de que el cónyuge que ha de prestarlo debe precisar si han de quedar vinculados la totalidad de sus bienes propios o cuáles de ellos, no existiendo óbice para establecer una afección parcial por vía registral. Entiende ese autor que una exégesis más literal del precepto, que conllevaría la exigencia de consentimiento en cada ocasión que los terceros pretendan satisfacer sus créditos con el caudal propio del no deudor, no es compatible con la técnica registral que supone el conocimiento previo por aquellos de los bienes afectos al cumplimiento de las obligaciones⁷⁶¹.

La extensión de la responsabilidad a los bienes propios del cónyuge que no contrae el débito mercantil es factible aunque el consentimiento expreso no goce de la publicidad registral requerida en el artículo 11, juzgándose que, una vez prestado aquel, si no accede al Registro por omisión culposa de los cónyuges, los terceros interesados contarán con la garantía patrimonial añadida del patrimonio privativo del cónyuge del comerciante si prueban la existencia del consentimiento expreso pero no formalizado, estando amparados, asimismo, por el aspecto negativo del principio de publicidad material del artículo 4.2 del Reglamento del Registro Mercantil⁷⁶².

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, excepcionando la aplicación estricta de los artículos 1911 del Código civil y 6 del Código de comercio, ha venido a introducir una limitación de la responsabilidad patrimonial del emprendedor de responsabilidad limitada por las deudas que provengan del ejercicio de su actividad empresarial o profesional, una vez

⁷⁶¹ GARCÍA VILLAVERDE, «El ejercicio del comercio por persona casada», *cit.*, pág. 514.

⁷⁶² PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis, y ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, Juan Antonio, «El empresario mercantil», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Lecciones de Derecho mercantil*, 14.ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, págs. 89-90.

verificadas las exigencias legales. Se excluye en este supuesto, conforme establece el artículo 8.2 de la norma citada, la afección de la vivienda habitual del deudor, propia o común, siempre que su valor no exceda de 300.000 €, valorada con arreglo a lo prescrito en la citada disposición, debiendo indicarse el bien inmueble no afecto en la preceptiva inscripción del emprendedor en el Registro Mercantil de su domicilio⁷⁶³.

Esta quiebra de la responsabilidad patrimonial universal del deudor por débitos profesionales o comerciales, *ex* artículo 9.3, no alcanza a las deudas contraídas con carácter anterior a su inmatriculación en el Registro Mercantil como emprendedor individual de responsabilidad limitada, salvo que los acreedores presten su consentimiento expreso⁷⁶⁴.

En el caso de que la vivienda habitual del emprendedor comerciante o profesional fuera consorcial (y, por supuesto, también si es privativa), concurriendo los requisitos legales requeridos, los acreedores comerciales o profesionales, aun cuando el débito contraído por aquel tuviera naturaleza ganancial, no podrán trabar y realizar el referido inmueble, lo que supone una relevante minoración de la garantía patrimonial de los terceros que contratan con el cónyuge deudor, teniendo en cuenta que la vivienda familiar, en muchas ocasiones, es el elemento de mayor valor del activo de la comunidad⁷⁶⁵.

4.1.5.4. El consentimiento tácito para la afección del patrimonio ganancial

El consentimiento, expreso o tácito, del consorte del comerciante del que nace el débito comercial ganancial, al que alude el artículo 6 del Código de comercio, lo es, propiamente, *para que los demás bienes comunes* (distintos de los adquiridos como consecuencia del ejercicio del comercio) *queden obligados*, con arreglo a lo que deriva de una interpretación literal de la disposición. Es decir, no se trataría de un

⁷⁶³ Como determina el art. 10.1 *ex* Ley 14/2013, «*para su oponibilidad a terceros, la no sujeción de la vivienda habitual a las resultas del tráfico empresarial o profesional deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad, en la hoja abierta al bien*».

⁷⁶⁴ De acuerdo con el art. 8.4 de la Ley 14/2013, la restricción de la responsabilidad patrimonial no operará cuando el deudor «*hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así constare acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable*».

⁷⁶⁵ Practicada la inscripción de la no afectación de la vivienda habitual del emprendedor en el Registro de la Propiedad, afirma el art. 10.3 *ex* Ley 14/2013 que se denegará la anotación preventiva del embargo trabado sobre aquella salvo que resulte «*que se aseguran deudas no empresariales o profesionales o se tratare de deudas empresariales o profesionales contraídas con anterioridad a la inscripción de limitación de responsabilidad, o de obligaciones tributarias o con la Seguridad Social*».

consentimiento dirigido a posibilitar el ejercicio del comercio por el cónyuge comerciante, el cual no deviene legalmente preciso, si bien esta matización formal carece de importancia práctica, por cuanto que de los artículos 7⁷⁶⁶ y 8⁷⁶⁷ deriva que el conocimiento del cónyuge no comerciante del ejercicio del comercio y su falta de oposición a este permiten presumir su consentimiento para la sujeción de los bienes gananciales⁷⁶⁸.

⁷⁶⁶ El art. 7 CCo dice que «se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo».

⁷⁶⁷ Conforme al art. 8 CCo, «también se presumirá prestado el consentimiento a que se refiere el artículo 6.º cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro».

⁷⁶⁸ La STS de 6 de mayo de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2015:2059) explica que el consentimiento explicitado en el art. 6 CCo «se trata no de un consentimiento para que el cónyuge comerciante ejerza el comercio, que no le precisa de su cónyuge no comerciante, sino para que los bienes comunes distintos de los adquiridos a resultas del ejercicio del comercio queden obligados de las resultas de tal ejercicio; siendo cuestión distinta que los artículos 7 y 8 del Código de Comercio presuman dicho consentimiento, insistimos que para que los demás bienes gananciales queden obligados a las resultas del ejercicio del comercio, cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge no comerciante o cuando al contraer matrimonio se hallase uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro».

Disiente OLIVENCIA (en «Significado de la reforma del Código de Comercio», *cit.*, pág. 173), que arguye que la sujeción de los bienes comunes a las resultas del comercio es la consecuencia jurídica de la voluntad, expresa o presunta, del cónyuge no comerciante de consentir el ejercicio del comercio por su consorte y no el objeto directo de ese consentimiento, aun cuando tal afección no fuera querida por aquel. En la STS de 10 de junio de 1993 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1993:17606) se colige que concurre el consentimiento tácito del art. 7 CCo porque no se advirió que la esposa estuviera separada o no conviviera con el cónyuge comerciante e ignorara la profesión a la que se dedicaba este último, «la que era pública y notoria desde hacía muchos años y que lógicamente constituía medio de sustento económico de la familia que habían constituido».

La SAP de León de 27 de abril de 2011 (Cendoj-ECLI:ES:APLE:2011:680) concluye la cualidad ganancial de un débito tributario contraído por un cónyuge, como responsable civil subsidiario, en su condición de administrador solidario de una mercantil porque la citada actividad comercial, que redundaba en beneficio de la comunidad, se ejercitaba con conocimiento y consentimiento de su cónyuge *ex arts.* 6 y 7 CCo. Igualmente, la SAP de Bizkaia de 23 de enero de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:APBI:2015:259) declara la ganancialidad de una deuda derivada de un préstamo formalizado por el marido comerciante antes de la disolución y liquidación del régimen ganancial y estima la acción de regreso ejercitada por la prestamista contra ambos cónyuges, aduciendo al efecto que la esposa nunca se opuso a la actividad comercial de su consorte. En esta línea, la SAP de Alicante de 25 de enero de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APA:2016:75) ratifica la cualidad consorcial de un débito contraído por el marido, quien explotaba a través de una mercantil un restaurante, durante la vigencia de la sociedad legal, luego disuelta y sustituida por un régimen de separación de bienes, afirmando que el dinero recibido por aquel se integró en el negocio y que no existía duda alguna de que la cónyuge codemandada, condenada a responder con los bienes adjudicados en la liquidación de la comunidad conyugal, conocía la actividad comercial de su consorte y la consentía en virtud de la presunción establecida en el art. 7 CCo. Por su parte, el AAP de Castellón de 9 de julio de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APCS:2012:632A), para no acoger la oposición a la ejecución en base a la no ganancialidad del débito articulada por la esposa, corrobora que es deuda común la generada por el cónyuge de la misma que avaló solidariamente, a título personal, el préstamo concedido a una mercantil de la que aquel ostentaba una parte del capital social y percibía retribuciones. Entiende la resolución que el ejecutado actuaba como comerciante por sus vínculos personales con la prestataria y con el resto de mercantiles fiadoras y justifica la condición ganancial del débito *ex arts.* 1365 CC y 6 y 7 CCo, por cuanto que la esposa conocía y consentía la actividad mercantil de su marido y tendría que haber acreditado su ignorancia al respecto y que se le había ocultado la prestación de la fianza. Por último, la SAP de Valencia de 1 de julio de 2013

Frente a la operatividad del consentimiento tácito del cónyuge no deudor para colegir la consorcialidad de las deudas *ex commercio* contraídas por el cónyuge comerciante, circunstancia que tiene una finalidad tuitiva de los terceros en el tráfico mercantil y que los equipara virtualmente, *de facto*, por lo que respecta al alcance de la responsabilidad en la hipótesis de incumplimiento, a los acreedores por deudas profesionales, en el caso de los débitos civiles o no comerciales el consentimiento presunto del consorte del deudor carece de cualquier relevancia para atribuir carácter ganancial a la deuda. Esta intrascendencia del consentimiento tácito se infiere literalmente del artículo 1367 del Código civil, norma que contiene un criterio subjetivo de ganancialidad pasiva, dependiente, por tanto, de la voluntad de los partícipes, según hemos visto, y que requiere el consentimiento expreso del cónyuge no deudor para la vinculación directa de los bienes comunes por las deudas asumidas de manera disyunta por el deudor⁷⁶⁹.

Colige RAGEL que puede presumirse *iuris tantum* el conocimiento del ejercicio del comercio cuando este se ejerce notoriamente (artículo 3 *ex* Código de comercio), de forma que para enervar esta presunción habrá de adverarse que concurren en el cónyuge no comerciante circunstancias especiales que le impiden conocer la actividad comercial de su consorte⁷⁷⁰.

BELLO JANEIRO, después de afirmar que la ley presume el consentimiento, mas no el conocimiento del ejercicio de la actividad comercial por el otro cónyuge, extremo que habrá de ser demostrado por los terceros, matiza, igualmente, que bastará con acreditar su notoriedad para que quepa presumir *iuris tantum* el conocimiento⁷⁷¹.

En nuestro criterio, no cabe asimilar la presunción legal del ejercicio habitual del comercio del artículo 3 del Código de comercio⁷⁷² con una presunción de conocimiento

(Cendoj-ECLI:ES:APV:2013:3779), en una tercería de dominio promovida respecto de un inmueble ganancial trabado tras la disolución de la sociedad por fallecimiento de la esposa, colige el carácter consorcial de una deuda contraída vigente la comunidad conyugal por el cónyuge de aquella, administrador de una mercantil, como responsable solidario, con la SS, insistiendo en que los bienes comunes quedan sujetos a la actividad de comercio conocida y consentida que desarrolla cada esposo.

⁷⁶⁹ Califica GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Gestión y responsabilidad...*, *cit.*, págs. 474-475) la presunción de consentimiento conjunto de los arts. 7 y 8 CCo como cercana a las presunciones *iuris et de iure*, en tanto que no admite prueba en contrario distinta de la oposición formalizada en escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil.

⁷⁷⁰ RAGEL, «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1050.

⁷⁷¹ BELLO JANEIRO, *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge...*, *cit.*, pág. 448.

⁷⁷² Este artículo declara que «existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al

por el consorte del comerciante del ejercicio del comercio por este, lo que, a la postre, implicaría una suerte de presunción de ganancialidad pasiva en el supuesto de débitos comerciales contraídos individualmente cuando el cónyuge comerciante anuncie su establecimiento mercantil en la forma determinada en el precepto señalado, presunción esta que no deriva de norma alguna, como sería preceptivo para su existencia. En conclusión, el acreedor *ex commercio*, para que opere el consentimiento tácito del artículo 7 y poder realizar bienes comunes, debe advenir, a través de los distintos medios de prueba, entre ellos, las presunciones judiciales, en todos los supuestos el conocimiento efectivo por parte del cónyuge no deudor del ejercicio comercial por el otro⁷⁷³.

En el artículo 8 del Código de comercio el consentimiento presunto del cónyuge del deudor comerciante se anuda, no al conocimiento de la actividad comercial, como en el supuesto reflejado en el artículo anterior, sino al hecho objetivo de la continuación del desarrollo de la actividad mercantil por parte del deudor tras el matrimonio sin la oposición de aquel. Los acreedores no tendrán que advenir que existe conocimiento del ejercicio del comercio para atacar bienes comunes, bastando que, simplemente, prueben que esa actividad comercial desplegada por el cónyuge que contrae la deuda se inició antes de la celebración del matrimonio. Es decir, en la situación prevista en el artículo 7, a efectos de la vinculación de los bienes gananciales, los terceros habrán de acreditar que el cónyuge no deudor conoce la actividad comercial del otro partícipe en la sociedad, lo que, como es fácil imaginar, ordinariamente no presentará la más mínima dificultad, pero puntualmente, dependiendo de las vicisitudes familiares (por ej., separación física de los cónyuges o circunstancias que afecten a la capacidad del cónyuge no comerciante), puede no ser tan simple demostrarlo en sede judicial. En el

público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil».

⁷⁷³ En la STS de 29 de diciembre de 1987 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1987:8422), relativa a una tercería de dominio planteada por la esposa ante el embargo de bienes comunes en un juicio ejecutivo seguido, para hacer efectivas unas letras de cambio, a instancia de una entidad financiera contra su cónyuge, cofiador solidario de una mercantil de la que era accionista, constituida constante matrimonio, entre otros razonamientos habituales que se apuntan para no acoger la acción ejercitada, con respecto a la concurrencia del consentimiento tácito al ejercicio del comercio por el cónyuge de la interpelante, se reitera que «no se han impugnado por la recurrente las declaraciones de la sentencia de instancia relativas al conocimiento de la esposa del ejercicio del comercio por su marido e incluso su calidad de «colaboradora activa y en cargos directivos de otras empresas constituidas con su marido», lo que determina lógicamente la correcta aplicación de los artículos mil cuatrocientos trece del Código Civil (redacción anterior) y mil trescientos sesenta y cinco de la redacción por Ley 11/1981 y desde luego del Código de Comercio en sus artículos seis y siete a los que el último precepto civil se remite, máxime cuando (...) no consta oposición expresa de la recurrente al ejercicio mercantil profesional de su marido».

caso del artículo 8 la actividad probatoria se facilita, porque ese conocimiento de quien no genera la deuda viene a objetivarse y va ligado inexorablemente a la prolongación después del matrimonio del ejercicio del comercio previo al mismo por el deudor⁷⁷⁴.

Esta presunción de consentimiento del artículo 8 del Código de comercio es considerada como innecesaria por GARCÍA VILLAVERDE dado el ámbito del artículo 7, teniendo sentido en la regulación anterior del Código, cuando se diferenciaba entre comercio iniciado por la mujer antes del matrimonio o después de este, y, además, opina que está mal concebida, ya que se omite expresar que la presunción mencionada solo opera cuando el cónyuge del comerciante puede oponerse porque conoce que el otro cónyuge ejerce el comercio⁷⁷⁵.

En una línea distinta a la que se propone, se expone que la presunción de consentimiento se basa en una presunción de conocimiento por parte del consorte de la actividad comercial ejercida por el otro, por lo que, para destruir las presunciones mencionadas, le incumbe al primero la carga de la prueba de su desconocimiento, incluso aunque el comercio se ejerza notoriamente y en establecimiento mercantil abierto al público, con la subsiguiente exclusión de responsabilidad de los bienes comunes no adquiridos con las resultas del ejercicio del comercio⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ Dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (en «Art. 1.365», en *Comentario del Código Civil*, T. II, *cit.*, pág. 694) que la falta de mención en el art. 8 de la expresión «con conocimiento» es porque este es obvio por concurrir en la práctica totalidad de los casos, juzgando que si cuando comienza el ejercicio del comercio los cónyuges viven juntos ha de presumirse el conocimiento requerido, excepto en el supuesto de incapacidad del cónyuge del comerciante.

⁷⁷⁵ GARCÍA VILLAVERDE, «El ejercicio del comercio por persona casada», *cit.*, pág. 512.

⁷⁷⁶ SANCINIENA ASURMENDI, «Inscripción en el Registro Mercantil de la oposición de un cónyuge al ejercicio del comercio por parte del otro cónyuge», *cit.*, pág. 1527. Mantiene esta autora (*ibíd.*, pág. 1528) que el consentimiento se presume prestado cuando el cónyuge comerciante ejerce el comercio sin la oposición de su consorte, de manera que el silencio de este último viene a suponer su consentimiento para la afectación de la totalidad del patrimonio ganancial. También María José REYES LÓPEZ (en «La incidencia del régimen económico matrimonial sobre el control y la transmisión de la empresa familiar individual», en FERNÁNDEZ GIMENO y REYES LÓPEZ, *La empresa familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 58) considera que el consentimiento tácito presenta dificultades probatorias, de forma que habrá de presumirse que existe excepto en casos de estricta oposición, de donde se sigue en la práctica la vinculación del activo ganancial total por el ejercicio del comercio. Esta exégesis que infiere la ganancialidad del débito comercial asumido de forma disyunta de la simple inexistencia de oposición del cónyuge no deudor al ejercicio del comercio no puede ser compartida, dado que, en el supuesto del art. 7 CCo, esa falta de oposición no supone sin más el conocimiento de la actividad mercantil, sino que se trata de dos requisitos distintos cuya concurrencia acumulada ha de producirse para que opere el consentimiento tácito del que va a nacer el débito comercial consorcial. En este sentido, si no existe el conocimiento de la actividad mercantil requerido difícilmente puede significarse por el cónyuge del deudor *ex commercio* oposición expresa a su ejercicio, luego parece evidente que, salvo en la hipótesis del art. 8, no cabe traducir la no oposición en una presunción de consentimiento de la que resulta la sujeción del acervo social íntegro.

Si la empresa ganancial fue fundada por ambos cónyuges y está gestionada por estos, el consentimiento del que dimana la afección del haber ganancial íntegro se desprende, no tanto de la cofundación, sino de la cogestión del negocio, la cual supone que existiría un consentimiento recíproco para la vinculación de la totalidad de los bienes comunes⁷⁷⁷.

Juzga, por su parte, RAMS que han de entenderse modificados, no derogados, los artículos 6 a 11 del Código de comercio, siendo necesario, en su opinión, acometer una heterointegración del alcance de la limitación de la responsabilidad de los bienes comunes por el ejercicio del comercio. Considera RAMS que el consentimiento y la oposición del consorte del comerciante se proyectan sobre la responsabilidad y no operan sobre la actividad y que, por ello, carece de sentido que ese consentimiento pudiera ser tácito, debiendo tener ambos carácter formal y expreso por la exigencia de que consten en el Registro Mercantil, porque se trata de una modificación de la solvencia del comerciante individual⁷⁷⁸.

4.1.5.5. Oposición al ejercicio del comercio y responsabilidad patrimonial

La oposición expresa al ejercicio del comercio por el consorte del cónyuge que desarrolla la actividad mercantil, aunque más propiamente hay que referirse a una manifestación de voluntad de aquel, unilateral y no recepticia, contraria a la afección de los *demás bienes comunes* no contemplados en el inciso inicial del artículo 6 como consecuencia del ejercicio comercial por el comerciante, circunstancia esta realmente insólita y extraordinaria, no sujeta a fundamentación alguna⁷⁷⁹, determina el carácter

⁷⁷⁷ DÍEZ BALLESTEROS, *La empresa individual en el régimen de gananciales*, cit., pág. 354. Si existe fundación conjunta, pero no cogestión, aquella conforma un indicio para presumir el consentimiento ex art. 7 CCo.

⁷⁷⁸ RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*, cit., pág. 349.

⁷⁷⁹ Admiten expresamente que no es preciso justificar la oposición, BELLO JANEIRO (en *La defensa frente a tercero de los intereses...*, cit., pág. 449) y SANCIÑENA ASURMENDI (en *Régimen económico matrimonial del comerciante*, cit., págs. 135-136).

Esta postura que sostenemos sobre la inexigibilidad de que la oposición al ejercicio del comercio esté convenientemente fundamentada, y que resulta de la ausencia de requerimiento legal alguno en este sentido y del juego de la ganancialidad *ex voluntate* en el ámbito mercantil, en tanto en cuanto la oposición se dirige materialmente a impedir la vinculación del remanente del acervo común y no, como es lógico, a proscribir el ejercicio comercial, no es pacífica. Así, se discrepa de esa tesis por GIMÉNEZ DUART (en «Cargas y obligaciones del matrimonio», cit., pág. 549), que interpreta que la oposición a la actividad comercial por el consorte del comerciante no ha de ser cómoda o caprichosa, sino que tiene que estar basada en alguna de las causas que facultan para limitar la libertad o capacidad civil de la persona, es decir, la deficiencia mental o la prodigalidad, sin que, en caso contrario, de actuar correctamente el deudor, pueda el otro cónyuge hacer nada al respecto. En el supuesto de actuación incorrecta o negligente,

privativo de las deudas comerciales. En consecuencia, es imposible para los terceros atacar bienes gananciales diversos de los adquiridos con las *resultas* del ejercicio del comercio para la satisfacción de sus créditos. De esta manera, en último término, la naturaleza del débito en este ámbito y la extensión de la garantía patrimonial de los acreedores comerciales están condicionadas por la decisión libérrima y arbitraria de alguien que es ajeno a la relación contractual mercantil, si bien se reitera que el mecanismo de la oposición carece de aplicabilidad práctica plausible y relevante.

El fundamento de la institución de la oposición es cuestionado por SANCINIENA, autora para la que si los cónyuges quieren obviar la afección de los bienes gananciales como consecuencia del ejercicio del comercio por cualquiera de ellos tienen, entre otras soluciones, el recurso de la modificación del régimen económico matrimonial, infiriendo que no pueden acordar en el régimen mercantil una limitación que no sería viable en el Derecho civil, habida cuenta que en este ámbito las reglas de responsabilidad de los bienes gananciales son inderogables por los cónyuges⁷⁸⁰.

Una primera lectura del texto del artículo 11 del Código de comercio⁷⁸¹, que sigue obviando toda referencia al artículo 8, lleva a la conclusión equivocada de que la oposición al ejercicio del comercio del segundo precepto, que excluye la operatividad del consentimiento tácito previsto en esa norma para la vinculación del *totum* ganancial íntegro, a diferencia de lo que acaece con la oposición expresa del artículo 7, no necesita para su oponibilidad frente a terceros de escritura pública inscrita en el Registro Mercantil. Pero tal inferencia, carente de cualquier atisbo de razonabilidad y que obedeció en su momento a una omisión consciente del legislador⁷⁸², ha de rechazarse cuando en el artículo 22.1 del Código de comercio (87.6.º *ex* Reglamento del Registro

el cónyuge no deudor, para enervar el peligro, estaría habilitado para instar judicialmente la disolución de la comunidad.

⁷⁸⁰ SANCINIENA ASURMENDI, *Régimen económico matrimonial...*, cit., pág. 137.

⁷⁸¹ El art. 11 CCo preceptúa literalmente que «*los actos de consentimiento, oposición y revocación a que se refieren los artículos 7.º, 9.º y 10 habrán de constar, a los efectos de tercero, en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil. Los de revocación no podrán, en ningún caso, perjudicar derechos adquiridos con anterioridad*».

⁷⁸² En el derogado art. 21.8.º CCo, introducido por la Ley de 2 de mayo de 1975, en línea con lo que dispone el art. 11, se reiteraba la exigibilidad de la anotación tan solo de la oposición expresa y la revocación previstas en los arts. 7 y 10, lo que evidenciaba que la intención del legislador fue excluir deliberadamente el acceso al Registro de la oposición del art. 8 porque la misma no tenía que ser *expresa*, a diferencia de la oposición del art. 7. Abona esta interpretación el hecho de que, *ex* art. 21.7.º, solo se anotaba registralmente, al margen del consentimiento previsto en el art. 9, el consentimiento del art. 6 CCo cuando fuere expreso.

Mercantil)⁷⁸³ se dice expresamente que *en la hoja abierta a cada empresario individual se inscribirán (...) el consentimiento, la oposición y revocación a que se refieren los artículos 6 a 10*, luego es llano que existe una equiparación de la publicidad registral requerida para la eficacia de la oposición en las dos tipologías de consentimiento tácito contempladas legalmente.

A pesar de que la modificación legislativa que introdujo la exigencia de la publicidad registral de la oposición del artículo 8 tiene lugar en 1989, con anterioridad a la misma, y vigente, por tanto, el antiguo artículo 21.8.º del Código de comercio, ya se sostenía que, no obstante la omisión del artículo 11 y la falta de mención del carácter expreso de la oposición en el artículo 8, no cabía que esta última fuera tácita, y ello porque los artículos 7 y 8 obedecen a la misma razón; porque si se precisa que la revocación del consentimiento, aún presunto, sea expresa (art. 10), también ha de serlo la oposición; y, finalmente, porque resulta de difícil comprensión una oposición a la extensión de la responsabilidad que haya de derivarse de actos no expresos⁷⁸⁴.

En el caso de que la oposición al ejercicio del comercio del cónyuge del deudor comerciante no se inscriba en el Registro Mercantil y, sin embargo, la misma fuere conocida por los terceros, la deuda mercantil producida separadamente no será consorcial, sino privativa, y determinará, una vez probada por quien la alegue, la vinculación patrimonial mínima inherente a esta categoría de débitos, explicitada en el inciso inicial del artículo 6. Esta conclusión se alcanza porque el *tercero* al que alude el artículo 11 es el tercero de buena fe al que le son oponibles los actos sujetos a inscripción (artículo 21.1 del Código de comercio), siendo que, *ex artículo 21.4, la buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito*⁷⁸⁵.

⁷⁸³ Esta disposición, concordante con el anterior art. 21, luego modificada también por la Ley 2/1995, fue producto de la reforma acometida por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de Sociedades.

⁷⁸⁴ PÉREZ-JOFRE ESTEBAN, «El cónyuge comerciante con oposición de su consorte...», *cit.*, pág. 6 de la versión electrónica obrante en vlex.com.

⁷⁸⁵ PÉREZ-JOFRE (*ibíd.*, págs. 6 y 7) comenta que los terceros, acreedores o que contratan con el cónyuge comerciante, han de serlo de buena fe, de donde resulta que si se conocía la existencia de oposición expresa, aunque no estuviera documentada en escritura ni inscrita, aquellos no podrán invocar su falta, incumbiendo la carga de la prueba de esta circunstancia al comerciante o su cónyuge. Asimismo, VICENT CHULIÁ (en *Introducción al Derecho Mercantil*, *cit.*, pág. 118), en relación con la eficacia de la oposición frente a terceros de no verificarse los requisitos de escritura pública e inscripción registral, defiende que como los mismos no son constitutivos de la separación patrimonial del art. 6 CCo, sino que

La revocación del consentimiento, expreso o presunto, para obligar la totalidad de los bienes comunes a las *resultas* del ejercicio del comercio, prevista específicamente en el artículo 10 del Código de comercio⁷⁸⁶, posee idéntica virtualidad *ad extra* que la oposición, toda vez que, publicitada en la forma que se impone para esta, conlleva la inviabilidad de la afección de los bienes gananciales ordinarios por las deudas mercantiles contraídas por el cónyuge que desarrolla la actividad comercial y, en su caso, de la sujeción de los bienes propios del consorte de aquel⁷⁸⁷. Se diferencian las dos figuras en que la oposición juega *ex ante* y presupone, en su sentido más estricto, que no existe un consentimiento previo, y la revocación opera *ex post*, es decir, cuando concurre un consentimiento expreso o presunto precedente⁷⁸⁸.

4.2. ALUSIÓN AL TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CONCURSO DE PERSONA CASADA EN RÉGIMEN DE GANANCIALES

En la medida en que se trata de un aspecto relacionado con el objeto de la presente investigación y juzgarse, por ello, conveniente desde un punto de vista sistemático, se hará a continuación una breve referencia a la afección de los bienes

se trata de requisitos de mera publicidad frente a terceros de buena fe, esta puede suplirse acreditando que los terceros conocen efectivamente la oposición no plasmada con arreglo a lo prescrito legalmente.

⁷⁸⁶ Este artículo establece que «*el cónyuge del comerciante podrá revocar libremente el consentimiento expreso o presunto a que se refieren los artículos anteriores*».

⁷⁸⁷ Si bien esa revocación del consentimiento por parte del consorte del comerciante es poco menos que insólita, existen resoluciones judiciales que la han apreciado. Así, el AAP de Madrid de 17 de marzo de 2009 (TOL3.854.079), en una ejecución de títulos judiciales, para rechazar la afección del activo ganancial trabado por el débito *ex commercio* por el que se había despachado ejecución contra un cónyuge, concede virtualidad al burofax remitido por la esposa del ejecutado a la sociedad ejecutante, en el que le manifestaba a esta que revocaba el consentimiento para que su marido vinculase los bienes comunes del matrimonio en el ejercicio del comercio, a excepción de los adquiridos por las *resultas* del mismo, aunque admite el órgano judicial la responsabilidad consorcial por dos facturas de fecha anterior al acto de revocación *ex art. 11 CCo*. Puntualiza este auto que esa comunicación adquiriría plena efectividad en relación con la ejecutante sin necesidad de su inscripción en el Registro Mercantil porque aquella no gozaba de la condición de tercero. También la SAP de Madrid de 14 de noviembre de 2006 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2006:14100), para excluir del pasivo de la sociedad conyugal débitos generados por el marido comerciante, considera válida la revocación del consentimiento de la consorte de aquel no plasmado en escritura pública y, por tanto, sin acceso al Registro, habida cuenta que la esposa se dirigió vía burofax, con anterioridad al nacimiento y reclamación de las deudas, a todos los proveedores cuyos créditos se pretendían incluir en el pasivo social, haciendo constar la aludida revocación del consentimiento para que su marido vinculara los bienes gananciales en el ejercicio del comercio.

⁷⁸⁸ GARCÍA VILLAVERDE (en «El ejercicio del comercio por persona casada», *cit.*, págs. 515-516) alega que el derecho de revocación es consecuencia de dejar al arbitrio del cónyuge del comerciante la posibilidad de que ciertos bienes resulten o no afectados por el ejercicio del comercio por este último, excluyendo aquel autor que pueda revocarse el consentimiento presunto, en tanto que se trata de un mero no hacer. Niega esta posibilidad de revocar el consentimiento tácito, igualmente, BELLO JANEIRO (en *La defensa frente a tercero...*, *cit.*, pág. 454). Contrariamente, RAGEL SÁNCHEZ [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1051] admite expresamente la revocación del consentimiento presunto de los arts. 7 y 8, pero, como el mismo no está inscrito en el Registro Mercantil, habrá de procederse a la inscripción del cónyuge comerciante no inscrito y, seguidamente, a hacer lo propio con la reseñada revocación, la cual tiene efectos semejantes a la oposición.

comunes en el supuesto de concurso de la persona casada en régimen de gananciales, sin entrar ahora en prolijas cuestiones ajenas a nuestro estudio.

La sociedad de gananciales, que adolece de personalidad jurídica, no puede ser declarada en concurso, si bien sí es posible, conforme al artículo 25.1 de la Ley Concursal, que insten la declaración judicial conjunta de concurso aquellos deudores que sean cónyuges, facultándose, en el apartado segundo de la norma, a los acreedores para hacer lo propio respecto de sus deudores que estén casados⁷⁸⁹.

En contra, la capacidad concursal de la sociedad ganancial, en tanto que patrimonio separado, es afirmada por BERMEJO GUTIÉRREZ, quien, aduciendo que una herencia yacente o aceptada a beneficio de inventario puede ser declarada en concurso, como argumento de Derecho positivo para sostener esa inferencia, con apoyo en fuentes históricas, cita el artículo 1399.2 *in fine* del Código civil⁷⁹⁰, que completaría, en su criterio, lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley Concursal. Considera esta autora que la remisión que hace el legislador en esa disposición del Código civil a la concurrencia y prelación de créditos no se limita al orden de prelación de créditos, sino que ha de integrarse recurriendo al nuevo concurso de acreedores, que ha sustituido a los viejos procedimientos concursales, regulados antes de la reforma concursal en el Título XVII del Libro IV, cuya rúbrica alude precisamente a *la concurrencia y prelación de créditos*⁷⁹¹.

En el caso de concurso de la persona casada, como es lógico, *ex* artículo 77.1 de la Ley Concursal, se integrarán en la masa activa los bienes y derechos propios del cónyuge concursado (no solo a la fecha de la declaración de concurso, sino también los que se reintegren a su patrimonio o adquiera hasta la conclusión del procedimiento *ex* artículo 76.1). A su vez, según se ha dicho, indica el apartado segundo de la norma mencionada que «*si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la*

⁷⁸⁹ Por todas, dice la RDGRN de 24 de septiembre de 2010 (RJ 2010\5141) que *no existe la posibilidad de concurso de sociedad conyugal por carecer de personalidad jurídica*.

⁷⁹⁰ Declara este artículo que *respecto de las demás* (deudas de la sociedad), *si el caudal inventariado no alcanzase para ello, se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos*.

⁷⁹¹ BERMEJO GUTIÉRREZ, «Sociedad de gananciales, patrimonios separados y concurso», *cit.*, págs. 73-78.

*sociedad o comunidad conyugal*⁷⁹² y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso»⁷⁹³.

La causa de disolución prevista en el artículo 77.2 de la Ley Concursal no es, a juicio de PARRA LUCÁN, un medio de defensa equivalente al contemplado en el artículo 1373, el cual permite al cónyuge no deudor defender su posición en el patrimonio consorcial cuando se traban bienes comunes por débitos privativos de su consorte, porque esa opción de instar la disolución social de la norma concursal es más amplia que la que se prevé en el artículo 1373, por cuanto que juega siempre que se

⁷⁹² Concluye Miguel PRIETO ESCUDERO [en «El concurso de acreedores en la comunidad de gananciales», en O'CALLAGHAN MUÑOZ y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (Coords.), *Comunidad de gananciales. Cuestiones prácticas y actuales*, cit., pág. 329] que, aunque el concurso no es una causa legal de disolución de la sociedad de gananciales, en la práctica se instará la disolución y liquidación de aquella, porque al cónyuge no concursado le resulta perjudicial aportar a una sociedad conyugal en la que el otro cónyuge es insolvente y porque, además, interesa al concursado y sus acreedores para delimitar el activo realizable a efectos de un ulterior convenio o liquidación.

Considera Sebastián SASTRE PAPIOL [«Art. 84», en SAGRERA TIZÓN, SALA REIXACHS y FERRER BARRIENDOS (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal (Con Concordancias, Jurisprudencia y Formularios)*, T. 2 (Arts. 71 al 162), Bosch, Barcelona, 2004, pág. 1041] que la disolución de la comunidad ganancial se impondrá en la práctica para hacer efectivo el equilibrio entre patrimonios que inspira el sistema de relaciones entre las distintas masas patrimoniales que existen en este régimen económico matrimonial.

En cuanto a la disolución (sin liquidación) de la sociedad legal y su sustitución por el régimen de separación de bienes con carácter previo a la declaración de concurso, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid de 9 de mayo de 2011 (TOL2.241.934) se colige en el caso su inoponibilidad a los acreedores posteriores a tal modificación capitular por ausencia de publicidad registral y, asimismo, a los anteriores *ex art.* 1317 CC, sentándose, en fin, la ineficacia económica de la reiterada disolución a los efectos de conformar las masas privativas de los cónyuges concursados y la ganancial, sin perjuicio de su validez *inter partes*.

Para Henar ÁLVAREZ ÁLVAREZ (en «La sociedad de gananciales en concurso», en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, cit., pág. 42), aunque el art. 77.2 LC no dice nada sobre que sea el cónyuge concursado quien inste la disolución de la sociedad ganancial como estrategia de protección de los bienes comunes, cuando no se aprecien indicios de fraude o mala fe cabría que cualquiera de los cónyuges formule esa petición de disolución social, porque lo trascendente en esta sede es la existencia de bienes gananciales que respondan de las obligaciones del concursado.

No obstante la dicción de los arts. 77.2 LC y 1393.1.º CC, que parece sugerir lo contrario, esa legitimación del cónyuge concursado para instar la disolución judicial de la sociedad de gananciales se admite expresamente en el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid de 16 de enero de 2012 (TOL2.439.045).

⁷⁹³ En el art. 86.4 LC -e, igualmente, de forma prácticamente mimética en el art. 94.2, párrafo último- se establece que «cuando el concursado fuere persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, la administración concursal expresará, respecto de cada uno de los créditos incluidos en la lista, si sólo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo o también sobre el patrimonio común».

Esta exigencia duplicada, según Carmen GALÁN LÓPEZ [en «La responsabilidad de los bienes gananciales en el concurso del cónyuge», *RDCP*, n.º 1, 2004, pág. 4 de la versión electrónica obrante en *laleydigital360* (LA LEY 1239/2005)], viene a expresar la responsabilidad solidaria de los patrimonios privativo y ganancial o común respecto de las obligaciones contraídas por el cónyuge concursado que, en el contexto de las diversas masas patrimoniales del matrimonio, se atribuyen a la sociedad de gananciales, recogándose, de esta forma, en el ámbito concursal el principio explicitado en el art. 1369 CC.

integren aquellos bienes en la masa activa, aun cuando ello tenga lugar para responder por deudas comunes⁷⁹⁴.

Los bienes comunes, bien sea directamente por débitos gananciales (arts. 1365, 1366 y 1368 CC y 6 y ss. CCo), bien sea de forma subsidiaria, *ex* artículo 1373, por deudas privativas, están siempre afectos por las obligaciones asumidas por el cónyuge deudor. Por tanto, habrá que concluir, no obstante la ambigua expresión legal del artículo 77.2 de la Ley Concursal (*cuando deban responder de obligaciones del concursado*), que parece sugerir, equivocadamente, la posibilidad de la inexistencia de una sujeción de la masa consorcial por deudas contraídas por un cónyuge, que el haber consorcial, junto con el caudal propio del deudor insolvente, formará parte en todo caso de la masa activa del concurso⁷⁹⁵.

Este aparente condicionamiento, en el artículo 77.2, de la inclusión de los bienes gananciales en la masa activa del concurso a que deban responder por las obligaciones del deudor concursado, supuesto que, como se ha reflejado, concurrirá por fuerza, por cuanto que toda deuda común o privativa de aquel vincula el patrimonio ganancial de acuerdo con los artículos 1369 y 1373, habida cuenta de la natural insuficiencia de sus bienes privativos, ha desaparecido del tenor del artículo 82.1, el cual obliga a la administración concursal a incluir en el inventario *bienes y derechos gananciales o comunes* sin excepción⁷⁹⁶.

En principio, los bienes privativos del consorte del cónyuge concursado o cónyuge *in bonis* no se integran en la masa activa concursal, como deriva del tenor de los artículos 76.1⁷⁹⁷ y 77.1, preceptos estos que no incluyen el haber propio del cónyuge no deudor en aquella, y también de los artículos 82.1, 86.4 y 94.2.3. Sin embargo, ha de ponerse de manifiesto que su integración resultaría lógica cuando el cónyuge concursado tenga la cualidad de comerciante y el no deudor, en los términos ya

⁷⁹⁴ PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Concurso de acreedores y consorcio conyugal», *Actas de los Decimonovenos Encuentros del Foro Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2010, pág. 122, http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n004653_Concurso%20de%20acreedores%20y%20consorcio%20conyugal.pdf (Consulta: 15/07/2017).

⁷⁹⁵ Comparte esta posición, mayoritaria, que se propone José Luis ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, «Régimen de gananciales y concurso de acreedores: Estudio de la situación del cónyuge *in bonis* y de sus acreedores», *ADC*, T. LXVI-I, 2013, págs. 158-162.

⁷⁹⁶ GUILARTE GUTIÉRREZ, «La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado», *ADCo*, n.º 5, 2005, pág. 12 de la versión electrónica (BIB 2005\1065).

⁷⁹⁷ Dispone este artículo que *constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento.*

explicados en este trabajo, *ex* artículo 9 del Código de comercio, consienta expresamente en cada caso que su patrimonio privativo quede obligado, frente a los acreedores *ex commercio*, a las resultas del ejercicio del comercio por el cónyuge insolvente⁷⁹⁸. Asimismo, considerando su sujeción subsidiaria según el artículo 1319.2, debería poder incardinarse en tal masa, pero tampoco es viable, el caudal privativo del cónyuge no deudor en el supuesto de que existan créditos que se correspondan con débitos gananciales domésticos asumidos por el concursado en el ámbito del artículo 1319.1.

En el plano pasivo, el artículo 49.1 *ex* Ley Concursal determina que una vez declarado el concurso, con las excepciones que se prevén, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva de aquel. A su vez, dispone específicamente el párrafo segundo del reiterado artículo, adicionado tras la reforma acometida por la Ley 38/2011, que «*en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal*».

Antes de la citada reforma, que suprimió el inciso segundo del artículo 84.1⁷⁹⁹ y, según acabamos de exponer, adicionó el transcrito apartado segundo del artículo 49, se criticaba por CUENA CASAS la exclusión, de conformidad con la versión original del primer precepto, de los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* de la masa pasiva, lo que producía el contrasentido de que cobraban antes sobre la masa ganancial los

⁷⁹⁸ Sostienen la integración en la masa activa del concurso de los bienes privativos del consorte del cónyuge comerciante concursado en esta hipótesis Emelina SANTANA PÁEZ y Santiago SENENT MARTÍNEZ, «Liquidación del régimen económico matrimonial, con especial referencia al concurso de las personas físicas. Incidencia de la Ley 22/2003 de 7 de julio en las normas del CC y la LEC relativas a la responsabilidad por deudas contraídas por un cónyuge casado en régimen de gananciales», en LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ *et al.*, *El Derecho de familia. Novedades en dos perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 108.

En sentido opuesto, con respecto a la posibilidad de incluir en la masa activa concursal los bienes propios del cónyuge *in bonis* cuando el mismo haya consentido expresamente que se obliguen tales bienes -art. 9 CCo- y aquel conste en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil, Daniel VÁZQUEZ ALBERT [en «Art. 77», en SAGRERA TIZÓN, SALA REIXACHS y FERRER BARRIENDOS (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal...*, T. 2 (Arts. 71 al 162), *cit.*, págs. 982-983] dice que, si bien en una interpretación finalista parece que es admisible, porque el criterio del legislador es integrar en la masa los bienes que responden de las obligaciones del concursado, remitiéndose al régimen extraconcursal, lo cierto es que el tenor literal de la ley (art. 77 LC y otras normas) dificulta esa exégesis y concede al consorte del concursado un derecho de separación absoluta por lo que atañe a sus bienes privativos.

⁷⁹⁹ El inciso segundo del art. 84.1 anterior a la reforma de 2011 decía que «*en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad o comunidad conyugal*».

acreedores privativos del concursado que los acreedores comunes de su cónyuge, con infracción del artículo 1399 del Código civil. Afirmaba, así, esa autora que la inclusión de bienes gananciales en la masa activa concursal debería llevar aparejada la correlativa integración de todos los acreedores gananciales en la masa pasiva, hayan contratado con el concursado o con su consorte⁸⁰⁰.

La limitación del patrimonio responsable y disponible del cónyuge no concursado en la legislación anterior a esa reforma de la Ley Concursal, conformado exclusivamente por sus bienes privativos, al incluirse en la masa activa los bienes comunes, generaba un aumento de las posibilidades de que el cónyuge *in bonis* incurriera en insolvencia al no poder cumplir regularmente las obligaciones que le fueran exigibles solo con ese caudal propio⁸⁰¹.

Se ha afirmado que, mientras que a la satisfacción de los créditos contra el deudor a cargo de la masa común están vinculados bienes privativos y comunes o gananciales, a la exacción de los créditos que estén a cargo del caudal privativo solo se afecta este patrimonio, con exclusión de bienes comunes, ya que la Ley Concursal (actualmente en sus artículos 86.4 y 94.2.3) señala que esos créditos sólo podrán

⁸⁰⁰ CUENA CASAS, Matilde, «La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 12, 2010, págs. 2 y 10 de la versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 35/2010). Mantenía CUENA (*op. cit.*, pág. 10) que el antiguo art. 84.1 contravenía normas del sistema que el legislador parecía querer violentar para salvaguardar los intereses de los acreedores concursales y que solo si se interpretaba que la liquidación de la sociedad de gananciales debía ser previa tenía sentido la norma del art. 84, pues en la misma habría de contarse con todos los acreedores gananciales con independencia del cónyuge con el que hayan contratado. Para ARJONA GUAJARDO-FAJARDO (en «Régimen de gananciales y concurso de acreedores...», *cit.*, pág. 169) lo que condujo al legislador a excluir de la masa pasiva las obligaciones en las que el cónyuge concursado no ostentara la cualidad de deudor, con independencia de su naturaleza, fue la consideración de que la conexión entre el derecho del acreedor y los bienes realizables se produce a través de la persona del deudor.

Esta aparente exclusión de la masa pasiva del concurso de los débitos gananciales individualmente asumidos por el cónyuge no concursado bajo la vigencia del antiguo art. 84.1 LC era matizada por GUILARTE GUTIÉRREZ (en «La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado», *cit.*, pág. 16 de la versión digital), que propugnaba que la exclusión del enunciado artículo se refería a las deudas privativas del art. 1373 CC, pero nunca a las comunes o gananciales concertadas individualmente *ex art.* 1365 y contempladas en el art. 1369 CC.

Pensamos que esta solución, a pesar de la lógica de la propuesta, pugnaba con la dicción legal, que aludía a los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad o comunidad conyugal, mención esta que, empleando anómalamente en sede de responsabilidad externa el vocablo *cargo*, era palmariamente comprensiva de los débitos consorciales de los arts. 1365, 1366 y 1368 CC y que presentaba, en cierta forma, una estructura gramatical similar a la del art. 1369 CC, relativo a esa tipología de deuda, sin que, en rigor, las deudas privativas de un cónyuge sean créditos a cargo de la sociedad, por mucho que no se ignore la afección supletoria del acervo común por aquellos débitos.

⁸⁰¹ BLANQUER UBEROS, «El concurso de los cónyuges en gananciales o impropiaemente el concurso del matrimonio», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 9, 2008, pág. 10 de la versión electrónica obrante en *laleydigital360* (LA LEY 39510/2008).

hacerse efectivos sobre los bienes privativos del deudor, lo que parece descartar la existencia de cualquier responsabilidad subsidiaria del activo ganancial por las obligaciones privativas del cónyuge deudor⁸⁰².

Juzgamos que la sujeción subsidiaria de la masa común por los débitos privativos del cónyuge concursado resulta imperativa *ex* artículo 1373. Es obvio que, en el sistema ganancial, los bienes comunes responden, no solo por las deudas gananciales contraídas por uno o ambos cónyuges, sino, asimismo, supletoriamente, por las deudas propias del cónyuge deudor, en los términos que explicita aquel artículo, sin que la interpretación de la normativa concursal pueda alterar las reglas de responsabilidad externa de la sociedad legal.

Como se ha comentado con carácter antecedente, el artículo 77.2 prescribe la integración en la masa activa del concurso de los bienes gananciales *cuando deban responder de obligaciones del concursado* y no es objetable, en este sentido, que los mismos están indefectiblemente afectados, tanto por débitos comunes, por imperativo dimanante de los artículos 1365, 1366 y 1368, como por deudas propias del concursado *ex* artículo 1373. De esta manera, no procede inferir, a partir de la mención citada de los artículos 86.4 y 94.2.3 de la Ley Concursal, que los créditos por deudas propias del concursado únicamente vinculan el acervo privativo de este.

En el artículo 78.4 de la Ley Concursal, adicionado en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Concursal ante el Senado⁸⁰³, y cuya ubicación es cuestionable desde un punto de vista sistemático⁸⁰⁴, se establece el derecho del cónyuge del concursado a que en la liquidación de la sociedad de gananciales se incluya preferentemente en su haber la vivienda habitual del matrimonio de carácter consorcial, hasta donde alcance el mismo o abonando el exceso en el supuesto de que el valor de la vivienda exceda del que corresponda a su parte en la comunidad.

⁸⁰² GALÁN LÓPEZ, «La responsabilidad de los bienes gananciales...», *cit.*, pág. 5 de la versión electrónica.

⁸⁰³ Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 101-23, de 19 de junio de 2003, pág. 672.

⁸⁰⁴ Comenta Vicente MAGRO SERVET [en «La responsabilidad concursal de los bienes propios y comunes del deudor y la influencia del régimen económico matrimonial en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», *Diario La Ley*, n.º 6213, 2005, pág. 20 de la versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 908/2005)] que carece de sentido lógico extraer esta cuestión relativa a la liquidación de la sociedad de gananciales o a la disolución de la comunidad del art. 77, en cuyo apartado segundo se disciplina la actuación del cónyuge del concursado en caso de concurso, para situarla en el art. 78.4.

El ejercicio de este derecho de atribución preferente, previsto, por lo demás, en los artículos 1406.4.º y 1407 del Código civil en la hipótesis de fallecimiento del otro cónyuge, exige que la vivienda sea la habitual de la familia, es decir, que se trate de un inmueble que permita realizar una vida en común a aquella, que tenga carácter ganancial y que el cónyuge no deudor haya instado la disolución del consorcio⁸⁰⁵.

⁸⁰⁵ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, María Victoria, «El concurso de persona casada: una aproximación a su regulación por la Ley Concursal», *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, n.º 3, 2010, págs. 429-430.

CAPÍTULO V

LA RESPONSABILIDAD CONSORCIAL POR LAS OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES INDIVIDUALMENTE CONTRAÍDAS

5.1. LA SUJECCIÓN *ERGA OMNES* DE LA MASA COMÚN POR LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES INDIVIDUALMENTE CONTRAÍDAS POR UN CÓNYUGE

5.1.1. Introducción

El artículo 1366, cuyo antecedente normativo es el analizado artículo 1410.2 y 3 *ex* Código civil de 1889⁸⁰⁶, y al que hemos de referirnos nuevamente dada la doble proyección de aquel, viene a unificar formalmente, con la salvedad que contempla *in fine* la disposición, los conceptos de débito ganancial y carga definitiva del consorcio cuando se trata de obligaciones extracontractuales contraídas efectivamente por un solo cónyuge en las hipótesis recogidas en el artículo. No obstante, tal como se ha sostenido y se reiterará, consideramos que la excepción contenida en el inciso final del precepto tan solo ha de jugar en la relación intraconyugal, debiendo, así, con carácter general, atenderse la responsabilidad externa por la actuación separada de los cónyuges, para la protección de los intereses de terceros, a criterios formales, escasamente compatibles con las nociones de *dolo* o *culpa grave*⁸⁰⁷.

Por lo tanto, la calificación de la deuda extracontractual como consorcial se subordina a que la actuación del cónyuge deudor que la genera, aparentemente al menos, esté orientada al beneficio de la sociedad conyugal o se ejecute en el ámbito de la administración, ordinaria o extraordinaria, de bienes privativos o comunes. En sentido opuesto, si no se adviera por el acreedor esa circunstancia, la obligación extracontractual será privativa y llevará aparejado el compromiso directo de sus bienes propios y el subsidiario de la masa común, en los términos contenidos en el artículo 1373⁸⁰⁸.

⁸⁰⁶ Manifestaba LACRUZ (en *Derecho de familia. El matrimonio y su economía, cit.*, pág. 523) que, analizando el fundamento del derogado art. 1408.1.º CC, orientado a no defraudar la justa expectativa de los acreedores que contratan voluntariamente con el marido, que se contraía al régimen del art. 1410, precepto en el que los acreedores, o no gozaban de expectativas sobre los bienes comunes, o eran involuntarios, se infiere que el término *contraídas* de la primera disposición se refería, exclusivamente, a las obligaciones contractuales, respondiendo la masa ganancial por las no contractuales en la forma prevista en la segunda norma.

⁸⁰⁷ Esta tesis ya la hemos manifestado en FABAR CARNERO, «Aproximación al régimen de responsabilidad externa...», *cit.*, pág. 681.

⁸⁰⁸ Considera BARCELÓ DOMÈNECH (en *Responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales de un cónyuge*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 32) que el legislador, en lugar de crear en un precepto un régimen específico para las deudas extracontractuales, podría haber definido en los arts. 1362 y 1365 todos los débitos que constituyen el pasivo social, sirviendo en esa hipótesis la norma del art. 1366 para excluir ciertas deudas de ese pasivo, como las

En el supuesto de obligaciones extracontractuales contraídas conjuntamente por ambos cónyuges no resulta de aplicación el artículo 1366, que alude literalmente a la actuación conyugal disyunta al hablar, en singular, de *las obligaciones extracontractuales de un cónyuge*, derivando, indefectiblemente, la ganancialidad de la deuda en ese caso de actuación conjunta de lo normado en el artículo 1367, con la vinculación solidaria o indistinta de la totalidad de las tres masas patrimoniales implicadas sin sujeción a requisito alguno⁸⁰⁹.

5.1.2. La noción de obligaciones extracontractuales

Precisar el concepto de *obligaciones extracontractuales* del artículo 1366, inédito en el resto del Código, es una cuestión polémica en la doctrina, que viene suscitada por la vaguedad de esa expresión, la cual puede aludir, desde una perspectiva expansiva, apoyada en la literalidad de la mención legal, a todas aquellas obligaciones *que no proceden de un contrato*, según la acepción del adjetivo *extracontractual* que proporciona la Real Academia Española⁸¹⁰, o, desde una óptica más restringida y próxima al supuesto arquetípico de esta tipología obligatoria, a la responsabilidad civil extracontractual de los artículos 1902 y siguientes del Código civil⁸¹¹.

dimanantes de delito, que serían privativas o, incluso, cabría que las mismas fueran reputadas como consorciales, si bien afectando únicamente al pasivo provisional.

Como luego expondremos, las deudas por responsabilidad civil derivada del ilícito penal perpetrado por un cónyuge, no así por las multas impuestas al mismo en la sentencia penal, si la conducta delictiva de aquel está conectada a una actuación inscrita, aparentemente, en el ámbito material predefinido en el art. 1366, son gananciales. El gasto generado, habida cuenta de la necesaria concurrencia de dolo o culpa grave en el ámbito penal, no constituirá una carga de la comunidad por la proyección *ad intra* de la excepción legal plasmada en esa disposición. Conforman este, en suma, un supuesto de responsabilidad puramente provisional y directa del consorcio.

⁸⁰⁹ RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, págs. 1075-1076] insiste en que la obligación extracontractual causada por la acción u omisión de ambos cónyuges (o por un hijo común sujeto a la guarda de aquellos) es una deuda ganancial según el art. 1367 CC, pero es preciso a tal efecto que la sentencia declare la existencia de una obligación extracontractual de los dos cónyuges. También María del Rosario MARTÍN BRICEÑO [en «La responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales de un cónyuge (1)», *La Ley Derecho de familia (Revista jurídica sobre familia y menores)*, n.º 8, 2015, pág. 3 de la versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 5936/2015)] restringe la operatividad del precepto a la actuación singular de los cónyuges.

⁸¹⁰ Esta posición se defiende por LACRUZ (en *Elementos*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, págs. 428-429) apuntando que el contexto normativo y la referencia, no solo a la actuación en el ámbito de la administración de los bienes, sino igualmente en beneficio de la sociedad conyugal, permiten mantener una tesis amplia. Postura esta que es compartida por autores como, entre otros, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (en *Responsabilidad patrimonial...*, *cit.*, págs. 45-46); BARCELÓ DOMÉNECH (en *Responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales de un cónyuge*, *cit.*, págs. 64-65); BUSTOS MORENO (en *Las deudas gananciales y sus reintegros*, *cit.*, pág. 319); o TORRALBA SORIANO (en «Art. 1.366», en *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1693).

⁸¹¹ Un alcance limitado del concepto de *obligación extracontractual* es propuesto por LÓPEZ PÉREZ (en «Aspectos externo e interno de responsabilidad...», *cit.*, pág. 762), quien mantiene que la norma comprende las obligaciones contraídas por culpa o negligencia -art. 1902- y las originadas por la

Entendemos que no existe razón objetiva alguna para limitar la proyección de la noción de obligación extracontractual exclusivamente al ámbito de la responsabilidad civil aquiliana, aunque esta sea la sede donde debería aplicarse por antonomasia la regla de responsabilidad que se examina. Por tanto, habrán de comprenderse, asimismo, en el concepto legal, considerando la enumeración de fuentes de las obligaciones del artículo 1089 *ex* Código civil, las obligaciones nacidas de la ley, de los cuasicontratos y, solo por lo que respecta a la esfera externa, también las surgidas de la comisión de ilícitos penales.

5.1.2.1. Las obligaciones derivadas de la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana como supuesto paradigmático de aplicabilidad del precepto

Con carácter introductorio, puede significarse que la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana⁸¹² alude a aquellos supuestos de producción del daño a otra persona sin que exista una previa relación jurídica entre su autor y esta última⁸¹³.

responsabilidad objetiva -art. 1903-, o ABELLÓ MARGALEF (en «Notas sobre las cargas y obligaciones...», *cit.*, pág. 811), para el que siempre ha de tratarse de la responsabilidad contemplada en el art. 1902 CC, incluyéndose las responsabilidades del propietario por los daños provocados por animales y otras causas -arts. 1905 y ss.-. En cuanto al ámbito formal del precepto, RAMS (en *La sociedad de gananciales*, *cit.*, pág. 352) circunscribe el art. 1366 a las acciones y omisiones, no de naturaleza penal, que causan daño a un tercero, siempre que este no derive del dolo o culpa grave imputable al cónyuge deudor. En una línea asimismo restrictiva, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (en «Art. 1.366», *Comentario del Código Civil*, T. II, *cit.*, pág. 698) excluye del régimen del art. 1366 a las obligaciones *ex lege*, particularmente, las fiscales o las cuasicontractuales contraídas por un cónyuge, que seguirían el régimen general de las cargas y obligaciones de la sociedad.

La operatividad de la disposición legal, según BELLO JANEIRO (en *La defensa frente a tercero...*, *cit.*, pág. 408), debe restringirse a partir de las limitaciones contenidas en aquella (fundamentalmente, dolo y culpa grave) y no en función del ámbito a que se refiere la desafortunada expresión legal, cuya precisión requeriría un análisis profundo de los arts. 1089, 1092 y 1093 CC.

⁸¹² Aludiendo al precedente remoto de la responsabilidad extracontractual, en el Derecho romano, como recuerda GARCÍA GARRIDO (en *Diccionario de jurisprudencia romana*, *cit.*, pág. 217), el delito de daño injustamente causado, tipificado por la *Lex Aquilia de damno*, requería la concurrencia de injusticia -*iniuria*-, que era una acción contraria al Derecho; culpa o conducta negligente del causante del daño, exigiéndose, en principio, un comportamiento positivo y no respondiéndose por una omisión, salvo que estuviese vinculada a una actividad anteriormente iniciada; y daño -*damnum*- o pérdida o disminución patrimonial sufrida por culpa de otro, debiendo existir una relación de causalidad entre el daño producido y la acción.

⁸¹³ ROGEL VIDE, Carlos, *La responsabilidad civil extracontractual (Introducción al estudio jurisprudencial)*, Civitas, Madrid, 1977, pág. 41. Suscriben una noción similar COLIN y CAPITANT [en *Curso elemental de Derecho civil* (con notas sobre el Derecho civil español por DE BUEN), T. III (*Teoría general de las obligaciones*), Reus, Madrid, 1924, pág. 725]; PUIG PEÑA [en *Compendio de Derecho Civil Español*, T. III (*Obligaciones y Contratos*), Vol. 2, Ediciones Nauta, Barcelona, 1966, pág. 1167] y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ (en «Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas», *AJEE*, n.º 46, 2013, pág. 207).

La dualidad constituida por responsabilidad contractual y extracontractual, según matiza DE ÁNGEL YÁGÜEZ [en *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 25-26], está sometida a severa discusión y resulta controvertido si se justifica o no el distinto tratamiento de ambas tipologías de responsabilidad,

La constante renovación del Derecho de daños es realizada por LÓPEZ JACOISTE, resaltando que la incidencia de eventos lesivos y la justificación de las indemnizaciones provoca una justicia conmutativa constantemente *in fieri*, la cual actúa sobre la trama histórica de accidentes globalmente previsibles, pero siempre nuevos en su singularidad atendiendo a lo peculiar de sus circunstancias⁸¹⁴.

Frente a esa noción de responsabilidad extracontractual, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2007 conceptúa la responsabilidad como contractual «*cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquel y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo -el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al artículo 1.258 del Código Civil- y otro subjetivo -la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento o deficiente cumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe-*»⁸¹⁵.

Afirmaba GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ que el sistema tradicional de responsabilidad civil extracontractual se fundamenta en el principio «*alterum non laedere*», establecido en el artículo 1902 del Código civil, presentándose la culpabilidad como un elemento subjetivo de la responsabilidad y resultando precisa, para que aquella se estime, la concurrencia de una acción u omisión, la lesión o daño, la antijuricidad o ilicitud, la culpa del agente y la relación de causalidad entre el daño y la falta⁸¹⁶.

refiriéndose el citado autor al fenómeno de la *progresiva difuminación de los criterios de distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual*. Lo insatisfactorio de la escisión entre responsabilidad contractual y extracontractual se exalta por Luis Fernando REGLERO CAMPOS [en «Conceptos generales y elementos de delimitación», en REGLERO CAMPOS (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2.^a ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pág. 127], quien opina que resulta absurdo que para solicitar la indemnización por unos mismos daños el régimen jurídico sea distinto según se considere que el origen de aquellos es contractual o extracontractual, contando, por otra parte, con la inseguridad que supone que, con frecuencia, no exista una jurisprudencia homogénea sobre la materia.

