

A propósito de varias sentencias de nuestro Tribunal Supremo sobre la responsabilidad de las deudas contraídas por un cónyuge casado bajo el régimen de gananciales

por

M.^a EUGENIA SERRANO CHAMORRO

Catedrática de Derecho Civil en la Escuela de Empresariales de Valladolid

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN GENERAL.
- II. DISPOSICIONES CIVILES A TENER EN CUENTA.
- III. ESTUDIO DE ALGUNAS SENTENCIAS.
- IV. NUESTRA DOCTRINA.

Son muchas las sentencias y aspectos jurídicos que podemos encontrar en un tema tan práctico y tan usual sobre el funcionamiento de las relaciones económicas entre los cónyuges, no exentos de polémicas jurídicas, sobre todo cuando se trata de desvincular la responsabilidad de los bienes gananciales acudiendo a la vía del nuevo pacto de capitulaciones matrimoniales. ¿Se pueden comprometer los bienes comunes por actuación individual de uno solo de los cónyuges? ¿Responden los bienes gananciales o los privativos del cónyuge actuante? Estos interrogantes y otros que iremos viendo los trataremos de resolver en el estudio que presento a continuación.

I. INTRODUCCIÓN GENERAL

Nuestra vida social nos enseña que son muchos los matrimonios existentes en España, y aunque ya muchos acuden a la opción que les brinda el artículo 1315 del Código Civil (1), son muchos también los que por dejadez, ignorancia, necesidad, acuerdo o, en cierto caso comodidad, siguen sometién-dose al régimen de gananciales como primer régimen económico que regula las relaciones patrimoniales.

Es lógico que la vida en común conlleve numerosas actuaciones de los cónyuges de forma conjunta o separada, cada uno llevará un trabajo o un encargo de labores que pueden determinar responsabilidad y compromiso de esas gestiones. ¿Hasta dónde puede comprometerse un cónyuge? ¿Puede hacer lo que considere conveniente? Son abundantes los trabajos que se han publicado sobre la responsabilidad de los bienes comunes y también son muchas las sentencias que se han dictado al respecto, ello indica la preocupación de estas personas, muchas de ellas carentes de estos conocimientos jurídicos, y de la extensión de esta responsabilidad, que en muchos casos buscan remedio a esta falta de conocimiento y cuando acuden en ayuda de protección jurídica se les aconseja un cambio de régimen económico, no exento de polémicas como se verá.

Trataré de enfocar este trabajo desde el punto de vista jurídico y jurisprudencial, tratando de dar cabida a las preocupaciones de los cónyuges que en unos casos de buena fe y en otras con ánimo de salvaguardar sus bienes, acuden a las distintas opciones que les puede ofrecer el marco legal.

¿Cuál es la normativa a tener en cuenta? Comenzaré con el análisis de algunos artículos de nuestro Código Civil, sin olvidar la legislación hipotecaria, mercantil, concursal y el procedimiento civil en la LEC.

II. DISPOSICIONES CIVILES A TENER EN CUENTA

El porcentaje de personas que contraen matrimonio es bastante amplio, pero no todas estas personas, aunque sean ingenieros, arquitectos o médicos saben que pueden elegir el régimen que va a regular su vida en común. La formación jurídica no te la dan en el colegio o instituto, ni mucho menos en una carrera completamente distinta a la de Derecho, estas cuestiones tan normales en la vida práctica las podemos ir adquiriendo a base de golpetazos o comentarios con amigos, pero lo que quiero indicar es que muchas personas desconocen el alcance de sus propios compromisos, como el hecho de que por

(1) Artículo 1315: «El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código».

casarte ya sean comunes las rentas obtenidas o el trabajo realizado, etc., y cuando surge algún problema serio es cuando ya van a un experto en la materia, y puede ser que le aconsejen el cambio de régimen, si es que querían un patrimonio separado. Voy a analizar el tema de responsabilidad de los bienes gananciales, y parto de una serie de artículos a favor y en contra de ciertos problemas que expondré.

Se puede elegir el tipo de régimen económico (art. 1315 CC), si desconozco esta opción, o lo hago mal (lo escribo en un papel), el artículo 1316 del Código Civil (2) dispone que: «A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales». Si pretendo cambiar de régimen, en base al principio clave de la autonomía de la voluntad en materia contractual, lo puedo hacer como señala el artículo 1317 del Código Civil: «La modificación del régimen económico-matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros». Si se discute sobre la forma de hacerlas, estaremos al artículo 1335 del Código Civil: «La invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos. Las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe». Si bien varios autores, entre los que se encuentra SAN ROMÁN MORENO (3), enfatizan el calvario de los acreedores, pues el cambio de régimen económico-matrimonial coloca al acreedor en una situación próxima a la indefensión, desde el momento en que para el cobro de su crédito o reconocimiento de su derecho ha de acudir a la vía judicial aunque en ésta no sea oponible frente al acreedor el cambio de estado patrimonial conyugal operado con posterioridad al nacimiento de la deuda o derecho.

La persona casada parece reforzar y dar más cobertura a la hora de responder de sus deudas, pues como expone SAÍZ GARCÍA (4), el artículo 1319 del Código Civil abarca una responsabilidad amplia si se le compara con el deudor no casado, toda vez que por las deudas contraídas a partir de actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, el cónyuge actuante no solamente vincula frente a terceros su patrimonio propio —configurado también por la parte que le correspondiera de los gananciales— sino también, ampliando así la garantía patrimonial, todo el patrimonio común —y, por tanto, también la parte que en el mismo correspondiera a su cónyuge—, si bien, en este último caso, de manera subsidiaria.

(2) El artículo 1321 del Código Civil exige: «Para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública».

(3) SAN ROMÁN MORENO, J. R., «Planteamiento general», en *Régimen económico-matrimonial y la protección de acreedores*. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPD, Madrid, 1995, *op. cit.*, pág. 62.

(4) SAÍZ GARCÍA, C., *Acreedores de los cónyuges y régimen económico-matrimonial de gananciales*. Ed. Thomson, Navarra, 2006, *op. cit.*, pág. 24.

Merece especial atención, como normas de régimen matrimonial primario, atender al contenido de los siguientes artículos del Código Civil:

Artículo 1318. *Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.*

Artículo 1319. *Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encomendados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma.*

De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge.

El que hubiere aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial.

Artículo 1322. *Cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos.*

No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge.

Artículo 1323. *Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.*

Artículo 1324. *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.*

Como es sabido, el régimen económico-matrimonial de gananciales genera, dentro de la esfera jurídica conyugal, tres masas patrimoniales: una ganancial, prevista para hacer frente a la satisfacción de los intereses familiares, y dos privativas, correspondientes a cada uno de los cónyuges. Todas ellas constituyen el soporte de responsabilidad patrimonial de los eventuales acreedores de los cónyuges. La distribución de deudas así como de las correlativas responsabilidades se realiza a partir de las normas recogidas en los artículos 1319 (de aplicación general a todos los regímenes) y 1362 a 1374 del Código Civil. Estos preceptos han servido a la doctrina para distinguir entre un pasivo provisional de la sociedad de gananciales o *erga omnes*, y un pasivo definitivo o *inter partes*, haciéndose referencia con estas denominaciones a los distintos aspectos de la deuda, esto es, como responsabilidad y deuda respectivamente (5).

(5) Vid. SÁIZ GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 27, al completar que: «con la primera de las denominaciones se hace referencia a aquellas deudas cuyos acreedores podrán hacerlas efectivas

Veamos el contenido de estos artículos:

La sección tercera lleva como rúbrica «de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales».

Artículo 1362. *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.*

Artículo 1363. *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.*

Artículo 1364. *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.*

Artículo 1365. *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.*

Artículo 1366. *Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito*

acudiendo directamente a los bienes gananciales. Mientras que con la segunda, esto es, con la denominación de pasivo definitivo consorcial, se hace referencia a aquellas otras que, finalmente, tras haber sido satisfechas, bien voluntaria bien forzosamente por cualquiera de los patrimonios privativos de los cónyuges, deberá soportar el patrimonio ganancial.

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.

Artículo 1367. *Los bienes gananciales responderán, en todo caso, de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro.*

Artículo 1368. *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.*

Artículo 1369. *De las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad, responderán también solidariamente los bienes de ésta.*

Artículo 1370. *Por el precio aplazado del bien ganancial adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro responderá siempre el bien adquirido, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código.*

Artículo 1371. *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.*

Artículo 1372. *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.*

Artículo 1373. *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.

Artículo 1374. *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.*

Sección cuarta: «De la administración de la sociedad de gananciales».

Artículo 1375. *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.*

Artículo 1376. *Cuando en la realización de actos de administración fuere necesario el consentimiento de ambos cónyuges y uno se hallare impedido para prestarlo, o se negare injustificadamente a ello, podrá el Juez suplirlo si encontrare fundada la petición.*

Artículo 1377. *Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges.*

Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el Juez, previa información sumaria, autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes.

Artículo 1378. *Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, podrá cada uno de ellos realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso.*

Sentadas estas bases legales, SÁIZ GARCÍA (6) afirma que la clave está en que al carecer de personalidad jurídica, la sociedad de gananciales no puede contraer deudas. Son los cónyuges quienes se obligan y cuando lo hacen para satisfacer necesidades de la sociedad, será este patrimonio el que deberá soportar en última instancia el pago, por lo tanto, estamos ante la responsabilidad ganancial definitiva y recurre a la STS de 3 de noviembre de 2004 (7) que en su FD 2.º precisa que «en los matrimonios regidos por las normas de la sociedad de gananciales si la obligación la contrae, *nomine proprio*, uno de los cónyuges será el único deudor, no el otro; y que pese a ello, responderán directamente ambos cónyuges con los bienes comunes si 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».

En mi opinión, no puede predicarse una postura radical y contundente, hay que ver siempre el caso concreto, analizar e investigar en profundidad la actuación de uno o de los dos cónyuges y la forma de realizarlo. Estamos cansados de comprobar como nuestro ordenamiento jurídico sienta unas bases a tener en cuenta, pero dependiendo de la forma de conjugar estas actuaciones el resultado puede cambiarse. Es frecuente decir que el derecho no son unas matemáticas y que los jueces pueden valorar la situación concreta, y de hecho lo hacen, se pueden apreciar desde distintos puntos de vista una misma situación, y vemos como el TS puede confirmar la sentencia de primera instancia, o rechazarla, es por ello, que recalco la necesidad de analizar detalladamente la situación concreta siempre sobre la base legal de nuestro cuerpo legal, por este motivo el presente trabajo quiere analizar algunas sentencias relevantes sobre la responsabilidad o no de los bienes gananciales que dependerá de la actuación de uno o de ambos cónyuges.

(6) *Ob. cit.*, pág. 28.

(7) STS de 3 de noviembre de 2004 (RJ 2004/6868).

Tanto si las deudas se contraen por los cónyuges de manera individual dentro de su ámbito de legítima actuación, como si la actividad que las origina excede de los límites de dicho ámbito, la solución de la ganancialidad o privatividad de la deuda, es decir, de la responsabilidad provisional ganancial o privativa por incumplimiento de la misma, dependerá de un juicio previo consistente en su efectiva adscripción a las calificadas legalmente como deudas de las que responde la sociedad de gananciales. En consecuencia, la deuda deberá estar reflejada en el ámbito de los supuestos recogidos en los artículos 1365, 1366 y 1368 del Código Civil, para que frente al acreedor respondan junto con los bienes propios del cónyuge deudor los bienes gananciales.

Si el artículo 1369 del Código Civil amplía el soporte patrimonial del deudor en los casos en que la deuda hubiera sido contraída por uno solo de los cónyuges, siempre que tal deuda fuera también de la sociedad, debemos indagar en la actuación individual del cónyuge deudor, y por ello el «interés familiar» constituye el eje en torno al cual gira la responsabilidad de ese patrimonio especialmente afecto al levantamiento de las cargas familiares. Es la apariencia de una actuación en interés de la familia la que toma como clave el legislador para configurar los supuestos en que el patrimonio ganancial constituye la garantía del acreedor, supuestos previstos en las normas de nuestro cuerpo legal cuya finalidad es la de establecer la responsabilidad externa y directa de la sociedad de gananciales.

Es muy interesante la obra de MARTÍN MELÉNDEZ (8) que, entre otras cuestiones, analiza las deudas pendientes a cargo de la sociedad a favor de terceros, ofreciendo la distinción entre deuda-responsabilidad en la sociedad de gananciales, acudiendo a diversos criterios que determinan qué deudas son definitiva o internamente comunes, citando en primer lugar como criterio objetivo, el de la clase de acto a través del cual se ha contraído la deuda, o el de obtención para la sociedad de un real beneficio patrimonial, actuación en provecho de la familia (al que acude frecuentemente nuestro TS), o el del acuerdo de los cónyuges, que a mi parecer puede ocasionar algunas confusiones. Añade que también existen unos criterios determinantes de la responsabilidad externa de los bienes comunes, que están dirigidos a los acreedores y que tienen un aspecto subjetivo, como es el que los bienes gananciales responden frente a los acreedores cuando la obligación fue contraída por ambos cónyuges conjuntamente o por uno con el consentimiento del otro, o bien cuando uno de los cónyuges asume el ejercicio de determinadas actividades.

En este trabajo lo que pretendo es analizar algunas de las muchas sentencias que se han dictado en nuestro ordenamiento sobre el carácter privativo o ganancial de la deuda contraída por uno solo de los cónyuges constante la sociedad de gananciales.

(8) MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La liquidación de la sociedad de gananciales*. McGraw Hill, Madrid, 1995, pág. 334 y sigs.

III. ESTUDIO DE ALGUNAS SENTENCIAS

1. STS de 17 de marzo de 2010 (9). Contempla la adquisición por el esposo de dos apartamentos estando recurrida la sentencia de separación. Se declara la firmeza de la disolución del régimen económico producida con dicha resolución y se determina la ausencia de presunción de ganancialidad al no acreditarse su adquisición con dinero ganancial.

