

Los efectos del afianzamiento de un préstamo en la sociedad de gananciales: en especial la fianza del préstamo hipotecario

The impact of the guarantee policy to a loan under the community property: specially the guarantee to a mortgage loan

por

MARÍA ROSARIO MARTÍN BRICEÑO

Profesora Titular (i) de la Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN: A fin de garantizar el pago de los derechos de crédito, los acreedores exigen garantías que aseguren que aquellos van a ser satisfechos por sus deudores; sobre todo cuando interviene una entidad bancaria como prestamista. En este sentido, el afianzamiento de un préstamo hipotecario se nos muestra como una situación bastante común; como también lo es que el fiador sea además cónyuge casado en régimen de sociedad de gananciales, lo que exige un análisis de la responsabilidad derivada de esta garantía personal a fin de conjugar los intereses de los acreedores con la protección que merece el patrimonio común. Requiere determinar si las obligaciones del cónyuge garante son consideradas como cargas, o no. Razón: las claras consecuencias patrimoniales que un posible embargo y ejecución de los bienes gananciales tendría sobre la familia.

ABSTRACT: In order to guarantee the payment of the loans, creditors require safeguards that ensure those are going to be satisfied by their debtors; especially when a banking entity involves as a lender. In this sense, the guarantee of a mortgage loan appears as a fairly common situation; as it is that the guarantor is also married under a community property, which requires an analysis of the liability for this personal guarantee in order to combine the interests of the creditors with the protection that deserves the common goods. It requires to determine whether the obligations of the guarantor spouse are considered loads, or not. Reason: the clear economic consequences as a possible embargo and execution of goods under community property would have on the family.

PALABRAS CLAVE: Fianza. Préstamo hipotecario. Cónyuge. Patrimonio ganancial. Consumidor y vivienda habitual.

KEY WORDS: Guarantee. Mortgage loan. Spouse. Community property. Consumer and common housing.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIANZA DENTRO DEL PATRIMONIO GANANCIAL.—III. CÓNYUGES EN RÉGIMEN DE GANANCIALES COMO FIADORES DE UN TERCERO.—IV. LA RESPONSABILIDAD DEL CÓNYUGE FIADOR: LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO DEL OTRO CÓNYUGE.—V. LA FIANZA EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL.—VI. EL AFIANZAMIENTO DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO.—VII. LOS CÓNYUGES-FIADORES COMO CONSUMIDORES.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RRDGRN.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Mediante el afianzamiento, el garante asume una obligación fideiusoria que consiste en «pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este» —tal y como establece el artículo 1822 del Código civil—¹. ¿Por qué? En principio, los motivos subjetivos carecerán de relevancia jurídica²; salvo que estos se incorporen como condiciones resolutorias del contrato o resulten determinantes para calificar la fianza como onerosa o gratuita (arts. 1823 del Código civil y 441 del Código de Comercio³).

La naturaleza de la obligación principal que se pretende garantizar determinará el carácter civil o mercantil de la fianza en virtud de lo dispuesto por el artículo 439 Código de Comercio, según el cual «*Será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante*». Como lo relevante no es que el fiador sea comerciante, sino que se atribuya naturaleza mercantil a la obligación garantizada por la fianza (por ej., el afianzamiento de un contrato de préstamo bancario), conforme a una interpretación *a contrario*, esta garantía personal será de carácter civil cuando no concorra esta condición. Una de las consecuencias de describir la fianza como civil o mercantil, la encontraremos en su propia constitución. Mientras que respecto de la primera solo se exigirá que aquella sea expresa (art. 1827 CC), para la segunda se requerirá constancia por escrito como requisito *ad solemnitatem* (art. 440 CCO). La forma escrita actuará como requisito de validez, y no como un mero elemento de prueba; una forma escrita que, aunque no requiere escritura pública, en la práctica se recurre a ella para buscar una fuerza ejecutiva⁴.

De acuerdo con lo previsto por el artículo 1822 del Código civil, el fiador responde frente al acreedor cuando el deudor incumple con la obligación principal que se garantiza; y lo hace conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el artículo 1911 del mismo cuerpo legal. Ahora bien, tan solo actúa como responsable en virtud del contrato de afianzamiento de la deuda impagada; asume una responsabilidad, pero no en calidad de deudor; incluso, aunque la fianza tenga carácter solidario. No hay que olvidar que la obligación del fiador es distinta de la que se atribuye al *solvens*. Existen dos contratos: el que genera la obligación principal; y el que constituye la fianza. Por tanto, no son codeudores solidarios.

Que la posición del fiador sea independiente de la que se atribuye al deudor principal, no niega que el contrato de fianza tenga carácter accesorio por naturaleza⁵. Es precisamente esta característica lo que distingue el afianzamiento de otras figuras jurídicas que, pese a actuar como garantías por deudas ajenas, son autónomas de la obligación principal cuyo cumplimiento aseguran⁶. Nos referimos a las garantías de primer requerimiento o a primera demanda, a las que el Alto Tribunal ha descrito como negocios atípicos⁷. Se presentan como una modalidad compatible con el tipo contractual fideusorio, cuya función no solo consiste en garantizar, sino también en intensificar la seguridad al permitir el inmediato cobro de la deuda por el beneficiado-acreedor⁸. Actúan como un contrato autónomo de garantía, garantía bancaria, garantía independiente, garantía a demanda o garantía abstracta, que engloba relaciones jurídicas distintas, pero conexas entre sí: la fianza y el crédito garantizado⁹. Mediante este instrumento, el garante se compromete a satisfacer una determinada suma a simple requerimiento del

acreedor; sin que este deba probar que su deudor ha incumplido o cumplido defectuosamente con el pago exigible. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2019 establece que, «el garante asume una obligación abstracta e independiente de pagar la obligación del sujeto garantizado, desde el mismo momento en que sea requerido por el acreedor y sin oponer excepciones de ningún tipo, ni siquiera la nulidad de la obligación garantizada». Tan solo puede oponer las excepciones derivadas del propio contrato de garantía frente a la reclamación del acreedor. De acuerdo a los requisitos pactados en el contrato de garantía, aquel deberá pagar y solo después podrá repetir contra el deudor en vía de regreso¹⁰.

Recordar el carácter accesorio del contrato de fianza sirve para evitar que este sea considerado como un contrato autónomo. Su presencia se justifica siempre en la deuda principal cuyo cumplimiento garantiza; determinante esta de la cantidad y de la onerosidad de las condiciones que debe asumir todo fiador (art. 1826 CC)¹¹. Sin embargo, en cuanto a la cantidad que debe garantizar el fiador se plantean ciertas cuestiones en función de si la fianza es, bien definida o limitada, bien simple o indefinida. En el primer caso queda claro que el fiador garantiza el pago de una determinada cantidad. La prestación a realizar por el fiador se encuentra claramente delimitada por la cuantía, por el tiempo o por el tipo de deuda que se garantiza¹²; esto es, por las condiciones pactadas en el contrato de fianza. El garante no se obliga a más de lo previsto en dicho contrato, aunque de la obligación principal se derive una responsabilidad superior. En consecuencia, la invalidez declarada de alguna cláusula del contrato de préstamo va a repercutir claramente sobre los efectos de la fianza cuyo cumplimiento garantiza. En la medida en que se requiere la validez de la obligación principal para que el afianzamiento desprenda sus correspondientes efectos (art. 1824 CC), su nulidad o inexistencia permitirá al fiador oponer las excepciones correspondientes ante la reclamación del acreedor fiduciario de acuerdo a lo previsto por el artículo 1853 del Código civil. La invalidez de las cláusulas del vencimiento anticipado o de las cláusulas suelo de un préstamo hipotecario pactadas por un deudor-consumidor repercutirá sobre las obligaciones asumidas por el garante¹³. Pero la fianza no se extinguirá; sus efectos subsistirán en lo que corresponda. Se aplicarán las consecuencias propias de la nulidad parcial de un contrato de préstamo. Ahora bien, en los términos expuestos anteriormente, ¿cabría legitimar activamente al fiador para instar la nulidad de una cláusula del préstamo que garantiza?¹⁴ El fiador es responsable, pero no deudor, lo que se traduce en la idea de que es un tercero respecto del contrato de préstamo a estos efectos. El afianzamiento se vincula al contrato cuyas obligaciones garantiza, pero es independiente. Pero, no por ello deja de ser sujeto afectado por el contenido del contrato. Mientras que la anulabilidad presupone la validez y eficacia del contrato,

salvo que los sujetos legitimados lo anulen, la nulidad radical se justifica en una invalidez de raíz. Que la cláusula de un contrato de préstamo cuyo cumplimiento garantiza el fiador, resulte abusiva, fundamenta su nulidad *per se*, y por ello debería estar legitimado el garante para solicitarla por infringir normas de carácter prohibitivo, aunque ello repercuta sobre un contrato del que él no es parte. Todo ello, sin olvidar que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁵ (Sala Primera), de 26 de enero de 2017, ha declarado que «el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello».

Asimismo, ¿los pagos parciales realizados por el deudor afectarán al contenido de la fianza o solo deberán ser considerados como causa de extinción parcial del crédito? El pago podría imputarse a la parte de la deuda no afianzada, pero ¿no resulta más oportuno aplicar por analogía el criterio previsto en el artículo 1172 del Código civil referido a la imputación de pagos, con el fin de que sea el deudor quien lo decida, salvo pacto en contrario? Al fin y al cabo, el fiador es un garante; no es un deudor. Siendo esto así, ¿su responsabilidad no podría ir disminuyendo en proporción a la deuda pendiente?

Cuando no se acuerda ningún límite en la fianza, esta será simple o indefinida, y conforme a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1827 del Código civil, «*comprenderá no solo la obligación principal, sino todos sus accesorios*»; entre los que cabría incluir la indemnización de daños y perjuicios, así como los intereses tanto moratorios como convencionales, a lo que habría que añadir el abono de una posible pena convencional, si esta existiera; responderá incluso de los gastos judiciales del procedimiento seguido contra el deudor, siempre y cuando el fiador hubiera sido requerido para el pago, en cuyo caso no bastará una mera comunicación¹⁶. En este sentido, el obligado fideiusorio puede asumir idéntica posición a la del obligado principal, tanto desde el punto de vista cualitativo, como cuantitativo. Si esto no fuera así, habría que atender a las limitaciones expuestas por el artículo 1826 del Código civil.

Finalmente, hay que resaltar la importancia que tiene para el fiador conocer el estado de la situación financiera del deudor a fin de analizar su solvencia. Por consiguiente, ante un crédito bancario, ¿debería ser la propia entidad financiera quien informara sobre el nivel de riesgo a asumir? Parece ser lo oportuno porque es quien se encuentra en la posición más adecuada para conocer tales datos. Este estudio reviste especial interés cuando quien afianza está casado en régimen de gananciales, y con su acto puede vincular el patrimonio consorcial en función de la naturaleza que atribuyamos a esta garantía personal, tal y como vamos a analizar a continuación.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIANZA DENTRO DEL PATRIMONIO GANANCIAL

Son muchos los casos en los que el cónyuge, sujeto a un régimen de gananciales, actúa como fiador de un tercero-deudor, situación que obliga a determinar con claridad cómo definir esta garantía de carácter personal dentro de este sistema económico-matrimonial; qué naturaleza jurídica se debe atribuir a esta carga dentro de la masa común cuya administración y disposición corresponde a ambos cónyuges constante el matrimonio. Con ello se trata de delimitar la responsabilidad que asume, en su caso, el cónyuge fiador en función de si es susceptible de ser aplicado el artículo 1369 del Código civil o el artículo 1373 del mismo cuerpo legal. Para dar respuesta a estas cuestiones hay que analizar la razón que justifica la obligación que garantiza la fianza: si la deuda nace de un gasto familiar, de la actividad o profesión de cada cónyuge, o de la propia administración de los bienes. La respuesta a esta cuestión determinará la posición de la fianza; si esta carga grava el consorcio común, o no. ¿Por qué es importante solventar esta pregunta? Porque, aunque son muchas las deudas que gravan el patrimonio común frente al acreedor, solo algunas, en un proceso de liquidación del patrimonio ganancial, serán definidas como consorciales y, por tanto, quedarán a cargo del fondo común. Se trata de distinguir los conceptos de «deuda» y «responsabilidad» a fin de discernir entre una responsabilidad provisional o *ad extra* de otra responsabilidad de carácter definitivo o *ad intra* del patrimonio ganancial; aspecto relevante a tener en cuenta cuando la deuda es considerada privativa ya que, en este caso, el cónyuge deudor estará obligado a realizar los reintegros pertinentes en el ámbito interno conforme a lo previsto por el artículo 1397.3.º del Código civil: «*Habrán de comprenderse en el activo: ... 3.º. El importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo solo de un cónyuge y en general las que constituyen créditos de la sociedad contra este*».

En virtud del principio de accesoriedad, la naturaleza ganancial de la obligación que garantiza la fianza será determinante para considerar el afianzamiento como deuda consorcial, en su caso. En este sentido, la ganancialidad se atribuye a una deuda, siempre y cuando esta se vincule a unos fines ordenados a la gestión de la sociedad de gananciales. Resulta clara, pues, la aplicación del artículo 1362 del Código civil en relación con las cargas que debe soportar la sociedad de gananciales, y la aplicación al respecto de lo dispuesto por el artículo 1365 del mismo cuerpo legal¹⁷.

En primer lugar, será ganancial la fianza ligada a aquellas obligaciones dirigidas al sostenimiento de la familia; concepto este último que incluye no solo a los cónyuges e hijos comunes, sino también a los hijos de uno de ellos, respecto a los cuales, los gastos derivados de su alimentación y edu-

cación serán gananciales «*cuando convivan en el hogar familiar*». Todo ello se vincula al ejercicio de la potestad doméstica. No siendo esto así, aunque la sociedad de gananciales sufrague dichos gastos, surgirá un derecho de reintegro a su favor en el momento de la liquidación. Pero, ¿resulta aplicable, por analogía, a los gastos derivados del mantenimiento y cuidado del padre/madre de uno de los cónyuges que conviva con ellos, por aplicación de la obligación de alimentos del artículo 143.2.º del Código civil? Si el ascendiente es un sujeto dependiente incapacitado, ¿será de cargo de la sociedad de gananciales la deuda asumida por uno de los cónyuges con respecto a la residencia en la que es ingresado su ascendiente? Y si el cónyuge actúa tan solo como fiador del padre/madre en relación con la empresa acreedora que presta los correspondientes servicios asistenciales y/o residenciales, ¿cómo calificamos el afianzamiento? Analicemos estas cuestiones.