⁸¹⁴ LÓPEZ JACOISTE, José Javier, «Cien años de horizonte extracontractual», en VV. AA., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1160-1161. Conectando con la idea anterior, comenta Elena VICENTE DOMINGO (en «El daño», en *Tratado de responsabilidad civil*, cit., pág. 220) que la progresión de los supuestos de daños reparables constituye un fenómeno creciente, tanto en el ámbito de daños patrimoniales, como en el de no patrimoniales, destacando, entre estos, los daños estrictamente personales.

⁸¹⁵ STS de 31 de octubre de 2007 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2007:6937).

⁸¹⁶ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *La responsabilidad en el uso de vehículos a motor. Aspectos procesales*, Ed. Forum, Oviedo, 1990, pág. 90. No obstante, como expone José Manuel BUSTO

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1989, después de resaltarse la concomitancia entre responsabilidad contractual y extracontractual en cuanto a producción de un daño o lesión, atribución del mismo a un sujeto -imputabilidad- y la obligación indemnizatoria, se pone de manifiesto la diferenciación esencial entre ambas categorías de responsabilidad. Consiste la distinción en que, en tanto la contractual nace como consecuencia lógico-jurídica del incumplimiento de los términos de un negocio, la extracontractual dimana de un ilícito civil que produce el daño, al margen de todo incumplimiento o infracción, lo que implica que en las dos clases de culpa su finalidad sea reparadora, sin perjuicio de las que específicamente puedan derivar del incumplimiento del contrato⁸¹⁷.

La operatividad práctica del artículo 1366 se halla dificultada, en opinión de BARCELÓ, por la controversia existente sobre la conexión entre las dos formas de responsabilidad civil y por la doctrina jurisprudencial que acepta que la víctima del daño elija el cauce, contractual o extracontractual, que más se adecue a sus intereses en las situaciones en que un mismo hecho constituye simultáneamente un incumplimiento contractual y una vulneración del principio *neminem laedere*⁸¹⁸.

LAGO (en *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 192), la noción de *hecho ilícito* del art. 1902 no comprende el ámbito completo de la responsabilidad extracontractual, dejando fuera los supuestos de responsabilidad indirecta (arts. 1903 y ss. CC) y los casos de responsabilidad objetiva.

Como diferencia relativa entre responsabilidad contractual y extracontractual, se anota por SANTOS BRIZ (en *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 2.ª ed., Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, pág. 91) que la primera exige cuando menos la concurrencia de culpa leve, en tanto que la segunda puede darse aunque se trate de culpa levísima, aludiendo el art. 1101 CC, respecto de la responsabilidad contractual, simplemente a «negligencia», sin excluir ningún grado de la misma, mientras que, en cuanto a la extracontractual, el art. 1089 hace referencia a «cualquier género de culpa o negligencia», pero esta coincidencia no excluye que en materia contractual no toda negligencia entra en el marco de lo negocial y exigible.

⁸¹⁷ STS de 3 de febrero de 1989 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1989:8937). El fundamento común y la idéntica finalidad reparadora de la responsabilidad contractual y extracontractual se recoge también en la STS de 30 de diciembre de 1981 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1981:175).

⁸¹⁸ BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad de los bienes gananciales...*, cit., pág. 60. Comparte esta orientación, asimismo, BUSTOS MORENO, *Las deudas gananciales...*, cit., pág. 318.

Como reseña la STS de 29 de octubre de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2008:5541), en virtud de la teoría de la unidad de culpa civil el perjudicado por un evento dañoso puede basar su pretensión contra el causante del daño invocando conjunta o cumulativamente la fundamentación jurídica propia de la responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y concordantes) y contractual (arts. 1101 y concordantes). Por su parte, la STS de 29 de noviembre de 1994, citada por la anterior (Cendoj-ECLI:ES:TS:1994:7745), incide en esa doctrina, arguyendo que no basta que exista un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana en la órbita de lo pactado, resultando aplicables los arts. 1902 y ss. a pesar de la preexistencia de una relación contractual. Cuando un hecho dañoso, continúa la resolución, viola una obligación contractual y, al mismo tiempo, el deber general de no dañar a otro, se produce una yuxtaposición de responsabilidades, dando lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una u otra, o, en su caso, proporcionando los

La concurrencia de culpa en la conducta activa u omisiva del eventual responsable del evento dañoso, como concluye el Tribunal Supremo, continúa siendo imprescindible para que pueda inferirse responsabilidad civil extracontractual, en tanto en cuanto lo exige el artículo 1902 (*interviniendo culpa o negligencia*), sin que quepa configurar una responsabilidad simplemente objetiva o por riesgo prescindiendo de aquel elemento esencial, la cual no tiene acomodo en el ámbito del precepto señalado. Expresa el Alto Tribunal que «*el mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de culpa -demostración de que «faltaba algo por prevenir»-, puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el artículo 1902 CC*»⁸¹⁹.

Resalta LASARTE que el ordenamiento español ha de incluirse en la concepción del Derecho moderno que conserva el dogma de la responsabilidad culposa o subjetiva, coonestándolo con supuestos de responsabilidad objetiva, cada vez más frecuentes e importantes, hasta el extremo de que cabe inferir que la responsabilidad objetiva es actualmente la regla general y la culposa o subjetiva la excepción⁸²⁰.

Sostienen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que cuando el legislador acoge el sistema de responsabilidad sin culpa, simultáneamente obliga al potencial responsable a

hechos al órgano judicial para que se apliquen las normas en concurso que más se acomoden a los mismos, en favor de la víctima y para conseguir un resarcimiento lo más completo posible. Por último, en la STS de 23 de diciembre de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2004:8406) se destaca que la doctrina judicial, partiendo de la perspectiva de la unidad de la culpa civil, matizada, no obstante, por algunas resoluciones, ha venido declarando que lo único vinculante para el juzgador, desde la óptica de la congruencia, son los hechos de la demanda, gozando aquel de libertad para incardinar la conducta del interpelado en la culpa contractual o extracontractual en virtud del principio *iura novit curia*.

Relacionando esta posición de la jurisprudencia con la cuestión de la ganancialidad de la deuda indemnizatoria extracontractual, ha de entenderse que la vinculación *ad extra* de la masa común *ex art. 1366* no va a exigir, en consecuencia, que la acción ejercitada por el perjudicado se base en los arts. 1902 y ss. CC y no en los arts. 1101 y ss., sino que, con independencia del tipo de acción que se ejercite por el interpelante, lo trascendente a tales efectos, con ciertas matizaciones, será que de los hechos alegados y probados por este se infiera judicialmente que la actuación del cónyuge deudor es subsumible en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

⁸¹⁹ STS de 18 de marzo de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2016:1161). Esta resolución, que sintetiza la doctrina jurisprudencial sobre los aspectos más relevantes relativos a la responsabilidad civil extracontractual, considera que la apreciación de la culpa es una valoración jurídica que resulta de la confrontación entre el comportamiento que causa el daño y el requerido por el ordenamiento jurídico, constituyendo la culpa un comportamiento no conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles de acuerdo con las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, sin que el simple cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado excluya por sí solo el denominado “reproche culpabilístico”.

⁸²⁰ LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, T. II, *Derecho de obligaciones*, 21.ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2017, pág. 288.

asegurarse contra las consecuencias de su actuación, lo que conlleva que, teniendo en cuenta la traslación de costos al precio del producto, las víctimas de los daños sean las que se aseguren la percepción de la indemnización de la entidad aseguradora, no del responsable⁸²¹.

El Tribunal Supremo niega que el riesgo se haya erigido en criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902, no adecuándose la objetivación de la responsabilidad civil a los principios que informan su regulación positiva, incidiendo en que la responsabilidad extracontractual atiende al principio de la culpa del autor del daño, porque, en otro caso, se estaría ante una responsabilidad por el resultado, propia de épocas primitivas (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 2008)⁸²².

En aquellos supuestos en los cuales el perjudicado sufre el daño como producto de una actuación no basada en criterios de culpa y goza de los denominados *expedientes de presunciones de responsabilidad*, que, acreditando el daño, exoneran a aquel de probar culpa y relación de causalidad, se mantiene por YÁÑEZ VIVERO que existe una

⁸²¹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II (T. 2), *Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 10.ª ed. (Reimpresión), Tecnos, Madrid, 2013, págs. 315-316.

⁸²² STS de 3 de diciembre de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2015:5414).

Sobre la doctrina del riesgo y la insuficiencia de la relación de causalidad física para colegir la existencia de responsabilidad extracontractual, declara la STS de 28 de julio de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2008:4838), que casa la sentencia dictada en apelación y confirma la de primera instancia, la cual, a su vez, había desestimado una demanda en la que se reclamaba una indemnización por las lesiones sufridas por un viajero al intentar acceder a un vagón del ferrocarril metropolitano, que la aplicación de la teoría del riesgo (responsabilidad por riesgo) a los accidentes derivados del funcionamiento del ferrocarril no implica la consecuencia de una responsabilidad puramente objetiva o por el resultado, que solo es viable en nuestro ordenamiento jurídico en las hipótesis en que un precepto legal expresamente lo establezca. Por ello, según el TS, aunque sea necesaria, no es suficiente la simple causalidad física para que pueda declararse la responsabilidad civil, sino que se precisa, además, que, mediante un juicio de causalidad jurídico, de acuerdo con las reglas del buen sentido, quepa atribuir (cargar en la cuenta) el resultado a la entidad titular del servicio que genera el riesgo.

En la STS de 6 de febrero de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2012:1581), que analiza un supuesto de daños materiales a terceros por incendio de vehículo de motor, se afirma que «*la existencia de un riesgo superior al normal se traduce en un mayor esfuerzo de previsión, en una diligencia extrema adecuada a las circunstancias, y, por ende, en la necesidad de que se adopten las medidas necesarias, de tal manera que no hacerlo permite atribuir el resultado producido a dicho agente, y tener por existente el nexo causal tanto desde el punto de vista físico como desde el jurídico. En efecto, tiene dicho esta Sala que la imputación objetiva (...) comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias*».

presunción de ganancialidad pasiva, de manera que, adverbado el perjuicio, por la obligación extracontractual responde el patrimonio común⁸²³.

Con independencia de que, según la posición que juzgamos más sólida, la concurrencia de culpa grave en la conducta del cónyuge deudor no debe minorar la garantía patrimonial de los acreedores ante obligaciones extracontractuales contraídas por aquel en el marco del artículo 1366, sustrayendo los bienes comunes de la eventual agresión directa por los terceros en ese supuesto, no consideramos tampoco que quepa aludir a la presunción de ganancialidad pasiva en las hipótesis de responsabilidad civil extracontractual objetiva o cuasiobjetiva. La cualidad ganancial del débito indemnizatorio en estos casos no se presume, sino que se determina imperativamente si la actuación que lo genera se ajusta en apariencia al ámbito material acotado en la citada norma⁸²⁴.

⁸²³ YÁÑEZ VIVERO, «Deudas de un solo cónyuge y responsabilidad ganancial según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADC*, T. LIII-II, 2000, pág. 602.

⁸²⁴ Como ejemplos iniciales de distintos supuestos en los que la doctrina judicial ha apreciado, con cita, no siempre muy ortodoxa, del art. 1366, la sujeción externa del patrimonio ganancial por la responsabilidad civil extracontractual atribuida a uno de los cónyuges, pueden relacionarse la STS de 25 de octubre de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:6469), que, rechazando expresamente la aplicación de la excepción del art. 1366 en la esfera externa, considera que la obligación solidaria del cónyuge administrador de una mercantil de reintegrar una determinada cantidad aportada a la sociedad por un tercero, judicialmente declarada tras el éxito de una acción individual de responsabilidad ejercitada contra los administradores de aquella, importe que, a su vez, se había utilizado para saldar avales otorgados por el citado cónyuge y su esposa en garantía de préstamos concedidos a esa mercantil, ha de residenciarse en el art. 1366, porque se trata de responsabilidad extracontractual, en concreto, de una indemnización por daños y perjuicios que trae su causa de disposiciones legales, existiendo, además, un beneficio para la sociedad de gananciales, al eliminarse un pasivo de ambos cónyuges, y respondiendo, así, en el caso por el débito en cuestión, no obstante la liquidación societaria, la esposa, a la que se le adjudicaron los bienes inmuebles gananciales; la SAP de Madrid de 16 de diciembre de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2015:18367), en la que se viene a concluir el compromiso de los bienes gananciales por una deuda que derivaba de una previa condena a un cónyuge (y a otros miembros del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima) por no haber adaptado los estatutos sociales de la mercantil a lo dispuesto en la LSA de 1989 (como imponía su Disposición Transitoria Tercera), juzgando el órgano judicial que la actuación del cónyuge como administrador, aunque no retribuida, se realizó en beneficio de la sociedad conyugal, a pesar de los resultados adversos producidos; la SAP de Asturias de 4 de marzo de 1993 (LA LEY 1111/1993), resolución que, en un procedimiento seguido contra los herederos del cónyuge deudor fallecido, estima, *ex art.* 1366, la ganancialidad de una deuda por responsabilidad civil extracontractual derivada de un accidente de circulación (se reclamaban los daños ocasionados a un camión), contraída por aquel, juzgando el Tribunal que la conducción de un vehículo, aunque no persiga la obtención de un lucro patrimonial, encaja en el ámbito de una actuación en beneficio de la sociedad conyugal; y la SAP de Pontevedra de 30 de octubre de 2002 (Cendoj-ECLI:ES:APPO:2002:3544), la cual, como razonamiento *obiter dictum*, en un litigio en el que se estima parcialmente la acción de repetición de una aseguradora respecto de la suma abonada por aquella a su asegurado por unos daños por filtraciones de agua en la vivienda y mobiliario de su propiedad, determina que la responsabilidad, *ex art.* 1902 CC, por filtraciones de agua es, según el art. 1366, a cargo de la sociedad de gananciales.

5.1.2.2. *La condición ganancial de los débitos indemnizatorios ex delicto*

Con un carácter introductorio, puede expresarse que a pesar de lo prescrito en los artículos 1092 y 1093 del Código civil, que diferencian el régimen normativo de la responsabilidad civil producida por ilícitos penales y civiles, regulándose la primera en el Código penal⁸²⁵ y la segunda en el Código civil⁸²⁶, respectivamente, lo cierto es que hay que convenir con DÍAZ ALABART que no concurre razón de fondo válida que imponga la necesidad de una legislación doble, dado que la responsabilidad civil es única, careciendo de relevancia alguna que provenga de ilícito civil o penal⁸²⁷.

En congruencia con la posición que mantenemos, ya expresada en el capítulo III de este trabajo, sobre la proyección de la excepción contenida en el inciso último del artículo 1366 exclusivamente en la esfera interna, a nuestro juicio cabe concluir que concurre la nota de ganancialidad en las obligaciones extracontractuales que provengan del ilícito penal cometido por cualquiera de los cónyuges en alguna actuación formalmente comprendida en el ámbito objetivo del precepto. En este sentido, no resultan concluyentes o inobjetable los argumentos que se esgrimen para inferir la tesis, también ciertamente solvente y consistente, proclive a la expulsión liminar del contorno del artículo de las obligaciones civiles *ex delicto* que incumban a un cónyuge.

⁸²⁵ Cfr. arts. 109 y ss. CP.

⁸²⁶ Cfr. arts. 1902 y ss. CC.

⁸²⁷ DÍAZ ALABART, Silvia, «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *ADC*, T. XL-III, 1987, pág. 796. Explica esta autora (*op. cit.*, págs. 796-799) que las normas de responsabilidad civil contenidas en el CP son civiles, siendo el argumento más importante a favor de su naturaleza civil, entre otros que cita, el que la responsabilidad civil no es una pena que se imponga al autor del ilícito penal, sino que trata de resarcir los perjuicios causados por esa conducta. La razón de la doble legislación es, según DÍAZ ALABART, histórica y obedece al hecho de que la codificación penal fue anterior a la civil, lo que explica que la responsabilidad civil por daños derivados de delitos o faltas se contemplara en los textos legales penales, conservándose por inercia esa normativa en el CP una vez promulgado el CC en 1889. Esta dualidad de regulaciones de la responsabilidad civil es también criticada por YZQUIERDO TOLSADA [en «El perturbador artículo 1.092 del Código Civil: cien años de errores», en VV. AA., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, *cit.*, pág. 2111], que califica como *garrafal* el error de la remisión del art. 1092 CC a unas normas civiles que se incorporaron al CP medio siglo antes para *tapar agujeros* e incide en lo lamentable de que la jurisprudencia ignore que la responsabilidad civil del art. 1092 es la misma del art. 1093, aconsejando la lógica y la justicia la eliminación del CP de todo lo relativo a las consecuencias civiles. Por último, PANTALEÓN PRIETO (en «Art. 1.902», en *Comentario del Código Civil*, T. II, *cit.*, pág. 1973), después de resaltar que esa duplicidad regulatoria es causa de una extraordinaria confusión jurisprudencial, manifiesta que el fundamento de la responsabilidad civil es siempre un daño que se atribuye al responsable en virtud del oportuno criterio de imputación, al margen de que, además del supuesto fáctico de una norma de responsabilidad civil, la conducta dañosa integre o no el supuesto de hecho de un precepto penal. La doble regulación, por tanto, en su criterio, no acredita que existan dos pretensiones de naturaleza diferente, con su respectivo régimen jurídico, sino que estamos en presencia de un *concurso de normas fundamentales de una única pretensión*.

En cuanto a esta postura que rechaza la posible subsunción de los débitos derivados de la comisión de un delito por uno de los partícipes en el consorcio en el marco del artículo 1366, en la doble perspectiva, por tanto, del cargo y de la afección ganancial, conviene resaltar que es una consecuencia que se fundamenta, sustantivamente, en la consideración de que la responsabilidad penal exige de manera imperativa la existencia de una actuación dolosa o gravemente culposa del autor. Por ello, admitiendo el juego de la excepción legal, no solo en la relación intraconyugal, sino, asimismo, en la órbita externa, no cabría englobar en la mencionada disposición a las obligaciones de naturaleza delictual⁸²⁸.

Las *obligaciones extracontractuales* del artículo 1366 son, en línea con la acepción más usual de ese calificativo, aquellas que no proceden en sentido estricto de un contrato, en atención a lo que, negado que el *dolo o culpa grave del cónyuge deudor* frustren la agresión directa del caudal común por los terceros, transmutando en privativo el débito asumido por aquel en las actuaciones previstas normativamente, el elenco de posibles fuentes de consorcialidad comprendería los ilícitos penales⁸²⁹.

⁸²⁸ BELLO JANEIRO (en *La defensa frente a tercero...*, *cit.*, págs. 408-409), en favor de la exclusión de las obligaciones *ex delicto* del ámbito de aplicabilidad del art. 1366 CC, hablaba, en su momento, de que, modificado el antiguo art. 565.2 *ex CP* 1973, no existían delitos por imprudencia simple con infracción de reglamentos, sin culpa grave o dolo.

En cualquier caso, a título ilustrativo, ciñéndonos a la situación legislativa actual, la despenalización de las conductas ocasionadas por culpa leve se explica en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, exponiéndose que «*se recoge así una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal. No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad*» (cfr. BOE n.º 77, de 31 de marzo de 2015, pág. 27084). Tras la modificación operada por la LO 2/2019, en los arts. 142.2.2, inciso segundo, y 152.2.2, inciso segundo, CP se viene a recoger una interpretación auténtica de la noción de imprudencia menos grave en los delitos de homicidio y lesiones imprudentes cometidos con vehículo de motor o ciclomotor, reputándose como tal *cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de ésta por el Juez o el Tribunal*.

De admitirse, por consiguiente, que la excepción consagrada en el art. 1366 excluye tanto el cargo como la responsabilidad, inferencia que por nuestra parte no apoyamos, parece evidente que, dado que no existe infracción criminal sin dolo o imprudencia grave o menos grave, las deudas de carácter indemnizatorio que provengan de conductas delictivas en que incurra alguno de los cónyuges no sujetarán el acervo común y habrían de calificarse como privativas del autor penal.

⁸²⁹ En concreto, la afección del haber común *ad extra* por las consecuencias económicas del delito penal cometido por uno de los cónyuges se defiende por TORRALBA SORIANO (en «Art. 1.366»,

La vinculación del consorcio por las deudas *ex delicto* autónomamente producidas por un cónyuge que se propone se ajustaría al antecedente legislativo inmediato que supone el derogado artículo 1410.3, al cual se ha aludido en su momento. Este precepto, como conocemos, establecía explícitamente una responsabilidad puramente provisional y externa, de segundo grado o subsidiaria, de la comunidad por las *multas y condenas* impuestas a cualquiera de los cónyuges, una vez cubiertas las atenciones enumeradas en el artículo 1408 y en defecto de capital propio del deudor o por insuficiencia de este.

Si ambos cónyuges han sido condenados como autores de un ilícito penal, no ofrece dificultad concluir que la eventual responsabilidad civil dimanante de aquel tendrá, indefectiblemente, la cualidad de deuda del consorcio y repercutirá directamente, de forma solidaria, en los caudales privativos y el común. La sujeción de la sociedad surge aquí, no por aplicación del artículo 1366, alusivo a las obligaciones extracontractuales individuales y no a actuaciones duales o unilaterales consentidas expresamente, sino por imperativo derivado del artículo 1367, en relación con los artículos 1369 y 1911, *ex* Código civil, y 116.2 *ex* Código penal, en tanto en cuanto no concurre razón plausible o convincente para restringir el ámbito del artículo 1367 únicamente a las obligaciones contractuales⁸³⁰.

Comentarios a las reformas..., Vol. II, *cit.*, pág. 1697), arguyendo la amplia cobertura patrimonial a las víctimas de daños que pretende el art. 1366. Por su parte, RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1110] viene a inferir que la obligación indemnizatoria derivada de delito, en función de los casos, tendrá naturaleza ganancial o privativa. La exclusión de los supuestos de delitos que cometa un cónyuge del ámbito del art. 1366, por aplicación de la excepción legal, se mantiene por BARCELÓ DOMÉNECH (en *Responsabilidad de los bienes gananciales...*, *cit.*, pág. 80), con la consecuencia de que el débito se califique como propio y se sujete al régimen del art. 1373. Una postura también contraria es expresada por DE LOS MOZOS (en «Artículo 1.366», *Comentarios al Código Civil...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, págs. 293-294), quien razona que si se quisieran incluir las obligaciones extracontractuales que deriven de delito, en sentido general o propiamente penal, se habría referido el Código a obligaciones extracontractuales y delictuales; y ABELLÓ MARGALEF (en «Notas sobre las cargas y obligaciones...», *cit.*, pág. 811), que alude a que el resultado dañoso ha de producirse por una conducta ilícita civil, no comprendiéndose en la norma la responsabilidad civil dimanante de delito.

⁸³⁰ Plantea MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (en *Responsabilidad patrimonial...*, *cit.*, pág. 57) que, en el supuesto de dolo o culpa grave, si un cónyuge es consciente del delito cometido por su consorte en la gestión de asuntos que generan beneficios para la comunidad no podrá apreciarse la excepción del art. 1366, siendo las indemnizaciones que se deriven de esa conducta de la responsabilidad y cargo del consorcio.

Creemos que, aunque no se admitiera la ganancialidad de la deuda indemnizatoria por responsabilidad civil proveniente de delito perpetrado por un cónyuge en el marco predeterminado por el art. 1366, algo que rechazamos, de aprovecharse o participar el otro cónyuge de los efectos del ilícito penal, resultaría en principio viable, de concurrir los presupuestos exigidos, reputar al consorte del autor como partícipe a título lucrativo. De esta forma, el mismo, de ser condenado como tal, estaría directa y solidariamente obligado, con el responsable penal, *al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación*

La reconducción de la excepción legal contenida en el artículo 1366 al plano interno o *cargo* de la sociedad ganancial va a determinar, como no podía ser menos, que, en aquellos casos en que la responsabilidad civil dimanante del delito individualmente perpetrado (necesariamente con dolo o imprudencia grave o menos grave) se haga efectiva sobre los bienes comunes, el cónyuge autor del ilícito penal tenga que reembolsar a la comunidad, en fase liquidatoria, el importe actualizado de la cantidad satisfecha *ex* artículo 1397.3.º. Se configura, en suma, la hipótesis que se comenta como un supuesto de responsabilidad meramente provisional y *erga omnes* de la masa social.

El Tribunal Supremo ha admitido expresamente que, *ab initio*, la responsabilidad civil derivada del delito está comprendida dentro de la categoría de las *obligaciones extracontractuales*, afirmando la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2004 a este respecto que se trata de un concepto amplio en el que pueden comprenderse las obligaciones resarcitorias del daño causado por el delito que nacen de la condena penal, o sea, la responsabilidad civil derivada del delito, siendo la única característica que identifica las obligaciones del artículo 1366 su naturaleza extracontractual. Declara la resolución que «*sería, por tanto, arbitrario dejar fuera a las que tienen su fuente en la condena penal. No parece fundado que el daño que da origen a la responsabilidad civil aquiliana permitiese al cónyuge del autor beneficiarse de la excepción del artículo 1.366, y no al cónyuge del condenado a resarcir en vía penal por razón de delito, es decir, por una actuación más grave*»⁸³¹.

En todo caso, en esta sentencia del Alto Tribunal se examinaba un supuesto en el que una aseguradora repetía contra el responsable civil directo por las cantidades satisfechas por aquella, como responsable civil subsidiaria, por un ilícito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones por el que fue condenado el

-art. 122 CP-, lo que se traduciría en la práctica en la posible agresión directa de la totalidad del caudal común para hacer efectiva esa responsabilidad civil del cónyuge que se aprovecha por título lucrativo.

⁸³¹ STS de 31 de marzo de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2004:2242).

Estando vigente la regulación derogada, la citada STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981\1533) reconoció expresamente, en una causa, sobre indemnización de daños y perjuicios, seguida contra la viuda y herederos de un procesado fallecido en el transcurso de la tramitación del procedimiento penal, la cualidad ganancial de la deuda reclamada por responsabilidad civil derivada del hecho delictivo (sustracción de aceite) imputado a aquel y por el que fueron condenados otros procesados, residenciando la afección de los bienes gananciales en el art. 1408.1.º y no en el art. 1410.3 CC, que establecía la responsabilidad subsidiaria y provisional del acervo común por los débitos (privativos) extracontractuales contraídos por un cónyuge. Argumentaba el TS, en apoyo de la sujeción *ad extra* de los bienes comunes, que la actividad del responsable estaba encaminada a aumentar el patrimonio familiar y contemplaba, por lo tanto, el interés de la familia.

interpelado, facultativo que figuraba en el cuadro médico de la accionante, cometido al prestar asistencia médica a un menor. Se pretendía, de manera acumulada, en esencia, por la actora, invocando señaladamente el artículo 1401, que se declarara la afección de todo el activo de la disuelta sociedad de gananciales a la cobertura de la responsabilidad civil dimanante del delito aludido. El órgano judicial *a quo* acoge la acción de repetición contra el autor del delito, absolviendo a su cónyuge y desestimando la pretensión de satisfacción del crédito, de no resultar este abonado con cargo a los bienes del demandado, con los bienes gananciales adjudicados a la codemandada, considerando, en fin, la deuda indemnizatoria litigiosa como privativa, lo que es ratificado en grado de apelación y convalida, asimismo, el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación interpuesto por la mencionada aseguradora. El recurso se basaba, en síntesis, en la existencia de una interpretación errónea del artículo 1366, entendiendo la impugnación, principalmente, que, al amparo de esta disposición, a la sociedad conyugal le alcanzaba la reparación del daño producido porque este fue causado en el ejercicio de su profesión como pediatra por el accionado, beneficiándose la comunidad de esta actividad, sin que concurriera culpa grave en la administración de los bienes gananciales o exista actuación con el ánimo de perjudicarla. El Tribunal Supremo rechaza frontalmente esta argumentación, excluyendo que la excepción contenida en el artículo 1366 requiera el perjuicio del otro cónyuge o de la sociedad ganancial e incidiendo en que, según la literalidad de la norma, aquella no limita su virtualidad a la esfera interna, operando también, por lo tanto, en la relación con terceros⁸³².

Frente a esta no inclusión en el ámbito material del artículo 1366 de la deuda contraída por un cónyuge en su ejercicio profesional como consecuencia de la condena penal del mismo por una imprudencia grave, y como demostración de la jurisprudencia un tanto errática sobre el particular, en un sentido opuesto, cabe relacionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1999. En la sentencia se analizaba una demanda de tercería de dominio formulada por la esposa de un condenado por delito continuado de apropiación indebida, respecto de cuatro fincas trabadas en la pieza separada de responsabilidad civil de la causa penal incoada, habiéndose liquidado la comunidad una vez iniciadas las actuaciones penales y adjudicado la mayor parte del

⁸³² Esta resolución, de la que es ponente GULLÓN BALLESTEROS, se halla en consonancia con la opinión de este autor de que la culpa grave y el dolo, no la simple actuación culposa o negligente ni la que provenga de la responsabilidad objetiva, excluyen el cargo y la responsabilidad de la masa ganancial [cfr. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV (T. 1), *cit.*, pág. 178].

patrimonio inmobiliario a la tercerista. La demanda fue desestimada en primera y segunda instancia, lo que fue confirmado por el Tribunal Supremo, que, después de compartir que el otorgamiento de capitulaciones se hizo con la intención de detraer de la masa liquidable la mayor parte de los bienes de la sociedad legal y que la cónyuge no tiene la condición de tercero, descarta que el débito indemnizatorio derivado del delito doloso por el que se condenó al marido de la accionante tenga carácter privativo. Declara al efecto el Tribunal Supremo que *«conviene decir pronto que una cosa son las condenas pecuniarias por razón del principio de la personalidad de la pena, y otra, distinta, la responsabilidad civil inherente a los hechos tipificados como delictivos y respecto a estos no resulta extraña a la responsabilidad ganancial, teniéndose en cuenta que las actuaciones que se imputan al esposo lo fueron (...) estando vigente el régimen de gananciales, habiendo desempeñado cargos de relevancia en la Cooperativa, con el pleno conocimiento y sin oposición de la recurrente»*⁸³³.

La inexistencia de una doctrina jurisprudencial sólida del Tribunal Supremo sobre la ganancialidad de las deudas originadas por la responsabilidad civil *ex delicto* y,

⁸³³ STS de 25 de septiembre de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:5802). Añade esta sentencia, rechazando la eficacia de la excepción contemplada en el art. 1366 en la relación *ad extra* y admitiendo, de este modo, *a priori*, la posible ganancialidad de cualesquiera deudas que tengan su origen en un ilícito penal cometido por uno de los cónyuges, que las actividades desplegadas por el marido fueron beneficiosas para el haber ganancial toda vez que contribuyeron a su incremento patrimonial, por lo que se priva a la recurrente de la condición de tercero. Afirma expresamente la resolución que *«el artículo 1366 no incluye expresamente los delitos penales y no les alcanza la excepción que el precepto contiene respecto a las obligaciones derivadas de los mismos en cuanto a sus responsabilidades civiles consecuentes, pues la excepción legal se aplica a la relación interna y limitadamente a la externa, según la "ratio" del artículo»*. La condición de deuda ganancial de la responsabilidad civil procedente de dos delitos contra la Hacienda Pública (por los conceptos de IS e IVA), impuesta solidariamente a un cónyuge como administrador de hecho de una mercantil, cuya exacción se exigió, como prescribe la Disposición Adicional Décima LGT, por vía de apremio, seguida primero contra el condenado y luego contra su excónyuge, es mantenida por la SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 14 de marzo de 2011 (Cendoj-ECLI:ES:AN:2011:1496). La AN, negando la oponibilidad de la liquidación de la comunidad *ex arts.* 1317 y 1401 CC, dado el devengo de los débitos vigente el consorcio, y reafirmando, por consiguiente, la sujeción de los bienes comunes adjudicados a la esposa, invoca, a efectos de colegir la consorcialidad de la reseñada deuda extracontractual, los arts. 1362.4.^a y 1365 CC (y no el art. 1366) y 6, 7 y 8 CCo, alcanzando una conclusión correcta sobre la vinculación frente a la Administración tributaria de los bienes de la sociedad legal, pero incurriendo en el error de aducir un precepto ajeno al pasivo ganancial externo para fundamentarla. Esta SAN fue confirmada por STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 26 de junio de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2013:3644), que asume la tesis de aquella.

A su vez, en la STS de 4 de marzo de 1994 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1994:1453), aunque sin referirse en su fundamentación a la ganancialidad del débito ni al art. 1366, se rechaza, con el argumento de la no concurrencia en la mujer de la condición de tercero vigente el consorcio y de su derecho expectante en tanto no se liquida aquel, el recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada en grado de apelación que había ratificado la desestimación de una acción de tercería de dominio ejercitada sobre la mitad indivisa de un inmueble ganancial, el cual había sido embargado en ejecución de una sentencia penal en la que el cónyuge de la actora fue condenado por estafa y falsedad a diversas penas e indemnizaciones.

más propiamente, sobre el ámbito de operatividad de la excepción legal del artículo 1366, porque, de admitirse la posible proyección de esta última en la esfera *ad extra*, ello conllevaría de suyo la inviabilidad del compromiso directo de la masa común por la responsabilidad civil derivada de delito impuesta a un cónyuge, tiene su traducción en el camino titubeante que se aprecia en las diferentes resoluciones de las Audiencias Provinciales sobre este importante extremo. Sin embargo, cabe decir que la jurisprudencia menor parece decantarse mayoritariamente por reputar como privativos aquellos débitos⁸³⁴.

⁸³⁴ Entre las resoluciones de las AAPP que niegan el carácter consorcial de las deudas derivadas de la responsabilidad civil impuesta en un fallo penal, podemos citar la SAP de A Coruña de 12 de diciembre de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:APC:2008:3635); la SAP de Burgos de 2 de septiembre de 2003 (Cendoj-ECLI:ES:APBU:2003:978), en la que se ratifica la sentencia que condena a un cónyuge como autor de una falta de daños (cometida al quemar diversos elementos del activo común) y le impone, sorprendentemente, la obligación de indemnizar a la sociedad de gananciales que conforma con su consorte denunciante, calificándose a la comunidad como perjudicada no obstante carecer de personalidad jurídica, e indicando la AP que el consorcio es acreedor del esposo por la cuantía de los daños sufridos, en tanto que la sociedad legal no puede asumir las acciones dolosas de un cónyuge, ni frente al otro, ni frente a la comunidad o los terceros (art. 1366); la SAP de Sevilla de 2 de febrero de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:APSE:2000:405), que absuelve a ambos cónyuges de un delito de alzamiento de bienes por haber otorgado capitulaciones matrimoniales en las que se pactó el régimen de separación de bienes, de modo que la responsabilidad civil impuesta al marido por una falta de imprudencia con resultado de muerte se ejecutara sobre la parte de aquel en los bienes gananciales, por entender que, de acuerdo con el art. 1366, las obligaciones impuestas en la sentencia penal al acusado, por derivarse de una pena y concurrir culpa grave, no tiene que soportarlas su consorte; la SAP de Córdoba de 13 de octubre de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APCO:2016:850), que, con amparo en el art. 1366, deniega que se incluya en el pasivo de la sociedad de gananciales una indemnización por responsabilidad civil *ex delicto*, por constituir una deuda privativa y no de la sociedad, argumento que extiende a la condena en costas; la SAP de Cádiz de 3 de julio de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:APCA:2009:938), resolución que, en un proceso en el que se ejercitaba una acción de repetición por una aseguradora, incide en que la indemnización fijada en la sentencia penal es una deuda privativa del cónyuge causante del daño porque no se actúa en beneficio de la sociedad y concurre dolo y culpa grave en el condenado penalmente; y la SAP de Madrid de 25 de octubre de 2006 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2006:17571), que, si bien alude a la privatividad del débito que trae su causa de la multa impuesta a un cónyuge por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, excluye, asimismo, en sus razonamientos una posible imputación al consorcio de las deudas por responsabilidad civil *ex delicto* si concurre dolo o culpa grave en el cónyuge deudor.

Contrariamente, admiten la vinculación de la comunidad, de acuerdo con el art. 1366 CC, por los débitos originados por la responsabilidad civil impuesta a un cónyuge en proceso penal, la SAP de Madrid de 14 de junio de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2004:8802), que, en un supuesto en el que se condenó por alzamiento de bienes a los excónyuges, quienes habían liquidado el régimen ganancial para eludir posibles responsabilidades pecuniarias dimanantes de una causa penal en la que, posteriormente, resultó condenado el marido, con cita de doctrina del TS, sostiene, invocando los arts. 1366 y 1365.2.º, que la responsabilidad civil derivada de una infracción penal tiene el carácter de deuda ganancial si la acción ilícita fue perpetrada con ocasión de la gestión de bienes gananciales, sin perjuicio de las acciones que en la relación interna puedan corresponder al cónyuge no deudor contra el condenado; la SAP de León de 29 de julio de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:APLE:1999:736), la cual admite implícitamente una posible afección ganancial por la responsabilidad civil *ex delicto* de un cónyuge *ex art.* 1366 en tanto que no lo excluye expresamente, si bien en el caso enjuiciado rechaza la sujeción de los bienes comunes adjudicados tras la liquidación societaria porque la sociedad de gananciales estaba disuelta cuando nació esa responsabilidad civil; la SAP de Guadalajara de 3 de marzo de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APGU:2010:47), que confirma una condena por alzamiento de bienes y, con cita de la STS de 25 de octubre de 2005, colige que el patrimonio ganancial era responsable de la deuda contraída por el marido, condenado, a su vez, por sentencia penal como autor de un delito de imprudencia grave con resultado de lesiones y en cuyo fallo se

5.1.2.3. El discutible encuadramiento de las deudas tributarias en el marco del artículo 1366

Prima facie, en tanto en cuanto las deudas tributarias tienen naturaleza legal se integrarían en la categoría de obligaciones extracontractuales, entendida esta noción en su sentido más amplio. No obstante lo cual, ha de destacarse la asimilación genérica de aquellas a las deudas gananciales del artículo 1365 operada por los artículos 106 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, 48 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes y 34 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio⁸³⁵ y el hecho objetivo de que en la mayoría de los supuestos esos débitos (señaladamente por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre el Valor Añadido) se generan en el marco de la actividad profesional o comercial de cualquiera de los cónyuges (lo que comporta su cualidad consorcial *ex* artículo 1365.2.º del Código civil, en relación con los artículos 6 y siguientes del Código de comercio). Tomando en consideración lo anterior, no nos parece pertinente, en línea con la doctrina judicial claramente dominante, incardinar cualesquiera deudas tributarias producidas por los cónyuges en el ámbito del artículo 1366⁸³⁶.

le había impuesto la pertinente responsabilidad civil; el AAP de Las Palmas de Gran Canaria de 12 de marzo de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APGC:2010:332A), alusivo a una condena penal por una falta de imprudencia con resultado de muerte, y que aduce para justificar la responsabilidad ganancial que el cónyuge condenado desarrollaba una actividad económica que implicaba un beneficio para la sociedad cuando se contrajo la obligación extracontractual y que se trataba de un caso de culpa leve; el AAP de Valladolid de 26 de abril de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:APVA:2004:338A), aunque como razonamiento *obiter dictum*; y el AAP de Almería de 18 de diciembre de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:APAL:2008:670A), resolución que reputa la obligación indemnizatoria derivada de un delito por el que se condenó a un cónyuge como deuda ganancial *ex* art. 1366.

⁸³⁵ El art. 106 *ex* Ley IRPF (Ley 35/2006) determina que «*las deudas tributarias y, en su caso, las sanciones tributarias, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tendrán la misma consideración que las referidas en el artículo 1365 del Código Civil y, en consecuencia, los bienes gananciales responderán directamente frente a la Hacienda Pública por estas deudas, contraídas por uno de los cónyuges, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 6 del artículo 84 de esta ley para el caso de tributación conjunta*». Igualmente, el art. 48 LIRNR (RDL 5/2004) dispone que «*las deudas tributarias por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes tendrán la misma consideración que las referidas en el artículo 1365 del Código Civil y, en consecuencia, los bienes gananciales responderán directamente frente a la Hacienda pública por las deudas que, por tal concepto, hayan sido contraídas por cualquiera de los cónyuges*». Por su parte, el art. 34 LIP (Ley 19/1991) declara que «*las deudas tributarias por el Impuesto sobre el Patrimonio tendrán la misma consideración de aquellas otras a las cuales se refiere el artículo 1.365 del Código Civil y, en consecuencia los bienes gananciales responderán directamente frente a la Hacienda Pública por estas deudas*».

⁸³⁶ La calificación del débito tributario como débito profesional o mercantil ganancial *ex* arts. 1365.2.º CC y 6 y ss. CCo, por lo respecta a IRPF e IVA, se verifica en múltiples resoluciones, como la SAP de Zamora de 22 de noviembre de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APZA:2016:379), SAP de Almería de 19 de marzo de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:APAL:2014:182), SAP de Huelva de 20 de diciembre de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APH:2016:779), SAP de Guadalajara de 30 de junio de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:APGU:2004:277), SAP de Burgos de 30 de junio de 2006

Las obligaciones fiscales pueden subsumirse no solo en el artículo 1366, sino igualmente en otras normas que regulan el pasivo ganancial, y ello sin prejuzgar las particulares reglas de responsabilidad frente a la Hacienda Pública de la normativa fiscal⁸³⁷.

ALGABA ROS entiende que, desde la óptica del acreedor, es más favorable residenciar las obligaciones fiscales en el ámbito del artículo 1366, por tratarse de obligaciones legales que no poseen un carácter contractual, facilitándose con ello la ejecución al clarificar el patrimonio que está sujeto a responsabilidad externa por estos débitos⁸³⁸.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1992, que analiza una tercería de dominio articulada por la esposa respecto de bienes exgananciales embargados en vía de apremio, a diferencia de otras ulteriores que no citan el precepto, fundamenta en el artículo 1366 el carácter ganancial de las deudas tributarias, correspondientes a diversos ejercicios, contraídas por el marido. Estas se habían ocasionado en su actividad en beneficio de la sociedad conyugal, vigente el consorcio y antes del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, en las que los cónyuges pactaron el régimen de separación de bienes. En la liquidación practicada se adjudicaron, previo inventario, a la esposa tercerista diversas fincas luego trabadas en el procedimiento de apremio, ante la insuficiencia de los bienes embargados al sujeto pasivo. La novación capitular se reputa inoponible a terceros acreedores gananciales, respondiendo, en este sentido, el cónyuge no deudor por las deudas de la sociedad con

(Cendoj-ECLI:ES:APBU:2006:648), SAP de Madrid de 16 de enero de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2009:1730) y SAP de León de 16 de noviembre de 2011 (Cendoj-ECLI:ES:APLE:2011:1290).

⁸³⁷ FERNÁNDEZ CANALES, «La responsabilidad derivada del art. 1366 del Código Civil», *Práctica Derecho de Daños*, n.º 117, 2013, pág. 9 de la versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 8050/2013). Afirma esta autora (*op. cit.*, págs. 9-10) que, tomando como ejemplo el IBI o el Impuesto sobre el Patrimonio, si gravan la propiedad de un bien común el débito es ganancial -art. 1362.2.ª- y si gravan la titularidad de un elemento privativo la deuda es también común -art. 1362.3.ª-, alcanzándose idéntica conclusión si los tributos gravan la adquisición de bienes o su aumento de valor, en tanto en cuanto su exacción puede incardinarse dentro de los actos de administración ordinaria.

La invocación de la norma básica que regula el pasivo ganancial definitivo o interno para fundamentar la condición consorcial de determinados débitos, en este caso de naturaleza tributaria, incurre en el clásico error de mezclar los dos planos de responsabilidad, debiendo, en consecuencia, basarse la potencial agresión directa del activo social por la Administración Tributaria por tales deudas en los arts. 1365 o 1366 CC, teniendo en cuenta, por lo demás, lo que, en su caso, establezca singularmente la regulación fiscal.

⁸³⁸ ALGABA ROS, Silvia, «Los bienes gananciales y su responsabilidad por las deudas tributarias. La modificación del régimen económico matrimonial en perjuicio de sus acreedores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2005 (RJ 2005, 6424)», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 17, 2006, pág. 5 de la versión electrónica -BIB 2006\1080-.

los bienes adjudicados *ex* artículo 1401⁸³⁹. La resolución, igualmente, como se explicará con posterioridad, recurriendo al reseñado artículo 1366, excluye del *quantum* del débito consorcial la multa impuesta, en atención a su componente punitivo personal y a que el impago proviene de una conducta dolosa o culposa del cónyuge deudor que no pagó las deudas fiscales⁸⁴⁰.

Un supuesto paradigmático de sujeción consorcial por débitos tributarios de un cónyuge, que merece la pena traer a colación por lo usual del mismo, tiene lugar cuando aquel es administrador de una mercantil que contrae una deuda tributaria vigente la sociedad de gananciales. En la tesitura a la que se alude, previa declaración de fallido de la persona jurídica deudora principal y, en su caso, de los responsables solidarios, y la oportuna derivación de la acción administrativa⁸⁴¹, se le reclama al reiterado cónyuge,

⁸³⁹ Es interesante poner de relieve el cambio de criterio que se produce en la RTEAC 1888/2011, de 16 de abril de 2012, que, entendiéndose que la modificación capitular del régimen económico matrimonial en fraude de acreedores constituye uno de los presupuestos de hecho del artículo 42.2.a) LGT, establece la posibilidad de la Hacienda Pública de obtener el resarcimiento del crédito tributario recurriendo al procedimiento de declaración de responsabilidad solidaria del cónyuge causante o colaborador en la ocultación o transmisión de bienes originalmente gananciales, adjudicados a aquel tras la disolución de la comunidad para frustrar la traba de los mismos, al modificarse su titularidad registral. Se solventa, de esta forma, la eventual oposición registral a la anotación de embargo sobre bienes exgananciales, a nombre de persona distinta del deudor inicial, sin una previa declaración judicial del carácter ganancial de la deuda en juicio declarativo seguido contra ambos cónyuges. Este criterio ha sido reiterado en la RTEAC 1760/2011, de 8 de mayo de 2013.

⁸⁴⁰ STS de 19 de febrero de 1992 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1992:12628). Cfr. también, sobre la ganancialidad de las deudas tributarias contraídas por uno de los cónyuges con carácter previo a la modificación capitular del régimen económico de gananciales y la consecuente responsabilidad de los bienes originalmente comunes (y luego privativos) adjudicados en la liquidación del consorcio, las SSTS de 19 de febrero de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2014:638); 18 de marzo de 1995 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1995:1635), la cual, para justificar la sujeción de un inmueble exganancial adjudicado a la esposa por débitos tributarios asumidos por el marido antes de la mutación en capitulaciones del régimen consorcial por el de separación de bienes, alude, en sede de responsabilidad, y mezclando, de forma errónea, a nuestro juicio, los dos planos de afección, a que tales deudas fueron causadas en el ejercicio de una actividad comercial ganancial y que por ellas responden los bienes que integran la sociedad en virtud de los arts. 1362.4.ª CC y 6 y 7 CCo; y de 21 de junio de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:4023), que, en el mismo supuesto que la anterior, incurre en idéntico defecto, dado que, como fundamento de la responsabilidad del patrimonio anteriormente ganancial adjudicado a la cónyuge del deudor, apela a la condición de carga de la sociedad, al amparo del art. 1362.2.ª y 3.ª, de «*los impuestos derivados del trabajo, bienes o industria de los dos o de uno de los cónyuges*».

A su vez, en la SAP de Madrid de 28 de marzo de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2000:4806) se considera ganancial la deuda tributaria contraída, como responsable subsidiario, por el cónyuge administrador de una mercantil porque la responsabilidad determinante de la traba de bienes comunes deriva del ejercicio por aquel del citado cargo, implicando la realización de esta función ejercicio del comercio, aduciéndose los arts. 1365.2.º CC y 6 y 7 CCo. La cualidad ganancial de las deudas con la Agencia Tributaria, con exclusión de sanciones y recargos, se reconoce, igualmente, en la SAP de Sevilla de 23 de junio de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:APSE:2004:2616).

⁸⁴¹ Como afirma la SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 3 de julio de 2003 (Cendoj-ECLI:ES:AN:2003:876), discerniendo entre existencia de la obligación tributaria y su exigibilidad, la declaración de falencia del deudor principal y, en su caso, de los responsables solidarios, y la derivación de la acción administrativa constituyen una *condictio iuris* para la exigibilidad del débito

por concurrir el presupuesto de hecho normativamente previsto, el correspondiente débito en concepto de responsable subsidiario de él *ex* artículos 41.1 y 5, 43.1.a) y b) y 176 de la Ley General Tributaria⁸⁴² y los preceptos pertinentes de cada tributo en particular y demás concordantes, no obstante haberse liquidado la comunidad capitularmente y adjudicado bienes comunes (que pasan a ser privativos) al consorte no deudor. Esa mutación de las capitulaciones deviene inoponible a la Administración tributaria acreedora y subsiste, en suma, la vinculación del activo ganancial adjudicado por tales débitos *ex* artículos 1317 y 1401. Algo que podría traducirse en el ejercicio de la pertinente acción de inoponibilidad de la modificación capitular, instándose la declaración de ganancialidad de esas deudas y el compromiso del patrimonio común atribuido por ellas, con las repercusiones registrales inherentes. La calificación

tributario a los responsables subsidiarios, si bien la obligación *ex lege* de estos nace con la realización del presupuesto de hecho legalmente establecido.

⁸⁴² En concreto, el art. 43.1.a) LGT viene a declarar la responsabilidad subsidiaria por la deuda tributaria (que se extenderá a las sanciones) de los administradores de hecho o de derecho de personas jurídicas que hubiesen cometido infracciones tributarias cuando aquellos no hayan realizado los actos necesarios de su incumbencia para el cumplimiento de deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes dependan de ellos o adoptado acuerdos que hicieran posibles las infracciones. Por su parte, el art. 43.1.b) establece la responsabilidad subsidiaria de «*los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas de éstas que se encuentren pendientes en el momento del cese, siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieren adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago*».

Analizando el art. 43.1.a), razona Sonia MAURICIO SUBIRANA (en *El responsable tributario y la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 143-144) que el grado de culpabilidad que ha de concurrir en el administrador para que tenga lugar el presupuesto ilícito conexo a la obligación tributaria principal implica que exista dolo o culpa, comprendida la *culpa in vigilando*, excluyéndose la responsabilidad objetiva. Comparte MAURICIO (*ibíd.*, pág. 143) que la extensión de la responsabilidad de los administradores a las sanciones es un error conceptual, al otorgarse a la figura del responsable una función represiva que no se corresponde con la finalidad de garantía que está llamado a cumplir. Si se acredita que el administrador de hecho o de derecho ha causado o colaborado activamente en la comisión de la infracción, en el sentido del art. 42.1.a) LGT, según Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO (en *La extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 291), la responsabilidad es necesariamente solidaria.

En relación con la integración de las sanciones entre los haberes a abonar por los responsables, sostiene Iván PÉREZ JORDÁ (en «La responsabilidad tributaria en el pago de las sanciones tributarias», *RDUNED*, n.º 19, 2016, pág. 487) que vulnera el principio de culpabilidad como manifestación de la necesidad del elemento subjetivo de la culpa y del dolo de la infracción y de la correspondiente sanción. Sobre el art. 43.1.a) LGT, afirman MARTÍN QUERALT *et al.* (en *Curso de Derecho financiero y tributario*, 19.ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, pág. 298), que, en el caso de una administración colegiada, no semeja que una ley ordinaria como la LGT pueda extender la responsabilidad penal a todos los administradores, con detrimento del derecho a la presunción de inocencia y de la exigencia de participación personal en los hechos que constituyen la infracción.

Si pretendiéramos valorar la posible ganancialidad de la deuda extracontractual por la responsabilidad tributaria subsidiaria del art. 43.1.a) LGT del cónyuge administrador de una persona jurídica recurriendo al art. 1366 CC (y no, como proponemos, al art. 1365.2.º) y se admitiera, siguiendo la tesis literalista, la virtualidad de la excepción legal frente a la Administración tributaria, algo que no compartimos en absoluto, resultaría que, en la práctica, considerando la naturaleza intencional o negligente del elenco de conductas que conforman el presupuesto de hecho de la meritada responsabilidad subsidiaria, se tornaría ilusorio en gran medida un posible apremio de bienes comunes, frustrándose la finalidad garantista pretendida por el legislador.

ganancial de la deuda (con exclusión de las sanciones) del cónyuge responsable subsidiario y la agresión de la masa del consorcio estarán, por tanto, supeditadas a que aquella se generara antes de la disolución social, por verificarse previamente a la extinción los presupuestos del artículo 43 de la Ley General Tributaria (aun cuando la responsabilidad subsidiaria se declare ulteriormente), y a que se haya contraído por el cónyuge administrador en el marco de su actividad profesional o comercial *ex* artículos 1365.2.º del Código civil y 6 y siguientes del Código de comercio. Se descarta, pues, la aplicabilidad del artículo 1366 para determinar esta afección. Coexisten o se superponen, en consecuencia, dos tipos de responsabilidad independientes, la tributaria, regulada por normas fiscales, y la ganancial, sometida a la disciplina del Código civil⁸⁴³.

Si nos referimos a supuestos de tributación conjunta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la deuda tributaria contraída, indefectiblemente ganancial, como la producida de forma separada, vinculará solidaria o indistintamente la masa patrimonial común y la privativa de los cónyuges, quienes tienen la condición de sujetos pasivos y deudores principales, todo ello *ex* artículo 1367 (en relación con los artículos 84.6 LIRPF, 35.7 LGT y 1369 y 1137 y siguientes del Código civil), sin que resulte de aplicación, en consonancia con la naturaleza consorcial del débito, el artículo 1373⁸⁴⁴.

La ganancialidad de la deuda tributaria por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tanto en el caso de tributación conjunta, como si se tributa individualmente, no impediría, según indicaba MORALEJO IMBERNÓN bajo la vigencia de la Ley 40/1998, que, frente a la Hacienda Pública, en el segundo caso los bienes comunes hayan de excluirse de la afección (dejando a salvo lo dispuesto en el

⁸⁴³ Cfr. STS de 19 de febrero de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2014:638), SAP de León de 16 de noviembre de 2011 (Cendoj-ECLI:ES:APLE:2011:1290), SAP de Guadalajara de 26 de septiembre de 2002 (Cendoj-ECLI:ES:APGU:2002:438), SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 12 de junio de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:APGC:2014:1533), SAP de Palencia de 14 de marzo de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:APP:2013:101) y STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 2 de julio de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:TSJGAL:2014:6504).

⁸⁴⁴ Cfr. STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 5 de mayo de 2011 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2011:3619), con cita de la STS de la misma Sala de 20 de mayo de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2009:3767).

No obstante la responsabilidad solidaria de los cónyuges integrantes de la unidad familiar, en la hipótesis de tributación conjunta, por las deudas por IRPF, *ex* art. 84.6 LIRPF, aquellos (en realidad, los miembros de la unidad) tendrán *derecho a prorratear entre sí la deuda tributaria, según la parte de renta sujeta que corresponda a cada uno de ellos*, prorrateo que, como expresaba María Luz CALERO GARCÍA (en «Tributación de las rentas familiares», *Cuadernos de Estudios Empresariales*, n.º 3, 1993, pág. 49) en relación con la Ley 18/1991, tiene efectos puramente internos, opinando que el criterio legal, eficaz en el ámbito privado, no tiene por qué ser aplicado por las unidades familiares, las cuales podrán seguir otros.

artículo 1373). Consideraba la autora referida que el sujeto pasivo no podrá mantener el carácter consorcial de los rendimientos profesionales o de los provenientes de capital obtenidos para imputar la mitad al otro cónyuge, por lo que su responsabilidad habría de restringirse exclusivamente a su caudal propio, pudiendo resarcirse en la relación interna, con cargo al acervo de la comunidad, el cónyuge sujeto pasivo dada la citada naturaleza ganancial de esos rendimientos⁸⁴⁵.

La exclusión del compromiso del activo social por el débito tributario del cónyuge si tributa separadamente es radicalmente incompatible con lo declarado en el artículo 106 Ley 35/2006 (concordante con el artículo 88 Ley 40/1998) y vacía de contenido el propio concepto de deuda ganancial, que es aquella que lleva aparejada la responsabilidad *ad extra* con el patrimonio común, como se entiende pacíficamente. La circunstancia de que se imputen fiscalmente al cónyuge que los haya devengado rendimientos que son consorciales no permite soslayar, en contra de la declaración *ex lege*, la sujeción directa frente a la Hacienda Pública del haber societario por tal deuda tributaria.

La deuda tributaria ganancial está integrada por la cuota a ingresar, intereses de demora y recargos. Se excluyen expresamente, como se reflejará seguidamente, las sanciones impuestas al cónyuge deudor, las cuales, con independencia de lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tienen una naturaleza estrictamente personal y constituirán débitos privativos de este, incluso en el caso de una posible declaración de responsabilidad solidaria o subsidiaria que englobe esas sanciones *ex* artículos 174 a 176, en relación con los artículos 182 y 42 y 43, de la Ley General Tributaria. No afectarán, por ello, las sanciones los bienes comunes directamente frente a la Administración Tributaria y su régimen será el establecido en el artículo 1373⁸⁴⁶.

Dejando al margen la ganancialidad *ex lege* de las deudas tributarias contraídas por cualquiera de los cónyuges en el caso del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre la Renta de no Residentes e Impuesto sobre el Patrimonio, para juzgar la vinculación externa del consorcio por los débitos dimanantes de otros tributos

⁸⁴⁵ MORALEJO IMBERNÓN, «El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y las unidades familiares (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2000, de 14 de febrero)», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 14, enero-diciembre 2000, págs. 234-235.

⁸⁴⁶ *Vid.* art. 58.3 LGT.

en los que el obligado tributario sea un cónyuge habrá que seguir la pauta general y, atendiendo al hecho imponible de cada uno de aquellos, ponderar si existe o no responsabilidad directa de la sociedad legal teniendo en cuenta las previsiones del artículo 1365 y no, en nuestro criterio, el contenido del artículo 1366. Este compromiso de la masa común por la deuda tributaria de un cónyuge se producirá, por ej., en impuestos ligados a la actividad profesional o comercial de aquel (como el Impuesto sobre el Valor Añadido, *ex* artículos 4 y siguientes LIVA), con arreglo a los artículos 1365.2.º, inciso primero, y 6 y siguientes del Código de comercio. También se dará esa sujeción de la comunidad en los tributos que graven la titularidad de derechos exclusiva del cónyuge sobre bienes inmuebles -Impuesto sobre Bienes Inmuebles, *ex* artículos 61 y 63 TRLRHL-, por tratarse, en estas hipótesis, el abono del correspondiente débito de un acto de administración ordinaria de los propios bienes *ex* artículo 1365.2.º, inciso segundo⁸⁴⁷.

De residenciarse la deuda tributaria en el ámbito material del artículo 1366 y defenderse, como se hace por un sector de la doctrina, con el que no coincidimos, la aplicabilidad de la excepción legal del mismo en la esfera externa, resultaría posible concluir, en el plano teórico, que una actuación dolosa o gravemente negligente del cónyuge que no abona determinados tributos o que incurre en otras irregularidades fiscales, fácilmente objetivable, por lo demás, conduciría a sentar *ab initio* la ausencia de consorcialidad de los respectivos débitos frente a la Administración Tributaria e, incluso, su no categorización última como carga social. Esta posición, por ilógica, ha de juzgarse insostenible, por lo que, entre otras razones, para salvar la incoherencia del sistema, conviene encajar, no obstante su procedencia no contractual, la deuda de naturaleza fiscal, como se hace reiteradamente en las distintas resoluciones judiciales, en el marco del artículo 1365⁸⁴⁸.

⁸⁴⁷ En relación con el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, la STS de 20 de enero de 1998 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1998:209), para rechazar que el simple abono del impuesto sucesorio constituya una aceptación tácita de la herencia, califica su pago por un llamado a esta como un acto de administración (acto debido para soslayar la sanción), de forma que si lo ha satisfecho y repudia la herencia podrá exigir su importe al verdadero heredero.

⁸⁴⁸ Si pensamos en un tributo ligado al desempeño profesional o comercial de un cónyuge (por ej., el IVA), carece de sentido otorgarle un tratamiento jurídico no homogéneo o distinto a la deuda tributaria derivada de aquel (art. 1366) y al resto de débitos nacidos en el ámbito de esas actividades conyugales (arts. 1365.2.º, inciso primero, CC y 6 y ss. CCo), a pesar de su diversa naturaleza (no contractual/contractual), absorbiendo, así, la noción de deuda profesional o comercial ganancial los débitos tributarios de cualquiera de los cónyuges que traigan su causa última de las citadas actividades.

En el caso particular de inmuebles de titularidad consorcial, consideramos que el abono del Impuesto sobre Bienes Inmuebles o de la plusvalía integrará un débito tributario ganancial por aplicación de la normativa fiscal reguladora de esos tributos, en relación, a su vez, con los artículos 1367 y 1369 del Código civil y 35.7.1 de la Ley General Tributaria, quedando solidariamente obligados cada uno de los cónyuges sujetos pasivos, frente a la Administración Tributaria, al cumplimiento de todas las prestaciones, toda vez que se produce una realización conjunta del hecho imponible, lo que se traduce en la indefectible ganancialidad de esas deudas y la correlativa vinculación directa indistinta de las tres masas patrimoniales implicadas. La solidaridad se justifica porque la sociedad de gananciales, en la que es extraña la noción de cotitularidad romana, es una unidad económica y los cónyuges concurren en idénticas condiciones en el hecho imponible⁸⁴⁹.

Contrariamente a la relación solidaria frente a la Administración tributaria que suscita la adquisición de un inmueble concertada por los cónyuges casados en régimen de gananciales a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, cuando estamos en presencia de una adquisición operada por

⁸⁴⁹ El art. 35.7.1 LGT declara que *«la concurrencia de varios obligados tributarios en un mismo supuesto de una obligación determinará que queden solidariamente obligados frente a la Administración tributaria al cumplimiento de todas las prestaciones, salvo que por ley se disponga expresamente otra cosa»*.