Se resumen los hechos en su FD 1.º:

- 1.º Don Justiniano y doña Elena habían contraído matrimonio en 1962. Tenían una hija, doña Camila, demandada en este pleito.
- 2.º Los cónyuges se separaron el 2 de abril de 1998, en que se dictó sentencia en el procedimiento de separación instado por la esposa. Dicha sentencia declaró la separación legal de los cónyuges y la disolución del régimen económico-matrimonial. El marido apeló, impugnando los pronunciamientos relativos a la atribución del uso de la vivienda conyugal y la pensión compensatoria; la apelación fue estimada parcialmente por sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 4 de febrero de 1999.
- 3.º El procedimiento de liquidación del régimen de gananciales se inició a continuación y la esposa demandante en este litigio, recurrida en casación, presentó propuesta de cuaderno particional, sin que hiciese ninguna alusión a la inclusión de dos apartamentos en Benidorm, cuya ganancialidad se discute en el presente procedimiento.
- 4.º El marido falleció de muerte violenta en el año 2000. Había nombrado heredera a su hija doña Camila.
- 5.º Lo que se discute en el presente procedimiento es si dos apartamentos situados en Benidorm tienen la cualidad de bienes gananciales. A los efectos de una mejor comprensión se van a denominar EDIFICIO000 y APARTAMENTO000. Los hechos probados en relación a la adquisición de estos dos apartamentos son los siguientes:
 - a) EDIFICIO000. De los documentos aportados se deduce que don Justiniano adquirió el apartamento mediante un contrato privado de compraventa el 7 de octubre de 1998. Figura en los autos una carta del comprador a los vendedores en la que les comunica que lo cede a su hija doña Camila.
 - b) APARTAMENTO000. El apartamento fue puesto a la venta a finales de 1998; los propietarios vendedores confirmaron que la venta se concertó con don Justiniano en un documento privado, otorgado el mes de diciembre de 1998, que se elevó a público

(9) STS de 17 de marzo de 2010 (RJ 2010/2403).

el 3 de marzo de 1999. En la actualidad figura inscrito a nombre de la hija y heredera.

- 6.º Doña Elena demandó a su hija, doña Camila. En la demanda pidió que los apartamentos descritos se declararan gananciales por considerar que en el momento de la compra aún estaba vigente la sociedad constituida por el matrimonio, al no haber sido firme la sentencia de separación hasta el 22 de febrero de 1999. Se opuso la demandada, para quien tales adquisiciones tuvieron lugar una vez disuelta ya la sociedad de gananciales.
- 7.º La sentencia del juzgado de 1.ª instancia, número 3 de Burgos, de 29 de julio de 2005, desestimó la demanda, reservando expresamente a la actora las acciones de las que se crea asistida respecto a los bienes que supuestamente integren la sociedad de gananciales. Dice que se produjo una especial relevancia de la fecha de la disolución del régimen. Señaló que: *a)* de los hechos probados se deduce que la esposa no tuvo ninguna intervención en la adquisición de los dos apartamentos, puesto que los cónyuges ya estaban separados; *b)* utilizando las sentencias de esta Sala sobre los efectos que deben atribuirse a la separación de hecho, entiende que la separación de los cónyuges ya estaba decretada con el auto de medidas provisionales, siendo además incuestionable que desde hacía dieciséis meses se encontraban separados de hecho, «por lo que carecía de todo sentido pretender que el primer y esencial paso para liquidar la sociedad conyugal [...], se hiciera tomando como fecha de referencia la de la firmeza de la sentencia de separación»; *c)* la sociedad de gananciales se encuentra sin liquidar, y *d)* el régimen había quedado ya extinguido tiempo atrás, siendo sustituido por el de separación.
- 8.º Apeló la demandante. La sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª, de 17 de febrero de 2006 (*JUR* 2006/98315), estimó el recurso de apelación. Los argumentos son: *a)* especial relevancia del momento de la disolución del régimen y en base a la STS de 30 de enero de 2004 (*RJ* 2004/438), concluye que la sentencia de separación quedó firme después de dictada la de apelación, por lo que la disolución de la sociedad de gananciales no se produjo hasta febrero de 1999; *b)* partiendo de lo anterior, considera que los apartamentos adquiridos por el marido en 1998 eran gananciales; *c)* la cesión efectuada por el padre a favor de la hija del EDIFICIO000 era nula.
- 9.º Contra esta sentencia interpone doña Camila recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El TS estima el recurso de casación y la anulación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos.

2. STS de 21 de octubre de 2009 (10) contempla la simulación de una serie de negocios jurídicos relacionados con el régimen de bienes para dificultar las reclamaciones de Hacienda por unas deudas contraídas por la sociedad anónima de la que eran consejeros los hermanos. Hay un cambio de régimen aparente: no se restauraba el régimen que se había extinguido con el pacto capitular, sino precisamente se destruía la apariencia creada y se mantenía entre los cónyuges el régimen que rigió su matrimonio desde el momento de la celebración del mismo sin interrupción.

En el FD 1.º se resumen los hechos probados:

- 1.º La demandante, doña Santiago, estaba casada con don Felipe, demandado. Doña Santiago formaba parte del consejo de administración de la sociedad ÁNGEL J. GONZÁLEZ VILLA, S. A., a la que la Agencia Tributaria había reclamado una deuda y habiendo resultado fallida la ejecución, acordó la derivación de la responsabilidad a los administradores. La notificación de la resolución de Hacienda se produjo el 3 de mayo de 1996 a la demandante y a sus hermanos, que se encontraban en su misma situación.
- 2.º Las hermanas Micaela y Santiago tomaron la decisión de llevar a cabo una serie de operaciones jurídicas para evitar el embargo de los bienes inmuebles que pertenecían a las respectivas sociedades de gananciales, pretendiendo que no aparecieran bienes en el Registro de la Propiedad a nombre de los deudores. A tal efecto, se realizaron las siguientes operaciones: a) doña Santiago y su esposo otorgaron una escritura de capitulaciones matrimoniales el 4 de junio de 1996, en la que pactaron el sistema de separación de bienes, liquidaron la sociedad de gananciales, hasta aquel momento vigente, e hicieron el inventario de los bienes. Se adjudicó al marido una finca, gravada con una deuda de 6.000.000 de ptas.; no se incluyeron unos planes de pensiones pertenecientes al marido; se adjudicó a la esposa una finca consistente en una vivienda familiar denominada «DIRECCIÓN000». La hermana de doña Santiago, doña Micaela, casada a su vez, realizó la misma operación; b) El 6 de junio de 1996, doña Santiago donó a sus hijos menores la nuda propiedad de la finca que se adjudicaba en la partición de la sociedad, nombrando usufructuario a su esposo; c) El mismo 6 de junio, doña Santiago y don Felipe firmaron un documento privado cuyo contenido es el siguiente: «que el pasado 4 de junio han otorgado escritura de capitulaciones matrimoniales ante la Notaría [...] pactando el régimen matrimonial de separación de bienes; no obstante lo cual, ambos cónyuges reconocen el carácter ganancial de todos sus bienes y manifiestan ex-

(10) STS de 21 de octubre de 2009 (RJ 2009/5701).

presamente su deseo de seguir rigiéndose, a todos los efectos, por el régimen económico-matrimonial de gananciales. Por ello, los cónyuges se obligan a suscribir cuantos documentos públicos o privados fueran necesarios para restablecer oficialmente el régimen legal de gananciales, bastando para ello el solo requerimiento de uno de ellos hacia el otro»; *d*) Las mismas o parecidas operaciones efectuaron los hermanos de doña Santiago.

- 3.º Al producirse la crisis matrimonial, doña Santiago demandó a su esposo pidiendo: *a*) que se declarara la nulidad por simulación, de la escritura de capitulaciones matrimoniales y de la liquidación de los gananciales; *b*) la nulidad de la escritura de donación; *c*) que la totalidad de los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges con posterioridad al matrimonio y los adquiridos después del otorgamiento de la escritura pública eran gananciales.
- 4.º La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Valladolid, de 15 de julio de 2004, estimó la demanda y declaró la nulidad por simulación absoluta de todas las operaciones efectuadas. Señaló que de las pruebas practicadas se deducía que: «[...] las capitulaciones matrimoniales, liquidación de la sociedad ganancial y posterior donación obedecieron única y exclusivamente a la intención de las hermanas Santiago y Micaela y sus respectivos esposos, de deshacerse de los bienes que aparecían a su nombre en el Registro de la Propiedad, [...] sin perjuicio de que tal planteamiento no hubiera soportado la más mínima confrontación jurídica» si se hubiera procedido a investigar las operaciones realizadas. «Es claro que lo que se pretendía era dificultar la actuación investigadora de la AET a la hora de hallar bienes de los deudores, pues cuando hiciesen consultas a los Registros de la Propiedad no aparecerían bienes a nombre de los deudores sino de sus cónyuges e hijos [...]». Los indicios que llevan al juzgador a considerar que se produjo esta simulación son: *a*) la «sospechosa coincidencia en el tiempo» entre la comunicación por parte de la AET y las operaciones relativas al régimen de bienes; *b*) inexistencia de causas que justifiquen la donación; *c*) el volumen de gastos que comportaban todas estas operaciones en un momento de crisis económica de la familia; *d*) el documento privado suscrito el 6 de junio en que se expresa que continúa el régimen de gananciales; *e*) la omisión de diversos bienes en la liquidación de la sociedad; *f*) la inclusión de un pasivo ficticio de 6.000.000 de ptas., y *g*) la propia situación personal de las partes, puesto que el conflicto se suscitó después de la separación matrimonial. A la vista de los antecedentes, la sentencia concluyó que debía ser estimada la demanda, «pues los distintos negocios jurídicos simulados en las dos escri-

turas firmadas escondían una causa ilícita, pues solo pretendían hacer desaparecer sus bienes de los registros públicos y constituían una clara simulación, pues en ningún momento se pretendió pactar el régimen de separación de bienes y liquidar la sociedad ganancial, ni tampoco posteriormente donar la demandante a sus hijos el bien que le había sido adjudicado [...]

- 5.º La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, de 2 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/90605), confirmó la apelada, aceptando los razonamientos de la sentencia de 1.ª instancia. Añadió que la situación «obedeció a una operación previamente diseñada para que los diferentes componentes de la entidad mercantil “Ángel J. González Villa, S. A.” se colocaran en situación de insolvencia», porque el mismo día que los litigantes (6 de junio de 1996) y en la misma notaría, la hermana de la demandante/recurrida liquidó de idéntica forma su sociedad de gananciales y efectuó la misma donación, concluyendo que «la verdadera razón de las capitulaciones y donación era la situación generada por las deudas de la empresa familiar. Y la operación fue diseñada para que, a pesar de que nada figurara a nombre de la señora Santiago, el matrimonio siguiera usando y disfrutando de todos los bienes».
- 6.º Don Felipe presenta contra esta sentencia recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.3 LEC, con un único motivo y recurso de casación, al amparo del artículo 477.1 LEC, dividido en cinco motivos. Ambos recursos fueron admitidos por auto de 17 de junio de 2008.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 2-3-2005, dictada por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid.

3. STS de 18 de febrero de 2009 (11) en un supuesto de escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de gananciales. Estamos ante la venta de cuota indivisa de un bien inmueble con obligación de responder de las posibles consecuencias fiscales de la venta en proporción a sus cuotas. Los copropietarios se hacen cargo del pago de los impuestos correspondientes según la participación en la propiedad.

Se resumen los hechos en su FD 1.º:

- 1.º Don Marco Antonio y su esposa doña Lorenza otorgaron capítulos matrimoniales el 4 de noviembre de 1991, donde modificaron el régimen de bienes, pactando el de separación absoluta. En dicha

(11) STS de 18 de febrero de 2009 (*RJ* 2009/1496).

escritura se insertó el siguiente pacto: «CUARTO. En ningún caso los bienes de uno de los cónyuges responderán de las deudas, obligaciones y responsabilidades contraídas por el otro ni derivadas de cualquier actividad del otro, aunque ésta redundase en beneficio de la familia, salvo el caso de que expresamente uno de ellos avale o afiance al otro». En la misma fecha se otorgó una escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, en la que se establecían las bases de la partición en relación a la finca situada en Madrid, CALLE000, NÚM000 - NÚM001; el pacto séptimo establecía lo siguiente: «Como consecuencia de lo anterior se entiende adjudicado a doña Lorenza cinco séptimas partes del referido edificio y a don Marco Antonio las dos séptimas partes [...]». El 24 de febrero de 1992 se otorgó escritura de disolución de la sociedad de gananciales, incluyéndose el siguiente pacto: «Que las posibles consecuencias fiscales de la venta de la casa en la CALLE000 NÚM000 y NÚM001 de Madrid serán soportadas en su día en la proporción, 5/7 y 2/7 en que ha resultado adjudicado el neto de la misma».

- 2.º El 24 de febrero de 1992 los consortes don Marco Antonio y doña Lorenza vendieron a Paradores de Turismo de España, S. A., la finca situada en la CALLE000 NÚM000 - NÚM001 de Madrid.
- 3.º Doña Lorenza falleció poco después, habiendo nombrado herederas a sus hijas por partes iguales y correspondiendo al viudo la correspondiente legítima.
- 4.º El 15 de febrero de 1995, la Inspección Tributaria levantó acta a don Marco Antonio por razón de la venta del inmueble de la CALLE000, proponiéndose una liquidación de 547.376.619 ptas. (3.289.399,74 euros). Don Marco Antonio puso en conocimiento de las herederas el acta levantada, sin obtener respuesta alguna.
- 5.º Don Marco Antonio demandó a doña Margarita y doña Mariana, con la expresa finalidad de que se determinara si en el caso de que llegara a consolidarse la deuda tributaria, las herederas de la esposa vendedora de las 5/7 partes del inmueble debían o no soportar el pago de los impuestos en la cuantía proporcional a que ascendiera la deuda. A tal efecto pedía en el suplico de la demanda que: «a) se declare la obligación de las demandadas de soportar, en proporción a su respectivo haber hereditario y con todos sus bienes, heredados o no, el pago de las 5/7 partes del importe a que ascienda la deuda tributaria liquidada a mi mandante [...]; b) se condene a las demandadas a estar y pasar por esta declaración y, consecuentemente, se las condene a reembolsar a mi mandante, en esa proporción, el importe de las 5/7 partes de dicha deuda, caso de que la misma llegara a consolidarse».

Las demandadas contestaron la demanda separadamente, alegando en lo esencial, que la deuda tributaria era únicamente del actor, que las cláusulas de los capítulos referidas a las cargas eran contradictorias y que dicha reclamación suponía un enriquecimiento injusto del demandante.