El derecho de los padres a ser alimentados por los hijos en los términos previstos por el artículo 142 del Código civil surge cuando aquellos lo necesitan (art. 148 CC), y se abonan de acuerdo al caudal o medio de quien los da (art. 146 CC). En consecuencia, el cónyuge-descendiente estará obligado a pagar la pensión que se fije, o a recibir o mantener en su casa a quien tiene derecho de alimentos (art. 149 CC) que, en este caso, es un ascendiente. Si el padre o madre es dependiente, el cónyuge podrá convertirse en su guardador de hecho o promover la declaración de incapacitación que corresponda a fin de ser nombrado su tutor. No obstante, aunque todos los gastos y obligaciones que afectan al mantenimiento, asistencia domiciliaria o residencial de los ascendientes, sean sufragados por la sociedad de gananciales, no parece oportuno proceder a considerarlos consorciales en los términos previstos por el legislador. Más bien se debe atribuir a esta un derecho de reintegro en el momento de su liquidación. No es un gasto vinculado al sostenimiento de la familia, entendida esta con un carácter nuclear: padres e hijos comunes. Ahora bien, si se incluye «*la alimentación y educación de los hijos de uno de los cónyuges*», ¿por qué no aceptar también el mantenimiento de los ascendientes de uno de los cónyuges cuando dependen de este último en virtud de una obligación de origen legal como es el deber de alimentos?¹⁸.

Por supuesto, si uno de los cónyuges actúa como fiador respecto de un contrato de prestación de servicios residenciales en favor de un ascendiente, la obligación derivada del afianzamiento no será considerada consorcial porque la deuda que se garantiza no lo es.

Queda claro que son gananciales las deudas derivadas de la «*adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes*», así como la administración ordinaria de «*los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges*» (art. 1362.2.º y 3.º CC), en cuyo caso la existencia de una fianza como garantía vinculada al pago de los mismos, debe ser considerada también como ganancial. Aunque

resulta complicado encontrar una situación de este tipo, se puede plantear respecto del contrato de servicio de administración de la vivienda de uno de los cónyuges, que el otro cónyuge afianza¹⁹.

En idéntica situación se muestra la fianza cuando la deuda que garantiza se deriva de la explotación de «*los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge*» (art. 1362.4.º CC). Aquí se debe realizar la siguiente precisión: mientras el Código civil se refiere al desarrollo de una actividad profesional, habrá que recurrir al Código de Comercio para abordar el supuesto vinculado al ejercicio de una actividad empresarial. Esto tiene que ver con que las actividades profesionales no se van a incluir en la noción de bienes gananciales, sino como bienes privativos de cada uno de los cónyuges a la luz de lo dispuesto por el artículo 1346.5.º del Código civil; mientras que las Empresas y los establecimientos mercantiles sí pueden ser definidos como gananciales, según lo dispuesto por el párrafo 5.º del artículo 1347 del Código civil²⁰. Esta distinción habrá que tenerla en cuenta a los efectos de dirimir la naturaleza de la deuda contraída por uno de los cónyuges frente a un tercero, porque de ello depende, bien la aplicación del artículo 1365 del Código civil, bien la del artículo 6 del Código de Comercio. Razón: de las deudas contraídas por uno de los cónyuges con origen en actos derivados del «*ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio*», responderán directamente los bienes gananciales frente al acreedor; situación que no se refleja con idénticas consecuencias cuando el cónyuge es comerciante. Ahora bien, a los efectos que nos interesan, si el cónyuge actúa como fiador de una sociedad —persona jurídica— de la que forma parte, habrá que analizar si sus rendimientos aprovechan al consorcio conyugal para calificar la carga como consorcial, o no. Habrá que valorar el fin del negocio²¹. Si la deuda, que obedece a un acto vinculado al ejercicio ordinario de la profesión por uno de los cónyuges, tiene como fundamento el sostenimiento de la familia, se podrá reclamar que los bienes consorciales respondan de aquella. Por supuesto que, si lo que se analiza es un acto de comercio porque uno de los cónyuges es comerciante, se podrá llegar a la misma conclusión siempre que concurren los requisitos exigidos por el Código de Comercio. Esto es lo que sucede con los contratos de apertura de crédito bancario realizados por parte de una empresa para conseguir una liquidez fluida (fianza *ómnibus*). Se trata de garantizar operaciones económicas que respondan a la actividad ordinaria del deudor-empresario, y no a otras distintas²². Aunque el objeto de la fianza recae sobre obligaciones futuras por desconocer la cuantía de la que se va a disponer el deudor (art. 1825 CC), la responsabilidad será consorcial si lo que se garantiza se vincula a una deuda ganancial. Se deberá aplicar lo dispuesto por el artículo 1369 del Código civil a fin de reclamar una responsabilidad solidaria de los bienes consorciales junto a los bienes del cónyuge deudor; si bien es cierto que frente al acreedor, la legitimación

pasiva tan solo recaerá sobre quien actúa como deudor, siendo consorcial también la responsabilidad derivada de la fianza. Si no fuera así, la deuda sería privativa lo que conduciría a la aplicación del artículo 1373 del Código civil, según el cual el cónyuge responderá con sus bienes propios²³; y solo si estos no son suficientes para hacer frente al pasivo, el acreedor podrá solicitar el embargo de bienes gananciales, momento en el que el cónyuge no deudor decidirá soportar el embargo u oponerse a él indicando que existen todavía bienes privativos del cónyuge deudor sin ejecutar o solicitando modificar la traba sobre los bienes comunes por la parte que ostenta en la sociedad de gananciales, «*en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquella*».

¿Cabría aplicar los artículos 1355 y 1361 del Código civil a los efectos de atribuir naturaleza consorcial al afianzamiento mediante la mera voluntad de los cónyuges bajo el amparo del principio de autonomía privada? Las pruebas contrarias a la presunción de ganancialidad de los bienes deben ser fehacientes —no basta pruebas indiciarias—²⁴. Por consiguiente, no se puede atribuir carácter ganancial a la fianza si no garantiza una deuda de esta naturaleza, conforme al principio de accesoriedad que acompaña a esta garantía²⁵. Incluso, la confesión de uno de los cónyuges al respecto debe tener efectos limitados en función de la repercusión que sobre terceros pueda tener su declaración (art. 1324 CC).

III. CÓNYUGES EN RÉGIMEN DE GANANCIALES COMO FIADORES DE UN TERCERO

En la sociedad de gananciales, la actuación conjunta de los cónyuges, o la de un cónyuge con consentimiento del otro, requiere la aplicación del artículo 1367 del Código civil, conforme al cual «*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*». Siendo esto así, si ambos cónyuges actúan como fiadores, la responsabilidad derivada del afianzamiento recaerá sobre los bienes gananciales. A la misma conclusión se llega en el caso de que sea solo uno de los cónyuges quien actúa como fiador, siempre que lo haga con el consentimiento «*expreso*» del otro²⁶. La responsabilidad es directa aunque la obligación sea extraña a los intereses de la familia²⁷. Ahora bien, cualquiera de los supuestos planteados no se vincula necesariamente a una obligación consorcial, entendida esta como la derivada de una carga ganancial. Tan solo es determinante de la responsabilidad de los bienes gananciales frente a la reclamación del acreedor: los cónyuges acuerdan que tales bienes responderán de las deudas contraídas con independencia de cuál sea su naturaleza. Por consiguiente, a los efectos de atribuir naturaleza ganancial a la fianza, habrá que atender a

la finalidad pretendida por la obligación principal²⁸. Incluso si el afianzamiento es concertado por uno de los cónyuges, el consentimiento expreso del cónyuge no fiador, no debería desvirtuar esta idea: es ganancial la carga si la deuda que se garantiza también lo es (por ej., el cónyuge afianza a la empresa o sociedad, cuyos rendimientos son bienes gananciales en los términos previstos por los números 1.º y 5.º del art. 1347 CC)²⁹. Que los cónyuges hayan actuado como cofiadores, o que uno de ellos haya afianzado a un tercero con el consentimiento del otro, no es criterio suficiente para atribuir naturaleza consorcial a la fianza; este solo justifica que la responsabilidad recaiga sobre los bienes comunes.

El Alto Tribunal, en sentencia de 1 de febrero de 2016, considera que la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica, razón por la que no puede contraer deudas³⁰. Son los cónyuges quienes aparecen como deudores. Pero si la deuda se contrae para satisfacer atenciones de la sociedad, habrá que utilizarse bienes de esta para su pago, «y en caso de que sea el patrimonio de los cónyuges quien lo haga, tendrá un crédito contra el patrimonio ganancial». Puede hablarse de deudas «a cargo a la sociedad de gananciales, en cuanto deben ser soportadas por su patrimonio. (...)». Pero no existe una estricta coincidencia entre el carácter de la deuda (ganancial o privativa) y el patrimonio que ha de responder, pues el Código civil con un criterio generoso y favorecedor del tráfico hace responsable a los bienes privativos de deudas gananciales, sin perjuicio de los reintegros pertinentes, y viceversa. Por ello, a los efectos que ahora interesa, en las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales en el concurso de acreedores de uno de los esposos, habrán de computarse todas las deudas a cargo de la sociedad de gananciales». Esto significa que, con independencia de si la obligación se imputa posteriormente en el pasivo de la sociedad o en el patrimonio privativo de uno de los cónyuges, los bienes gananciales podrán ser agredidos porque responden solidariamente de la deuda. Tal y como sostiene el Alto Tribunal, podrán ser embargados en una ejecución singular o ahora quedar afectados al concurso de uno de los cónyuges. Aunque el artículo 1367 del Código civil exige una actuación conjunta de los cónyuges o el consentimiento expreso del cónyuge no deudor, al Tribunal Supremo le basta con que el dinero adeudado tenga como destino cubrir las necesidades familiares. En consecuencia, si el cónyuge afianza el cumplimiento de una deuda vinculada a alguno de los supuestos previstos en el artículo 1362 del Código civil (por ej. deuda relacionada con el desarrollo de su actividad empresarial o profesional), la responsabilidad asumida será calificada como carga de la sociedad: el acreedor podrá dirigirse indistintamente contra el patrimonio consorcial o contra el patrimonio del cónyuge garante (art. 1369 CC)³¹. Asimismo, el derecho de reembolso del cónyuge fiador frente al deudor se integrará en el activo de la sociedad de gananciales³².

Si los dos cónyuges actúan como fiadores de un mismo deudor, su relación como garantes será mancomunada, salvo pacto en contrario, por aplicación del artículo 1837 del Código civil; aunque estén sometidos al régimen de ganancialidad en los términos previstos por el artículo 1367 del Código civil. Es cierto que resulta relevante la contradicción existente entre los artículos 1837 y 1844 del Código civil a los efectos de la cofianza simple. Resulta difícil su armonización e inclusión en el régimen genérico de las obligaciones con pluralidad de deudores, razón por la que se debe sostener el carácter específico que tiene la regulación de la cofianza en el Código civil, a la luz, sobre todo, de la remisión que dispone el segundo párrafo del artículo 1837 del Código civil, y que permite el cese del beneficio de división si concurre alguno de los motivos legales previstos en el artículo 1831 del Código civil ante la reclamación del acreedor³³. En consecuencia, el artículo 1844 del Código civil se aplica a una cofianza constituida bajo un régimen de solidaridad a fin de permitir a los cofiadores que hayan pagado la deuda, ya sea en su totalidad o parcialmente, reclamar la parte que corresponda a los demás en proporción a su participación³⁴.

La masa común no es un patrimonio autónomo, motivo por el cual los cónyuges son los fiadores, quienes responderán con su patrimonio privativo por mitad —salvo cese del beneficio de división o pacto de solidaridad—, y de modo conjunto con los bienes consorciales. Si las obligaciones derivadas de la fianza se definen como cargas consorciales, el patrimonio ganancial responderá de ellas, y, de modo subsidiario —en la parte no satisfecha—, los bienes privativos de cada uno de los cónyuges. En tal caso, si uno de ellos hubiera extinguido la deuda garantizada con sus bienes privativos, aquel dispondrá de una acción de enriquecimiento injusto contra el patrimonio ganancial. Si no fuera así, y los efectos del afianzamiento no tuvieran que ser soportados por el patrimonio ganancial, no se computará como una deuda consorcial.

Ante una relación solidaria de afianzamiento de una deuda ajena a los intereses de la sociedad de gananciales, el cónyuge que haya respondido con sus bienes privativos, dispondrá de un derecho de regreso en los términos previstos por los artículos 1844 y 1373 del Código civil; si bien es cierto, que aun siendo cónyuges, las condiciones del afianzamiento pueden ser distintas para cada uno de ellos en virtud de la aplicación del principio de autonomía privada, lo que repercutirá claramente en las consecuencias derivadas de su responsabilidad como garantes.

Los cónyuges, que son cofiadores solidarios, no solo pueden oponer las excepciones que correspondan al acreedor que reclama el cumplimiento de la obligación. También pueden recurrir a ellas ante la acción de regreso ejercitada por uno de los fiadores, y dentro del marco dispuesto por el artículo 1845 del Código civil. Esto se traduce en la idea de que la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador, es

causa de extinción de la fianza (art. 1851 CC); consecuencia del carácter accesorio de la misma, y del hecho de que el fiador tiene fundado interés en asegurarse su regreso³⁵. Se incrementa el riesgo de impago y las condiciones son más onerosas, en cuyo caso, si se concede un nuevo plazo al deudor, debe concurrir el consentimiento de ambos cónyuges, si los dos son fiadores. Si no concurriera una de las dos voluntades, cabría aplicar lo dispuesto por el artículo 1141 del Código civil en cuanto a las relaciones solidarias, por analogía, a fin de no resultar perjudicado quien no ha prestado su consentimiento³⁶. Ahora bien, si la prórroga se concede al propio cónyuge que actúa como cofiador solidario, la situación será distinta porque aprovechará al otro, quien, por tanto, quedará vinculado.