Sobre la lógica ganancialidad de las deudas relativas al IBI de bienes del consorcio, la STS de 20 de junio de 2006 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2006:3722) confirma la misma, aludiendo a que se trata de un impuesto municipal de carácter real, cuyo hecho imponible es la propiedad de bienes inmuebles, y entendiendo que el IBI de una vivienda y garaje gananciales *«ha de ser soportado por la sociedad de gananciales hasta el momento de la extinción de dicha sociedad por la sentencia firme de separación entre los cónyuges. A partir de ese momento y hasta la liquidación de la sociedad, por ésta como carga de los bienes que componen su activo»*. El rasgo ganancial de los débitos por IBI de inmuebles de la comunidad es sostenido también en la SAP de Barcelona de 15 de marzo de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APB:2010:2900), que invoca al efecto el art. 1367 CC.

En cuanto al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, en la STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 8 de noviembre de 1996 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1996:6198), respecto de la compra de una parcela por ambos cónyuges *para su sociedad conyugal*, se avala que la Administración Tributaria se dirija en vía de apremio solo contra uno de los cónyuges obligados tributarios *ex art. 34 (hoy 35.7.1) LGT*, que dispone una excepción a la presunción de mancomunidad simple del CC, imponiendo explícitamente como regla general la solidaridad, pero no como régimen común cuando concurren una pluralidad de deudores tributarios, *«sino que sólo se establece la misma cuando tales deudores o sujetos pasivos sean cotitulares del hecho imponible, esto es, correalizadores del mismo (...)»*. Se trata, en definitiva, más bien, de una solidaridad entre obligados tributarios, en este caso, *sustitutos del impuesto»*. La resolución que se cita excluye, así, la existencia de solidaridad entre los interesados cuando se trata de adquirentes de partes alícuotas, fijas e individualizadas, determinantes de distintas cuotas tributarias, que corresponden a diferentes titulares, en cuyo caso procede girar liquidaciones independientes a cada uno de aquellos. Por el contrario, si se está ante una comunidad de bienes constitutiva de una unidad económica, en la que la concurrencia de los titulares en el hecho imponible se fundamenta en idénticas condiciones de todos ellos (como acontece en la sociedad ganancial), existe solidaridad y basta con dirigir las actuaciones contra uno de los obligados tributarios, sin perjuicio de las ulteriores relaciones jurídicas entre ellos.

mitad y en proindiviso no existe cotitularidad en el hecho imponible y, por lo tanto, tampoco solidaridad. Resulta, de esta manera, que la indivisión del objeto de una obligación no transmuta a esta en solidaria, siendo que la solidaridad tiene un fundamento disímil a esa situación de indivisión, en orden a lo que son dos los contribuyentes y dos también los hechos imposables delimitados por cada adquisición⁸⁵⁰.

De acuerdo con el artículo 1401, la Hacienda Pública, antes de la liquidación, tendrá derecho a cobrar de los bienes exgananciales y, tras aquella, podrá satisfacer su crédito sobre los bienes privativos del cónyuge deudor y los adjudicados a este y a su consorte⁸⁵¹.

5.1.2.4. Exclusión de las deudas provenientes de sanciones económicas impuestas a un cónyuge

Las sanciones pecuniarias, tributarias, en materia de la Seguridad Social o de cualquier otra índole, impuestas a un cónyuge, las cuales, por su origen legal, tienen naturaleza extracontractual, son débitos privativos en virtud del principio de personalidad de la pena o sanción plasmado en el artículo 25 de la Constitución

⁸⁵⁰ Cfr. STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 30 de abril de 1998 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1998:2779). En contra de esta tesis, la SAP de Granada de 31 de marzo de 2017 (Cendoj-ECLI:ES:APGR:2017:354) viene a considerar que la adquisición de una vivienda habitual antes del matrimonio por iguales partes indivisas, y que fue vendida antes del vencimiento del plazo de consolidación, genera una deuda tributaria por la falta de regularización de la bonificación aplicada en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales de carácter solidario *ex art.* 36.7 LGT (*rectius*, art. 35.7 LGT).

Por su parte, la Consulta Vinculante V0399-16, de 1 de febrero de 2016, de la Subdirección General de Tributos Locales, contradice la orientación dominante de la doctrina judicial que mantiene que la copropiedad ordinaria respecto de un inmueble no supone que los comuneros estén solidariamente obligados a la exacción del IBI [en este sentido, cfr. STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 13 de junio de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:TSJCL:2014:2673) y STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 27 de diciembre de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:TSJAND:2001:18325), que, entre otros argumentos, apelan a que la comunidad ordinaria no conforma una unidad económica y que no se aplica la solidaridad porque esta solo debe operar cuando la concurrencia de los diferentes titulares en el hecho imponible se basa en las mismas condiciones de todos ellos, procediendo practicar liquidaciones individualizadas a los copropietarios por la parte alícuota correspondiente]. La citada Consulta Vinculante, en relación con el IBI, invocando el art. 35.7 LGT, explicita que la cotitularidad en el derecho de usufructo o propiedad sobre un inmueble determina que todos los cotitulares quedan solidariamente obligados frente a la Administración tributaria al cumplimiento de todas las prestaciones y, aunque se haya procedido a la división de la liquidación tributaria entre los obligados tributarios (35.7.3 LGT), dado que no implica la extinción de la solidaridad de todos ellos, si uno de los mismos no paga su parte, una vez transcurrido el período voluntario, aquella podrá exigirse al otro, quien gozará del oportuno derecho de reembolso frente al incumplidor *ex art.* 41.6 LGT, sin perjuicio de que pueda reclamarse a este último por vía de apremio.

⁸⁵¹ ALMUDÍ CID, José Manuel, «La oposición a la ejecución de los bienes gananciales por deudas tributarias de uno de los cónyuges: aspectos sustantivos y procedimentales», *Quincena Fiscal*, n.º 22, 2007, pág. 12 de la versión digital -BIB 2007\2357-.

Española y no pueden, por tanto, afectar frente a terceros la masa ganancial *ex* artículo 1366, aun cuando no faltan resoluciones judiciales que, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada supuesto singular, coligen la sujeción del consorcio por los débitos provenientes de aquellas⁸⁵².

La privatividad de las deudas por sanciones impuestas a un cónyuge se ha confirmado por la jurisprudencia constitucional, lo que no obsta para que, *ex* artículo 1373, como es fácilmente comprensible, puedan trabarse bienes comunes subsidiariamente. Posibilidad esta a la que se aludió en la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/2000, de 14 de febrero, la cual analizaba dos recursos de amparo acumulados promovidos por la cónyuge del responsable de diversas infracciones

⁸⁵² Haciendo un amplio recorrido por las resoluciones de las distintas Audiencias Provinciales, estas, mayoritariamente, consideran las sanciones pecuniarias impuestas a uno de los cónyuges, de naturaleza las más de las veces tributaria, como débitos privativos de aquel. En este grupo, pueden relacionarse la SAP de Ciudad Real de 29 de julio de 2002 (Cendoj-ECLI:ES:APCR:2002:1068), que excluye la imputación a la sociedad legal de sanciones impuestas por la TGSS; la SAP de Lugo de 2 de febrero de 2017 (Cendoj-ECLI:ES:APLU:2017:119), respecto de sanciones tributarias; la SAP de Castellón de 23 de febrero de 2011 (JUR 2011\192457); la SAP de Sevilla de 23 de junio de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:APSE:2004:2616), que reputa de carácter privativo las sanciones y recargos de apremio correspondientes a deudas con la TGSS y la AEAT generadas por un cónyuge; la SAP de Madrid de 13 de septiembre de 2011 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2011:13419), la cual reitera la privatividad de las multas de tráfico correspondientes a un cónyuge; la SAP de Asturias de 29 de noviembre de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:APO:2013:3466), también alusiva a una multa de tráfico impuesta a un cónyuge; la SAP de Valencia de 17 de noviembre de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:APV:2001:6376), que entiende que la cualidad privativa de una sanción tributaria impuesta al marido no obsta a que se proceda a la traba de un inmueble ganancial, adjudicado a la esposa tras una modificación capitular no oponible a la AEAT, para su exacción *ex* art. 1373; la SAP de Huelva de 8 de noviembre de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:APH:2004:1033), que incardina las sanciones -en el litigio, tributarias- en las deudas propias *ex* art. 1366; y la SAP de Castellón de la Plana de 12 de marzo de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:APCS:2015:263), resolución que excluye, asimismo, el carácter consorcial de los débitos que traigan su causa de una multa de tráfico.

Pero en la jurisprudencia menor también existen resoluciones que, por diferentes motivos, juzgan que las sanciones económicas impuestas a un cónyuge sí sujetan *ad extra* el patrimonio ganancial y, entre otras, en esta línea, pueden citarse la SAP de Ourense de 28 de enero de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APOU:2016:214), que, con una argumentación que ha de reputarse válida también para la relación externa, imputa al pasivo interno de la sociedad de gananciales la sanción impuesta por la Inspección de Trabajo a la esposa porque entiende que derivaba de una actuación fraudulenta realizada con la connivencia del marido, por lo que no encajaría en la excepción del art. 1366 CC; la SAP de Ávila de 17 de enero de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APAV:2012:13), para la que las sanciones tributarias por IRPF que se impongan a un cónyuge pueden comprometer directamente frente a la Hacienda Pública los bienes gananciales *ex* art. 106 LIRPF; la SAP de Córdoba de 12 de junio de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APCO:2012:1524), que considera que las sanciones tributarias que por derivación de responsabilidad asume el cónyuge administrador de una entidad mercantil constituyen una deuda consorcial, invocando el art. 1365.2.º y, fundamentalmente, los arts. 37 y ss. LGT, teniendo la imputabilidad de la misma origen legal y no extracontractual; la SAP de Burgos de 27 de marzo de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APBU:2012:330), que, por su parte, citando el art. 1365, concluye que la sociedad de gananciales debe responder por una deuda con la Seguridad Social, resultante de un expediente sancionador incoado por la conducta fraudulenta de un cónyuge al percibir la prestación por desempleo y trabajar al mismo tiempo; y la SAP de Salamanca de 31 de marzo de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:APSA:2009:115), que postula el carácter ganancial de una deuda por sanciones impuestas a los cónyuges por la Junta de Andalucía como consecuencia del desarrollo del negocio familiar -tómbola- y que fueron satisfechas exclusivamente por uno de ellos.

tributarias por el concepto de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de distintos ejercicios, quien había firmado de conformidad diversas actas de inspección, contra las sentencias que rechazaban los recursos interpuestos por aquella frente a resoluciones que, a su vez, desestimaban reclamaciones efectuadas contra diligencias de embargo de cuentas corrientes de la titularidad de la recurrente. La traba alcanzaba al importe de la cuota, intereses de demora, recargo de apremio y sanciones impuestas al esposo. Concluye el Tribunal Constitucional, que deniega el amparo solicitado y la alegada violación del artículo 25.1 de la Constitución Española -principio de personalidad de la sanción-, en lo que aquí nos interesa, que la razón que permite trabar y cobrar las sanciones con el numerario presuntivamente ganancial depositado en las citadas cuentas de la esposa del infractor es *«simplemente, la circunstancia de que se considerara que las cuentas corrientes embargadas, siendo de la titularidad de la demandante (en algún caso, aparecía también como cotitular alguno de sus familiares), contienen patrimonio ganancial que, como tal, de acuerdo con la normativa civil (art. 1373 CC), responde de las deudas propias (así hay que considerar a las sanciones, de acuerdo con el art. 1366 CC) de cada uno de los esposos»*⁸⁵³.

La inviabilidad de que las multas o sanciones tributarias vinculen frente a la Administración directamente los bienes gananciales es mantenida en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1992. Esta resolución, acogiendo parcialmente la tercería de dominio formulada por la cónyuge no deudora, excluye la afectación de los bienes exgananciales embargados, privativos de la misma por efecto de la liquidación societaria, al abono de la multa impuesta al cónyuge infractor, atendido el componente punitivo personal de la sanción, no imputable, por ello, a la comunidad, ni estando afectos por dicha multa, mediante una suerte de subrogación real, los mencionados bienes adjudicados a la tercerista⁸⁵⁴.

En materia tributaria, dice PÉREZ JORDÁ que, por imperio de la ley, junto al infractor o infractores principales, personas físicas o jurídicas, se comprenden otras

⁸⁵³ STC 36/2000, de 14 de febrero de 2000 (BOE n.º 66, de 17 de marzo de 2000, págs. 15 a 22). Afirma el TC en la referida sentencia, para excluir la vulneración del art. 25.1 CE, que *«una cosa es que, en virtud del principio de personalidad de la pena o sanción establecido en el art. 25 CE, no se pueda imponer una sanción pecuniaria a quien no aparece como responsable de la misma, y otra muy distinta que, como aquí ha sucedido, no se pueda proceder al cobro de la misma con bienes del cónyuge del sujeto infractor si, de conformidad con las normas reguladoras del régimen patrimonial del matrimonio, aquéllos aparecen como gananciales»*.

⁸⁵⁴ STS de 19 de febrero de 1992 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1992:12628). En el mismo sentido, cfr. SAP de Valencia de 10 de febrero de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:APV:1999:792).

personas a modo de deudores principales u obligados al pago de la sanción tributaria, existiendo dos o más deudores de esta, si bien por causas diferentes y con regímenes jurídicos de inicio disímiles. Los responsables tributarios no son deudores principales, ni infractores tributarios, de manera que solo estarán sujetos al pago de sanciones pecuniarias, aunque a los responsables les sean aplicables los preceptos sobre retroactividad de disposiciones sancionadoras más favorables⁸⁵⁵.

La extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias que se prevé en la Ley General Tributaria se juzga incorrecta, porque contraría el principio de personalidad de las penas, reputándose que, si se considera que la actuación de los responsables es merecedora del reproche del ordenamiento por su participación en la comisión de conductas ilícitas, lo pertinente sería imponerles una sanción, siguiendo el cauce lógico del procedimiento sancionador⁸⁵⁶.

Aun cuando al cónyuge responsable tributario, solidario o subsidiario, que no es sujeto infractor⁸⁵⁷, no se le impone propiamente la sanción que se ve obligado a satisfacer, dado que esa exigencia de responsabilidad puede catalogarse como materialmente sancionadora⁸⁵⁸, esta circunstancia no podría determinar, desde una perspectiva teórica, una posible afección ganancial directa por el débito derivado de la sanción, en tanto en cuanto en atención al principio de personalidad del derecho sancionador administrativo esa deuda habría de catalogarse como privativa.

5.1.3. El ámbito material específico de la disposición

5.1.3.1. La actuación conyugal individual generadora del débito consorcial extracontractual

Como se ha significado, la acción (u omisión) del cónyuge de la que deriva la obligación extracontractual de naturaleza ganancial, en primer término, ha de poder enmarcarse, aparentemente, en el ámbito objetivo de una actuación preordenada al beneficio o interés, de orden material o inmaterial, del consorcio⁸⁵⁹. Deviene, en este

⁸⁵⁵ PÉREZ JORDÁ, «La responsabilidad tributaria en el pago de las sanciones tributarias», *cit.*, págs. 459-461.

⁸⁵⁶ MARTÍNEZ LAGO, *La extensión de la responsabilidad...*, *cit.*, pág. 161.

⁸⁵⁷ Cfr. arts. 181 y 182 LGT.

⁸⁵⁸ Cfr. STC 85/2006, de 27 de marzo de 2006 (BOE n.º 106, de 4 de mayo de 2006, págs. 11-25).

⁸⁵⁹ Indica BUSTOS MORENO (en *Las deudas gananciales...*, *cit.*, pág. 328) que en la actuación en beneficio de los intereses familiares -bajo el principio rector del art. 67 CC- han de contemplarse, no solo a los propios cónyuges, sino asimismo a los hijos y a las personas por las que el cónyuge deudor haya de

punto, irrelevante, según se entiende casi unánimemente, que se alcance o no aquel, puesto que la locución contenida en la norma (*actuación en beneficio*) no impone, y mucho menos en sede de afección externa, que exista un beneficio patrimonial o, incluso, no tangible para colegir la consorcialidad del débito. Por otra parte, también surgirá un débito extracontractual común si aquella actuación individual tiene lugar en la amplia esfera de la administración, ordinaria o extraordinaria, de los bienes, propios o comunes. Se excluye, únicamente en el plano interno, la existencia de una carga de la comunidad por los gastos originados por estos débitos si la conducta del cónyuge deudor es dolosa o gravemente culposa⁸⁶⁰.

responder extracontractualmente (art. 1903 CC), deviniendo indiferente que la actuación conyugal se ejecute directa o indirectamente.

Sobre la inclusión de la responsabilidad civil extracontractual de los padres por los daños causados por los hijos que estén bajo su guarda en el art. 1366, la STS de 8 de julio de 1997 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1997:4866), que no estima una tercería de dominio formulada por la madre de un menor que había lesionado con una carabina de aire comprimido a otro, ante la traba de una finca urbana ganancial como consecuencia de la sentencia que condenaba por *culpa in vigilando* a su cónyuge por el hecho referido, entiende, para rechazar la infracción del art. 1366, que existió una actuación en beneficio de los intereses de la familia, que se integra en el espacio personal y abarca la problemática de los cónyuges y de sus hijos. Aduce la resolución que no era exigible procesalmente interpelar a los dos progenitores, excluyendo la privatividad del débito porque ambos cónyuges «*tenían obligaciones comunes respecto a los hijos menores y respondían legalmente de los actos dañosos de éstos*». Con cita de la sentencia anterior, *vid.* la SAP de Badajoz de 18 de septiembre de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:APBA:2000:1149), relativa esta a daños causados por unos menores en un vehículo.

Parece discutible que en el supuesto del art. 1903.2 CC la naturaleza ganancial de la deuda dimanante de los daños causados por los hijos provenga de la previsión del art. 1366, debiendo inferirse que la sujeción, incondicional, de la comunidad habría que basarla en rigor en el art. 1367 CC, dado que, aunque se demande a un único progenitor, la obligación de vigilancia de los hijos, incardinada en la patria potestad, *ex art.* 154, incumbe conjuntamente a ambos cónyuges, por lo que no cabe argüir que estemos en presencia de un débito individualmente contraído.

⁸⁶⁰ Actuar en beneficio de la sociedad, para DE LOS MOZOS (en «Artículo 1.366», *Comentarios al Código Civil...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 296), es gestionar intereses comunes o cuidar de los mismos, en el sentido más amplio, comprendiéndose las actividades e intereses propios que redundan en ese beneficio y también, fuera del aspecto patrimonial, cualquier actuación en interés de la familia. La noción de *actuación en beneficio de la sociedad conyugal* se concreta, en opinión de RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, págs. 1072-1073), en aquellas actuaciones dirigidas a atender alguna de las necesidades que producen responsabilidad contractual en los arts. 1365 y 1368, soslayando de esta forma el cónyuge no deudor los peligros de una excesiva generalización del vocablo «*beneficio*». La innecesariedad de que exista un resultado útil o favorable a los efectos del art. 1366 es compartida por DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (en *Sistema...*, IV (T. 1), *cit.*, pág. 178); GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Gestión y responsabilidad...*, *cit.*, págs. 402-403) y BELLO JANEIRO (en *La defensa frente a tercero...*, *cit.*, pág. 411).

El beneficio o interés de la sociedad conyugal, económico o de otro tipo⁸⁶¹, mediato o inmediato, directo o indirecto, del artículo 1366 es un concepto que, forzosamente, en línea con la virtualidad de la mera apariencia a efectos de establecer la sujeción de la masa común en la disciplina ganancial, que hemos venido manteniendo en esta investigación, no tiene idéntico alcance en la relación interna y en la órbita *erga omnes*. Debe concluirse que para que en la hipótesis legal la actuación separada del cónyuge comprometa el acervo social frente a terceros no es preciso que la conducta desplegada tienda objetivamente a ese beneficio, sino que es suficiente, simplemente, que desde una óptica formal lo parezca, pudiendo inferirse esa utilidad en aquellas actividades que, conectadas con el interés familiar en sentido amplio, usualmente la generen. En el plano *ad intra*, por el contrario, sí es donde habrá que ponderar si el acto individual responde efectivamente a esa utilidad o provecho de la comunidad y, en caso afirmativo, adscribir el gasto al pasivo definitivo. En sentido contrario, de no concurrir ciertamente esa orientación en la actuación del cónyuge que produce la obligación extracontractual, el desembolso realizado no será una carga de la sociedad y, de haberse satisfecho aquella a costa del consorcio, se dará lugar al pertinente reintegro a favor de este último⁸⁶².

⁸⁶¹ BARCELÓ DOMÉNECH (en *Responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales...*, *cit.*, págs. 95-96) dice que el término *beneficio* no ha de entenderse en sentido exclusivamente económico, existiendo otros preceptos en el Código que utilizan ese vocablo con un significado que incluye situaciones de orden no patrimonial (arts. 234.2 o 245 CC), pudiendo hablarse de *beneficio de la sociedad conyugal* en actividades no conectadas a aspectos patrimoniales, como en el caso de la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de los *hijos*. Tampoco restringe el ámbito de la norma a actuaciones estrictamente patrimoniales TORRALBA SORIANO (en «Art. 1.366», *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1694). Por su parte, GIMÉNEZ DUART (en «Cargas y obligaciones del matrimonio», *cit.*, pág. 550, nota 15) sigue una línea parecida y juzga precisa una interpretación correctora del materialismo de la disposición legal para comprender en ella cualquier actuación *en interés familiar*, comprensivo incluso del esparcimiento de los miembros de la familia, destacando el amplio arbitrio judicial en la exégesis del precepto. Propugna, como colofón, este autor la inclusión en el espíritu del artículo de cualquier actuación que no sea *contraria a los intereses familiares*.

⁸⁶² La SAP de Madrid de 18 de enero de 2005 (Cendoj-ECLI:ES.APM:2005:392), que acuerda la inclusión en el pasivo de la comunidad de la totalidad de una deuda tributaria y de diversos gastos procesales derivados de los procesos contencioso-administrativos planteados por un cónyuge contra las resoluciones administrativas que declararon la deuda, invoca a tal efecto el art. 1366 y argumenta que se actuó en beneficio de la sociedad conyugal habida cuenta de los resultados favorables a las pretensiones deducidas en algunas de esas causas. Igualmente, la SAP de Madrid de 16 de diciembre de 2015 (Cendoj-ECLI:ES.APM:2015:18367), en un litigio en el que un deudor solidario ejercitaba una acción de repetición contra los restantes codeudores solidarios, incluida la esposa de uno de ellos, reclamándoles el abono de lo que había satisfecho en exceso como consecuencia de la condena de todos ellos en otro juicio por no haber adaptado los estatutos de una mercantil a lo dispuesto en la LSA de 1989, confirma, con cita del art. 1366, el carácter ganancial de la deuda contraída por el cónyuge deudor interpelado y la responsabilidad de su consorte, también demandada, con los bienes adjudicados a la misma en la liquidación del régimen ganancial. Se razona que el cónyuge fue condenado por su actuación como administrador de la mercantil, realizada, por tanto, en beneficio de la sociedad de gananciales, ya que se trataba de una actividad profesional y negocial que, de obtener resultados positivos, repercutiría a favor

Según se ha dicho, lo trascendente en orden a valorar el compromiso de la masa ganancial *erga omnes* por los débitos de origen extracontractual producidos de forma disyunta no es la existencia de un beneficio como consecuencia de la actuación conyugal, sino que basta tan solo con que se acredite por los acreedores que esta tiende a la obtención del mismo. En consonancia con ello, la afección de la comunidad en este ámbito no contractual es totalmente compatible con el hecho de que la actividad, por ej., profesional o mercantil, del cónyuge en cuyo seno surge la deuda, formalmente realizada en provecho del consorcio, lejos de alcanzar esta finalidad, dé lugar a resultados no favorables o directamente contrarios al interés de la familia.

Dado que en este trabajo nos hemos referido en distintas ocasiones, tanto al analizar las cargas del consorcio, como al examinar el artículo 1365, a lo que ha de entenderse por administración de los bienes, para obviar superfluas reiteraciones, no procede que ahora insistamos de nuevo en lo ya expresado, remitiéndonos, pues, a lo previamente razonado. Resulta, en todo caso, plenamente lógica la sujeción de la sociedad de gananciales, en la esfera extracontractual, por aquellos actos de administración (de bienes propios o comunes) unilaterales en tanto que ingresarían en el activo social los eventuales rendimientos de los mismos *ex* artículo 1347.2.º, sin que en este ámbito, para determinar la responsabilidad social, haya de atenderse al beneficio de la comunidad, sino a la inserción formal del acto en el marco de la administración patrimonial⁸⁶³.

del consorcio *ex* art. 1347.1.º CC, sin que la no retribución del citado cargo de administrador permita inferir lo contrario, porque «*la responsabilidad por las deudas gananciales no queda sujeta al hecho de que la actividad haya producido un lucro o beneficio efectivo, basta simplemente con que se haya realizado buscando obtener dicho beneficio a favor de la sociedad de gananciales*».

⁸⁶³ Excluye PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (en «Art. 1.366», *Comentario del Código Civil*, T. II, *cit.*, pág. 698) que el art. 1366 alude a cualquier gestión oficiosa del cónyuge, sino a la que le corresponda con arreglo a las restantes normas. A su vez, MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ [en «Art. 1.366», en SIERRA GIL DE LA CUESTA (Coord.), *Comentario del Código Civil*, T. 7 (Arts. 1.315 al 1.789), Bosch, Barcelona, 2000, pág. 139] hace referencia a los límites normales de la administración patrimonial.

Como constata RAGEL [en «La sociedad de gananciales (4). El pasivo...», *cit.*, pág. 1073], en el aspecto de la administración de los bienes el ámbito objetivo del art. 1366 es más amplio que el del art. 1365, ya que en tanto que las deudas contractuales originadas por la administración extraordinaria de los bienes propios son privativas, las extracontractuales, en ese caso, tienen naturaleza ganancial.

5.1.3.2. La reconducción de la operatividad del dolo o la culpa grave del cónyuge deudor a la esfera interna

Como ya hemos avanzado al comentar la carga homónima de la comunidad, la excepción contenida en el artículo 1366 *in fine*, en nuestro criterio, y reconociendo la solvencia de la tesis doctrinal contraria, debe jugar exclusivamente en la órbita interna de la sociedad de gananciales. Entendemos que esta inferencia ha de priorizarse porque la ganancialidad de la obligación extracontractual contraída por el deudor y la subsiguiente ampliación de la garantía de los acreedores a la totalidad del patrimonio social no puede depender de la valoración de la concurrencia de *dolo*⁸⁶⁴ o *culpa grave* en quien genera la deuda, circunstancia que, en muchas ocasiones, resultará de difícil objetivación, dada la ausencia de declaración judicial al respecto y la vaguedad e indeterminación de esos conceptos, con la consecuente dificultad probatoria. Bastará, así, para obviar también una eventual inseguridad jurídica, que los acreedores adveren que el acto del cónyuge deudor está orientado al aparente beneficio de la sociedad legal o que se ejecuta formalmente en el ámbito de la administración de los bienes, reconduciéndose, en el sentido expresado, a la relación conyugal interna, para excluir, por tanto, la imputación del gasto al pasivo definitivo, cualquier alegación tendente a hacer valer frente al otro cónyuge la existencia de *dolo o culpa grave*⁸⁶⁵.

⁸⁶⁴ Sobre el concepto genérico de dolo y su distinción de la noción de culpa, resulta ilustrativa la STS de 20 de mayo de 1959 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1959:1007), que, recurriendo a la etimología, explica que «*en líneas generales, y según el mismo significado etimológico, por dolo se entiende todo complejo de malas artes contrario a las Leyes, de la honestidad, e idóneo por sí para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio, tratándose por eso de un acto ilícito en que viene a resumirse el estado de ánimo de aquel que no sólo ha querido el acto que constituye infracción al principio genérico del "alterum non laedere", sino que también ha previsto y querido las consecuencias antijurídicas de él provenientes, característica ésta de por sí ya suficiente para diferenciar el dolo de la culpa en sentido técnico, en la cual, existiendo la voluntariedad del acto, no existe sin embargo la voluntariedad de las consecuencias antijurídicas*». Continúa la resolución recordando que el dolo está constituido por dos elementos, uno, subjetivo y voluntarista, consistente en la mala intención y que representa el substrato mismo del dolo, y el otro, objetivo y material, integrado por la acción u omisión o el medio en virtud del que la voluntad del autor del dolo se realiza, siendo el efecto inmediato y combinado de esos elementos la voluntad viciada o el incumplimiento de la obligación, o, en general, el acto ilícito.

⁸⁶⁵ GIMÉNEZ DUART (en «Cargas y obligaciones del matrimonio», *cit.*, pág. 550) reseña que carece de toda lógica que, cuanto mayor sea la ilicitud o la culpabilidad del deudor, menor sea la responsabilidad, lo que podría generar situaciones grotescas, debiendo reducirse, por vía interpretativa, la norma para concluir que la excepción alude al *cargo*, pero no a la responsabilidad o garantía de los terceros. Asumen, asimismo, una postura restrictiva sobre la proyección de la excepción DE LOS MOZOS (en «Artículo 1.366», *Comentarios...*, T. XVIII, Vol. 2.º, *cit.*, pág. 298), aunque matiza que aquella juega plenamente en la relación interna y limitadamente en la externa, en la que la valoración del comportamiento en el grado de culpabilidad no impide al acreedor dirigirse directamente contra la masa ganancial; LACRUZ (en *Elementos*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 429) y TORRALBA SORIANO (en «Art. 1.366», *Comentarios a las reformas...*, II, *cit.*, pág. 1700).

Las reglas de responsabilidad externa en la sociedad de gananciales, que legitiman la actuación conyugal unilateral con trascendencia patrimonial directa para la masa consorcial, están orientadas primordialmente a la protección de los intereses de los terceros. Esta finalidad se recogió expresamente en la Exposición de Motivos del Proyecto de ley de 1979 (que aludía literalmente, a este respecto, a *la consideración prioritaria de la seguridad del tráfico y los derechos de terceros, que se hace patente (...) en las posibilidades concedidas a los cónyuges de actuar “erga omnes” comprometiendo incluso los bienes comunes*)⁸⁶⁶. Sentado lo anterior, no parece mínimamente entendible, por más que una interpretación literal aséptica y rígida del artículo 1366 *in fine* sugiera, en principio, lo contrario, que la extensión de la garantía patrimonial de los perjudicados haya de verse recortada en actuaciones por las que la

Esta limitación del alcance de la excepción legal es negada por BELLO JANEIRO (en *La defensa frente a tercero de los intereses...*, *cit.*, págs. 413 y 416), de acuerdo con el art. 3.1 CC, atendiendo al sentido propio de las palabras del art. 1366, en relación con el contexto (arts. 168.2 y 1688 *a contrario*) y los antecedentes parlamentarios de la disposición, con el rechazo de enmiendas tendentes a la supresión del inciso final del artículo, por lo que la conducta dolosa o gravemente culpable conyugal que origine la obligación extracontractual trae consigo la exclusión de la misma de «la responsabilidad y cargo» de la comunidad. Incide este autor en que resulta equitativo otorgar al cónyuge del autor del daño *ex art.* 1373 la posibilidad de liberar su parte de bienes comunes del cumplimiento de la obligación extracontractual probando que no existe culpa leve, próxima al caso fortuito, en la conducta de su consorte.

Consideramos que la voluntad legislativa no emana con la rotundidad que se pretende del texto legal ni de la tramitación parlamentaria del precepto, reiterándose que la acreditación de la concurrencia de *dolo o culpa grave* será oponible por el cónyuge no deudor frente al otro en la relación intraconyugal para evitar la adscripción del desembolso por la deuda extracontractual al pasivo definitivo. Pero difícilmente los terceros podrán verse afectados en su garantía patrimonial, específicamente en hipótesis de mayor gravedad, por una circunstancia cuya aprehensión, además, salvo que estemos en sede penal, es usualmente ajena a los criterios de apariencia en los que se asienta la responsabilidad directa con la masa consorcial por la actuación separada de los cónyuges.

La aplicabilidad de la excepción también en el plano externo es defendida, entre otros autores, por Juan AGUILERA RODERO [en «Análisis sobre la sujeción de los bienes gananciales ante deudas contraídas por uno de los cónyuges, con especial consideración de los arts. 1365 y 1366 del Código Civil», *Actualidad Civil*, n.º 15, sept. 2008, pág. 12 de la versión electrónica obrante en *laleydigital360* (LA LEY 38884/2008)]; GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Gestión y responsabilidad...*, *cit.*, págs. 403-405), el cual, entre otros argumentos, alude a que el legislador ha sopesado el interés del cónyuge no actuante y el de los terceros acreedores, excluyendo que el primero tenga que afrontar, incluso provisionalmente, las consecuencias perjudiciales cuando medie dolo o culpa grave en el acto que cause la responsabilidad extracontractual, sin que ello implique perjuicio para aquellos toda vez que se les va a aplicar el régimen normal de responsabilidad patrimonial consagrado en el art. 1911 CC, con la sujeción, además, de la mitad del acervo ganancial *ex art.* 1373; y BUSTOS MORENO (en *Las deudas gananciales y sus reintegros*, *cit.*, pág. 336), autora que afirma que si se permitiese que el acreedor se dirija directa, provisional e indiscriminadamente contra la masa común por débitos que no van a conformar una carga de la comunidad, con independencia de la posible ruina familiar, el derecho de reembolso a favor de la sociedad sería ilusorio ante deudas de cuantía elevada, difícilmente realizables constante el consorcio y más en el momento de su liquidación, ya que los créditos entre cónyuges y sociedad son de inferior condición que los de los terceros acreedores *ex art.* 1403 CC.

⁸⁶⁶ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 71-I, de 14 de septiembre de 1979, pág. 316. En relación con esta prevalencia del interés de los terceros para el legislador, igualmente, la EM (pág. 315), como ya se señaló en su momento, apunta que al atribuirse la gestión a ambos cónyuges se ha considerado la necesidad de «salvaguardar el interés y las legítimas expectativas de los terceros que contratan exclusivamente con el marido o la mujer, mediante la previsión de una serie de supuestos en los cuales la legitimación para administrar, disponer y obligarse puede ser indistinta o individual».

sociedad legal puede verse beneficiada y que la razón última para ello sea, justamente, la mayor gravedad de la ilicitud de la conducta del cónyuge, no fácilmente cognoscible, sino, más bien, al revés, singularmente cuando nos referimos a actuaciones caracterizadas por su dolo o en las que la ponderación del grado de diligencia requerido no resulta tan evidente y determinable. No cabe primar impropriamente aquí la necesidad de protección del interés del partícipe no deudor sobre la prevalente exigencia de tutela de la posición de los terceros. Ese planteamiento es completamente ilógico y subvierte, a nuestro juicio, la explicitada finalidad de la regulación legal, a la que ha de atenderse, no solo en el ámbito contractual, sino también en la esfera extracontractual⁸⁶⁷.

El hecho de que en la tramitación parlamentaria fueran rechazadas dos enmiendas sustancialmente miméticas del Grupo Parlamentario Vasco (PNV) y del Grupo Parlamentario de Senadores Vascos (SV) al artículo 1366 (cuya primera versión contenida en el Proyecto de 1979 resultó a la postre definitiva) por las Comisiones de Justicia del Congreso y de Justicia e Interior del Senado, respectivamente, y en las que el grupo enmendante proponía la supresión de la excepción legal, no presupone de forma imperativa y unívoca que el legislador pretendía la aplicabilidad de la excepción en la órbita externa. Se justificaba la supresión porque su mantenimiento suponía un riesgo de enrarecimiento de las relaciones personales entre los cónyuges por la determinación de si la conducta fue dolosa o por culpa grave, cuestionándose, además, que la distinción entre estos supuestos y el de culpa leve debiera surtir efectos frente a terceros, teniendo en cuenta la dificultad que implica la valoración de los diferentes grados de culpa. Sin embargo, resulta posible interpretar también que el no acogimiento de las enmiendas pudo obedecer a que no se compartía la exégesis de los enmendantes precisamente sobre el juego de la excepción en la relación *ad extra* o, incluso, a que se perseguía su completa eliminación en el plano interno y externo⁸⁶⁸.

De acuerdo con el artículo 3.1 *ex* Código civil, la labor hermenéutica de las normas jurídicas no puede limitarse a una mecánica exégesis gramatical del texto legal,

⁸⁶⁷ Sobre la tesis, sostenida en esta investigación, que preconiza el juego de la excepción legal del art. 1366 CC limitadamente en la órbita interna, cfr. FABAR CARNERO, «La responsabilidad directa con los bienes gananciales por las deudas de naturaleza extracontractual individualmente contraídas», *RDUNED*, n.º 22, 2018, págs. 343-348.

⁸⁶⁸ Enmiendas n.º 397, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco -PNV- [Cfr. *Código Civil (Reformas 1978-1983). Trabajos Parlamentarios*, I, *cit.*, págs. 336-337], y n.º 6, formulada por el Grupo Parlamentario de Senadores Vascos (SV) -Cfr. *BOCG*, Senado, Serie II, n.º 154, de 24 de febrero de 1981, pág. 41-.

habiendo de atenderse *fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*, con el objeto de obviar que la aplicación literal de la Ley conduzca a resultados ilógicos o escasamente convincentes, como acontece en el supuesto que se comenta. En esta cuestión, lo más acorde con la lógica y la expresada voluntad legislativa de salvaguardar los derechos de los terceros, sean o no contratantes, es limitar la virtualidad de la excepción legal al plano interno del consorcio y no vaciar en gran medida de contenido la regla de responsabilidad *ad extra* consagrada en aquellas hipótesis en donde se demanda una mayor protección de los terceros, y sin que ello signifique violentar el tenor del artículo 1366⁸⁶⁹.

A título de ejemplo, en relación con esta visión que propone una restricción correctora de la aparente univocidad interpretativa que emana de la dicción del artículo 1366 en cuanto a la aplicabilidad incondicional de la excepción que se contempla, en la doble perspectiva externa e interna, podemos hablar del escaso sentido que tendría excluir la vinculación *ad extra* del acervo común en supuestos particularmente graves de responsabilidad civil extracontractual, cuya apreciación va a requerir la concurrencia del elemento de la culpa *ex* artículo 1902 del Código civil. Tampoco deviene aceptable negar *ab initio* la ganancialidad de determinadas obligaciones legales (por ej., fiscales) que deriven de una conducta dolosa o gravemente negligente del cónyuge deudor. Igualmente, no cabe descartar la cualidad ganancial de débitos indemnizatorios originados por actuaciones delictivas de este último, que incluso hayan beneficiado dolosamente en el orden patrimonial al consorcio, propiciando un incremento del activo social, el cual no sería, en principio, directamente atacable por el perjudicado para satisfacer la responsabilidad civil (extracontractual) impuesta en la resolución judicial *ex* artículos 109 y siguientes del Código Penal o que eventualmente se concrete en la jurisdicción civil.

Esta posición que propugna la irrelevancia de la concurrencia de *dolo o culpa grave* en la conducta del cónyuge deudor para excepcionar la afección ganancial directa frente a terceros y su proyección o reconducción a la relación intraconyugal aparece

⁸⁶⁹ Alineándose con una parte de la doctrina, María Mercedes ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES [en «Pactos entre progenitores para distribuir su responsabilidad por los actos de sus hijos», *La Ley Derecho de familia, Revista jurídica sobre familia y menores*, n.º 5, 2015, pág. 6 de la versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 25/2015)] dice que, para evitar injustas incongruencias jurídicas, en los supuestos de dolo o culpa grave que se excepcionan el acreedor podrá actuar contra el haber ganancial, sin que la sociedad asuma definitivamente la obligación, debiendo el cónyuge deudor, en su caso, reintegrar a la masa ganancial lo satisfecho por esta para afrontar el débito privativo.

expresamente recogida en las normas forales navarra y aragonesa, respecto a la sociedad conyugal de conquistas y al consorcio conyugal, respectivamente, lo que evidencia, más si cabe, la lógica de la interpretación restrictiva de la excepción contenida en el artículo 1366. De esta forma, en la ley 84.2.1 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra se determina que *«las obligaciones extracontractuales que se contraigan en relación con la administración de los bienes privativos o sean debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor serán de responsabilidad pero no de cargo de la sociedad»*⁸⁷⁰.

Por su parte, esa intrascendencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del cónyuge deudor en la relación *erga omnes* se reafirma en el artículo 219.1.b) del Código del Derecho Foral de Aragón, precepto que, en sede del consorcio conyugal, declara que *«frente a terceros de buena fe, los bienes comunes responden siempre del pago de las indemnizaciones por daños a terceros causados en el ejercicio de una actividad objetivamente útil a la comunidad, aun por dolo o culpa grave»*⁸⁷¹.

El Tribunal Supremo no ha mantenido una línea uniforme en cuanto al ámbito de la excepción legal. Así, la reiterada Sentencia de 31 de marzo de 2004 declara que *«la claridad del texto legal rechaza que la excepción tenga únicamente el alcance de excluir el efecto "de cargo" de la sociedad de gananciales, de modo que su patrimonio responde frente a tercero, pero internamente, en las relaciones entre los cónyuges, la deuda no es pasivo de la sociedad»*, porque esta limitación de los efectos de la excepción es arbitraria en tanto que distingue donde la ley no lo hace entre *responsabilidad* y *cargo* de la sociedad de gananciales, por lo que el juez no puede forzar con interpretaciones los términos claros en que se pronuncia el precepto⁸⁷².

⁸⁷⁰ La ley 84.1.7) prescribe que *«son de cargo y responsabilidad de la sociedad de conquistas las obligaciones extracontractuales de los cónyuges derivadas de actuaciones realizadas en interés de la sociedad de conquistas o con beneficio para ella, en el ámbito de la administración de los bienes comunes»*.

En la modificación del Fuero Nuevo introducida por la Ley 21/2019 se omite cualquier referencia al dolo o la culpa grave del cónyuge deudor que contrae la obligación extracontractual, de tal forma que la excepción legal dejará de tener operatividad y no se excluirá tampoco la carga de la sociedad de conquistas ante una conducta dolosa o gravemente culposa del deudor ejecutada dentro del marco delimitado legalmente -ley 90.5-.

⁸⁷¹ Según establece el art. 218.1.f), en el plano interno, los débitos indemnizatorios por daños a terceros generados por dolo o culpa grave constituyen una carga del patrimonio común *únicamente hasta el importe del beneficio obtenido con la actividad en la que se causó el daño*.

⁸⁷² STS de 31 de marzo de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2004:2242). También las SSTS de 8 de julio de 1997 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1997:4866) y de 14 de marzo de 2002 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2002:1848) admiten la aplicabilidad de la excepción del art. 1366 en la relación externa.

Este rechazo expreso de la restricción de la eficacia de la excepción al aspecto del *cargo* o pasivo ganancial interno no es compartido por la comentada Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005. Examina la sentencia un caso en el que el marido, administrador de una sociedad, incurrió en responsabilidad extracontractual al ser condenado solidariamente a devolver un determinado importe como consecuencia del ejercicio por un tercero de una acción individual de responsabilidad y se accionaba ulteriormente por el acreedor pretendiendo, entre otros pronunciamientos, la condena de la consorte del deudor a pagar el débito, respondiendo con todos sus bienes o, en su defecto, con los bienes gananciales adjudicados a la misma en la liquidación del régimen consorcial. Excluye la resolución, ante la alegación de la esposa, que el artículo 1366 implique una disminución de la garantía patrimonial de los acreedores cuando concurre dolo o culpa grave del cónyuge deudor, *sino que frente al tercero funcionará la responsabilidad de la sociedad de gananciales*, pudiendo, así, accionar los cónyuges entre sí para el reembolso de lo abonado a costa de la sociedad y que no constituya una carga de ella. Es decir, lo que viene a concluir la sentencia, frontalmente opuesta en este punto a la anteriormente expresada, en línea con lo que mantenemos, es que la concurrencia de *dolo o culpa grave* en la conducta del cónyuge deudor no va a impedir la consorcialidad de la obligación extracontractual surgida dentro del marco de actuación delimitado en el precepto y la ulterior responsabilidad directa de la masa común. Todo ello sin perjuicio de las operaciones de reintegro que procedan en fase de liquidación, en tanto en cuanto el importe actualizado de lo pagado por el consorcio en ese supuesto integra el activo de la sociedad y ha de ser reembolsado, *ex* artículo 1397.3.º, por el partícipe que generó el débito⁸⁷³.

La proyección de la virtualidad de la excepción legal solo en la esfera *ad intra* no resulta con evidencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2005, que resolvía una reclamación de indemnización por error judicial planteada por la esposa de un ejecutado en una ejecución de costas procesales derivadas de una terceraía de dominio, a la que no se accedió, instada por este último. El ejecutado había ejercitado el dominio de un crédito, cedido al mismo por un particular, trabado en el proceso

⁸⁷³ STS de 25 de octubre de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:6469). Esta sentencia contesta al argumento de que al concurrir dolo o culpa grave del cónyuge deudor la responsabilidad es de este último y no del consorcio afirmando que *«esta objeción no es válida, porque la norma del artículo 1366 CC no permite disminuir las garantías del acreedor, sino que frente al tercero funcionará la responsabilidad de la sociedad de gananciales, con independencia de las acciones que los cónyuges tengan entre ellos para el reembolso de lo pagado que no debiera ir a cargo de la sociedad»*.

principal, título que se declaró fraudulento. Se basaba, fundamentalmente, la accionante en que se había producido un daño irreparable y no recurrible como consecuencia de la resolución judicial dictada en grado de apelación que rechazaba su oposición al despacho de la ejecución, en la que se embargó un bien inmueble ganancial, fundada en la no consorcialidad del débito. Se alegaba por la demandante que, concurriendo dolo o culpa grave en la actuación procesal del tercerista, no existía responsabilidad de los bienes gananciales *ex* artículo 1366. El Tribunal Supremo, aunque no acoge la pretensión indemnizatoria por error judicial aduciendo, en esencia, que no se declaró judicialmente la existencia de dolo o culpa grave del tercerista, lo que significaría que el Alto Tribunal asume el juego de la excepción en la vertiente del compromiso *erga omnes* del acervo ganancial, lo cierto es que manifiesta compartir la interpretación restrictiva de la excepción del artículo 1366 esgrimida en el auto de la Audiencia Provincial cuestionado. Esta resolución, expresamente, invocó la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1999, la cual establecía, como hemos dicho con anterioridad, para admitir la cualidad consorcial de la responsabilidad civil *ex delicto* impuesta a un cónyuge, que *la excepción legal se aplica a la relación interna y limitadamente a la externa, según la ratio del artículo*, y que venía a concluir que la valoración de la culpabilidad del deudor tan solo gravita en el plano interno⁸⁷⁴.

En relación con los conceptos de *dolo* y *culpa grave*, GÓMEZ DE LA ESCALERA indica que el *dolo* es el propósito de causar un daño injustamente a otro, implicando conciencia y voluntad de dañar, existiendo culpa siempre que el sujeto cause, sin intención de producirlo, un daño que era previsible y evitable con el cuidado y diligencia omitidos por aquel, y que resultaban exigibles atendidos la naturaleza del hecho y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (artículo 1104 del Código civil). La culpa será lata o grave, y se equiparará a la actuación dolosa, cuando

⁸⁷⁴ STS de 14 de julio de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:4774). El AAP de Valladolid de 26 de abril de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:APVA:2004:338A), que es avalado por la resolución del TS, reconduciendo aparentemente la operatividad de la excepción a la relación intraconyugal, determinaba que el art. 1366, en relación con el 1362, se interpreta como configurador de una doble relación: interna, entre los cónyuges, de manera que la responsabilidad extracontractual de un cónyuge integra una carga de la sociedad de gananciales, salvo la excepción que menciona, y, asimismo, externa, en tanto que comprende cualquier tipo de responsabilidad de esa naturaleza, si bien con el requisito de que la actuación sea *en beneficio de la sociedad o en el ámbito de la administración de los bienes*. Concluye la AP que *«la valoración del comportamiento en el grado de culpabilidad no impide al acreedor dirigirse directamente contra los bienes gananciales, con base no solo en la dicción literal del artículo 1366 del Código civil, sino en que en este aspecto de la relación interna la valoración de culpabilidad dará lugar, en su caso, a un reembolso a favor de la sociedad y a cargo del cónyuge deudor»*.

el grado de imprudencia o negligencia del culpable sea de tal entidad que no hubiera incurrido en la misma ni el menos cauto o precavido de los hombres⁸⁷⁵.

En el artículo 1366, junto con otros preceptos (artículos 168.2 y 1904.2 del Código civil y 48.2 *ex* Ley de Contrato de Seguro), se plasma la idea clásica de la equiparación entre dolo y culpa grave (*magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est*)⁸⁷⁶. Se entiende, desde una óptica general, que el grado de negligencia es inversamente proporcional al de la diligencia exigible, siendo grave y reveladora de mala fe cuando la diligencia omitida sea la mínima o elemental exigible a cualquier persona, incurriendo en negligencia grave quien no previó lo que correspondía a la más común y vulgar representación o no adoptó frente a esa previsión las elementales precauciones que la evitación del siniestro hubiera aconsejado a cualquiera⁸⁷⁷.

No obstante, como hemos expuesto, la valoración de la existencia de una conducta dolosa o del grado de culpa en el cónyuge que contrae la deuda extracontractual, que, en principio, precisaría de la oportuna declaración judicial para advenir su concurrencia, no debe ser relevante en la esfera de responsabilidad externa (erigida, por lo demás, en simplemente provisional de acreditarse *dolo o culpa grave*), por las razones argüidas, desplegando su eficacia, en consecuencia, internamente, en fase de contribución.

⁸⁷⁵ GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos Rafael, «Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge y el nuevo régimen de responsabilidad de los bienes gananciales», *Diario La Ley*, n.º 1, 1985, pág. 5 de la versión electrónica obrante en *laleydigital360* (LA LEY 17952/2001). Con respecto al concepto de dolo, dice BARCELÓ DOMÉNECH (en *Responsabilidad de los bienes gananciales...*, *cit.*, pág. 101) que existe aquel cuando la acción u omisión que produce el daño ha sido causada de forma intencionada por el agente. Por su parte, LACRUZ (en *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 429) rechaza que quepa apreciar dolo cuando los dos cónyuges son conscientes del delito cometido por uno de ellos en la gestión de asuntos o negocios que generan beneficios para la comunidad.

⁸⁷⁶ Se refieren a esta equiparación o asimilación entre dolo y culpa grave, entre otras muchas resoluciones, la SAP de Girona de 10 de septiembre de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:APGI:2014:877), la SAP de Granada de 10 de mayo de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:APGR:2013:571), la SAP de Gipuzkoa de 16 de diciembre de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:APSS:2013:1192) o la SAP de Almería de 23 de diciembre de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:APAL:2014:1450).

⁸⁷⁷ SAP de Almería de 7 de julio de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APAL:2016:1414).

5.1.4. La obligación extracontractual en los regímenes de comunidad del Derecho comparado

Refiriéndonos al Derecho comparado, el *Code civil* francés, *ex* artículo 1417.1⁸⁷⁸, considera estos débitos por obligaciones extracontractuales como definitivamente privativos del cónyuge que los contrajo y, en consecuencia, no forman parte del pasivo definitivo de la comunidad legal, no obstante lo cual sí afectan *erga omnes*, provisionalmente, con arreglo a lo prevenido en el artículo 1413⁸⁷⁹, los bienes comunes.

Siguiendo con el ordenamiento francés, se significa que la idea que subyace en el origen del carácter *a priori* definitivo de las deudas contraídas por un cónyuge en el marco de sus poderes de gestión de los bienes comunes no se encuentra en relación con los débitos extracontractuales, entendiéndose, por tanto, que el artículo 1417 solo incluya en el pasivo provisional (*passif provisoire*) de la comunidad las deudas delictuales y cuasidelictuales civiles, así como las multas impuestas por razón de infracciones penales. Esa ausencia de correlación entre *obligation* y *contribution à la dette* es legítima, de modo que solo el interés por proteger a los terceros justifica el ingreso de tales obligaciones en la comunidad, resultando justo que en esta situación aquella pueda reclamar una recompensa⁸⁸⁰.

⁸⁷⁸ Dispone el art. 1417, en su párrafo primero, que la comunidad tiene derecho a recompensa, deducido, en su caso, el beneficio obtenido por ella, cuando haya pagado las multas impuestas a un cónyuge, como consecuencia de infracciones penales, o las reparaciones y gastos a los que fue condenado por delitos o cuasidelitos civiles.

El derecho a recompensa previsto en este artículo, según CORNU (en *Les régimes matrimoniaux, cit.*, pág. 400), se plantea en términos de responsabilidad individual y no de enriquecimiento sin causa, de forma que si la comunidad generalmente se ha empobrecido, el cónyuge solo se ha enriquecido pagando menos. Las consecuencias pecuniarias del hecho ilícito realizado por el cónyuge, por razón de la personalidad de las penas, deben incumbir personalmente al mismo. También inciden en el principio de personalidad de las penas como fundamento de la imputación a título definitivo al patrimonio propio de los cónyuges de los débitos extracontractuales recogidos en el art. 1417.1 del *Code* MALAURIE y AYNÈS, *Cours de Droit civil, Les régimes matrimoniaux, cit.*, pág. 233.

⁸⁷⁹ Esta norma, ya citada, dice que el pago de las deudas que cada cónyuge debe, por cualquier causa, durante la comunidad, puede ser siempre perseguido sobre los bienes comunes, a menos que haya habido fraude del cónyuge deudor y mala fe del acreedor, salvo la recompensa debida a la comunidad si ha lugar. Anota MONTANIER (en *Les régimes matrimoniaux, cit.*, pág. 119) que la excepción del artículo alude al caso en el que un cónyuge lleva a cabo un acto sin el acuerdo de su consorte, en un supuesto de cogestión, conociéndolo el tercero. En esta circunstancia, solo se verán obligados los bienes propios del cónyuge deudor, salvo que, por razón del fraude, el acto sea simplemente anulado, lo que determinaría, en consecuencia, la desaparición del débito.

⁸⁸⁰ COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, 4.^a ed., Litec, París, 1990, pág. 410. Menciona este autor que en el cómputo de la recompensa habrá de tenerse en cuenta el eventual beneficio de la comunidad derivado de la conducta indebida del cónyuge, como en el caso de multas impuestas por delitos rurales, forestales o de pesca, que benefician ordinariamente al hogar.

En el Derecho civil portugués, en esta materia, el artículo 1692.b) del Código civil, que es aplicable al régimen económico matrimonial supletorio de la *comunhão de adquiridos*, dispone que las deudas provenientes de delitos y las indemnizaciones, restituciones, costas judiciales o multas debidas por hechos imputables a cada uno de los cónyuges son de la exclusiva responsabilidad del cónyuge que las contraiga (lo que significa que, *ex* artículo 1696.1, sujetan el caudal propio del deudor y, subsidiariamente, su mitad en el haber común⁸⁸¹). El artículo determina *in fine* la comunicabilidad de aquellas deudas si esos hechos, implicando responsabilidad meramente civil, estuviesen cubiertos por los distintos supuestos relacionados en el artículo 1691.1 y 2, que enumera los débitos que son responsabilidad de ambos cónyuges (y que afectan, *ex* artículo 1695.1, los bienes comunes del matrimonio y, en su defecto o por insuficiencia de estos, solidariamente⁸⁸², los bienes propios de cualquiera de los cónyuges)⁸⁸³.

Es controvertido si el *proveito comum do casal* (beneficio común del matrimonio), al que se refiere el artículo 1691.1.c), y que determinaría, en su caso, la naturaleza común del débito extracontractual separadamente producido por cualquiera de los cónyuges por aplicación de la excepción del artículo 1692.b), ha de ser un

La inclusión de estas deudas extracontractuales en el derecho de persecución de los acreedores, para CABRILLAC (en *Droit civil. Les régimes matrimoniaux, cit.*, pág. 169), permite proteger a los terceros, si bien el cónyuge no tiene que soportar las acciones de las que no es responsable, de donde resulta su exclusión del pasivo definitivo, aplicándose la regla del art. 1417.1 incluso si la víctima no es un tercero, sino el consorte del cónyuge responsable.

⁸⁸¹ Preceptúa también el apartado segundo del art. 1696 que responden al mismo tiempo que los bienes propios del cónyuge deudor los bienes llevados por él al matrimonio o adquiridos posteriormente a título gratuito, así como los respectivos rendimientos, y los subrogados de los mismos, y el producto del trabajo y los derechos de autor de aquel.

⁸⁸² Como destaca José João GONÇALVES DE PROENÇA (en *Direito da Família*, 3.^a ed., Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2004, pág. 237), el que los bienes propios respondan, subsidiariamente, en régimen de solidaridad en las deudas comunicables implica que cualquiera de los cónyuges puede ser demandado por la totalidad del débito.

⁸⁸³ La excepción contenida en el inciso final de la letra b) del art. 1692, que determina la comunicabilidad de los débitos extracontractuales que relaciona la norma, contraídos por un cónyuge, por remisión al art. 1691.1 y 2, alude, fundamentalmente, a juicio de Francisco PEREIRA COELHO y Guilherme DE OLIVEIRA [en *Curso de Direito da família*, Vol. I (*Introdução. Direito matrimonial*), 5.^a ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, pág. 496], a las indemnizaciones debidas por hechos practicados por el cónyuge administrador, dentro de sus poderes de administración y en provecho común del matrimonio. Si el hecho ejecutado por uno de los cónyuges implica responsabilidad criminal o si, conllevando responsabilidad meramente civil, no estuviera comprendido en el art. 1691.1 y 2, la responsabilidad será exclusiva del cónyuge autor del citado hecho.

ANTUNES VARELA (en *Direito da família, cit.*, pág. 392) expresa que si el hecho ilícito extracontractual o el dañoso que produce responsabilidad objetiva fue ejecutado por ambos cónyuges la responsabilidad de cada uno de ellos, medida a través de factores de carácter personal, no se comunica al otro, considerando, por otra parte, que la obligación indemnizatoria proveniente del incumplimiento de un contrato celebrado en interés del matrimonio por el cónyuge administrador, en el marco de sus poderes, responsabilizará a ambos cónyuges.

beneficio directo (por ej., en la hipótesis, generadora de comunicabilidad, de un accidente de trabajo sufrido por un empleado de la casa, al servicio del cónyuge administrador o en el servicio doméstico) o indirecto (que tiene lugar cuando los resultados de la actividad se imputan, inicialmente, a otra entidad, siendo que los cónyuges únicamente se benefician de una forma refleja)⁸⁸⁴.

Por tanto, a la hora de calificar la deuda contraída por un cónyuge por obligaciones extracontractuales en el Derecho portugués, como afirma BARCELÓ DOMÉNECH, quien se hace eco de la doctrina científica, habrá que ponderar si el hecho imputado implica responsabilidad penal, vinculada o no a responsabilidad civil, en cuyo caso el débito es de la exclusiva responsabilidad del cónyuge autor del acto que lo originó, o si supone tan solo responsabilidad meramente civil, hipótesis en la cual deberá discernirse si se trata de actos comprendidos en el artículo 1691.1 y 2 del Código civil, que generan deudas comunes, o no, supuesto en el que el débito será propio⁸⁸⁵.

Bajo la mención *indemnizaciones, restituciones, costas judiciales o multas debidas por hechos imputables a cada uno de los cónyuges*, contenida en el artículo 1692.b), PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA engloban, no solo los supuestos de responsabilidad civil conexas con la criminal (obligación de indemnizar los daños materiales o morales producidos por la comisión de delitos), sino también los casos de responsabilidad civil extracontractual o delictual, cuando la misma se funde en la ejecución de hechos ilícitos o se base únicamente en el riesgo, dado que la expresión *factos imputáveis* (hechos imputables) no excluye la responsabilidad objetiva⁸⁸⁶.

⁸⁸⁴ PEREIRA COELHO y DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da família*, Vol. I, *cit.*, págs. 496-497. Puntualizan estos autores que en el supuesto de responsabilidad exclusiva de un cónyuge por la realización de cualquier acto quedará abierta la posibilidad de una acción de enriquecimiento sin causa en el caso de que la comunidad se haya beneficiado de la concreta actividad.

⁸⁸⁵ BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales...*, *cit.*, pág. 51. En idéntico sentido, cfr. BUSTOS MORENO, *Las deudas gananciales...*, *cit.*, pág. 315.

Como ejemplo de débitos indemnizatorios por responsabilidad civil extracontractual que cabe reputar comunicables y que, por ello, sujetan directamente los bienes comunes del matrimonio *ex art.* 1695, en relación con los arts. 1692.b) y 1691.1 y 2, CC, señalan PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA [en *Código Civil anotado*, Vol. IV (*Artigos 1576.º a 1795.º*)], *cit.*, pág. 342] los generados por daños resultantes de un accidente de circulación, en el que el vehículo que ocasiona aquellos, titularidad de un cónyuge, circulaba al servicio del establecimiento comercial de este último, transitaba por orden de ambos cónyuges o se desplazaba para la realización de una tarea de interés común, ordenada por el cónyuge administrador dentro de los límites de sus poderes de administración.

⁸⁸⁶ PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pág. 342.

En el Derecho sustantivo italiano, que, en la regulación de la *comunione legale*, carece de una norma que discipline de forma específica el régimen de sujeción por las obligaciones extracontractuales contraídas por los cónyuges, se catalogan tales débitos bien como privativos del deudor⁸⁸⁷, bien como comunes, al amparo, en este caso, del artículo 186.b) o d) *ex Codice civile*, con la diferente repercusión patrimonial inherente a una u otra calificación⁸⁸⁸.

En concreto, el artículo 186.b) establece la vinculación directa de la comunidad por todas las cargas de la administración (*tutti i carichi dell'amministrazione*) de los bienes comunes, tipología en la que CORSI incluye las obligaciones dimanantes de la responsabilidad contractual y extracontractual, comprendida la responsabilidad del propietario del vehículo⁸⁸⁹.