- 6.º La sentencia de Juzgado de 1.ª Instancia, número 41 de Madrid, desestimó la demanda. Después de fijar los hechos probados, dijo que en virtud de la escritura de capítulos matrimoniales, cada cónyuge debía responder con sus propios bienes frente a terceros de las deudas que contrajera a partir del pacto sobre el régimen de bienes y ello en aplicación del pacto 4.º de la escritura de capítulos y que ante la aparente contradicción entre la escritura de capítulos y la de disolución de la sociedad de gananciales, debían prevalecer los pactos contenidos en la primera escritura, porque los de la segunda no tenían virtualidad para cambiar los de la primera. Por ello, «resultando de la documentación aportada que el acta levantada al demandante por la Inspección de tributos del Estado fue motivada por haber declarado la venta en el porcentaje de cotitularidad que le correspondía como una renta proveniente de un incremento patrimonial no afecto a ningún tipo de actividad empresarial, pese a que dicho inmueble se encontraba afecto a una de las actividades empresariales realizadas por don Marco Antonio, ha de considerarse que la contingencia fiscal no tiene su origen en la venta del inmueble sino más bien en el ejercicio de una actividad empresarial que desempeñaba el actor [...]».
- 7.º Don Marco Antonio apeló la sentencia, que fue revocada por la de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19, de 2 de abril de 2003, que estimó la demanda presentada por don Marco Antonio y afirmó que no se trataba de discutir si las herederas debían responder por deudas de su padre, sino por las propias, como efecto de la aceptación de la herencia de la madre, «pues aquellas obligaciones fiscales no nacen de actos del padre, sino de la venta del inmueble dicho, respecto del cual se habían pactado unas condiciones que han de cumplirse a tenor de lo querido por los contratantes».
- 8.º Doña Mariana y doña Margarita interponen recurso de casación, que fue admitido por el Auto de esta Sala de 26 de junio de 2007.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 2-4-2003, dictada por la Sección Decimovena de la Audiencia Provincial de Madrid.

4. STS de 20 de junio de 2008 (12) plantea un problema de cargas y responsabilidades de la sociedad, en un supuesto de adquisición por el marido, sin consentimiento de la mujer, de un inmueble con subrogación en el préstamo hipotecario que lo gravaba. Se estima carácter privativo de la deuda, no obstante efectuarse la adquisición bajo el régimen de gananciales y para la sociedad conyugal.

Los hechos se describen en la sentencia, resumiendo:

Demandante: Caja Postal.

Demandados: Los cónyuges.

1. La entidad actora ejercita acción personal de reclamación de la cantidad pendiente de cobro de un préstamo con garantía hipotecaria en el que se subrogaron los demandados, después de que, en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria no se cubrió la cantidad reclamada al adjudicarse la finca por cifra inferior.
2. La codemandada, doña María Dolores, opuso falta de legitimación pasiva, con fundamento en que la escritura de compra de la finca y subrogación en la hipoteca fue otorgada únicamente por su marido, el codemandado señor Luis Antonio, y era un acto privativo del mismo; además de que el matrimonio otorgó capitulaciones, pactando el régimen de separación y la liquidación de la sociedad de gananciales, meses antes de la resolución del préstamo, cuyo impago fue posterior a las capitulaciones, y en dicha escritura no figuraba ni la finca como activo ni el crédito hipotecario como pasivo.
3. El Juzgado de Primera Instancia estimó el carácter privativo de la operación, no obstante la manifestación realizada en la escritura de compraventa y subrogación en el sentido de que se adquiriría para la sociedad de gananciales, manifestación que basta para la inscripción pero no vincula —dice el Juzgado— al otro cónyuge si no presta su consentimiento expreso o tácito, y tal consentimiento no se ha probado. Al efecto, verifica una lectura de los artículos 1347.3 en relación con los 1361 y 1362, todos ellos del Código Civil, en el sentido de que la presunción de ganancialidad, entendida como adquisición a costa del caudal común, implicaría un destino unilateral de fondos comunes que no puede realizar sin el consentimiento de su cónyuge. Y deduce de los artículos 1362.2 del Código Civil y 1365.1 del Código Civil, en relación con el artículo 1370 del Código Civil, que no existe una directa de los bienes gananciales por las deudas de disposición hechas por uno solo de los cónyuges, no

(12) STS de 20 de junio de 2008 (RJ 2008/4262).

Vid. Comentario a esta sentencia en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, num. 79/2009, por Henar ÁLVAREZ ÁLVAREZ.

jugando la regla del artículo 1367 del Código Civil en defecto de prueba del consentimiento del otro cónyuge, que ha de sufrir la parte actora como reclamante, lo cual implica que aunque el bien adquirido tenga la naturaleza de ganancial no responden todos los bienes gananciales, sino solo el bien adquirido, hasta el límite del propio bien, y después los demás privativos del adquirente y, por lo dispuesto en el artículo 1373 del Código Civil, la mitad del valor que al cónyuge adquirente corresponda en la sociedad de gananciales. Ello conduce a la desestimación de la demanda frente a doña María Dolores.

4. En casación la posición del recurrente se traduce en la consideración de que siendo ganancial el bien que se adquiere, ha de ser ganancial la obligación convenida para la adquisición, según se deduce, en su criterio, de los preceptos que se invoca.

El motivo se desestima, toda vez que ni la ganancialidad del bien determina la de la obligación de pago del precio (en el caso del crédito hipotecario), ni ello se deduce de las normas cuya vulneración se denuncia. En el caso, el codemandado don Luis Antonio, marido de la también demandada doña María Dolores, adquirió un inmueble verificando un pago inicial mínimo del precio, más el IVA de la operación, y subrogándose en la hipoteca que gravaba el inmueble para pago del resto del precio. La adquisición se produce para la sociedad de gananciales, según declara el propio comprador, y así se inscribe en el Registro de la Propiedad, al amparo del artículo 93.4 del Reglamento Hipotecario. En el momento de la adquisición, el matrimonio se rige por la sociedad de gananciales. Poco después, otorgan los cónyuges capitulaciones matrimoniales y liquidan la sociedad de gananciales. No figuran el bien adquirido, ni la hipoteca que lo grava, en el inventario. La hipoteca se ejecuta y, no alcanzando el precio de remate a cubrir la totalidad del crédito hipotecario, se reclama ahora frente a ambos cónyuges la parte no cubierta. La esposa opone que no intervino en la operación, que fue privativa del marido, así como que la adquisición del bien se produjo para el patrimonio privativo del marido y, en definitiva, que no responden los bienes gananciales de la deuda contraída para la adquisición del bien.

El Juzgado de Primera instancia acepta, en definitiva, esa posición, a cuyo efecto pone de manifiesto las siguientes consideraciones que conducirían a la solución indicada:

- a) No hay prueba del consentimiento expreso o tácito del cónyuge que no intervino en la operación.

- b) El bien adquirido no figuraba en el inventario de gananciales cuando, poco después, se otorgó la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales.
- c) La presunción de ganancialidad aplicada al caso en los términos que resultan de la literalidad de los preceptos contenidos en los artículos 1347.3.º, 1361 y 1324 del Código Civil implicaría un destino unilateral por parte de un cónyuge de fondos comunes que no puede realizar sin consentimiento del otro.
- d) Ni del artículo 1362.2 ni del artículo 1365.1 del Código Civil se deduce la responsabilidad directa de los bienes gananciales. El primero de los citados se refiere a la responsabilidad definitiva, o entre cónyuges, y no a la provisional, o frente a terceros; el artículo 1365.1 no se refiere a la adquisición, sino a la gestión y disposición, y el artículo 1370 del Código Civil dispone que el bien adquirido responde siempre, en los casos de adquisición por un cónyuge sin consentimiento del otro, de un bien ganancial, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes, lo que significaría —dice el Juzgado— que no responden todos los bienes de la sociedad de gananciales, y ello porque no pueden ingresar bienes en el patrimonio ganancial contra la voluntad o con desconocimiento del otro cónyuge.
- e) En definitiva, concluye el Juzgado, de esa parte aplazada del precio de compra responderán el propio bien, sin la afección real, los privativos del adquirente y, por lo dispuesto en el artículo 1373 del Código Civil, la mitad del valor que a éste le corresponda en los gananciales.
- f) No jugando la regla del artículo 1367 del Código Civil, puesto que no hay prueba del consentimiento de la esposa, y la prueba corresponde a quien reclama, es la parte actora la que debe sufrir las consecuencias adversas de la falta de prueba.

Por lo tanto en esta sentencia se ve claro el carácter privativo de la deuda por parte del marido, no respondiendo la mujer de la deuda pactada por su esposo, pues no se prueba el consentimiento de la mujer bajo ninguna forma (art. 1367 CC). Responde el propio bien y los bienes privativos del marido y su parte en los gananciales.

5. STS de 6 de febrero de 2008 (13) para un caso de deuda contraída por el esposo vigente la sociedad de gananciales, quien responde de su deuda, independientemente de quién de los dos cónyuges sea el deudor. Siendo la modificación del régimen económico-matrimonial indiferente a los derechos de los acreedores anteriores a tal cambio.

(13) STS de 6 de febrero de 2008 (RJ 2008/2661).

Para ellos se invocan varias sentencias. 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 (SSTS de 21 de noviembre de 2005 [RJ 2005/7850], 1 de marzo de 2006 [RJ 2006/1860], 3 de julio de 2007 [RJ 2007/ 3792], etc.). Es evidente que tal cambio no puede afectar al derecho de los acreedores anteriores que de otra forma verían mermadas las garantías de las deudas. El hecho de que la deuda sea del esposo y de otro nada empece a esta responsabilidad, puesto que la deuda y la responsabilidad se mantienen, a lo que debe añadirse que la responsabilidad no se rige por el conocimiento o desconocimiento que la esposa tuviera de la deuda existente, sino por la condición de ganancial del bien que se le adjudicó, afecto a la responsabilidad generada por las deudas contraídas por su cónyuge durante el régimen, que desaparece de la masa al pactar la separación de bienes.

Este criterio recogido en esta sentencia es fiel reflejo de la postura mayoritaria recogida en nuestro Derecho, se debe de propiciar un ambiente cálido de confianza para que exista tráfico jurídico, de lo contrario la gente sería muy reacia a contratar.

6. STS de 3 de julio de 2007 (14), su Fundamento de Derecho 2.º dispone: «El artículo 6 del Código de Comercio establece que “en el caso del 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... Para que los demás bienes comunes queden obligados será necesario el consentimiento de ambos cónyuges”». Pero el artículo 7 del propio Código establece una presunción, de modo que «se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando el comerciante ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición del cónyuge que deba prestarlo». Esta regla debe ser integrada con el artículo 1365.2 del Código Civil en relación a la responsabilidad de los bienes gananciales, que «responderán directamente» de las deudas contraídas: 2.º en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio [...] Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio. Estas normas han sido interpretadas por la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que el artículo 6 del Código de Comercio no precisa que el consentimiento del cónyuge deba ser expreso, siendo suficiente el tácito «cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo».

(14) STS de 3 de julio de 2007 (RJ 2007/3792).

7. STS de 25 de septiembre de 2007 (15), afirma que es doctrina jurisprudencial consolidada en la interpretación del artículo 1317 del Código Civil, que éste despliega todos sus efectos con independencia de que pueda pedirse la declaración de ineficacia de los capítulos. Por ello se ha afirmado reiteradamente por esta Sala que no es necesario pedir la nulidad de las escrituras de capítulos matrimoniales, ya que lo que establece el artículo 1317 del Código Civil «es una responsabilidad *ex lege*, inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en su consecuencia, no se requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o de nulidad de clase alguna». Cuando el artículo 1317 del Código Civil establece que «la modificación del régimen económico-matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros» determina que los cónyuges no pueden oponerse a las ejecuciones contra los bienes que pertenecieron a la masa de los gananciales a pesar del cambio de régimen, independientemente de la declaración o no de la nulidad de los propios capítulos, siempre que se den los requisitos exigidos en el propio artículo 1317, cuya concurrencia en el presente caso se examinará más adelante. 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. Se trata de una doctrina consolidada jurisprudencialmente.

8. STS de 5 de octubre de 2007 (16), *se estima la responsabilidad por deudas contraídas por uno solo de los cónyuges, al contraerse la deuda por el marido en el desarrollo de la actividad comercial ejercida con conocimiento y sin la oposición de la esposa*. En el Fundamento de Derecho 4.º se dispone: «La deuda, de naturaleza mercantil, fue contraída por el marido en el desarrollo de su actividad comercial, la cual ejercía con conocimiento y sin oposición de su esposa, habiéndose concertado la operación que dio lugar a la misma con anterioridad a la liquidación del régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales y su sustitución por el régimen de separación de bienes. Por consiguiente, de dicha deuda deben responder los bienes gananciales, aunque se hayan atribuido a la esposa con ocasión de la liquidación de la sociedad, sin que obste a que la demanda se dirija contra ambos cónyuges el que la obligación haya sido contraída por uno solo de ellos, pues, al responder los bienes de la sociedad, puede demandarse al

(15) STS de 25 de septiembre de 2007 (RJ 2007/5362).

(16) STS de 5 de octubre de 2007 (RJ 2007/6798).

interviniente con notificación de la demanda al cónyuge no deudor, o formular la misma contra ambos cónyuges. Así resulta de los artículos 1.365.2.º y 1.317 del Código Civil y 6.º y 7.º del Código de Comercio y doctrina jurisprudencial. El artículo 1365.2.º del Código Civil —que actúa hacia el exterior (sentencia de 27 de marzo de 1999)— establece que los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes, y seguidamente remite al Código de Comercio si el marido o la mujer (uno de los cónyuges), «fueren comerciantes». En este Código se exige que para que los bienes comunes queden obligados, el consentimiento de ambos cónyuges, pero se presume el consentimiento cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo, o cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro (arts. 6.º, inciso final, 7.º y 8.º del Código de Comercio). La doctrina de esta Sala es reiterada en el sentido de que, conforme a la normativa mercantil, los bienes gananciales quedan sujetos a la actividad de comercio conocida y consentida que lleva a cabo uno de los cónyuges. Por otra parte, el artículo 1.317 del Código Civil previene que la modificación del régimen económico-matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, y la doctrina jurisprudencial es clara en orden a la sujeción de los bienes adjudicados en la liquidación respecto de las deudas de que deben responder los bienes gananciales, sin necesidad de pedir la rescisión por fraude de las capitulaciones ni tener que demostrar que no se pueden cobrar de otros modos los créditos.