Si solo uno de los cónyuges ha actuado como fiador, y el acreedor concede una prórroga al deudor, se requerirá de nuevo el asentimiento del cónyuge no fiador conforme a lo dispuesto por el artículo 1367 del Código civil³⁷. La falta del mismo modificará el supuesto de hecho, puesto que la novación del afianzamiento será concertada por uno de los cónyuges sin una declaración de aquiescencia del otro. Sin embargo, si esta prórroga afecta a la responsabilidad derivada del propio afianzamiento acordado por uno solo de los cónyuges, la falta de asentimiento expreso del otro cónyuge no será relevante si este se beneficia de sus efectos.

Cuestión distinta se plantea cuando la relación entre los cofiadores y el deudor es solidaria³⁸. En tal caso, el acreedor podrá actuar contra el deudor o contra los cofiadores, a quienes reclamará en función de si su relación es mancomunada o solidaria entre sí. Podrá dirigirse, en su caso, indistintamente, contra el deudor o contra patrimonio ganancial de los cónyuges cofiadores; y, de modo subsidiario, contra el patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges; si bien es cierto que, si la relación de estos últimos fuera solidaria, habría que estar a lo dispuesto por los artículos 1822, párrafo 2.º y 1144 del Código civil; aunque sin olvidar que la naturaleza subsidiaria hace que la fianza devenga exigible cuando se produce el incumplimiento o cumplimiento parcial de la prestación que garantiza. Por consiguiente, el acreedor deberá esperar a que se produzca el incumplimiento para reclamar, extrajudicial o judicialmente, a los cónyuges fiadores el cumplimiento de la prestación.

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL CÓNYUGE FIADOR: LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO DEL OTRO CÓNYUGE

Aunque la gestión de los bienes comunes se rige por el principio de igualdad (art. 1328 CC), y, por tanto, no se puede excluir de la misma a

uno de los cónyuges, la ley sí admite que uno de ellos pueda actuar por sí solo en diferentes situaciones (por ej. en actos vinculados al ejercicio de la potestad doméstica, actos de disposición de los rendimientos propios de sus bienes privativos, actos en defensa de bienes y derechos comunes, gastos urgentes de carácter necesario o ejercicio de derecho de crédito a su nombre, entre otros). En aquellos actos de administración o disposición para los que se requiera la concurrencia de la voluntad de ambos cónyuges, la ausencia de cualquiera de ellas permitirá al cónyuge afectado anularlos si lo estima oportuno (art. 1322 CC); aunque tales actos se considerarán nulos en el caso de que se realizaran a título gratuito. Inciden sobre esta idea los artículos 1377 y 1378 del Código civil en relación con los actos de disposición sobre bienes gananciales. En consecuencia, ¿puede uno de los cónyuges afianzar una deuda ajena sin el asentimiento del otro en el ejercicio de la potestad doméstica y hacer responsable de las obligaciones que se deriven de ella al patrimonio ganancial?³⁹

En nuestro Código civil, en principio, las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges de manera individual sin consentimiento del otro serán privativas, salvo que tengan su origen en actos vinculados al ejercicio de la potestad doméstica, a la gestión o a la disposición de los gananciales, así como en actos derivados del *«ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes»* (arts. 1365 CC)⁴⁰. Cabe aplicar el criterio que se infiere de lo dispuesto por el artículo 1366 del Código civil en cuanto a las obligaciones extracontractuales de uno de los cónyuges: todo aquello que aprovecha o genera un beneficio a la sociedad de gananciales será a cargo de esta última, *«salvo dolo o culpa grave del cónyuge deudor»*⁴¹. Por consiguiente, la responsabilidad alcanzará a los bienes consorciales y los privativos del cónyuge deudor, pero no los bienes privativos del cónyuge no fiador (art. 1369 CC), salvo que, conforme a lo dispuesto por los artículos 1390 y 1391 del Código civil, la finalidad del acto fuera obtener un lucro o beneficio exclusivo para él u ocasionar *«dolosamente»* un daño a la sociedad, en cuyo caso el acto realizado *«en fraude de los derechos»* del otro cónyuge, permitirá a este último solicitar su rescisión⁴²; aunque se exija una responsabilidad consorcial a fin de salvaguardar los intereses de los acreedores, postergando los efectos definitivos al momento de liquidación del patrimonio ganancial.

Si uno de los cónyuges es comerciante, y es él quien se convierte en fiador, con respecto a la obligación que asume, se debe estar a lo dispuesto por el artículo 6 del Código de Comercio, según el cual *«En caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados será necesario el consentimiento de ambos cónyu-*

ges»; salvo capitulaciones matrimoniales en contrario. La responsabilidad se establece con respecto a todos aquellos actos de comercio realizados por uno de los cónyuges vinculados al desarrollo de una empresa o explotación económica; no por el mero hecho de ser comerciante, quien podrá contraer otro tipo de deudas cuya calificación, como privativa o ganancial, estará sujeta al régimen jurídico general⁴³. En consecuencia, el asentimiento del cónyuge no comerciante resulta sustancial para que los bienes gananciales respondan por las obligaciones derivadas de un afianzamiento concertado por el cónyuge comerciante, siempre y cuando la fianza sea definida como un acto de comercio por estar vinculado al desarrollo de una actividad empresarial. Es cierto que el artículo 7 del Código de Comercio, presume este consentimiento *«cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo»*; un asentimiento que lo puede revocar en cualquier momento, siempre y cuando no perjudique a terceros (art. 10 CCO)⁴⁴. También se establece esta presunción cuando, al contraer matrimonio, *«se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro»* (art. 8 CCO). Todo ello se traduce en la idea de que, para evitar la responsabilidad de los bienes gananciales, el cónyuge no comerciante deberá probar su ignorancia o su oposición (art. 217 LEC). Ahora bien, esto no afecta a sus bienes privativos para los que el cónyuge no comerciante deberá prestar un consentimiento expreso en cada caso que se plantee (art. 9 CCO)⁴⁵.

Es cierto que surgen problemas en relación con la ficción de apariencia societaria que conduce a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. Esto puede suceder cuando la sociedad está formada por un único socio. El comerciante es la sociedad y el cónyuge, que es socio, actúa como fiador. Cabría considerar que concurren en la misma persona el fiador y el deudor principal. Siendo esto así, habría que pensar que es el garante quien, en realidad, está recibiendo el importe del préstamo garantizado. Ahora bien, la aplicación de esta teoría se sostiene si la sociedad se ha creado con un ánimo fraudulento. Tal y como ha mantenido el Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de mayo de 2006, el uso del levantamiento del velo debe ser siempre *«ponderado y restringido»* en aquellos casos en los que actúan *«una o varias personas físicas bajo la apariencia o cobertura formal de una sociedad (de la que son o suelen ser socio únicos dichas personas físicas)»*. Los patrimonios —el de la persona física y el de la sociedad— aparecen confundidos. Y si esto es así, la persona física puede ser responsable del pago de las deudas sociales contraídas en un único acto negocial por parte de la persona jurídica, que es la que aparece como deudora⁴⁶. No obstante, en cualquier caso siempre será determinante el asentimiento —o la presunción del mismo— del cónyuge no comerciante para vincular el patrimonio consorcial.

El Alto Tribunal, en una sentencia de 3 de noviembre de 2004, aborda la naturaleza de la fianza con respecto a unas deudas de carácter ganancial,

y, al respecto, señala lo siguiente⁴⁷: «(...) 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); (...) 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 art. 1367 CC) 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 consecuencia, si la deuda afianzada tiene su origen en actos de gestión de los bienes gananciales, se deberá atribuir a la fianza una naturaleza ganancial. Si no fuera así, no. Por tanto, si la deuda derivada de un acto de comercio se incluye en el supuesto previsto en el número 4.º del artículo 1362 del Código civil, aquella será de cargo de la sociedad de gananciales. Esta es la razón por la que la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2001 mantuvo que, de las obligaciones derivadas de la fianza prestada por un cónyuge en favor de la sociedad de la que era socio y administrador, respondieran los bienes gananciales; negando esta responsabilidad en el caso de que predominara la mera liberalidad en la garantía personal; que es lo que sucede cuando la causa de la misma se justifica en el ánimo de beneficiar a familiares o amigos (por ej., el cónyuge actúa como fiador del préstamo hipotecario de un tercero ajeno a los intereses familiares)⁴⁸.

Es la postura que sostiene el Alto Tribunal, en una sentencia de 5 de febrero de 2007, cuando analiza una cláusula de afianzamiento en un contrato de préstamo donde uno de los cónyuges aparece como fiador —junto a otros—, sin que se haga referencia en ningún caso a su cualidad de cónyuge. Al respecto, mantiene que el primero actúa como un fiador individual de carácter solidario junto al resto de avalistas. La falta de consentimiento expreso, en cuanto a la responsabilidad de los bienes gananciales, impide vincular el afianzamiento con actos de administración y gestión de los bienes gananciales. No prueba que la finalidad fuera esta, lo que obliga al cónyuge avalista a responder frente al acreedor como garante.

No obstante, ¿no debería ser exigible el asentimiento del otro cónyuge, a los efectos de que los bienes consorciales respondan de las obligaciones derivadas de un afianzamiento vinculado al ejercicio de «*la profesión, arte u oficio*» del otro? Si uno de los cónyuges participa como socio de una sociedad vinculada al ejercicio de una profesión (por ej., un bufete que se constituye a través de una sociedad civil), y actúa a su vez como garante de un préstamo que solicita esta última, aunque el préstamo garantizado tenga su origen en lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1365 del Código civil, ¿no sería oportuno exigir el consentimiento del otro cónyuge por ser considerada

la fianza como un gravamen? Entiendo que así debería ser si consideramos que la naturaleza de las obligaciones derivadas de este contrato de garantía personal excede lo que entendemos por «*ejercicio ordinario de la profesión*». Con una interpretación *a contrario* del artículo 1365.2.º del Código civil, los bienes consorciales no responderán directamente frente a los acreedores si las obligaciones tienen origen en un acto de carácter extraordinario. Esta situación no se plantea en los mismos términos que dispone el artículo 6 del Código de Comercio, donde simplemente se hace referencia al «*ejercicio del comercio*»; si bien es cierto que se requiere la concurrencia de la voluntad del cónyuge no comerciante —expresa o presunta— para exigir responsabilidad a los bienes comunes. No obstante, el artículo 1365.2.º del Código civil sí precisa que el acto debe obedecer al ejercicio ordinario de la profesión a los efectos de determinar la responsabilidad de los bienes gananciales frente a terceros; aunque también se infiere de lo dispuesto por el artículo 1362.4.º del Código civil una falta de precisión sobre la naturaleza ordinaria u extraordinaria de los gastos imputables a la sociedad de gananciales con origen en la «*explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge*»⁴⁹.

Sin embargo, no hay que olvidar que los artículos 1377 y 1378 del Código civil exigen el consentimiento de ambos cónyuges respecto de los actos de disposición que afecten a bienes gananciales⁵⁰. Si el afianzamiento es una carga y, como tal, se configura como un acto dispositivo, y no como un mero acto de administración, por la responsabilidad que aquel conlleva, ¿no sería necesaria la concurrencia de ambas voluntades? No bastaría con el deber de información recíproca entre los cónyuges previsto por el artículo 1383 del Código civil. Más aún, en consonancia con lo previsto por el artículo 1322 del Código civil, se distingue entre la onerosidad y la gratuidad de los actos dispositivos, optando por la nulidad en el segundo caso. En consecuencia, ¿qué efectos tendría sobre el afianzamiento realizado unilateralmente por uno de los cónyuges?

Que lo dispuesto por los artículos 1377 y 1378 del Código civil no permite al cónyuge no fiador dejar sin efecto el contrato de fianza, es meridiano. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1991 ya sostuvo esta idea cuando uno de los cónyuges constituye un aval sin el consentimiento del otro cónyuge, quien solicita su nulidad por este motivo. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (sección 7.º), de 8 de octubre de 2002, el cónyuge no fiador pretende la nulidad de la fianza por haber sido acordada sin su consentimiento, entendiendo que esto le supone un perjuicio como parte de la sociedad conyugal de gananciales. Ante esto, es cierto que quien no es parte del contrato, no puede pretender su ineficacia; pero sí podría ejercitar sus derechos conforme a lo previsto por el artículo 1373 del Código civil⁵¹. Claro está que su falta de asentimiento podría evitar que los bienes comu-

nes respondieran de las obligaciones derivadas de la fianza en los términos previstos por el artículo 1369 del Código civil, pero no porque la fianza no deba ser considerada como un acto dispositivo —que lo es—, sino porque es un acto que no vincula a la sociedad de gananciales. Por consiguiente, lo dispuesto por los artículos 1377 y 1378 del Código civil, respecto de la falta de voluntad de uno de los cónyuges en cuanto a la fianza acordada, ha de interpretarse como causa que justifica que los bienes gananciales no respondan frente al acreedor cuando la obligación no tiene carácter ganancial. Frente a la reclamación del acreedor, el cónyuge que no ha prestado su consentimiento, puede oponer lo dispuesto por el artículo 541.3. Ley de Enjuiciamiento Civil que admite que, si estamos ante deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiesen bienes comunes por insuficiencia de los privativos, se tendrá que notificar el *«embargo al cónyuge no deudor»*, a fin de que este pueda optar entre *«la disolución de la sociedad conyugal»* y correspondiente *«división del patrimonio»*, y la suspensión de la ejecución en lo relativo a los bienes comunes. Reclamaría la aplicación del artículo 1373 del Código civil, al sostener la naturaleza privativa de la obligación derivada de la fianza concertada por el otro cónyuge sin su consentimiento, y solicitaría hacer excusión de los bienes del cónyuge fiador para que el acreedor los persiguiera. El cónyuge no fiador podría oponerse al embargo y ejecución de los bienes gananciales, si quien actúa como garante tiene bienes suficientes para hacer frente a su responsabilidad. Por otra parte, una clara falta de diligencia al respecto podría incrementar el nivel de asunción de un riesgo por posible insolvencia del cónyuge garante; riesgo que tendría que asumir el acreedor si con su actitud dolosa —e incluso negligente en algunos casos— se dificulta, de modo evidente, la persecución de los bienes del cónyuge fiador, en los términos que se infiere del artículo 1833 del Código civil. La consecuencia de esta afirmación sería la de liberar los bienes gananciales porque *«el acreedor negligente»* sería responsable *«hasta donde [los bienes] alcancen, de la insolvencia [del cónyuge fiador] que por aquel descuido resulte»*.