Continuando con la conceptualización de estas obligaciones en el ámbito de la comunidad legal en el ordenamiento italiano, PALADINI comparte que las obligaciones extracontractuales conectadas a la propiedad o custodia de los bienes comunes son cargas de la comunidad legal (*carichi della comunione legale*) en los supuestos en que la responsabilidad deriva de la mera titularidad del derecho real (que, en la comunidad

⁸⁸⁷ La naturaleza privativa de la deuda por obligaciones que pesan sobre el cónyuge a título de responsabilidad extracontractual se mantiene, en defecto de mención expresa, por exclusión, entre otros, por DE PAOLA y MACRÌ, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, cit., págs. 195-196.

De reputarse que la obligación extracontractual es personal del deudor que la genera, *ex art.* 189.2, el acreedor podrá agredir subsidiariamente el activo común, hasta el valor correspondiente a la cuota del cónyuge obligado, teniendo preferencia, si son quirografarios, los acreedores de la comunidad.

⁸⁸⁸ Si se entiende que la deuda de naturaleza extracontractual contraída por un cónyuge es común, resultarán afectados a su exacción los bienes comunes y, en vía subsidiaria, como dispone el art. 190 CC, los bienes propios de cada uno de los cónyuges, hasta la mitad del crédito, cuando el caudal común no sea suficiente para satisfacer el aducido débito.

⁸⁸⁹ CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., pág. 159. Para Francesco GALGANO [en *Trattato di Diritto Civile*, V. I (*Le categorie generali. Le persone. La proprietà. La famiglia. Le successioni. La tutela dei diritti*), Cedam, Padova, 2009, pág. 649], el art. 186.c) y d) se refiere tan solo a las obligaciones de fuente contractual, en tanto que las no contractuales pueden ser parcialmente incluidas en el apartado b) de esa norma (cargas de la administración), comprendiéndose en este precepto, así, las obligaciones de resarcimiento del daño de las cosas (arts. 2051-2053 y 2054.3) cuando el daño se haya causado por las cosas comunes. Cualquier otra obligación de origen extracontractual, según este último autor, debe reputarse obligación personal del cónyuge a los efectos del art. 189.2 CC. También se hace eco de la doctrina que incardina en la noción de *cargas de la administración* las obligaciones *ex delicto*, derivadas de errores y/o de omisiones en la gestión, custodia y administración de los bienes comunes, ARCERI, *I regimi patrimoniali della famiglia in prospettiva europea*, cit., pág. 96.

A su vez, Vincenzo SCALESE y Fernanda SCALESE [en *Codice della persona e della famiglia (Annotato con la giurisprudenza)*, Giuffrè Editore, Milán, 2009, pág. 99], citando doctrina judicial, reflejan que en el caso de cónyuges en régimen de comunidad legal, con el objeto de establecer si los bienes de la comunidad responden por el débito íntegro o solo hasta el valor correspondiente a la cuota del cónyuge obligado, no se contempla que la deuda tenga origen contractual o que derive de la gestión de negocios, del enriquecimiento indebido o de hecho dañoso, importando tan solo concretar si ello debe calificarse como débito personal del cónyuge o como deuda de la comunidad.

legal, corresponde a ambos cónyuges solidariamente). Juzga ese autor que en las hipótesis en que la responsabilidad se vincula con un rol efectivo de custodia o de uso (artículos 2051 y 2052 *ex Codice civile*) ha de indagarse acerca del efectivo ejercicio de la custodia o la utilización de los bienes por ambos cónyuges y confirmar la responsabilidad de la comunidad *ex* artículo 186.d) en la circunstancia de que el presupuesto sustancial de la responsabilidad civil se refiera a los dos cónyuges⁸⁹⁰.

⁸⁹⁰ PALADINI, Mauro, «Art. 186», en GABRIELLI, Enrico (Dir.), *Commentario del Codice civile, Della famiglia* -a cargo de L. Balestra- (artt. 177-342 ter), Utet Giuridica, 2010, págs. 128-129. Por su parte, Luigi SALOMONE FU NICOLA y Luigi SALOMONE DI ENZO (en «Le obbligazioni dei coniugi in comunione legale e la solidarietà matrimoniale», en OBERTO, Giacomo, *Gli aspetti patrimoniali della famiglia, I rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi nella fase fisiologica ed in quella patologica*, Cedam, 2011, pág. 619) engloban en la previsión del art. 186.b) las obligaciones por responsabilidad extracontractual por daños de los bienes comunes en el sentido de los arts. 2051 a 2054 CC. *Vid.*, también, sobre esta materia, COSPITE, Nicola, «Art. 186», en CIAN, Giorgio, y TRABUCCHI, Alberto, *Commentario breve al Codice Civile*, 4.^a ed., Cedam, Padova, 1992, pág. 285.

CAPÍTULO VI

LA EJECUCIÓN SOBRE BIENES GANANCIALES

6.1. EJECUCIÓN SOBRE BIENES GANANCIALES POR DEUDAS PRIVATIVAS DE LOS CÓNYUGES

6.1.1. La responsabilidad subsidiaria de la masa ganancial por los débitos privativos de los cónyuges

6.1.1.1. La vinculación subsidiaria del consorcio por deudas privativas en el Código civil de 1889

La responsabilidad subsidiaria con la masa común por débitos privativos tiene su antecedente normativo en el artículo 1410.3 del Código civil de 1889, norma a la que ya nos hemos referido con anterioridad, aunque ha de incidirse en que la mención *multas y condenas que se le impongan*, contenida en aquella disposición, tenía una connotación señaladamente extracontractual, no comprensiva, a través de una exégesis extensiva, de otras deudas propias disímiles de marido y mujer. Esta última interpretación pugnaba con la orientación de una regulación que, coherente con la realidad social y política, rechazaba la legitimación indistinta conyugal para comprometer indiscriminadamente, aun con carácter supletorio, el acervo común. Así, no cabía inferir que, concurriendo los requisitos especificados, se produjera una vinculación provisional y supletoria de la sociedad legal por cualesquiera deudas privativas contraídas autónomamente por los cónyuges constante el matrimonio, sino que el compromiso del consorcio *ex* artículo 1410.3 podía derivar, exclusivamente, obviando las prematrimoniales, de las deudas de origen no contractual (básicamente, legales, delictuales o dimanantes de la responsabilidad civil extracontractual) asumidas de forma disyunta por los partícipes en la sociedad conyugal. Por lo tanto, la responsabilidad subsidiaria por débitos privativos del artículo 1410.3 (ante la carencia o insuficiencia de capital propio del deudor), a diferencia del artículo 1373 vigente, no era ni incondicional, porque exigía como presupuesto que estuvieran cubiertas las atenciones del artículo 1408, ni universal, ya que solo hacía alusión limitadamente a débitos prematrimoniales y extracontractuales⁸⁹¹.

⁸⁹¹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (en *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, *cit.*, págs. 214-215), según ya se ha recogido en su momento, restringían, creemos que acertadamente, la expresión *condenas pecuniarias* del art. 1410 a obligaciones que no trajeran su causa de una relación jurídica negocialmente establecida. A su vez, COSSÍO (en *La sociedad de gananciales*, *cit.*, pág. 100), como también hemos significado, excluía las condenas producidas en procesos civiles del ámbito de la norma, excepto en el caso de condena en costas por sanción de la temeridad y cuando la responsabilidad civil procedente de delito o falta se exigía por vía civil.

REYES MONTERREAL aludía a que el típico carácter de sanción de las obligaciones del derogado artículo 1410, su función penal, invitaba a deducir que debían afectar personalmente al cónyuge que las contrajo por su conducta torpe, lo que era aplicable a las originadas constante el matrimonio y a las nacidas antes y no satisfechas al tiempo de contraerlo⁸⁹².

Una posición de signo opuesto a la que expresamos se mantenía por LACRUZ, autor que, en contra de la doctrina mayoritaria, afirmaba que el régimen del artículo 1410 debía aplicarse sin distinción a cualesquiera deudas diversas de las relacionadas en el artículo 1408, preguntándose a este respecto qué otras deudas habían de excluirse si los débitos ordinariamente más ajenos a la comunidad, y comúnmente contrarios a sus intereses (como los antematrimoniales y los delictuales), podían, de forma subsidiaria, hacerse efectivos sobre los bienes gananciales. Concluía el civilista mencionado que también las obligaciones válidas de la mujer, subsidiariamente, sujetaban la masa ganancial, reforzándose el crédito que esta precisaba, por ej., en la administración de los bienes parafernales⁸⁹³.

Con independencia de la discutible lógica del precepto, consideramos que la pretensión de extender el compromiso subsidiario de la masa común a todas las deudas privativas asumidas por marido y mujer colisionaba con la literalidad de la declaración normativa del artículo 1410.3, circunscrita a la doble tipología de débitos que menciona, e integraba más bien una exégesis *contra legem* que no puede compartirse, por mucho que la aplicación de la norma condujera a resultados inconsecuentes, algo que no era de

Una postura diferente se defendía por MUCIUS SCAEVOLA (en *Código civil concordado y comentado extensamente*, T. XXII, *cit.*, pág. 308), el cual comprendía en el marco del art. 1410, al margen de las condenas impuestas como responsabilidades en el orden penal o civil, todas las otras que tienen como causa un motivo civil cualquiera de obligar, abarcando tanto una imposición de costas, como la declaración de ser debida una cantidad.

⁸⁹² REYES MONTERREAL, *El régimen legal de gananciales, cit.*, pág. 247.

⁸⁹³ LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía, cit.*, págs. 521-522. Pensaba LACRUZ (*ibíd.*, pág. 522) que el art. 1410 trataba de satisfacer a los acreedores privativos de marido y mujer, los cuales, al no haber la traba de la cuota del cónyuge deudor en el caudal común hasta la disolución de la sociedad, permanecerían ese tiempo sin cobrar sus créditos si aquel no tenía bienes propios, cuando el mismo podía contar con una cuota muy importante en los gananciales, en su caso conformada con los provenientes de su profesión o actividad.

Para GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (en «Responsabilidad patrimonial en el matrimonio», *cit.*, pág. 887), sin embargo, el art. 1410.3 no era aplicable fuera de los dos estrictos supuestos que contemplaba, no existiendo en los demás responsabilidad ganancial por las deudas privativas de los cónyuges, de manera que los acreedores solo podrían embargar lo que se adjudicara a aquellos al tiempo de la liquidación. Tampoco MANRESA (en «Art. 1.410», *Comentarios al Código Civil Español*, T. IX, *cit.*, pág. 627) aceptaba que los acreedores pudieran repetir contra la sociedad de gananciales por obligaciones privativas diferentes a las enumeradas en el art. 1410, dado que la naturaleza excepcional de la norma no permitía extenderla a hipótesis no comprendidas en su texto.

extrañar teniendo en cuenta el diseño del sistema de responsabilidad ganancial por el Código de 1889.

6.1.1.2. El régimen de afección por débitos privativos plasmado en el artículo 1373 del Código civil

Como ya se ha dicho con reiteración a lo largo del presente trabajo, el artículo 1373, cuya traducción en el plano procesal es el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁸⁹⁴, dispone la afección subsidiaria de los bienes comunes por los débitos privativos contraídos por los cónyuges, masa ganancial que tan solo podrá ser trabada por los terceros acreedores privativos en el supuesto de insuficiencia (o carencia) del caudal propio del deudor para hacer efectivas tales deudas. Se confiere al consorte de aquel, en esta hipótesis, la facultad de interesar que se sustituyan en la traba los bienes comunes por la parte que ostenta el deudor en el consorcio, supuesto en el cual el embargo llevará aparejada *ope legis* la disolución social⁸⁹⁵.

⁸⁹⁴ Esta disposición, cuyos términos reproducen el tenor inicial del artículo (543.3) contenido en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil -Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 147-1, de 13 de noviembre de 1998, pág. 113-, declara que «*si la ejecución se siguiere a causa de deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiesen bienes comunes a falta o por insuficiencia de los privativos, el embargo de aquéllos habrá de notificarse al cónyuge no deudor. En tal caso, si éste optare por pedir la disolución de la sociedad conyugal, el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes*».

⁸⁹⁵ Así, establece el art. 1373 que «*cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla. Si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal*».

En la versión primaria del Proyecto de 14 de septiembre de 1979, el art. 1373 CC determinaba que «*cada cónyuge responde con su patrimonio personal de aquellas deudas propias que no estén comprendidas en los artículos anteriores. Si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de la parte que al cónyuge deudor corresponda en la sociedad de gananciales. El despacho de la ejecución llevará consigo la disolución de la sociedad*» (Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 71-I, de 14 de septiembre de 1979, págs. 331-332).

Como vemos, el Proyecto, al igual que la norma actual, también establecía la responsabilidad subsidiaria con el patrimonio ganancial por los débitos propios de cada cónyuge en caso de insuficiencia de sus bienes privativos, pero limitándose *ab initio* la garantía de los acreedores al restringir la posible traba a la parte que al deudor correspondía en la comunidad. Por tanto, a diferencia de la disposición vigente, que admite expresamente la posibilidad de que los terceros traben y ejecuten sin limitación bienes comunes por deudas privativas ante la inacción del consorte del deudor, y de una forma acaso más consecuente, en el precepto inicialmente propuesto (como en el concordante, por otra parte, del frustrado proyecto previo) se recortaba la potencial garantía patrimonial de los acreedores privativos con respecto a lo ulteriormente aprobado, en la medida en que estaban vedados en todo caso a los mismos el embargo y agresión del haber ganancial íntegro. Por otra parte, diversamente a lo que luego se aprobó, el despacho de la ejecución en la hipótesis examinada, a instancia del acreedor, suponía ineludiblemente la disolución de la

El antecedente normativo del artículo 1373 se halla en el antiguo artículo 46 de la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967 (concordante en esencia con el actual artículo 224 del Código del Derecho Foral de Aragón, relativo este al consorcio conyugal). El citado artículo 46, en sede de régimen matrimonial legal de comunidad, venía a establecer, en su apartado primero, la vinculación subsidiaria del patrimonio común (por insuficiencia de bienes propios del deudor) por las deudas privativas de los cónyuges, posteriores al matrimonio, «*a salvo siempre el valor que en él corresponde al otro cónyuge, así como los preferentes derechos de los acreedores por deudas comunes*»⁸⁹⁶.

Como es de apreciar, a diferencia del posterior artículo 1373 del Código civil, esta norma territorial aragonesa, con connotaciones procesales indudables, excluía de su ámbito las deudas privativas antematrimoniales⁸⁹⁷, restringía la eventual traba a bienes de la comunidad cuyo valor no excediera del correspondiente al deudor, no confería al cónyuge no deudor la opción de liquidación como mecanismo de defensa y, finalmente, otorgaba de forma expresa preferencia a los acreedores por deudas comunes sobre los privativos⁸⁹⁸.

sociedad de gananciales, en consecuencia con la necesidad de liquidar la comunidad para poder concretar y realizar la parte ganancial embargada.

El texto definitivo del artículo, aprobado por el Pleno del Congreso según el texto del dictamen de la Comisión de Justicia (Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* n.º 140, de 18 de diciembre de 1980, págs. 9013-9016), reproduce la Enmienda n.º 425 del Grupo Centrista-UCD, cuya motivación obedecía a «*evitar la disolución fatal de la sociedad, que el proyecto postula para cuando los bienes privativos no alcanzan a cubrir una deuda personal. Al cónyuge no deudor puede resultarle más conveniente soportar el embargo de bienes concretos comunes, imputándoseles a la cuenta del otro esposo, que desencadenar una liquidación de la sociedad de gananciales, con todos los gastos de otorgamiento y fiscales que llevaría aparejados, incluso para reanudarla según la previsión del artículo siguiente. El legislador hará mejor dejando al cónyuge del deudor la elección más conveniente, sin que el acreedor pierda garantías, sino que probablemente las refuerza*» [Cfr. *Código Civil (Reformas 1978-1983). Trabajos Parlamentarios*, I, cit., pág. 347].

⁸⁹⁶ El apartado segundo de la disposición indicada declaraba que «*lo pagado a costa de los bienes comunes se imputará en la participación del cónyuge deudor, hasta que los reembolse, y se tendrá en cuenta para ulteriores reclamaciones de acreedores privativos*».

⁸⁹⁷ Estos débitos sí gravaban, ex art. 45, limitadamente los bienes comunes hasta el valor de los aportados por el cónyuge deudor a la comunidad.

⁸⁹⁸ Analizando esta disposición, decía RAMS ALBESA (en «El pasivo del régimen matrimonial legal aragonés», cit., pág. 999) que al acreedor le bastaba con aducir razonadamente la insuficiencia de bienes privativos conocidos del cónyuge deudor para que pudiera trabar los consorciales hasta la mitad de su valor, incumbiendo la prueba de la suficiencia de aquellos al cónyuge no deudor que se opusiera al embargo de los bienes comunes, entendiéndose que la subsidiariedad no implica la existencia de un derecho previo de excusión a favor de la masa común, sino una mera gradación que se otorga al cónyuge no deudor y a los acreedores consorciales en defensa de sus derechos. Para el acreedor, colegía RAMS, era suficiente la declaración general del art. 1911, en tanto que la mitad del valor de los bienes comunes forma parte de los *bienes presentes* del deudor. Una postura distinta se expresaba por Javier SANCHO-ARROYO Y LÓPEZ DE RIOBOO [en «Artículo 46», en ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios*

La orientación germánica de la comunidad ganancial está nítidamente presente en el artículo 1373, precepto en el que se constata con toda evidencia la inviabilidad de trabar y ejecutar vigente la sociedad la *parte* o *cuota* del cónyuge deudor en los bienes comunes, en congruencia con esa inveterada adscripción del consorcio a la categoría de la comunidad en mano común. El *iter* parlamentario de la norma es consecuente con la tesis tradicional sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales. El debate, en este punto, se centró, primordialmente, no en discutir una posible realización por los acreedores de la participación en la masa común del cónyuge que contrae la deuda calificada como privativa, sino en cómo obviar la irreversible disolución y liquidación de la sociedad que preveía el texto primitivo del Proyecto de 14 de septiembre de 1979 (y también el Proyecto fallido de 4 de octubre de 1978) cuando, por insuficiencia de bienes propios del cónyuge deudor, se embargaba su parte en la comunidad.

Es decir, se pasó de declarar la disolución automática de la sociedad de trabarse la parte del cónyuge deudor en la comunidad en la redacción original del artículo 1373 a articular un derecho de opción de su consorte, quien puede evitar la liquidación del consorcio permitiendo el embargo de cualesquiera bienes gananciales por deudas privativas del primero. Solución esta que, a fuer de ser sinceros, aunque mejore la disposición inicial, no resulta demasiado acorde con el artículo 1911, dado que, en defecto de liquidación por no ejercitarse el derecho de sustitución, conforme hemos dicho, se faculta la potencial agresión ilimitada por los terceros del *totum* ganancial íntegro, el cual es parcialmente de la titularidad de un sujeto ajeno a la relación jurídica de la que trae su causa la deuda.

RAGEL plantea un triple orden de objeciones a la literalidad del artículo 1373, cuestionando, en este sentido, que genera un mecanismo complejo, no perfectamente configurado en las legislaciones procesal y registral; que no hace referencia a los acreedores gananciales, los cuales pueden verse perjudicados si no se disuelve la comunidad, al no pronunciarse el precepto sobre su preferencia respecto de los privativos; y, por último, que no protege al cónyuge deudor, quien ha de someterse

al Código Civil y compilaciones forales, T. XXXIII, Vol. 1.º (Artículos 1 a 47 de la *Compilación de Aragón*), Edersa, Madrid, 1986, pág. 508], quien, después de afirmar que la facultad de agredir los bienes comunes que confiere al acreedor privativo el artículo es excepcional y se erige como un refuerzo de la garantía del cónyuge que generó el débito, con la finalidad de proteger los legítimos intereses de aquel en el mayor grado posible, resalta que el acreedor habrá de agotar el haber privativo del cónyuge deudor antes de actuar contra el patrimonio consorcial, juzgando que la cuestión no puede reducirse a un problema probatorio y menos que la carga de la prueba incumba al cónyuge no deudor.

necesariamente a la decisión de su consorte, que puede actuar desproporcionadamente, vinculando al Juez con su decisión⁸⁹⁹.

Ha de concordarse que en el artículo 1373 se constata una tutela prevalente del interés del cónyuge no deudor, cuya exclusiva voluntad, de trabarse activo común, puede imponer la liquidación social, en detrimento indudable del acreedor privativo, o, en su caso, posibilitar una agresión irrestricta de la totalidad del acervo del consorcio por débitos personales, con el perjuicio consiguiente para los eventuales acreedores gananciales.

La responsabilidad del cónyuge por deudas privativas es directa, en tanto que el acreedor puede agredir directamente sus bienes privativos, y principal, habida cuenta que este ha de dirigirse, indefectiblemente, en primer término, contra esos bienes, de forma que, mientras existan bienes privativos del deudor, no deben resultar afectados bienes de otra clase, tratándose, en fin, de una responsabilidad exclusiva e ilimitada⁹⁰⁰.

La finalidad más evidente del artículo 1373 es concretar, en el plano sustantivo, la extensión de la garantía patrimonial de los acreedores privativos de los cónyuges casados en régimen de gananciales y, al margen de las disfunciones de orden procesal y registral que suscite el precepto, este no supone restricción alguna de la declaración del artículo 1911, el cual, como es notorio, plasma el principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor. Debe convenirse que, negada la personalidad jurídica de la sociedad de gananciales y la subsiguiente inviabilidad de despachar ejecución frente a la comunidad (artículo 541.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), deviene necesario facultar la traba por parte de los acreedores privativos, cuando menos, de la *mitad ganancial* que pertenece al cónyuge deudor, en su cualidad de cotitular de ese patrimonio separado, para la exacción de sus créditos. Y esto en tanto en cuanto la mencionada participación en el caudal social se integra en sus *bienes presentes* y, así, como tal, ha de poder ser potencialmente ejecutada⁹⁰¹.

⁸⁹⁹ RAGEL SÁNCHEZ, *El Régimen de Gananciales*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pág. 580.

⁹⁰⁰ HERNÁNDEZ RUEDA, Nuria, *Régimen de responsabilidad por deudas privativas durante la vigencia de la sociedad de gananciales (Tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 95.

⁹⁰¹ LACRUZ (en *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 441) expresa que la falta de personalidad jurídica de la masa común implica la existencia de una titularidad conyugal compartida, no sobre cada uno de los bienes concretos, sino sobre la mitad en valor del conjunto, constituyendo esta titularidad efectiva y actual un patrimonio personal a todos los efectos, en defecto de declaración explícita en contrario de la norma,

Por tanto, una posible ejecución de la masa común por deudas propias de un cónyuge exige, como primera premisa, que nos encontremos ante un débito privativo del cónyuge que lo contrae individualmente, lo que nos conduce, en los términos vistos en este trabajo, en esencia, a aquellas deudas que formalmente no sean subsumibles en las previsiones contenidas en los artículos 1365, 1366 y 1368 del Código civil y 6 y siguientes del Código de comercio, o sea, que no tengan la cualidad de gananciales, las cuales sí van a permitir la ejecución directa e indiferenciada o sin prelación de bienes propios y gananciales. En segundo lugar, que el cónyuge deudor carezca de bienes propios o estos resulten insuficientes para la satisfacción del débito, requerimiento que tampoco ha de interpretarse en el sentido de precisarse una prueba contundente e incontestable de esta circunstancia, por lo demás, ciertamente inviable, a cargo del acreedor ejecutante. Por último, para soslayar situaciones de indefensión material, se impone que el embargo de bienes gananciales sea inmediatamente notificado al cónyuge no deudor, el cual podrá permitir la ejecución de elementos del activo del consorcio o bien optar por instar la sustitución en la traba de los bienes comunes por la parte que corresponde al deudor en el acervo social, decisión que, obviamente, presupone la disolución de la comunidad para individualizar aquella⁹⁰². Como corolario lógico de la eventual realización de bienes comunes por deudas privativas, habrá de considerarse, y así lo declara el legislador, que el cónyuge deudor ha recibido el valor de los bienes ejecutados, computado al tiempo en que los abone con otros caudales propios o, en su caso, al de la liquidación, a cuenta de su participación en la sociedad⁹⁰³.

incluido el que es propio del art. 1911 CC, no afectado o disminuido por el régimen económico matrimonial del cónyuge deudor privativo.

⁹⁰² La opción que concede el art. 1373 al cónyuge no deudor, según interpreta la STS de 12 de enero de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:42), parte de que estemos en presencia de una deuda propia de un cónyuge, sin responsabilidad para la comunidad, y que no es una carga de esta, y se embarguen bienes gananciales en ejecución de sentencia o en juicio ejecutivo (embargo definitivo o preventivo), pudiendo ejercitar el cónyuge no deudor al que se le notifica el embargo la opción en incidente del proceso de ejecución, sin perjuicio de la admisión de la tercería de dominio en algunos casos.

Conviene matizar, en relación con lo que declara esta resolución, que el que el débito privativo del cónyuge no genere una carga de la sociedad de gananciales no puede ser nunca una exigencia para la aplicabilidad de la opción del art. 1373, resultando, de esta manera, completamente intrascendente a los efectos de la calificación de una deuda como privativa que, en la relación intraconyugal, el gasto correspondiente se integre o no en el pasivo ganancial definitivo. De conformar el gasto una carga definitiva de la comunidad, se dará lugar al surgimiento del pertinente derecho de reembolso a favor del cónyuge que contrajo el débito solo formalmente privativo y lo satisfizo con su caudal propio, pero ello no tiene proyección alguna *ad extra*. Ha de reiterarse, por tanto, que no cabe aludir a la responsabilidad interna cuando estamos analizando el ámbito de afectación *erga omnes* del consorcio.

⁹⁰³ Como describe de forma ilustrativa el AAP de Guadalajara de 8 de mayo de 2007 (Cendoj-ECLI:ES:APGU:2007:97A), los bienes gananciales no responden de igual forma por las deudas privativas que por los débitos de la sociedad, porque la responsabilidad por aquellas no es directa, sino

El actual artículo 1373, a diferencia de lo que acontecía en la versión primaria del precepto contenida en el Proyecto de ley de 14 de septiembre de 1979 y, asimismo, se recogía en el aducido artículo 46 de la Compilación aragonesa de 1967 y se contempla en el vigente artículo 224 del Código del Derecho Foral de Aragón⁹⁰⁴, no limita o restringe expresamente el alcance cuantitativo del embargo de bienes comunes por deudas propias de un cónyuge a la parte (o valor) que corresponda al deudor en la comunidad ganancial. Antes bien, precisamente, la concesión legal a su consorte del derecho de optar por la disolución social, como sugiere el debate parlamentario relativo a esta disposición, al que se ha hecho referencia, ha de conectarse con la posibilidad que se otorga al acreedor privativo de instar el embargo de cualesquiera bienes gananciales concretos, ilimitadamente, no obstante la aparente contradicción de esta circunstancia con la declaración del artículo 1911. De forma que cabe interpretar que, ante el no ejercicio del derecho de sustitución por el cónyuge no deudor, a quien, recordemos, se le notifica el embargo, el mismo está consintiendo o aquietándose tácitamente a la agresión del *totum* consorcial en su integridad, sin perjuicio, por supuesto, de la

subsidiaria, y únicamente en el caso de insuficiencia de los bienes privativos del deudor. Además, el embargo será inmediatamente notificado al cónyuge no deudor, quien podrá oponerse a la traba señalando bienes privativos suficientes para hacer efectiva la deuda o, en su defecto, optar entre la ejecución forzosa de bienes gananciales, con la consecuencia prevista en el art. 1373.2, o instar la sustitución, prevista en la norma, a la que hemos hecho referencia, supuesto en el cual el embargo ya no tendrá por objeto bienes gananciales concretos, sino la parte que el deudor ostenta en el patrimonio consorcial, el cual entra automáticamente en liquidación.

⁹⁰⁴ En cuanto al Derecho comparado, en el ordenamiento italiano, en el ámbito de la *comunione legale*, una restricción cuantitativa de la responsabilidad subsidiaria de los bienes comunes por deudas privativas de los cónyuges (incluidos los débitos anteriores al matrimonio) hasta el valor correspondiente a la cuota del cónyuge obligado se dispone en el art. 189.2 *ex Codice civile*.

Sobre esta norma, expresa GALGANO (en *Trattato di Diritto Civile*, V. I, *cit.*, pág. 648) que los acreedores particulares han de actuar primero sobre los bienes personales del cónyuge deudor y, solamente si estos bienes son insuficientes, pueden satisfacerse sobre el valor de su cuota en los bienes comunes, coligiendo que la carga de la previa excusión de los bienes personales deroga el principio vigente para la comunidad en general de que todos los acreedores del participante en la misma están en el mismo plano, sin distinción entre acreedores de la comunidad y particulares, salvo las causas comunes de prelación. En relación con la locución *fino al valore della quota* -hasta el valor de la cuota- del art. 189 CC, dicen DE PAOLA y MACRÌ (en *Il nuovo regime patrimoniale...*, *cit.*, pág. 197) que se asocia con la disposición del art. 192, que pone a cargo del cónyuge deudor la obligación de reembolsar a la comunidad el valor de los bienes expropiados por su crédito particular, lo que conduce a excluir la posibilidad de expropiar la cuota entera del cónyuge e incluso la de instar en ejecución la división de la comunidad, habida cuenta de la precisión de las causas de disolución de la comunidad legal.

En el Derecho portugués, en el art. 1696.1 CC, como hemos visto, se establece una responsabilidad subsidiaria por las deudas de la exclusiva responsabilidad de un cónyuge limitada a su mitad en los bienes comunes, aunque el art. 740 del *Código de Processo Civil* prevé que puedan ejecutarse los bienes comunes embargados por no conocerse bienes propios suficientes del cónyuge ejecutado si su consorte no solicita en el término de 20 días la separación de bienes o aporta certificado acreditativo de la pendencia de la acción en que aquella se haya instado.

imputación del valor de los bienes comunes ejecutados a la participación del deudor en la comunidad⁹⁰⁵.

La exégesis que se propone es contestada con razones de diverso orden, entendiendo RAGEL que la limitación cuantitativa del embargo a la mitad del valor de los bienes gananciales, en la hipótesis del artículo 1373, cuando lo solicite el cónyuge del deudor es más justa dado que tiene en cuenta en mayor medida los intereses en juego. Como argumentos a favor de esa limitación, junto con otros, apunta el referido autor el perjuicio excesivo que se irrogaría al cónyuge no deudor si la traba supera la mitad de aquel valor; lo preceptuado en el artículo 1911; que la posibilidad contraria equipararía, en contra de lo pretendido por el legislador, los efectos de deuda privativa y ganancial; el perjuicio que se causa a los acreedores gananciales si la ejecución sobrepasa la mitad del patrimonio común al ver estos rebajados sus créditos; que resulta más equitativa la citada limitación o la facultad de los cónyuges de ejercitar vigente el consorcio su derecho a defender su participación en el acervo común⁹⁰⁶.

Se ha indicado que el artículo 1373 universaliza hasta límites absolutos la posibilidad de agredir inicialmente bienes comunes, cualquiera que sea la naturaleza de la obligación, juzgándose que la distinción entre deudas comunes y privativas cede ante la posible agresión de bienes gananciales por unas y otras, si bien, en el supuesto de deudas privativas aquel precepto sanciona diversos mecanismos correctores⁹⁰⁷.

⁹⁰⁵ La inexistencia de limitación cuantitativa para trabar bienes gananciales por débitos privativos en caso de insuficiencia del haber propio del cónyuge deudor se defiende mayoritariamente por la doctrina. Entre otros, participan de esta postura MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (en *Responsabilidad patrimonial...*, *cit.*, pág. 110), quien argumenta que el art. 1373 no establece explícitamente ninguna limitación cuantitativa y que, por tanto, el cónyuge del deudor no puede oponer al acreedor particular de su consorte aquella; BELLO JANEIRO (en *La defensa frente a tercero...*, *cit.*, pág. 570), que aduce la dificultad o práctica imposibilidad de se acepte limitar el embargo a una parte de los bienes comunes sin necesidad de previa disolución y liquidación de la comunidad; TORRALBA SORIANO (en «Art. 1.373», *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1746), autor que admite la facultad de los acreedores por deudas propias de trabar bienes gananciales indiscriminadamente, subordinándose la concreción de la responsabilidad a los bienes privativos del deudor y su parte en los gananciales a la actitud del cónyuge no deudor; MAS BADÍA (en *La tercería de dominio...*, *cit.*, pág. 70), que habla de que la limitación del embargo a la participación del deudor precisa la disolución de la sociedad de gananciales; y HERNÁNDEZ RUEDA (en *Régimen de responsabilidad por deudas privativas...*, *cit.*, págs. 85 y 246), que admite que solo si el cónyuge no deudor *quiere* podrán ejecutarse la totalidad de los bienes gananciales embargados (que pueden ser todos), querer que se manifiesta de modo pasivo, no actuando en forma alguna, y soportando la citada traba.

⁹⁰⁶ RAGEL SÁNCHEZ, *El Régimen de Gananciales*, *cit.*, págs. 592-595. También LACRUZ BERDEJO (en *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 442) dice que, no obstante no determinarlo la norma, el embargo no podrá comprender bienes que sobrepasen la mitad del valor de liquidación del patrimonio ganancial, estando facultado el otro cónyuge para instar que se alce la traba en cuanto al exceso.

⁹⁰⁷ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad...*, *cit.*, págs. 523-524.

En relación con este extremo, es reseñable que, como es evidente, la garantía patrimonial de los acreedores gananciales y privativos en el sistema ganancial se equipara en la hipótesis de que el consorte del deudor no ejercite el derecho de opción previsto en el artículo 1373 para el caso de que, supletoriamente, se proceda al embargo de bienes comunes por débitos privativos, produciéndose, ante la inacción de aquel, por tanto, en el sentido expresado, una asimilación de deudas consorciales y propias.

6.1.1.3. Carga de la prueba de la insuficiencia del patrimonio privativo del cónyuge deudor

Imponer al acreedor ejecutante, a los efectos de trabar bienes comunes, la carga de acreditar la inexistencia de bienes privativos suficientes del cónyuge deudor ejecutado para la exacción de la deuda privativa por la que se despacha ejecución derivaría, en la práctica, por la manifiesta inviabilidad de advenir de forma rigurosa tal hecho negativo, en una frustración de la ejecutoria. Por la razón esgrimida, se admite por la doctrina que la simple manifestación por parte del ejecutante respecto de la insuficiencia de los bienes privativos del ejecutado para la satisfacción de su crédito basta para que puedan embargarse bienes comunes por deudas propias de un cónyuge, si bien, en nuestro criterio, no parece compatible con el tenor de los artículos 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1373 *ex* Código civil entender que cabe embargar *ab initio* bienes gananciales por débitos privativos, simplemente, en base a las alegaciones del ejecutante en la demanda ejecutiva (art. 549.1.3.º LEC). Y esto porque tanto la norma procesal como la sustantiva civil obligan a la previa excusión del caudal privativo del deudor para trabar y realizar el activo ganancial, todo ello con el objeto de soslayar una posible disolución de la comunidad a instancia del consorte del deudor⁹⁰⁸.

⁹⁰⁸ Refiere MAS BADÍA (en *La tercería de dominio ante el embargo...*, *cit.*, págs. 85-86) que no se exige en la práctica una prueba estricta de la insuficiencia de los bienes privativos del deudor, conformándose los órganos judiciales con la manifestación del acreedor de hallarlos insuficientes para el pago de su crédito y admitiéndose, incluso, en ocasiones, que se proceda de principio al embargo indiscriminado e ilimitado de bienes comunes, cual si la deuda fuera ganancial. Propugna esa inexigibilidad al acreedor de una prueba concluyente sobre la inexistencia o insuficiencia del patrimonio privativo y la virtualidad de la manifestación del mismo de no haber encontrado otros bienes TORRALBA SORIANO (en «Art. 1.373», *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1747), quien califica como lógico que los acreedores traben lo que encuentren y, si los bienes embargados son gananciales, presuntivamente gananciales o dinero o títulos valores consorciales, pero que estén a nombre o en poder del deudor, habrán de ser los cónyuges los que insten que se alce la traba de esos bienes, acreditando su ganancialidad y señalando simultáneamente bienes del cónyuge deudor que sean suficientes para la satisfacción del débito. Rechaza, asimismo, que pueda imponerse a los acreedores la carga de demostrar que no hay suficientes bienes particulares GIMÉNEZ DUART (en «Cargas y obligaciones del matrimonio», *cit.*, págs. 552-553), reiterando, al igual que los autores antes citados, que a aquellos les basta con manifestar que no han

Por ello, entre la tesis extensiva, proclive a admitir el embargo indiscriminado de bienes gananciales ante la mera manifestación inicial del ejecutante sobre la insuficiencia del haber privativo del deudor, y la exégesis más restrictiva, que impondría al acreedor privativo para trabar elementos gananciales una prueba rigurosa de la carencia de acervo de la titularidad del cónyuge deudor ejecutado para responder por el débito privativo contraído por el mismo, quizás lo más adecuado sea optar por una postura intermedia. Así, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se requerirá al ejecutado, en defecto de señalamiento de bienes (privativos) suficientes por parte del ejecutante, de oficio por el Letrado de la Administración de Justicia «*para que manifieste relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución*», relación que debería contener tan solo bienes privativos, si estos fueran suficientes, y, asimismo, gananciales, de no existir aquellos o devenir insuficientes. Adicionalmente, al amparo del artículo 590 de la norma procesal, a instancia del ejecutante que no haya podido designar bienes privativos del ejecutado suficientes para el fin de la ejecución, se acordará la pertinente investigación judicial del patrimonio de este. Si del requerimiento de manifestación de bienes y derechos al ejecutado y de la averiguación patrimonial judicial aludidos resulta que no existe un patrimonio privativo suficiente del deudor para el pago de la cantidad por la que se haya despachado ejecución, entonces sí procederá acordar el embargo de la masa ganancial con esa finalidad⁹⁰⁹.

localizado otros bienes y que, en el caso de que los haya, tendrán que excepcionar el cónyuge deudor o su consorte.

En un sentido opuesto, BELLO JANEIRO (en *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge...*, *cit.*, págs. 526-527) considera que para que el acreedor pueda interesar, subsidiariamente, que se afecten los bienes gananciales es preciso que acredite mínimamente en el procedimiento la persecución previa y la inexistencia o insuficiencia de los bienes propios del cónyuge deudor, sin que esta prueba incumba al cónyuge no deudor. Igualmente, LACRUZ (en *Elementos*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 442) dice que corresponde al acreedor esa prueba, si bien atenuada por la dificultad que supone para el mismo la demostración de hechos negativos, debiendo admitirse, por ello, la acreditación de no haber hallado otros bienes. La necesidad de que el acreedor acredite procesalmente la insolvencia total o parcial del cónyuge deudor para que aquel pueda pedir el embargo de bienes gananciales es defendida por MARTÍNEZ-CALCERRADA (en *El nuevo Derecho de familia*, T. II, *cit.*, pág. 240), el cual incide en que, aunque el precepto tan solo alude a la insolvencia parcial, en la mayoría de las ocasiones el deudor no tiene bienes. Mantiene, así, este autor que la solicitud de embargo es subsiguiente al impago del débito y a la excusión de los bienes.

⁹⁰⁹ Una posición similar a la que expresamos es propuesta por RAGEL (en *El Régimen de Gananciales*, *cit.*, pág. 582), para el que basta con que el acreedor ejecutante inste que el ejecutado aporte una relación de bienes privativos o que el Secretario Judicial se dirija a las entidades relacionadas en el art. 590 LEC con este objeto. Si de estos documentos resultara la insuficiencia de los bienes privativos, habrá que concluir que la diligencia de embargo respecto de aquellos ha sido infructuosa total o parcialmente y, una vez verificada así la exigencia de previa excusión de esta tipología de bienes, podrá procederse al embargo de bienes gananciales peticionado por el ejecutante.

6.1.2. La notificación del embargo de bienes comunes por débitos privativos al cónyuge no deudor

Del tenor del artículo 541.3 no se desprende que en el caso de que se traben bienes gananciales por deudas privativas de un cónyuge ante la inexistencia o no suficiencia del caudal privativo del deudor sea imperativo notificar al cónyuge no deudor, además del embargo de elementos del haber ganancial, la demanda ejecutiva y el auto que despache ejecución, como expresamente impone el artículo 541.2 para la hipótesis de traba de bienes consorciales por deudas gananciales producidas individualmente. Pero realizando una exégesis extensiva de lo dispuesto en el apartado cuarto de esa norma procesal⁹¹⁰, se ha admitido la posibilidad de que hayan de notificarse al partícipe no deudor la demanda y la resolución por la que se despacha ejecución a efectos de que pueda oponerse a esta en los mismos términos que el ejecutado⁹¹¹.

⁹¹⁰ El art. 541.4 LEC faculta expresamente al cónyuge al que se haya notificado el embargo, tanto por deudas gananciales como por débitos privativos, para «interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales».

En el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998 el art. 543.4 (concordante con el vigente art. 541.4) preveía, además del contenido actual, en su inciso final, el uso de los recursos y medios de impugnación correspondientes al ejecutado por el cónyuge al que se notificara el embargo, *en particular, para acreditar que los bienes trabados no responden de las deudas por las que se despachó ejecución*, facultando, por tanto, también, a diferencia del texto definitivamente aprobado, al cónyuge no deudor para oponer la no afección de los bienes consorciales cuando se ejecutan deudas privativas, sujeción esta que resulta impuesta legalmente en los términos del art. 1373 CC -Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 147-1, de 13 de noviembre de 1998, pág. 113-. Finalmente, se suprimió ese inciso del texto del precepto en el Informe de la Ponencia y en el ulterior dictamen de la Comisión de Justicia e Interior, manteniéndose el resto del mencionado apartado cuarto (con el tenor luego aprobado por el Pleno del Congreso) frente a sendas enmiendas del Grupo Socialista (n.º 483) y Grupo Parlamentario Vasco-PNV (n.º 1006) que defendían su supresión íntegra.

⁹¹¹ GUILARTE GUTIÉRREZ [en «Artículo 541», en LORCA NAVARRETE (Dir.) y GUILARTE GUTIÉRREZ (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 2592 y nota 25 de esta], si bien opina que se ha de notificar exclusivamente al consorte no deudor la realización del embargo de bienes gananciales, y no la demanda ejecutiva, a la que no puede oponerse, con la finalidad de que pueda ejercitar el derecho de opción, matiza que puede llegar a admitirse la legitimación de aquel para oponerse al título ejecutivo, por razones de fondo o formales, invocando en apoyo de esta inferencia el art. 1385 CC, el cual dispone una amplia legitimación para la defensa de bienes comunes, como el art. 541.4 LEC. Ese traslado de demanda y auto de despacho de la ejecución al cónyuge no deudor es lo más correcto a criterio de Lorenzo CRESPI FERRER, «El embargo de bienes gananciales: problemática procesal (examen del art. 541 de la LEC)», *Revista de Derecho de Familia*, n.º 20, 2003, pág. 39.

En contra de la exigencia de darle traslado de la demanda ejecutiva y auto despachando ejecución al cónyuge no deudor cuando se siga la misma por deudas privativas se manifiestan MONTERO AROCA y FLORS MATÍES [en *El proceso de ejecución (Títulos ejecutivos. Demanda ejecutiva. Oposición a la ejecución)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 248], quienes resaltan que ha de notificarse solo el auto por el se decreta el embargo; PAZ RUBIO, José M.^a, *et al.* (en «Artículo 541», *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 794); GASCÓN INCHAUSTI, Fernando [en «Embargo de bienes y sociedad de gananciales», *Tribunales de Justicia*, n.º 7, 2001, pág. 12

La oposición del cónyuge no deudor a la ejecución en bienes gananciales por deudas privativas de su consorte por las mismas causas que el ejecutado se defiende por ACHÓN BRUÑÉN, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 541.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precisando que resulta lógico entender que el cónyuge no deudor solo podrá actuar en defensa de los bienes comunes cuando consienta el embargo de estos, mas no si solicita la disolución del consorcio con el objeto de que, una vez liquidado, se sustituya la traba de bienes gananciales por la parte que corresponda al cónyuge deudor en la comunidad⁹¹².

Aunque el cónyuge no deudor carezca de legitimación para promover la tercería de dominio ante el embargo de activo ganancial por deudas privativas del otro cónyuge, sí conviene significar que, puntualmente, se ha estimado la pretensión del consorte no deudor tercerista y alzado la traba sobre bienes comunes si estamos ante un débito privativo y, en contra de lo que prescribe el artículo 1373 (y actualmente también su corolario procesal, es decir, el artículo 541.3 LEC), no se le ha notificado a aquel la pendencia del proceso y el citado embargo. La argumentación que se utiliza en esta circunstancia para colegir la legitimación como tercero del cónyuge que no contrae el débito es que esta cualidad concurre «*en la esposa a espaldas de la cual se constituyó la obligación acreditadamente no ganancial, determinante del proceso ejecutivo en el que se embargaron bienes de esta naturaleza, sin que en salvaguardia de sus derechos sobre el inmueble común trabado, le fuese notificada ni siquiera la pendencia del*

de la versión electrónica obrante en http://eprints.ucm.es/26538/1/2001_Embargo%20de%20bienes%20y%20sociedad%20de%20gananciales.pdf (Consulta: 19/09/2017)] y CACHÓN CADENAS, Manuel Jesús (en *Apuntes de ejecución procesal civil*, Universitat Autònoma de Barcelona, Servei de Publicacions, 2011, pág. 14).

⁹¹² ACHÓN BRUÑÉN, María José, «Los problemas del cónyuge del ejecutado para defender sus intereses en los procesos de ejecución en que resultan embargados bienes gananciales», *RCDI*, n.º 687, 2005, pág. 10 de la versión digital obrante en vlex.com (VLEX-329074). Concluye ACHÓN que si el cónyuge no deudor se opone a la ejecución empleando los medios de impugnación con que cuenta el ejecutado tácitamente consiente el embargo, en atención a lo que no podrá pedir simultáneamente la disolución de la sociedad de gananciales, pero si se desestima esa oposición ulteriormente cabrá que defienda sus propios intereses instando la disolución social.

Por nuestra parte consideramos contradictorio que, si se interpreta la oposición a la ejecución del cónyuge no deudor como un consentimiento tácito a la traba del activo ganancial por las deudas privativas del otro, se admita que luego, en función del fracaso procesal de tal iniciativa, aquel pueda mutar su conducta procesal precedente e instar la disolución de la comunidad. En consecuencia, estimamos más plausible colegir que si no ejercita el derecho de sustitución *ab initio*, una vez notificado el embargo, y opta por el cauce de la oposición, dudosamente admisible, por lo demás, dado el silencio de la norma procesal, en el caso de ejecutorias por débitos privativos, no le será posible al consorte del deudor peticionar *a posteriori* aquella disolución.

proceso contra su consorte»⁹¹³. Es decir, como vemos, al reputar admisible el cauce de la tercería de dominio, se trata de corregir la situación de indefensión material, proscrita constitucionalmente *ex* artículo 24 de la Constitución Española, que se le genera al cónyuge no deudor que no ha tenido la opción de defender sus intereses en el procedimiento judicial en el que se acuerda el embargo de bienes comunes, pero sin que, obviamente, en el caso de traba del patrimonio ganancial por deudas privativas, quepa concluir la pertinencia del recurso a la tercería con un alcance general⁹¹⁴.

La imposibilidad absoluta de que el cónyuge no deudor utilice la tercería de dominio para la defensa del patrimonio consorcial, o sea, para discutir el carácter de la deuda y el alcance de la responsabilidad, se sostiene atendiendo a que la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé el medio específico del artículo 541.2, la oposición a la ejecución por entender que los bienes gananciales no deben responder del débito por el que se despachó la ejecución⁹¹⁵.

No obstante, en relación con el embargo de bienes comunes por deudas privativas, CASERO LINARES entiende que las posibilidades de defensa del cónyuge no deudor no excluyen que el mismo acuda a la tercería de dominio, puesto que la previsión de que aquel se constituya como parte en la ejecución se configura como una opción, pudiendo este último no personarse y plantear la tercería⁹¹⁶.

Según se ha significado, no podemos compartir esta postura, de forma que ante la traba de bienes gananciales por débitos privativos de un cónyuge no cabe, con carácter general, que el otro pretenda la defensa del acervo de la sociedad por la vía de la tercería de dominio, para la que no se halla legitimado, cuando en el artículo 541.3 se prevé un cauce procesal *ad hoc* para el ejercicio del derecho de opción previsto en el artículo 1373 del Código civil, y a través del cual, en flagrante perjuicio, por lo demás, de los acreedores privativos, se tutelan convenientemente sus intereses.

⁹¹³ STS de 16 de noviembre de 1990 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1990:8302). Cfr., asimismo, STS de 17 de julio de 1997 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1997:5108).

⁹¹⁴ En concreto, en la primera de las resoluciones anteriormente mencionadas, referida a una tercería que deriva de la traba de bienes gananciales en un juicio ejecutivo seguido contra el cónyuge avalista de un préstamo mercantil, se dice que a través del art. 1373 hubiera podido ser eficaz el embargo de gananciales, verificando la exigencia de dar entrada con carácter inmediato al otro cónyuge, el cual, en otro caso, «*vería sus derechos afectados sin haber tenido la oportunidad, constitucionalmente consagrada, de defenderlos en la forma legalmente prevista*».

⁹¹⁵ UREÑA GUTIÉRREZ, Pablo, «Ejecución de bienes gananciales (Art. 541 LEC)», en BROCÁ, MAJADA y CORBAL FERNÁNDEZ, *Práctica Procesal Civil*, T. VII (Arts. 517 a 570 LEC), 23.ª ed., Bosch, Barcelona, 2014, pág. 6287.

⁹¹⁶ CASERO LINARES, Luis, *La tercería de dominio*, Bosch, Barcelona, 2008, págs. 87-88.

Si el cónyuge no deudor no insta la disolución de la sociedad legal en el procedimiento en que se ejecuten bienes gananciales *ex* artículo 1373, no podría lograr este efecto utilizando una disolución posterior y ejercitando la tercería de dominio para burlar las vías que ofrece ese artículo⁹¹⁷.

6.1.3. El ejercicio del derecho de opción por el cónyuge no deudor

El embargo de bienes gananciales por deudas privativas en la hipótesis de carencia o insuficiencia del caudal privativo del cónyuge deudor faculta al consorte de este para instar la disolución de la sociedad de gananciales, bastando a este efecto que exija que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que corresponde al deudor en la comunidad, supuesto en el cual el embargo conllevará la disolución social, como deriva del juego combinado de los artículos 1373 *ex* Código civil y 541.3 *ex* Ley de Enjuiciamiento Civil⁹¹⁸. Este derecho conferido al cónyuge que no contrae el débito se configura realmente como un mecanismo de carácter tuitivo de los intereses del mismo, que va a permitir salvaguardar la mitad del activo ganancial que le pertenece. Así, la parte del consorte no deudor no tiene que ser agredida por una deuda que le resulta ajena, salvo en el caso de que aquel consienta tácitamente un eventual embargo y realización del patrimonio consorcial por el acreedor privativo no ejercitando el derecho de sustitución que se le reconoce legalmente, con la consecuencia prevista en el párrafo segundo del artículo 1373.

El ejercicio de la opción disolutoria concedida al cónyuge no deudor, a juicio de GUILARTE GUTIÉRREZ, supone «*un gravísimo e injustificado quebranto de las expectativas del acreedor*», quien, habida cuenta de un entendimiento distorsionado de la sociedad de gananciales como comunidad germánica, ve dilatada la realización de su crédito a causa de la eventual discrepancia en la liquidación de los cónyuges, en

⁹¹⁷ RAGEL SÁNCHEZ, *El Régimen de Gananciales*, *cit.*, pág. 589.

La dificultad de que prospere una tercería de dominio planteada por el cónyuge no deudor ante el embargo de bienes comunes por deudas privativas del otro cónyuge se expresa por MAS BADÍA (en *La tercería de dominio...*, *cit.*, pág. 168), que deja a salvo las hipótesis de que el consorte del deudor señale bienes privativos suficientes de este o no se le haya notificado al mismo de manera debida el procedimiento seguido contra el deudor y el embargo, extremo al que nos hemos referido *ut supra*.

⁹¹⁸ Indica el art. 1374 CC que «*tras la disolución a que se refiere el artículo anterior se aplicará el régimen de separación de bienes, salvo que, en el plazo de tres meses, el cónyuge del deudor opte en documento público por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales*».

connivencia salvo en supuestos de crisis matrimonial, lo que es contrario a la tutela judicial efectiva⁹¹⁹.

Al margen de la posición que se adopte sobre la naturaleza jurídica de la institución ganancial desde una perspectiva teórica, es necesario concordar lo cuestionable de la catalogación de aquella como comunidad germánica. De esta manera, tal calificación supondrá que la traba de cualquier bien común por el acreedor privativo de un cónyuge conlleve, en defecto de consentimiento de ese embargo por el cónyuge no deudor, con suspensión de la ejecución, un tedioso e interminable proceso previo de liquidación del consorcio a efectos de concretar la parte que le corresponde al partícipe deudor en la comunidad, y que podrá ser embargada y realizada, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este procedimiento puede perfectamente tramitarse durante años, circunstancia que, en la práctica, genera un perjuicio flagrante al ejecutante o, incluso, una completa frustración de la legítima aspiración del mismo a la exacción de su crédito⁹²⁰.

Las normas procesal civil y sustantiva, a diferencia de algunas normas forales relativas a regímenes de comunidad⁹²¹, no estipulan término legal alguno para que el cónyuge no deudor pueda ejercitar ese derecho de opción y pedir la disolución de la sociedad de gananciales, en orden a lo que habrá de estarse al respecto al plazo que discrecionalmente se le conceda en la resolución judicial que acuerde que se le notifique la traba de bienes gananciales⁹²².

⁹¹⁹ GUILARTE GUTIÉRREZ, «Artículo 541», *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, *cit.*, págs. 2592-2593.

⁹²⁰ MATA PALLARÉS (en «Deuda y responsabilidad en la contratación...», *cit.*, pág. 15 de la versión digital obrante en vlex.com) juzga fundado que la realización del embargo de la cuota del cónyuge deudor sobre los bienes comunes se paralice hasta la consumación de la liquidación, para verificarse en los bienes que, de existir remanente partible, se le adjudiquen a aquel, quedando sin contenido en otro caso.

⁹²¹ En concreto, en el Fuero Nuevo de Navarra, en relación con el régimen económico matrimonial de la sociedad de conquistas, la ley 85, en su último párrafo, determina que el cónyuge no deudor habrá de exigir dentro de los nueve días siguientes a la notificación de embargo de bienes de conquista por deudas propias del otro cónyuge la sustitución en el embargo de los bienes comunes por la parte que le corresponda a este último en la sociedad de conquistas -en este punto, cfr. ley 93.5 en redacción dada por la Ley Foral 21/2019-. También, en el art. 138 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, en sede de régimen de comunicación foral de bienes, se otorga al cónyuge no deudor un plazo de quince días naturales desde la notificación del embargo de bienes comunes para que inste la disolución de la comunicación foral, hipótesis en la cual tan solo quedan sujetos a responsabilidad los bienes adjudicados al obligado y el matrimonio se regirá por el régimen de separación de bienes (este derecho no tiene lugar si el acreedor prueba que el débito ha repercutido en beneficio de la familia).

⁹²² Participa de esta opinión CRESPI FERRER [en «El embargo de bienes gananciales: problemática procesal (examen del art. 541 de la LEC)», *cit.*, pág. 39], quien apunta que con ello se evita dejar al ejecutante al arbitrio suspensivo del cónyuge no deudor.

En defecto de fijación de plazo procesal en la comunicación del embargo sobre bienes gananciales para que el cónyuge no deudor solicite la disolución de la comunidad, RAGEL, invocando la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 541.2⁹²³ a la ejecución por deuda privativa por imperativo dimanante del apartado cuarto del mencionado precepto, postula que el cónyuge no deudor habrá de ejercitar el derecho en el lapso de los diez días siguientes a la notificación del auto en el que se despacha ejecución, término que se corresponde con el plazo ordinario para formular oposición a la ejecución *ex* artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹²⁴.

El ejercicio del derecho de opción y la petición de disolución del consorcio por parte del cónyuge no deudor ante el embargo de bienes comunes por débitos privativos asumidos por su consorte ejecutado, frente a lo que se determina en el artículo 1373 (en relación, a su vez, con el artículo 1393 *in fine*), no vincula al órgano judicial ejecutor a declararla, como literalmente se infiere de la dicción de la norma procesal. Declara el artículo 541.3, inciso segundo, que «*el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta Ley*». Este tenor contradice la aparente disolución mecánica de la comunidad que dispone la norma sustantiva civil, de conformidad con la cual si se ejercita el reseñado derecho de sustitución ineludiblemente *el embargo llevará consigo la disolución de aquélla*. En cualquier caso, el margen de discrecionalidad judicial ante la explicitación de la opción disolutoria es mínimo. De concurrir los presupuestos establecidos en el precepto procesal, que ha de interpretarse sistemáticamente con el artículo 1373, es decir, básicamente, que estemos en presencia de un débito privativo y que los bienes propios del cónyuge ejecutado sean inexistentes o insuficientes para el abono del importe por el que se despacha ejecución, imperativamente la resolución judicial habrá de decretar la disolución social, acordando

⁹²³ Este precepto señala que la notificación de embargo de bienes comunes se realiza *a fin de que, dentro del plazo ordinario*, (el consorte no deudor) *pueda oponerse a la ejecución*.

⁹²⁴ RAGEL SÁNCHEZ, *El Régimen de Gananciales*, cit., pág. 603. Respecto del término para optar por la disolución, Sagrario ARROYO GARCÍA [en «Artículo 541», en SUÁREZ ROBLLEDANO, José Manuel (Coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, T. III, Dijusa, Madrid, 2003, pág. 1832] propone que el Tribunal debe otorgar un plazo razonable al cónyuge no deudor (por ej., 10 días), y, en el caso de no ejercitar la opción, no podrá aquel ejercitar esta posteriormente mediante la interposición de una tercería de dominio.

la liquidación del haber común por los trámites de los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹²⁵.

Esta no vinculación automática del Juez ante la petición de disolución formulada por el cónyuge no deudor es destacada por CACHÓN CADENAS, quien alude, como justificación, a que rigen en esta sede las prohibiciones de abuso de derecho y fraude de ley o procesal (arts.11 LOPJ y 247 LEC), expresando, asimismo, que, teniendo en cuenta la cuantía del débito y el valor de los bienes comunes u otros elementos de juicio, el Juzgador podrá denegar la disolución de la sociedad⁹²⁶.

Se interpreta, igualmente, que, cuando el artículo 541.3 se refiere a la audiencia de los cónyuges y la decisión judicial sobre la división del patrimonio, se parte por el legislador del acuerdo de aquellos sobre la liquidación, sancionado por el Juez, entendiéndose que ha de efectuarse en comparecencia, con la preceptiva intervención personal de los cónyuges o de sus Procuradores con poder especial, ya que se trata de ejecutar actos dispositivos sobre elementos patrimoniales de la sociedad ganancial⁹²⁷.

Sin embargo, el artículo 541.3 no alude expresamente al acuerdo conyugal en cuanto a la liquidación del acervo común, ni impone en parte alguna que la audiencia de los cónyuges haya de hacerse mediante comparecencia personal de los mismos. Así, nos inclinamos por considerar que el objeto inmediato de la resolución judicial es pronunciarse, previa audiencia de los cónyuges (que se evacuará usualmente por escrito), con respecto a la pertinencia de proceder a la división del caudal ganancial, la cual con toda probabilidad ya habrá sido interesada por el cónyuge no deudor al ejercitar el derecho de opción, todo ello, lógicamente, sin perjuicio de que se someta al Juez el oportuno acuerdo de las partes sobre la división del activo social.

El ejercicio del derecho de sustitución por parte del cónyuge no deudor ante la traba de bienes comunes por débitos privativos del otro cónyuge no precisa ser articulado a través de un cauce procedimental específico, bastando en este sentido,

⁹²⁵ GUILARTE GUTIÉRREZ (en «Artículo 541», *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, *cit.*, pág. 2593) pone de relieve la contradicción entre el automatismo que parece derivar de la manifestación del cónyuge no responsable en relación a la disolución de la sociedad de gananciales y la idea que subyace en la norma procesal en la que se le concede cierta discrecionalidad al órgano judicial sobre esa decisión, que requiere la audiencia del otro cónyuge, en otro caso no necesaria.

⁹²⁶ CACHÓN CADENAS, *Apuntes de ejecución procesal civil*, *cit.*, págs. 14-15.

⁹²⁷ TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María, en «Ejecución: Partes (arts. 538-544)», en GARBERÍ LLOBREGAT (Dir.), *Los procesos civiles (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia)*, T. 4 (Arts. 517 a 633 LEC), Bosch, Barcelona, 2001, pág. 379.

como se desprende del tenor del artículo 541.3 de la norma procesal civil, que, simplemente, aquel opte *por pedir la disolución de la sociedad conyugal*. Esta petición, frente a la situación anterior a la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, no requiere su planteamiento a través de la vía incidental, resolviéndose por el órgano judicial que conoce de la ejecución, tras la audiencia de los cónyuges, sobre la división del patrimonio, que, en su caso, se verificará de conformidad con los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con suspensión de la ejecución sobre bienes comunes⁹²⁸.

Con anterioridad a la ley procesal vigente, se debatía sobre cuál era la vía procedimental idónea para que el cónyuge no deudor ejercitara la facultad o derecho de opción contemplado en el artículo 1373, aludiéndose por la doctrina a cauces tales como la tercería de dominio, la comparecencia ante el Juez o el incidente de previo y especial pronunciamiento (arts. 741 y ss. LEC 1881), mecanismo este último expresamente admitido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1999⁹²⁹.

El trámite específico recogido *ex novo* en el artículo 541.3 (manifestación de la opción, audiencia de los cónyuges y decisión judicial) es una simplificación del incidente anterior, que ofrece la ventaja de la sumariedad frente a la tercería de dominio y un conocimiento más detallado de las circunstancias por el Juez mediante aquella audiencia, que evita las decisiones precipitadas a que puede conducir una simple comparecencia⁹³⁰.