Por lo expuesto, se desestima el motivo primero porque la responsabilidad de los bienes gananciales deriva de la normativa mercantil aplicable al caso de autos, con independencia de que la señora Ángeles no haya intervenido en la operación de que deriva el crédito por el que se acciona en la demanda, y que conociera o no su concreta concertación, pues el conocimiento sin oposición del ejercicio del comercio por el señor Gonzalo crea la presunción legal de consentimiento, sin que nada obste a que la reclamación pueda también dirigirse contra la misma como litisconsorte voluntario, de ahí que no haya incongruencia. Y asimismo se desestima el motivo tercero porque el artículo 1.373 del Código Civil, cuya infracción se denuncia, se refiere a deudas privativas que tienen un régimen jurídico diferente».

9. STS de 16 de febrero de 2006 (17) para un supuesto de responsabilidad ganancial por deudas de comercio. Se dice que procede el embargo de bienes gananciales. Se trata de bienes adquiridos constante matrimonio por el marido para el desarrollo de la actividad propia de la sociedad familiar en la

(17) STS de 16 de febrero de 2006 (RJ 2006/641).

que participa la esposa tercerista por deudas contraídas en el desempeño de la actividad comercial conocida y consentida por su consorte.

A mi modo de ver, es un supuesto muy frecuente en el que uno de los cónyuges realiza una actividad comercial y sostiene a la familia, como vamos a ver dependerá de cada caso el que se pueda embargar los bienes gananciales o no. En el presente supuesto se trata de una sociedad de carácter familiar (los partícipes son los esposos o hijos), teniendo la actividad desarrollada por ella carácter ganancial. Hay pleno conocimiento por la sociedad y los cónyuges saben perfectamente sus actuaciones, por ello dice la sentencia que: «De acuerdo con el artículo 1365.2.º del Código Civil, los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge “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, cuyo artículo 6 establece que si se trata de personas casadas, para que los bienes comunes del matrimonio puedan quedar obligados es preciso el consentimiento de ambos cónyuges, que se presume otorgado, a tenor del artículo 7, cuando se ejerce actividad comercial con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo, habiendo declarado la jurisprudencia que, conforme a la normativa mercantil, los bienes gananciales quedan sujetos a la actividad de comercio consentida y conocida que lleva a cabo uno de los esposos (sentencias de 6 de junio de 1994 [RJ 1994/4585], 10 de noviembre de 1995 [RJ 1995/8116] y 30 de diciembre de 1999 [RJ 1999/9095]). Es claro que en el presente caso, el esposo ejercía el Comercio, si bien a través de «Comercial Picar, S. L.», con conocimiento y consentimiento de la tercerista, participe en la sociedad, por lo que carece, también desde este punto de vista, de legitimación para interponer tercería de dominio sobre bienes gananciales, subsistente la sociedad conyugal».

10. STS de 1 de marzo de 2006 (18), pone énfasis en la subsidiariedad de la acción rescisoria por fraude de acreedores en la modificación de régimen económico-matrimonial. Se basa en el carácter subsidiario de la acción rescisoria. Se estima, por lo general, que para la subsistencia y efectividad de dicha garantía no es necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente, ya que del sentido general de los artículos 1399, 1403 y 1404 del Código Civil se desprende que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiese formulado debidamente inventario, pues, en

(18) STS de 1 de marzo de 2006 (RJ 2006/1860).

Vid comentario a esta sentencia en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 73/2007, por Margarita CASTILLA BAREA.

otro caso, y por aplicación de las normas de las sucesiones (arts. 1401 y 1402 en relación con el 1084 del Código Civil), tal responsabilidad será *ultra vires*.

La jurisprudencia, sin embargo, no parte de una incompatibilidad absoluta entre la acción rescisoria y la reclamación dirigida contra el cónyuge adjudicatario, pues en ocasiones se atribuye virtualidad al artículo 1317 del Código Civil, para privar de eficacia a las capitulaciones matrimoniales cuando se evidencia que fueron destinadas a defraudar a un acreedor, y sin que sea preciso para ello obtener declaración de insolvencia en un juicio previo; se admite la rescisión de las capitulaciones cuando se prueba que el crédito no se había podido hacer efectivo al no encontrar la ejecutante bienes del deudor para aplicarlos a tal fin, así como que demandante y demandada consintieron la modificación de su régimen matrimonial de bienes y la adjudicación de los hasta entonces gananciales con el fin de procurar al primero una situación de insolvencia o de insuficiencia económica para no cumplir obligaciones válidamente contraídas; o, finalmente, se proclama expresamente la alternatividad entre ambas acciones, declarando que los acreedores podrán acudir a la acción rescisoria (art. 1291.3 CC), siempre de carácter subsidiario, o dirigir la acción de reclamación contra el cónyuge deudor o contra el no deudor en los bienes que las nuevas capitulaciones le adjudiquen, de donde se desprende que jurisprudencialmente no queda excluido de manera radical y absoluta el ejercicio de la acción rescisoria contra los actos de liquidación de la sociedad de gananciales, aunque siempre será menester que se cumplan los presupuestos necesarios para su ejercicio, entre los que figura, como se ha repetido, el requisito de la subsidiariedad, que puede concurrir en supuestos extraordinarios en que, en aras de las circunstancias concurrentes, se demuestre que la responsabilidad atribuida al cónyuge adjudicatario sea por sí misma ineficaz para la garantía de los derechos de los acreedores defraudados.

11. STS de 15 de julio de 2005 (19), sobre el embargo de bienes gananciales. Una deuda ganancial derivada del afianzamiento solidario realizado por uno de los cónyuges del préstamo concedido a la sociedad familiar de la que es socio.

Se sigue manteniendo el criterio del beneficio o interés familiar como determinante de la responsabilidad de los bienes.

En el presente caso, el Supremo cita varias sentencias como la del 28 de septiembre de 2001 (*RJ* 2001/7134): en esta ocasión ha quedado suficientemente acreditado que la sociedad avalada era una compañía familiar, que desenvolvía su negocio en la órbita de la sociedad ganancial de la que resultaba beneficiaria de las actividades negociales positivas que se desarrollaban. En el caso presente se trata de deuda derivada de la actividad comercial desplegada por el marido, en su condición de administrador único y socio mayoritario de la so-

(19) STS de 15 de julio de 2005 (*RJ* 2005/9237).

ciudad 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 su familia (sentencia de 30 de diciembre de 1999 [*RJ* 1999/9095]), integrándose dichas actividades en el número 5.º del artículo 1347 del Código Civil y hace aplicable los artículos 6 y 7 del Código de Comercio.

Igualmente la Resolución General de los Registros y del Notariado expone lo siguiente: el Código Civil ha tenido que admitir supuestos de válida actuación unipersonal de uno solo de los cónyuges en los que resultan obligados los bienes gananciales, sin necesidad de una actuación conjunta de los dos cónyuges, como sucede entre otros, en los supuestos del artículo 1365 de dicho cuerpo legal. Al estar pues, autorizado en determinados casos uno de los cónyuges a obligar por sí solo a los bienes de la sociedad conyugal, cuando esto suceda, en las relaciones entre el cónyuge contratante y los terceros aparecerá interesado también el esposo no contratante debido a su coparticipación en la comunidad de gananciales y habrá que tratar igualmente de cohonestar los derechos que el tercero como acreedor pueda ostentar sobre el patrimonio ganancial con los del otro cónyuge no interviniente. El Código Civil ha pretendido solucionar la cuestión distinguiendo de una parte el aspecto externo de la relación, en donde en base a la protección del tráfico del artículo 1339 engloba, en el mismo plano, frente al acreedor, la masa de privativa del cónyuge deudor y la de gananciales como objeto de responsabilidad, sobre el que puede hacer efectiva la acción nacida de su crédito, y de otra parte el aspecto interno de relación de los dos esposos a fin de que mediante el reintegro entre las diferentes masas patrimoniales, pueda realizar la liquidación atribuyendo la deuda a la que realmente corresponda, según se expresa fundamentalmente en los artículos 1319, párrafo último, y 1364 del Código Civil. En sentencia dictada por esta Sala, de fecha 14 de septiembre de 2001, se manifiesta que ha quedado suficientemente acreditado que la sociedad avalada era una compañía familiar, que desenvolvía su negocio en la órbita de la sociedad ganancial, la que resultaba beneficiaria de las actividades negociales positivas que desarrollaban y así lo pone de manifiesto el examen en vía casacional de los hechos probados que se dejan reseñados. En esta línea, la sentencia de 2 de julio de 1990 (*RJ* 1990/5765) contempló un supuesto de aval a cargo de un cónyuge que actúa en favor de la explotación regular de los negocios, que favorecerían al consorcio ganancial, haciendo aplicación del artículo 1632.2.º y 4.º del Código Civil, para declarar la existencia de deuda común, y de igual forma se pronuncia la sentencia de 11 de abril de 1972 (*RJ* 1972/1666), tratándose de aval que afecta a establecimiento mercantil y no cabe apreciar que fuera exclusivamente gratuito por tratarse de aval solidario sometido a la norma segunda del artículo 1145 del Código Civil (sentencias de 21 de noviembre [*RJ* 1987/8638] y 29 de diciembre de 1987 [*RJ* 1987/9656]).

12. STS de 25 de octubre de 2005 (20), sobre responsabilidad por deudas contraídas por uno solo de los cónyuges, debiendo distinguir entre la responsabilidad por deudas originadas en el desempeño de la profesión y las derivadas de culpa extracontractual.

El supuesto es similar a tantos otros, deuda contraída por el marido, disolución de la sociedad de gananciales y separación de bienes.

En el supuesto contemplado en primera instancia se declara la rescisión por fraude de acreedores y se dice que la esposa debe responder de la deuda que se reclama al ser responsabilidad ganancial. En apelación y casación se confirma la misma postura. Debemos señalar algunos aspectos relevantes para su estudio.

Se imputa la responsabilidad de la deuda contraída por el esposo como ganancial, si bien en primera instancia se imputa en base al artículo 1365.2 del Código Civil, mientras que la Audiencia considera que se trata de una responsabilidad extracontractual y por ello aplica el artículo 1366 del Código Civil. La doctrina siempre ha puesto de relieve la dificultad en distinguir los supuestos de aplicación de ambos artículos y así ha venido sucediendo también en la jurisprudencia de esta Sala. Por ello resulta imprescindible el análisis del caso concreto sometido a nuestra consideración para llegar a una solución correcta.

Entre los hechos considerados probados por la sentencia de apelación destaca que el marido y la mujer habían avalado préstamos concedidos a la sociedad Discuber, S. A., de la que el marido era accionista y administrador y que los bienes recibidos del demandante habían servido para la cancelación de las deudas que ambos cónyuges tenían como avalistas. Partiendo de esta base debemos examinar las distintas opciones que se presentan al juzgador:

- «1.º La obligación de devolver el dinero aportado por el señor Bernardo puede ser considerada una carga de la sociedad de gananciales, de acuerdo con el artículo 1362.4.º del Código Civil, que atribuye esta cualidad a las que se originen por “el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge”. De aquí que la responsabilidad frente a terceros acreedores debe regirse por el artículo 1365.2.º del Código Civil. Sin embargo, contra esta consideración se levanta la objeción que esta concreta deuda no se originó en el desempeño ordinario de la profesión del señor Joaquín, sino que fue causada por el destino desviado que se dio a los fondos aportados por el señor Bernardo, que no sirvieron para ampliar el capital de Discuber, S. A., sino para saldar los avales que el mencionado don Joaquín y su esposa habían otorgado en garantía de préstamos concedidos a la sociedad de la que don Joaquín era administrador.

(20) STS de 25 de octubre de 2005 (RJ 2005/7210).

Vid. Comentario a esta sentencia en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 71/200, por Laura GÁZQUEZ SERRANO.

- 2.º En consecuencia, parece más adecuado considerar que la obligación de don Joaquín como responsable solidario de la deuda de la sociedad Discuber, S. A., debe regirse por lo dispuesto en el artículo 1366 del Código Civil, es decir, se trata de una responsabilidad extracontractual, entendida esta expresión en sentido amplio, porque no tiene su origen en un contrato, sino que se trata de una indemnización de daños y perjuicios originada por las disposiciones legales y concretamente, en los artículos 133 y 135 LSA y que, además, ha sido beneficiosa para la sociedad de gananciales, puesto que ha eliminado un pasivo de ambos cónyuges, consistente en los avales asumidos y ya aludidos, pasivo que, era una deuda de la sociedad de gananciales, interpretación que coincide con la naturaleza de la responsabilidad de los administradores que establece el artículo 135 LSA. Y ello dejando aparte la colaboración de la propia esposa en todas las operaciones económicas.
- 3.º El recurrente admite esta calificación, pero considera que al concurrir «dolo o culpa grave» del marido, la responsabilidad no corresponde a la sociedad de gananciales, sino a éste, que en el momento actual es insolvente, como lo demuestran los hechos probados. Esta objeción no es válida, porque la norma del artículo 1366 del Código Civil 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.

La conclusión es que el patrimonio ganancial resulta responsable de la deuda contraída por don Joaquín porque la actuación que la ha generado ha sido beneficiosa para la propia sociedad conyugal, lo que implica la no admisión del primer motivo del recurso».

Así pues, se busca el beneficio concedido a la sociedad de gananciales y se trata de evitar el posible engaño a los acreedores, partiendo de una responsabilidad amplia.

13. STS de 21 de noviembre de 2005 (21) para un supuesto de modificación de capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores. El acreedor puede dirigir su acción contra los bienes de carácter ganancial para obtener el cumplimiento de las obligaciones contraídas con anterioridad a la disolución del régimen económico.

Pero en este caso se presenta un tema práctico muy interesante en la vida real y que merece la pena detenernos un poco.

(21) STS de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7850).

Los cónyuges sustituyeron su régimen económico-matrimonial por el de separación absoluta de bienes y disolvieron la sociedad de gananciales adjudicando bienes a la mujer que ahora la actora, entidad bancaria, solicita que dicha adjudicación se declare nula por simulación absoluta por ilicitud de la causa por ser en fraude de acreedores dicha adjudicación, dando lugar a su rescisión.