La gratuidad del afianzamiento, como acto dispositivo que es, ¿permitiría sostener su nulidad de pleno derecho en virtud de lo previsto por los artículos 1322, 2.º pár. y 1378 del Código civil? No. Que la fianza sea gratuita (art. 441 CCO y 1823 CC) no es óbice para sostener su eficacia. El garante asume su responsabilidad como tal. Lo que sí habría que cuestionar son sus efectos sobre el patrimonio ganancial. En este sentido la onerosidad de la fianza podría vincularse a la naturaleza de la obligación principal que garantiza y que será determinante de su carácter ganancial. De tal modo que, si la deuda garantizada se vincula a alguno de los supuestos previstos en el artículo 1365 del Código civil, bien podríamos atribuir a la fianza un carácter oneroso; no así cuando el cónyuge afianza una deuda ajena a este patrón. No obstante, no se debe simplificar los conceptos de gratuidad u

onerosidad de la fianza, puesto que el afianzamiento puede ser oneroso o gratuito bajo otros parámetros (por ej., una rebaja en el tipo de interés aplicable al préstamo que repercute claramente sobre la responsabilidad que asume el fiador). Lo que tratamos de solventar es cómo afectan tales conceptos al ámbito de aplicación de las reglas que rigen la sociedad de gananciales a fin de dirimir la repercusión cuantitativa de la garantía personal: si afecta no solo a los bienes privativos del cónyuge fiador, sino también a los comunes. No se discuten aspectos cualitativos de la misma, que son los determinantes de su naturaleza.

V. LA FIANZA EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL

El régimen de separación de bienes se caracteriza por la falta de un patrimonio ganancial. Solo existen dos patrimonios independientes entre sí. No obstante, se aplica un conjunto de disposiciones generales —que constituyen lo que se denomina régimen patrimonial primario—, orientadas todas ellas a la gestión del levantamiento de las cargas del matrimonio⁵²; concepto, este último, que se debe interpretar como gasto dedicado al sostenimiento de la familia de acuerdo a lo establecido por el artículo 1362 del Código civil, y no como sinónimo de gravamen.

Las disposiciones generales se deben conjugar con la normativa específica que regula cada uno de los regímenes económico-matrimoniales presentes en nuestro Código civil. Por consiguiente, cuando el artículo 1318 del Código civil establece que «*Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio*», hay que aplicar lo previsto por el artículo 1438 del mismo cuerpo legal en relación con el régimen de separación de bienes: «*Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio*» según lo acordado, y a falta de pacto, «*lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos*». En tal caso, la falta de bienes de uno de los cónyuges no atribuirá siempre un derecho de reembolso al otro ante tales gastos, ya que el legislador aplica un criterio de la proporcionalidad al distribuir las cargas derivadas del matrimonio. No recurre a la regla propia de la sociedad de gananciales, que no es otra que la de la participación al cincuenta por ciento, salvo que así lo hayan convenido los cónyuges⁵³. Ante esta situación, ¿cómo repercutirá el afianzamiento concertado por uno de los cónyuges constante un régimen de separación de bienes?⁵⁴.

Si ambos cónyuges actúan como fiadores, la responsabilidad que se derivará del contrato de garantía solo resultará relevante si este se ha vinculado a un acto de gestión de levantamiento de cargas familiares (por ej., la fianza acordada para garantizar el cumplimiento de un contrato de servicios por

parte de uno de los cónyuges que ha de prestar un tercero —una empresa— en relación con un hijo discapacitado con patrimonio propio). En tal caso, los cónyuges responderán en proporción a sus recursos económicos con sus bienes privativos, y no de acuerdo a su participación como cofiador, si no se ha pactado nada en contrario. Si la fianza no estuviera vinculada a un acto dedicado al levantamiento de cargas familiares, ante la falta de un patrimonio ganancial, cada uno de los cónyuges responderá como cualquier otro cofiador.

Si quien actúa como fiador fuera uno de los cónyuges, habría que valorar la aplicación del artículo 1319 del Código civil conforme al cual cualquiera de los cónyuges podría realizar actos encaminados a «*atender las necesidades ordinarias de la familia*». De las deudas contraídas al respecto responderán «*solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge*». Ahora bien, ¿la noción «*bienes comunes*» es equivalente a la de bienes gananciales en los términos previstos por el artículo 1362 del Código civil? No de forma exclusiva, ya que no existen bienes de esta naturaleza en un régimen de separación de bienes. Cabe incluir otro tipo de bienes; aquellos sobre los que concurre una cotitularidad⁵⁵. Asimismo, que la atribución de responsabilidad recaiga de modo principal sobre el cónyuge deudor, solo se justifica en la seguridad jurídica que permite al acreedor saber a quién dirigirse. El cónyuge no deudor asume una responsabilidad de carácter subsidiario si la deuda tiene su origen en gastos ordinarios dedicados a atender el cuidado de la familia (art. 1440 CC). Por consiguiente, actuará como si de un subfiador se tratara (art. 1846 CC), y dispondrá después de su correspondiente derecho de reembolso de acuerdo a su régimen matrimonial.

Ahora bien, si sostenemos la naturaleza dispositiva de la fianza por actuar como una carga sobre los bienes del garante, habrá que traer a colación lo dispuesto por el artículo 1320 del Código civil, conforme al cual, en relación con la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, «*aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges*», se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, o, «*en su caso, autorización judicial*»⁵⁶. La restricción tiene un claro fundamento cuando ambos cónyuges son cotitulares de la vivienda —o cuando es un bien ganancial, en su caso—. Cuando la vivienda tiene naturaleza privativa o el régimen económico al que se sujeta el matrimonio es el de separación de bienes, el legislador concede al cónyuge no titular la posibilidad de impugnar el acto dispositivo que afecte al inmueble por constituirse en vivienda habitual (art. 1322 CC)⁵⁷. La finalidad del citado artículo 1320 del Código civil es proteger la vivienda, evitando que actos unilaterales de uno de los cónyuges perjudiquen al otro; entendiendo como vivienda habitual aquel inmueble destinado al domicilio familiar⁵⁸. Que se desarrolle en ella, a su vez, una actividad profesional, no tiene que ser óbice para quedar afectada por lo dispuesto por el artículo 1320 del Código

civil. En consecuencia, la restricción establecida por el legislador podría ser definida como una prohibición de disponer en los términos previstos por el artículo 26 de la Ley Hipotecaria, ya que el inmueble constituido en vivienda habitual está sujeto a una carga que impide su libre disposición⁵⁹. Es una limitación que, de modo imperativo, grava el *ius disponendi* que todo titular tiene sobre su inmueble. No puede enajenar ni gravar la vivienda habitual sin el asentimiento del otro cónyuge, cuya ausencia conlleva la aplicación del artículo 1322 del Código civil⁶⁰. Pero, ¿qué valor otorgamos a la voluntad del cónyuge no fiador en el contrato de fianza?

La fianza concertada por uno de los cónyuges es válida y eficaz sin el asentimiento del otro ante la reclamación del acreedor. Sin embargo, el artículo 1322 del Código civil recurre a la anulabilidad cuando se viola la obligación legal establecida por el artículo 1320 del Código civil: falta la voluntad del cónyuge no fiador porque la responsabilidad derivada del afianzamiento afecta, entre otros bienes, a la vivienda habitual, aunque el titular del inmueble sea el cónyuge fiador. Parece que se atribuye la facultad de anular a quien no es parte del contrato. Si esto fuera así, el cónyuge no fiador podría decidir anular o confirmar el contrato. Sin embargo, no es esta la interpretación a la que debemos recurrir. Razón: el asentimiento del cónyuge no fiador delimita la extensión de los efectos de la fianza, pero no su validez. Por consiguiente, no se trata de reclamar la ineficacia del afianzamiento, sino de limitar las consecuencias de su ejecución sobre el inmueble que actúa como vivienda habitual por falta de consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda. El acreedor fiduciario deberá soportar sobre la vivienda habitual una carga que actúa como una prohibición de disponer de origen legal anterior al contrato de fianza, en cuyo caso el tercero adquirente habrá de respetar las condiciones de uso del inmueble. El asentimiento del cónyuge no fiador no se constituye como elemento sustancial de validez del contrato de fianza, sino como voluntad determinante de la naturaleza del inmueble que se constituye como vivienda familiar. Lo que le permite el legislador es reclamar que se respete la afección que limita su uso, y que actúa como una carga que no desaparece con el embargo y la ejecución forzosa solicitada por el acreedor fiduciario. La restricción legal de disponer se extinguirá solo cuando el inmueble deje de ser considerado vivienda habitual de la familia. Mientras tanto, cualquiera de los cónyuges podrá reclamar la eficacia del gravamen —el uso familiar—, no como parte de un contrato de fianza, sino como persona interesada en que se respeten los efectos del gravamen legal. El consentimiento prestado por el cónyuge fiador no será causa de extinción del mismo. Tan solo la concurrencia de voluntades de los dos cónyuges podrá dar lugar a la extinción de la carga si se interpreta que con ella se pretende desvincular el inmueble del destino familiar.

La carga sobre el inmueble, que vincula su destino a través de una prohibición legal de disponer, debe ser anterior al contrato de fianza para ser

oponible⁶¹. La publicidad de la restricción viene dada por la combinación de lo dispuesto por los artículos 1320 del Código civil y 26 de la Ley Hipotecaria. Es legal. Por tanto, la vivienda habitual se puede embargar y ejecutar, pero respetando siempre su destino en virtud de lo dispuesto por la ley. Lo adecuado será que el destino del bien inmueble quede determinado en el contrato de afianzamiento a fin de que la prohibición sea oponible al acreedor fiduciario y al futuro tercero adquirente, en los términos previstos por el artículo 144.5. del Reglamento Hipotecario, según el cual «*Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado*»⁶². Si no fuera así porque el cónyuge fiador no lo declarara, el cónyuge no fiador puede oponer el destino del inmueble en virtud de lo dispuesto por el artículo 1320 del Código civil siempre y cuando ofrezca prueba oportuna al respecto⁶³. Por ello, a los efectos de proteger los intereses del tercero adquirente de buena fe resulta oportuno exigir determinar el destino del inmueble embargado, al estar ante un matrimonio; si se constituye en domicilio conyugal, o no; y desde cuándo esto sucede⁶⁴.

Si el inmueble se convirtiera en vivienda habitual con posterioridad al contrato de afianzamiento, conforme a las reglas de *prior tempore, potior iure*, la carga no tendría efectos frente a terceros⁶⁵. No hay que olvidar que, no siendo así, se podría intentar defraudar el interés de los acreedores al constituir como vivienda habitual un inmueble que antes no estaba afectado por este uso, a fin de limitar sus efectos en un procedimiento de embargo y ejecución. En este sentido se manifestó la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015 cuando sostuvo la falta de oponibilidad de un derecho de uso de vivienda familiar al adjudicatario de la misma tras un proceso de enajenación forzosa en subasta pública. No basta argumentar que el cónyuge no consintió la constitución de una hipoteca sobre la vivienda familiar, bien privativo del otro. Razón: la vivienda no se constituía en vivienda familiar porque en el momento de su adquisición e hipoteca no existía matrimonio alguno y, por tanto, no se podía configurar como vivienda familiar. Este bien ya estaba gravado con la hipoteca antes de constituirse como tal, y el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges e hija tras un procedimiento de divorcio es posterior⁶⁶.

VI. EL AFIANZAMIENTO DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO

El afianzamiento de un préstamo hipotecario no modifica la naturaleza de la fianza conforme a los términos expuestos anteriormente. En consecuencia, la fianza será mercantil si lo que garantiza es el cumplimiento de

un contrato mercantil; que es lo que sucede habitualmente al actuar como acreedora una entidad bancaria. Así mismo, que los cónyuges —o uno de ellos— actúen como garantes de un préstamo hipotecario no es razón determinante para calificar la responsabilidad como consorcial o privativa. Habrá que analizar el crédito garantizado para determinar cómo va a operar después la fianza en el marco de los regímenes económico-matrimoniales. No obstante, es cierto que este tipo de préstamos al estar doblemente garantizados —mediante una fianza y una hipoteca—, requieren un estudio más detallado.

Ante el impago del deudor, el acreedor fiduciario tiene la opción de solicitar que se condene al fiador a través de un juicio declarativo o, si existiera una póliza de afianzamiento, reclamar su ejecución ante los Tribunales⁶⁷. Si esto fuera así, ante una fianza solidaria, el cónyuge —o los cónyuges fiadores— deberán responder del cumplimiento íntegro de la prestación⁶⁸. Una vez satisfecho el interés del acreedor, el afianzamiento se extingue, y los fiadores, que no son deudores sino garantes, ejercitan unos derechos de reembolso y subrogación que le son propios⁶⁹; aunque el acreedor pueda demandar al fiador desde el momento del vencimiento de la obligación sin necesidad de requerimiento previo al deudor o demandar conjuntamente al fiador y deudor⁷⁰.

Respecto de la reclamación del acreedor al fiador por el impago de un préstamo hipotecario, cabe preguntarse si este puede oponer al citado acreedor fiduciario la existencia de una hipoteca como garantía a fin de postergar su responsabilidad, o si, por el contrario, el garante no tiene esta facultad. Para dar respuesta a esta pregunta hay que tener presente lo dispuesto por el artículo 1853 del Código civil en materia de excepciones, ya que de aquí se infiere que solo le competen al garante aquellas que tienen naturaleza real por ser inherentes a la deuda⁷¹; no así las excepciones personales, que, sin embargo, sí puede utilizar el deudor solidario en virtud de lo previsto en el artículo 1148 del Código civil⁷². El carácter accesorio de la fianza lo justifica (art. 1847 CC). Por ello, conforme a lo establecido por el artículo 1849 del Código civil, *«Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, y otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador»*. Si el acreedor que acepta la dación en pago, asume el riesgo íntegramente. En este sentido, que el préstamo garantizado por la fianza sea hipotecario, no podrá ser considerado como una excepción a oponer por parte del fiador. Es el acreedor quien decide qué garantía ejecutar. Ahora bien, esto no significa que la fianza no pueda extinguirse cuando la conducta del acreedor impida a los fiadores, *«aunque sean solidarios, ... «quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo»*, conforme a lo previsto por el artículo 1852 del Código civil Pero, ¿cómo debemos interpretar este precepto?