⁹²⁸ Con todo, tras la entrada en vigor de la LEC 2000, MONTERO AROCA y FLORS MATÍES (en *El proceso de ejecución*, *cit.*, pág. 250) han defendido la posibilidad de acudir al procedimiento establecido en el art. 393 LEC para las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento para la tramitación de la audiencia de los cónyuges con la finalidad de resolver lo procedente sobre la división del patrimonio ganancial. Respecto del cauce para el ejercicio del derecho de opción, GASCÓN INCHAUSTI (en «Embargo de bienes y sociedad de gananciales», *cit.*, pág. 11 de la versión digital) se refiere a un incidente atípico, que no goza de márgenes temporales tan amplios como la tercería de dominio, pero que, al no constituir una oposición de fondo a la ejecución, no ha de quedar vinculado por los plazos del art. 556.1 LEC.

Por su parte, ACHÓN BRUÑÉN (en «Los problemas del cónyuge del ejecutado...», *cit.*, pág. 11 de la versión electrónica) afirma que la voluntad del legislador es que el derecho del cónyuge no deudor a pedir la disolución de la sociedad ganancial en caso de embargo de bienes comunes se ejercite como un medio de oposición a la ejecución.

⁹²⁹ Cfr. STS de 12 de enero de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:42). Previamente, ya la STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 10 de mayo de 1997 (RJ 1997\4467), en relación con la sociedad conyugal de conquistas, había avalado la idoneidad del cauce incidental para ejercitar el derecho de opción previsto en la ley 85 del Fuero Nuevo de Navarra.

⁹³⁰ RAGEL SÁNCHEZ, *El Régimen de Gananciales*, *cit.*, pág. 609.

La audiencia que prevé el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede evacuarse por escrito o consistir en una vista, debiendo oírse al acreedor ejecutante en el caso de acuerdo disolutorio y liquidatorio de los cónyuges *ex* artículos 403 y 1402 en relación con el artículo 1083 del Código civil, considerando que es esperable que aquel acuerdo no se realice en beneficio del mencionado ejecutante⁹³¹.

6.1.4. La ejecución por débitos privativos contraídos tras la disolución del consorcio

6.1.4.1. La comunidad postganancial

La denominada comunidad postganancial sobre el caudal común se corresponde cronológicamente con el período transitorio, cuya duración puede ser más o menos prolongada, que media entre la disolución o extinción de la sociedad de gananciales en virtud de cualquiera de las causas explicitadas en los artículos 1392 y 1393 y la liquidación del consorcio. Está integrada por los cónyuges o excónyuges o, en el supuesto de disolución matrimonial por muerte o declaración de fallecimiento, por el superviviente y los herederos de su consorte premuerto o, incluso, por los herederos de ambos cónyuges, los cuales, mientras perviva esa situación de interinidad, serán titulares de una cuota, no indivisa respecto de los bienes que singularmente integran el *totum* común, sino sobre este último en su globalidad⁹³².

Se alude a esta comunidad como un patrimonio en liquidación, que surge tras la desaparición de la sociedad ganancial, afecto a dos finalidades específicas, el pago del pasivo ganancial y la reintegración a cada uno de los cónyuges del capital aportado, conformado por todos los bienes gananciales, sus frutos y los subrogados de ambos, respecto del que cada partícipe posee una cuota abstracta de idéntico valor y cuya estructura y régimen son equivalentes a los de la comunidad hereditaria⁹³³.

⁹³¹ CRESPI FERRER, «El embargo de bienes gananciales: problemática procesal...», *cit.*, pág. 40.

⁹³² Recuerda PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (en «Art. 1.396», *Comentario del Código Civil*, T. II, *cit.*, pág. 769) que en esta situación acontece el fenómeno de la subrogación real, como consecuencia de que en relación con las deudas de la sociedad ganancial subsiste la responsabilidad *cum viribus*, y se mantienen, sin extinguirse por confusión o consolidación, las relaciones jurídicas entre el patrimonio común y los personales de cada uno de los cónyuges.

⁹³³ GONZÁLEZ ACEBES, Begoña, «El régimen jurídico de la comunidad postganancial», *RCDI*, n.º 610, mayo-junio 1992, pág. 1188. En cuanto al objeto final de la sociedad postganancial, KARRERA EGIALDE (en «Régimen jurídico de la sociedad postganancial: óptica jurisprudencial», *cit.*, pág. 5 de la versión electrónica) califica como tal el reparto de los bienes ganados, lo que requiere mantener íntegra la

Esa participación en la masa proveniente de la sociedad legal disuelta puede enajenarse, resultando aplicables en esta hipótesis analógicamente los artículos 1531 y 1534, y siendo esa cuota, asimismo, renunciable, si bien la renuncia no libera al cónyuge, excónyuge o heredero de su responsabilidad *erga omnes* por débitos de la sociedad, acreciendo la parte renunciada, gravada con las deudas en la relación interna, al otro partícipe, y también embargable por débitos de su titular⁹³⁴.

El activo del patrimonio común indiviso se incrementa con los frutos, rentas y productos generados por aquel, pero no con rentas de trabajo o de capital privativo, y, a su vez, el pasivo aumenta con los gastos, impuestos y otros débitos derivados de los bienes comunes⁹³⁵.

De existir un único bien en el activo ganancial tras la disolución de la sociedad y no haber pasivo, situación que difícilmente ocurrirá, aun cuando se conocen precedentes⁹³⁶, no cabrá hablar, en sentido estricto, del surgimiento de una comunidad postganancial clásica entre los distintos partícipes. En esa tesitura, se pasará, sin solución de continuidad, de la comunidad ganancial a una copropiedad ordinaria o *pro indiviso* de los distintos sujetos sobre el citado elemento, deviniendo superflua la liquidación y estando legitimado cualquiera de ellos, por lo tanto, para ejercitar la acción de división de la cosa común *ex* artículo 400 del Código civil⁹³⁷.

En relación con la naturaleza jurídica de la comunidad postganancial, es expresiva de la jurisprudencia constante la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1992, que, con cita de doctrina precedente, corrobora que es un criterio admitido que en el período intermedio entre la disolución de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de esta nace una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial. Su régimen no es el de la sociedad de gananciales, «*sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, y en la que cada comunero (cónyuge supérstite y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o*

masa privativa de cada cónyuge, reconstituyendo los valores desaparecidos y excluyendo de la liquidación aquellos que son una simple sustitución de bienes personales.

⁹³⁴ LACRUZ BERDEJO, *Elementos*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 487.

⁹³⁵ VIVAS TESÓN, *El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situación de crisis matrimonial*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 2016, pág. 70.

⁹³⁶ Cfr. AAP de Les Illes Balears de 24 de marzo de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:APIB:2009:69A).

⁹³⁷ En este sentido, OSTOS MOTA, María Jesús, «El procedimiento para la liquidación de la sociedad de gananciales», en ABELLA RUBIO y OSTOS MOTA, «Extinción de la comunidad de gananciales», en *Comunidad de gananciales. Cuestiones prácticas y actuales*, *cit.*, págs. 359-360.

ambos cónyuges si la causa de tal disolución fue otra) ostenta una cuota abstracta sobre el «totum» ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad posmatrimonial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice en una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros (...))»⁹³⁸.

⁹³⁸ STS de 17 de febrero de 1992 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1992:1177). Cfr., a este respecto, las SSTS de 8 de octubre de 1990 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1990:10980), 7 de noviembre de 1997 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1997:6665) y 17 de mayo de 2007 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2007:3242). Vid., asimismo, siguiendo, con algún matiz puntual, la estela de la doctrina del TS, SAP de Alicante de 15 de septiembre de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:APA:2015:2249), SAP de Gipuzkoa de 23 de mayo de 2017 (Cendoj-ECLI:ES:APSS:2017:443), SAP de Pontevedra de 4 de febrero de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:APPO:2013:274), SAP de Bizkaia de 18 de mayo de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:APBI:2001:2308), que niega que estemos en presencia de una comunidad romana, SAP de Valencia de 18 de octubre de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:APV:2013:4809), la cual, a su vez, se refiere a una comunidad *sui generis* o especial, SAP de Logroño de 21 de marzo de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:APLO:2014:176), SAP de Córdoba de 15 de abril de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APCO:2016:448) y SAP de Málaga de 31 de mayo de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APMA:2012:1199). Cfr., igualmente, sobre este particular, RRDGRN de 10 de diciembre de 2012 (RJ 2013\714), que hace mención a una comunidad de tipo romano, 11 de mayo de 2015 (RJ 2015\3307) y 28 de julio de 2015 (RJ 2015\4443).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la comunidad postganancial, O'CALLAGHAN MUÑOZ (en *Compendio de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de la persona y de la familia*, 2.^a ed. -revisado y puesto al día por FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y BUENO NÚÑEZ-, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pág. 284) habla de comunidad de tipo romano, *pro indiviso*, sobre el conjunto patrimonial, que antes era ganancial y ahora está pendiente de la futura liquidación, sin que cada comunero tenga una cuota sobre cada uno de los bienes y derechos de aquella, y que se rige por la normativa de la comunidad ordinaria -arts. 392 y ss. CC-, pudiendo el comunero transmitir a terceros su cuota (con derecho de retracto a favor de los demás) y disponiendo de la *actio communi dividundo*, que se concreta en que cabe exigir la liquidación efectiva de la comunidad. La existencia de un derecho de copropiedad de los partícipes sobre todos y cada uno de los bienes que integran el patrimonio postganancial es resaltada por Manuel RIVERA FERNÁNDEZ, *La comunidad postganancial*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág. 65.

La caracterización de la comunidad postganancial como ordinaria es negada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (en «Art. 1.396», *Comentario del Código Civil*, T. II, *cit.*, pág. 769), quien piensa que aquella sigue manteniendo los rasgos de la comunidad germánica, considerando que los bienes y derechos comunes no están atribuidos individualmente por cuotas a los cónyuges y que estos no pueden desprenderse de su intransferible cualidad de cotitulares de un patrimonio y de la responsabilidad por las deudas que el mismo ha de soportar. La tesis de la comunidad germánica es preconizada asimismo por RAMS (en *La sociedad de gananciales*, *cit.*, pág. 416).

La adscripción plena de la comunidad postmatrimonial a la comunidad romana o germánica se rechaza por GONZÁLEZ ACEBES (en «El régimen jurídico de la comunidad postganancial», *cit.*, pág. 1187), que excluye que sea romana porque en aquella existen tantas comunidades como comuneros, ostentando cada uno de estos una cuota en la totalidad de los bienes, o que sea germánica en puridad, dado que la cuota abstracta es enajenable y el patrimonio está avocado a su disolución.

Bajo la vigencia de la normativa anterior, COSSÍO (en *La sociedad de gananciales*, *cit.*, pág. 248) hablaba de un patrimonio autónomo determinado por un estado de indivisión, que implica una comunidad entre los cónyuges o los herederos de uno y otro, con un régimen diferente al de la sociedad legal y análogo al de la comunidad hereditaria; y, por su parte, REYES MONTERREAL (en *El régimen legal...*, *cit.*, págs. 459-460) aludía a que la sociedad de gananciales en liquidación era la misma sociedad anterior, con idéntica naturaleza, caracteres, órganos de gestión y titularidad, cuya gestión se limitaba al mero hecho de contar y partir.

BLANDINO GARRIDO destaca la singularidad de la indivisión postganancial frente a la hereditaria, en tanto que no existe transformación de una titularidad privativa –del *de cuius*- en una cotitularidad, sino sucesión de titularidades colectivas (la indivisión postganancial sustituye a la comunidad ganancial). El cónyuge o excónyuge partícipe en la comunidad postganancial conserva idéntica titularidad parciaria respecto de todos y cada uno de los bienes y derechos que conforman la masa común y continúa siendo deudor de los mismos débitos, por los que, en su caso, sigue respondiendo el caudal común⁹³⁹.

6.1.4.2. Inaplicabilidad del artículo 1373 ex Código civil tras la extinción de la sociedad legal

Una vez extinguida la sociedad legal con eficacia *ad extra*, el corolario lógico de este hecho es que los débitos contraídos separadamente por los distintos sujetos de la comunidad postganancial -cónyuges, excónyuges o herederos- habrán de reputarse privativos o personales de aquellos⁹⁴⁰. No existe, por este motivo, norma legal alguna que, en sede de liquidación social, regule expresamente la vinculación directa de la antigua masa ganancial por la actuación autónoma en la fase de indivisión que sucede a la disolución del consorcio. Así, hemos de inferir que, lejos de estar en presencia de una tipología de deudas estadísticamente irrelevante o de una categoría residual concretada por exclusión, como acaece constante la comunidad ganancial, la privatividad del débito será la pauta habitual en el ámbito de la responsabilidad patrimonial derivada de cualquier acto unilateral ejecutado tras la disolución de la sociedad⁹⁴¹.

⁹³⁹ BLANDINO GARRIDO, María Amalia, *Régimen jurídico de las deudas tras la disolución de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 34-35.

⁹⁴⁰ El pasivo particular de los partícipes en la comunidad postganancial se sistematiza por BLANDINO GARRIDO (en *Régimen jurídico...*, *cit.*, págs. 167 a 169) incluyendo cuatro tipologías de débitos: 1) las deudas privativas pendientes, cuyo régimen era el dispuesto en el art. 1373; 2) las deudas postgananciales particulares, contraídas por un partícipe (o varios) tras la disolución de la sociedad legal, al margen de las necesidades resultantes de la conservación o gestión del patrimonio indiviso; 3) deudas privativas entre los cónyuges, que se originan durante la vigencia de la sociedad conyugal cuando las relaciones se desarrollan entre los caudales privativos (dimanantes de la transmisión de bienes propios o de derechos que cada cónyuge posee respecto de los bienes comunes); 4) deudas particulares entre los partícipes, que son aquellas que se asumen durante la indivisión postganancial y que vinculan a los partícipes entre sí (así, entre otras, deudas de alimentos entre cónyuges separados, pensión compensatoria que un cónyuge haya de abonar al otro en el supuesto de separación o divorcio...).

⁹⁴¹ Este carácter privativo de las obligaciones contraídas individualmente por los sujetos de la comunidad postganancial en la fase de indivisión, consecuente con la falta de habilitación normativa para establecer la vinculación externa de los bienes comunes en esa hipótesis, se ha reconocido por la doctrina jurisprudencial. En esta línea, la STS de 8 de octubre de 1990 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1990:10980) determina que las obligaciones que contraiga con posterioridad a la disolución cualquier titular recaen

Matiza MAS BADÍA que, excepto los supuestos de subrogación real y los frutos de los bienes que lo componen, no pueden ingresar nuevos bienes en el patrimonio pendiente de liquidación. Resalta, igualmente, la autora citada que cualquier débito que contraigan los cónyuges en esta fase será privativo, careciendo de sentido, así, a su juicio, discernir entre deudas gananciales y privativas puesto que no existe sociedad conyugal, siendo propios los bienes que se traben en ejecución de estos débitos ulteriores a la disolución, entre los que se halla la cuota abstracta del deudor en la comunidad postganancial⁹⁴².

Tal como se reiteró cuando se comentó el régimen de responsabilidad directa ganancial por la actuación autónoma conyugal vigente el consorcio, y aunque esta cuestión no tiene significación más allá del puro debate dogmático, tampoco existe en este período temporal, en sentido estricto, una presunción de privatividad de los débitos producidos por cualquiera de los partícipes en la comunidad postganancial. Dada la inviabilidad de que aquellos individualmente comprometan la masa indivisa, que se infiere a partir de la inexistencia de previsiones legales específicas que confieran la citada legitimación, y deviniendo insatisfactorio el recurso a otras normas exógenas o a una hipotética y anacrónica trascendencia del interés de la comunidad para ponderar la afección del activo común en liquidación a causa de un acto unilateral, esas deudas

sobre su propio patrimonio, pudiendo los acreedores instar la traba de la cuota abstracta que el deudor ostente sobre el patrimonio común, que se especificará en bienes concretos con motivo de la división y adjudicación, no antes, y no rigiendo el art. 1373, que presupone una sociedad legal en funcionamiento. Cfr., con esta doctrina, la STS de 28 de septiembre de 1993 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1993:6334) y SAP de Huelva de 9 de septiembre de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APH:2010:1450).

Teniendo en cuenta la nota de imperatividad del art. 1319 CC, ubicado en sede de régimen económico matrimonial primario, la genérica inviabilidad de producir de forma disyunta débitos comunes (es decir, que vinculen *erga omnes* la masa en liquidación) cedería excepcionalmente en el caso de deudas domésticas contraídas por un cónyuge en el período de indivisión postganancial, siempre que, lógicamente, el matrimonio subsista tras la disolución societaria eficaz *ad extra* y esta no obedezca a una separación fáctica conyugal o a una separación legal. Afectan, asimismo, las citadas obligaciones, subsidiariamente, el caudal privativo del consorte del deudor de no haberse admitido una demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 102.2 CC).

⁹⁴² MAS BADÍA, *La tercera de dominio ante el embargo de bienes gananciales*, cit., págs. 343-344. También BUSTOS MORENO (en *Las deudas gananciales y sus reintegros*, cit., pág. 379) colige que los nuevos débitos contraídos en la fase postganancial por los partícipes habrán de calificarse como propios, no siendo viable que surjan *ex novo* deudas gananciales en tanto que no persisten las facultades que tenía cualquiera de los cónyuges para endeudar a la sociedad. Esta imposibilidad de vincular *ad extra*, separadamente, el activo común en liquidación se corrobora, a su vez, por LACRUZ (en *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, cit., pág. 487). Acogiendo, aparentemente, la mencionada privatividad del débito postganancial, GASCÓN INCHAUSTI (en «Embargo de bienes y sociedad de gananciales», cit., pág. 19 de la versión digital) afirma que, surgida la deuda cuando la sociedad de gananciales está disuelta, no es posible que la responsabilidad afecte a los bienes del patrimonio de un tercero (cónyuge no deudor, excónyuge o herederos del cónyuge fallecido).

postmatrimoniales son necesariamente personales de quien las contrae, sin que, en suma, haya otras presunciones que las establecidas legalmente⁹⁴³.

La consecuencia inmediata de la calificación del débito postganancial autónomamente asumido como privativo es que el mismo sujetará en la esfera externa, exclusivamente, los bienes propios del sujeto deudor *ex* artículo 1911, con inclusión, por supuesto, de la cuota abstracta que le pertenece a este último sobre el conjunto del acervo indiviso, no los comunes, ni tan siquiera subsidiariamente en los términos del artículo 1373. Este precepto, como se expondrá a continuación, no es aplicable con posterioridad a la disolución de la comunidad ganancial, esencialmente, en atención a que las reglas de responsabilidad externa del consorcio, por definición, no pueden imponer la afección de una masa patrimonial en liquidación a la que, por su naturaleza y destino, según se ha expresado, le corresponde un régimen normativo imperativamente disímil⁹⁴⁴.

La inaplicabilidad del artículo 1373 tras la extinción de la sociedad legal se defiende en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1991, que analizaba un supuesto de una tercería de dominio formulada en el curso de un juicio ejecutivo en el que se había trabado una finca común (y que se embargó como privativa) por una entidad bancaria ante el impago de un préstamo concertado, una vez disuelto el consorcio por fallecimiento de uno de los cónyuges, por un hijo de este y en el que figuraba como fiadora la viuda. Se acoge el recurso de casación interpuesto y se reputa viable la acción de tercería ejercitada, destacando que lo correcto hubiera sido embargar la cuota participativa que pudiera corresponder a fiadora y prestatario en el inmueble

⁹⁴³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (en *Derecho de familia, cit.*, págs. 284-285, nota 195 bis) puntualiza que cabe que los actos realizados por un cónyuge sigan gozando de eficacia por efecto de las normas protectoras de la seguridad del tráfico, particularmente, por la doctrina de la subsistencia del poder extinguido, así como por causa de la ley que regula el tráfico de ciertos bienes o, por otra parte, en los casos en que los poderes del cónyuge se fundamenten en una razón no afectada por la disolución social (relación contractual entre aquel y un tercero, aun cuando el crédito sea ganancial) o supuestos en que el cónyuge sea tutor o representante legal de su consorte.

⁹⁴⁴ La posibilidad del acreedor privativo de embargar subsidiariamente bienes gananciales concretos cuando se ha producido la disolución de la sociedad legal es rechazada por RAGEL SÁNCHEZ (en *El Régimen de Gananciales, cit.*, pág. 695), en tanto que el art. 1373 establece esa facultad como una alternativa a la hipótesis de disolución del régimen ganancial, mientras que aquí esta ha tenido lugar y es un camino de no retorno. Mantiene la no aplicabilidad del art. 1373 en la fase de indivisión que sigue a la disolución del consorcio, asimismo, BLANDINO GARRIDO (en *Régimen jurídico de las deudas..., cit.*, pág. 185).

común (y no la totalidad de este) y que el mencionado precepto no es aplicable cuando la sociedad de gananciales ya no rige⁹⁴⁵.

Esta argumentación es mantenida, básicamente, por la Dirección General de los Registros y del Notariado, declarando el Centro Directivo, en su resolución de 29 de mayo de 1987, que *«del mismo artículo 1.373 se desprende que el embargo haya de recaer sobre bienes gananciales concretos o sobre la parte que al cónyuge deudor corresponda en el conjunto de los bienes gananciales es algo que depende de la voluntad del cónyuge deudor, y que, de estar disuelta ya la sociedad de gananciales, el embargo sólo es posible sobre la parte que el cónyuge deudor ostente en la sociedad de gananciales»*⁹⁴⁶.

La improcedencia de la afección subsidiaria de bienes concretos del patrimonio postganancial por deudas propias de los partícipes se propugna por BLANDINO

⁹⁴⁵ STS de 20 de noviembre de 1991 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1991:6444). En concreto, explica la sentencia que la comunidad postmatrimonial *«opera con estructuración analógica a la comunidad hereditaria y se gobierna bajo la titularidad del cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido, sin que le afecten en consecuencia las obligaciones o responsabilidades contraídas por éste en dicha situación de interinidad, a falta de división y adjudicación definitiva de los bienes gananciales y hereditarios proindivisos, frente a los cuales responderá con sus bienes propios, que, consecuentemente, no pueden gravar a la sociedad de gananciales, por lo que no resulta de correcta aplicación el artículo 1.373 del Código Civil, que tuvo en cuenta el Tribunal de Apelación, ya que dicho precepto tiene aplicación cuanto está subsistente la sociedad ganancial, así el artículo 144 del Reglamento Hipotecario se refiere a la vigencia de esta sociedad conyugal, pero no cuando se trata de deudas propias, surgidas y creadas fuera del marco común que ya dejó de regir y tener vigencia»*. Aluden, asimismo, a la inviabilidad de invocar el art. 1373 producida la disolución de la sociedad legal la STS de 28 de septiembre de 1993 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1993:6334), las SSAP de Madrid de 5 de octubre de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2004:12689) y de 27 de abril de 2011 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2011:5591), el AAP de Las Palmas de Gran Canaria de 5 de abril de 2006 (Cendoj-ECLI:ES:APGC:2006:806A), la SAP de Álava de 22 de febrero de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:APVI:2013:515), la SAP de Huelva de 9 de septiembre de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APH:2010:1450) y la STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 6 de noviembre de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:TSJAS:2009:4791).

⁹⁴⁶ RDGRN de 29 de mayo de 1987 (RJ 1987\3932). En la RDGRN de 4 de junio de 1991 (RJ 1991\4518) se prolonga el horizonte temporal para el ejercicio de la facultad de trabar el activo consorcial conferida por el art. 1373 a los acreedores más allá de la fecha de disolución de la sociedad de gananciales, permitiendo la aplicación de la norma hasta que aquella sea eficaz frente a terceros. Afirma la citada resolución que habrá de estarse, no al momento en que el acuerdo modificativo produce efecto entre las partes, que es la fecha de las capitulaciones matrimoniales, las cuales, mientras no se inscriban, continúan bajo el secreto del protocolo notarial, sino a aquel en que el mencionado acuerdo tiene eficacia frente a terceros de conformidad con la legislación del Registro Civil -art. 77.2 LRC 1957 y art. 60.4 LRC 2011- e hipotecaria. Por consiguiente, no cabe aducir el art. 1317 CC cuando los acreedores proceden contra un bien concreto si del Registro resulta que la sociedad de gananciales está disuelta y que el bien fue adjudicado a la mujer, puesto que entonces lo único que les queda a los acreedores del marido es la impugnación, en su caso, de la partición, lo que podrá dar lugar a la oportuna anotación preventiva de demanda. Cfr., asimismo, RDGRN de 3 de junio de 1991 (RJ 1991\4516).

La eventual aplicación del art. 1373 CC, una vez disuelto el consorcio, para trabar bienes gananciales por débitos privativos contraídos vigente aquel no se justifica, no obstante la falta de publicidad registral de la extinción del régimen económico matrimonial ganancial, porque, operada esa disolución social, el supuesto fáctico normativo no puede verificarse sin subvertir su tenor literal.

GARRIDO alegando que, en los supuestos de fallecimiento de uno de los cónyuges (o de ambos) o de separación, divorcio o nulidad, ello supondría gravar a los comuneros por las resultas de la actividad particular ejecutada por otro (u otros), cuando entre aquellos no existe la estrecha relación de confianza habitual entre los que están vinculados por matrimonio, la cual fundamenta la especialidad de la medida contemplada en el artículo 1373. Esta norma no podrá aducirse producida la disolución, con efectos *erga omnes*, de la sociedad ganancial, con independencia de la fecha de nacimiento de los créditos⁹⁴⁷.

Más que por la quiebra de la relación de confianza inherente al matrimonio, la no aplicabilidad del artículo 1373 tras una extinción societaria provista de eficacia externa a los débitos postgananciales autónomamente causados (y también a las deudas propias asumidas vigente el consorcio) obedece primordialmente a que la declaración normativa contenida en aquel requiere taxativamente, como es palmario, la subsistencia del matrimonio y la pervivencia del régimen ganancial. Carece, pues, de toda lógica, atendiendo al tenor de la previsión legal, colegir la sujeción supletoria de los bienes comunes si ya se ha producido la disolución de la comunidad.

El cauce de los copartícipes no deudores para conseguir el alzamiento de la traba de bienes comunes por deudas privativas de los comuneros verificada cuando ya se ha disuelto el consorcio es el ejercicio de la acción de tercería de dominio, no admisible, por lo demás, constante la sociedad a tales efectos. Sin embargo, como se recoge en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1990, alusiva a una tercería de dominio que traía su causa del embargo de una finca de naturaleza ganancial en el curso de un juicio ejecutivo seguido contra la progenitora de los terceristas ante el impago de una póliza de préstamo, concertado por la misma con una entidad bancaria una vez disuelta la sociedad legal por fallecimiento de su marido, ha de rechazarse el alzamiento total del embargo pretendido. Según la resolución, ese alzamiento supone un

⁹⁴⁷ BLANDINO GARRIDO, *Régimen jurídico de las deudas...*, cit., pág. 185. A su vez, RIVERA FERNÁNDEZ (en *La comunidad postganancial*, cit., págs. 154 y ss.) no aprecia obstáculos para la aplicación analógica, cuando menos parcial, del art. 1373 en el supuesto de sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, argumentando que en virtud de ese precepto se ha querido, esencialmente, proporcionar a los acreedores una facultad para realizar su derecho al cobro y que, si se admite el embargo, remate y enajenación de los derechos del heredero en la masa hereditaria indivisa (art. 1034 CC) o de los derechos del socio en el fondo social (art. 1699), ha de admitirse también lo propio respecto del contenido económico que la cotitularidad le confiere al partícipe deudor sobre todo el caudal indiviso. Se muestra igualmente proclive a una posible invocación del art. 1373 en el caso de débitos ulteriores a la disolución de la comunidad MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Responsabilidad patrimonial...*, cit., pág. 127.

«evidente menoscabo para el acreedor ejecutante (...) habiendo de mantenerse el embargo en lo referente a la cuota en abstracto que sobre la finca trabada corresponda a la viuda, alzándose en el resto (...) y al margen de que, entonces, no se concreten los bienes embargados». De manera singular, en esta sentencia se arguye que esa posibilidad tiene su apoyo analógico en el artículo 1373, el cual contempla esa particularidad (*exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta*), refiriéndose el precepto, conforme se indica, a que «sea objeto de embargo no ya bienes individualizados sino la parte o cuota que pueda corresponder al destinatario de la acción (aparte, claro es, de que tal posibilidad también se contempla en los artículos 42-6º de la Ley Hipotecaria en relación con el 146 de su Reglamento)». Parece postularse, en suma, en contra de la tesis general, la aplicación analógica del artículo 1373 en el caso de deudas privativas contraídas en la comunidad postganancial⁹⁴⁸.

Si se trata de deudas privativas anteriores a la disolución social, se ha admitido la posible aplicación analógica del artículo 1373 cuando el embargo se practica extinguida y no liquidada la comunidad, en el sentido de que el acreedor no podrá sobrepasar la participación de su deudor en el acervo común, tanto si en el momento de la ejecución el consorcio está vigente como si se ha disuelto, cabiendo invocar el artículo 1317 en el caso de que el embargo sea previo a la disolución de la sociedad⁹⁴⁹.

Se ha justificado la afección externa del activo postganancial por las deudas provenientes de actos ejecutados por uno (o varios) de los partícipes en la comunidad surgida tras la disolución de la sociedad legal, en beneficio de aquella, sin el consentimiento expreso o tácito de los restantes, invocando al respecto el artículo 1717 del Código civil. No obstante, en principio, hemos de concluir que este precepto, relativo al contrato de mandato, nada tiene que ver con la eventual responsabilidad directa de la masa indivisa postmatrimonial por las deudas generadas individualmente por alguno (o algunos) de los miembros de la comunidad que sucede al consorcio extinguido⁹⁵⁰.

⁹⁴⁸ STS de 8 de octubre de 1990 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1990:10980).

⁹⁴⁹ MAS BADÍA, *La tercería de dominio...*, cit., pág. 350.

⁹⁵⁰ Dice el art. 1717 CC, que se transcribe para ilustrar la cuestión, que «cuando el mandatario obra en su propio nombre el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el

RIVERA FERNÁNDEZ, que defiende aquella postura, opina que, teniendo en cuenta la excepción recogida por el artículo 1717 (cuando *se trate de cosas propias del mandante*), se amplía el ámbito subjetivo de la eficacia contractual, obligándose frente al contratante, no tan solo el mandatario (partícipe que contrata), el cual actúa en nombre propio, sino, igualmente, el mandante (resto de partícipes). En su criterio apoya la aplicación de la excepción en este supuesto la circunstancia de que el patrimonio postganancial pertenece a todos los partícipes, afectados por la actuación de uno de los mismos, y frente a los cuales el contratante posee acción para reclamar el cumplimiento de la obligación, ya que se ha dispuesto de intereses atinentes a cosas de su propiedad⁹⁵¹.

Como hemos adelantado, esta tesis, parapetada tras una supuesta analogía entre la hipótesis contemplada en el artículo 1717 y la situación del comunero (o comuneros) que produce la deuda en una actividad, no consentida por los demás, útil a la comunidad postganancial, no se comparte. Hay que partir de que la cualidad de comunero no es homologable a la de mandatario, porque falta toda idea de relación interna y material de gestión contractualmente conformada y tampoco el hecho de que la masa existente una vez operada la disolución sea de la titularidad de todos los partícipes puede suponer la vinculación del antiguo patrimonio ganancial -por concurrir una suerte de *contemplatio domini* tácita o poder de apariencia- en el caso de débitos separadamente generados por los cotitulares del acervo en liquidación.

6.2. EJECUCIÓN SOBRE BIENES COMUNES POR DEUDAS GANANCIALES SEPARADAMENTE CONTRAÍDAS

6.2.1. Introducción

Si la ejecución se sigue por débitos gananciales producidos por un cónyuge, los cuales, según se ha expresado con insistencia en esta investigación, son aquellos que comprometen directamente el acervo común frente a terceros (y que, en esencia, se regulan en los artículos 1365, 1366 y 1368 del Código civil y 6 y siguientes del Código de comercio), el artículo 541.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara que la

caso en que se trate de cosas propias del mandante. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario».

⁹⁵¹ RIVERA FERNÁNDEZ, *La comunidad postganancial*, cit., págs. 173-174.

demanda ejecutiva puede dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor⁹⁵², *pero el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario, pueda oponerse a la ejecución.* La oposición a la ejecución por el cónyuge no deudor podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, adicionalmente, *en que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución.* Incumbe al acreedor, en esta hipótesis, la carga de la prueba de la responsabilidad ganancial, y, en el supuesto de que no se constate esa vinculación del consorcio, el consorte del ejecutado, en consonancia con el carácter privativo de la deuda, se halla facultado para instar la disolución social con arreglo a lo prevenido en el apartado tercero de la disposición, en relación, a su vez, con el artículo 1373. Evidentemente, si este último no ejercita el derecho de sustitución legalmente previsto, podrán ejecutarse bienes comunes en caso de carencia o insuficiencia de los propios del deudor, en los términos antes aludidos.

6.2.2. La oposición por el cónyuge del ejecutado

6.2.2.1. La oposición por las mismas causas que el ejecutado

Dado que el consorte del cónyuge deudor ejecutado por deudas gananciales podrá oponer *las mismas causas que correspondan al ejecutado*, al margen de la causa singular de oposición consistente en negar la cualidad consorcial del débito, habrá de estarse, pues, en cuanto a aquellas, a lo dispuesto en los artículos 556 a 558, 560 y 561 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹⁵³, en lo referente a la oposición por motivos de

⁹⁵² Del tenor del art. 541.2 LEC, que emplea el vocablo *podrá*, deduce TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA [en «Ejecución: Partes (arts. 538-544)», *Los procesos civiles*, T. 4, *cit.*, pág. 375] la posibilidad de que la demanda ejecutiva se dirija contra los dos cónyuges, siempre que se determine porque se interpela al no deudor, puesto que se actúa la responsabilidad de los bienes comunes, cuya gestión y disposición incumbe a aquellos (arts. 1375 y 1377 CC). Sin embargo, en opinión de CORDÓN MORENO [en «Art. 541», en CORDÓN MORENO *et al.* (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II (*Arts. 517 al final*), Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 142], el cónyuge deudor es quien aparece como obligado en el título ejecutivo extrajudicial o en la sentencia de condena objeto de ejecución y, consecuentemente, solo podrá dirigirse la demanda ejecutiva frente al mismo, no obstante, si, siendo clara la responsabilidad del patrimonio ganancial, el consorte no deudor también fue demandado y condenado, la citada demanda podrá formularse frente a ambos.

⁹⁵³ Tratándose el título ejecutivo de resoluciones procesales o arbitrales o de un acuerdo de mediación, con carácter general y dejando al margen el régimen específico de oposición en el caso de que el título sea un auto de cuantía máxima, de conformidad con lo normado en el art. 556.1 LEC, el cónyuge no ejecutado podrá oponer, en el término de diez días, el pago, la caducidad de la acción ejecutiva y los pactos y transacciones convenidos para evitar la ejecución, si los mismos constan en documento público, no suspendiendo esta oposición la ejecutoria.

fondo, y en el artículo 559 de la norma adjetiva civil⁹⁵⁴, por lo que respecta a la oposición por defectos procesales. En cualquier caso, un análisis exhaustivo de las concretas causas de oposición excede del marco en el que ha de operar nuestra investigación⁹⁵⁵.

Singularmente, el cónyuge no deudor podrá oponer el pago que haya realizado con la voluntad de liquidar la deuda de su consorte, reconociendo, en este sentido, la legislación sustantiva la eficacia del pago hecho por tercero (art. 1158 CC), aunque ese pago ha de producirse antes del despacho de la ejecución y después de la constitución del título o, de ser este una sentencia, ulteriormente al momento procesal en que haya precluido la posibilidad de alegarlo en la instancia, de forma que el pago efectuado tras el despacho de la ejecución solo permite instar la terminación de la misma *ex* artículo 570 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero sin que quepa oponerse por esta causa⁹⁵⁶.

De pagarse por el cónyuge no deudor el débito por el que se despachó ejecución con fondos gananciales no estaríamos técnicamente ante el pago hecho por un tercero del artículo 1158 del Código civil⁹⁵⁷, cuya aplicabilidad requiere la prueba de que el pago se realizó con dinero de la exclusiva propiedad de aquel⁹⁵⁸, es decir, con numerario privativo del mismo. En este caso, si el gasto constituye una carga definitiva de la comunidad conyugal no procedería hacer operación de reembolso alguna y si, por el contrario, el desembolso verificado a costa de la sociedad no se integra en el pasivo

⁹⁵⁴ Los defectos procesales que pueden ser alegados por el cónyuge no deudor son, así, *ex* art. 559.1, «1.º Carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda. 2.º Falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda. 3.º Nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena, o por no cumplir el documento presentado, el laudo o el acuerdo de mediación los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520. 4.º Si el título ejecutivo fuera un laudo arbitral no protocolizado notarialmente, la falta de autenticidad de éste».

⁹⁵⁵ El incidente declarativo de oposición por motivos de fondo tiene una naturaleza sumaria, según afirma MONTERO AROCA [en «El proceso de ejecución», en MONTERO AROCA *et al.*, *Derecho jurisdiccional II (Proceso civil)*, 14.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 580], ya que se limitan las causas de oposición a formular por el ejecutado, los medios de prueba (normalmente, documental) y, en consecuencia, la cognición judicial, por lo que el auto que decide la oposición no produce cosa juzgada material (art. 561.1 LEC), deviniendo factible un proceso declarativo plenario posterior en el que las partes puedan argüir cualquier cuestión atinente a la existencia y contenido de la relación jurídica material.

⁹⁵⁶ ACHÓN BRUÑÉN, «Los problemas del cónyuge del ejecutado para defender...», *cit.*, pág. 4 de la versión digital obrante en vlex.com.

⁹⁵⁷ Declara esta norma en su primer párrafo que «puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor».

⁹⁵⁸ Cfr. STS de 21 de julio de 1993 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1993:5588).

ganancial interno habría que acometer el pertinente reajuste entre masas en fase de contribución *ex* artículo 1397.3.º.

El cónyuge notificado del embargo de bienes gananciales, a juicio de CRESPI FERRER, podrá arguir aquellas causas de oposición que pudo alegar el cónyuge deudor ejecutado y no adujo, atendiendo al tenor del artículo 541 y a la inexistencia de cosa juzgada con relación a él. En cuanto a las causas invocadas por el deudor y que no fueron acogidas, entiende aquel autor que parece que solo prosperarán si se fundamentan en hechos nuevos⁹⁵⁹.

6.2.2.2. La específica invocación de la no ganancialidad del débito

La alegación de la no consorcialidad de la deuda por la que se despacha la ejecución, en opinión de MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, no es propiamente una causa de oposición a la ejecución, constituyendo, así, su objeto discutir el origen y alcance del débito contenido en el título ejecutivo, lo que implica un incidente declarativo en el seno del proceso de ejecución cuya resolución no afecta a la existencia o subsistencia de la deuda, ni a la efectividad de la ejecución, sino a la afección de los bienes que hayan de ser objeto de traba y apremio⁹⁶⁰.

En concordancia con la indiscutible inexistencia de una presunción de ganancialidad pasiva en la regulación ganancial, a diferencia de lo que acaece en el plano del activo *ex* artículo 1361 del Código civil, como hemos indicado, el artículo 541.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su inciso tercero, impone positivamente al acreedor ejecutante la carga de probar la naturaleza consorcial de la deuda por la que se sigue la ejecución si la oposición a esta formulada por el cónyuge no deudor se funda en que los bienes gananciales no han de responder por aquella. Subsiguientemente, ante esta conducta procesal del consorte del ejecutado, el ejecutante se verá constreñido a acreditar, con notorias limitaciones, que, al menos aparentemente, la actuación conyugal unilateral de la que deriva el débito que se ejecuta puede residenciarse en el ámbito

⁹⁵⁹ CRESPI FERRER, «El embargo de bienes gananciales...», *cit.*, pág. 36.

⁹⁶⁰ MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, *El proceso de ejecución*, *cit.*, pág. 244. La invocación del carácter no ganancial de la deuda contraída por el cónyuge ejecutado por su consorte, como matiza ARROYO GARCÍA (en «Artículo 541», *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, T. III, *cit.*, págs. 1831-1832), requiere que el segundo, en el supuesto de títulos judiciales o arbitrales, no haya sido parte en el proceso declarativo previo a la ejecutoria o en el proceso arbitral y, en consecuencia, no disfrutara, hasta la notificación del auto despachando ejecución, de la oportunidad de aducir la naturaleza privativa de la obligación.

prefigurado en los artículos 1365, 1366 y 1368 del Código civil y 6 y siguientes del Código de comercio, preceptos estos que, según se ha explicado en este trabajo, estructuran el pasivo provisional del consorcio⁹⁶¹.

Aunque no se indique expresamente en el precepto, con arreglo a las reglas del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la carga de la prueba en relación con los restantes motivos de oposición corresponderá al demandado opuesto⁹⁶².

Como es lógico, la posibilidad de que en la ejecución se suscite por el cónyuge no deudor, en el trámite de oposición, la controversia sobre el carácter consorcial de la deuda individualmente contraída por la que se sigue aquella estará vedada si la ganancialidad del débito ha sido concretada en el proceso declarativo previo, en el que, a tal efecto, han debido ser interpelados ambos cónyuges, supuesto en el cual entraría en juego la cosa juzgada y no sería factible esgrimir esa causa de oposición⁹⁶³.

El debate sobre la responsabilidad de los bienes gananciales como legalmente afectos a la ejecución, a criterio de UREÑA GUTIÉRREZ, no se extiende a discutir cuestiones que han de ser objeto del previo proceso declarativo, ni implica un pronunciamiento sobre si concurre o no algún hecho extintivo o excluyente, sino que se

⁹⁶¹ Crítica GUILARTE GUTIÉRREZ (en «Artículo 541», *Comentarios a la nueva Ley...*, T. III, *cit.*, pág. 2582) la dificultad que supone para el acreedor probar la finalidad a la que se aplicó el gasto reflejado en el título ejecutivo y destaca, por otra parte, la deficiencia técnica de la norma procesal, habida cuenta de la complejidad de la valoración jurídica que habrá de hacerse sobre si la actuación conyugal encaja en alguno de los supuestos legales que determinan la afección de los bienes comunes.

Con respecto a esta hipótesis de articulación como causa de oposición de la no responsabilidad ganancial, entiende José Luis SEOANE SPIEGELBERG (en «La protección del acreedor en la sociedad legal de gananciales», en VV. AA., *Temas de actualidad en Derecho de familia*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 221) que el cónyuge ejecutado, fundamentalmente en situaciones de crisis matrimonial, tiene interés legítimo para mantener la condición ganancial del débito, existiendo una laguna legal en la medida en que la ley solo prevé el traslado del escrito de oposición al ejecutante -art. 560 LEC-, que ha de ser cubierta a través del traslado del escrito propugnando la irresponsabilidad del patrimonio ganancial también al cónyuge ejecutado, para ser oído únicamente en cuanto a este extremo y no con relación a los restantes motivos de oposición de su consorte.

⁹⁶² CARRERAS MARAÑA, Juan Miguel, «Artículo 541», en XIOL RÍOS (Coord.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero*, T. III, Ed. Jurídica SEPIN, Madrid, 2008, pág. 3616.

⁹⁶³ En esta línea, ACHÓN BRUÑÉN, «Los problemas del cónyuge del ejecutado para defender...», *cit.*, pág. 9 de la versión digital obrante en vlex.com. También para Manuel ORTELLS RAMOS (en *Derecho procesal civil*, 6.ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2005, págs. 710-711) si el cónyuge cuya conducta no ha determinado el nacimiento de la deuda ha sido demandado en el proceso declarativo en su calidad de cotitular del patrimonio responsable la causa especial de oposición a la ejecución debería considerarse precluida si no se alegó en ese procedimiento.

circunscribe a la determinación del ámbito legal de extensión objetiva y subjetiva de la ejecución, lo que supone tratar la legitimación pasiva del cónyuge no deudor⁹⁶⁴.

El auto judicial que resuelva la oposición a la ejecución basada en la privatividad de la deuda por la que se ha despachado aquella ha de pronunciarse, exclusivamente, en cuanto a este extremo, sobre la naturaleza ganancial o privativa de la misma, sin contradecir en esa exégesis, en su caso, el contenido del previo título ejecutivo judicial. De esta manera, el ejecutante ha de acreditar únicamente en tal trámite que la actuación del cónyuge deudor, aparentemente, se enmarca en el ámbito de legitimación individual definido legalmente para comprometer *erga omnes* el patrimonio ganancial. Deben rechazarse de plano, por inadmisibles, planteamientos de las partes que aludan a la responsabilidad definitiva de la comunidad, toda vez que lo que se valora es la posible afectación de los bienes comunes frente a terceros por deudas pretendidamente gananciales asumidas por un cónyuge, no la integración o no del gasto derivado en el pasivo definitivo, circunstancia esta irrelevante por completo a los efectos de la ejecución.

6.2.3. El ejercicio de la tercería de dominio por el consorte no deudor en la hipótesis de traba de bienes gananciales por deudas contraídas por su consorte

La tercería de dominio, regulada actualmente en los artículos 595 a 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹⁶⁵, tiene como pretensión alzar el embargo que se ha trabado indebidamente, constituyendo su presupuesto que la traba, por error, se haya operado sobre bienes de la titularidad del tercerista como si los mismos pertenecieran al ejecutado⁹⁶⁶.

⁹⁶⁴ UREÑA GUTIÉRREZ, «Ejecución de bienes gananciales (Art. 541 LEC)», *Práctica Procesal Civil*, T. VII, *cit.*, pág. 6281. A juicio de este autor (*ibíd.*, págs. 6281-6282), lo que se discute es si, en atención a lo que declaran la sentencia condenatoria de uno de los cónyuges o el título extrajudicial suscrito por un solo cónyuge, se infiere la concurrencia de los presupuestos de la ganancialidad externa del débito, lo que significa concretar si el supuesto es incardinable en alguno de los preceptos que delimitan el ámbito externo de afección del consorcio y, en relación con ella, el ámbito objetivo y subjetivo de la ejecución.

⁹⁶⁵ En cuanto a la legitimación activa para promover la tercería de dominio, dice el art. 595.1 LEC que «podrá interponer tercería de dominio, en forma de demanda, quien, sin ser parte en la ejecución, afirme ser dueño de un bien embargado como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de éste una vez trabado el embargo».

⁹⁶⁶ MAS BADÍA, *La tercería de dominio ante el embargo...*, *cit.*, pág. 72.

Se subraya, así, que la tercería de dominio, que no cabe asimilar a una acción reivindicatoria⁹⁶⁷, es una mera pretensión de alzamiento del embargo, sin perjuicio de que para acogerla sea puntualmente necesario el pronunciamiento sobre la pertenencia del bien, aun cuando este último no produce efectos de cosa juzgada⁹⁶⁸.

En relación con el alcance de la tercería de dominio, PLANCHADELL GARGALLO se refiere a esta como un medio legalmente previsto para que el tercero, titular de un bien o derecho afectado por la actividad ejecutiva, reaccione frente al proceso de ejecución en el cual no es parte ni, asimismo, está sujeto a responsabilidad⁹⁶⁹.

Por el Tribunal Supremo se viene a considerar a la tercería de dominio como una acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración de la propiedad a favor del tercerista y el levantamiento del embargo, argumentando que la tercería de dominio *«que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo»*⁹⁷⁰.

Los requisitos para que prospere la tercería son la condición de tercero del actor con relación a los que fueron parte en el procedimiento en el que se trabó el embargo, que el tercerista acredite su dominio sobre el bien embargado y su titularidad previa al momento en que se produjo la traba⁹⁷¹.

La viabilidad de la tercería de dominio parte de la exigencia previa de que el demandante no esté vinculado de alguna forma, como sujeto pasivo, al pago del crédito

⁹⁶⁷ La existencia de una cierta analogía entre la tercería de dominio y la acción reivindicatoria ha sido sostenida por el TS en múltiples resoluciones, entre las que podemos citar las SSTS de 6 de diciembre de 1989 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1989:9800), 16 de febrero de 1990 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1990:1367) y 22 de junio de 1995 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1995:3651).

⁹⁶⁸ MONTERO AROCA, «El proceso de ejecución», *cit.*, pág. 609.

⁹⁶⁹ PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *La tercería de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 69. Desarrolla esta autora que la tercería faculta al tercero para impugnar un acto individualizado de la ejecución que le perjudica y en virtud del cual se afecta ilegítimamente a aquella un bien o derecho que le pertenece, no pretendiendo el tercerista con su oposición poner fin a la actividad ejecutiva, sino el alzamiento de la traba o su separación de la ejecución.

⁹⁷⁰ STS de 17 de diciembre de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2008:7100).

⁹⁷¹ SAP de Pontevedra de 14 de octubre de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APPO:2010:2447). Define esta resolución la tercería de dominio como *«una acción de carácter constitutivo por virtud de la cual el tercerista obtiene una resolución judicial por la que se alza el embargo sobre el bien o bienes que constituyen su objeto, reconociéndose su dominio sobre tales bienes o la titularidad de un derecho que por disposición legal expresa puede oponerse al embargo»*.

para cuya efectividad se verificó el embargo, es decir, que respecto al citado crédito aquel ostente la cualidad de tercero⁹⁷².

Explica MAS BADÍA que el Tribunal Supremo, al exigir que el tercero no esté vinculado de algún modo a la deuda, está requiriendo que no sea responsable de aquella, es decir, que los acreedores no puedan atacar su patrimonio para cobrar. El cónyuge no deudor está vinculado al débito de su consorte en tanto en cuanto los acreedores estén facultados para agredir el caudal ganancial, incluida su participación en este, por lo que hay que analizar la naturaleza consorcial o privativa de la deuda para concluir si el consorte del deudor es o no un tercero, extremo que obliga a entrar en el fondo del asunto y debatir sobre la responsabilidad, cuando lo único que ha de examinarse en la tercería es el error en la atribución de la titularidad de los bienes trabados⁹⁷³.

Hoy en día, la tercería de dominio no es el medio adecuado para que, vigente la comunidad, el cónyuge no deudor discuta la naturaleza de la obligación del otro en virtud de la que se traban bienes comunes y, en suma, la responsabilidad directa (o subsidiaria) del consorcio, algo que excede el estrecho marco de aquel trámite y que no se precisa para colegir la impertinencia de tal enfoque, porque su legitimación activa como tercero está excluida *prima facie* por cuanto que no goza de un dominio exclusivo sobre la mitad indivisa del activo de la sociedad. De donde se sigue que cualquier alegación del tercerista tendente a hacer valer, a través de este instrumento inidóneo, la irresponsabilidad del patrimonio ganancial embargado por deudas de su cónyuge, en principio, está condenada a su seguro fracaso.

Para GUILARTE GUTIÉRREZ, la tradicional catalogación jurisprudencial de la sociedad de gananciales como comunidad en mano común no debería llevar consigo una respuesta negativa a la legitimación del cónyuge no responsable para el planteamiento de la tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales, como alternativa procesal a la específica oposición al auto de despacho de la ejecución. Juzga aquel autor que la tercería se ha alejado de la acción reivindicatoria, ya que pretende tan solo el

⁹⁷² STS de 20 de marzo de 1989 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1989:2064). En cuanto al concepto de tercero, afirma la STS de 15 de febrero de 1985 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1985:2039) que, antes que la propiedad de los bienes, importa examinar si el tercerista es propiamente tercero, «es decir, no el deudor, por ser éste de la otreidad entre el tercerista y el deudor el primero de los requisitos a tener en cuenta». Cfr., igualmente, SSTS de 2 de febrero de 1984 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1984:297), 21 de noviembre de 1987 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1987:8728) y 15 de julio de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:4843), entre otras muchas.

⁹⁷³ MAS BADÍA, *La tercería de dominio ante el embargo...*, cit., págs. 122-123.

alzamiento del embargo *ex* artículo 601.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo que, al no tratarse de una acción limpiamente dominical, resulta innecesario ostentar la titularidad actual sobre bienes cuya traba se intenta alzar⁹⁷⁴.

6.2.3.1. La exclusión de la legitimación como tercerista del cónyuge no deudor vigente la comunidad ganancial

6.2.3.1.1. Referencia a la regulación anterior

Bajo el régimen consorcial precedente, la interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1958 analizaba el recurso de casación interpuesto por la esposa, casada en régimen de gananciales, frente a la desestimación de la tercería de dominio ejercitada por la misma en el procedimiento de apremio seguido contra su cónyuge para la ejecución de una multa impuesta a este último por infracción de la legislación de tasas. En la causa se habían embargado bienes comunes, rechazándose la tercería en ambas instancias porque los cónyuges constante la sociedad de gananciales solo tienen un derecho expectante, indeterminado o no individualizado que hace inoperativa la tercería. Se insiste, con una argumentación que semeja intemporal y que ha sobrevivido hasta el momento presente, en que es axiomático que la sociedad de gananciales, cuya naturaleza jurídica se dice que no está bien definida, «*no atribuye a ninguno de los socios propiedad exclusiva sobre los bienes que la constituyen, hasta que por disolución se liquide aquélla y se adjudiquen éstos, y faltando esa atribución de propiedad el ejercicio de la tercería de dominio para defender a la mujer de las responsabilidades personales del marido en cuanto a gananciales constituye una evidente equivocación*». La resolución, incidiendo en lo errado del recurso a la tercería de dominio como mecanismo de defensa de los intereses de la mujer, matiza que lo relevante hubiera sido concretar si los bienes gananciales trabados debían responder por la deuda cuya ejecución se pretendía, la cual, aún siendo una multa que se le impuso al marido de la recurrente, repercutía en los bienes comunes, *ex* artículo 1410.3, de concurrir los requisitos contemplados en esta norma, exégesis que, según el Alto Tribunal, no podía verificarse a través de la tercería ejercitada⁹⁷⁵.

⁹⁷⁴ GUILARTE GUTIÉRREZ, «El embargo de bienes gananciales tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en APARICIO AUÑÓN *et al.*, *El derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 68.

⁹⁷⁵ STS de 4 de diciembre de 1958 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1958:1584). En el recurso de casación, entre otros argumentos, se hacía por la recurrente, en apoyo de su legitimación como tercerista de dominio, un planteamiento que merece ser destacado, consistente en argüir lo absurdo de considerar que el cónyuge

Como es de apreciar, el Tribunal Supremo convalida la inexistencia de título de dominio habilitante en la esposa tercerista para el éxito de la acción ejercitada en base a la carencia de una propiedad exclusiva sobre el activo del consorcio vigente el mismo. La sentencia, después de afirmar la posible responsabilidad de la comunidad (como se sabe, meramente provisional y subsidiaria) por las multas impuestas al marido de darse los presupuestos del artículo 1410, sin entrar a examinar esta cuestión de la afección ganancial por no corresponder al trámite de la tercería, viene a significar que lo que debería haberse cuestionado por la cónyuge no deudora judicialmente, si bien por otra vía, era la concurrencia de las exigencias plasmadas en el artículo 1410.3 para la sujeción del haber social. Es decir, que estuvieran cubiertas las atenciones del artículo 1408 y la carencia o insuficiencia de capital propio en el marido.

Si trasladamos el supuesto contemplado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1958 a la realidad normativa actual, la esposa del cónyuge deudor tampoco hubiera podido alzar un hipotético embargo de bienes gananciales por la multa impuesta a este mediante la tercería de dominio. Al tener el débito derivado de la misma, de origen legal y, por lo tanto, extracontractual, carácter privativo, por imperativo dimanante del principio de personalidad de la sanción administrativa (art. 25 CE), aquella habría de ejercitar, en su caso, el derecho de sustitución previsto en el artículo 1373, configurado como *remedio sustitutorio* de la tercería de dominio. A tal efecto, una vez que se le notifique el eventual embargo, podría exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la

deudor tenía un derecho dominical tan determinado sobre los bienes comunes que podía ser ejecutado sobre los mismos por débitos que no son a cargo del consorcio *ex art.* 1410, mientras que el otro cónyuge carece de idéntico derecho para defender sus intereses. Esta elogiada alegación estaba indudablemente abocada a un fracaso liminar desde el momento en que la responsabilidad provisional con los bienes gananciales por la multa impuesta al marido infractor y el posterior apremio se amparaban en el art. 1410.3 CC, que disponía, de darse los requisitos explicitados, el simple compromiso ganancial *erga omnes* por esa deuda privativa extracontractual individualmente generada. Por lo tanto, la traba del caudal social no se basaba en un presunto derecho dominical determinado del marido sobre el patrimonio común, inexistente por la aún hoy preconizada configuración de la institución ganancial como comunidad germánica.

La ausencia de un título que legitimara *ad causam* el ejercicio de la tercería de dominio, asimilada a una acción reivindicatoria en las resoluciones que se citan, por la mujer vigente la sociedad de gananciales, por ser la misma titular de un derecho expectante en tanto no se liquide la comunidad y, de existir remanente, se adjudiquen bienes concretos y determinados, se mantiene en las SSTS de 23 de enero de 1958 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1958:24); 27 de febrero de 1960 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1960:256) y 11 de abril de 1972 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1972:2312).

comunidad, lo que conllevaría la disolución social, siguiéndose en este punto el trámite previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹⁷⁶.

Sin embargo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1987, con aplicación de la legislación derogada, apreciándose infracción del artículo 1408.1.º en relación con el artículo 1413 y sin cuestionarse la legitimación procesal de la demandante de tercería, sí se estimó la tercería de dominio formulada por la esposa para alzar la traba de un piso ganancial embargado en un juicio ejecutivo atendiendo al carácter privativo de la deuda contraída por su marido previamente a la liquidación del régimen consorcial, en la que se le adjudicó el inmueble a la citada tercerista. El débito en el caso se reputó privativo por haberse producido en interés exclusivo del marido en situación de separación legal⁹⁷⁷.

6.2.3.1.2. *Panorama actual*

La doctrina jurisprudencial continúa considerando que el cónyuge no deudor, en consonancia con la calificación jurídica de la institución ganancial como comunidad en mano común, vigente la sociedad no tiene una cuota sobre cada uno de los bienes que integran la masa común, ostentando, exclusivamente, un derecho que afecta indeterminadamente al objeto, catalogado por la doctrina judicial clásica como expectante en tanto no se practica la oportuna liquidación. Carece, por ello, de la precisa legitimación, porque no tiene la cualidad de tercero, para promover con éxito una tercería de dominio⁹⁷⁸.

⁹⁷⁶ Esta conceptualización del derecho de opción concedido en el art. 1373 al consorte del cónyuge deudor casado en régimen de gananciales, en el caso de débitos privativos contraídos por el mismo, como un *remedio sustitutorio* de la tercería de dominio, entre otras resoluciones, se corrobora en las SSTS de 29 de abril de 1994 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1994:3022) y 12 de enero de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:42).

⁹⁷⁷ STS de 23 de enero de 1987 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1987:302).

⁹⁷⁸ Como ejemplo de la doctrina judicial más clásica sobre este extremo, podemos citar la STS de 29 de abril de 1994 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1994:3022), que declara que «durante el matrimonio el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los arts. 392 y siguientes del Código Civil, al faltar por completo el concepto de parte proporcional, característica de la comunidad de tipo romano que allí se recoge, ni atribuible a la mujer, viviendo el marido y no habiéndose disuelto y liquidado la sociedad conyugal, la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si éstos existen es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con él de la cuota correspondiente; no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante, que no le legitima para entablar la tercería de dominio, ya que no tiene la cualidad de tercero, esencial para ejercitar con éxito esta clase de acción, conjuntamente con la condición de propietario en exclusiva de los bienes en litigio». La falta de legitimación activa de la esposa tercerista (y, lógicamente, de cualquiera de los cónyuges) constante la comunidad ganancial para ejercitar la tercería de dominio en tanto que hasta su liquidación le corresponde únicamente un derecho expectante, distinto de la propiedad exclusiva y excluyente que legitima para su ejercicio, se aduce también en la STS de 26 de septiembre de 1988 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1988:6493).

Se ha criticado esta argumentación clásica que sustenta el rechazo a la tercería de dominio ejercitada por el cónyuge no deudor constante el consorcio al entender que confunde la cuestión del dominio de los bienes embargados con la cualidad de tercero, vinculando la ausencia de la condición de tercero a la naturaleza germánica de la sociedad ganancial, cuando titularidad de bienes y condición de tercero son requisitos diferentes⁹⁷⁹.

Esta negación de la legitimación del consorte del deudor como tercero vigente la comunidad ganancial dado que el mismo no es titular de la mitad indivisa del patrimonio común y tan solo posee un derecho expectante mientras no se disuelva y liquide el consorcio pervive en la actualidad. Por ej., en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2005, para convalidar la desestimación de la tercería de dominio promovida por el esposo ante la traba de bienes gananciales en un juicio ejecutivo seguido a instancia de una entidad bancaria, por el impago de un préstamo, contra una sociedad familiar y diversos fiadores solidarios (entre ellos, la cónyuge del demandante de tercería), se alude a que el cónyuge accionante no tiene la condición de tercero habida cuenta de la composición del capital social de la entidad familiar afianzada y la finalidad del préstamo (la reforma de un hotel de la sociedad). Seguidamente, arguye la resolución, en apoyo del no acogimiento de la tercería, el carácter ganancial del débito comercial en el litigio y, por lo tanto, incidiendo en el aspecto de la responsabilidad de la masa consorcial. Para concluir, sin solución de continuidad, se retoma la tesis tradicional expuesta inicialmente de la no legitimación del actor porque el mismo, en defecto de liquidación, es únicamente titular de un derecho expectante⁹⁸⁰.