Tanto en primera instancia como en apelación se condena a la entidad, y el Supremo declara no haber lugar al recurso, las pretensiones no prosperaron, ya que: Primero, la simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del juzgador de instancia, al declarar que había que rechazar la acción de nulidad radical por simulación por inexistencia o licitud de la causa «al ser precisamente el intercambio de prestaciones y derechos, realizado por los interesados mediante la modificación de su anterior régimen económico-matrimonial, la razón de ser del negocio realizado»; y Segundo, la acción rescisoria por fraude prevista en el artículo 1291-3.º del Código Civil en relación con el 1111 del mismo código, requiere la acreditación de que se ha producido una actuación fraudulenta y, además, tiene carácter subsidiario para los acreedores, como señala dicho apartado 3.º del artículo 1291 al referirse a «cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba», subsidiariedad que expresamente se establece en el artículo 1294 del Código Civil. En el presente caso, la Audiencia Provincial considera probado, en el Fundamento Jurídico cuarto de su sentencia, que «no existe diferencia apreciable en cuanto al valor conjunto de los bienes adjudicados a cada uno de los cónyuges», conclusión de carácter fáctico que no ha sido debidamente combatida en casación y que excluye la idea de cualquier actuación fraudulenta; por otro lado, como señala, entre otras, la sentencia de esta Sala, de 15 de marzo de 1994, «estableciendo el artículo 1317 del Código Civil —como también se establecía en el 1322, según la normativa legal vigente con anterioridad a la modificación operada por la Ley de 13 de mayo de 1981— que la modificación del régimen económico-matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, lo que hizo que el Tribunal Supremo mantuviera en abundante jurisprudencia —sentencias de 13 de junio de 1986 (*RJ* 1986/3547), 10 de septiembre (*RJ* 1987/6046) y 14 de octubre de 1987 (*RJ* 1987/7099), 24 de noviembre de 1988 (*RJ* 1988/8705) y 25 de enero (*RJ* 1989/124) y 20 de marzo de 1989 (*RJ* 1989/2186)— que a tales efectos es innecesario pedir la nulidad de las escrituras de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad legal de gananciales, ya que lo que aquel precepto consagra es una responsabilidad *ex lege*, inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en su consecuencia, no se requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o nulidad de clase alguna». De ahí que, al subsistir el derecho del acreedor a dirigir su acción contra los bienes de carácter ganancial para obtener el cumplimiento

de las obligaciones contraídas con anterioridad a la disolución de tal régimen económico, se falta a la condición de subsidiariedad que acompaña a la acción rescisoria por fraude».

Este es el dato clave para prosperar la acción, *la condición de subsidiariedad que acompaña a la acción rescisoria por fraude*. Por lo tanto, hay que acudir a la responsabilidad privativa o ganancial, pero en cualquier caso hay que marcar los parámetros para que llegue a buen fin.

14. STS de 3 de noviembre de 2004 (22), estamos ante un supuesto de responsabilidad de los bienes comunes por la deuda contraída sin el concurso ni el consentimiento de su consorte.

En casación se estima la infracción del artículo 1261 del Código Civil, habiendo sido condenada como deudora la mujer a consecuencia de dos contratos de fianza en los que no fue parte contratante, ya que no consistió en celebrarlo. Si no ha consentido las fianzas no puede ser condenada como fiadora.

Se hace necesario distinguir entre deuda (deber de realizar la prestación) y responsabilidad patrimonial (sujeción del patrimonio propio a la facultades de agresión de los acreedores, para la satisfacción 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 solo uno y, por lo tanto, no los dos o uno con el consentimiento del otro, casos previstos en el artículo 1367 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.

Una de las deudas de tal condición es la que menciona el artículo 1365.1.º del Código Civil, precepto que aplicó la Audiencia Provincial para calificar las que causaron la condena (en cuanto nacidas del ejercicio de la gestión de los bienes gananciales), en términos que no cabe sino mantener.

Por ello, la esposa adeuda la suma que admitió deber, al allanarse a la demanda, pero no el resto, ya que no celebró el contrato que lo generó, aunque, junto con su cónyuge, el otro demandado, responda directamente de todo el débito con los bienes gananciales.

15. STS de 11 de diciembre de 2003 (23) para un caso de hacer extensiva a la esposa e hijos del administrador de una sociedad anónima la responsabilidad de gestión social. La actividad de la sociedad no es una deuda ganancial ni aparece fraude de ley o abuso del derecho, y no puede acudirse

(22) STS de 3 de noviembre de 2004 (RJ 2004/6868).

(23) STS de 11 de diciembre de 2003 (RJ 2003/412).

a los bienes de la esposa ni del hijo para exigir responsabilidad del administrador que era el marido-padre.

16. STS de 18 de marzo de 2002 (24) para la que el artículo 1317 del Código Civil otorga una eficacia decisiva para hacer efectiva la deuda sin necesidad de pedir la rescisión por fraude de las nuevas capitulaciones y sin tener que demostrar que no se pueden cobrar de otro modo los créditos.

El Fundamento de Derecho 3.º señala: «...de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1317 del Código Civil, que dispone que la modificación del régimen económico-matrimonial, realizada durante el matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, y la interpretación dada al mismo por la doctrina de esta Sala en sentencias de 26 de junio (RJ 1992/5478) y 7 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9098), 21 de julio (RJ 1994/6573) y 13 de octubre de 1994 (RJ 1994/7482), y 25 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7274), de otorgar al referido precepto una eficacia decisiva para hacer efectiva la deuda sin necesidad de pedir la rescisión por fraude de las nuevas capitulaciones y sin tener que demostrar que no se pueden cobrar de otro modo sus créditos».

Decretando que alcanza la responsabilidad de esta condena a los bienes que le fueron adjudicados en la división y liquidación de bienes de la sociedad de gananciales.

17. STS de 27 de noviembre de 2002 (25), contempla un supuesto de capitulaciones matrimoniales que pactan separación de bienes, con un posible fraude de acreedores.

En primera instancia se considera que hay rescisión por fraude de acreedores, confirmándose en apelación. En casación se confirma solo en parte.

El siguiente supuesto nos indica: Que los cónyuges demandados otorgaron capitulaciones matrimoniales, concertando el régimen legal de separación de bienes, adjudicándose la vivienda a la esposa. Que como consecuencia de lo anterior no resultó efectivo el embargo trabado en el procedimiento ejecutivo. Que a la mujer se le adjudicaron la totalidad de los bienes inmuebles que componían el haber ganancial, adjudicándose el marido solo acciones, entre ellas la de la sociedad afianzada.

La Sala, asimismo, constata: «El contrato de descuento bancario fue firmado y afianzado el 27 de octubre de 1993, las letras que con posterioridad fueron objeto de impago, fueron presentadas al descuento con fecha valor de 8 de marzo de 1994, es decir, que el 8 de marzo el Banco entregó las cantidades al acreditado, teniendo como garantía las letras de cambio con fecha de vencimiento de 25 de junio de 1994. En ese día de marzo ya había nacido

(24) STS de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002/2273).

(25) STS de 27 de noviembre de 2002 (RJ 2002/10280).

la obligación de pago al Banco de las cantidades descontadas. Las capitulaciones matrimoniales se firmaron el 14 de abril de 1994, cuando la obligación de devolución de las cantidades adelantadas por el Banco ya había nacido». De tales hechos, pues, sobresalen estas circunstancias: 1. El demandado actuaba con otros como fiador solidario. 2. El descuento bancario se suscribió en 27-10-1993, se efectuó el descuento el día 8 de marzo siguiente. 3. Se firmaron las capitulaciones en 14-4-1994. 4. Las letras vencían el 25-6-1994.

Al final se dan razones para sostener que la deuda no es ganancial, y se indica la necesidad de agotar la solvencia del deudor, pues la vía rescisoria de capitulaciones matrimoniales está condicionada a que el acreedor trate de obtener su crédito, agotando la vía de apremio contra el deudor.

18. STS de 7 de marzo de 2001 (26), sobre rescisión por fraude de acreedores.

Señala en su Fundamento de Derecho 2.º: «La doctrina de esta Sala tiene declarado al respecto que no es rigurosamente necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar la insolvencia o que ésta tenga que ser total, siendo suficiente que concurra minoración económica provocada para cubrir la integridad de la deuda, causándose de esta manera un real y persistente daño al acreedor o acreedores por la actuación fraudulenta del obligado, siendo esencial que del conjunto de las pruebas se llegue a la conclusión de que no pudiendo aquél cobrar lo que se le debe, carece de otro recurso legal para obtener la reparación de los perjuicios económicos que le afectan».

Se alega que la mujer no está obligada por las deudas del marido, al no existir consentimiento expreso, pero no se estima al entender que el negocio tenía naturaleza ganancial y el Código de Comercio sujeta los bienes gananciales a la responsabilidad del ejercicio comercial por uno de los cónyuges, basando el consentimiento tácito cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo.

19. STS de 29 de diciembre de 2001 (27), establece la ganancialidad de los bienes conyugales.

20. STS de 12 de enero de 1998 (28), sobre embargo de bienes gananciales por deudas propias de un cónyuge. Su Fundamento de Derecho 2.º expresa: «Una de las causas de disolución —no *ipso iure* del artículo 1392 del Código Civil— de la comunidad de gananciales a instancia de parte, que enumera el artículo 1393, es la del artículo 1373, al que se remite el último párrafo de aquél: es el embargo de bienes gananciales por deudas propias de un cónyuge, en que el otro exige que el embargo se trabase sobre la parte que

(26) STS de 7 de marzo de 2001 (RJ 2001/2729).

(27) STS de 29 de diciembre de 2001 (RJ 2001/3096).

(28) STS de 12 de enero de 1998 (RJ 1998/35).

ostenta el cónyuge deudor en la comunidad ganancial, lo que lleva consigo la disolución del régimen.

Por tanto, el cónyuge no deudor, que ve cómo le embargan bienes gananciales, tiene una opción: aceptarlo, en cuyo caso cuando en su día se ejecuten bienes suficientes para satisfacer la deuda de otro cónyuge, el deudor embargado, se reputará que éste ha recibido a cuenta, por el valor de los bienes ejecutados, parte de los gananciales que en el momento de la liquidación le corresponderían; o bien, exigir que el embargo concrete a la parte de gananciales que le corresponda al cónyuge deudor, en cuyo caso se disuelve la comunidad de gananciales y rige el régimen de separación de bienes: es la opción que contemplan los artículos 1373 y 1374 del Código Civil.

La aplicación en el proceso de esta opción que concede al cónyuge no deudor el artículo 1373 del Código Civil parte de la situación de derecho material: estando ante una deuda propia de un cónyuge, sin responsabilidad para la comunidad de gananciales y que no es una carga de ésta, se han embargado bienes gananciales en ejecución de sentencia o en juicio ejecutivo; cuando el embargo es notificado al cónyuge no deudor y éste ejerce aquella opción, puede hacerlo, como reconoce la sentencia de 29 de octubre de 1984 (*RJ* 1984/5077), en incidente en el proceso de ejecución; sin perjuicio de admitirse, en ciertos casos, la terceraía de dominio, como así entendió la sentencia de 17 de julio de 1997 (*RJ* 1997/5513).

Este ha sido el caso presente: tal como dice expresamente la sentencia de instancia, la deuda del marido no era ganancial, ya que «no se infiere en modo alguno la existencia de consentimiento expreso por parte de la esposa y así la póliza de afianzamiento viene constituida y firmada tan solo por el esposo» y advierte que el «Banco» no demandó a la esposa, respecto a la obligación solidaria de pago por razón del contrato de fianza y en la sentencia de los autos principales no se la condena al pago.

Cuando en ejecución de esta sentencia se embargan bienes gananciales, se produce exactamente el supuesto para el que está prevista la opción que concede el artículo 1373 del Código Civil: hubo una deuda no ganancial, sino propia del marido —hecho declarado así en la sentencia de instancia— y no se embargaron bienes privativos de éste, sino bienes gananciales; frente a cuyo embargo la esposa, en incidente de ejecución de sentencia, exigió que en la traba se sustituyeran los bienes comunes embargados por la parte de los bienes que le correspondan y se le adjudiquen al cónyuge deudor en la comunidad de gananciales, sustitución de la traba que es consecuencia de la disolución de la comunidad de gananciales. Así se ordenó, correctamente, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, que es objeto del presente recurso de casación.

21. STS de 10 de marzo de 1998 (29), donde se habla de la inoponibilidad del nuevo régimen hasta la inscripción de las capitulaciones en el registro. El Fundamento de Derecho 2.º expresa: «El recurrente arguye, en síntesis, que los bienes inmuebles que se adjudicó en pago de su haber ganancial, como consecuencia del nuevo régimen de separación pactado en capitulaciones, figuran inscritos “a raíz” de aquéllas como bienes privativos en el Registro de la Propiedad. Pero, aparte de que estos datos no se recogen en los hechos probados (ni se señalan fechas ni referencias fiables), no cabe que se confunda la propiedad de los bienes adjudicados con la responsabilidad por las deudas de la sociedad de gananciales que se liquida y con la imputabilidad de las deudas contraídas por el cónyuge con un tercero a dicha sociedad, mientras no se produzca la publicidad necesaria sobre un nuevo régimen económico del matrimonio. En este sentido, conviene reiterar, en atención a las dudas que suscita el sistema de publicidad adoptado por nuestra legislación, en beneficio de la seguridad del tráfico, para proteger a los terceros, frente a las modificaciones que se produzcan en el régimen económico-matrimonial que, cuando no conste en el Registro Civil, conforme con el artículo 77 de la Ley de Registro Civil, la alteración del régimen económico, habida respecto del matrimonio en cuestión, el tercero de buena fe se halla plenamente protegido, de modo que no pueden oponerse al mismo, las consecuencias jurídicas del nuevo régimen económico. Si falta esta publicidad del Registro Civil o está en discordancia con lo que resulta de la “toma de razón” en el Registro de la Propiedad cuando, como consecuencia del nuevo régimen económico-matrimonial, las capitulaciones matrimoniales afectan a inmuebles, sin perjuicio de las posibles responsabilidades en que hayan podido incurrirse, los terceros de buena fe, especialmente protegidos por el Registro Inmobiliario, no verán alterada su posición jurídica. Mas ello no significa, como parece pretender el recurrente, que los terceros, en general, estén concernidos y obligados, por la publicidad del Registro Inmobiliario al margen de lo que resulte del Registro Civil, que es, en definitiva, el que hace público para todos el régimen económico modificado».