Queda claro que se pretende salvaguardar el interés del fiador en vía de regreso⁷³; y ello de modo imperativo, en cuyo caso no se admite cláusula en contrario. Razón: el fiador tiene derecho a recuperar lo pagado, los intereses, los gastos que le hubiera ocasionado el pago y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (art. 1838 CC)⁷⁴. Para que resulte efectiva esta facultad, se le atribuye la posibilidad de subrogarse en los derechos que pudiera tener el acreedor frente al deudor a fin de garantizar el pago de la deuda, como sucede con la hipoteca (art. 1839 CC)⁷⁵. En este sentido, el análisis de los términos del citado artículo 1852 del Código civil no debe orillar la idea de dejar indemne al fiador al tratar de determinar qué «*hechos del acreedor*» resultan determinantes para justificar la extinción de la fianza. El Alto Tribunal, en sentencia de 4 de mayo de 2007, no libera al fiador, pese a haberse extinguido la hipoteca que garantizaba el préstamo con anterioridad. El acreedor había adquirido la finca hipotecada en pública subasta, aspecto determinante de la extinción de la garantía por consolidación. Siendo esto así, se considera que «el hecho del acreedor que impide la subrogación y provoca la liberación del fiador es aquel acto voluntario y libre que de forma activa o pasiva se produce en la misma relación jurídica en la que se había dado la fianza». Como la causa que justifica la extinción del derecho real de garantía se encuentra en otro derecho de crédito anterior al afianzado, no se puede oponer lo dispuesto por el artículo 1852 del Código civil⁷⁶. Sin embargo, si las garantías de cobro que ofrece el derecho de crédito garantizado justifican las condiciones pactadas en el afianzamiento, habrá que valorar la extinción de aquellas en otros términos. Lo que se afianza es un préstamo hipotecario, en cuyo caso no todas las causas de extinción de este derecho real de garantía deben afectar a la fianza. Si aquellas obedecen a un caso fortuito o fuerza mayor no liberarán al fiador en los términos previstos por el artículo 1852 del Código civil. Por consiguiente, una devaluación del valor de la vivienda hipotecada no permitirá al fiador oponer la extinción del afianzamiento, pese a la minoración de la garantía inmobiliaria. Ni siquiera cabría admitir la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* porque la disminución del valor del bien hipotecado, que actúa como garantía, es un riesgo que debe asumir. Incluso, este hecho no impide al fiador subrogarse en la hipoteca; solo repercute sobre los efectos del ejercicio del derecho de regreso (por ej., que el deudor resulte insolvente). Por otra parte, el artículo 1852 del Código civil se refiere a la extinción de la hipoteca, y no a la modificación del valor del bien hipotecado. Del mismo modo tampoco se extinguirá la fianza en el caso de que el inmueble se deteriore por causa imputable a terceros o que este sea expropiado, ya que la subrogación se producirá sobre las indemnizaciones (art. 110.2.º LH)⁷⁷.

El fiador solicita su liberación ante conductas del acreedor que le perjudican claramente⁷⁸. En consecuencia, la adquisición de la vivienda hipote-

cada por el acreedor fiduciario e hipotecario a la par, puede ser catalogada como tal si con ello lo que pretende es extinguir una garantía que no solo afecta al acreedor, sino también al fiador. Esto es, si el fin es perjudicar el derecho de regreso de quien actúa como fiador⁷⁹. Razón: el acreedor no tiene una libre disposición sobre su derecho real de garantía ya que no es él quien únicamente se beneficia de su existencia, sino también el fiador. Por ello, lo oportuno sería requerir el asentimiento de este garante ante cualquier acto que realizara el acreedor si afecta a la hipoteca que va a garantizar también su derecho de reembolso⁸⁰. Resulta plausible exigir la concurrencia del fiador ante el acto de adquisición de la vivienda hipotecada por parte del acreedor. No siendo esto así, habría argumentos suficientes para fundamentar la liberación del garante, ya que no se está discutiendo la extinción de la hipoteca, sino su repercusión sobre el derecho de subrogación del fiador en su caso, situación subsumible en lo dispuesto por el artículo 1852 del Código civil.

Por supuesto, que la conducta dolosa del acreedor con resultado de extinción de la hipoteca y perjuicio al fiador en vía de regreso queda incluida en el artículo 1852 del Código civil por ser imputable a aquel. Pero, ¿cabe hablar de actos negligentes en tal caso? En realidad, lo que se analiza es si la actuación del acreedor —por acción o por omisión— impide la subrogación del fiador en el derecho real de hipoteca. Cuando el deudor no tiene bienes suficientes para hacer efectivo el derecho de reembolso del fiador, cobra especial relevancia esta garantía. Siendo esto así, cabría inferir que la medida prevista en el artículo 1852 del Código civil se aplica solo si la solvencia del deudor se ve afectada hasta tal punto que la ausencia de la garantía real frustraría el interés del fiador. Si esto no fuera así, no parece existir fundamento alguno que justifique la liberación del fiador ya que el deudor tiene capacidad patrimonial suficiente para hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones. Desde este presupuesto hay que analizar si el hecho es imputable al acreedor —por dolo o culpa—, o no, a los efectos de que el fiador pueda reclamar la aplicación del artículo 1852 del Código civil con base en el nivel de diligencia exigible a aquel en relación con «*los derechos, hipotecas y privilegios*» que se le atribuyen, ya que son garantías que también protegen la efectividad del derecho de reembolso del fiador. Se exige una ausencia de actos que perjudiquen al fiador sin otra finalidad añadida que impedir su vocación de garantía (por ej. la cancelación de la hipoteca). Ahora bien, esto no se debe traducir en una defensa activa de los intereses del garante por parte del acreedor —aunque sin estos actos se viera perjudicada la solvencia del deudor (por ej., la falta de ejercicio de una acción revocatoria)—. Tal y como sostiene el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de mayo de 2002, se trata de evitar que un acuerdo entre el acreedor y el deudor perjudique la fiador «y acabe pagando una deuda

ajena». La carga que asume el acreedor es la de preservar el derecho de subrogación del fiador y el incumplimiento de esta carga es lo que conlleva la sanción del artículo 1852 del Código civil. En consecuencia, si el hecho que impide al fiador subrogarse no fuera imputable al acreedor, no cabría aplicar lo dispuesto por el citado artículo 1852⁸¹. En tal caso, no estamos ante un supuesto de hecho incluido en este precepto cuando se extingue parte de la deuda afianzada con el producto de la enajenación el bien inmueble hipotecado⁸². Los efectos son los mismos que los derivados de la ejecución hipotecaria.

Por otra parte, la declaración de nulidad de una cláusula en el contrato de préstamo hipotecario, ¿podría ser considerada como «*hecho del acreedor*» a la luz de lo dispuesto por el artículo 1852 del Código civil? Si el contenido del contrato obedece a una condición general de contratación impuesta por el acreedor, y esta resulta ser abusiva, cabría considerarla como hecho imputable a este. Si la nulidad de esta condición impidiera al fiador subrogarse «*en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo*», podría reclamar su liberación. Ahora bien, si se declarara nula alguna de las cláusulas dispuestas en el préstamo hipotecario, ello no afectará al afianzamiento si no se impide dicha subrogación. Su eficacia tan solo se verá afectada por la nulidad parcial del préstamo garantizado.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 88 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, resulta abusiva «*La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido*», en cuyo caso ¿el propio afianzamiento de un contrato de préstamo hipotecario podría ser considerado como tal? Que exista una hipoteca no es razón suficiente para contestar de modo afirmativo. No hay que olvidar que en un marco de crisis económica, los activos inmobiliarios se han depreciado y ello ha repercutido negativamente sobre los efectos de la hipoteca como garantía de un préstamo⁸³. Por tanto, el afianzamiento, en este contexto, no podría ser calificado como abusivo; salvo que la obligación principal estuviera suficientemente garantizada con el valor del inmueble hipotecado hasta tal punto que no se viera afectada la garantía por su depreciación en el mercado.

Cabe entender que la liberación del fiador conforme a lo dispuesto por el artículo 1852 del Código civil tiene carácter subsidiario, ya que el fiador de un préstamo hipotecario además dispone de una acción de relevación para defender su posición o exigir una garantía que le ponga a salvo de los procedimientos del acreedor ante el peligro de insolvencia del deudor⁸⁴. Para ello debe concurrir alguna de las condiciones previstas en el artículo 1843 del Código civil. Su fin es proteger al fiador de un riesgo de impago. Las circunstancias que determinan sus efectos han cambiado y el fiador solicita la relevación de la fianza al deudor⁸⁵. Si el Banco concede un nuevo crédito al deudor empresario a sabiendas de que es insolvente, el fiador podrá ejer-

citar la acción de relevación del artículo 1843.2. del Código civil, aunque se haya fijado una duración concreta para el contrato de fianza⁸⁶. Sin embargo, como se necesita la aceptación del acreedor —quien podrá solicitar a su vez otra garantía—, hay que concluir que, de hecho, no se reconoce al fiador una acción que le libere de sus obligaciones; máxime cuando el fiador se puede subrogar en las garantías del acreedor, entre las que están la hipoteca.

No sucede lo mismo con la acción de cobertura: el fiador exige una garantía mayor con cargo a los bienes del deudor a fin de asegurar su solvencia ante el ejercicio de la acción de regreso, ya que el bien inmueble hipotecado se ha devaluado. Una situación de insolvencia no declarada del deudor o que la deuda sea exigible por cumplirse el plazo en que debía satisfacerse, lo justifica⁸⁷. Sin embargo, su aplicación genera diversas dudas: cuando el deudor es declarado concursado, el beneficio de excusión del fiador quiebra (art. 1831 CC), motivo por cual el acreedor fiduciario puede dirigirse contra el fiador. Siendo esto así, el garante será quien soporte la insolvencia del deudor.

Si la fianza estipulada está sujeta a plazo, esta se extinguirá llegado el mismo, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1843.3.º del Código civil. La responsabilidad del garante va a recaer sobre las deudas generadas con anterioridad a dicha fecha, por lo que hablar de extinción de la fianza no evita la reclamación del acreedor respecto de las deudas nacidas con anterioridad a la misma. Pero, si el vencimiento de la obligación principal no está sujeta a un término fijo, la fianza podrá extinguirse en un plazo de diez años «*a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en plazo mayor...*» (por ej., renta vitalicia, usufructo, etc.). El carácter retributivo del afianzamiento mercantil determina la subsistencia de la fianza hasta «*la terminación completa de la obligación principal que se afiance..., a no ser que por pacto expreso se hubiera fijado plazo a la fianza*» (art. 442 CCO). Una interpretación *a contrario* nos indica que la naturaleza gratuita de la fianza, sí le permite al fiador solicitar la relevación de la fianza.

El afianzamiento de un préstamo hipotecario plantea también otra cuestión si quien hipoteca el bien inmueble es un tercero en el caso que este pague voluntariamente o en el proceso de ejecución forzosa de la finca. ¿Se subroga en la posición de acreedor con respecto a la fianza o, por el contrario, esta extingue? En principio la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2009 niega la subrogación en virtud de lo previsto en el artículo 1209 del Código civil, ya que esta nunca se presume. La hipoteca no se constituye bajo la condición de un afianzamiento. Son garantías independientes con respecto a un mismo préstamo que permiten al acreedor ejercitar su derecho contra cualquiera de ellas libremente. No obstante, sí le reconoce este derecho como persona interesada en el cumplimiento de la obligación conforme a lo previsto en el párrafo 3.º del artículo 1210 del Código civil, lo que le permitiría subrogarse.

Si el deudor no hipotecante se puede subrogar en la posición del acreedor, ¿podría recurrir a la aplicación del artículo 1852 del Código civil, por analogía, cuando este ha liberado al fiador de su responsabilidad? El Alto Tribunal, en la citada sentencia de 3 de febrero de 2009, se pronuncia en contra de su aplicación porque considera que se estaría creando una causa de extinción de la hipoteca que afecta a su régimen jurídico. No cabe recurrir a la analogía por las singularidades que acompañan a cada una de estas garantías (fianza e hipoteca), lo que generaría, si no fuera así, una cierta inseguridad en el tráfico al existir otro tipo de garantías también⁸⁸.

VII. LOS CÓNYUGES-FIADORES COMO CONSUMIDORES

De acuerdo a lo previsto por el artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, han de ser considerados consumidores, *«las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»*. Se añade que *«Son también consumidores ... las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial»*. Por el contrario, será empresario quien *«actúe ...con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»*. En este contexto, el cónyuge que actúa como fiador, ¿podría ser considerado como consumidor y acogerse a su normativa protectora cuando esto fuera preciso? Para dar respuesta a esta pregunta hay que analizar la noción de consumidor a fin de determinar si tiene cabida la figura del fiador en dicho concepto; sobre todo cuando se garantizan obligaciones vinculadas a una sociedad mercantil.

Si la definición de consumidor se sustentara en un criterio basado en el destino particular del producto adquirido o servicio contratado, el fiador nunca podría ser considerado como tal porque esta garantía no satisface ningún interés personal⁸⁹. Sin embargo, la descripción de quien consume como destinatario final se ha ido relegando paulatinamente en favor de una noción basada en el ámbito en el que se desarrolla el contrato objeto de examen. La propia jurisprudencia se hace eco de esta postura al interpretar lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y excluir solo a quienes contratan en el marco de una actividad profesional o empresarial⁹⁰. Siendo esto así, que el garante actúe con *«un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»*, justifica que pueda recurrir a las medidas tuitivas establecidas para el consumidor por el legislador.

El Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea es quien ha ido flexibilizando la noción jurídica de consumidor al adoptar como perspectiva, no tanto la finalidad del objeto adquirido o servicio contratado, como el ámbito en el que se ha desarrollado el contrato. De acuerdo con lo dispuesto

por el artículo 2 de la Directiva de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4.^a) de 3 de septiembre de 2015 atribuye la condición de consumidor a una persona física que ejerce la abogacía y actúa como prestataria en un contrato de crédito celebrado con un banco, porque, al no precisar el destino del crédito, este no queda vinculado a su actividad profesional⁹¹. El auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 6.^a) de 19 de noviembre de 2015 sostiene la misma postura al pronunciarse sobre la calificación de un garante como consumidor. Reconoce al fiador como tal por actuar en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial; con independencia de que las obligaciones afianzadas sean las propias de una sociedad mercantil frente a una entidad bancaria en el marco de un contrato de crédito. Si bien es cierto, que esta afirmación solo se puede sostener si no existen vínculos funcionales entre el garante y el sujeto a quien afianza (por ej., la sociedad y su administrador). Por consiguiente, para que el fiador pueda reclamar la aplicación de las normas relativas a la protección del consumidor, como pueden ser todas aquellas relativas al control de las condiciones abusivas en la contratación, no debe incluirse el contrato de garantía en el marco de una actividad profesional o empresarial. Ello es así, aunque las obligaciones garantizadas sean las propias de una sociedad mercantil. Razón: no se examina la naturaleza del contrato principal cuyas obligaciones garantiza el afianzamiento, sino el ámbito en el que desarrolla la fianza. En consecuencia, si los cónyuges afianzan un préstamo o crédito destinado al desarrollo de una actividad empresarial o profesional, aquellos podrán reclamar la aplicación de la normativa sobre consumo si concurre el criterio expuesto anteriormente⁹². El contrato de afianzamiento es autónomo en este sentido pese a su carácter accesorio con respecto al contrato principal.