Como colige María Teresa BENDITO CAÑIZARES (en *Marido y mujer frente a las deudas del otro cónyuge: la tercería de dominio*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 20-21), la noción de tercero que contempla el TS, como persona, distinta de ejecutante y ejecutado, que es titular del bien embargado, a los efectos de rellenar la legitimación activa requerida para ejercitar la tercería de dominio, choca con el concepto de cónyuge cuando está vigente la sociedad legal, atendiendo a la concepción de esta como comunidad en mano común o sin cuotas, lo que determina que mientras no se disuelva y liquide la sociedad el cónyuge no deudor solamente tenga un derecho expectante sobre ese bien común.

⁹⁷⁹ MAS BADÍA, *La tercería de dominio ante el embargo...*, cit., pág. 117.

⁹⁸⁰ STS de 15 de julio de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:4843).

La exclusión de la legitimación del cónyuge no deudor vigente la sociedad ganancial para promover la tercería de dominio sobre bienes comunes en atención a la configuración germánica de aquella también se refleja, entre otras muchas, en las SSTS de 4 de marzo de 1994 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1994:1453), 30 de diciembre de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:8558), 1 de septiembre de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2000:6367), 17 de junio de 2003 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2003:4201), 21 de julio de 2003 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2003:5214) o 7 de junio de 2006 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2006:3709).

Se ha considerado que la posición del cónyuge no deudor en un proceso de ejecución seguido contra el otro cónyuge y en el que se embarguen bienes comunes no es, en sentido estricto, la de parte, pero tampoco la de un tercero, sino la de un *tertium genus*, dado que, aunque no puede emplear los mecanismos procesales de oposición con que cuentan los terceros en la medida en que es titular junto a su consorte de unos bienes que están afectos directa o subsidiariamente al cumplimiento de la obligación, no es parte porque no figura como deudor en el título ejecutivo y no cumple los requisitos exigidos en el artículo 538.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para ser parte en la ejecución⁹⁸¹.

Desde una perspectiva general, al formularse la tercería de dominio, se desconoce frecuentemente que el momento decisivo no es el correspondiente al embargo, sino el del nacimiento de la deuda, que es cuando se concreta la base patrimonial responsable frente al acreedor, habiendo de excluirse cualquier intento de alterar el curso de la ejecución, con independencia de la vía procesal elegida a tal efecto⁹⁸².

Por lo que respecta a los débitos privativos de los cónyuges, la adscripción a la comunidad germánica de la sociedad de gananciales va a condicionar el modo en que los terceros podrán agredir el caudal común por aquellos y, paralelamente, la forma en que el partícipe no deudor tiene que armar su estrategia defensiva en sede judicial. Deviene incompatible con la existencia de una comunidad en mano común durante la vigencia del matrimonio la posibilidad de que este último pretenda, por el cauce de la tercería, enervar la traba sobre su parte en los bienes comunes. Se aboca, de esta manera, al consorte no deudor a instar la disolución (y liquidación) de la sociedad para obviar una ulterior realización de bienes consorciales embargados por deudas propias de su cónyuge, como resulta del artículo 541.2 y 3 de la norma procesal civil, con la consiguiente dilación temporal para las partes que deriva de la imperativa paralización de la ejecutoria respecto de los bienes del consorcio, frente al mecanismo más ágil de la tercería de dominio.

⁹⁸¹ ACHÓN BRUÑÉN, «Los problemas del cónyuge del ejecutado para defender...», *cit.*, pág. 2 de la versión digital obrante en vlex.com.

⁹⁸² GASCÓN INCHAUSTI, «Embargo de bienes y sociedad de gananciales», *cit.*, págs. 13 y 14 de la versión electrónica referida.

En consecuencia, por tanto, con carácter general, no cabe el recurso a la tercería de dominio por parte del cónyuge no deudor constante la sociedad de gananciales para lograr el alzamiento del embargo sobre bienes comunes. Debe canalizar este planteamiento a través del trámite de oposición contemplado en el artículo 541.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de seguirse la ejecutoria por débitos pretendidamente gananciales. Si se trata de deudas privativas del otro cónyuge, podrá el consorte no deudor ejercitar el derecho de sustitución, con la subsiguiente necesidad de practicar la liquidación societaria, de conformidad con el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 1373.

6.2.3.2. Liquidación del régimen ganancial y tercería de dominio

La mutabilidad del régimen económico matrimonial constante el matrimonio, consagrada actualmente en los artículos 1325 y 1326, e instaurada, frente a la proscripción anterior, en nuestro Derecho positivo tras la reforma del Código civil operada por la Ley de 2 de mayo de 1975, no obstante su plena justificación⁹⁸³, es utilizada frecuentemente por los cónyuges como instrumento para defraudar los legítimos intereses de sus acreedores. En estos supuestos fraudulentos se estipula en capitulaciones como nuevo régimen económico la separación de bienes y se adjudican al cónyuge no deudor en la pertinente liquidación consorcial los bienes comunes patrimonialmente más significativos (inmuebles), que se inmatricularán, en su caso, como privativos, con la finalidad última de detraer los mismos de una futura ejecución por débitos gananciales que, como tales, vigente la sociedad, comprometen directamente la masa común⁹⁸⁴.

⁹⁸³ La razón básica que apoya la mutabilidad viene a ser, para VÁZQUEZ IRUZUBIETA [en «La desprotección de los terceros en la mutabilidad de las capitulaciones», *Diario La Ley*, n.º 4, 1981, pág. 3 de la versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 14171/2001)], permitir a los cónyuges variar su régimen económico matrimonial considerando que las condiciones familiares y patrimoniales existentes en el momento de la celebración del matrimonio pueden cambiar con el tiempo y requerir un régimen disímil.

⁹⁸⁴ En esta hipótesis usual, recuerda DÍEZ SOTO (en *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios...*, *cit.*, pág. 437), si los acreedores desean trabar tales bienes y anotar el embargo se podrían oponer a aquellos los principios de tracto sucesivo y legitimación registral (arts. 20 y 38 LH, y 140 RH), habida cuenta que no figuran inscritos a nombre del deudor, pero, de conformidad con el art. 1317, cabrá que se anote el mandamiento de embargo sobre esos bienes si concurren las circunstancias previstas en el art. 144.4 RH.

Para afrontar esta eventualidad, el artículo 1317 del Código civil dispone que «*la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros*»⁹⁸⁵.

Esta pervivencia de los derechos de los acreedores en idénticas condiciones a las existentes con carácter previo a la mutación de régimen, según EGUSQUIZA BALMASEDA, permite cohonestar el respeto a la libertad capitular de los cónyuges con la salvaguarda de los intereses de los acreedores, siendo lógico que no se cercene indiscriminadamente el ejercicio de ese derecho de modificación capitular en aras de una seguridad crediticia, en ocasiones abusiva, cuando existen medios de defensa que no van más allá de la mera protección de derechos adquiridos⁹⁸⁶.

La norma del artículo 1317, introducida (como artículo 1322.3) en la reforma de 1975, se juzga necesaria porque sin la misma el acreedor únicamente podía defenderse acreditando el fraude de los cónyuges, circunstancia cuya dificultad aumentaba cuando las convenciones sobre el régimen económico matrimonial no constituyen donaciones⁹⁸⁷.

El actual artículo 1317 no representa realmente ninguna novedad con respecto a la legislación precedente, en la medida en que viene a transcribir de forma

⁹⁸⁵ Indica LACRUZ (en *Elementos*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 323) que la norma conserva indemnes contra la novación válida y oponible del estatuto conyugal a «los derechos ya adquiridos» en la fecha en que aquella modificación obtuvo eficacia *erga omnes*, no en la fecha en que se pactó, sino en la de su reflejo en el Registro Civil. En este sentido, cfr. HERRERO GARCÍA (en «Art. 1.317», *Comentario...*, T. II, *cit.*, pág. 577). Se establece en el art. 1317, en opinión de DÍEZ-PICAZO (en «Art. 1.317», *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1498), una ineficacia relativa del negocio capitular postnupcial por lo que respecta a los derechos de terceros y a los negocios jurídicos que sean determinantes de los mismos, siendo este el sentido de la expresión *no perjudicará*; el negocio capitular no produce perjuicio, no merma ni hace de peor condición los derechos de los terceros.

Haciéndose eco de la doctrina judicial uniforme sobre la interpretación del art. 1317, dice la STS de 6 de febrero de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2008:1704), con cita de la STS de 15 de marzo de 1994, que lo que establece ese precepto es una responsabilidad *ex lege*, inderogable por la voluntad particular, que no incide en la validez de las adjudicaciones y que, por lo tanto, no requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o nulidad de clase alguna. Como afirma la STS de 25 de septiembre de 2007 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2007:5984), que reproduce jurisprudencia consolidada, «*el artículo 1317 del Código civil, completado con los artículos 1399, 1403 y 1404, determina que, al conservar los acreedores de los cónyuges sus derechos contra el cónyuge deudor, pueden dirigirse contra los bienes que formaban la masa responsable antes de las capitulaciones, con independencia de cuál de los cónyuges sea su titular después del otorgamiento de las mismas, sin que sea necesaria la declaración de nulidad o el fraude de acreedores, que constituyen otras vías distintas para obtener un resultado parecido*».

⁹⁸⁶ EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, «Responsabilidad de los cónyuges por el cambio del régimen económico de gananciales», *Aranzadi Civil*, 1993-1, pág. 2 de la versión electrónica -BIB 1993\42-.

⁹⁸⁷ LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 324.

prácticamente mimética el tenor del antiguo artículo 1322.3, el cual irrumpió en el panorama normativo tras la reforma articulada por la Ley de 2 de mayo de 1975, en lógica coherencia, por lo demás, con la novedosa admisión legal de la novación o mutabilidad del régimen económico matrimonial durante el matrimonio, *ex* artículos 1315 y 1320, frente a su prohibición en el ordenamiento precedente⁹⁸⁸.

Con respecto al mencionado artículo 1322.3, comentaba AMORÓS GUARDIOLA que su aplicación práctica exigía concretar en cada supuesto cuando existe un derecho (no expectativa) adquirido por terceros con carácter anterior a la fecha de la modificación; si la misma es oponible a terceros por estar dotada de la oportuna publicidad registral; y si la mutación operada, al incidir en la previa situación jurídica de terceros, les produce un verdadero perjuicio. De concurrir estas tres circunstancias, la defensa de los derechos de los terceros impedirá que frente a ellos devenga eficaz la modificación sobrevenida, en tanto que les perjudique⁹⁸⁹.

Como se entiende ordinariamente, la vía de aplicación del artículo 1317 no es la impugnación de las capitulaciones matrimoniales que modifican el régimen económico, debiendo probar el tercero, para que la indicada novación capitular no le sea oponible, no el tipo de ineficacia que puede concurrir, sino tan solo que había adquirido sus derechos en la fecha en que esa modificación produjo eficacia *erga omnes*⁹⁹⁰.

Sobre la sanción que se dispone en el artículo 1317, considera YÁÑEZ VIVERO, quien reputa aplicable el precepto a acreedores gananciales y privativos, que

⁹⁸⁸ Como hemos significado, tras la reforma llevada a cabo en 1975, el art. 1322.3 determinaba que «*las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas constante matrimonio no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros*».

En la Exposición de Motivos de la Ley 14/1975 se explicaba que la protección de los intereses generales y de terceros, requerida por esa posible modificación del régimen económico matrimonial, se armaba a través de la publicidad registral (en el Registro Civil y en el de la Propiedad) y mediante la *relatividad e irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal que en ningún caso perjudicarán los derechos ya adquiridos por terceros*.

Con relación a la publicidad registral, entendía Rafael GÓMEZ-FERRER SAPIÑA (en «Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código civil», *RCDI*, n.º 526, 1978, pág. 501) que la modificación de las capitulaciones ya otorgadas exigía, para su eficacia frente a terceros, su anotación en el registro público competente -art. 1219 CC- y la toma de razón en el Registro de la Propiedad si afectare a inmuebles -art. 1322-.

⁹⁸⁹ AMORÓS GUARDIOLA, «Art. 1.322», *Comentarios a las reformas del Código Civil...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1111. Constatában también Díez-Picazo y Gullón (en *Sistema...*, Vol. IV, *cit.*, pág. 154) que el criterio legal es la irretroactividad de la eficacia de la modificación capitular, produciendo esta efectos *ex nunc*.

⁹⁹⁰ HERRERO GARCÍA, «Art. 1.317», *Comentario del Código Civil*, T. II, *cit.*, pág. 577. Para Díez-Picazo (en «Art. 1.317», *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1499), si el perjuicio consiste en el fraude del derecho de los acreedores la capitulación postnupcial podría quedar sometida a la regulación general del fraude (art. 1111, etc.).

no nos encontramos ante una auténtica manifestación del fenómeno de la inoponibilidad, aludiendo a que se trata de un sistema de protección que busca el mantenimiento, extensión o congelación de la responsabilidad que existe en la fecha en que nace el derecho a favor del tercero⁹⁹¹.

La norma del artículo 1317 es calificada como de *derecho transitorio*, porque determina el régimen de responsabilidad patrimonial de las relaciones jurídico-económicas de los cónyuges con terceros de producirse una modificación de las normas capitulares que regulan la economía familiar, no presumiendo aquella disposición fraude alguno, sino que establece el principio de irretroactividad del nuevo régimen económico, entendido como mantenimiento de la responsabilidad patrimonial a la que están sujetas las diferentes masas de bienes⁹⁹².

Los acreedores de cualquiera de los cónyuges por deudas gananciales podrán, de esta forma, actuar directamente contra los bienes comunes preexistentes a la disolución de la comunidad en la medida en que la mutación capítular del régimen económico matrimonial no les es oponible, perpetuándose para aquellos el *status quo* del activo social anterior a la extinción.

La modificación pactada de las capitulaciones matrimoniales solamente puede perjudicar a los terceros de buena fe, *ex* artículos 1317 y 1333⁹⁹³, desde la fecha de la

⁹⁹¹ YÁÑEZ VIVERO, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores...*, *cit.*, pág. 434. Opina esta civilista (*ibíd.*, pág. 433) que es erróneo el planteamiento doctrinal que convierte el art. 1317 en una declaración programática solamente aplicable junto con los arts. 1401 y 1402 CC, toda vez que aquella disposición constituye una regla imperativa que tiene como finalidad garantizar que cualquier acreedor perjudicado pueda cobrar, no obstante la mutación del régimen económico matrimonial, con cargo a las mismas masas patrimoniales que, directa o subsidiariamente, respondían por el débito asumido antes de la reiterada modificación.

⁹⁹² BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, «Modificación del Régimen Económico Matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC», *ADC*, T. XLVI-II, 1993, pág. 604.

⁹⁹³ En el art. 60.1 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, precepto que entra en vigor el 30 de junio de 2020, se impone que *junto a la inscripción de matrimonio se inscribirá el régimen económico matrimonial legal o pactado que rija el matrimonio y los pactos, resoluciones judiciales o demás hechos que puedan afectar al mismo* (art. 77 LRC 1957). Cfr., a su vez, los arts. 75 RH y 92.3.ª RRM. La toma de razón en el Registro de la Propiedad a la que alude el art. 1333, como significa AMORÓS GUARDIOLA (en «Art. 1.333», *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1561), hace referencia a cualquier forma de constancia registral, incluida la nota marginal.

Mientras que la disolución de la sociedad de gananciales no conste en el Registro Civil, afirma Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (en *La liquidación de la sociedad de gananciales*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 345), los acreedores por deudas previas a esa disolución y aquellos por débitos posteriores a la misma pueden desconocer la modificación del régimen económico matrimonial, por lo que cabrá que los primeros consideren como gananciales los bienes que ingresen en los patrimonios de los cónyuges y que gozarían de esa cualidad de estar vigente la sociedad y, asimismo, los segundos tendrán derecho a que el débito se califique como consorcial si le hubiera correspondido esa catalogación constante la comunidad.

inscripción en los Registros Públicos, por cuanto que cualquier otra interpretación conduciría al absurdo de permitir la posibilidad de que los cónyuges hicieran uso de sus pactos capitulares en el momento que más beneficioso fuera para sus intereses, olvidando los legítimos derechos de los terceros que con ellos contratasen⁹⁹⁴.

La protección de la anterioridad se combina con las reglas de protección de la apariencia jurídica cuando se activa el mecanismo de la inoponibilidad, de manera que la partición de la comunidad ganancial acaecida con anterioridad al nacimiento del débito contraído por un cónyuge es posterior para el acreedor que la conociera efectivamente después o en el supuesto de que la partición fuera inscrita posteriormente en el Registro de la Propiedad⁹⁹⁵.

En cuanto a la admisibilidad de la rescisión de capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores, reseña la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2006 que desde la óptica jurisprudencial no se excluye de manera radical y absoluta el ejercicio de la acción rescisoria contra los actos de liquidación de la sociedad de gananciales, si bien siempre será preciso que se verifiquen los presupuestos necesarios para el ejercicio de aquella, entre ellos, el requisito de la subsidiariedad. Este puede darse en supuestos extraordinarios en los que, en atención a las circunstancias concurrentes, se demuestre que la responsabilidad que se atribuye al cónyuge adjudicatario resulta por sí misma ineficaz para la garantía de los derechos de los acreedores defraudados⁹⁹⁶.

De conformidad con el artículo 1401.1, mientras no se hayan satisfecho enteramente los débitos de la sociedad, los acreedores mantendrán sus créditos contra el cónyuge deudor y el no deudor, por su parte, responderá frente a los mismos *ultra vires*,

⁹⁹⁴ Cfr. STS de 9 de marzo de 1995 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1995:1358). Vid. también SSTS de 26 de junio de 1992 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1992:5163), 25 de septiembre de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:5802) y 6 de diciembre de 1989 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1989:9800).

Respecto a la publicidad del régimen económico matrimonial, dice CABANILLAS SÁNCHEZ (en «Art. 1.333», *Comentario del Código Civil*, T. II, *cit.*, pág. 611) que, en tanto que aquel determina el ámbito de los poderes dispositivos sobre los bienes y el de las responsabilidades asumidas, los terceros contratantes están interesados en conocer el contenido del régimen al que están sometidos los cónyuges, deviniendo necesario a tal efecto un adecuado sistema de publicidad de los regímenes económicos matrimoniales, más aún teniendo en cuenta la vigencia del principio de mutabilidad.

⁹⁹⁵ RAGEL SÁNCHEZ, *El Régimen de Gananciales*, *cit.*, pág. 862. Puntualiza RAGEL que a la deuda anterior a la modificación del régimen ganancial le son aplicables los arts. 1317 y 1401 CC; al débito posterior a esa modificación y anterior a la partición de la sociedad se le aplica el art. 1401 y no el art. 1317; y, por último, a la deuda contraída después de la partición no le resultan aplicables ninguna de las dos disposiciones.

⁹⁹⁶ STS de 1 de marzo de 2006 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2006:1468).

es decir, con sus bienes propios y con los comunes que le hayan sido adjudicados, si no se hubiese formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, o con los bienes gananciales que le fueron adjudicados -es decir, *cum viribus*- en caso contrario⁹⁹⁷.

Las *deudas de la sociedad* a las que se refiere el artículo 1401 son las deudas gananciales contraídas por un cónyuge constante el consorcio y aún no satisfechas en la fecha de la disolución social, en tanto en cuanto solo esos débitos conllevan la responsabilidad directa frente a los acreedores con la masa común, incluso después de la extinción y liquidación societaria. Pueden englobarse aquellas en las *deudas pendientes a cargo de la sociedad* que conforman la primera partida del pasivo definitivo (art. 1398.1.^a CC), y que incluyen también los débitos consorciales contraídos *ex* artículo 1367⁹⁹⁸, aunque el empleo de la mención *a cargo* en este último caso, con el alcance que se le atribuye en el conjunto del sistema, invitaría a considerar *ab initio* que esa

⁹⁹⁷ Sobre la inteligencia del art. 1401, declara la STS de 28 de abril de 1988 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1988:3084) que aquella disposición, aplicable a las deudas de la sociedad de gananciales liquidada, contiene un precepto explícito y otro implícito; sujetando, en primer término, expresamente los bienes adjudicados al cónyuge no deudor, al margen de la responsabilidad del cónyuge deudor con la totalidad de sus bienes, requiriendo esta responsabilidad limitada que se trate de una deuda consorcial asumida por el otro cónyuge y que se haya formalizado debidamente el inventario, el cual ha de incluir explícitamente las deudas pendientes a cargo de la sociedad. Entiende la resolución que en caso contrario «y éste es el precepto implícito, es decir, si los cónyuges han dividido el activo sin pagar deuda consorcial, el cónyuge no deudor responde «ultra vires» por cuanto, según el artículo 1.402, los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias».

Explica RAGEL SÁNCHEZ [en «El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales», en VV. AA., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, *cit.*, pág. 1677] que el acreedor consorcial puede ejecutar directamente los mismos bienes que integraban la garantía de la obligación antes de la disolución de la sociedad, los cuales son ahora la totalidad de los privativos del cónyuge deudor y aquellos que se hayan adjudicado al cónyuge no deudor, considerando que la ausencia de referencia al carácter subsidiario de la responsabilidad del consorte del deudor, la remisión a las reglas de la herencia del art. 1402 y la idea de inoponibilidad invitan a pensar que la afección dibujada en el art. 1401.1 es solidaria, si bien limitada a los bienes adjudicados si se formuló inventario. El acreedor ganancial favorecido precisa alegar la inoponibilidad del acto que produjo la disolución, por vía de acción o excepción, para poder actuar de idéntica manera que si hubiera ejercitado sus derechos previamente a la realización del acto inoponible.

⁹⁹⁸ Sobre la exégesis de la primera partida del pasivo ganancial, Alfonso GONZÁLEZ GOZALO (en «La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción», *Aranzadi Civil*, n.º 1, 2002, págs. 3 y ss. de la versión digital -BIB 2002\178-), para el que la expresión *deudas de la sociedad* del art. 1401 debe interpretarse a la luz de lo que se entienda por *deudas pendientes a cargo de la sociedad* del art. 1398.1.^a, incluye en aquella los débitos de los que responden directamente los bienes comunes, constituyan o no un cargo de la comunidad; si no lo son, se anotan en el pasivo como obligaciones sujetas a la condición resolutoria de que se abonen con bienes privativos del cónyuge deudor y se reflejará correlativamente en el activo un crédito de la sociedad frente al deudor, sometido a la condición suspensiva de que se satisfagan las deudas con bienes comunes. Una vez pagados los débitos, se determinará con qué bienes se abonan y si ha lugar o no a un derecho de reembolso a favor de la sociedad.

partida atiende a las deudas cuya exacción constituye una carga de la comunidad, con independencia de que sean o no débitos externamente consorciales⁹⁹⁹.

Resulta completamente lógico que la garantía patrimonial inherente a las deudas gananciales contraídas separadamente por un partícipe en la comunidad vigente la misma permanezca inalterada tras la disolución del consorcio y aún después de la liquidación y adjudicación, que no tienen por qué afectar a los terceros titulares de los correspondientes créditos. Estos, en consecuencia, podrán atacar en todo caso, cuando menos, indistintamente, el acervo privativo íntegro del cónyuge deudor y los bienes exgananciales adjudicados a su consorte¹⁰⁰⁰.

Como indica PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, el patrimonio ganancial, al igual que el hereditario, cualesquiera que sean las vicisitudes relativas a su titularidad, persiste siempre individualizado hasta la extinción de los débitos a que está afecto. Subsiste cuando la liquidación de gananciales se ajusta al beneficio de inventario y también si este se pierde, y tanto antes de la liquidación y partición como cuando, sin pagar a todos los acreedores sociales, la partición ha sido convenida entre los cónyuges, como deriva de la eficacia relativa de la partición (art. 1257.1 CC), de los artículos 392.2 y 405 y del principio «antes es pagar que partir»¹⁰⁰¹.

GUILARTE GUTIÉRREZ sitúa temporalmente la operatividad de las previsiones del artículo 1401, no cuando se produce la disolución de la comunidad, sino en el momento de la adjudicación de los bienes comunes, por cuanto que disuelta y no liquidada la sociedad, en su criterio, pervive el activo consorcial bajo el anterior estatuto de responsabilidad, alterándose con la adjudicación la titularidad de los bienes gananciales¹⁰⁰².

⁹⁹⁹ Señala O'CALLAGHAN MUÑOZ (en «Art. 1401», *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 8.ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pág. 1506) que el artículo se refiere a las deudas de la sociedad contraídas por un solo cónyuge en los supuestos en que legalmente está facultado para hacerlo.

¹⁰⁰⁰ La existencia de una responsabilidad real del acervo consorcial por los débitos gananciales tras la disolución social se reconoce expresamente por la STS de 13 de junio de 1986 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1986:3292), arguyendo que con independencia de la responsabilidad del esposo deudor existe una responsabilidad real de la masa ganancial que no desaparece porque hayan sido adjudicados los bienes comunes, por lo que incluso después de la disolución de la sociedad continúa viva la acción del acreedor contra tales bienes, como también lo prevé el art. 144.2 RH, excluyéndose la procedencia de recurrir al cauce de la nulidad negocial para preservar unos derechos que ya el precepto legal mantiene. Cfr., en esta línea, STS de 7 de noviembre de 1997 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1997:6665).

¹⁰⁰¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «Arts. 1.401 y 1.402», *Comentario del Código Civil*, T. II, cit., pág. 787.

¹⁰⁰² GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 573).

Según se dirá, en la indivisión postganancial no rigen ya las reglas de responsabilidad directa de la sociedad legal, fundamentalmente, porque esta está extinguida y esa normativa, en puridad, no puede resultar de aplicación a los débitos generados con carácter ulterior a una disolución social dotada de eficacia *erga omnes*. Por fuerza, aquellas deudas no serán gananciales, sino propias del sujeto que las contrae, sin perjuicio del reiterado mantenimiento de la garantía patrimonial consustancial a los débitos comunes ocasionados vigente el consorcio.

La novación de los capítulos matrimoniales encubre, no pocas veces, como se ha expresado en este trabajo, una intención de defraudar los legítimos intereses de los terceros titulares de derechos de crédito preexistentes, específicamente gananciales (y, por esta razón, anteriores a la modificación de las capitulaciones), contra cualquiera de los cónyuges. Constituye, así, una práctica habitual el que para obviar una eventual traba y realización de bienes comunes los cónyuges opten por liquidar la comunidad consorcial y convengan el régimen de separación absoluta de bienes, con lo que los elementos originariamente gananciales se transmutan, por mor de las pertinentes adjudicaciones, en privativos de los partícipes, atribuyéndose el activo (ordinariamente inmobiliario) de mayor valor al cónyuge no deudor. Esta modificación capitular, con independencia de la concurrencia o no de fraude de acreedores, como resulta del juego combinado de los artículos 1317, 1401 y 1402¹⁰⁰³, deviene ineficaz o no oponible frente a los acreedores por débitos consorciales, persistiendo, de esta forma, para aquellos la misma garantía patrimonial que existía vigente la sociedad legal, en atención a lo que, *prima facie*, continuará siendo viable la agresión directa de la antigua masa común liquidada¹⁰⁰⁴.

La consecuencia inmediata de lo que acabamos de exponer, como entiende pacíficamente la doctrina jurisprudencial, es que el planteamiento de una tercería de dominio por parte del consorte del cónyuge que contrajo la deuda ganancial, ante el embargo de bienes originariamente comunes adjudicados al tercerista y, por

¹⁰⁰³ RAGEL (en *El Régimen de Gananciales*, *cit.*, pág. 853) señala que el ámbito del art. 1401.1 es diferente al del art. 1317, si bien es una aplicación particular de este último, una ley especial frente a la ley general.

¹⁰⁰⁴ GASCÓN INCHAUSTI (en «Embargo de bienes y sociedad de gananciales», *cit.*, pág. 16 de la versión electrónica citada), alineándose con la doctrina científica y judicial mayoritaria, mantiene que la alteración de la titularidad de los bienes por causa de la liquidación de la comunidad, posterior al nacimiento del débito, no afecta al acreedor, el cual tiene derecho a resarcirse de su crédito igual que si la sociedad legal estuviera vigente, por lo que no puede acogerse la tercería de dominio del cónyuge no deudor, aun cuando este acredite su titularidad actual y exclusiva anterior a la traba.

consiguiente, ahora privativos del mismo, está abocado a un seguro fracaso procesal por aplicación de los preceptos que hemos mencionado. Responde, de este modo, el cónyuge tercerista, quien no podrá ampararse en su titularidad exclusiva para pretender el acogimiento de su acción, con los bienes consorciales que le hayan sido adjudicados o *cum viribus* si formuló debidamente inventario¹⁰⁰⁵.

El cauce de la tercería de dominio sí se juzga idóneo por UREÑA para discutir el carácter ganancial de los bienes afectos a la ejecución en virtud del embargo, por cuanto que el artículo 541 tan solo contempla la posibilidad de debatir sobre si la responsabilidad por la que se ejecuta alcanza o no a los bienes gananciales, bien porque el débito sea consorcial, bien porque se trate de una ejecución subsidiaria contra bienes de aquella naturaleza. Razona el citado autor que no establece esa norma ningún procedimiento para dilucidar si, determinada aquella responsabilidad de los bienes gananciales, tienen esta condición los efectivamente trabados o la han tenido cuando a la traba ha precedido la división de la masa consorcial por los cónyuges¹⁰⁰⁶.

La doctrina jurisprudencial recoge invariadamente la improcedencia del recurso a la tercería de dominio por parte del cónyuge no deudor para alzar la traba, por débitos gananciales contraídos por su consorte, de bienes exgananciales adjudicados a aquel en virtud de la liquidación social. En este orden de cosas, la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1992¹⁰⁰⁷, al margen de aludir, en su argumentación, a los artículos 1317 y 1401, constata que la inoponibilidad del cambio capitular de régimen económico requiere una declaración judicial que la haga valer. Se considera que, si bien la responsabilidad de los bienes comunes persiste *ex legem*, resulta evidente que, mediante la liquidación y ulterior adjudicación del activo social a uno de los cónyuges, los bienes gananciales pasan a ser, sustantiva y registralmente,

¹⁰⁰⁵ MAS BADÍA (en *La tercería de dominio...*, cit., págs. 245-246) entiende que el principio de legitimación registral -art. 38.1 LH- no constituye óbice a la desestimación de la tercería interpuesta por el cónyuge no deudor adjudicatario de bienes comunes, exponiendo que frente a acreedores consorciales preexistentes el bien ha de tratarse de acuerdo con la naturaleza ganancial que tenía antes de la disolución social a efectos de responsabilidad. Concluye esta autora que el Registro publica el título del que dimana el actual dominio privativo a favor de uno de los cónyuges y es la Ley la que establece la ineficacia o inoponibilidad del citado título frente a acreedores preexistentes (art. 1317 CC).

¹⁰⁰⁶ UREÑA GUTIÉRREZ, «Las capitulaciones matrimoniales otorgadas en fraude de los derechos de los acreedores, la tercería de dominio y el art. 541 LEC», *Práctica procesal civil*, T. VII, cit., págs. 6293-6294.

¹⁰⁰⁷ Esta resolución hace referencia a un supuesto en el que se ejercitó una tercería de dominio por la esposa, no acogida en su práctica integridad, ante el embargo de fincas rústicas adjudicadas a la tercerista (en la liquidación de la sociedad legal) por deudas tributarias generadas por el cónyuge de la actora vigente el consorcio y calificadas como gananciales *ex art. 1366*.

privativos, con la consecuente alteración del régimen de responsabilidad de los mismos, que exige la destrucción de esa nueva configuración dominical a través del oportuno pronunciamiento jurisdiccional¹⁰⁰⁸.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2008, que reproduce la doctrina consolidada, rechaza la tercería de dominio promovida por la esposa ante el embargo, en procedimiento de apremio, de un piso adjudicado a la misma en la liquidación de la comunidad ganancial por deudas con la Seguridad Social contraídas por su marido durante la sociedad (y, por tanto, anteriores a la mutación capitular del régimen, verificándose esa adjudicación antes de la traba, si bien accedió al Registro después de esta). En la resolución se argumenta que el artículo 1317 determina que los cónyuges no pueden oponerse a las ejecuciones contra los bienes que pertenecieron a la masa ganancial no obstante el cambio de régimen, al margen de la declaración o no de la nulidad de los capítulos, siempre que concurren los requisitos exigidos en el enunciado precepto. Y añade la sentencia que *«el artículo 1317 del Código civil, completado con los artículos 1399, 1403 y 1404, determina que, al conservar los acreedores de los cónyuges sus derechos contra el cónyuge deudor, pueden dirigirse contra los bienes que formaban la masa responsable antes de las capitulaciones, con independencia de cuál de los cónyuges sea su titular después del otorgamiento de las mismas, sin que sea necesaria la declaración de nulidad o el fraude de acreedores, que constituyen otras vías distintas para obtener un resultado parecido»*¹⁰⁰⁹.

6.2.4. Afección y agresión de la masa en liquidación por débitos comunes postgananciales

Disuelta la sociedad de gananciales, la sujeción del patrimonio común frente a terceros resultará, en principio, como regla general, de aquellos débitos conjuntamente contraídos por los sujetos de la comunidad postganancial o por alguno (o algunos de

¹⁰⁰⁸ STS de 19 de febrero de 1992 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1992:12628).

¹⁰⁰⁹ STS de 6 de febrero de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2008:1704).

Cfr., asimismo, sobre la inhabilidad del recurso a la tercería de dominio por el cónyuge no deudor para enervar la traba practicada, por débitos consorciales contraídos por su consorte, sobre bienes originalmente comunes adjudicados a aquel en la liquidación de la comunidad operada mediante novación capitular, las SSTS de 21 de junio de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:4023), 23 de octubre de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2001:8185), 24 de julio de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2001:6560), 4 de febrero de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:677), 17 de julio de 1997 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1997:5107), 18 de marzo de 1995 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1995:1635) y 9 de marzo de 1995 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1995:1358).

ellos) con el consentimiento expreso de los restantes, y ello como consecuencia de una elemental aplicación del artículo 1911, en un claro paralelismo con lo establecido en el artículo 1367. Se trata, así, de deudas postgananciales, emanadas de la voluntad de todos los partícipes, que cuentan, imperativamente, con la garantía patrimonial de la masa indivisa y del caudal privativo de aquellos, que podrán ser agredidos directamente por los acreedores para la satisfacción de los créditos de los mismos surgidos una vez ocurrida la extinción de la comunidad ganancial¹⁰¹⁰.

En la sección del Código civil relativa a la disolución y liquidación de la sociedad ganancial (arts. 1392 a 1410) no existe ningún precepto que disponga específicamente la afección externa de la masa indivisa postganancial por la actuación individual de los integrantes de la comunidad. Algo que es normal si tomamos en consideración que no pueden nacer nuevas deudas gananciales que vinculen a un patrimonio consorcial que ya no existe como realidad jurídica diferenciada, por mor de su transformación en un acervo en liquidación, y cuya disciplina, por tanto, está orientada, fundamentalmente, a normar los aspectos liquidatorios del caudal común y no la legitimación indistinta para generar, *ex novo*, débitos que repercutan directamente en el mismo. En cualquier caso, dada la frecuente dilación temporal entre disolución y liquidación social, probablemente no tenida muy en cuenta por el legislador, *de lege ferenda*, sería deseable una explicitación de los supuestos en que los actos disyuntos conllevan la responsabilidad directa con la masa de bienes comunes. Con ello se evitaría tener que recurrir a efectos de su concreción a las regulaciones de otras instituciones que no permiten inferir satisfactoriamente, salvo que se realice un acto de voluntarismo jurídico, el fundamento legal último por el que es admisible que los terceros puedan atacar el activo postconsorcial en esa circunstancia¹⁰¹¹.

¹⁰¹⁰ RIVERA FERNÁNDEZ (en *La comunidad postganancial*, *cit.*, pág. 172) dice que en estos supuestos de deuda contraída por todos los partícipes resultarán de aplicación las reglas generales del Derecho patrimonial relativas a las obligaciones con pluralidad de deudores, de donde se deriva que el carácter parciario, mancomunado o solidario de la obligación estará en función de los términos de la misma, debiendo tenerse presente siempre la presunción de no solidaridad del art. 1137 CC.

¹⁰¹¹ El art. 1408 CC contempla la única previsión específica de imputación de una obligación (de dar alimentos a los partícipes en la comunidad en los términos que se indican) al pasivo común indiviso, si bien de su tenor no se infiere que pueda ser aducida por terceros ajenos a los propios partícipes alimentistas a efectos de propiciar la agresión del caudal común. Sobre esta norma, DÍEZ-PICAZO (en «Art. 1.408», *Comentarios a las reformas...*, Vol. II, *cit.*, pág. 1804) piensa que, más que un derecho a recibir alimentos con cargo a la masa indivisa, establece un derecho de anticipación de cantidades, que deben de restituirse tan solo si exceden de lo que corresponde recibir en concepto de frutos y rentas, restitución que se ejecuta a través de una reducción en el haber. Tampoco O'CALLAGHAN (en «Art. 1408», *Código Civil comentado...*, *cit.*, pág. 1512) cree que estemos en presencia de un derecho de

No obstante, se propugnan excepciones, sin una base normativa convincente, a la imposibilidad de producir individualmente obligaciones (gananciales) que graven la masa común tras la disolución. Se citan, a título ilustrativo, los gastos derivados de la gestión de la masa postganancial -expensas de administración y de conservación del patrimonio común o por responsabilidad por daños causados por los bienes gananciales-, los originados por la realización del inventario y liquidación o en la defensa del caudal postganancial (art. 1033 CC), así como los gastos de partición verificados en interés común de los partícipes (art. 1064 CC)¹⁰¹². Estos preceptos, en nuestro criterio, semejan inhábiles para fundamentar la agresión por terceros de la masa indivisa.

Para RAGEL, en sede de comunidad postganancial, serán gananciales las deudas contraídas individualmente por un partícipe derivadas de la adquisición, tenencia y disfrute de bienes gananciales (art. 1362.2.^a), entre las que comprende las provenientes del ejercicio ordinario de un comercio de naturaleza consorcial y, asimismo, las obligaciones extracontractuales de un cónyuge que traigan su causa de su actividad en beneficio de la comunidad, salvo que fueren debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor (art. 1366), siendo los restantes débitos enumerados en los artículos 1365 y 1366 privativos, dado que falta la idea de usufructo sobre bienes privativos y actividades profesionales¹⁰¹³.

No estamos de acuerdo con este planteamiento, porque, de entrada, no procede calificar como gananciales los débitos asumidos con carácter ulterior a la disolución social, en tanto en cuanto la sociedad de gananciales ha dejado de tener vigencia y, en atención a ello, no puede contraerse, formalmente, en rigor, esa tipología de deuda. Siguiendo esta argumentación, no cabe tampoco aducir, ni aun por vía analógica, el articulado que regula el pasivo ganancial (interno y externo) para resolver la cuestión de la afección *ad extra* del patrimonio indiviso postganancial por los actos separados de los sujetos implicados en este último.

alimentos en el sentido de los arts. 142 y ss. CC, sino que, al igual que DÍEZ-PICAZO, entiende que el precepto se refiere a que los partícipes perciben una pensión como anticipo de los bienes que ulteriormente se les adjudicarán como gananciales, sin que ello presuponga necesidad en el alimentista.

¹⁰¹² BUSTOS MORENO, *Las deudas gananciales...*, cit., págs. 379-380. En relación con esta cuestión, vid. BLANDINO GARRIDO, *Régimen jurídico de las deudas...*, cit., págs. 102 y ss.

¹⁰¹³ RAGEL SÁNCHEZ, *El Régimen de Gananciales*, cit., págs. 689-690.

Se alega por algún autor que los gastos generados por los bienes que integran la comunidad postganancial no deben incluirse en el pasivo de la liquidación social porque se trata de débitos que se originan cuando la sociedad está extinguida, sin perjuicio de que los cónyuges hayan de responder por los citados gastos con su haber privativo y con los bienes que les correspondan una vez liquidado el consorcio y de la posibilidad de trabar la cuota global de aquellos en la citada masa patrimonial¹⁰¹⁴.

Con referencia a los gastos individuales que están directamente conectados con la gestión y administración del acervo común, aunque asumamos, como lo hacemos, su inviable conceptualización como débitos postgananciales comunes y el no compromiso *erga omnes* del acervo en liquidación por ellos, forzosamente, en la relación interna, han de imputarse en último término a la comunidad. Se juzga posible su inclusión en el pasivo del inventario de la sociedad, al margen de que se devenguen con posterioridad a la disolución social, por razones de elemental economía procesal y para obviar la necesidad de futuras reclamaciones entre los partícipes para obtener el reembolso de tales gastos comunitarios satisfechos, en su caso, a costa de sus caudales propios¹⁰¹⁵.

En el Derecho foral aragonés, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho común, sí se regula de forma expresa el régimen de responsabilidad del haber común por los débitos contraídos por cónyuges o herederos en la denominada *comunidad que continúa tras la disolución* del consorcio conyugal. Dispone, en relación con este extremo, el artículo 251.1 *ex* Código del Derecho Foral de Aragón que «*además de las deudas y responsabilidades comunes originadas durante el consorcio conyugal, tras la disolución serán también de responsabilidad de los bienes comunes las deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común*». Se establece también, en el apartado segundo de aquel precepto, la responsabilidad directa del partícipe gestor que contrajo

¹⁰¹⁴ MORENO VELASCO, Víctor, «Las deudas posteriores a la disolución de la sociedad de gananciales», *Diario La Ley*, n.º 7541, 2011, pág. 5 de la versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 14833/2010).

¹⁰¹⁵ La posibilidad de incluir en el pasivo de la sociedad legal deudas postgananciales o créditos que ostenten los partícipes en la masa indivisa, algo que, en puridad, no es técnicamente correcto, pero que, como hemos dicho, evita dilaciones y gastos procesales futuros injustificados, se niega en la SAP de Málaga de 24 de noviembre de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:APMA:2015:3596), SAP de A Coruña de 8 de febrero de 2011 (Cendoj-ECLI:ES:APC:2011:218) y SAP de Pontevedra de 5 de julio de 2007 (Cendoj-ECLI:ES:APPO:2007:1751), que declara que las deudas que integran el pasivo de la sociedad de gananciales son las que existen en la fecha de su disolución, sin que las nacidas después puedan calificarse como tales, sino que son débitos de la comunidad postganancial, cuya reclamación no cabe hacerla por la vía del procedimiento especial de liquidación del consorcio.

el débito común, pudiendo obligar aquel, en defecto de bienes comunes, *a los demás partícipes a contribuir al pago en proporción a sus cuotas*¹⁰¹⁶.

Así pues, en el Derecho de Aragón, por las deudas de cargo o responsabilidad de la comunidad en liquidación, generadas conjunta o individualmente, responderán bienes comunes y los propios del partícipe o partícipes deudores, sin prelación o preferencia entre los bienes sujetos a tal afección, los cuales, por esta circunstancia, responden simultánea e ilimitadamente¹⁰¹⁷.

Continuando con la aludida normativa autonómica, constata SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA que estas deudas posteriores a la disolución dimanantes de la gestión del patrimonio común son comunes tanto si los gastos son definitivamente comunes, como si lo son provisionalmente, supuesto en el cual se dará lugar a su reembolso por el deudor si se abonaron a costa de la masa común¹⁰¹⁸.

En la hipótesis de débito postganancial común los acreedores titulares de los respectivos créditos, para obtener la exacción de los mismos, pueden trabar y realizar, obviamente, bienes comunes y los privativos de los partícipes en la comunidad postganancial, como resulta por imperativo dimanante del artículo 1911, debiendo, a tal efecto, demandarse a todos aquellos¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁶ Determina el art. 252.1 CDFA que «hasta la división, el patrimonio común responde del pago de las deudas comunes, pero los acreedores que pretendan cobrar una deuda de esta naturaleza sobre bienes comunes habrán de proceder contra ambos cónyuges o sus herederos».

¹⁰¹⁷ SERRANO GARCÍA, José Antonio, «La comunidad conyugal en liquidación», *RDCA*, n.º 13, 2007, pág. 45.

¹⁰¹⁸ SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo, *Disolución y liquidación de los regímenes matrimoniales. Sociedad de gananciales y regímenes forales de comunidad*, Ed. Reus, Madrid, 2016, pág. 70.

¹⁰¹⁹ Entiende RIVERA FERNÁNDEZ (en *La comunidad postganancial*, cit., pág. 172) que el acreedor postganancial por deuda contraída por todos los partícipes podrá trabar, ante el incumplimiento de los deudores, bienes del patrimonio postganancial demandando a la totalidad de los partícipes, con los que ha contratado, respondiéndolo el deudor con todos sus bienes presentes y futuros ex art. 1911 CC. Para poder embargar bienes de la comunidad postganancial, sostiene RAGEL (en *El Régimen de Gananciales*, cit., pág. 691) que es preciso que la demanda se haya dirigido contra todos los partícipes y que el débito se haya calificado como ganancial.

6.2.5. La anotación preventiva de embargo en el régimen de la sociedad legal

6.2.5.1. La anotación de embargo durante la vigencia del consorcio

6.2.5.1.1. Bienes inscritos con carácter ganancial o presuntivamente ganancial

El artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario establece que *«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 apartados 1 o 4 del artículo 93 (bienes inscritos a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial o a nombre del cónyuge adquirente, con indicación de que la adquisición se hace para la sociedad de gananciales) o en el apartado 1 del artículo 94 (bienes inscritos a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial), 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»*¹⁰²⁰.

Como dato legislativo histórico de interés, la primera referencia normativa a la exigencia de demanda conjunta contra ambos cónyuges para poder anotar preventivamente el embargo sobre bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales por deudas contraídas por el marido o la mujer a cargo del consorcio y vigente el mismo se encuentra en el artículo 144 *ex* Reglamento Hipotecario modificado en 1959¹⁰²¹, reforma inicial del precepto que venía exigida por la modificación, a su vez, del artículo 1413 por la Ley de 24 de abril de 1958¹⁰²².

¹⁰²⁰ En el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario (BOE n.º 233, de 29 de septiembre de 1998, págs. 32416-32438), se justifica la modificación del apartado 1 del art. 144 indicando que *«se da nueva redacción, con la plena conformidad del Consejo General del Poder Judicial, al precepto relativo al embargo de los bienes gananciales sobre la base de que siempre que tengan tal carácter, ya sean las deudas a cargo de la sociedad de gananciales, ya sean privativas ante la insuficiencia de bienes privativos, bastará dirigir la demanda al cónyuge deudor, sea o no quien adquirió los bienes, y notificar al otro para que pueda ejercitar los derechos que le corresponda, en la medida que la exigencia de demanda al cónyuge no deudor resulta inviable en la práctica procesal (artículo 144, apartado 1)»*.

¹⁰²¹ Decreto 393/1959, de 17 de marzo, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria (cfr. BOE n.º 72, de 25 de marzo de 1959, págs. 4636-4647).

¹⁰²² DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (en «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *cit.*, págs. 502-503) afirmaba que la modificación del precepto, con las exigencias adicionales de demanda dirigida contra los dos cónyuges y que en caso de enajenación de bienes comunes se cumpliera lo dispuesto en el art. 1413 CC (en relación con el art. 96 RH), obedeció a razones formales y sustantivas derivadas de la reforma del mencionado precepto en 1958, que impuso, conforme hemos expresado, el consentimiento de la mujer para que el marido dispusiera de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles gananciales. La razón formal se basaba en la hipótesis de que la enajenación forzosa había de realizarla el Juez en nombre de los cónyuges y, en su caso, debía suplir la voluntad o consentimiento de

Criticaba COSSÍO la introducción de la imposición registral de demanda conjunta en el supuesto que comentamos, entendiendo que la intervención en el proceso de la mujer no se justificaba por el posible fraude del marido que podía ponerse de acuerdo con el adquirente y simular una deuda ejecutiva. Si el fraude existía, decía el reseñado tratadista, habían de reconocerse a la esposa los pertinentes derechos de impugnación, pero no disponer una intervención que la perjudicaba gravemente, porque lo usual en las operaciones de crédito tras la entrada en vigor del artículo era exigir la firma de la mujer junto con la de su consorte, lo que traía consigo, no ya la afección de los bienes gananciales, sino, también, la de los parafernales¹⁰²³.

Con todo, la anotación preventiva de embargo carece de carácter constitutivo, por cuanto que, como declara el Tribunal Supremo, el embargo existe jurídicamente desde el momento en que el órgano judicial decreta la traba, con independencia de su anotación, aunque esta confiere al embargo una mayor relevancia. Se entiende, de esta forma, por la doctrina jurisprudencial que la anotación de embargo no resulta obligada y la omisión de la misma no impide la realización forzosa de la finca trabada, que será plenamente eficaz frente al dueño ulterior cuya adquisición no sea anterior cronológicamente a la práctica de la diligencia¹⁰²⁴.

En relación con los efectos de la anotación preventiva de embargo, cabe destacar que la misma no altera la situación jurídica preexistente en cuanto a créditos ya contraídos por el deudor embargado y, asimismo, por lo que respecta a actos dispositivos otorgados anteriormente por este, incluso no registrados, produciendo la anotación la afección de los terceros adquirentes o titulares de derechos reales sobre el bien trabado cuando sus títulos sean de fecha posterior a aquella, sin que el titular del embargo ostente la condición de tercero en el sentido del artículo 34 de la Ley Hipotecaria¹⁰²⁵.

marido y mujer, lo que semejaba imposible si la demanda no se formulaba contra ambos cónyuges. Por su parte, la razón sustantiva se refería a evitar que el marido simulara una obligación, que luego daría lugar a un juicio o expediente amañado, para eludir la aplicación del citado art. 1413.

¹⁰²³ COSSÍO, *La sociedad de gananciales*, cit., pág. 113.

¹⁰²⁴ Cfr. STS de 18 de abril de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2001:3180). *Vid.*, igualmente, rechazando el carácter constitutivo de la anotación preventiva de embargo, SSTs de 14 de octubre de 1965 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1965:160), 24 de noviembre de 1986 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1986:6491) y 26 de julio de 1994 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1994:5728).

¹⁰²⁵ STS de 4 de noviembre de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:6761). Como indica la STS de 4 de diciembre de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2000:8881), de acuerdo con el art. 38.5 LH, cualquier derecho nacido con posterioridad a la anotación de embargo se ve afectado por esta, de forma que el derecho

6.2.5.1.2. *Anotación de embargo sobre bienes confesadamente privativos*

En el caso de bienes confesadamente privativos (art. 1324 CC¹⁰²⁶), dispone el artículo 144.2 del Reglamento Hipotecario que «*cuando se trate de bienes inscritos conforme al número 4 del artículo 95, el embargo será anotable si la demanda se hubiere dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor*»¹⁰²⁷.

Para la anotación de la traba de bienes inscritos como privativos por confesión a nombre del cónyuge no interpelado (los cuales, como resulta del artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, se caracterizan por una cierta indeterminación registral respecto a su titularidad) por débitos contraídos individualmente por el confesante, según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, no bastará la simple notificación del embargo al cónyuge del deudor en proceso sustanciado exclusivamente contra el confesante. Se requiere que la demanda se dirija contra ambos cónyuges, deduciendo contra cada uno de ellos pretensiones distintas, opción que permite el artículo 538.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el citado artículo 144.2 del Reglamento Hipotecario, sin que se entienda procedente la aplicación al supuesto del artículo 1373. Colige el Centro Directivo que si ya es excepcional que un acreedor, por deudas propias de un cónyuge, pueda embargar directamente bienes ajenos a su haber privativo, más lo es el que por débitos ajenos al patrimonio común se faculte al acreedor de un cónyuge para que trabe bienes que los titulares de esa masa manifiestan públicamente que no lo integran y consignan esta circunstancia en el Registro de la Propiedad¹⁰²⁸.

garantizado por esa anotación tiene carácter preferente sobre los actos dispositivos celebrados y créditos contraídos después de la fecha de la práctica de aquella.

¹⁰²⁶ El art. 1324 CC declara que «*para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges*».

¹⁰²⁷ Dice, por su parte, el art. 95.4 RH que «*si la privatividad resultare sólo de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia*».

¹⁰²⁸ RDGRN de 4 de octubre de 2010 (BOE n.º 282, de 22 de noviembre de 2010). Esta doctrina se mantiene, asimismo, en las RRDGRN de 13 de febrero de 1999 (RJ 1999\628) y de 28 de julio de 2015 (BOE n.º 234, de 30 de septiembre de 2015).

Del tenor literal del artículo 1324, al utilizar la expresión *no perjudicará*, se deriva, en nuestro criterio, con evidencia que la simple confesión de privatividad verificada por un cónyuge despliega su plena virtualidad en la relación entre cónyuges y, por el contrario, deviene necesariamente inocua o ineficaz frente a los acreedores consorciales o privativos de cualquiera de los cónyuges (que, en pura lógica, serán los del cónyuge deudor, obviamente)¹⁰²⁹. A estos no se les puede imponer en rigor, por resultar inconciliable con la dicción legal, la obligación de ejercitar la acción judicial pertinente para enervar los efectos de la confesión. De esta manera, los bienes a los que se refiera esa declaración unilateral, cuyo alcance es el de un mero medio de prueba, tendrán la naturaleza, privativa o ganancial, que resulte de las normas sustantivas aplicables en cada supuesto, permaneciendo incólume, en defecto de prueba en contrario, la presunción de ganancialidad activa de aquellos del artículo 1361¹⁰³⁰.

Esta tesis de la inoponibilidad de la confesión de privatividad a los acreedores se rechaza por RAGEL, quien inicialmente había defendido la misma y que se inclina por la necesidad de que el acreedor perjudicado ejercite la acción rescisoria para desvirtuar aquella confesión. Opina este autor que en el artículo 1324 subyace la suposición de que la confesión es una donación, aun cuando no lo sea técnicamente, en orden a lo que alude a los herederos forzosos, a los efectos de una posible reducción de la donación

YÁÑEZ VIVERO [en «La anotación de embargo sobre bienes privativos por confesión tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *RCDI*, n.º 668, 2001, pág. 7 de la versión digital obrante en vlex.com (VLEX-328396)] opina que los efectos del no perjuicio de la confesión de privatividad tendrán que ser alegados por el acreedor cuando se le plantee el problema de que el embargo practicado no puede acceder al Registro de la Propiedad porque no se demandó al cónyuge no deudor, alegación que cabe hacer en el proceso de ejecución, cuyo ámbito objetivo se ha ampliado con la actual LEC. Añade esta autora que la acción de no perjuicio que confiere al acreedor el art. 1324 es una acción de inoponibilidad, no de impugnación, permitiendo crear la ficción de que el bien privativo por confesión conserva el estatus que le correspondería si no se hubiese realizado el reconocimiento, no requiriendo, así, el art. 1324 CC, al no discutirse la eficacia de la confesión, la existencia de un procedimiento declarativo, sino un cauce que posibilite el enfrentamiento de cónyuge no deudor y acreedor con el objeto de discutir el carácter del bien y su responsabilidad.

¹⁰²⁹ Corrobora la STS de 25 de septiembre de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2001:7175) que el art. 1324 atribuye eficacia probatoria *inter partes*, es decir, en el ámbito de las relaciones entre cónyuges, más en concreto de uno frente al otro, al preservar los intereses de los herederos forzosos del confesante y de los acreedores, *para no blindar situaciones de posibles fraudes*.

¹⁰³⁰ Respecto de la inoperatividad de la confesión de privatividad en la relación *ad extra*, la citada RDGRN de 13 de febrero de 1999 (RJ 1999\628) determina que aquella no se configura en el ordenamiento jurídico como una declaración de voluntad que fija frente a todos el carácter privativo del bien al que afecta, sino como un medio de prueba de esa circunstancia, que juega en la esfera intraconyugal y que no desvirtúa por sí sola la presunción de ganancialidad del art. 1361, la cual no es tampoco un título de atribución legal de la cualidad de gananciales a los bienes del matrimonio, constituyendo en este sentido uno más de los medios de prueba. Recoge esta doctrina consolidada la RDGRN de 8 de octubre de 2014 (BOE n.º 270, de 7 de noviembre de 2014), que declara que la confesión de privatividad se erige como un negocio de fijación de la verdadera naturaleza del bien cuando existe incertidumbre sobre su pertenencia a uno u otro patrimonio.

inoficiosa, que es una acción rescisoria, y se refiere, igualmente, por otra parte, a todo tipo de acreedores, de la comunidad o de cada uno de los cónyuges, los cuales podrán recurrir a la acción pauliana, específicamente ante una donación de bienes del deudor (art. 1297.1 CC)¹⁰³¹.

En contraposición a esta interpretación, la inexigibilidad a los acreedores (y legitimarios) de los cónyuges de que impugnen la confesión del cónyuge deudor es ampliamente postulada. Sostiene BLANQUER UBEROS que la confesión no se produce en materia de propiedad de bienes, sino de calificación de actos en función del régimen económico matrimonial, lo que refuerza la inferencia de que acreedores y legitimarios no necesitan impugnarla ni instar su rescisión, siendo suficiente que invoquen la situación que resultaría de aplicación si la confesión no hubiera tenido lugar para que se reconozca en cuanto a ellos la aludida situación, del tal modo que la confesión no les perjudique¹⁰³².

En la doctrina judicial late la idea que reafirmamos de la intrascendencia de la confesión de privatividad frente a los acreedores gananciales o privativos. Significadamente, en relación con la Hacienda Pública, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo, de fecha 13 de febrero de 2014¹⁰³³, ante la alegación de la recurrente sobre que una parte de una

¹⁰³¹ RAGEL SÁNCHEZ, «El Régimen de Gananciales», *cit.*, págs. 506-507.

Para ÁVILA ÁLVAREZ (en «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», *cit.*, págs. 1386-1387), la confesión de privatividad es un reconocimiento de propiedad, de que los bienes son propios, constituyendo una burla que ese reconocimiento (con ciertas excepciones) no produzca efectos *erga omnes*. Aduce el autor señalado que el art. 1324 se refiere a los acreedores cuyos créditos sean previos a la confesión y que cualquier impugnación de estos últimos habrá de detenerse ante el tercero hipotecario, como acontece en la impugnación por fraude ante el adquirente del donatario, excepto que sea cómplice en el fraude.

¹⁰³² BLANQUER UBEROS, «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales...», *cit.*, pág. 76 de la versión digital obrante en vlex.com. Para LACRUZ BERDEJO (en *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, *cit.*, pág. 373), que alude a *la inocuidad de la confesión de cara a acreedores y legitimarios*, esta implica que si los cónyuges están sujetos al régimen legal aquellos pueden actuar en cuanto a los bienes como si la confesión no se hubiera producido, embargándolos como gananciales si el débito es carga de la comunidad, aun cuando estén a nombre de quien no se obligó personalmente. Se oponen, a su vez, a esta necesidad de accionar de los acreedores para neutralizar la eficacia de la confesión de privatividad DÍEZ-PICAZO y GULLÓN [en *Sistema...*, Vol. IV (T. 1), *cit.*, pág. 144], que interpretan que la ausencia de perjuicio atiende a que los bienes tendrán el carácter que corresponda de acuerdo con el régimen económico matrimonial, considerando que si se entiende que acreedores y herederos forzosos han de accionar para destruir la eficacia de la confesión esta circunstancia conduce a la conclusión de que les perjudica esta última, en la medida en que se les impone la carga de litigar para obtener una declaración judicial que sea acorde con la calificación del bien.

¹⁰³³ En el caso analizado en la sentencia se había impugnado por la recurrente una resolución del TEAR, que, por su parte, desestimó una reclamación relativa a unos acuerdos de liquidación de la AEAT por el IRPF.

finca reputada como ganancial era privativa, lo que fundamentaba en un acta notarial de manifestaciones de un cónyuge, invoca el artículo 17.5 de la Ley General Tributaria¹⁰³⁴. De este precepto infiere que los pactos entre particulares no producen efecto ante la Administración tributaria, recordando que en el caso la finca en cuestión no formaba parte del patrimonio ganancial cuando se realizó la confesión. Insiste la resolución, a mayor abundamiento, citando la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el limitado efecto de la confesión de privatividad, que se proyecta en el ámbito interconyugal y no enerva la presunción de ganancialidad en perjuicio de los herederos forzosos del confesante o los acreedores comunes o privativos de los cónyuges¹⁰³⁵.

6.2.5.2. La anotación de la traba una vez disuelta la comunidad

En cuanto al embargo de bienes pertenecientes a la masa ganancial en liquidación, y partiendo de la manifiesta imposibilidad de trabar mitades indivisas de los bienes comunes integrantes del referido caudal por la comentada configuración jurídica de este, se vienen discerniendo tres situaciones diversas en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En primer término, la traba de bienes concretos del patrimonio consorcial en liquidación, en consonancia con la regla de la unanimidad que rige la gestión y disposición de ese acervo indiviso (arts. 397, 1058 y 1401 CC), exige que las actuaciones procesales se dirijan contra todos los titulares (art. 20 LH)¹⁰³⁶. En segundo lugar, el embargo de la cuota global o abstracta sobre el *totum*

¹⁰³⁴ Este precepto dispone que «*los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas*».

¹⁰³⁵ STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 13 de febrero de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:TSJAND:2014:7331). A su vez, en la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 3 de febrero de 2017 (Cendoj-ECLI:ES:TSJCL:2017:855), que resolvió la impugnación de una resolución del TEAR que no acogía una reclamación formulada contra una liquidación provisional por el concepto de IRPF, *ex art.* 1324, viene a negar efecto retroactivo en perjuicio de la Administración tributaria acreedora a la declaración de los cónyuges contenida en una escritura aclaratoria en la que se rectificaba el carácter ganancial de una vivienda, que se le había atribuido a la misma previamente por los cónyuges al adquirirla, efectuada tras la propuesta de liquidación, y en la que se fijaba la condición privativa de una parte de la finca, lo que se reflejó registralmente *ex art.* 95.4 RH. Comparte la ineficacia de la confesión de privatividad en relación con los acreedores la SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 16 de diciembre de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:AN:2013:5358). Fuera ya del ámbito tributario, sobre la no virtualidad de la confesión respecto de terceros acreedores, *cfr.* SSAP de Valencia de 21 de enero de 2002 (Cendoj-ECLI:ES:APV:2002:255) y de 27 de abril de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APV:2016:1776).