De las normas expuestas se desprende que, siendo el marido comerciante, con consentimiento y sin oposición de la mujer, y habiéndose inscrito en el Registro Civil la modificación de las capitulaciones matrimoniales el 24 de mayo de 1989, es decir, con posterioridad al documento de reconocimiento de deuda y al fallecimiento del esposo, es claro que al pago de la misma están sujetos los bienes comunes, sin perjuicio de la responsabilidad que alcanza a los herederos.

Se concluye indicando que la deuda no puede alcanzar a los bienes privativos de la esposa, ahora bien, los bienes adjudicados siguen siendo bienes gananciales para el acreedor cuyo crédito es una partida del pasivo de la sociedad de gananciales que se disuelve y liquida.

(29) STS de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998/1042).

22. STS de 17 de julio de 1997 (30), estamos ante un procedimiento de tercería de dominio, el esposo avala, sin el consentimiento de su esposa, una póliza de crédito mercantil a favor de la Cámara Agraria, donde trabajaba. Como consecuencia del incumplimiento de esta obligación de garantía, el Banco EC promovió juicio ejecutivo contra el esposo, a resultas del cual fueron embargadas dos fincas de carácter ganancial, sin que la diligencia de embargo fuera notificada, en la debida forma, a la esposa del ejecutado. Ésta interpone tercería de dominio sobre las fincas gananciales desestimándose en primera instancia y apelación. El TS estima el recurso casando la sentencia de instancia.

Se parte de la naturaleza gratuita del negocio, aval en una póliza de crédito mercantil, otorgado por el marido; este tipo de fianza requiere, para que afecte a los bienes comunes, el consentimiento de ambos cónyuges y no el simple conocimiento.

En su Fundamento de Derecho 5.º declara que: «...a diferencia de la reivindicatoria, en la acción de tercería no se trata de declarar, ni recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo bienes indebidamente trabados, por no estar en el caso de responder de la deuda de ejecución, excluyéndoles de la vía de apremio, lo que presupone, ineludiblemente, la exigencia de que el tercerista no esté de algún modo vinculado, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba, esto es, que, con relación a dicho crédito, tenga la condición de tercero, como así viene declarado en diversas sentencias, y semejante doctrina tiene su complemento en la sustentada por la sentencia de 16 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990/8950), al declarar que la situación de tercero ha de admitirse que concurre en la esposa a espaldas de la cual se constituyó la obligación acreditadamente no ganancial, determinante del ejecutivo en el que se embargan bienes de esta naturaleza, sin que en salvaguarda de sus derechos sobre el inmueble común trabado le fuese notificada ni siquiera la pendencia del procedimiento contra su consorte.

MORALEJA IMBERNÓN (31) para sustentar estos argumentos acude a la influencia en materia de pasivo de la sociedad de gananciales del «interés de la familia» y al dato de que el marido únicamente lleva a cabo un acto mercantil aislado que, en modo alguno se enmarca en una actividad general comercial a resultas de la cual la masa ganancial pueda resultar obligada.

23. STS de 2 de diciembre de 1997 (32) es para un supuesto de compraventa realizada por el marido comerciante sin intervenir su esposa. Aunque en el presente caso hay un cambio de régimen económico de gananciales a sepa-

(30) STS de 17 de julio de 1997 (*RJ* 1997/5513) y comentada en *CC Jurisprudencia Civil*, núm. 45, septiembre-diciembre de 1997, por MORALEJA IMBERNÓN, N., pág. 1261 y sigs.

(31) *Op. cit.*, pág. 1235.

(32) STS de 2 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997/8721).

ración, y aunque hay mucha jurisprudencia al respecto, en el presente caso no se ha reclamado en la demanda la responsabilidad del patrimonio ganancial, sino que se ha interesado que se condene a ambos esposos a pagar el precio de unas compraventas, en las que la esposa-demandada no fue parte compradora.

24. STS de 13 de octubre de 1994 (33), sobre todo el carácter de deuda solidaria del matrimonio demandado se deduce de la regulación de la sociedad de gananciales en el Código Civil y de su responsabilidad por las deudas que cualquiera de los cónyuges contrae. Así, el artículo 1317 señala que la modificación del régimen económico-matrimonial realizada durante el matrimonio: «no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros». Como ocurriría en este caso a virtud de la escritura de capitulaciones en su aspecto de adjudicación de los bienes inmuebles del matrimonio a la esposa, quedando el esposo en situación de no poder pagar la deuda contraída con el vendedor del motor marino litigioso. Con ello como ha declarado esta Sala [sentencias, entre otras, de 30 de enero de 1986 (*RJ* 1986/338), 10 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987/6046) y 18 de julio de 1991 (*RJ* 1991/5399)], sin decretar la nulidad de las capitulaciones, se trata de evitar el posible fraude a los terceros derivado de la modificación de las capitulaciones matrimoniales, las que pierden su eficacia cuando fueron destinadas a defraudar al acreedor de los otorgantes, sin que sea preciso para ello obtener declaración de insolvencia en juicio previo, cuando del conjunto de la prueba —como aquí ocurre— se estima que el contrato se otorgó en fraude de acreedores, quienes no pueden de otro modo cobrar lo que se les debe. De todo ello, y de lo dispuesto en los artículos 1362, número 4.º, 1401 y 1402, resulta que, más que solidaridad de obligación frente a terceros en contra de los esposos, hay una vinculación real de los bienes adjudicados a cualquiera de ellos al liquidar la sociedad de gananciales y sustituirla por otro régimen económico-matrimonial. Ya que es de cargo de la citada sociedad la explotación regular de los negocios de cada cónyuge, respondiendo sus bienes del ejercicio ordinario de la profesión. Así [sentencias de 5 de junio de 1990 (*RJ* 1990/4733), 15 de marzo de 1991 (*RJ* 1991/2261) y otras] los bienes gananciales responden directamente frente al acreedor del marido de las deudas por éste contraídas, incluyendo la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, es decir, que existe una responsabilidad de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, y aun después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales. Y en los artículos 1401 y 1402 citados se garantiza la conservación de los créditos de terceros por las deudas de la sociedad también contra el cónyuge no deudor, por los bienes que le han sido adjudicados, pues antes es pagar que partir [sentencia de 13 de junio de 1986 (*RJ* 1986/3547)].

(33) STS de 13 de octubre de 1994 (*RJ* 1994/7482).

25. STS de 28 de abril de 1993 (34), donde se discute la modificación de las capitulaciones matrimoniales. En primera instancia se declara la nulidad de las capitulaciones y en casación se estima lícito el motivo de modificación y se declara válida dicha modificación. La causa fue la de establecer un régimen de separación de bienes entre los esposos, sin perjuicio de subrayar que el fin de ese contrato fuese el de proteger el patrimonio inmobiliario de la esposa frente a una eventual crisis de la actividad turística que pudiera repercutir en el negocio desarrollado por el esposo.

26. STS de 5 de febrero de 1991 (35), en este caso se pretende demostrar que el señor N. G., por medio de los avales en que él intervino, ha obligado los bienes gananciales a título gratuito sin intervención, ni el concurso, ni consentimiento expreso de su mujer. Se alegan varias razones, de las cuales destacamos: el supuesto ahora contemplado de contrato de fianza convertido por el recurrente, que no implica por sí acto dispositivo alguno sobre bienes conyugales: c) Asimismo los actos que se citan del Código Civil no se refieren tampoco a contratos de garantía concertados por los cónyuges sino a actos dispositivos de bienes gananciales (art. 1375), a actos de disposición a título oneroso sobre los mismos bienes (art. 1377 y el anterior art. 1413), no se trata de liberalidades sobre bienes gananciales (art. 1378) ni se está en los supuestos de los artículos 1367 ó 1828 del Código Civil, también invocados, por todo ello no concurren las infracciones que estos motivos acusan; ni las de los artículos 325, 439 y 441 del Código de Comercio, tratándose de un contrato de garantía y accesorio respecto de una obligación principal, que en el caso debatido no se demuestra la supuesta gratuidad sino basada en cubrir contratos onerosos. d) Es de tener muy en cuenta en estos autos que quien pide la nulidad de los llamados avales, por no haber intervenido en ellos su mujer, fue quien dio origen a tal nulidad, es decir, el recurrente señor N. G., avalista o fiador, y en tal concepto no tiene legitimación alguna para solicitar se declare una nulidad que surgió de sus propios y voluntarios actos. Así se deduce del artículo 1302 del Código Civil, al privar de la acción de nulidad a los que dieron lugar a la causa de nulidad que se invoca, aplicable sin duda por evidente razón de analogía, según el artículo 4, apartado 1 del mismo Código, ya que hay entre el caso previsto y el discutido identidad de razón. Por todo ello es procedente la desestimación de los motivos 2.º y 4.º, sin que se detecte infracción alguna del artículo 325 del Código de Comercio, ni del artículo 24.1 de la Constitución, en cuanto, respecto de este último, es obvio que no habiendo sido demandada la esposa del recurrente señor N. G., ni habiendo intervenido aquélla en los contratos cuya nulidad se pidió, tiene a su disposición todos los medios de defensa que el ordenamiento jurídico establece. La jurisprudencia,

(34) STS de 28 de abril de 1993 (*RJ* 1993/2952).

(35) STS de 5 de febrero de 1991 (*RJ* 1991/705).

concorde con el criterio expuesto, declaró la validez de la fianza del marido que obliga a la sociedad de gananciales, siempre que no se cree perjuicio o fraude para la mujer; lo mismo cuando la esposa conoce el ejercicio profesional del marido, o no consta oposición expresa de aquélla al ejercicio mercantil profesional de su marido. Todo ello corrobora la desestimación expresada de los citados motivos.

27. STS de 15 de marzo de 1991 (36), sobre aval otorgado por el esposo en la explotación regular de su negocio. Existe responsabilidad de los bienes atribuidos a la esposa después de la disolución de la sociedad. El marido administra los bienes gananciales y firma como avalista y afianza obligaciones mercantiles. Se establece la afección de los bienes gananciales a la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el marido, cuando actúan en interés de la familia, y la extensión de tal doctrina al caso concreto del aval, que pese a ser un negocio gratuito, como accesorio que es de otro principal, cuyo buen fin, redundará en beneficio de la sociedad, también obliga a los referidos bienes comunes.

En el caso presente, el marido como administrador único de la sociedad anónima, de capital mayoritario de la comunidad de bienes gananciales, al concretar las pólizas y los avales, en cuestión, procedía, según establece acertadamente la sentencia de instancia, en situación equiparable a la del comerciante, según el artículo 6.º del Código de Comercio, al que se presume otorgado el consentimiento del otro cónyuge para obligar a los bienes comunes, cuando se ejerza «con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo», en concordancia, con la finalidad de buscar el necesario equilibrio, entre los beneficios que para la sociedad de gananciales se derivan de tal actividad y los consecuentes riesgos y responsabilidades jurídicas que la actividad origina y produce, razones que subsisten, en el Código Civil vigente, con carácter general al disponer en el artículo 1365 que los bienes gananciales respondan directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge, cuando, según el número 2.º, éste las contraiga en el ejercicio de su profesión, arte u oficio.

Y como hemos afirmado más arriba, se vuelve a citar la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, es decir, que existe una responsabilidad de los bienes gananciales que no desaparece en estos casos por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo que determina, que aún después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales.

28. STS de 18 de julio de 1991 (37) con un voto particular en que se dice: «requisito esencial para la rescisión por fraude que no pueda el acreedor cobrar de otro modo lo que se le debe (arts. 1291-3 y 1294 del CC).

(36) STS de 15 de marzo de 1991 (RJ 1991/2261).

(37) STS de 18 de julio de 1991 (RJ 1991/5399).

29. STS de 30 de septiembre de 1991 (38) para un caso de aval prestado por la esposa. Sólo cuando la obligación avalada vence, es exigida y se persiguen bienes para hacerla efectiva, puede plantearse si la afección de bienes para su pago es o no permitida por el régimen matrimonial sin consentimiento del marido, o de la mujer, porque ambos cónyuges son iguales a dichos efectos.

Por lo demás, y aparte de lo insólito de que la esposa litigue junto a su esposo instando la nulidad de sus propios actos sin hacer ninguna salvedad para justificar su postura procesal, no cabe ignorar que si la esposa pudo obligarse y se obligó, contrajo desde entonces, en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal proclamado en el artículo 1911 del Código Civil, el deber de pagar con todos sus bienes presentes y futuros. Como aún no ha pagado, su deber subsiste y, modificado desde 1981 el derecho matrimonial, ha de tenerse presente que actualmente cuando un cónyuge contrae obligaciones personales que no cabe satisfacer con sus bienes privativos puede ser compelido a pagar con su porción de gananciales llegando, incluso, a la disolución de la sociedad conyugal (art. 1373).

El aval cambiario se concibe hoy, y así lo proclama nuestra Ley Cambiaria (art. 37), como obligación autónoma, tanto que quien garantiza o avala una letra nada de su causa puede discutir, es válido el aval aunque la obligación sea nula. La conclusión, pues, con arreglo a la tesis de la autonomía, es que no se permite al avalista discutir la provisión de fondos.

30. STS de 30 de abril de 1990 (39), sobre responsabilidad por deudas contraídas por uno de los cónyuges por afianzamiento mercantil con beneficios derivados para el matrimonio. Se estudia la distinción entre la acción rescisoria y la subrogatoria. Interesa la rescisión por fraude de acreedores que se produce cuando se evidencia que la modificación del régimen matrimonial se hizo con fin de procurar al marido una situación de insolvencia económica para no cumplir obligaciones válidamente constituidas durante el régimen ganancial, adjudicándose al esposo numerario mientras que a la esposa se le atribuyen los bienes inmuebles existentes lo que determina declarar la rescisión por fraude de los nuevos capítulos matrimoniales otorgados.

31. STS de 6 de junio de 1990 (40), sobre tercería de bienes gananciales. Se estima que estamos ante obligaciones contraídas en interés de la familia. La sentencia de instancia rechazó la tercería interpuesta por las esposas, alegando la ganancialidad de los bienes embargados, situación no apta para el ejercicio de la acción de tercería, ya que es doctrina constante —sentencias de 20 de febrero de 1987 (*RJ* 1987/701), 4 de febrero y 13 de julio

(38) STS de 30 de septiembre de 1991 (*RJ* 1991/7859).