Tema distinto es valorar si el fiador tiene, o no, vínculos con la actividad profesional o empresarial que desarrolla la sociedad cuyas obligaciones garantiza. No estamos aplicando un criterio subjetivo al garante para definirle como consumidor, sino uno de carácter objetivo que permita determinar en qué ámbito se está celebrando el contrato. Si el cónyuge, que actúa como fiador, garantiza el crédito de una sociedad de la que, además de formar parte de ella, es administrador, no podrá ser calificado como consumidor. No parece oportuno considerar como tal a un garante que actúa con un propósito que no es ajeno «*a una actividad comercial o empresarial*» por los vínculos que le unen al sujeto cuyas obligaciones garantiza. Tiene un claro interés en ellas. Sin embargo, no resulta tan meridiano cuando el cónyuge es fiador de las obligaciones de una sociedad mercantil de la que simplemente forma parte, si se adopta una interpretación estricta del artículo 3 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Justificación: aunque el garante tiene un claro interés en la sociedad cuyas obligaciones garantiza, su

responsabilidad no se justifica en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional. Si concurren los dos cónyuges como garantes de las obligaciones de una sociedad de la que solo uno de ellos forma parte, se aplicará idéntico criterio. Ahora bien, quien es fiador en estas condiciones, deberá probar su condición de consumidor a los efectos que correspondan (art. 217 LEC).

No cabe duda que el cónyuge fiador, calificado como consumidor, puede reclamar la nulidad radical de aquellas cláusulas presentes en el contrato de fianza —siempre que estas resulten abusivas en los términos previstos por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios—, por ser aquel parte del mismo. Está legitimado activamente. Pero, ¿podría reclamar esta nulidad el cónyuge que, aun no siendo fiador, es sujeto interesado porque las obligaciones derivadas de la fianza tienen una naturaleza consorcial? Su patrimonio ganancial se ve afectado por un contrato de afianzamiento concertado por el otro cónyuge, y a esta situación compleja, hay que aplicar lo previsto por el artículo 83 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, según el cual *«Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas»*.

Es cierto que el cónyuge no fiador es un tercero con respecto a la fianza, pero también lo es que es persona interesada en que sea declarada la nulidad de aquellas cláusulas que puedan resultar abusivas. El propio artículo 1385 del Código civil, en su segundo párrafo, sostiene que *«Cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes, por vía de acción o de excepción»*. Pretender la nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato de afianzamiento, que repercute de modo claro sobre los bienes consorciales, fundamenta su interés y legitima su pretensión de invalidez por violar una norma de naturaleza prohibitiva; aun no siendo parte del contrato. Razón: el cónyuge no fiador actúa en beneficio de la comunidad ganancial⁹³. A mayor abundamiento, no hay que olvidar que el juez está obligado a apreciar de oficio la nulidad de una cláusula contractual «en el marco de los contratos celebrados por profesionales con consumidores» por resultar abusiva, tal y como reconoce el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a) de 3 de abril de 2019. Y es que se trata de un supuesto de nulidad radical.

VIII. CONCLUSIONES

I. Se recurre al afianzamiento en los contratos de apertura de crédito, en la negociación de letras de cambio y otros efectos de comercio, así como en los préstamos hipotecarios, lo que requiere una delimitación de la responsabilidad

del fiador tomando como referencia aquella que se exige al deudor; y siempre sin olvidar los límites derivados de lo dispuesto por el artículo 1826 del Código civil, en cuanto a la cantidad y a la onerosidad de las condiciones. Ahora bien, aunque el fiador responde frente al acreedor cuando el deudor incumple con la obligación principal que garantiza, lo hace en concepto de garante, y no en calidad de deudor; incluso, aunque la fianza tenga carácter solidario. Razón: Existen dos contratos diferenciados (el que genera la obligación principal; y el que constituye la fianza), sin que ello sea óbice para sostener la naturaleza accesoria del afianzamiento; aspecto este último que distingue esta figura jurídica de otras como las garantías de primer requerimiento o a primera demanda que son autónomas; y, que, aunque son instrumentos compatibles con el tipo contractual fideusorio, tienen como objetivo principal potenciar la seguridad de cobro de la deuda por parte del beneficiado-acreedor.

II. Si quien actúa como fiador está casado en régimen de sociedad de gananciales, resulta oportuno determinar si la fianza debe ser considerada como una carga consorcial a los efectos de dirimir la responsabilidad del patrimonio ganancial. El carácter accesorio de la fianza permite afirmar que su naturaleza dependerá de la que atribuyamos a la obligación principal que se garantiza. Por supuesto, esta idea estará presente no solo cuando uno de los cónyuges sea quien actúe como fiador, sino también cuando lo sean ambos, ya que hay que distinguir entre patrimonio responsable y naturaleza de la fianza.

III. Cuando la deuda que garantiza la fianza se derive de la explotación de *«los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge»* (art. 1362.4.º CC), responderán directamente los bienes gananciales frente al acreedor. Ahora bien, si el cónyuge actúa como fiador de una sociedad —persona jurídica— de la que forma parte, habrá que analizar si sus rendimientos aprovechan al consorcio conyugal para calificar la carga como consorcial, o no; si la deuda obedece a un acto vinculado al ejercicio ordinario de la profesión por uno de los cónyuges, cuyo fin es el sostenimiento de la familia. En cambio, si el objeto de análisis es un acto de comercio realizado por el cónyuge que actúa como comerciante, se podrá llegar a la misma conclusión, siempre que concurren los requisitos exigidos por el Código de Comercio: que el acto esté vinculado al desarrollo de una empresa o explotación económica y que exista asentimiento del otro cónyuge no comerciante, que puede ser presumido en los términos previstos por los artículos 7 y 8 del Código de Comercio, lo que le obliga a probar su ignorancia u oposición.

IV. A diferencia de lo que prevé el Código de Comercio, el Código civil distingue las deudas contraídas en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, de aquellas otras de naturaleza extraordinaria. Razón: los bienes consorciales solo responden de las primeras. Si el afianzamiento se configura como un acto dispositivo, y no como un mero acto de administración, por la responsabilidad que aquel conlleva, ¿no sería necesaria la concurrencia

de las voluntades de ambos cónyuges, conforme a lo dispuesto por los artículos 1377 y 1378 del Código civil, para vincular los bienes gananciales? Cuando esto no sucede, aunque el cónyuge no fiador no puede dejar sin efecto el contrato fianza por no ser parte de él, sí debería estar facultado para evitar una responsabilidad consorcial.

V. El régimen de separación de bienes se caracteriza por la falta de un patrimonio ganancial. Sin embargo, se aplica un conjunto de disposiciones generales orientadas todas ellas a la gestión del levantamiento de las cargas del matrimonio. Si ambos cónyuges actúan como fiadores, la responsabilidad que se derivará del contrato de garantía solo resultará relevante si este se ha vinculado a un acto de gestión de levantamiento de cargas familiares. Si la fianza no estuviera vinculada a un acto dedicado al levantamiento de cargas familiares, ante la falta de un patrimonio ganancial, cada uno de los cónyuges responderá como cualquier otro cofiador. Ahora bien, la naturaleza dispositiva de la fianza, por actuar como una carga sobre los bienes del garante, entre los que se puede encontrar la vivienda habitual de la familia, justifica que el cónyuge no titular pueda recurrir a lo previsto por los artículos 1320 y 1322 del Código civil. No se trata de reclamar la ineficacia del afianzamiento, sino de limitar las consecuencias de su ejecución sobre el inmueble que actúa como vivienda habitual por falta de consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda. El acreedor fiduciario deberá soportar sobre la vivienda habitual una carga que actuará como una prohibición de disponer en los términos previstos por el artículo 26 de la Ley Hipotecaria. El asentimiento del cónyuge no fiador no se constituye como elemento sustancial de validez del contrato de fianza, sino como voluntad determinante de la naturaleza del inmueble que se constituye como vivienda familiar.

VI. El afianzamiento de un préstamo hipotecario no modifica la naturaleza de la fianza. Habrá que analizar el crédito garantizado para determinar después cómo va a operar después la fianza en el marco de la sociedad de gananciales. En cualquier caso, ante la reclamación del acreedor al fiador por el impago de un préstamo hipotecario, este no puede oponer la existencia de una hipoteca como garantía a fin de postergar su responsabilidad. Es el acreedor quien decide qué garantía ejecutar. Ahora bien, esto no significa que la fianza no pueda extinguirse cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 1852 del Código civil: actos del acreedor que perjudican al fiador sin otra finalidad añadida que impedir su vocación de garantía (por ej. la cancelación de la hipoteca). Por supuesto, el acreedor no está obligado a defender activamente los intereses del garante.

VII. Las cláusulas abusivas presentes en los contratos de préstamo hipotecario, afianzados a vez por uno de los cónyuges (o por ambos), plantea la cuestión de si este puede ser considerado como consumidor a la luz de lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los

Consumidores y Usuarios a fin de acogerse a su normativa protectora. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que consumidor es quien actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial. En consecuencia, si el cónyuge fiador actúa de este modo, puede ser definido como consumidor; con independencia de la naturaleza atribuida a las obligaciones afianzadas (por ej., vinculadas al desarrollo de una empresa); y siempre que no tenga ningún vínculo funcional con el sujeto a quien afianza. Todo ello, sin olvidar que quien afianza en estas condiciones, deberá probar su condición de consumidor a los efectos que correspondan (art. 217 LEC).

VIII. El cónyuge fiador de un préstamo hipotecario, calificado como consumidor, puede reclamar la nulidad radical de aquellas cláusulas presentes en el contrato de fianza, si resultan abusivas en los términos previstos por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios—. Así mismo, de acuerdo con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1385 del Código civil, en cuanto al cónyuge no fiador, como persona interesada en que sea declarada la nulidad de aquellas cláusulas que puedan resultar abusivas por repercutir sobre los bienes consorciales, podría estar legitimado. La nulidad radical de estas condiciones justificaría esta postura en la medida que el propio juez la pueda apreciar de oficio.

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RRDGRN

- STSJUE (Sala 4.^a) de 3 de septiembre de 2015.
- Auto del TSJUE (Sala 6.^a) de 19 de noviembre de 2015.
- STSJUE (Sala 1.^a) de 26 de enero de 2017
- STSJUE (Sala 1.^a) de 27 de abril de 2017.
- STSJUE (Sala 5.^a) de 4 de octubre de 2018.
- STSJUE (Sala 3.^a) de 21 de marzo de 2019.
- STSJUE (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019.
- STSJUE (Sala 1.^a) de 3 de abril de 2019.

- STS de 18 de noviembre de 1988.
- STS de 20 de octubre de 1989.
- STS de 2 de julio de 1990.
- STS de 10 de diciembre de 1990.
- STS de 15 de marzo de 1991.
- STS de 30 de septiembre de 1991.
- STS de 7 de marzo de 1992.
- STS de 14 de febrero de 1997.
- STS de 10 de noviembre de 1999.
- STS de 27 de diciembre de 1999.

- STS de 17 de febrero de 2000.
 - STS de 13 de diciembre de 2000.
 - STS de 20 de diciembre de 2000.
 - STS de 8 de mayo de 2002.
 - STS de 28 de marzo de 2003.
 - STS de 31 de mayo de 2003.
 - STS de 19 de febrero de 2004.
 - STS de 26 de mayo de 2004.
 - STS de 8 de octubre de 2004.
 - STS de 7 de febrero de 2005.
 - STS de 6 de octubre de 2005.
 - STS de 8 de mayo de 2006.
 - STS de 18 de mayo de 2006.
 - STS de 11 de junio de 2006.
 - STS de 4 de diciembre de 2008.
 - STS de 7 de mayo de 2009.
 - STS de 13 de octubre de 2009.
 - STS de 14 de enero de 2010.
 - STS de 18 de enero de 2010.
 - STS de 2 de julio de 2010.
 - STS de 8 de octubre de 2010.
 - STS de 6 de marzo de 2012.
 - STS de 25 de mayo de 2012.
 - STS de 4 de marzo de 2014.
 - STS de 6 de marzo de 2015.
 - STS de 28 de julio de 2015.
 - STS de 1 de febrero de 2016.
 - STS de 19 de mayo de 2016.
 - STS de 7 de julio de 2016.
 - STS de 21 de septiembre de 2016.
 - STS de 21 de noviembre de 2016.
 - STS de 16 de enero de 2017.
 - STS de 5 de abril de 2017.
 - STS de 15 de noviembre de 2017.
 - STS de 24 de abril de 2018.
 - STS de 5 de abril de 2019.
-
- SAP de Pontevedra (sección 1.º), de 16 de noviembre de 2006.
 - SAP de Madrid (sección 22.º), de 3 de julio de 2007.
 - SAP de Burgos (sección 2.ª), de 31 de julio de 2009.
 - SAP de Pontevedra (sección 1.ª), de 6 de junio de 2011.
 - SAP de Burgos, (sección 3.º), de 16 de enero de 2014.