¹⁰³⁶ El art. 20.7 LH dice que «*no podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales y en los de decomiso podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida*

postganancial, que no indivisa respecto de los distintos bienes singulares que lo conforman, que pertenece a cada uno de los partícipes, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código civil y 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas únicamente contra el cónyuge deudor, anotándose registralmente *ex* artículo 166.1 *in fine* Reglamento Hipotecario sobre los inmuebles o derechos especificados en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor. Por último, la traba de los derechos que pueda ostentar un cónyuge respecto de un bien ganancial concreto tras la disolución societaria, en cuyo caso es perfectamente posible que tal bien no sea adjudicado al deudor, deviniendo inútil el embargo practicado, a diferencia de lo que acontece en la hipótesis anterior de traba de la cuota global, dado que, aunque los bienes sobre los que se anota no se adjudiquen al deudor y estos queden libres, el embargo se proyectará en relación con los bienes adjudicados a aquel en pago de su derecho, por lo que la anotación será estéril, mas no la traba¹⁰³⁷.

RAGEL critica esta doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado porque, en parte, incurre en el grave error de exponer la cuestión desde la óptica de lo que se quiere embargar, imponiendo la exigencia de demandar a todos los partícipes de la comunidad postganancial si el acreedor pretende trabar bienes gananciales, pero omitiendo advertir que esa posibilidad solo cabe cuando estamos ante un débito ganancial. En el caso de tratarse de una deuda privativa del partícipe, el acreedor no puede dirigirse contra bienes gananciales concretos demandando a todos los partícipes, sino que primero habrá de calificarse el débito y luego ejecutar en consonancia con esa calificación, debiendo de haber partido aquí el Centro Directivo de la presunción de privatividad de la deuda y de su consecuencia¹⁰³⁸.

El artículo 144.4.1 del Reglamento Hipotecario, en congruencia con la doctrina expuesta, impone, para la anotación de embargo cuando no figure en el Registro la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta, que conste que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos.

cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el encausado, haciéndolo constar así en el mandamiento».

¹⁰³⁷ RDGRN de 27 de enero de 2015 (BOE n.º 52, de 2 de marzo de 2015). *Vid.* también RRDGRN de 16 de enero de 2009 (RJ 2009\1083), 6 de noviembre de 2009 (RJ 2010\78), 11 de diciembre de 2013 (RJ 2013\8290) y 26 de marzo de 2014 (RJ 2014\2376).

¹⁰³⁸ RAGEL SÁNCHEZ, *El Régimen de Gananciales*, *cit.*, págs. 699-700.

En principio, la exigencia registral de interpelar conjuntamente a los cónyuges o sus herederos del artículo 144.4.1 cobra su significado más sustancial en los supuestos de anotación de la traba de bienes concretos de la masa patrimonial en liquidación por débitos gananciales, previos, por tanto, a la disolución social, o, incluso, postgananciales comunes, es decir, contraídos por todos los sujetos de la comunidad postganancial. Por el contrario, en la hipótesis de deudas privativas, contraídas por un cónyuge constante el matrimonio o, en todo caso, por uno o varios partícipes tras la extinción de la sociedad, podrá trabarse, una vez operada la disolución del consorcio, la cuota abstracta que le corresponde al deudor sobre el caudal indiviso, circunstancia en la cual únicamente habrá de accionarse contra aquel para poder anotar el embargo de la aludida cuota.

A juicio de MAS BADÍA, la demanda conjunta solo es exigible cuando se traban bienes gananciales concretos en ejecución de débitos posteriores a la disolución de la comunidad conyugal (o anteriores y privativos del deudor). Juzga esa autora que en estos casos la condena de un partícipe tan solo puede originar el embargo de su cuota abstracta en el *totum* ganancial, pero no la traba de bienes concretos, embargo este que exigiría la condena de todos los copartícipes en la comunidad postganancial, pero habida cuenta que la deuda posterior a la disolución es propia del deudor, solo el mismo podrá ser interpelado y condenado y, consecuentemente, el embargo (y la anotación) se contraerá a su cuota abstracta en la mencionada comunidad¹⁰³⁹.

En efecto, hemos de convenir que no será viable la anotación de embargo sobre bienes concretos comunes por débitos asumidos separadamente durante la fase de indivisión postganancial, los cuales, en defecto de base normativa que permita inferir lo contrario, en general, cualquiera que sea su orientación, son privativos del sujeto que los contrae. El copartícipe deudor responderá exclusivamente por la deuda así producida con su acervo privativo, que incluirá, evidentemente, su cuota abstracta en la masa común, perfectamente embargable, sin que el sujeto (o sujetos) no deudores estén legitimados pasivamente para soportar actuaciones judiciales, singularmente ejecutivas, tendentes a la exacción de ese débito, que le es ajeno. De este modo, *ex* artículo 144.4.1, no será posible anotar el embargo de bienes concretos integrantes del patrimonio en

¹⁰³⁹ MAS BADÍA, *La tercería de dominio ante el embargo...*, *cit.*, págs. 363-364. Si se trata de una deuda consorcial y anterior a la extinción de la sociedad, la cual no puede perjudicar al acreedor preexistente, considera esta autora (*ibíd.*, pág. 368) que el precepto debe flexibilizarse, estimándose suficiente la notificación al cónyuge no deudor.

liquidación por aquellas deudas postgananciales que no hayan sido asumidas por todos los comuneros.

En un sentido contrario, *ex* artículo 144.4.2 del Reglamento Hipotecario, de reflejarse en el Registro la liquidación social, el embargo podrá anotarse si el bien inmueble ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o del mandamiento deriva la responsabilidad del bien por el débito que motiva el embargo y consta la notificación de la traba al cónyuge titular antes del otorgamiento de aquella.

La exigencia del precepto comentado relativa a que en el mandamiento judicial conste la notificación del embargo al cónyuge titular antes del otorgamiento de la liquidación se valora como lógica, puesto que si la traba no fue notificada al cónyuge no deudor, titular registral de los bienes, no puede haber quedado debidamente determinada la naturaleza consorcial de la deuda¹⁰⁴⁰.

Si bien del tenor literal de la norma parece desprenderse que la misma viene a imponer incondicionalmente que conste la notificación del embargo al cónyuge no deudor con carácter previo a la liquidación societaria, es decir, tanto en el supuesto de deudas gananciales como privativas, lo cierto es que en el primer caso, advenida esa naturaleza consorcial del débito, la afección de los bienes comunes viene impuesta por el artículo 1401 en relación con el artículo 1317, deviniendo irrelevante el momento en que se practiquen el embargo y la notificación de este. Consiguientemente, la exigencia legal de la notificación previa al cónyuge titular registral habrá que reconducirla a la hipótesis de débitos privativos¹⁰⁴¹.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, pág. 305. No obstante, puntualiza esta autora que el hecho de que la notificación haya de ser anterior a la liquidación solo tiene sentido en la hipótesis de deudas privativas, pero no en cuanto a las gananciales, porque en este caso los bienes originariamente comunes responden siempre que el débito sea previo a la disolución, aun cuando el embargo y su notificación sean posteriores.

¹⁰⁴¹ YÁÑEZ VIVERO (en *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores...*, *cit.*, pág. 296) entiende que la exégesis gramatical del art. 144.4.2 RH ha de ser matizada, por cuanto que, con independencia de cuándo acontezca la notificación, si la deuda es común será suficiente con que conste este extremo y la pertinente responsabilidad del bien (art. 1401 CC) a los efectos de que el tracto quede respetado. Considera esta civilista que donde la regla registral, en su parte final, dice «y», debería decir «o», infiriendo que el requisito de la anterioridad de la notificación respecto de la liquidación solo tiene sentido si la deuda es privativa (art. 1373), pero no si la misma es ganancial. Alcanza idéntica conclusión sobre que el requerimiento de la notificación anterior a la liquidación ha de referirse a los débitos privativos MAS BADÍA (en *La tercería de dominio...*, *cit.*, pág. 305), quien dice que un precepto reglamentario no puede ir en contra de la responsabilidad de los bienes originalmente comunes por las deudas consorciales anteriores a la disolución, que dimana del Derecho sustantivo del CC.

Por su parte, la necesidad de que exista una previa declaración judicial de ganancialidad de la deuda, en juicio declarativo seguido contra ambos cónyuges, para poder anotar el embargo trabado sobre bienes, otrora gananciales, inscritos tras la liquidación de la sociedad a nombre del cónyuge no deudor adjudicatario se mantiene por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Parte el Centro Directivo de la inexistencia de una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas separadamente por los cónyuges vigente el consorcio, todo ello con la finalidad de soslayar la indefensión del titular registral y el menoscabo de su derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰⁴².

En concreto, en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de marzo de 2005 se ratifica la suspensión de la práctica de una anotación preventiva de embargo, ordenada en mandamiento emitido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, sobre bienes inmuebles inscritos, tras la liquidación del régimen consorcial y su sustitución por el de separación de bienes, como privativos de la esposa del responsable subsidiario (en su calidad de administrador de una mercantil) de una deuda tributaria generada vigente el consorcio. Reputa la resolución insuficiente para la anotación, de conformidad con la doctrina enunciada, la afirmación de la consorcialidad del débito en el procedimiento ejecutivo¹⁰⁴³.

6.2.5.3. Anotación de embargo sobre la vivienda habitual perteneciente a uno de los cónyuges

En relación con esta cuestión, el artículo 144.5 *ex* Reglamento Hipotecario declara que «*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*

¹⁰⁴² Cfr. RRDGRN de 4 de abril de 2003 (BOE n.º 106, de 3 de mayo de 2003), 17 de marzo de 2005 (RJ 2005\5485) y 5 de julio de 2007 (BOE n.º 182, de 31 de julio de 2007). *Vid.*, igualmente, SAP de A Coruña de 14 de enero de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:APC:2005:7).

¹⁰⁴³ RDGRN de 17 de marzo de 2005 (RJ 2005\5485). En esta línea, la RDGRN de 18 de julio de 2002 (RJ 2002\9319) reitera la inhabilidad de la declaración unilateral de ganancialidad en el expediente administrativo de apremio para anotar preventivamente el embargo acordado sobre un bien inmatriculado a nombre del consorte del deudor en virtud de adjudicación en la liquidación consorcial. Se requiere que la naturaleza común de la deuda se dilucide en un procedimiento en el que tendrá que ser parte necesariamente el citado cónyuge no deudor, intervención esta que no puede suplirse mediante la notificación de la existencia de la traba, pues la misma no satisface las exigencias del tracto sucesivo registral (art. 20 LH en relación con el art. 144 RH), acorde con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

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»¹⁰⁴⁴.

De acuerdo con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la anotación del embargo podrá rechazarse cuando del Registro resulte el carácter de vivienda habitual del bien trabado y no se acredite que el cónyuge no deudor tiene conocimiento adecuado de esa circunstancia, pero si ese carácter no consta registralmente no incumbe al Registrador la defensa de los intereses que pudieran menoscabarse en el procedimiento judicial¹⁰⁴⁵.

La prueba de que la finca embargada no tiene la condición de vivienda familiar incumbe al acreedor, constituyendo una prueba de difícil consecución, dado que es preciso destruir la presunción de destino a vivienda familiar que dimana de la mención registral, por lo que en la mayoría de los casos se verificará la exigencia del artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario y se notificará la traba al cónyuge del titular inscrito¹⁰⁴⁶.

En la citada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de julio de 2011 se alude a un supuesto en el que el Registrador suspendió la anotación preventiva de embargo sobre la tercera parte indivisa de una vivienda perteneciente, conforme reflejaba el Registro, por título hereditario a un deudor casado, cuyo carácter de vivienda habitual no constaba registralmente, porque del mandamiento no resultaba que el inmueble no fuera el habitual de la familia, ni que, subsidiariamente, se le hubiera notificado la traba al consorte no titular. El Centro Directivo estima el

¹⁰⁴⁴ La norma registral, en sede de régimen económico matrimonial primario, conecta con el art. 1320 CC, que prescribe que *«para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe»*.

Este artículo, según GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Gestión y responsabilidad...*, cit., págs. 495-496), atiende a la esfera interna de las relaciones económico-matrimoniales y de la misma no cabe derivar consecuencias en orden a la disciplina de las relaciones con terceros acreedores, salvo por lo que respecta a la referencia colateral a los efectos en cuanto a terceros de su apartado segundo. La buena fe del tercero es aquí, para GORDILLO CAÑAS (en «La protección de los terceros de buena fe...», cit., pág. 1136), el desconocimiento sin negligencia del carácter familiar de la vivienda, pudiendo producirse en relación con este extremo circunstancias de notoriedad o indicios de cognoscibilidad que descalifiquen esa buena fe, cuando el tercero alegue su desconocimiento y aquellas sean fácilmente cognoscibles.

Por otra parte, el consentimiento del cónyuge no titular para vender o disponer de otro modo, en opinión de LACRUZ (en *Elementos...*, IV, Vol. 1.º, cit., pág. 291), es un asentimiento cuando el cónyuge no es cotitular del bien que pretende enajenarse, no teniendo, en ese supuesto, quien asiente la condición de parte en el acto dispositivo; si el cónyuge que ha de consentir es cotitular existe codisposición.

¹⁰⁴⁵ RDGRN de 23 de julio de 2011 (BOE n.º 235, de 29 de septiembre de 2011).

¹⁰⁴⁶ RAGEL SÁNCHEZ, *El Régimen de Gananciales*, cit., pág. 570.

recurso y revoca la nota de calificación argumentando, entre otras razones, que la medida cautelar puede ser plenamente válida por no constituir el inmueble la vivienda familiar del cónyuge deudor, deviniendo más coherente con la precisa celeridad para soslayar actuaciones fraudulentas acceder a la anotación de embargo que rechazar la misma, lo que significa que, en coherencia con la finalidad de la garantía, en defecto de mención registral sobre aquella condición de la vivienda, se reputa prevalente la protección de los terceros acreedores frente a la posición del cónyuge que no contrae el débito. Concluye, en relación con este extremo, la resolución que *«en caso contrario quedarían subordinados los intereses del acreedor que acude a la protección registral a los intereses de quienes, aún gozando de tal posibilidad, no hacen constar en el Registro el carácter de vivienda habitual del inmueble de su titularidad»*¹⁰⁴⁷.

Aún vigente la versión anterior del artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario¹⁰⁴⁸, la Dirección General de los Registros y del Notariado ya mantenía la doctrina expuesta y propugnaba, de este modo, una exégesis del precepto que garantizara el respeto del principio de jerarquía y su armonización con las exigencias del ordenamiento jurídico. Sostenía, como ahora, que el Registrador no podía revisar la bondad intrínseca de la decisión judicial por la que se decretaba el embargo de la vivienda, debiendo, así, pasar por la misma, salvo que resultara de los libros registrales que el bien trabado era la vivienda habitual del deudor. En este supuesto procedería suspender el asiento de anotación en tanto se le acreditara que del procedimiento judicial se derivaba lo contrario o que se había realizado la notificación del embargo al cónyuge no deudor, en línea con lo normado en la actualidad¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁷ RDGRN de 23 de julio de 2011 (BOE n.º 235, de 29 de septiembre de 2011). Añade esta resolución que, aunque se rechazara la anotación, como quiera que el embargo está decretado, una vez consumado el apremio del bien trabado, no podría denegarse la inscripción a favor del adjudicatario por haberse omitido la notificación del embargo al cónyuge del deudor ejecutado si no figura en el Registro el carácter de vivienda habitual. Razona el Centro Directivo que en el art. 1320 no se exige manifestación específica al respecto, ni tampoco en el art. 91.1 RH, que impone ese deber solamente al disponente, figura esta que no concurre en la hipótesis de ejecución forzosa judicial.

¹⁰⁴⁸ El art. 144.5 RH, en su versión previa a la modificación operada por el RD 1867/1998, determinaba que *«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 sólo 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»*.

¹⁰⁴⁹ RDGRN de 29 de febrero de 2000 (RJ 2000\1091). Son también expresivas de esta tesis las RRDGRN de 9 de marzo de 2000 (RJ 2000\1100) y de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000\1083).

CONCLUSIONES

I

La disciplina vigente discierne ya formalmente entre responsabilidad interna y externa ganancial, conforme deriva de la confrontación reiterada de las nociones de *cargo y responsabilidad* y de las diferentes previsiones sobre reintegros. No obstante, la desagregación de responsabilidad consorcial interna o definitiva (artículos 1362, 1363, 1364, 1366 y 1371 del Código civil) y externa o directa (arts. 1365 a 1370) se difumina en la dinámica ordinaria de la sociedad de gananciales. Así, habida cuenta de la sustancial similitud de los preceptos nucleares que reglamentan ambas clases de responsabilidad (arts. 1362 y 1365), el débito ganancial producido separadamente por un cónyuge, es decir, el contraído dentro del ámbito de legitimación individual prefigurado legalmente para sujetar *erga omnes* el haber común (arts. 1365, 1366 y 1368 CC y 6 y ss. CCo), va a tener como secuela habitual la atribución del gasto dimanante de su exacción al pasivo ganancial definitivo. Esa correlación entre responsabilidad externa e interna es aún más flagrante en el caso de deudas comunes generadas en cualquier actuación conyugal conjunta o unilateral consentida expresamente (art. 1367).

Existe, por tanto, en estos supuestos normales en el tráfico social, más allá de la disociación legal de deuda ganancial y carga definitiva de la comunidad, una yuxtaposición de planos de afección, porque estamos ante hipótesis que, en atención a la naturaleza y finalidad del débito, suscitan liminar y simultáneamente la responsabilidad directa y definitiva del consorcio.

En consecuencia, juzgamos que la más genuina provisionalidad ganancial tendrá que redirigirse esencialmente a las situaciones en que acontece una quiebra de aquella conexión entre débito común y carga social. Esta ruptura se constata cuando la actuación conyugal autónoma (o conjunta) que origina la deuda no está orientada al interés de la sociedad conyugal, parámetro este inocuo, por lo demás, en la relación *ad extra*. Por consiguiente, carece de relevancia en la práctica aludir limitadamente a la responsabilidad provisional de la sociedad si nos encontramos en presencia de débitos consorciales cuyo abono, *ab initio*, habrá de adscribirse en definitiva a la masa común.

II

La condición ganancial del débito doméstico contraído por un cónyuge, *ex* artículo 1365.1.º, inciso primero, en relación con el artículo 1319 del Código civil, está subordinada a que la mencionada deuda tenga en apariencia por objeto la atención de *las necesidades ordinarias de la familia*, que son aquellas comunes, regulares y que se reiteran habitualmente en un ámbito doméstico concreto e individualizado, con arreglo a la costumbre del lugar donde resida la unidad familiar y a las circunstancias, sustancialmente económicas, de esta. La noción de potestad doméstica es más restringida en su alcance que la de cargas matrimoniales del artículo 1362.1.^a en tanto que, como dimana de la dicción literal del artículo 1319.1, no engloba los gastos extraordinarios.

La dualidad de roles de los cónyuges en el marco de la potestad doméstica, a la que el legislador hace referencia con la expresión *encomendadas a su cuidado*, por razones de elemental seguridad jurídica y en coherencia con la finalidad protectora de los derechos de los terceros que se vislumbra en la regla de responsabilidad del artículo 1319, carece de operatividad en la esfera externa. Aunque ese reparto funcional se refleje en capitulaciones que accedan al Registro Civil no se condiciona o restringe la legitimación conyugal indistinta para originar deudas domésticas consorciales, de índole imperativa. De este modo, resulta indiferente para los potenciales acreedores cuál sea la singular configuración competencial interna de los cónyuges para la atención de las necesidades familiares, debiendo resolverse en la relación intraconyugal cualquier eventual actuación extralimitada.

III

El artículo 1368 del Código civil confiere una legitimación indistinta a los cónyuges separados de hecho para asumir débitos domésticos gananciales en la atención de los *gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos* que constituyan una carga de la comunidad, legitimación que, en consecuencia, no se halla condicionada a que los hijos estén a cargo o en la compañía del cónyuge deudor. En la situación de separación fáctica contemplada, cualquiera de los cónyuges está habilitado para comprometer frente a terceros directamente el acervo común por los gastos en que haya

incurrido para subvenir a las necesidades, incluso extraordinarias, de los hijos comunes o de uno solo de los partícipes, convivan o no en el hogar familiar.

Esta pervivencia de la facultad individual de cualquiera de los cónyuges de endeudar *ad extra* la masa común (y supletoriamente, con la excepción del artículo 102.2 del Código civil, el caudal propio del cónyuge no deudor *ex* artículo 1319.2) por las obligaciones formalmente generadas al amparo del artículo 1368 es coherente con la circunstancia de que la sociedad de gananciales continúa plenamente activa, al menos en la relación *erga omnes*, en esa coyuntura de crisis. De esta forma, el régimen de responsabilidad externa del consorcio no resulta mutado, en detrimento de terceros de buena fe, por una separación de hecho no publicitada registralmente, por lo que la legitimación individual de los partícipes para contraer deudas domésticas ya existiría según el artículo 1365.1.º, inciso primero, en relación con el artículo 1319.

De hallarnos ante una tesitura de separación de hecho dilatada y con trascendencia disolutoria, eficaz externamente, por su acceso al Registro o por probarse cumplidamente su conocimiento por los terceros, no cabrá que estos se amparen en la apariencia de consorcialidad de los débitos domésticos originados por los cónyuges, relativos a los hijos, para pretender la aplicación de las reglas de responsabilidad directa de una sociedad ganancial no vigente. Tales deudas (propia mente postgananciales) serán privativas del cónyuge deudor, en tanto en cuanto la potestad doméstica no subsiste por definición cuando falta toda noción de familia matrimonial y de comunidad de vida.

IV

La regla de la cogestión en el régimen ganancial tiene naturaleza supletoria, debiendo rechazarse, subsiguientemente, que las diversas previsiones relativas a la administración de la comunidad conyugal constituyan en su generalidad Derecho imperativo. Ello emana con rotundidad de la dicción literal del primer inciso del artículo 1375 del Código civil (*en defecto de pacto en capitulaciones*), a la sazón disposición inicial de esa regulación. La citada mención legal, desde esa privilegiada atalaya normativa, preside y condiciona el contenido de la sección correspondiente del Código. Partiendo de esta premisa, la conclusión preliminar no puede ser otra que la plena admisibilidad de las convenciones capitulares por las que los cónyuges establezcan una

gestión conjunta del patrimonio común o atribuyan a cualquiera de ellos la gestión y disposición de bienes gananciales con carácter solidario o exclusivo, supuesto este expresamente contemplado en el artículo 1365.1.º, inciso segundo.

Esas estipulaciones que estatuyen la gestión y disposición solidaria o exclusiva, inmodificables separadamente, no pugnan con la igualdad de derechos de los cónyuges (art. 1328 *in fine*), sino que, antes bien, presupuesta la misma, se conciertan en el ejercicio de la libertad de pactos de aquellos. Una vez que las enunciadas convenciones gocen de la pertinente publicidad registral (art. 1333 CC), serán oponibles a terceros de buena fe y traerán como consecuencia ineludible la responsabilidad directa del activo consorcial por los actos de gestión o dispositivos sobre el acervo común ejecutados, según lo acordado, por el cónyuge convencionalmente designado como gestor o disponente.

En todo caso, obviamente, los pactos capitulares por los que se estipula la gestión exclusiva o solidaria de los bienes de la sociedad, dada la connotación imperativa de la norma de responsabilidad, no podrán restringir, en perjuicio de los acreedores, la garantía patrimonial connatural a los débitos gananciales nacidos en este ámbito. Contrariamente, sí cabrá que incluyan nuevas hipótesis de ganancialidad pasiva por la actuación separada o, en fin, que afecten solidaria o subsidiariamente la masa privativa del consorte no deudor por las deudas del cónyuge gestor.

V

Los débitos mercantiles generados por el cónyuge comerciante serán genuinamente privativos cuando se contraigan fuera del marco de la específica actividad mercantil desarrollada por el deudor, respondiendo por estas deudas, que se regirán por la normativa sustantiva civil, como es usual, *ex* artículo 1373, el caudal propio de quien asume la deuda y, subsidiariamente, los bienes comunes.

Una segunda clase de deudas producidas por el cónyuge que ejerce el comercio son los débitos mercantiles privativos con garantía patrimonial ganancial limitada, expresamente contemplados en el inciso primero del artículo 6 del Código de comercio. Se trata de una categoría híbrida o *tertium genus* entre las deudas comerciales privativas en sentido estricto y las mercantiles consorciales, en la que se comprenden los débitos contraídos por el cónyuge comerciante en el ejercicio de su actividad comercial cuando

no concurre el consentimiento expreso o presunto de su consorte para la vinculación del *totum* ganancial a las resultas del ejercicio del comercio por el primero (arts. 7 y 8 *ex* CCo). En este tipo de deudas mercantiles, que no cabe calificar propiamente como gananciales porque no sujetan *erga omnes* el haber común íntegro y, asimismo, esta catalogación frustraría por definición una eventual aplicación del artículo 1373, se comprometerán frente a terceros *solidariamente* los bienes propios del deudor y los comunes adquiridos como fruto de esa actividad mercantil o *resultas*. Existe, además, en consonancia con la aducida cualidad de débito privativo que se mantiene, una responsabilidad subsidiaria del activo consorcial ante la carencia o insuficiencia de bienes propios y *resultas* o subrogados.

Por último, de concurrir el consentimiento expreso o tácito del cónyuge del comerciante legalmente requerido para la afección directa de los demás bienes comunes (excluidas las *resultas* y subrogados) como consecuencia de la actividad mercantil del comerciante, estaremos en presencia del débito mercantil ganancial arquetípico (artículo 6, inciso segundo, del Código de comercio). Esa circunstancia habrá de ser acreditada por los acreedores *ex commercio*. La deuda común, por lo tanto, surge aquí de la voluntad y suscitará la sujeción indistinta *ad extra* del patrimonio privativo del deudor y de la totalidad de los elementos del activo de la sociedad.

VI

La libre separación fáctica de los cónyuges temporalmente dilatada y reveladora de la voluntad de los mismos de quebrar irreversiblemente la relación conyugal producirá, *de facto*, materialmente, sin necesidad del oportuno pronunciamiento judicial, y en contra de lo prescrito en el artículo 1393.3.º, la extinción de la comunidad ganancial (por todas, STS de 6 de mayo de 2015), si bien esta solo tendrá eficacia en la relación interna, impidiendo, desde el inicio del período de ruptura de la convivencia, la comunicabilidad de ganancias entre los cónyuges. En la relación *ad extra*, por exigencias de la seguridad del tráfico, en tanto que esa disolución, no avalada judicialmente, ni expresamente convenida, no cuente con la publicidad registral idónea, permanecerá incólume el régimen de responsabilidad externa de la sociedad legal.

Por consiguiente, salvo que, excepcionalmente, la situación de separación de hecho prolongada conste registralmente, sea puesta de manifiesto formalmente en el

momento de la contratación o, en su caso, se adviere por cualquier medio admitido en Derecho el conocimiento de aquella, los terceros acreedores no han de verse perjudicados por un aspecto que objetivamente les es ajeno, en la medida en que gravita ordinariamente en la órbita intraconyugal. En atención a ello, la deuda contraída por el cónyuge en esa singular hipótesis de separación deberá de catalogarse como consorcial si en apariencia cabe subsumirla en alguna de las normas que disponen la afección externa de la sociedad de gananciales, las cuales son aplicables en su integridad dada la inoponibilidad de la extinción y la pervivencia frente a terceros de buena fe de la comunidad. En este supuesto pueden agredirse directamente por el acreedor para la exacción de su crédito el haber privativo del deudor y el activo común previo a la cesación de la convivencia, así como los frutos de esta masa ganancial producidos tras la separación y los bienes subrogados.

VII

Ab initio, el artículo 1366 del Código civil parece unificar las nociones de deuda ganancial y carga definitiva cuando se trata de obligaciones extracontractuales contraídas por un cónyuge en alguna de las actuaciones predeterminadas en el precepto. No obstante, entendemos que la excepción contenida *in fine* en la disposición aludida ha de operar exclusivamente en la relación interna o cargo y producir el limitado efecto de excluir la adscripción al pasivo ganancial definitivo del gasto derivado del débito extracontractual. De este modo, la conducta dolosa o gravemente negligente del cónyuge deudor, difícilmente aprehensible en múltiples ocasiones, ejecutada dentro del marco delimitado en la norma, generará indefectiblemente una deuda consorcial, sin perjuicio del pertinente reembolso a favor de la comunidad en fase de contribución de haberse satisfecho el débito en cuestión a costa del acervo común, configurándose, en este caso, una genuina responsabilidad meramente provisional y directa del consorcio.

La posición restrictiva que se defiende, expresamente admitida en resoluciones del Tribunal Supremo (SSTS de 25 de septiembre de 1999 y de 25 de octubre de 2005), *ex* artículo 3.1 del Código civil, se juzga necesaria para obviar resultados incongruentes o ilógicos en el sistema ganancial, toda vez que, de seguirse la tesis mecanicista o literal y propugnar la ambivalencia de la excepción (en los planos interno y externo), se vaciaría de contenido en gran medida la regla de responsabilidad externa recogida en el artículo 1366, señaladamente en supuestos de mayor gravedad o ilicitud. Con semejante

exégesis, de la que discrepamos, el *dolo o culpa grave* del deudor implicarían una drástica minoración de la garantía patrimonial de los terceros al negarse, de forma escasamente comprensible, la ganancialidad de los débitos contraídos en numerosas hipótesis cualitativamente graves de responsabilidad civil extracontractual, de las deudas indemnizatorias *ex delicto* y de obligaciones legales vinculadas a una actuación dolosa o gravemente culposa del cónyuge deudor.

VIII

Con independencia de la ganancialidad *ex lege* de ciertas deudas tributarias contraídas por cualquiera de los cónyuges, para ponderar el compromiso *ad extra*, frente a la Administración Tributaria, del activo común por otros débitos de naturaleza fiscal imputables a un cónyuge habrá que atender *prima facie* al hecho imponible del tributo respectivo y resolver sobre la cualidad consorcial de la deuda teniendo en cuenta las reglas del artículo 1365 y no el artículo 1366. Esta posición se justifica, entre otras razones ya expresadas, porque, no obstante la etiología extracontractual del debito fiscal, de colegirse la aplicabilidad en este supuesto del artículo 1366 y propugnarse la proyección de la excepción legal en la órbita externa, se produciría la inconsecuencia de que una actuación dolosa o gravemente culposa del cónyuge que no abona determinados tributos o incurre en otras irregularidades tributarias excluiría de inicio la condición común de la deuda y una posible ejecución directa del acervo ganancial. Por otra parte, si nos encontramos ante un tributo conectado a la actividad profesional o comercial de un cónyuge (por ej., el Impuesto sobre el Valor Añadido), devendría de difícil intelección otorgarle un tratamiento jurídico no homogéneo al débito tributario derivado de aquella (art. 1366) y al resto de deudas surgidas en el ámbito de las referidas actividades conyugales (arts. 1365.2.º, inciso primero, CC y 6 y ss. CCo).

Igualmente, el juego de la excepción legal contenida en el artículo 1366 limitadamente en el plano interno o *cargo* del consorcio supondrá que la deuda indemnizatoria dimanante del delito individualmente perpetrado (necesariamente con dolo o imprudencia grave o menos grave), formalmente, dentro del marco de aquel precepto sea ganancial. De hacerse efectiva la misma sobre el patrimonio común, el cónyuge autor del ilícito penal habrá de reembolsar a la comunidad, en fase liquidatoria, el importe actualizado de la cantidad satisfecha *ex artículo 1397.3.º*, integrando esta hipótesis un supuesto de afección provisional y *erga omnes* de la sociedad conyugal.

IX

Particularmente, el régimen de responsabilidad por deudas propias de los cónyuges en el ámbito de la sociedad de gananciales, concretado en el artículo 1373, es claramente insatisfactorio y se presenta lastrado por esa atávica y anacrónica adscripción del consorcio a la categoría de la comunidad germánica. Ese pretérito planteamiento sobre la naturaleza jurídica de la institución cercena de raíz la posibilidad de que los potenciales acreedores privativos de los cónyuges traben y ejecuten, directa o subsidiariamente, constante la sociedad, la *cuota* de estos en los bienes comunes, en tanto que su titularidad se proyecta globalmente sobre el conjunto de la masa ganancial. Este posicionamiento teórico, si el consorte del deudor ejercita el derecho de opción legalmente previsto de embargarse acervo ganancial por inexistencia o insuficiencia de caudal privativo del deudor, aboca a la liquidación de la sociedad a efectos de individualizar la parte realizable de este en la comunidad, con suspensión de la ejecución respecto de los bienes comunes (art. 541.3 *in fine* LEC).

De lege ferenda, sería deseable que se reformara el régimen de afección por deudas privativas de los cónyuges en sede ganancial, de manera que se soslayara la liquidación de la comunidad (por la exclusiva iniciativa del consorte no deudor) en caso de seguirse la ejecución por débitos propios de un cónyuge y trabarse bienes gananciales por resultar insuficiente para su exacción el haber del deudor. Para ello convendría abandonar, con los matices que procedan, por fin, la tesis de la comunidad en mano común y colegir que los cónyuges ostentan la titularidad de una porción indivisa en cada uno de los bienes comunes, o facultar la agresión subsidiaria de una determinada parte del activo ganancial por deudas privativas, o, incluso, permitir la realización de la masa social hasta el valor que represente la cuota del cónyuge obligado, configurando, en esta hipótesis, sin que ello comporte la disolución de la sociedad, algún mecanismo incidental ágil para fijar aquel *quantum*.

X

Los débitos asumidos autónomamente por los sujetos de la comunidad postganancial (cónyuges, excónyuges o herederos) gozarán de la cualidad de privativos y comprometerán frente a terceros, exclusivamente, con arreglo al artículo 1911 del Código civil, los bienes propios del partícipe deudor, incluida la cuota abstracta que

pertenece al mismo sobre el conjunto de la masa indivisa postganancial. Este criterio general se excepciona en el caso de deudas domésticas contraídas de modo individual por los cónyuges tras una disolución societaria eficaz externamente y no originada por su separación legal o fáctica, las cuales siguen afectando directamente bienes comunes y supletoriamente los del otro consorte *ex* artículo 1319.2. No existe, así, en el régimen ganancial precepto alguno que expresamente consagre la vinculación del acervo en liquidación por la actuación disyunta de los comuneros. Por ello, la afección *ad extra* del antiguo *totum* ganancial por deudas nacidas con carácter ulterior a la extinción de la sociedad conyugal (postgananciales) habrá de provenir de una actuación conjunta de todos los sujetos de la comunidad (o ejecutada por uno o varios con el consentimiento expreso de los restantes).

Los acreedores de cualquiera de los partícipes en la comunidad postganancial por débitos que surjan después de una disolución social dotada de eficacia *erga omnes* no podrán invocar las reglas de responsabilidad del consorcio para pretender la traba y realización del activo común en liquidación. Esta masa, por su naturaleza y destino, forzosamente, se rige por un régimen normativo diferente, deviniendo inaplicable el artículo 1373 y por extensión la responsabilidad subsidiaria del caudal común prevista en él una vez extinguida la sociedad, dado que ese precepto presupone la existencia de una sociedad de gananciales vigente (STS de 20 de noviembre de 1991).

XI

De conformidad con lo prescrito en el artículo 541.2, inciso tercero, de la norma procesal civil, si el cónyuge no deudor esgrime en trámite de oposición que los bienes gananciales no deben responder por la deuda por la que se despachó ejecución, el ejecutante, en congruencia con la inexistencia de una presunción de ganancialidad pasiva, habrá de advenir que, al menos aparentemente, el débito se contrajo por el deudor ejecutado en una actuación verificada dentro del marco de legitimación individual previsto legalmente para afectar *ad extra* el consorcio (arts. 1365, 1366 y 1368 CC y 6 y ss. CCo). El auto que resuelva sobre la naturaleza de la deuda no podrá, evidentemente, acoger planteamientos basados en la aplicabilidad de los criterios de responsabilidad interna de la comunidad.

De esta manera, el legislador procesal ha dispuesto expresamente que se alegue y dictamine sobre la condición ganancial o privativa de la deuda separadamente producida objeto de ejecución con ocasión de la oposición que eventualmente suscite el cónyuge que no contrae el débito. Coherentemente con ello, para que pueda tramitarse la ejecutoria por un débito ganancial por el cauce del artículo 541.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no resulta exigible que la cualidad de deuda común se declare en un proceso judicial precedente, el cual, en su caso, habría de entenderse imperativamente contra ambos cónyuges, cuando, en principio, únicamente el deudor estaría legitimado pasivamente en tal causa.

RELACIÓN DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 135/1986, de 31 de octubre de 1986 (BOE n.º 276, de 18 de noviembre de 1986)

STC 36/2000, de 14 de febrero de 2000 (BOE n.º 66, de 17 de marzo de 2000)

STC 85/2006, de 27 de marzo de 2006 (BOE n.º 106, de 4 de mayo de 2006)

TRIBUNAL SUPREMO

STS, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 1900 (CL, Jurisprudencia Civil, T. VII, Vol. I de 1900, págs. 591 y ss.)

STS, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 1905 (CL, Jurisprudencia Civil, T. XX, Vol. III de 1905, págs. 381 y ss.)

STS, Sala de lo Civil, de 9 de noviembre de 1957 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1957:1449)

STS, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 1958 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1958:24)

STS, Sala de lo Civil, de 4 de diciembre de 1958 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1958:1584)

STS, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 1959 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1959:1007)

STS, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 1959 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1959:1462)

STS, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 1960 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1960:256)

STS, Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 1961 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1961:43)

STS, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 1963 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1963:68)

STS, Sala de lo Civil, de 28 de junio de 1963 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1963:2814)

STS, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 1964 (RJ 1964\629)

STS, Sala de lo Civil, de 13 de marzo de 1964 (RJ 1964\1386)

STS, Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 1964 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1964:4395)

STS, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 1964 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1964:118)

STS, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 1965 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1965:41)

STS, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 1965 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1965:793)

STS, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 1965 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1965:160)

STS, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1965 (RJ 1965\5812)

STS, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 1966 (RJ 1966\3440)

STS, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 1968 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1968:2099)

STS, Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 1969 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1969:93)

STS, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 1971 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1971:1123)

STS, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 1972 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1972:2312)

STS, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 1972 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1972:39)

STS, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 1972 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1972:219)

STS, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 1973 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1973:244)

STS, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 1974 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1974:2657)

STS, Sala de lo Civil, de 16 de junio de 1978 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1978:4228)

STS, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 1978 (RJ 1978\4057)

STS, Sala de lo Civil, de 26 de febrero de 1979 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1979:4824)

STS, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 1979 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1979:89)

STS, Sala de lo Civil, de 6 de octubre de 1980 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1980:97)

STS, Sala de lo Civil, de 10 de abril de 1981 (RJ 1981\1533)

STS, Sala de lo Civil, de 3 de julio de 1981 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1981:4978)

STS, Sala de lo Civil, de 30 de diciembre de 1981 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1981:175)

STS, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 1984 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1984:297)

STS, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 1984 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1984:1272)

STS, Sala de lo Civil, de 15 de febrero de 1985 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1985:2039)

STS, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 1985 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1985:1506)

STS, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 1985 (RJ 1985\4631)

STS, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 1985 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1985:1684)

STS, Sala de lo Civil, de 13 de junio de 1986 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1986:8091)

STS, Sala de lo Civil, de 13 de junio de 1986 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1986:3292)

STS, Sala de lo Civil, de 24 de noviembre de 1986 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1986:6491)

STS, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 1987 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1987:302)

STS, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 1987 (RJ 1987\701)

STS, Sala de lo Civil, de 30 de marzo de 1987 (RJ 1987\1839)

STS, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 1987 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1987:8728)

STS, Sala de lo Civil, de 29 de diciembre de 1987 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1987:8422)

STS, Sala de lo Civil, de 21 de marzo de 1988 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1988:16913)

STS, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 1988 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1988:9971)

STS, Sala de lo Civil, de 28 de abril de 1988 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1988:3084)

STS, Sala de lo Civil, de 6 de junio de 1988 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1988:4293)

STS, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 1988 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1988:5510)

STS, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 1988 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1988:6493)

STS, Sala de lo Civil, de 18 de noviembre de 1988 (RJ 1988\8609)

STS, Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 1989 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1989:8937)

STS, Sala de lo Civil, de 20 de marzo de 1989 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1989:2064)

STS, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 1989 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1989:15478)

STS, Sala de lo Civil, de 6 de diciembre de 1989 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1989:9800)

STS, Sala de lo Civil, de 25 de enero de 1990 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1990:16318)

STS, Sala de lo Civil, de 16 de febrero de 1990 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1990:1367)

STS, Sala de lo Civil, de 2 de abril de 1990 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1990:3035)

STS, Sala de lo Civil, de 2 de julio de 1990 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1990:11129)

STS, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 1990 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1990:10980)

STS, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 1991 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1991:6444)

STS, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 1992 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1992:1177)

STS, Sala de lo Civil, de 19 de febrero de 1992 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1992:12628)

STS, Sala de lo Civil, de 8 de abril de 1992 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1992:3044)

STS, Sala de lo Civil, de 25 de mayo de 1992 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1992:4188)

STS, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 1992 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1992:5163)

STS, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 1992 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1992:9312)

STS, Sala de lo Civil, de 23 de diciembre de 1992 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1992:18457)

STS, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 1993 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1993:17606)

STS, Sala de lo Civil, de 18 de junio de 1993 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1993:4247)

STS, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 1993 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1993:5588)

STS, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 1993 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1993:5696)

STS, Sala de lo Civil, de 26 de julio de 1993 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1993:5750)

STS, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 1993 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1993:6334)

STS, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1993:6585)

STS, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 1994 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1994:1150)

STS, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 1994 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1994:1453)

STS, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 1994 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1994:3022)

STS, Sala de lo Civil, de 9 de junio de 1994 (RJ 1994\6724)

STS, Sala de lo Civil, de 26 de julio de 1994 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1994:5728)

STS, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 1994 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1994:7745)

STS, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 1995 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1995:395)

STS, Sala de lo Civil, de 8 de marzo de 1995 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1995:10242)

STS, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 1995 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1995:1358)

STS, Sala de lo Civil, de 18 de marzo de 1995 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1995:1635)

STS, Sala de lo Civil, de 19 de junio de 1995 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1995:11058)

STS, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 1995 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1995:3651)

STS, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 1996 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1996:1440)

STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 8 de noviembre de 1996 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1996:6198)

STS, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 1996 (RJ 1996\8588)

STS, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 1997 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1997:445)

STS, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 1997 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1997:2817)

STS, Sala de lo Civil, de 8 de julio de 1997 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1997:4866)

STS, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 1997 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1997:5107)

STS, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 1997 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1997:5108)

STS, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 1997 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1997:6665)

STS, Sala de lo Civil, de 19 de diciembre de 1997 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1997:7874)

STS, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 1998 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1998:209)

STS, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 1998 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1998:438)

STS, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 1998 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1998:1722)

STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 30 de abril de 1998 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1998:2779)

STS, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 1998 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1998:4654)

STS, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 1998 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1998:7768)

STS, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:42)

STS, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:677)

STS, Sala de lo Civil, de 6 de marzo de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:1537)

STS, Sala de lo Civil, de 27 de marzo de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:2151)

STS, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:2749)

STS, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:4779)

STS, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:5802)

STS, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:6295)

STS, Sala de lo Civil, de 30 de diciembre de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:TS:1999:8558)

STS, Sala de lo Civil, de 27 de marzo de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2000:2428)

STS, Sala de lo Civil, de 5 de mayo de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2000:3692)

STS, Sala de lo Civil, de 11 de mayo de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2000:3883)

STS, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2000:5665)

STS, Sala de lo Civil, de 1 de septiembre de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2000:6367)

STS, Sala de lo Civil, de 14 de noviembre de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2000:8276)

STS, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2000:8428)

STS, Sala de lo Civil, de 4 de diciembre de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2000:8881)

STS, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2001:808)

STS, Sala de lo Civil, de 18 de abril de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2001:3180)

STS, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2001:6560)

STS, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2001:7175)

STS, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2001:7301)

STS, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2001:8185)

STS, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 2002 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2002:1848)

STS, Sala de lo Civil, de 4 de diciembre de 2002 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2002:8139)

STS, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 2003 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2003:773)

STS, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 2003 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2003:2566)

STS, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 2003 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2003:4201)

STS, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 2003 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2003:5214)

STS, Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2004:2242)

STS, Sala de lo Civil, de 3 de noviembre de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2004:7073)

STS, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2004:7148)

STS, Sala de lo Civil, de 23 de diciembre de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2004:8406)

STS, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:839)

STS, Sala de lo Civil, de 21 de junio de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:4023)

STS, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:4636)

STS, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:4774)

STS, Sala de lo Civil, de 15 de julio de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:4843)

STS, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:4880)

STS, Sala de lo Civil, de 25 de octubre de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:6469)

STS, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2005:6761)

STS, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2006 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2006:1468)

STS, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2006 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2006:3709)

STS, Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2006 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2006:3722)

STS, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2006 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2006:4572)

STS, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2007 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2007:1038)

STS, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 2007 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2007:1179)

STS, Sala de lo Civil, de 17 de mayo de 2007 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2007:3242)

STS, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 2007 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2007:5984)

STS, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 2007 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2007:6160)

STS, Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 2007 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2007:6937)

STS, Sala de lo Civil, de 25 de enero de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2008:211)

STS, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2008:1704)

STS, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2008:994)

STS, Sala de lo Civil, de 28 de julio de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2008:4838)

STS, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2008:5541)

STS, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2008:7100)

STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 18 de febrero de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2009:1329)

STS, Sala de lo Civil, de 3 de abril de 2009 (RJ 2009\2806)

STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 20 de mayo de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2009:3767)

STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 5 de mayo de 2011
(Cendoj-ECLI:ES:TS:2011:3619)

STS, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2012:1581)

STS, Sala de lo Civil, de 16 de abril de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2012:3072)

STS, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 2013 (RJ 2013\3495)

STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 26 de junio de 2013
(Cendoj-ECLI:ES:TS:2013:3644)

STS, Sala de lo Civil, de 22 de octubre de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2013:5023)

STS, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2014:494)

STS, Sala de lo Civil, de 19 de febrero de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2014:638)

STS, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2014:3175)

STS, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2015:2755)

STS, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2015:2059)

STS, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2015:5414)

STS, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2016:318)

STS, Sala de lo Civil, de 18 de marzo de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2016:1161)

STS, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2018 (Cendoj-ECLI:ES:TS:2018:55)

AUDIENCIA NACIONAL

SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 3 de julio de 2003
(Cendoj-ECLI:ES:AN:2003:876)

SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 14 de marzo de 2011
(Cendoj-ECLI:ES:AN:2011:1496)

SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 16 de diciembre de 2013
(Cendoj-ECLI:ES:AN:2013:5358)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 10 de mayo de 1997 (RJ 1997\4467)

STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 27 de diciembre de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:TSJAND:2001:18325)

STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 6 de noviembre de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:TSJAS:2009:4791)

STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 1 de junio de 2011 (JUR 2011\300255)

STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 13 de febrero de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:TSJAND:2014:7331)

STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 13 de junio de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:TSJCL:2014:2673)

STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 2 de julio de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:TSJGAL:2014:6504)

STSJ de Extremadura, Sala de lo Civil y Penal, de 5 de noviembre de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:TSJEXT:2015:1309)

STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 3 de febrero de 2017 (Cendoj-ECLI:ES:TSJCL:2017:855)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Asturias de 4 de marzo de 1993 (LA LEY 1111/1993)

SAP de Castellón de 3 de febrero de 1999 (AC 1999\441)

SAP de Valencia de 10 de febrero de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:APV:1999:792)

SAP de Asturias de 19 de mayo de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:APO:1999:2029)

SAP de León de 29 de julio de 1999 (Cendoj-ECLI:ES:APLE:1999:736)

SAP de Sevilla de 2 de febrero de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:APSE:2000:405)

SAP de Madrid de 28 de marzo de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2000:4806)

SAP de Málaga de 30 de junio de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:APMA:2000:2846)

SAP de Badajoz de 18 de septiembre de 2000 (Cendoj-ECLI:ES:APBA:2000:1149)

SAP de Cantabria de 6 de febrero de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:APS:2001:345)

SAP de Bizkaia de 18 de mayo de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:APBI:2001:2308)

SAP de Valencia de 17 de noviembre de 2001 (Cendoj-ECLI:ES:APV:2001:6376)

SAP de Valencia de 21 de enero de 2002 (Cendoj-ECLI:ES:APV:2002:255)

SAP de Pontevedra de 10 de junio de 2002 (Cendoj-ECLI:ES:APPO:2002:1960)

SAP de Ciudad Real de 29 de julio de 2002 (Cendoj-ECLI:ES:APCR:2002:1068)

SAP de Guadalajara de 26 de septiembre de 2002 (Cendoj-ECLI:ES:APGU:2002:438)

SAP de Pontevedra de 30 de octubre de 2002 (Cendoj-ECLI:ES:APPO:2002:3544)

SAP de Valencia de 3 de abril de 2003 (TOL278.241)

SAP de Asturias de 21 de julio de 2003 (Cendoj-ECLI:ES:APO:2003:2903)

SAP de Burgos de 2 de septiembre de 2003 (Cendoj-ECLI:ES:APBU:2003:978)

SAP de Madrid de 14 de junio de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2004:8802)

SAP de Sevilla de 23 de junio de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:APSE:2004:2616)

SAP de Guadalajara de 30 de junio de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:APGU:2004:277)

SAP de Madrid de 5 de octubre de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2004:12689)

SAP de Huelva de 8 de noviembre de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:APH:2004:1033)

SAP de A Coruña de 14 de enero de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:APC:2005:7)

SAP de Madrid de 18 de enero de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2005:392)

SAP de Murcia de 15 de febrero de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:APMU:2005:373)

SAP de Madrid de 14 de abril de 2005 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2005:4219)

SAP de Madrid de 5 de diciembre de 2005 (LA LEY 253520/2005)

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 19 de junio de 2006 (Cendoj-ECLI:ES:APTF:2006:1516)

SAP de Burgos de 30 de junio de 2006 (Cendoj-ECLI:ES:APBU:2006:648)

SAP de Madrid de 25 de octubre de 2006 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2006:17571)

SAP de Madrid de 14 de noviembre de 2006 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2006:14100)
SAP de A Coruña de 16 de noviembre de 2006 (Cendoj-ECLI:ES:APC:2006:3353)
SAP de Madrid de 17 de enero de 2007 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2007:1026)
SAP de Pontevedra de 5 de julio de 2007 (Cendoj-ECLI:ES:APPO:2007:1751)
SAP de Sevilla de 12 de diciembre de 2007 (Cendoj-ECLI:ES:APSE:2007:3915)
SAP de Madrid de 8 de julio de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2008:10550)
SAP de A Coruña de 12 de diciembre de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:APC:2008:3635)
SAP de Murcia de 16 de diciembre de 2008 (TOL1.633.680)
SAP de Madrid de 14 de enero de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2009:584)
SAP de Madrid de 16 de enero de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2009:1730)
SAP de Ávila de 27 de marzo de 2009 (TOL1.511.896)
SAP de Salamanca de 31 de marzo de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:APSA:2009:115)
SAP de Cádiz de 3 de julio de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:APCA:2009:938)
SAP de Asturias de 15 de octubre de 2009 (TOL1.745.853)
SAP de Granada de 16 de octubre de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:APGR:2009:1742)
SAP de León de 20 de enero de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APLE:2010:126)
SAP de Guadalajara de 3 de marzo de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APGU:2010:47)
SAP de Barcelona de 15 de marzo de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APB:2010:2900)
SAP de Les Illes Balears de 4 de junio de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APIB:2010:1288)
SAP de Huelva de 9 de septiembre de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APH:2010:1450)
SAP de Madrid de 24 de septiembre de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2010:15644)
SAP de Álava de 29 de septiembre de 2010 (TOL1.997.833)
SAP de Pontevedra de 14 de octubre de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APPO:2010:2447)
SAP de Jaén de 9 de diciembre de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APJ:2010:1470)
SAP de A Coruña de 8 de febrero de 2011 (Cendoj-ECLI:ES:APC:2011:218)
SAP de Castellón de 23 de febrero de 2011 (JUR 2011\192457)

SAP de Madrid de 27 de abril de 2011 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2011:5591)

SAP de León de 27 de abril de 2011 (Cendoj-ECLI:ES:APLE:2011:680)

SAP de Murcia de 10 de junio de 2011 (Cendoj-ECLI:ES:APMU:2011:1457)

SAP de Madrid de 13 de septiembre de 2011 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2011:13419)

SAP de Murcia de 14 de octubre de 2011 (Cendoj-ECLI:ES:APMU:2011:2221)

SAP de León de 16 de noviembre de 2011 (Cendoj-ECLI:ES:APLE:2011:1290)

SAP de Valencia de 21 de diciembre de 2011 (Cendoj-ECLI:ES:APV:2011:7066)

SAP de Ávila de 17 de enero de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APAV:2012:13)

SAP de León de 30 de enero de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APLE:2012:172)

SAP de Burgos de 27 de marzo de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APBU:2012:330)

SAP de Madrid de 23 de mayo de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2012:8488)

SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 29 de mayo de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APGC:2012:1358)

SAP de Málaga de 31 de mayo de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APMA:2012:1199)

SAP de Córdoba de 12 de junio de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APCO:2012:1524)

SAP de Salamanca de 26 de julio de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APSA:2012:450)

SAP de Jaén de 25 de septiembre de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APJ:2012:621)

SAP de León de 26 de octubre de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APLE:2012:1326)

SAP de Murcia de 31 de enero de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:APMU:2013:276)

SAP de Pontevedra de 4 de febrero de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:APPO:2013:274)

SAP de Álava de 22 de febrero de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:APVI:2013:515)

SAP de Palencia de 14 de marzo de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:APP:2013:101)

SAP de Granada de 10 de mayo de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:APGR:2013:571)

SAP de Valencia de 1 de julio de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:APV:2013:3779)

SAP de Valencia de 18 de octubre de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:APV:2013:4809)

SAP de Asturias de 29 de noviembre de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:APO:2013:3466)

SAP de Gipuzkoa de 16 de diciembre de 2013 (Cendoj-ECLI:ES:APSS:2013:1192)

SAP de Cuenca de 18 de marzo de 2014 (TOL4.184.205)

SAP de Almería de 19 de marzo de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:APAL:2014:182)

SAP de Logroño de 21 de marzo de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:APLO:2014:176)

SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 12 de junio de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:APGC:2014:1533)

SAP de Bizkaia de 9 de julio de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:APBI:2014:1575)

SAP de Girona de 10 de septiembre de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:APGI:2014:877)

SAP de Sevilla de 22 de septiembre de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:APSE:2014:3682)

SAP de Madrid de 30 de septiembre de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2014:12964)

SAP de Almería de 23 de diciembre de 2014 (Cendoj-ECLI:ES:APAL:2014:1450)

SAP de Bizkaia de 23 de enero de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:APBI:2015:259)

SAP de Bizkaia de 16 de febrero de 2015 (TOL4.806.417)

SAP de Castellón de la Plana de 12 de marzo de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:APCS:2015:263)

SAP de Les Illes Balears de 22 de abril de 2015 (LA LEY 48162/2015)

SAP de Valencia de 28 de abril de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:APV:2015:1695)

SAP de Pontevedra de 18 de junio de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:APPO:2015:1169)

SAP de Alicante de 15 de septiembre de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:APA:2015:2249)

SAP de Málaga de 24 de noviembre de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:APMA:2015:3596)

SAP de Madrid de 16 de diciembre de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2015:18367)

SAP de Madrid de 29 de diciembre de 2015 (LA LEY 218941/2015)

SAP de Huesca de 30 de diciembre de 2015 (Cendoj-ECLI:ES:APHU:2015:370)

SAP de Alicante de 25 de enero de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APA:2016:75)

SAP de Ourense de 28 de enero de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APOU:2016:214)

SAP de Pontevedra de 6 de abril de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APPO:2016:572)

SAP de Córdoba de 15 de abril de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APCO:2016:448)

SAP de Valencia de 27 de abril de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APV:2016:1776)

SAP de Málaga de 26 de mayo de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APMA:2016:666)

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de mayo de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APTF:2016:1485)

SAP de Sevilla de 28 de junio de 2016 (TOL6.419.907)

SAP de Almería de 7 de julio de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APAL:2016:1414)

SAP de Madrid de 11 de octubre de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APM:2016:15506)

SAP de Córdoba de 13 de octubre de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APCO:2016:850)

SAP de Zamora de 22 de noviembre de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APZA:2016:379)

SAP de Huelva de 20 de diciembre de 2016 (Cendoj-ECLI:ES:APH:2016:779)

SAP de Lugo de 2 de febrero de 2017 (Cendoj-ECLI:ES:APLU:2017:119)

SAP de Granada de 31 de marzo de 2017 (Cendoj-ECLI:ES:APGR:2017:354)

SAP de Málaga de 19 de abril de 2017 (Cendoj-ECLI:ES:APMA:2017:1726)

SAP de Asturias de 5 de mayo de 2017 (Cendoj-ECLI:ES:APO:2017:1301)

SAP de Gipuzkoa de 23 de mayo de 2017 (Cendoj-ECLI:ES:APSS:2017:443)

SAP de Asturias de 5 de octubre de 2017 (TOL6.418.550)

SAP de Valencia de 22 de marzo de 2018 (TOL6.638.436)

SAP de Asturias de 20 de abril de 2018 (Cendoj-ECLI:ES:APO:2018:1152)

AAP de Valladolid de 26 de abril de 2004 (Cendoj-ECLI:ES:APVA:2004:338A)

AAP de Madrid de 30 de marzo de 2006 (TOL6.372.477)

AAP de Las Palmas de Gran Canaria de 5 de abril de 2006 (Cendoj-ECLI:ES:APGC:2006:806A)

AAP de Almería de 18 de diciembre de 2008 (Cendoj-ECLI:ES:APAL:2008:670A)

AAP de Pontevedra de 12 de febrero de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:APPO:2009:7A)

AAP de Madrid de 17 de marzo de 2009 (TOL3.854.079)

AAP de Les Illes Balears de 24 de marzo de 2009 (Cendoj-ECLI:ES:APIB:2009:69A)

AAP de Las Palmas de Gran Canaria de 12 de marzo de 2010
(Cendoj-ECLI:ES:APGC:2010:332A)

AAP de Zamora de 30 de marzo de 2010 (Cendoj-ECLI:ES:APZA:2010:107A)

AAP de Castellón de 9 de julio de 2012 (Cendoj-ECLI:ES:APCS:2012:632A)

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid de 9 de mayo de 2011
(TOL2.241.934)

Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid de 16 de enero de 2012
(TOL2.439.045)

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RDGRN de 29 de abril de 1902 (Gaceta de Madrid n.º 131, de 11 de mayo de 1902)

RDGRN de 30 de marzo de 1904 (Gaceta de Madrid n.º 104, de 13 de abril de 1904)

RDGRN de 17 de noviembre de 1917 (Gaceta de Madrid n.º 341, de 7 de diciembre de 1917)

RDGRN de 30 de junio de 1927 (Gaceta de Madrid n.º 260, de 17 de septiembre de 1927)

RDGRN de 12 de diciembre de 1935 (Gaceta de Madrid n.º 365, de 31 de diciembre de 1935)

RDGRN de 30 de noviembre de 1983 (RJ 1983\7036)

RDGRN de 29 de mayo de 1987 (RJ 1987\3932)

RDGRN de 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987\6572)

RDGRN de 3 de junio de 1991 (RJ 1991\4516)

RDGRN de 4 de junio de 1991 (RJ 1991\4518)

RDGRN de 31 de marzo de 1997 (RJ 1997\2049)

RDGRN de 25 de noviembre de 1998 (RJ 1998\8540)

RDGRN de 13 de febrero de 1999 (RJ 1999\628)

RDGRN de 12 de julio de 1999 (RJ 1999\4756)

RDGRN de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000\1083)

RDGRN de 29 de febrero de 2000 (RJ 2000\1091)

RDGRN de 9 de marzo de 2000 (RJ 2000\1100)

RDGRN de 15 de abril de 2002 (BOE n.º 133, de 4 de junio de 2002)

RDGRN de 18 de julio de 2002 (RJ 2002\9319)

RDGRN de 4 de abril de 2003 (BOE n.º 106, de 3 de mayo de 2003)

RDGRN de 17 de marzo de 2005 (RJ 2005\5485)

RDGRN de 5 de julio de 2007 (BOE n.º 182, de 31 de julio de 2007)

RDGRN de 6 de febrero de 2008 (RJ 2008\637)

RDGRN de 16 de enero de 2009 (RJ 2009\1083)

RDGRN de 6 de noviembre de 2009 (RJ 2010\78)

RDGRN de 19 de junio de 2010 (RJ 2010\3758)

RDGRN de 24 de septiembre de 2010 (RJ 2010\5141)

RDGRN de 4 de octubre de 2010 (BOE n.º 282, de 22 de noviembre de 2010)

RDGRN de 23 de julio de 2011 (BOE n.º 235, de 29 de septiembre de 2011)

RDGRN de 4 de octubre de 2012 (RJ 2012\10966)

RDGRN de 10 de diciembre de 2012 (RJ 2013\714)

RDGRN de 11 de diciembre de 2013 (RJ 2013\8290)

RDGRN de 26 de marzo de 2014 (RJ 2014\2376)

RDGRN de 4 de agosto de 2014 (RJ 2014\4903)

RDGRN de 8 de octubre de 2014 (BOE n.º 270, de 7 de noviembre de 2014)

RDGRN de 26 de enero de 2015 (BOE n.º 52, de 2 de marzo de 2015)

RDGRN de 27 de enero de 2015 (BOE n.º 52, de 2 de marzo de 2015)

RDGRN de 11 de mayo de 2015 (RJ 2015\3307)

RDGRN de 28 de julio de 2015 (RJ 2015\4443)

RDGRN de 28 de julio de 2015 (BOE n.º 234, de 30 de septiembre de 2015)

RDGRN de 21 de mayo de 2018 (BOE n.º 139, de 8 de junio de 2018)

RDGRN de 1 de junio de 2018 (RJ 2018\2989)

RDGRN de 6 de junio de 2018 (RJ 2018\3473)

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

RTEAC 1888/2011, de 16 de abril de 2012

RTEAC 1760/2011, de 8 de mayo de 2013

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÓ MARGALEF, Ramón, «Notas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», *RDP*, n.º 66, 1982, págs. 803-815.