(39) STS de 30 de abril de 1990 (*RJ* 1990/2813).

(40) STS de 6 de junio de 1990 (*RJ* 1990/4740).

de 1988 (*RJ* 1988/5992) y 19 de julio de 1989 (*RJ* 1989/5727)— que, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, la esposa no puede ser tenida como tercero y carece, por tanto a estos efectos, de legitimación, tratándose en realidad, de eludir la responsabilidad que alcanza a los bienes del matrimonio por una obligación contraída en septiembre de 1976 por los esposos que redundó en interés de la familia —sentencias de 6 de octubre de 1980 (*RJ* 1980/3616); 21 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985/6615), 20 de febrero y 29 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987/701 y *RJ* 1987/9656)—, ya que aquéllos eran socios y miembros del Consejo de Administración de la sociedad constituida con posterioridad al matrimonio, a cuyo favor prestaron la garantía que se ejecuta, como expresamente se declara acreditado en la instancia en sentencias que ya desde la de primer grado acogida por la de apelación, hacen notar, con toda razón, la plena responsabilidad de los bienes afectados bajo cualquiera de las modificaciones del Código Civil habidas, toda vez que, ya sea por la facultad del marido para obligar a los gananciales al contratar a título oneroso, ya por la atribuida a cualquiera de los cónyuges por el artículo 1365.2.º vigente, la actuación aquí contemplada no es cuestionable ni desde la vertiente civil ni desde esta otra constitucional con cita de última hora que, con claro designio dilatorio, trae a discusión el principio de igualdad sin mayores precisiones que justifiquen su extemporánea invocación.

32. STS de 16 de noviembre de 1990 (41), sobre afianzamiento prestado por el esposo y responsabilidad de la sociedad de gananciales. El caso en cuestión se contrae a determinar si a instancia de la esposa procede o no alzar la traba de los gananciales operada en un procedimiento ejecutivo seguido contra el marido, como avalista de un contrato de préstamo mercantil, de carácter gratuito y sin constancia de que dicho afianzamiento lo fuese en interés y beneficio de la familia, ni prestado en el ejercicio ordinario de su profesión arte u oficio o en la administración ordinaria de sus bienes propios (art. 1365 del Código), y sin que tampoco aparezca que, en ningún momento, la esposa hubiese sido notificada del proceso de ejecución en marcha y ni siquiera de la existencia misma del aval constituido, cuestión que ha de ser resuelta afirmativamente tal y como lo hizo el Juez de 1.^a Instancia, ya que sobre que, a diferencia de la reivindicatoria, en la acción de tercería no se trata de declarar ni recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo bienes indebidamente trabados por no estar en el caso de responder de la deuda en ejecución, excluyéndoles de la vía de apremio, lo que presupone la exigencia ineludible de que el tercerista no esté de algún modo vinculado, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba, esto es, que con relación a dicho crédito, tenga la condición de tercero, situación que ha de admitirse con-

(41) STS de 16 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990/8950).

curre en la esposa a espaldas de la cual se constituyó la obligación acreditada-mente no ganancial, determinante del proceso ejecutivo en el que se embarga-ron bienes de esta naturaleza, sin que en salvaguarda de sus derechos sobre el inmueble común trabado, le fuese notificada ni siquiera la pendencia del proce-so contra su consorte, como la doctrina viene exigiendo para la viabilidad del embargo de gananciales.

33. STS de 30 de enero de 1986 (42). Capitulaciones que modifican el régimen económico durante el matrimonio. Corresponde al deudor designar bie-nes o manifestar que carece de ellos. En este caso los demandados recurrentes otorgaron en tres actos separados pero en la misma fecha, 26 de marzo de 1980 y ante el mismo Notario, participando las respectivas esposas, tres capitulacio-nes matrimoniales en las que liquidaron y disolvieron la sociedad de ganancia-les respectiva, estableciendo un régimen de separación de bienes, siendo los bienes inmuebles sistemáticamente adjudicados a las esposas, atribuyéndose a los maridos, al contrario, unas escasas participaciones en dos sociedades y di-nero efectivo para equilibrar los lotes partibles.

En el caso concreto, *la norma del artículo 1317 del Código Civil se limita a decir que «no perjudicará la modificación del régimen económico del matri-monio, llevada a efecto durante el mismo, en ningún caso los derechos adqui-ridos por terceros»*; es evidente que con ello trata de evitar el posible fraude a los terceros derivado de la modificación de las capitulaciones y que éstas per-derán su eficacia en un caso como el debatido, en que totalmente fueron des-tinadas a defraudar a un acreedor de los otorgantes, y desde luego probado este fraude, como lo ha sido en la instancia, ha de acordarse su rescisión por esta causa, y la consiguiente ineficacia de unos contratos que habiendo reuni-do en su origen los requisitos esenciales para su validez y, por tanto, no siendo susceptibles de nulidad o anulabilidad, sin embargo se probó una lesión o perjuicio para los acreedores, dando así lugar a su rescisión por fraude; sin que quepa hablar de rescisión parcial, porque como un todo los contratos objeto de rescisión tuvieran una finalidad unívoca que impide una ineficacia parcial. En definitiva, este motivo debe ser desestimado por haber sido recta-mente aplicado por la Sala a quo el artículo 1317 del Código Civil.

Y su Fundamento de Derecho 4.º expone que: *...es innecesario obtener la declaración de insolvencia en juicio previo cuando por el conjunto de las pruebas se estime que el contrato se otorgó en fraude de acreedores, quienes no podrían cobrar de otro modo lo que se les debía. b) La misma Sala de casación (sentencia de 22 de febrero de 1913, ya citada) ha declarado que es improcedente apoyarse en que el carácter subsidiario de la acción res-cisoria impida su ejercicio en tanto el perjudicado no demuestre que carece de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio y que*

(42) STS de 30 de enero de 1986 (RJ 1986/338).

tanto la presencia o ausencia de fraude —sentencias de 18 de abril de 1925, 9 de noviembre de 1966 (RJ 1966/4860) y otras—, como la existencia del perjuicio —sentencias de 28 de diciembre de 1891 y 22 de octubre de 1931 (RJ 1931/2200)— son cuestiones de hecho sujetas al exclusivo criterio del Tribunal sentenciador en la apreciación de las pruebas.

34. STS de 15 de febrero de 1986 (43). Estamos ante un cambio de régimen económico-matrimonial, se pide la rescisión por fraude de acreedores, pero se dice que no procede por no agotar los medios idóneos para cobrar lo adeudado.

Al respecto hay que citar el Fundamento de Derecho 2.º: «Uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindir por razón de fraude, está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (art. 1.291-3.º del Código Civil), pues dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama, también, el artículo 1.294 del mismo Cuerpo legal, solo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener reparación del perjuicio, requisito que no concurre en el caso de litis, pues, si la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio —en las que se modificó el régimen económico de gananciales y se adoptó el de separación absoluta de bienes (art. 1392)— no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros —art. 26 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, y 1317 del Código Civil—, si el artículo 1401 del referido Código dispone que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservan sus créditos contra el cónyuge deudor, respondiendo, también, el cónyuge no deudor con los bienes que se le hayan adjudicado si se hubiera formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, y si el artículo 1402 establece que los acreedores de la sociedad de gananciales tienen en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias, es decir, el derecho de exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los cónyuges si no se hubiera formulado debidamente inventario o hasta donde alcancen los bienes adjudicados si se hubiera formulado (art. 1.084), es visto que, en el presente caso, no puede afirmarse que el banco actor no tuviera otro recurso legal para hacer efectivo su crédito que el ejercicio de la acción rescisoria; sin que la normativa hipotecaria constituya obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la referida liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, pues el artículo 144-2 del Reglamento Hipotecario, previendo expresamente la hipótesis aquí contemplada, dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiere inscrito la partición

(43) STS de 15 de febrero de 1986 (RJ 1986/681).

de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiese dirigido contra los respectivos adjudicatarios».

35. STS de 13 de junio de 1986 (44), sobre liquidación de la sociedad de gananciales, en cuanto a bienes privativos del marido para el pago de sus deudas.

36. STS de 14 de mayo de 1984 (45). Su Considerando 3.º expresa que: *«los bienes comunes respondían de las obligaciones contraídas por el varón actuando al servicio del consorcio, con independencia de la específica naturaleza del acto o negocio realizado, siempre que le haya movido el interés de la familia, presunción normal que sin embargo admite prueba en contrario —sentencias de 28 de junio de 1963 (RJ 1963/3506) y 4 de mayo de 1968 (RJ 1968/3720)—, fijando el alcance del anterior artículo 1408, número 1.º, y en tal sentido la sentencia de esta Sala, de 6 de octubre de 1980 (RJ 1980/3616), precisamente decidiendo sobre un supuesto de aval, tiene declarado que la no responsabilidad del patrimonio ganancial, con relación a las obligaciones contraídas por el marido a título gratuito, es un principio que debe ser interpretado a la luz de otro más general en cuya virtud cuando tales obligaciones o deudas han sido pactadas en beneficio familiar, la responsabilidad alcanza al patrimonio común y por ello se ocasiona su afección en tanto no se demuestre que el negocio fue concertado en manifiesto perjuicio de la esposa o con ánimo de sustraer al caudal del consorcio parte de los bienes, provocando su disminución.*

Resolviendo un supuesto de marcada analogía con el presente, la sentencia de 11 de abril de 1972 (RJ 1972/1666) descarta que el aval cambiario tenga que ser calificado como verdadera operación a título gratuito cuando va encaminado a facilitar el desenvolvimiento negocial de la sociedad deudora, de la que el avalista es partícipe, resolviendo de momento su situación financiera, puesto que al fiador cambiario le asisten los derechos de reembolso y subrogación a que se refieren los artículos 1838 y 1839 del Código Civil, que podrá usar frente al avalado, lo que impide catalogar el acto como presidido por un intento o fin de liberalidad, de los que son prohibidos al marido por el párrafo 1.º del artículo 1413.

Dicha solución impuesta por el régimen derogado, inaplicable en el actual en vista del sistema de administración conjunta y lo dispuesto en el artículo 1365 vigente es, sin duda, la que conviene a la situación debatida teniendo en cuenta que, según rotundo aserto de una y otra sentencia incólume en el recurso al no ser combatido por el cauce adecuado, la intervención del marido como avalista en beneficio de Teczone, S. A., de la que la sociedad

(44) STS de 13 de junio de 1986 (RJ 1986/3547).

(45) STS de 14 de mayo de 1984 (RJ 1984/2410).

de gananciales era accionista mayoritario y aquel Presidente del Consejo de Administración, lo fue también en provecho del consorcio conyugal, pues en “tal cargo tenía (don José C.) su fuente de ingresos con la que atendía a sus necesidades familiares y levantaba las cargas del matrimonio”, que de esa suerte resultaba favorecido con las ventajas obtenidas mediante la operación, lo que excluye todo vestigio de ánimo defraudatorio para la esposa recurrente o de actuación en su perjuicio.

Tal estado de cosas no ha podido verse alterado por la escritura de capitulaciones matrimoniales y separación de bienes, con liquidación de la sociedad de gananciales, otorgada meses más tarde, pues el principio de mutabilidad del régimen económico con posterioridad a la celebración de las nupcias, introducido por la Ley de 2 de mayo de 1975 y mantenido en la reforma de 1981, no puede perjudicar de ningún (sic) los derechos ya adquiridos por tercero (art. 1322, párr. 3.º y 1317, respectivamente)».

37. STS de 6 de octubre de 1980 (46). De nuevo sobre el embargo de bienes gananciales cuando estamos ante obligaciones del marido en interés y beneficio de la familia. Preciso es tener en cuenta y constatar aquí la terminante declaración de la sentencia recurrida de que la fianza constituida por el marido lo ha sido en interés y beneficio de la familia, afirmación que la Sala de Instancia basa no solo en la presunción de que las obligaciones asumidas durante el matrimonio repercuten en utilidad de éste, sino en el dato probado de que la familia de autos vive del trabajo del esposo en la entidad «Ferrer y Perdomo» —de la que él forma parte— y a cuyo favor se estipuló el aval.

Su Considerando 2.º es bastante claro: *«la particular regla —realmente inducida de las otras del Código Civil al respecto— de la no responsabilidad del patrimonio ganancial por las obligaciones contraídas por el marido a título gratuito está, a su vez, inmersa en la más general de la extensión de esa responsabilidad 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 —y así resulta de lo dispuesto en el art. 1408 del Código Civil y, en general, de las sentencias de esta Sala, de 28 de junio de 1963 (RJ 1963/3506), y 4 de mayo de 1968 (RJ 1968/3720)—, porque ese es, en definitiva, el destino propio de los bienes de la sociedad conyugal, y ese debe ser el principio general y criterio que ha de seguirse 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*

(46) STS de 6 de octubre de 1980 (RJ 1980/3616).

no administradora, a lo que responden los preceptos del Código Civil señalados en sus artículos 1408 y siguientes y 1413».

IV. NUESTRA DOCTRINA

Existen muchos libros, trabajos, artículos y comentarios sobre la cuestión tratada. Es muy difícil facilitar una postura única y sencilla sobre el punto de debate, pero creo que con los comentarios antes vistos, y con unas pequeñas indicaciones a las que haré referencia, nos podrá servir de ayudar en el estudio de estas cuestiones.

Por ello citaré algunos planteamientos ofrecidos por varios estudiosos de la materia.

Antes, hemos citado varios artículos del Código Civil para entender la sujeción de los bienes gananciales por la actuación individual de un cónyuge, como es el artículo 1365, que se refiere al ejercicio de la potestad doméstica, incluyéndose aquí todos los gastos corrientes que realiza o necesita la familia para su normal desenvolvimiento diario. Es una norma de responsabilidad que determina la sujeción de los bienes gananciales por las deudas que, cualquiera de los cónyuges, actuando individualmente en el ejercicio de la potestad doméstica, haya contraído con terceros.