- SAP de Pontevedra (sección 1.º), de 6 de abril de 2016.
- SAP de Madrid (sección 8.ª), de 23 de enero de 2019.
- RDGRN de octubre de 2008.
- RDGRN de 28 de septiembre de 2010.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ALVENTOSA DEL RÍO, J., (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Comares, Granada.
- ARIJA SOUTULLO, C. (2003). Notas sobre la eficacia de la cláusula de globalización en los contratos de fianza. En: A. Cabanillas Sánchez (dir.). *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid: Thomson-Civitas, 1397-1414.
- ÁVILA DE LA TORRE, A. (2013). La fianza mercantil. En: A. Bercovitz, A. Calzada y J. Faus (dir.). *Contratos Mercantiles*, T. II. Pamplona: Aranzadi, 1045-1071.
- BLASCO GASCÓ, F. P. (1994). *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria*. Valencia: Editorial General de Derecho.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. (2015). *Tratado de los Derechos de Garantía*. Navarra: Thomson-Aranzadi.
- CORDÓN MORENO, F. (2004). Comentarios al artículo 135. En: F. Cerdón Morano (dir.). *Comentarios a la Ley Concursal*. Navarra: Thomson-Aranzadi.
- CORTÉS, L. J. (2001). *Curso de Derecho Mercantil*, t. II. Madrid: Civitas.
- CUENA CASAS, M. (2017). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dir.). *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III. Madrid: Aranzadi, 275-442.
- DE LA CUESTA RUTE, J. M. (2004). *El convenio concursal*. Navarra: Thomson-Aranzadi.
- DE LA CUESTA SAENZ, J. M. (2015). La sociedad de gananciales. En: S. Nasarre (dir.). *Bienes en común*. Valencia: Tirant lo Blanch, 331-356.
- GÓMEZ-BLANES, P. (2008). *El principio de accesoriedad de la fianza*, Navarra: Aranzadi.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1995). *Elementos de Derecho Civil*, II. Madrid: Bosch.
- MARTÍN BRICEÑO, M. R. (2015). La responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, *Revista Derecho de Familia. La Ley*, núm. 8, 4-25. (2018).
- Análisis sobre protección de los adquirentes de una vivienda en construcción en cuanto a las cantidades anticipadas al promotor a cuenta del precio, *RCDI*, núm. 768, julio-agosto, 1939-1985.
- MONTERO AROCA, J. (2014). *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- REBOLLEDO VARELA, A. L. (2017). *Empresas, sociedades y actividades económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, Navarra: Aranzadi.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, E. (2002). *La acción de rescisión por fraude a los derechos del consorte en la sociedad de gananciales: el artículo 1391*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- SARMIENTO RAMOS, J. (2007). Sobre la subsistencia de la fianza cuando el acreedor doblemente asegurado con fianza e hipoteca adquiere la finca hipotecada en garantía de su crédito, en una ejecución judicial en la que se hace valer una carga posterior a dicha hipoteca, *ADC*, T. LXIII, 897-919.
- SÁNCHEZ MAGRO, A. (2014). Aspectos concursales de la Ley de Emprendedores. En: E. Díaz Revorio (dir). *Manual de especialización en administración concursal*. Madrid, Dykinson, 652-667.
- SERRANO DE NICOLÁS, A. (2017). Afianzamiento de préstamos hipotecarios: subsidiariedad, carácter abusivo de la fianza y sobregarantías. En: P. Izquierdo Blanco, J. Picó i Juno y F. Adán Doménech (dir.). *Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente*. Barcelona. Bosch, 603-624.
- VÁZQUEZ CASTRO, E. (2013). La fianza. En: E. Llamas Pombo (dir.). *Acciones civiles*, T. III, IV. Madrid: La Ley, 1451-15194.
- VVAA. (2014). Los contratos ante el concurso de acreedores. En: M. Izquierdo Tolsada, J. M. Almuñi Cid y M. A. Martínez Lago (dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, T. XVIII. Navarra. Thomson, 435-449.

NOTAS

¹ En adelante, CC.

² A veces es una entidad bancaria la que actúa como fiadora con respecto al crédito que su cliente tiene pendiente con otra entidad. Esto es lo que sucede entre el Banco, el promotor de viviendas y la entidad bancaria que actúa como avalista dentro del marco del cumplimiento de unas obligaciones derivadas de un contrato de obra. En otras ocasiones, el afianzamiento está presente en las relaciones comerciales a través de las cartas de patrocinio —cartas de confort o soporte—, que actúan como instrumento de garantía entre una sociedad y sus filiales. El acreedor/beneficiario de una carta de patrocinio ve satisfecho su crédito cuando la sociedad dominante del grupo adquiere el compromiso de hacer lo posible para que la filial pague. Aunque la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2015 lo considera como un contrato atípico que no se proyecta como una suerte de contrato de fianza, sino como una modalidad de garantía personal con personalidad propia y diferenciada (por ej., el patrocinador no se obliga a ejecutar a favor del acreedor una prestación idéntica a la que le adeuda el deudor; puede ser otra de distinta naturaleza y contenido).

³ En adelante CCO.

⁴ Fundamento 2.º, sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2005.

⁵ La STS de 18 de noviembre de 1988 sostuvo que el carácter accesorio de la fianza mercantil es lo que fundamenta su presunción de onerosidad. En relación con ello el artículo 442 del Código de Comercio señala que «*En los contratos por tiempo indefinido, pactada una retribución al fiador, subsistirá la fianza hasta que, por la terminación completa del contrato principal que se afiance, se cancelen definitivamente las obligaciones que nazcan de él, sea cual fuere su duración, a no ser que por pacto expreso se hubiere fijado plazo a la fianza*». Es una idea presente en el afianzamiento mercantil, cuya onerosidad impide al garante ejercitar el derecho a obtener una relevación de la fianza a los diez años de ser constituida en los términos previstos por el Código civil —cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento— (art. 1843.5. CC).

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2000, 4 de marzo de 2014, de 19 de mayo y 21 de noviembre de 2016.

⁷ Vid. ÁVILA DE LA TORRE, A. (2013). La fianza mercantil. En: A. Bercovitz, A. Calzada y Faus, J. (dir.). *Contratos Mercantiles*, T. II. Pamplona: Aranzadi, 59.

⁸ STS de 10 de noviembre de 1999, de 13 de diciembre de 2000, de 31 de mayo de 2003 y de 28 de mayo de 2004.

⁹ Vid. GÓMEZ-BLANES, P. (2008). *El principio de accesoriedad de la fianza*. Navarra: Aranzadi, 43-44.

¹⁰ El afianzamiento debe distinguirse del seguro de caución también, aunque este se aproxime más al ámbito de la fianza que al de los seguros en algún supuesto. Sobre el tema, vid. MARTÍN BRICEÑO, M. R. (2018), Análisis sobre protección de los adquirentes de una vivienda en construcción en cuanto a las cantidades anticipadas al promotor a cuenta del precio. *RCDI*, núm. 768, julio-agosto, 1956.

¹¹ Respecto a la onerosidad de las condiciones de la obligación, cabe incluir el plazo y el lugar de cumplimiento: el fiador no se puede obligar a pagar antes del vencimiento de la obligación principal o en un lugar distinto del que debía hacerlo el afianzado. Ni tampoco está obligado a pagar una deuda en su totalidad cuando esta ha sido condonada parcialmente al deudor.

¹² Si la fianza es definida porque su eficacia es temporal, en tal caso, las obligaciones del fiador estarán sujetas a un tiempo durante el cual estas serán exigibles. Aunque no será el vencimiento del crédito el dato temporal determinante, sino el momento de la reclamación por el acreedor, salvo que la voluntad de las partes sea otra. Por ello, toda reclamación realizada fuera del plazo acordado no será admitida.

¹³ Con la cláusula de vencimiento anticipado estamos negando al consumidor su derecho al plazo. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019 analiza los efectos de la nulidad sobre una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario a los efectos de determinar si su supresión permite al juez integrar el contrato modificando el contenido de dicha cláusula. Niega esta facultad porque ello «contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales». Tan solo recoge como salvedad que el contrato se pudiera ver afectado.

¹⁴ La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 8.ª), de 23 de enero de 2019 niega la legitimación activa al fiador a instar la nulidad del préstamo por vicio del consentimiento de los prestatarios al contratar un producto bancario cuya naturaleza y riesgos desconocían verdaderamente. Son estos quienes deben alegar el error provocado por el dolo de la otra parte. El fiador no puede oponer como excepción este vicio de consentimiento por tener naturaleza personal, y no real. Solo tiene legitimación en las acciones fundadas en causas de inexistencia o de nulidad radical; no así de anulabilidad.

¹⁵ A partir de ahora TSJUE.

¹⁶ ¿Se plantea la misma solución si el fiador es solidario? A la luz de lo dispuesto en materia de obligaciones solidarias cabría concluir que no es necesario el requerimiento al fiador. Sin embargo, no estamos ante una obligación solidaria sino ante una fianza a la que se le aplica alguna de las reglas de la solidaridad, lo que hace que se defina como tal. Por tanto, aunque el fiador sea solidario, hay que tener presente lo dispuesto en materia de fianza por el artículo 1827 del Código civil, y exigir el correspondiente requerimiento. Si no fuera así, y el acreedor no reclamara al fiador en los términos previstos por el legislador, este podría oponer la excepción de falta de responsabilidad de los gastos del juicio seguido contra el deudor por no haber sido incluido en la demanda seguida contra este para exigir el pago correspondiente, aun estando ante una fianza de carácter solidario.

¹⁷ El párrafo tercero del artículo 1318 del Código civil tiene en cuenta la *litis expensa*: los gastos derivados de un litigio frente a terceros. Hay que entender que recae sobre el

caudal común si no existe «*mala fe o temeridad*», y siempre que el cónyuge actor no tenga bienes suficientes. Cabría ampliar esta idea a aquella situación en la que los efectos del litigio aprovechan a la familia. Esto debería ser un criterio para justificar que el patrimonio ganancial soporte el gasto, aunque esto no debería fundamentarse en el hecho de que fueran cargas familiares sino en un principio general del derecho: enriquecimiento injusto. Razón: puede que el litigio no esté vinculado a una carga del matrimonio en los términos del citado artículo 1318, pero que sin embargo le beneficie. Tema distinto es valorar si estamos ante gastos repercutibles en la sociedad de gananciales (por ej., uno de los cónyuges afianza un contrato de prestación de servicios cuyo destinatario es uno de los hijos, o la sociedad de la que él es partícipe —una sociedad civil de abogados—, o un negocio), porque en tal caso aplicaríamos lo dispuesto por el artículo 1362 del Código civil para identificar la naturaleza de la deuda.

¹⁸ No hay que olvidar que, aunque el artículo 1362.1.º del Código civil se refiere a los hijos, cabría incluir también a los nietos conforme a una interpretación correctora del término hijos a fin de considerar que la finalidad de legislador es incluir a todos los descendientes.

¹⁹ Los párrafos 1.º y 2.º del artículo 1347 del Código civil señalan que «*Los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges*», y «*Los frutos, rentas o intereses*», derivados tanto de los bienes privativos como de los gananciales, tienen un carácter ganancial.

²⁰ Vid. REBOLLEDO VARELA, A. L. (2017). *Empresas, sociedades y actividades económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, Navarra: Aranzadi, 72

²¹ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 1.º), de 16 de noviembre de 2006 se plantea si un préstamo solicitado para la reforma de un negocio al que se dedica uno de los cónyuges es, o no, ganancial. Se excluye del pasivo de la sociedad de gananciales porque no tiene como interés la familia. Ha sido contraída con posterioridad a la separación de hecho. Consecuentemente el débito es privativo.

²² Vid. ARIJA SOUTULLO, C. (2003). Notas sobre la eficacia de la cláusula de globalización en los contratos de fianza. En: A. Cabanillas Sánchez (dir). *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid: Thomson-Civitas, 1401.

²³ El artículo 541.3. Ley de Enjuiciamiento Civil exige que, si estamos ante deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguen bienes comunes por insuficiencia de los privativos, se notifique el «*embargo al cónyuge no deudor. En tal caso, si este optare por pedir la disolución de la sociedad conyugal, el tribunal ... resolverá lo procedente sobre división del patrimonio*»; y, en su caso, acordará, mientras tanto, que se suspenda la ejecución en lo relativo a los bienes comunes.

²⁴ La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2004 señala que el valor de la confesión de uno de los cónyuges en aplicación del artículo 1324 del Código civil tiene efectos *inter partes*, pero limita su eficacia respecto de herederos forzosos del confesante y acreedores, ya sean de la sociedad conyugal o de cada uno de los cónyuges.

²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 1.º), de 6 de junio de 2011, señala que no rige la presunción de ganancialidad del préstamo concertado por la esposa sin el consentimiento del marido, si no se invierte en el sostenimiento de las cargas familiares.

²⁶ Si el cónyuge da su consentimiento, y posteriormente se produce una nulidad, separación o divorcio del matrimonio, conforme al artículo 102.2.º del Código civil, la separación o divorcio conlleva la revocación de consentimientos y poderes «*que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro*». ¿Cómo repercute sobre la fianza? Habrá que estar al momento en que se prestó el consentimiento.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2004.

²⁸ En la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2016 se discute el carácter ganancial o privativo de la vivienda habitual adquirida por los cónyuges antes de contraer matrimonio, cuyo pago se realiza con dinero propio de uno de los cónyuges y mediante un préstamo hipotecario concertado por ambos, que ha sido amortizado al cincuenta por

ciento, constante el matrimonio. El Alto Tribunal aplica el segundo párrafo del artículo 1357 del Código civil que se remite a lo dispuesto por el artículo 1354 del mismo cuerpo legal, a fin de delimitar los porcentajes de participación en el inmueble y su naturaleza. Considera que la vivienda habitual pertenece pro indiviso a los cónyuges compradores y a la sociedad de gananciales en proporción al valor de sus aportaciones. Se busca proteger la titularidad común respecto de la vivienda habitual y «de ciertos bienes destinados a proteger las necesidades primarias de la familia». Sin embargo, cuando el precio de la vivienda se ha pagado íntegramente con dinero privativo, la titularidad sobre el inmueble también lo será; aunque su origen esté en un préstamo hipotecario. La deuda, por tanto, también será privativa, aunque se pague constante el matrimonio con dinero ganancial.

²⁹ La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1990 considera que existe una actuación a favor de la explotación regular de los negocios cuando el cónyuge presta un aval a una sociedad cuyas acciones son propiedad de la sociedad conyugal, y cuyos beneficios son beneficios para el consorcio. También STS de 15 de marzo de 1991 sostuvo que hay que buscar un equilibrio entre los beneficios que para la sociedad de gananciales se derivan de la actividad del cónyuge con los riesgos y responsabilidades jurídicas que esa actividad origina y produce, de acuerdo a lo previsto por el artículo 1365.2.º del Código civil.