ACEDO PENCO, Ángel, «El Fuero del Baylío como expresión del Derecho civil tradicional vigente en Extremadura: aproximación y propuesta legislativa», *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), Vol. XXV, 2007, págs. 107-125.

ACHÓN BRUÑÉN, María José, «Los problemas del cónyuge del ejecutado para defender sus intereses en los procesos de ejecución en que resultan embargados bienes gananciales», *RCDI*, n.º 687, 2005, págs. 133-180 [versión digital obrante en vlex.com (VLEX-329074)].

AGUILERA DE LA CIERVA, Tomás, *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973.

-«La venta de frutos como acto dispositivo», *ADC*, T. XXVIII-I, 1975, págs. 3-28.

AGUILERA RODERO, Juan, «Análisis sobre la sujeción de los bienes gananciales ante deudas contraídas por uno de los cónyuges, con especial consideración de los arts. 1365 y 1366 del Código Civil», *Actualidad Civil*, n.º 15, sept. 2008, págs. 1593 y ss. [versión electrónica obrante en *laleydigital360* (LA LEY 38884/2008)].

ALAGNA, Sergio, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1979.

ALARCÓN PALACIO, Yadira, «Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la Novísima Recopilación», *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 24, 2005, págs. 2-31.

-«Régimen económico del matrimonio español desde la Codificación hasta la reforma de 1981», *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n.º 25, 2006, págs. 80-124.

ALBALADEJO, Manuel, *Manual de Derecho de familia y sucesiones*, Librería Bosch, Barcelona, 1974.

-*Curso de Derecho civil español, II (Derecho de obligaciones)*, 3.^a ed., Librería Bosch, Barcelona, 1984.

-*Curso de Derecho civil, IV (Derecho de familia)*, 5.^a ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1991.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, María Mercedes, «Pactos entre progenitores para distribuir su responsabilidad por los actos de sus hijos», *La Ley Derecho de familia, Revista jurídica sobre familia y menores*, n.º 5, 2015, págs. 94-106 [versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 25/2015)].

ALGABA ROS, Silvia, «Los bienes gananciales y su responsabilidad por las deudas tributarias. La modificación del régimen económico matrimonial en perjuicio de sus acreedores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2005 (RJ 2005, 6424)», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 17, 2006, págs. 273-283 [versión electrónica (BIB 2006\1080)].

ALMUDÍ CID, José Manuel, «La oposición a la ejecución de los bienes gananciales por deudas tributarias de uno de los cónyuges: aspectos sustantivos y procedimentales», *Quincena Fiscal*, n.º 22, 2007, págs. 9-26 [versión electrónica (BIB 2007\2357)].

ALVARADO PLANAS, Javier, «A modo de conclusiones: el *Liber Iudiciorum* y la aplicación del Derecho en los siglos VI a XI», *Mélanges de la Casa de Velázquez. Nouvelle série*, 41 (2), 2011, págs. 109-127.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, «La sociedad de gananciales en concurso», en LASARTE ÁLVAREZ y CERVILLA GARZÓN (Dirs.), *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 33-47.

ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio, *Curso de Derecho de familia*, T. I (*Matrimonio y régimen económico*), Civitas, Madrid, 1988.

ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan, «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», *RDN*, n.º 112, Abril-Junio 1981, págs. 7-56.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, «Art. 1.322», en AMORÓS GUARDIOLA *et al.*, *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1977, págs. 1100-1113.

-«Art. 1.333», en AMORÓS GUARDIOLA *et al.*, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1560-1563.

AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe, «Origen y función de la “mancipatio”», *REHJ*, XXXIII (2011), págs. 37-63.

ANTUNES VARELA, João de Matos, *Direito da Família*, Livraria Petrony, Lisboa, 1987.

ARCERI, Alessandra, *I regimi patrimoniali della famiglia in prospettiva europea*, Giuffrè Editore, Milán, 2016.

ARGELICH COMELLES, Cristina, «La naturaleza ganancial o privativa del arrendamiento de la vivienda familiar», *Revista de Derecho Civil*, Vol. III, n.º 4 (octubre-diciembre, 2016), págs. 125-150.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis, «Régimen de gananciales y concurso de acreedores: Estudio de la situación del cónyuge *in bonis* y de sus acreedores», *ADC*, T. LXVI-I, 2013, págs. 149-270.

ARROYO GARCÍA, Sagrario, «Artículo 541», en SUÁREZ ROBLLEDANO, José Manuel (Coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (Formularios, Textos legales, Comentarios y Jurisprudencia)*, T. III, Dijusa, Madrid, 2003, págs. 1830-1835.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín, «Alcance y excepciones de la cogestión del patrimonio ganancial», *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, n.º 44, 2010, págs. 67-93.

ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro, «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», *RCDI*, n.º 547, 1981, págs. 1373-1405.

-«Régimen económico matrimonial y Registro de la Propiedad», *RCDI*, n.º 578, 1987, págs. 27-46.

AVILÉS GARCÍA, Javier, «El artículo 1384 del Código Civil y la sociedad de gananciales», *Diario La Ley*, n.º 4, 1991, págs. 1204-1214 [versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 17046/2001)].

-*Libertad e igualdad en la nueva sociedad de gananciales*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1992.

BARASSI, Lodovico, *La teoria generale delle obbligazioni*, Vol. I (*La struttura*), 2.ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1963.

BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, *Responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales de un cónyuge*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

-«De la sociedad de gananciales. Sección primera (Disposiciones generales)», en RAMS ALBESA, Joaquín José, y MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coords.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código civil: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, págs. 233-252.

BARÓ PAZOS, Juan, *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1993.

BATLLE VÁZQUEZ, Manuel, «Observaciones sobre la reforma del Código Civil», *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, Vol. XVI, n.º 3-4, 1958, págs. 185-211.

BELLO JANEIRO, Domingo, *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1993.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *La comunidad de bienes en Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

BENAVENTE MOREDA, Pilar, *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993.

BENDITO CAÑIZARES, María Teresa, *Marido y mujer frente a las deudas del otro cónyuge: la tercería de dominio*, Tecnos, Madrid, 1996.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Principio de igualdad y Derecho privado», *ADC*, T. XLIII-II, 1990, págs. 369-428.

BERMEJO CASTRILLO, Manuel Ángel, *Entre ordenamientos y códigos. Legislación y doctrina sobre familia a partir de las leyes de Toro*, Dykinson, Madrid, 2009.

BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria, «Sociedad de gananciales, patrimonios separados y concurso», *ADC*, T. LXII-I, 2009, págs. 5-88.

BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, T. I (Traducción y notas de Derecho español por José Luis DE LOS MOZOS), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

BIANCA, Mirzia, «El principio de la responsabilidad patrimonial y sus limitaciones», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 58, 2005, págs. 187-201.

BISBAL MÉNDEZ, Joaquim, «Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio», *Revista Jurídica de Cataluña*, Vol. 81, n.º 2, 1982, págs. 349-372.

BLANDINO GARRIDO, María Amalia, *Régimen jurídico de las deudas tras la disolución de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

BLANQUER UBEROS, Roberto, «Acerca de la sociedad de gananciales, la responsabilidad patrimonial y la relación obligatoria», *AAMN*, T. 19, 1976, págs. 191-260 [versión digital obrante en vlex.com (VLEX-236108)].

-«Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», *RDN*, n.º 113-114, julio-diciembre 1981, págs. 7-71.

-«La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones», *AAMN*, T. XXV, 1983, págs. 43-142 [versión digital obrante en vlex.com (VLEX-233220)].

-«El concurso de los cónyuges en gananciales o impropiaamente el concurso del matrimonio», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 9, 2008, págs. 17-41 [versión electrónica obrante en *laleydigital360* (LA LEY 39510/2008)].

BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, «Modificación del Régimen Económico Matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC», *ADC*, T. XLVI-II, 1993, págs. 599-642.

BRUNETTI, Giovanni, «Il diritto del creditore», *Riv. dir. comm.*, 1916, fascículo 1 (versión electrónica obrante en www.rivistadeldirittocommerciale.com).

BUSTO LAGO, José Manuel, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998.

BUSTOS MORENO, Yolanda B., *El mantenimiento de la familia en las situaciones de crisis matrimonial*, Dykinson, Madrid, 2002.

-*Las deudas gananciales y sus reintegros*, Dykinson, Madrid, 2003.

-«De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», en RAMS ALBESA y MORENO MARTÍNEZ (Coords.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 361-456.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «La separación de hecho de los cónyuges y el régimen económico matrimonial», *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, n.º 3-4, 1984-1985, págs. 9-23.

-«Art. 1.333», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.* (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 611-612.

-«La mutabilidad del régimen económico matrimonial», *ADC*, T. XLVII-II, 1994, págs. 115-236.

CABRILLAC, Rémy, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, 4.^a ed., Montchrestien, París, 2002.

CACHÓN CADENAS, Manuel Jesús, *Apuntes de ejecución procesal civil*, Universitat Autònoma de Barcelona, Servei de Publicacions, 2011.

CALERO GARCÍA, María Luz, «Tributación de las rentas familiares», *Cuadernos de Estudios Empresariales*, n.º 3, 1993, págs. 33-54.

CALVO ORTEGA, Rafael, «Donación por los cónyuges conjuntamente de bienes de la sociedad de gananciales: dos donaciones y no una», *Revista Quincena Fiscal*, n.º 13, 2003, págs. 9-16 [versión digital (BIB 2003\884)].

CAPILLA RONCERO, Francisco, «Artículos 1.665 y 1.666», en ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, T. XXI, Vol. 1.º (Artículos 1.665 a 1.708 del Código Civil), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, págs. 1 y ss.

CÁRDENAS, Francisco, *Estudios jurídicos*, T. II, Establecimiento Tipográfico de P. Núñez, Madrid, 1884.

CARRASCO PERERA, Ángel, «La reforma francesa de los regímenes económicos matrimoniales por la ley de 23 de diciembre de 1985», *ADC*, T. XXXIX-II, 1986, págs. 581-614.

CARRERAS MARAÑA, Juan Miguel, «Artículo 541», en XIOL RÍOS (Coord.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero*, T. III, Ed. Jurídica SEPIN, Madrid, 2008, págs. 3613-3617.

CASERO LINARES, Luis, *La tercería de dominio*, Bosch, Barcelona, 2008.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos*, Ed. Reus, Madrid, 1929.

-*Derecho civil español, común y foral*, T. I (*Introducción y parte general*), Vol. I (*Ideas generales. Teoría de la norma jurídica*), 12.^a ed. (Reimpresión) -revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS-, Reus, Madrid, 1984.

-*Derecho civil español, común y foral*, T. IV, *Derecho de Obligaciones*, 10.^a ed. (revisada por FERRANDIS VILELLA), Reus, Madrid, 1977.

-*Derecho civil español, común y foral*, T. V (*Derecho de familia*), Vol. I, 9.^a ed. (revisada por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ), Reus, Madrid, 1976.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «¿Cuándo comienza a regir la comunidad universal matrimonial del Fuero del Baylío? La difícil interpretación, e integración, de una norma -aún- consuetudinaria (comentario a la RDGRN de 6 de mayo de 2015)», *RCDI*, n.º 755, 2016, págs. 1569-1590.

CILVETI GUBÍA, M.^a Belén, «La liquidación de la sociedad conyugal de conquistas: el pasivo y la posición jurídica de los acreedores de la sociedad», *RJN*, n.º 45, enero-junio 2008, págs. 103-148.

COLIN, Ambroise, y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil* (con notas sobre el Derecho civil español por DE BUEN), T. III (*Teoría general de las obligaciones*), Reus, Madrid, 1924.

-*Curso elemental de Derecho civil* (con notas sobre el Derecho civil español por DE BUEN), T. VI (*De los regímenes matrimoniales*), Ed. Reus, Madrid, 1926.

COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M.^a José, *El régimen económico del matrimonio en el derecho territorial castellano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

-«Comunidad de gananciales y capitulaciones matrimoniales en la codificación civil española», *AHDE*, n.º 69 (1999), págs. 389-426.

COLOMER, André, «Le nouveau régime matrimonial légal en France (Loi n.º 65-570 du 13 juillet 1965)», *RIDC*, Vol. 18, n.º 1, enero-marzo 1966, págs. 61-78.

-*Droit civil. Régimes matrimoniaux*, 4.^a ed., Litec, París, 1990.

CORDÓN MORENO, Faustino, «Art. 541», en CORDÓN MORENO *et al.* (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II (Arts. 517 al final), Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 139-144.

-«La legitimación activa del comunero para actuar en juicio en interés de la comunidad: Ley 372, III del Fuero Nuevo de Navarra (Comentario a la STSJ de Navarra de 26 de junio de 2007)», *RJN*, n.º 44, 2007, págs. 117-130.

CORNU, Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, 6.^a éd. refondue, Presses Universitaires de France, París, 1992.

CORSI, Francesco, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I (*I rapporti patrimoniali tra coniugi in generale. La comunione legale*), en CICU, Antonio, y MESSINEO, Francesco, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. VI, t. I, sez. 1, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1979.

COSPITE, Nicola, «Art. 186», en CIAN, Giorgio, y TRABUCCHI, Alberto, *Commentario breve al Codice Civile*, 4.^a ed., Cedam, Padova, 1992, págs. 285-286.

CRESPÍ FERRER, Lorenzo, «El embargo de bienes gananciales: problemática procesal (examen del art. 541 de la LEC)», *Revista de Derecho de Familia*, n.º 20, 2003, págs. 23-45.

CRESPO MORA, María Carmen, «La titularidad de los bienes y derechos adquiridos durante la separación de hecho en el régimen de gananciales», *RJUAM*, n.º 11, 2004, págs. 47-79.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.

CUADRADO PÉREZ, Carlos, «El régimen económico matrimonial. Disposiciones generales», en YZQUIERDO TOLSADA y CUENA CASAS (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. III [*Los regímenes económicos matrimoniales (I)*], Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 61-274.

CUENA CASAS, Matilde, «La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 12, 2010, págs. 71-91 [versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 35/2010)].

CUTILLAS TORNS, José María, «Reflexiones sobre el número 3.º del artículo 1393 del Código Civil», *Diario La Ley*, n.º 4, 1991, págs. 1214-1218 [versión electrónica obrante en *laleydigital360* (LA LEY 16408/2001)].

D'AMICO, Maria G., D'ASCOLA, Pasquale, y GORASSINI, Attilio, «Il dovere di contribuzione», en *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia* (Seminario del Corso di diritto civile nell'anno accademico 1977-1978), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1980, págs. 85-134.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

-«Art. 1.911», en SIERRA GIL DE LA CUESTA (Presidente y coord.), *Comentario del Código Civil*, T. 9 (Arts. 1.903 al 1.976), Ed. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 189-199.

DE BUEN LOZANO, Demófilo, «Notas sobre el Derecho civil español», en COLIN, Ambroise, y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil*, T. VI (*De los regímenes matrimoniales*), Ed. Reus, Madrid, 1926.

DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso, «La potestad marital», *ADC*, T. I-I, 1948, págs. 13-45.

-*La sociedad de gananciales* [*Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, T. 50 (*Comunidades conyugales*), Vol. I], Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963.

DE DIEGO, Felipe Clemente, *Instituciones de Derecho civil español*, T. II, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1930.

DE HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo, «La condición civil de la mujer en el Derecho español antiguo y moderno». Discursos de recepción del Excmo. Sr. D. Eduardo de Hinojosa y de contestación del Excmo. Sr. D. Luis Pidal y Mon, Marqués de Pidal, leídos en la Junta pública de 26 de mayo de 1907, *Discursos de recepción y contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas al dar posesión de sus plazas a los individuos de número de la misma*, Vol. VIII (marzo 1905-mayo 1910), Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1912, págs. 513-584.

-*El elemento germánico en el Derecho español*, Imprenta Clásica Española, Madrid, 1915.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *ADC*, T. XXII-I, 1969; y «La separación de hecho y la sociedad de gananciales (Continuación y conclusión)», *ADC*, T. XXII-II, 1969, págs. 3-128 y 263-312.

-«La venta de la empresa mercantil: principales problemas que plantea», *AAMN*, T. 24, 1982, págs. 281-391 [versión electrónica obrante en vlex.com (VLEX-233170)].

-«La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *ADC*, T. XXXIX-II, 1986, págs. 339-536.

-«El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales», en *Academia Sevillana del Notariado. Homenaje a Francisco Manrique Romero*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, págs. 267-299.

-«El contrato de sociedad. ¿Crisis del concepto?», *AASN*, T. VII, 1993, págs. 425-488 [versión digital obrante en vlex.com (VLEX-231427)].

DE LA CÁMARA HERMOSO, Manuel, «El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil (Continuación)», *ADC*, T. XII-III, 1959, págs. 847-898.

DE LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *Comentario crítico-jurídico-literal á las ochenta y tres Leyes de Toro*, T. I, Imprenta de Repullés, Madrid, 1827.

-*Comentario crítico-jurídico-literal á las ochenta y tres Leyes de Toro*, T. II, Imprenta de Repullés, Madrid, 1827.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis, «Capítulo IV (De la sociedad de gananciales)» y «Artículos 1.362 y 1.363, 1.364, 1.365, 1.366, 1.367 a 1.369, 1.375 a 1.377, 1.381 a 1.383 y 1.384 a 1.386», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), T. XVIII, Vol. 2.º (*Artículos 1.344 a 1.410 del Código Civil*), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, págs. 1-59, 233-313, 339-367 y 373-402.

DE PAOLA, Vincenzo, y MACRÌ, Antonio, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Giuffrè Editore, Milán, 1978.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Artículo 1.381» y «Artículo 1.387», en AMORÓS GUARDIOLA *et al.*, *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1977, págs. 1125-1126 y 1129-1132.

DÍAZ ALABART, Silvia, «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *ADC*, T. XL-III, 1987, págs. 795-894.

DÍEZ BALLESTEROS, Juan Alberto, *La empresa individual en el régimen de gananciales*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1997.

-«Consideraciones sobre la calificación del ejercicio profesional y de la empresa bajo el régimen de gananciales (Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2000)», *Diario La Ley*, n.º 7, 2001, págs. 1581-1591 [versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 1346/2002)].

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2004.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, «La situación jurídica del matrimonio separado», *Separata de la RDN*, enero-marzo 1961.

-«Capacidad de la mujer casada y economía conyugal (Ideas para una reforma del régimen de bienes del matrimonio)», *ADC*, T. XXVIII-IV, 1975, págs. 859-873.

-«Significado de la reforma del Código civil», en *Curso de conferencias sobre la reforma de los Códigos Civil y de Comercio por Ley 14/1975 de 2 de mayo-(Año 1977)*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1978, págs. 129-153.

-«Arts. 1.317, 1.319, 1.375, 1.381, 1.382, 1.386 y 1.408», en AMORÓS GUARDIOLA *et al.*, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1497-1499, 1503-1505, 1760-1761, 1767-1769, 1774-1775 y 1803-1804.

-*La representación en el Derecho privado*, Ed. Civitas, Madrid, 1992.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, Vol. II (T. I) -*El contrato en general. La relación obligatoria-*, 10.^a ed. (Reimpresión), Tecnos, Madrid, 2013.

-*Sistema de Derecho Civil*, Vol. II (T. 2), *Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 10.^a ed. (Reimpresión), Tecnos, Madrid, 2013.

-*Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV (*Derecho de familia. Derecho de sucesiones*), Ed. Tecnos, Madrid, 1978.

-*Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV (T. 1), *Derecho de familia*, 11.^a ed. (Reimpresión), Tecnos, Madrid, 2013.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, José Antonio, «Pactos en materia de alimentos», *ADC*, T. XXIV-II, 1971, págs. 313-428.

D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 5.^a ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1983.

ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, Santiago, «Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias», *RDN*, n.º 116, Abril-Junio 1982, págs. 7-36.

-«Los límites de la responsabilidad ganancial», *Academia Sevillana del Notariado. Homenaje a Francisco Manrique Romero*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, págs. 149-186.

EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, «Responsabilidad de los cónyuges por el cambio del régimen económico de gananciales», *Aranzadi Civil*, 1993-1 (BIB 1993\42).

EICHLER, Hermann, «La idea de copropiedad», *ADC*, T. XIV-IV, 1961, págs. 915-924.

ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de obligaciones* (11.ª revisión por Lehmann), traducción de la 35.ª ed. alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Pérez González y Alguer, Vol. I (*Doctrina general*), 2.ª ed. al cuidado de Puig Brutau, en ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, T. II, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español*, Vol. IV (*Familia*), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

-*Manual de Derecho civil español*, Vol. IV (*Familia*), 6.ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.

-«Capacidad jurídica de la mujer casada (Ensayo de Derecho comparado italo-hispano-americano)», *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, Vol. XVIII, n.º 3, 1960, págs. 333-342.

FABAR CARNERO, Alberto, «Aproximación al régimen de responsabilidad externa en la sociedad de gananciales», *RDUNED*, n.º 19, 2016, págs. 653-690.

-«La responsabilidad directa con los bienes gananciales por las deudas de naturaleza extracontractual individualmente contraídas», *RDUNED*, n.º 22, 2018, págs. 321-353.

FAUS ESTEVE, Ramón, *La separación de hecho en el matrimonio* (Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 9 de mayo de 1944), Imprenta Viuda de M. de Navarro, Madrid, 1946.

FAVA, Pasquale, «Il viaggio del rapporto obbligatorio attraverso le civiltà nel raffronto tra paesi a diritto codificato e sistemi di *Common Law*», en *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale* (a cura di P. FAVA), T. I (*Caratteri generali, adempimento, inadempimento*), Giuffrè Editore, Milano, 2008, págs. 3 y ss.

FEMENÍA LÓPEZ, Pedro José, «De las capitulaciones matrimoniales», en RAMS ALBESA y MORENO MARTÍNEZ (Coords.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, págs. 107 y ss.

FERNÁNDEZ CANALES, Carmen, «La responsabilidad derivada del art. 1366 del Código Civil», *Práctica Derecho de Daños*, n.º 117, 2013, págs. 6-21 [versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 8050/2013)].

-*Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*, Reus, Madrid, 2013.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, María del Carmen, *La cogestión de los bienes gananciales*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ARÉVALO, Francisco, «La facultad de disposición», *ADC*, T. III-IV, 1950, págs. 1025-1056.

FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio, *Derecho matrimonial económico*, Ed. Reus, Madrid, 2011.

FERNÁNDEZ GIMENO, José Pascual, *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*, Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia, Valencia, 1999.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles, «La administración de la sociedad de gananciales en el Código Civil», en O'CALLAGHAN MUÑOZ y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (Coords.), *Comunidad de gananciales. Cuestiones prácticas y actuales*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 253-302.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, «Responsabilidad directa y subsidiaria de la sociedad de conquistas por deudas de los cónyuges», *RJN*, n.º 33 (2), enero-junio 2002, págs. 49-88.

FERNÁNDEZ VILLA, José, «El pasivo de la sociedad de gananciales: en torno al art. 1.369 C.c.», *ADC*, T. XLVI-II, 1993, págs. 643-746.

FONT RIUS, José María, «La ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el Derecho medieval hispánico», *AAMN*, T. VIII, 1954, págs. 189-244.

FOSAR BENLLOCH, Enrique, «Apéndice al estudio “La capacidad jurídica de la mujer casada”», *RCDI*, n.º 511, 1975, págs. 1375-1402.

FUENMAYOR, Amadeo de, «La separación conyugal no contenciosa en el Derecho español», *RDP*, Vol. 59, n.º 1, enero 1975, págs. 3-26.

-«Alcance del principio constitucional de igualdad», *ADC*, T. XXXVI-IV, 1983, págs. 1327-1342.

GADEA SOLER, Enrique, *Los títulos-valor: letra de cambio, cheque y pagaré*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2007.

GALÁN LÓPEZ, Carmen, «La responsabilidad de los bienes gananciales en el concurso del cónyuge», *RDCP*, n.º 1, 2004, págs. 215-224 [versión electrónica obrante en *laleydigital360* (LA LEY 1239/2005)].

GALGANO, Francesco, *Trattato di Diritto Civile*, V. I (*Le categorie generali. Le persone. La proprietà. La famiglia. Le successioni. La tutela dei diritti*), Cedam, Padova, 2009.

GANGI, Calogero, *Scritti giuridici vari*, Vol. 1.º (*Il debito e la responsabilità. Le obbligazioni naturali*), Cedam, Padova, 1933.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, «La sociedad de gananciales (Conclusión)», en CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, T. V (*Derecho de familia*), Vol. I (*Relaciones conyugales*), 11.ª ed. (revisada y puesta al día por García Cantero y Castán Vázquez), Reus, Madrid, 1987, págs. 428-515.

GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luis, «La obra de Don Ramón Menéndez Pidal y la historia del Derecho», *Revista de estudios políticos*, n.º 105, 1959, págs. 5-48.

GARCÍA GARCÍA, M.^a Ángeles, «El deber de actuar en interés de la familia», *RDP*, n.º 68, marzo 1984, págs. 243-277.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, «El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el Derecho vulgar romano-visigótico», *AHDE*, n.º 29 (1959), págs. 389-446.

-*Diccionario de jurisprudencia romana*, Ed. Dykinson, Madrid, 1982.

GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, T. III, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.

GARCÍA SERRANO, Francisco de A., «Notas sobre el trabajo doméstico (A propósito de los artículos 1.319,1 y 1.438 del Código Civil)», *ADC*, T. XXXVIII-III, 1985, págs. 585-622.

GARCÍA ULECIA, Alberto, «El régimen económico del matrimonio en los Derechos locales leoneses», *Historia. Instituciones. Documentos*, n.º 9, 1982, págs. 165-198.

GARCÍA VILLAVERDE, Rafael, «El ejercicio del comercio por persona casada», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 165-166, julio-diciembre 1982, págs. 497-534.

GARCÍA-GALLO Y DE DIEGO, Alfonso, «El “Libro de las leyes” de Alfonso el Sabio. Del Espéculo a las Partidas», *AHDE*, n.º 21-22 (1951-1952), págs. 345-528.

-«La Historiografía jurídica contemporánea. Observaciones en torno a la “Deutsche Rechtgeschichte” de Planitz», *AHDE*, n.º 24 (1954), págs. 605-634.

GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan, «Cotitularidad y comunidad Gesamte Hand o comunidad en mano común», *RCDI*, n.º 215, 1946, págs. 227-235.

GARRIDO CERDA, Emilio, «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *AAMN*, T. XXV, 1983, págs. 143-176 [versión digital obrante en vlex.com (VLEX-233221)].

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, «El matrimonio y su régimen económico», en ESPÍN CÁNOVAS *et al.*, *El nuevo Derecho de familia español*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1982, págs. 163-240.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Embargo de bienes y sociedad de gananciales», *Tribunales de Justicia*, n.º 7, 2001, págs. 55-68 (versión electrónica en http://eprints.ucm.es/26538/1/2001_Embargo%20de%20bienes%20y%20sociedad%20de%20gananciales.pdf).

GASPAR LERA, Silvia, «Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad», *ADC*, T. LXIV-III, 2011, págs.1041-1074.

GÁZQUEZ SERRANO, Laura, «Sentencia de 25 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7210)», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *CCJC*, Vol. I, *Familia y Sucesiones*, Thomson Reuters-Civitas, 2009, págs. 412-424.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen, «Art. 67», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.* (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 318-319.

-«Registros y relaciones económicas entre cónyuges y miembros de parejas estables», en LASARTE ÁLVAREZ y CERVILLA GARZÓN (Dir.), *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 795-814.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen, y SOLÉ RESINA, Judith, «Mujer y patrimonio (el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad)», *ADC*, T. LXVII-III, 2014, págs. 765-894.

GIMÉNEZ DUART, Tomás, «La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *RDN*, n.º 113-114, julio-diciembre 1981, págs. 73-122.

-«Cargas y obligaciones del matrimonio», *RDP*, n.º 66, 1982, págs. 542-555.

-«Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *RCDI*, n.º 548, 1982, págs. 117-144.

-«La gestión de la comunidad de gananciales», *ADC*, T. XXXV-III, 1982, págs. 571-590.

-«La responsabilidad de los gananciales por precio aplazado, la libertad de pacto en capitulaciones y otras controversias», *ADC*, T. XXXIX-III, 1986, págs. 807-832.

-«La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge (ensayo contra el artículo 1322)», *AAMN*, T. XXVIII, 1988, págs. 233-364 [versión digital obrante en vlex.com (VLEX-247329)].

GIORGIANNI, Michele, *La obligación (La parte general de las obligaciones)*, traducción de la ed. italiana de Verdera y Tuells, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958.

GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, «El acto de administración en el Derecho civil», *AAMN*, T. 19, 1976, págs. 331-356 [versión electrónica obrante en vlex.com (VLEX-236110)].

GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos Rafael, «Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge y el nuevo régimen de responsabilidad de los bienes gananciales», *Diario La Ley*, n.º 1, 1985, págs. 1189-1198 [versión electrónica obrante en *laleydigital360* (LA LEY 17952/2001)].

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *La responsabilidad en el uso de vehículos a motor. Aspectos procesales*, Ed. Forum, Oviedo, 1990.

GÓMEZ LAPLAZA, M.^a del Carmen, *De los bienes parafernales*, Publicaciones del Departamento de Derecho Civil, 2.^a Cátedra, Salamanca, 1976.

-«Supresión de la licencia marital», *ADC*, T. XXX-II, 1977, págs. 337-395.

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael, «Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código civil», *RCDI*, n.º 526, 1978, págs. 493-516.

GONÇALVES DE PROENÇA, José João, *Direito da Família*, 3.ª ed., Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2004.

GONZÁLEZ ACEBES, Begoña, «El régimen jurídico de la comunidad postganancial», *RCDI*, n.º 610, mayo-junio 1992, págs. 1181-1200.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., «Responsabilidad patrimonial en el matrimonio», *RDEA*, n.º 18, 1959, págs. 875 y ss.

GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, «La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción», *Aranzadi Civil*, n.º 1, 2002 [versión digital (BIB 2002\178)].

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Rut, «Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas», *AJEE*, n.º 46, 2013, págs. 203-214.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «Examen del artículo 178.5 RH: la especial cancelación de la hipoteca ganancial», *RCDI*, n.º 724, 2011, págs. 1102-1118.

GORDILLO CAÑAS, Antonio, «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia», *ADC*, T. XXXV-IV, 1982, págs. 1111-1160.

-«El pasivo de la sociedad de gananciales: un ensayo de sistematización», *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, págs. 351-366.

-«Ganancialidad de la deuda: ¿Presunción, prueba o determinación legal?», *Actualidad Civil*, n.º 21, 2004, págs. 2517-2539 [versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 2466/2004)].

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1991.

-«La naturaleza de la actual sociedad de gananciales», *ADC*, T. XLV-III, 1992, págs. 875-928.

-«Artículo 541», en LORCA NAVARRETE (Dir.) y GUILARTE GUTIÉRREZ (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 2556-2597.

-«El embargo de bienes gananciales tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en APARICIO AUÑÓN *et al.*, *El derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 41-95.

-«La sociedad de gananciales: caducidad de un modelo», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 4, septiembre 2004, págs. 171-211.

-«La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado», *ADCo*, n.º 5, 2005, págs. 61-100 [versión electrónica (BIB 2005\1065)].

GUILLOUARD, Louis-Vincent, *Traité du contrat de mariage, Livre III, Titre V du Code Civil*, T. II (*Articles 1407 à 1440*), 3.ª ed., A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, París, 1895.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «Artículo 1.911», en ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XXIV (*Artículos 1.887 a 1.929 del Código Civil*), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, págs. 662-664.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 4.ª ed., T. I, Librería de Sánchez, Madrid, 1875.

HEDEMANN, Justus Wilhelm, *Derecho de obligaciones*, Vol. III (traducción con notas de Derecho español por J. Santos Briz), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen, *La separación de hecho matrimonial*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

HERNÁNDEZ RUEDA, Nuria, *Régimen de responsabilidad por deudas privativas durante la vigencia de la sociedad de gananciales (Tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, Dykinson, Madrid, 2002.

HERRERO GARCÍA, M.^a José, «Art. 1.317» y «Art. 1.319», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.* (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 576-578 y 583-586.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, María Victoria, «El concurso de persona casada: una aproximación a su regulación por la Ley Concursal», *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, n.º 3, 2010, págs. 419-430.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, «El artículo 1.756 del Código Civil: el pago de intereses no estipulados», *Actualidad Civil*, n.º 8, 2009, págs. 875-890 [versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 11065/2009)].

-«El fuero del Baylío: ¿fósil jurídico o sistema vigente?», en LASARTE ÁLVAREZ y CERVILLA GARZÓN (Dir.), *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 231-246.

JOSSERAND, Louis, *Cours de droit civil positif français (conforme aux programmes officiels des Facultés de Droit. Mis au courant des lois, des décrets-lois, de la jurisprudence et de la doctrine)*, III (*Les régimes matrimoniaux. Les successions légales. Les libéralités*), 3.^a ed., Librairie du Recueil Sirey, París, 1940.

-*Derecho Civil* (revisado por André BRUN), T. III, Vol. I (*Los regímenes matrimoniales*), Bosch y Cía.-Editores, Buenos Aires, 1951.

KARRERA EGIALDE, Mikel Mari, «Régimen jurídico de la sociedad postganancial: óptica jurisprudencial», *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, n.º 13 (2.^a época), págs. 42-94 (versión electrónica obrante en «http://www.ehu.eus/documents/1549725/1570943/regimen_juridico.pdf»).

LACRUZ BERDEJO, José Luis, «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código civil», *RGLJ*, T. XIX, 1950, págs. 7 y ss. [versión digital obrante en *vlex.com* (VLEX-282686)].

-*La potestad doméstica de la mujer casada*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1963.

-*El nuevo derecho civil de la mujer casada*, Ed. Civitas, Madrid, 1975.

-«La reforma del régimen económico del matrimonio», *ADC*, T. XXXII-II/III, 1979, págs. 343-370.

-«Algunos aspectos (más o menos) mercantiles de la reforma del régimen económico del matrimonio», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 7, julio-septiembre 1982, págs. 535-566.

LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ y ALBALADEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía, Tratado teórico-práctico de Derecho Civil*, T. IV, Vol. 1.º, Librería Bosch, Barcelona, 1963.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, y RAMS ALBESA, Joaquín José, «La comunidad matrimonial de conquistas en Navarra», *RJN*, n.º 6 (2), julio-diciembre 1988, págs. 11-34.

LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, IV (Derecho de Familia)*, Vol. 1.º, 3.ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1990.

LALINDE ABADÍA, Jesús, «La recepción española del senadoconsulto Velleyano», *AHDE*, n.º 41 (1971), págs. 335-372.

LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, T. I -versión española y notas de J. Santos Briz-, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, T. II, *Derecho de obligaciones*, 21.ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2017.

-*Principios de Derecho Civil*, VI (*Derecho de familia*), 3.ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2002.

LEZÓN, Manuel, «Efectos de la renuncia de gananciales por los herederos de uno de los cónyuges.- Insistimos», *RCDI*, n.º 60, 1929, págs. 896-913.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, *La liquidación de la sociedad de gananciales*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

LÓPEZ JACOISTE, José Javier, «Cien años de horizonte extracontractual», en VV. AA., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1139-1162.

LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo, «Aspectos externo e interno de responsabilidad en la sociedad de gananciales: interés del acreedor y de los cónyuges», *ADC*, T. XLVI-II, 1993, págs. 747-764.

LÓPEZ RICHART, Julián, «De la administración de la sociedad de gananciales», en RAMS ALBESA y MORENO MARTÍNEZ (Coords.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, págs. 457-522.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Manuel-Ángel, «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13-5-1981», *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 82, n.º 3, 1983, págs. 585-618.

MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, «Sociedad de gananciales y sociedad civil», *Academia Sevillana del Notariado (Homenaje a Francisco Manrique Romero)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, págs. 301-331.

MAGRO SERVET, Vicente, «La responsabilidad concursal de los bienes propios y comunes del deudor y la influencia del régimen económico matrimonial en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», *Diario La Ley*, n.º 6213, 2005 [versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 908/2005)].

MALAURIE, Philippe, y AYNÈS, Laurent, *Cours de Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Éditions Cujas, París, 1988.

MANRESA Y NAVARRO, José María, «Arts. 1.315, 1.362, 1.384, 1.408, 1.409, 1.410, 1.411, 1.412 a 1.416 y 1.421 a 1.427», *Comentarios al Código Civil español*, T. IX, 5.ª ed. (revisada por CASTÁN VÁZQUEZ), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950, págs. 92-109, 388-394, 471-484, 602-667 y 685-711.

-«Art. 1.665», *Comentarios al Código Civil español*, T. XI, 6.ª ed. (revisada por José M.ª Bloch), Reus, Madrid, 1972, págs. 365-392.

MANRIQUE PLAZA, Javier, «Responsabilidad por deudas en la sociedad de gananciales», *Academia Sevillana del Notariado (Homenaje a Francisco Manrique Romero)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, págs. 13-38.

MANTEROLA, Daniel, «La distinción entre el débito y la responsabilidad», *Derecho y opinión*, n.º 1, 1993, págs. 61-68.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa, *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad (Estudio del art. 93.2 del Cc.)*, Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia, Valencia, 1999.

MARTÍN BRICEÑO, María del Rosario, «La responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales de un cónyuge (1)», *La Ley Derecho de familia*, n.º 8, 2015 [versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 5936/2015)].

MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, «La sociedad de gananciales, en general, y su liquidación, en particular, en el Código Civil desde 1889 hasta 1981: el camino hacia la plena igualdad de los cónyuges», *RCDI*, n.º 701, 2007, págs. 1147-1221.

MARTÍN QUERALT, Juan; LOZANO SERRANO, Carmelo; TEJERIZO LÓPEZ, José Manuel; y CASADO OLLERO, Gabriel, *Curso de Derecho financiero y tributario*, 19.ª ed., Tecnos, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María, «Gestión en igualdad dentro del matrimonio», en GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª Ángeles (Coord.), *La mujer ante el ordenamiento jurídico: soluciones a realidades de género*, Atelier, Barcelona, 2009, págs. 117-157.

MARTÍNEZ GIJÓN, José, «La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el Derecho medieval español», *AHDE*, n.º 27-28 (1957-1958), págs. 221-304.

-«El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca», *AHDE*, n.º 29 (1959), págs. 45-152.

MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel, *La extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MARTÍNEZ MARINA, Francisco, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio*, 2.^a ed., T. I, Imprenta de D. E. Aguado, Madrid, 1834.

MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel, «Casos dudosos de bienes privativos y gananciales», *AAMN*, T. XXVI, 1985, págs. 357-404 [versión digital obrante en vlex.com (VLEX-233217)].

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, «Normativa supletoria de la sociedad irregular y de la sociedad legal de gananciales», *ADC*, T. XXXVIII-I, 1985, págs. 43-60.

-*Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*, Civitas, Madrid, 1995.

MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis, *El nuevo Derecho de familia*, T. II (*Régimen sobre Filiación y Sociedad de Gananciales*) -*Teoría, norma y práctica*-, Gráficas Espejo, Madrid, 1981.

-«Art. 1.366», en SIERRA GIL DE LA CUESTA (Coord.), *Comentario del Código Civil*, T. 7 (Arts. 1.315 al 1.789), Bosch, Barcelona, 2000, págs. 139-142.

MAS BADÍA, M.^a Dolores, *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales*, Tirant lo Blanch y Universitat de València, Valencia, 1999.

-«La disposición mortis causa de bienes gananciales», en LLEDÓ YAGÜE, FERRER VANRELL y TORRES LANA (Dir.) y MONJE BALMASEDA (Coord.), *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, T. I, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, págs. 323-360.

MATA PALLARÉS, Francisco, «Deuda y responsabilidad en la contratación de persona casada», *AAMN*, T. XXV, 1983, págs. 327-354 [versión digital obrante en vlex.com (VLEX-233225)].

MATEO SANZ, Jacobo B., «Apuntes histórico-jurídicos sobre el artículo 1409 del Código civil», *ADC*, T. LVI-III, 2003, págs. 1231-1356.

-«Disposición Derogatoria Única.4», en SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ (Dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, T. IV, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 3617-3643.

MAURICIO SUBIRANA, Sonia, *El responsable tributario y la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MERÊA, Paulo, «Estudos de Direito privado visigótico», *AHDE*, n.º 16 (1945), págs. 71-111.

MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale (Codici e norme complementari)*, 9.ª ed., Vol. III, *Diritto delle obbligazioni (Parte generale)*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1959.

MEYER, Edmond, *Le Régime matrimonial de Droit commun et les Tendances contemporaines*, Les Presses Modernes, París, 1934.

MILLÁN SALAS, Francisco, «La empresa y la sociedad de gananciales», *Cuadernos de Estudios Empresariales*, n.º 4, 1994, págs. 235-249.

MONFORT FERRERO, María Jesús, *La responsabilidad de los cónyuges ante las necesidades ordinarias de la familia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

MONTANIER, Jean-Claude, *Les régimes matrimoniaux*, 2.ª ed., Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1993.

MONTERO AROCA, Juan, *Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del artículo 93 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

-«El proceso de ejecución», en MONTERO AROCA *et al.*, *Derecho jurisdiccional II (Proceso civil)*, 14.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 505-663.

MONTERO AROCA, Juan, y FLORS MATÍES, José, *El proceso de ejecución (Títulos ejecutivos. Demanda ejecutiva. Oposición a la ejecución)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MONTERO RÍOS, Eugenio, «Sobre la Ley 61 de Toro», *RGLJ*, año 1859, Vol. 7, n.º 14, págs. 157-166.

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves Isabel, «El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y las unidades familiares (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2000, de 14 de febrero)», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 14, enero-diciembre 2000, págs. 207-244.

-«Sentencia de 14 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1298)», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *CCJC*, Vol. I, *Familia y Sucesiones*, Thomson Reuters-Civitas, 2009, págs. 298-317.

MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Artículo 66», en AMORÓS GUARDIOLA *et al.*, *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1977, págs. 983-996.

-«Art. 1.415», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.* (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 815-818.

MORENO VELASCO, Víctor, «Las deudas posteriores a la disolución de la sociedad de gananciales», *Diario La Ley*, n.º 7541, 2011 [versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 14833/2010)].

MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil concordado y comentado extensamente*, T. XXII (*Artículos 1.392 a 1.444*), Establecimiento tipográfico de P. Apalategui, Madrid, 1905.

MUÑOZ GARCÍA, María José, «Limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada en el Derecho histórico español. Especial referencia a las leyes 54 a 61 del ordenamiento de Toro y a su proyección», *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), n.º 7, 1989, págs. 433-456.

NAVARRETE SÁNCHEZ, Eloísa, «La responsabilidad de los bienes personales del matrimonio por deudas de la empresa», *La Gaceta Jurídica de la Empresa Andaluza*, n.º 19, mayo 2009, págs. 13-15.

NOBILI, Chiara, *Le obbligazioni (Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi)*, 2.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2008.

NOLASCO DE LLANO, Pedro, *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez, a las ochenta y tres leyes de Toro*, Imprenta y Librería de D. Manuel Martín, Madrid, 1777.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «Art. 995», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.* (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 2361-2362.

-*Compendio de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de la persona y de la familia*, 2.ª ed. -revisado y puesto al día por FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y BUENO NÚÑEZ-, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.

-«Art. 1401» y «Art. 1408», *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 8.ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2016, págs. 1505-1507 y 1512-1513.

OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio, *Deudas y sociedad de gananciales en los diversos procesos*, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2002.

OGÁYAR Y AYLLÓN, Tomás, «La actuación notarial en la separación de hecho de los cónyuges», Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Barcelona el día 15 de junio de 1973, Imprenta J. Sabater Bros, Barcelona, 1973.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel, «Significado de la reforma del Código de Comercio», *Curso de conferencias sobre la reforma de los Códigos Civil y de Comercio por Ley 14/1975 de 2 de mayo-(Año 1977)*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1978, págs. 155-175.

ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal civil*, 6.ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

OSTERLING PARODI, Felipe, «La controversia sobre las obligaciones naturales», *THEMIS-Revista de Derecho*, n.º 30 (1994), págs. 129-139.

OSTOS MOTA, María Jesús, «El procedimiento para la liquidación de la sociedad de gananciales», en ABELLA RUBIO y OSTOS MOTA, «Extinción de la comunidad de gananciales», en O'CALLAGHAN MUÑOZ y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (Coords.), *Comunidad de gananciales. Cuestiones prácticas y actuales*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 353-438.

OTERO VARELA, Alfonso, «"Liber Iudiciorum 3, 1, 5" (En tema de dote y "donatio propter nuptias")», *AHDE*, n.º 29 (1959), págs. 545-556.

-«Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá en el cambio del ordenamiento medieval», *AHDE*, n.º 63-64 (1993-1994), págs. 451-548.

PACHECO, Joaquín Francisco, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, T. I, *Obras jurídicas*, T. VI, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1862.

PALADINI, Mauro, «Art. 186», en GABRIELLI, Enrico (Dir.), *Commentario del Codice Civile, Della famiglia* -a cargo de L. Balestra- (artt. 177-342 ter), Utet Giuridica, 2010, págs. 123-137.

PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando, «Cesión de créditos», *ADC*, T. XLI-IV, 1988, págs. 1033-1132.

-«Art. 1.902», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.* (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1971-2003.

-«Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)», *ADC*, T. XLVI-I, 1993, págs. 5-56.

PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Concurso de acreedores y consorcio conyugal», *Actas de los Decimonovenos Encuentros del Foro Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2010, págs. 107-154 (http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n004653_Concurso%20de%20acreedores%20y%20consorcio%20conyugal.pdf).

PASTOR ÁLVAREZ, M.^a del Carmen, *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, 1998.

PAZ RUBIO, José M.^a, *et al.*, *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2000.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de familia*, Universidad de Madrid (Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones), Madrid, 1989.

-«Arts. 1.358, 1.362, 1.363, 1.365, 1.366, 1.367, 1.368, 1.369, 1.370, 1.371 y 1.372, 1.373, 1.396 y 1.401 y 1.402», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.* (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 676, 681-686, 687-707, 768-780 y 786-792.

PERALTA CARRASCO, Manuel, «La liquidación en la comunidad universal de bienes del Fuero del Baylío», *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), Vol. XXIX, 2011, págs. 267-284.

PEREDA GÁMEZ, Francisco Javier, *Las cargas familiares. El régimen económico de las familias en crisis*, LA LEY, Madrid, 2007.

PEREIRA COELHO, Francisco, y DE OLIVEIRA, Guilherme, *Curso de Direito da família*, Vol. I (*Introdução. Direito matrimonial*), 5.^a ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa, «Capitulaciones matrimoniales y pactos que modifican el principio de cogestión establecido en el artículo 1375 del Código civil», en LASARTE ÁLVAREZ y CERVILLA GARZÓN (Dirs.), *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 367-383.

PÉREZ JORDÁ, Iván, «La responsabilidad tributaria en el pago de las sanciones tributarias», *RDUNED*, n.º 19, 2016, págs. 455-490.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, en *Tratado de Derecho de Familia*, T. V, Vol. 1, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009.

PÉREZ SANZ, Antonio, «Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales», *AAMN*, T. 26, 1985, págs. 7-34 [versión electrónica obrante en vlex.com (VLEX-233212)].

PÉREZ-JOFRE ESTEBAN, José Manuel, «El cónyuge comerciante con oposición de su consorte y la sociedad de gananciales», *AAMN*, T. XXVIII, 1988, págs. 193-232 [versión electrónica obrante en vlex.com (VLEX-247324)].

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis, y ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, Juan Antonio, «El empresario mercantil», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Lecciones de Derecho mercantil*, 14.^a ed., Tecnos, Madrid, 2010, págs. 80-95.

PESTAÑA RUIZ, Celia, «Evolución jurídica de la mujer casada en el sistema matrimonial español de la época preconstitucional», *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 16, 2016.

PIÑAR LÓPEZ, Blas, «Legitimación por concesión real», *ADC*, T. X-II, 1957, págs. 393-446.

PIOLET, Charles, *Étude sur la communauté réduite aux acquêts et la société d'acquêts jointe au régime dotal*, A. Marescq Ainé, París, 1877.

PIRES DE LIMA, Fernando A., y ANTUNES VARELA, João de Matos, *Código Civil anotado*, Vol. IV (*Artigos 1576.º a 1795.º*), 2.^a ed., Coimbra Editora, Limitada, 1992.

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *La tercería de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de Droit civil conforme au programme officiel des Facultés de Droit*, T. III (*Mariage et divorce. Régimes matrimoniaux. Successions. Donations et testaments*), Librairie Cotillon-F. Pichon, Successeur, Éditeur, París, 1901.

PRETEL SERRANO, Juan José, «Art. 1.386», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.* (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 743-746.

PRIETO BANCES, Ramón, *Los notarios en la historia de la sociedad legal de gananciales* (Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 20 de febrero de 1951), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957.

PRIETO ESCUDERO, Miguel, «El concurso de acreedores en la comunidad de gananciales», en O'CALLAGHAN MUÑOZ y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (Coords.), *Comunidad de gananciales. Cuestiones prácticas y actuales*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 303-330.

PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil*, T. I, Vol. II (*Derecho general de las obligaciones*), 3.ª ed., Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1985.

-*Fundamentos de Derecho civil*, T. IV (*Familia-Matrimonio-Divorcio-Filiación-Patria potestad-Tutela*), 2.ª ed., Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1985.

PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho civil español*, T. II (*Derecho de familia*), Vol. I (*Teoría general del matrimonio*), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947.

-*Compendio de Derecho Civil Español*, T. III (*Obligaciones y Contratos*), Vol. 2, Ediciones Nauta, Barcelona, 1966.

-*Compendio de Derecho Civil Español*, T. IV (*Familia y Sucesiones*), Vol. I, Ediciones Nauta, Barcelona, 1966.

PUIG SALELLAS, José María, «La autonomía patrimonial de la mujer casada en Derecho español», *AAMN*, T. 19, 1976, págs. 77-120 [versión electrónica obrante en vlex.com (VLEX-236114)].

QUÍLEZ ESTREMER, Martín Antonio, «La libertad capitular y los artículos 1.328, 1.320 y otros del Código Civil», *RCDI*, n.º 549, 1982, págs. 361-428.

QUIÑONERO CERVANTES, Enrique, «Notas sobre el deber de contribución a las cargas de la familia», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, págs. 691-714.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.

-«El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales», en VV. AA., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1657-1684.

-«La sociedad de gananciales (1)», «La sociedad de gananciales (3). La gestión de la sociedad» y «La sociedad de gananciales (4). El pasivo de la sociedad», en YZQUIERDO TOLSADA y CUENA CASAS (Dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. III [*Los regímenes económicos matrimoniales (I)*], Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 625-712, 863-1004 y 1005-1239.

-*El Régimen de Gananciales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

RAMS ALBESA, Joaquín José, «La empresa en la sociedad de gananciales», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, págs. 715-727.

-«El pasivo del régimen matrimonial legal aragonés», *RCDI*, n.º 598, 1990, págs. 911-1008.

-*La sociedad de gananciales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

RAYNAUD, Pierre, *Les régimes matrimoniaux*, en MARTY, Gabriel, y RAYNAUD, Pierre, *Droit civil*, 2.ª ed., Sirey, París, 1985.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1983.

-«Deuda y responsabilidad en la sociedad de gananciales», *Diario La Ley*, 1986, T. 2, págs. 595 y ss. [versión electrónica obrante en *laleydigital360* (LA LEY 14709/2001)].

REDONDO TRIGO, Francisco, en «Condominio versus sociedad. El ánimo de lucro en las comunidades de bienes», *RCDI*, n.º 731, 2012, págs. 1739-1764.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, «Conceptos generales y elementos de delimitación», en REGLERO CAMPOS (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2.^a ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003, págs. 57-180.

REPRESA POLO, María Patricia, «Eficacia de la cesión frente al deudor cedido: las condiciones del pago liberatorio», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2009 (http://www.indret.com/pdf/631_es.pdf).

REYES LÓPEZ, María José, «La incidencia del régimen económico matrimonial sobre el control y la transmisión de la empresa familiar individual», en FERNÁNDEZ GIMENO y REYES LÓPEZ, *La empresa familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 19-123.

REYES MONTERREAL, José María, *El régimen legal de gananciales*, Gráficas Menor, Madrid, 1962.

RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La comunidad postganancial*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

ROCA JUAN, Juan, «Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial (El artículo 1.413 del Código civil)», *ADC*, T. XII-II, 1959, págs. 481-534.

ROCA SASTRE, Ramón María, «La comunidad de gananciales: destino de éstos en caso de renuncia», *RCDI*, n.º 63, marzo de 1930, págs. 161-177.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, «Perspectivas notariales de la reforma del Código civil», en *Curso de conferencias sobre la reforma de los Códigos Civil y de Comercio por Ley 14/1975 de 2 de mayo-(Año 1977)*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1978, págs. 87-128.

RODRÍGUEZ ENNES, Luis, «En torno al Derecho romano de obligaciones», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 5, 2001, págs. 693-710.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a Eugenia, *Disposición de bienes gananciales*, Aranzadi, Navarra, 2000.

ROGEL VIDE, Carlos, *La responsabilidad civil extracontractual (Introducción al estudio jurisprudencial)*, Civitas, Madrid, 1977.

ROYO MARTÍNEZ, Miguel, *Derecho de Familia (Exposición elemental del Derecho civil español para la iniciación de estudiantes universitarios)*, Imprenta Suárez, Sevilla, 1949.

RUBIO CREMADES, Enrique, «La ley 2 de mayo de 1975: comentarios a una reforma», *Persona y Derecho*, n.º 6, 1979, págs. 589-594.

RUEDA PÉREZ, Manuel Ángel, y RUEDA PÉREZ, José María, «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981», *RDP*, n.º 66, 1982, págs. 556-593.

SAIZ GARCÍA, Concepción, *Acreedores de los cónyuges y régimen económico matrimonial de gananciales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

SALOMONE FU NICOLA, Luigi, y SALOMONE DI ENZO, Luigi, «Le obbligazioni dei coniugi in comunione legale e la solidarietà matrimoniale», en OBERTO, Giacomo, *Gli aspetti patrimoniali della famiglia, I rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi nella fase fisiologica ed in quella patologica*, Cedam, 2011, págs. 615-630.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *La codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y de consumación. Estado del Derecho civil de España, común y foral antes y después de la promulgación del Código civil y Trabajos preliminares para la formación de algunos apéndices del Derecho foral (1811 a 1890)*, Establecimiento tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1890.

-*Estudios de Derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil é historia general de la legislación española*, T. V (2.^a ed.), Vol. 1.^o (*Derecho de familia*), Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1898.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo, *Disolución y liquidación de los regímenes matrimoniales. Sociedad de gananciales y regímenes forales de comunidad*, Ed. Reus, Madrid, 2016.

SANCHO-ARROYO Y LÓPEZ DE RIOBOO, Javier, «Artículo 46», en ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, T. XXXIII, Vol. 1.^o (*Artículos 1 a 47 de la Compilación de Aragón*), Edersa, Madrid, 1986, págs. 502-512.

SANCIÑENA ASURMENDI, Camino, *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Dykinson, Madrid, 1996.

-«Inscripción en el Registro Mercantil de la oposición de un cónyuge al ejercicio del comercio por parte del otro cónyuge», *RCDI*, n.º 635, 1996, págs. 1519-1538.

SANTANA PÁEZ, Emelina, y SENENT MARTÍNEZ, Santiago, «Liquidación del régimen económico matrimonial, con especial referencia al concurso de las personas físicas. Incidencia de la Ley 22/2003 de 7 de julio en las normas del CC y la LEC relativas a la responsabilidad por deudas contraídas por un cónyuge casado en régimen de gananciales», en LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ *et al.*, *El Derecho de familia. Novedades en dos perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 91-137.

SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 2.^a ed., Ed. Montecorvo, Madrid, 1977.

-*Código Civil (Comentarios y jurisprudencia)*, Ed. Comares, Granada, 1991.

SANZ VIOLA, Ana María, «La gestión de los bienes gananciales y las adquisiciones a título oneroso, y a costa del caudal común, realizadas por uno de los cónyuges por separado», *RCDI*, n.º 583, 1987, págs. 1753-1766.

SASTRE PAPIOL, Sebastián, «Art. 84», en SAGRERA TIZÓN, SALA REIXACHS y FERRER BARRIENDOS (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal (Con Concordancias, Jurisprudencia y Formularios)*, T. II (Arts. 71 al 162), Bosch, Barcelona, 2004, págs. 1031 y ss.

SCALESE, Vincenzo, y SCALESE, Fernanda, *Codice della persona e della famiglia (Annotato con la giurisprudenza)*, Giuffrè Editore, Milán, 2009.

SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, «La protección del acreedor en la sociedad legal de gananciales», en VV. AA., *Temas de actualidad en Derecho de familia*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, 2006, págs. 165-285.

SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, «Artículo 6», en SALA REIXACHS (Dir.) y BALDÓ DEL CASTAÑO y RUEDA MARTÍNEZ (Coords.), *Comentarios al Código de Comercio, Doctrina y jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. I, Atelier, Barcelona, 2002, págs. 239 y ss.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, «La comunidad conyugal en liquidación», *RDCA*, n.º 13, 2007, págs. 11-55.

SERRANO MONFORTE, Manuel, *Ejercicio del comercio por mujer casada*, Tecnos, Madrid, 1974.

SICCHIERO, Gianluca, *La responsabilità patrimoniale*, en SACCO, R. (Dir.), *Trattato di Diritto civile, Le obbligazioni*, 2, Utet Giuridica, 2011.

TALMA CHARLES, Javier, «Compatibilidad de las gestiones conjunta, disjunta e individual, en el régimen de gananciales», en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2003, págs. 567-602.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, 4.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1987.

TORRALBA SORIANO, Vicente, «Artículo 1.319», en AMORÓS GUARDIOLA *et al.*, *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1977, págs. 1072-1094.

-«Arts. 1.347, 1.362, 1.363, 1.364, 1.366, 1.367, 1.368, 1.369 y 1.373», en AMORÓS GUARDIOLA *et al.*, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1602-1613, 1660-1684, 1691-1719 y 1734-1756.

TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María, «Ejecución: Partes (arts. 538-544)», en GARBERÍ LLOBREGAT (Dir.), *Los procesos civiles (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia)*, T. 4 (Arts. 517 a 633 LEC), Bosch, Barcelona, 2001, págs. 356 y ss.

TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, «La administración de los bienes comunes en la sociedad de gananciales», *RDP*, n.º 69, 1985, págs. 723-764.

UREÑA GUTIÉRREZ, Pablo, «Ejecución de bienes gananciales (Art. 541 LEC)» y «Las capitulaciones matrimoniales otorgadas en fraude de los derechos de los acreedores, la tercería de dominio y el art. 541 LEC», en BROCÁ, MAJADA y CORBAL FERNÁNDEZ, *Práctica Procesal Civil*, T. VII (Arts. 517 a 570 LEC), 23.ª ed., Bosch, Barcelona, 2014, págs. 6255-6291 y 6292-6294.

VALLÉS AMORES, María Luisa, «La posición jurídica de la mujer a través de las reformas del Derecho de familia», *Feminismo/s*, 8, diciembre 2006, págs. 115-130.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario, *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho civil español*, T. IV (Parte especial. Derecho de familia), 2.ª ed., Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1921.

VÁZQUEZ ALBERT, Daniel, «Art. 77», en SAGRERA TIZÓN, SALA REIXACHS y FERRER BARRIENDOS (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal (Con Concordancias, Jurisprudencia y Formularios)*, T. II (Arts. 71 al 162), Bosch, Barcelona, 2004, págs. 979-985.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, «La desprotección de los terceros en la mutabilidad de las capitulaciones», *Diario La Ley*, n.º 4, 1981, págs. 950-954 [versión digital obrante en *laleydigital360* (LA LEY 14171/2001)].

-*Régimen económico del matrimonio (Ley 11/1981, de 13 de mayo)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

VELA SÁNCHEZ, Antonio José, *Actuación individual de los cónyuges y responsabilidad ganancial*, Tecnos, Madrid, 1997.

VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso, *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Ed. Colex, Madrid, 1989.

VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción al Derecho Mercantil*, 18.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

VICENTE DOMINGO, Elena, «El daño», en REGLERO CAMPOS (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2.ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003, págs. 219-302.

VIGNEAUX, Paul-Émile, *De la communauté réduite aux acquêts*, Charles Noblet, París, 1867.

VIVAS TESÓN, Inmaculada, «Las transformaciones del Derecho de familia desde una perspectiva de género», en VÁZQUEZ BERMÚDEZ, Isabel (Coord.), *Investigaciones multidisciplinares en Género: II Congreso Universitario (Nacional) Investigación y Género*, Universidad de Sevilla, 2010, págs. 1207-1231.

-*El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situación de crisis matrimonial*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 2016.

YÁÑEZ VIVERO, Fátima, «Deudas de un solo cónyuge y responsabilidad ganancial según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADC*, T. LIII-II, 2000, págs. 553-626.

-«La anotación de embargo sobre bienes privativos por confesión tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *RCDI*, n.º 668, 2001, págs. 2535-2550 [versión digital obrante en *vlex.com* (VLEX-328396)].

-*Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «El perturbador artículo 1.092 del Código Civil: cien años de errores», en VV. AA., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 2109-2135.

ZANÓN MASDEU, Luis, *La separación matrimonial de hecho*, Ed. Hispano Europea, Barcelona, 1974.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Alimentos y cargas familiares (Cuadernos de Familia, 4)*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999.