También se refiere a la gestión o disposición de los bienes gananciales, este supuesto genera más problemática (47), puesto que la actuación de cualquiera de los cónyuges en la gestión de la masa ganancial ha de contar con la debida habilitación legal o capitular; si el cónyuge no ha actuado amparado por dichas habilitaciones, no quedarán vinculados los bienes gananciales, sino sólo los bienes privativos del cónyuge actuante y la mitad ganancial que le corresponde. Al respecto hay que observar las normas de nuestra Ley y Reglamento Hipotecario que nos dice como se han inscrito los bienes gananciales y por lo tanto la posible vinculación de los mismos a la responsabilidad de uno o de los dos cónyuges, dando paso al debatido y comentado artículo 144 RH y que aparece citado en innumerables sentencias y resoluciones (48). A modo de ejemplo citaré la RDGRN de 4 de

(47) Vid. AGUILERA RODERO, J., «Análisis sobre la sujeción de los bienes gananciales ante deudas contraídas por uno de los cónyuges, con especial consideración de los artículos 1365 y 1366 del Código Civil», en AC, núm. 15, 2008, Ed. La Ley.

(48) Citar como principio general el artículo 90.

1. Los bienes que con arreglo al Derecho Foral o especial aplicable correspondan a una comunidad matrimonial, se inscribirán a nombre del cónyuge o de los cónyuges adquirentes, expresándose, cuando proceda, el carácter común y, en su caso, la denominación que aquélla tenga.

Si los bienes estuvieren inscritos a favor de uno de los cónyuges y procediera legalmente, de acuerdo con la naturaleza del régimen matrimonial, la incorporación o inte-

octubre de 1993 (por mencionar una) en que se pide una anotación de embargo sobre unos bienes que el registrador no admite, se trataba de bienes

gración de los mismos a la comunidad podrá hacerse constar esta circunstancia por nota marginal.

2. Los bienes adquiridos por ambos cónyuges, sujetos a cualquier régimen de separación o participación, se inscribirán a nombre de uno y otro, en la proporción indivisa en que adquieran conforme al artículo 54 de este Reglamento.

3. Si el régimen económico-matrimonial vigente fuera el de participación, se hará constar el consentimiento del cónyuge del disponente si resultare del título y la disposición fuera a título gratuito.

Teniendo presente el contenido de los presentes preceptos:

Artículo 93.

1. Se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición o adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas.

En la misma forma se inscribirán los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario.

2. Para la inscripción de los actos de administración o de disposición, a título oneroso, de estos bienes será preciso que se hayan realizado conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria.

3. Los actos de disposición a título gratuito de estos bienes se inscribirán cuando fueren realizados por ambos cónyuges conjuntamente, o por uno de ellos concurriendo el consentimiento del otro.

4. Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales se inscribirán con esta indicación, a nombre del cónyuge adquirente. Para la inscripción de los actos de disposición de estos bienes se estará a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo y para la de los actos enumerados en el apartado 2 del artículo siguiente, se estará a lo que en él se dispone.

Artículo 94.

1. Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial.

2. Serán inscribibles 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 sí solo por el titular registral.

3. Para la inscripción de los actos de disposición a título oneroso de los bienes inscritos conforme al apartado 1 de este artículo, será necesario que hayan sido otorgados por el titular registral con el consentimiento de su consorte o, en su defecto, con autorización judicial.

4. Los actos a título gratuito se registrarán por lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.

Artículo 95.

1. Se inscribirán como bienes privativos del cónyuge adquirente los adquiridos durante la sociedad de gananciales que legalmente tengan tal carácter.

2. El carácter privativo del precio o de la contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública.

adjudicados a la esposa del ejecutado en liquidación de sociedad conyugal, inscripción de la adjudicación con anterioridad al inicio del juicio ejecutivo del que deriva el embargo y no quedando demostrado el carácter ganancial de

3. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se llevarán a cabo exclusivamente por el cónyuge adquirente aun antes de proceder a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta.

4. Si la privatividad resultase solo 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.

5. Si la justificación o confesión de privatividad se refiriese solamente a una parte del precio o contraprestación, la inscripción se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla en la participación indivisa que se indique en el título y a nombre de uno o ambos cónyuges, según proceda, para su sociedad de gananciales, en la participación indivisa restante del bien adquirido.

6. La justificación o confesión de la privatividad, hechas con posterioridad a la inscripción, se harán constar por nota marginal. No se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona.

Artículo 96.

1. Lo dispuesto en los artículos 93, 94 y 95, se entiende sin perjuicio de lo establecido por la Ley para casos especiales y de lo válidamente pactado en capitulaciones matrimoniales.

2. Las resoluciones judiciales que afecten a la administración o disposición de los bienes de los cónyuges se harán constar por nota marginal.

Sin olvidar la norma fundamental contemplada en el artículo 144 del mismo cuerpo legal:

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

2. 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.

3. Llegado el caso de enajenación de los bienes embargados, se cumplirá lo pertinente de los artículos 93 y siguientes de este Reglamento.

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

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

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

la deuda (49). El registrador en su calificación se centra en la prioridad entre las fechas de la traba de embargo, de los capítulos matrimoniales y de la eficacia *erga omnes* de la modificación del régimen económico-matrimonial y el embargo se trabó con posterioridad al momento en que la modificación del régimen es oponible a terceros a través de la publicidad registral.

Igualmente se incluye el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, y aunque el código parte de la premisa de que los instrumentos necesarios para el desempeño de la actividad profesional o empresarial de los cónyuges tiene carácter privativo, configura sus frutos como bienes gananciales. Y teniendo dichos rendimientos la consideración de ganancialidades, es lógico que se determine que sea la masa consorcial la que deba atender los gastos que su producción genere. El Código da un tratamiento diferenciado a estos dos supuestos. Esta polémica es muy usada en el día a día y lo hemos visto en el estudio jurisprudencial.

La segunda parte del número 2 de este artículo 1365 del Código Civil establece la sujeción de los bienes gananciales frente a los gastos ocasionados por uno de los cónyuges en la administración ordinaria de sus bienes privativos. Se observa que el legislador ha dado un trato diferente a la responsabilidad provisional de los bienes gananciales frente a los gastos ocasionados por los diferentes patrimonios de los cónyuges en atención a su carácter común o privativo.

También es un caso de actuación individual que compromete a los bienes conyugales el contemplado en el artículo 1366 del Código Civil. Estamos ante responsabilidad por obligaciones extracontractuales de un cónyuge por actuaciones en beneficio de la sociedad conyugal o por la administración de los bienes. Está muy estudiado en nuestro Derecho, pero podemos sintetizar que cuando la gestión de sus bienes privados llevada a cabo por el cónyuge deudor deba ser calificada como extraordinaria, debiéramos entender que no quedarán afectos a dicha responsabilidad provisional o frente a terceros los bienes de la sociedad conyugal en su conjunto, sino los privativos del cónyuge deudor y su mitad en la sociedad de gananciales. Sólo en el supuesto que

GONZÁLEZ GONZALO, A., *La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción*. Publicación: Aranzadi Civil, núm. 3/2002 (Estudio).

Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona. 2002.

En opinión de este autor, la facultad del acreedor de dirigirse indistintamente contra uno u otro cónyuge viene mermada por el artículo 144.4 RH. Según su párrafo primero, si la liquidación de la sociedad de gananciales no ha accedido todavía al Registro de la Propiedad (porque todavía no se ha liquidado o porque, liquidada, aún no se han inscrito las correspondientes adjudicaciones), para que pueda anotarse preventivamente el embargo deberá constar que la reclamación judicial se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos 167 y 168. De acuerdo con el segundo párrafo, una vez inscrita en el Registro la liquidación, solo podrá anotarse preventivamente el embargo si el bien trabado ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del mismo al cónyuge antes del otorgamiento de la liquidación 169.

(49) RDGRN de 4 de octubre de 1993 (RJ 1993/7929).

dicha actuación hubiera reportado beneficios a la comunidad ganancial, el cónyuge deudor podría reclamarlos, pero ya en el ámbito de la esfera interna.

Este artículo analiza la conducta ilícita llevada a cabo por el deudor, ya que excluye de su regulación aquellos supuestos de obligaciones debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor.

En la vida real, la realidad cotidiana exige en numerosas ocasiones que los cónyuges deban actuar de forma individual, para no lastrar el propio desenvolvimiento de la familia y esto ha llevado al legislador a establecer un régimen de responsabilidad provisional de los bienes gananciales, frente a estas actuaciones individuales de los cónyuges, al entender, de un lado, que de dichas actuaciones se deriva un beneficio para la sociedad ganancial y, de otro, que es necesario proteger los intereses de los terceros con quienes se asume dicha responsabilidad. Será posteriormente, dentro de la relación interna, si se demuestra que tal actuación se ejerció en beneficio del consorcio, cuando éste asuma definitivamente el cargo. Si de dicha verificación no resultare el beneficio consorcial, sino simplemente el privado del cónyuge actuante, éste deberá restituir a la sociedad ganancial las cantidades por ella asumidas provisionalmente.

Es clave la distinción del aspecto interno y externo de responsabilidad ganancial, puesto que en la esfera interna los cónyuges pueden libremente hacer y deshacer (50) y en la externa, la responsabilidad ganancial viene fijada por los criterios de nuestro ordenamiento (51). Un problema a mayores es que uno de los cónyuges sea comerciante y sobre ello se ha discutido bastante, en aras al conocimiento o actuación de uno solo de los cónyuges (52). La prueba del conocimiento o ignorancia de la actividad mercantil evidencia una probabilidad de compromiso de los bienes gananciales que se desvirtúa con el conocimiento de tal ejercicio y su actuación en interés familiar. Remitiéndose a la normativa comercial del artículo 6 y siguientes del Código de Comercio (53).

(50) Resulta muy gratificante la lectura sobre la forma de justificar el carácter privativo del precio en la compra de bienes (privativos) por los cónyuges. Propuesta para una nueva interpretación del artículo 95.2 del RH. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 116, pág. 1659 y sigs.

(51) Vid. GORDILLO CAÑAS, A., «Ganancialidad de la deuda: ¿presunción, prueba o determinación legal?», en AC, núm. 21, 2004. Ed. La Ley.

Vid. RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., «El artículo 1324 del Código Civil: dudas y reflexiones», en *Diario La Ley*, núm. 6535, 2006.

(52) Vid. HERNÁNDEZ RUEDA, N., «Notas acerca del sistema de responsabilidad por deudas contraídas por un cónyuge comerciante en el ámbito de la sociedad de gananciales», en AC, núm. 33. Ed. La Ley.

(53) Artículo 6.

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 por 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.

Sobre todo hoy en día, en tiempos de crisis, se va a tratar de desvirtuar las presunciones marcadas por la ley, y por eso el artículo 1317 del Código Civil en los cambios de régimen (54) debe ser seriamente aplicado, pues muchas veces se tiende a perjudicar a los acreedores (55). Por eso debemos tener presente la Ley Concursal en los artículos que afectan a esta materia (56).

Artículo 7.

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.

Artículo 8.

También se presumirá prestado el consentimiento a que se refiere el artículo 6 cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro.

Artículo 9.

El consentimiento para obligar los bienes propios del cónyuge del comerciante habrá de ser expreso en cada caso.

Artículo 10.

El cónyuge del comerciante podrá revocar libremente el consentimiento expreso o presunto a que se refieren los artículos anteriores.

Artículo 11.

Los actos de consentimiento, oposición y revocación a que se refieren los artículos 7, 9 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.

Artículo 12.

Lo dispuesto en los artículos anteriores se entiende sin perjuicio de pactos en contrario, contenidos en capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil.

(54) Vid. MAGARIÑOS BLANCO, V., «Cambio de régimen económico-matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», en *RCDI*, núm. 548, enero-febrero de 1982, pág. 47 y sigs.

(55) Vid. GALÁN LÓPEZ, C., «La responsabilidad de los bienes gananciales en el concurso del cónyuge», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 1/2004. Ed. La Ley.

Vid. MAGRO SERVET, V., «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», en *Diario La Ley*, núm. 6213, 2005.

(56) Artículo 77. *Bienes conyugales*.

1. En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado.

2. 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.

Vid. CUENA CASAS, M., «La sociedad de gananciales ante la Ley Concursal», en *AC*, núm. 20, 2008, Ed. La Ley.

También su artículo: «La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 12. Sección Estudios, Primer semestre de 2010, Ed. La Ley.

En cualquier caso, la cita de normas que hay que conjugar (legislación civil, mercantil en algunos casos, hipotecaria, concursal) es bastante extensa, pero quiero aclarar que, efectivamente, el contraer matrimonio, el elegir el tipo de régimen económico, el modificarle... lo deciden los dos cónyuges voluntariamente y a veces puede ser que pretendan evadir pagos de uno de los cónyuges y es aquí donde debemos investigar cuál es el compromiso adquirido y la actuación de buena o mala fe de los otorgantes. Ahora bien, cada caso es distinto y la prueba será fundamental para desvirtuar las pretensiones pretendidas, por eso lo que deseo es sentar unas bases generales y conjugarlas con la situación concreta, y lo mejor es acompañar la cita jurisprudencial que son reflejo de las inquietudes y vicisitudes reales que suceden en nuestra sociedad.

RESUMEN

GANANCIALES RESPONSABILIDAD

Son muchas las sentencias y aspectos jurídicos que podemos encontrar en un tema tan práctico y tan usual sobre el funcionamiento de las relaciones económicas entre los cónyuges, no exentos de polémicas jurídicas, sobre todo cuando se trata de desvincular la responsabilidad de los bienes gananciales acudiendo a la vía del nuevo pacto de capitulaciones matrimoniales. ¿Se pueden comprometer los bienes comunes por actuación individual de uno solo de los cónyuges? ¿Responden los bienes gananciales o los privativos del cónyuge actuante? Estos interrogantes y otros que iremos viendo los trataremos de resolver en el estudio presentado.

ABSTRACT

COMMUNITY PROPERTY OF SPOUSES LIABILITY

Many are the court rulings and legal aspects to be found in an issue as practical and commonplace as the workings of economic relations between spouses. There is no lack of legal controversy, especially when the point at issue is the use of the new agreement on marriage articles to disentangle community property from liability. Can jointly owned property be compromised by just one spouse acting individually? Can liability be exacted through the couple's community property or the acting spouse's private property? We shall endeavour to settle these questions and others that we shall see in this study.

(Trabajo recibido el 28-9-09 y aceptado para su publicación el 19-11-2010)