³⁰ En la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2016 se mantiene esta idea en un proceso concursal de uno de los cónyuges. Durante la liquidación de la sociedad de gananciales, tras el divorcio de los cónyuges, se produce un incidente concursal sobre la inclusión de unas deudas derivadas de préstamos personales y disposiciones con cargo a tarjetas de crédito en el inventario como pasivo de la sociedad de gananciales, pese a no haber prestado el otro cónyuge su consentimiento. Y así es, porque el destino del dinero obtenido se ingresaba en una cuenta común, cuenta de la que disponía el otro cónyuge, con la que se hacía frente a las cargas familiares.

³¹ Conforme a lo dispuesto por el artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el acreedor podrá solicitar «*ejecución frente a la comunidad de gananciales*» cuando «*la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deba responder la sociedad de gananciales*». La demanda ejecutiva «*podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor, pero el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge*» a fin de que «*pueda oponerse a la ejecución*» justificando esta oposición «*en que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución. Cuando la oposición se funde en esta última causa, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales. Si no se acreditara esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente*».

³² Si no fuera así, habría que estar a lo dispuesto por el artículo 1348 del Código civil, en relación con los artículos 1385, 1398 y 1402 del mismo texto legal.

³³ No se infiere del segundo párrafo del artículo 1837 del Código civil que la obligación de los fiadores se convierta en solidaria, pues la solidaridad se debe acordar.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2009.

³⁵ Se produce la extinción de la fianza por falta de consentimiento del cónyuge fiador ante la prórroga concedida al deudor por el acreedor, salvo que se hubiera contemplado algo distinto inicialmente, o la ley, o la resolución judicial o administrativa determinaran lo contrario. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2009 distingue entre el convenio individual entre acreedor y deudor, una situación normal y el que se deriva de una situación de concurso. En este último caso se ve forzado a la espera ante la insolvencia del deudor y, por ello, cabría pensar que no debe quedar exonerado totalmente el fiador, conforme al artículo 135.2. de la Ley Concursal. [sobre el tema, *vid.* DE LA CUESTA RUTE, J. M. (2004). *El convenio concursal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 206; CORDÓN MORENO, F. (2004). Comentarios al artículo 135, En: F. Cerdón Morano (dir.). *Comentarios a la Ley Concursal*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 949; y CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. (2015). *Tratado de los Derechos de Garantía*, T. I, Thomson-Aranzadi, Navarra, 262].

³⁶ Sobre novación de póliza de descuento con fianza de terceros, ver STS de 6 de marzo de 2012.

³⁷ No sirve la inactividad del acreedor ante el vencimiento de la deuda para considerar que existe una prórroga. El Alto Tribunal, en sentencia de 20 de diciembre de 2002 requiere «convenio explicito, con señalamiento de nuevo plazo y fecha determinada para el pago». En este último caso el fiador podrá pedir la relevación de la fianza a la luz de lo dispuesto en el artículo 1843.4.º del Código civil.

³⁸ Que el objeto del afianzamiento sea un contrato bancario por parte de los cónyuges determina que la naturaleza de la fianza sea mercantil, y no civil. Si el contrato tiene señalado un día para su cumplimiento, *die interpellat pro homine*, el deudor se constituye en mora al día siguiente de su vencimiento (art. 63.1. CCO). Si la obligación no tiene término fijado podrá compelerse al pago al fiador siempre que el acreedor «haya interpelado judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un Juez, Notario u otro oficial público autorizado para admitirla». A partir del cumplimiento de tales requisitos, el fiador estará obligado a cumplir con su garantía, con independencia de la situación patrimonial del deudor. De la póliza de afianzamiento suele deducirse que la responsabilidad que asume el fiador es de carácter solidario. Así lo entiende el Tribunal Supremo, al manifestarse a favor de una presunción de solidaridad en la contratación mercantil en algunas sentencias, aunque manteniendo su carácter subsidiario (SSTS 20 octubre de 1989, de 7 de marzo de 1992, 14 de febrero de 1997, 26 de mayo de 2004 y 11 de junio de 2006).

³⁹ A esta pregunta responde de un modo claro el legislador francés al prever en el artículo 1415 del Código civil francés que cada uno de los cónyuges no podrá vincular más que sus propios bienes e ingresos por una fianza, salvo que esta se haya concertado con el consentimiento expreso del otro cónyuge que, en este caso, no obligará a sus bienes privativos. Con ello se busca proteger el patrimonio ganancial ante la responsabilidad derivada de la fianza concertada por uno solo de los cónyuges.

⁴⁰ Esto es lo que sucede en el caso analizado por la sentencia de la Audiencia Provincial, de Madrid (sección 22.ª), de 3 de julio de 2007: uno de los cónyuges actúa como avalista de un préstamo, y como tal tiene que hacer frente a su impago por parte del deudor principal. El otro cónyuge, que no había suscrito el aval, ni tenía conocimiento de la operación (art. 1367 CC), alega la exclusión de los artículos 1362 y 1365.1.º del Código civil porque la obligación no tenía como destino el sostenimiento de cargas familiares, como así queda probado.

⁴¹ Vid. MARTÍN BRICEÑO, M. R. (2015). La responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales de un cónyuge. *Revista Derecho de Familia*, La Ley, núm. 8, 4-25.

⁴² Vid. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, E. (2002). *La acción de rescisión por fraude a los derechos del consorte en la sociedad de gananciales: el artículo 1391*. Valencia. Tirant lo Blanch, 37-44.

⁴³ Vid. REBOLLEDO VARELA, A. L., *ob. cit.*, 130.

⁴⁴ La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 22.ª), de 14 de noviembre de 2006, admite la revocación del consentimiento del cónyuge a través de comunicaciones mediante burofax a los proveedores de su esposo a fin de evitar que este vinculara bienes gananciales del matrimonio por causa del ejercicio del comercio (art. 11 CCO). En consecuencia, las deudas no pueden ser incluidas en el pasivo ganancial.

⁴⁵ En el supuesto analizado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (sección 2.ª), de 31 de julio de 2009, la fianza del cónyuge socio a favor de la sociedad con consentimiento de la esposa, los configura a ambos como fiadores solidarios. El esposo era el administrador único de una sociedad de la que formaban parte ambos cónyuges, y actuaba en «interés de su vigente sociedad de gananciales para quien en exclusiva adquiría las participaciones sociales, pasando a ser el matrimonio el titular en exclusiva de aquellas».

⁴⁶ La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2010 entiende que las sociedades codemandadas fueron creadas «ex profeso» para defraudar legítimos intereses de tercero, hasta el punto de instrumentalizarlas para lograr un alzamiento de bienes.

⁴⁷ Una vez paga la deuda a los acreedores por los fiadores, estos ejercitaron su acción de reintegro por la parte proporcional contra los otros dos cofiadores solidarios, casados entre sí, lo que implicaba su realización sobre los bienes gananciales de estos.

⁴⁸ En relación con un préstamo hipotecario, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2016 lo deja claro: no se considera carga del matrimonio, sino deuda de la sociedad de gananciales que debe ser afrontada al cincuenta por ciento por cada uno de los cónyuges.

⁴⁹ *Vid.* REBOLLERO VARELA, A. L., *ob. cit.*, 146.

⁵⁰ En el caso de que uno de los partícipes haya realizado el pago de una deuda de carácter ganancial, podría reclamar el pago de la mitad de lo pagado sin esperar a la liquidación de la sociedad de gananciales, o, por el contrario, esperar a que esta tenga lugar a los efectos de determinar lo pagado por uno de los cónyuges, como crédito contra la sociedad. Esto último es lo oportuno. Para que pueda admitirse la reclamación de la mitad de lo pagado tendrá que quedar establecido que la voluntad de las partes es, de momento, no pedir la liquidación [*vid.* MONTERO AROCA, J. (2014). *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 86-88].

⁵¹ En la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1990 se mantiene que cada uno de los cónyuges puede obligarse individualmente y responder con sus respectivos bienes. Si el esposo adquirió por documento privado el compromiso de devolver un préstamo, ello no significa por sí solo que estemos ante un acto de disposición de los gananciales que determine la nulidad de dicho acto, ya que siempre tendrá el otro cónyuge la posibilidad de ejercitar la facultad del artículo 1373 del Código civil si se dirige apremio contra tales bienes.

⁵² Con las disposiciones generales se establecen unos mínimos orientados al levantamiento de cargas familiares, que, en el régimen de separación de bienes, afectan de manera directa a los bienes de los cónyuges. No recae la responsabilidad sobre las ganancias de los cónyuges, tal y como sucede en el régimen de sociedad de gananciales en primer lugar; ni tampoco goza de preferencia alguna frente a otros créditos [*vid.* DE LA CUESTA SAENZ, J. M. (2015). La sociedad de gananciales. En: S. Nasarre (dir.). *Bienes en común*. Valencia: Tirant lo Blanch, 340].

⁵³ El deber de contribución a las cargas familiares recae sobre los cónyuges, en cuyo caso el acto jurídico mediante el cual se decide liberar a uno de ellos de la obligación que supone el sostenimiento de aquellas, deberá ser analizado, por la gratuidad que comporta, a los efectos que corresponda cuando sus consecuencias afecten a terceros (por ej. fraude).

⁵⁴ Si el afianzamiento de un tercero se produce por los cónyuges bajo el régimen de ganancialidad, unas futuras capitulaciones matrimoniales que determinen la separación de bienes, no pueden afectar a la naturaleza del contrato de fianza suscrito. Solo si la fianza se suscribe bajo un régimen de separación de bienes, estará sujeta a las reglas aplicables a este último.

⁵⁵ Idéntica situación se plantea con lo dispuesto por el artículo 1318 del Código civil cuando sujeta los bienes de los cónyuges al levantamiento de cargas del matrimonio. Razón: no se refiere a los bienes gananciales, sino a los bienes de los cónyuges en general. Claro está que, ante un régimen de ganancialidad, se incluirán los bienes gananciales y los privativos, siendo los primeros los que respondan principalmente.

⁵⁶ El afianzamiento actúa como un gravamen sobre el patrimonio del fiador pues, aunque su responsabilidad es subsidiaria, sus bienes están sujetos a ella lo que limita su libre disponibilidad a fin de no actuar en fraude de acreedores o cometer un delito de alzamiento de bienes.

⁵⁷ *Vid.*, el artículo 96.3. del Código civil.

⁵⁸ De acuerdo a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010, si estamos ante la hipoteca de la vivienda familiar, que es un bien privativo de uno de los cónyuges, con consentimiento del otro cónyuge, hay que valorar la aplicación de lo dispuesto por el artículo 1320 del Código civil La hipoteca es un acto de disposición, con unos efectos claros sobre el bien hipotecado ante el impago de la deuda que garantiza.

⁵⁹ Conforme a lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, como una excepción a lo dispuesto por el artículo 1911 del Código civil y 6 del Código de Comercio, se admite que el emprendedor de responsabilidad limitada pueda «obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales, no alcance al bien no sujeto» de acuerdo a lo dispuesto por el legislador. La limitación de responsabilidad afectará a la vivienda habitual del deudor «siempre que su valor no supere los 300.000 euros» y en el caso de «viviendas situadas en población de más de 1.000.000 de habitantes se aplicará un coeficiente del 1,5 al valor del párrafo anterior». Se trata de excluir la vivienda como bien determinado y no su valor. Por supuesto, no podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad «el deudor que hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así constare acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable». De los artículos 9 y 10 de la citada Ley se infiere que, con carácter constitutivo, se deberá inscribir como emprendedor de responsabilidad limitada en el Registro Mercantil, y esto se hará mediante acta notarial o «instancia suscrita ... y remitida telemáticamente a dicho Registro». Para ser oponible a terceros, deberá constar en el Registro de la Propiedad, «la no sujeción de la vivienda habitual, a las resultas del tráfico empresarial o profesional». A partir de este momento se denegarán anotaciones de embargo trabadas sobre la vivienda por causa de deudas vinculadas al desarrollo de la empresa o profesión; aunque si se mantiene su responsabilidad por deudas no empresariales o profesionales. Por ello, en un proceso concursal, el bien inmueble no sujeto se incluirá en la masa activa, especificando su destino (art. 75 Ley concursal). En tal caso, si la vivienda se liquidase por deudas de origen no empresarial, del sobrante se podrían beneficiar los acreedores por deudas empresariales si el concurso es declarado culpable. La discriminación sobre el origen de la deuda para evitar el embargo lo hará el Juzgado que acuerde la traba, indicando si el bien es, o no, inembargable. Sobre el tema, SÁNCHEZ MAGRO, A. (2014). Aspectos concursales de la Ley de Emprendedores. En: E. Díaz Revorio (dir). *Manual de especialización en administración concursal*. Madrid, Dykinson, 657.

⁶⁰ No olvidemos lo que dispone el artículo 1393 del Código civil, según el cual uno de los cónyuges puede solicitar la disolución de la sociedad de gananciales al juez cuando el otro cónyuge realiza actos dispositivos o de gestión que entrañan «fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad».

⁶¹ Ver artículos 21, 114 y 129 de la Ley Hipotecaria.

⁶² La transformación de la coposesión de la vivienda familiar, propiedad de uno de los cónyuges, de ambos o de naturaleza ganancial, no da lugar a una situación de precario porque el título que legitima su transformación en posesión única es el convenio regulador o la sentencia de divorcio. Sin embargo, el artículo 96 del Código civil no configura la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges como un derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad (STS de 18 de enero de 2010). No obstante, quien es el propietario de la vivienda, puede venderla a un tercero o este adquirirla mediante subasta. En cualquier caso, el tercero deberá respetar el uso (SSTS de 27 de diciembre de 1999, de diciembre de 2000, de 28 de marzo de 2003 y de 8 de mayo de 2006).

⁶³ Ver lo dispuesto por el artículo 21 LH en relación con el préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual para su oponibilidad frente a terceros.

⁶⁴ Conforme resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de septiembre de 2010, los cónyuges declaran que el bien privativo de uno de los cónyuges es vivienda familiar, y se admite la carga a los efectos del artículo 1320 del Código civil. Uno de ellos, siendo soltero, adquiere una vivienda mediante préstamo hipotecario, que se constituye en domicilio familiar. Tras la disolución del matrimonio, se atribuye al cónyuge no propietario el uso de la vivienda familiar. A consecuencia del impago del préstamo, se inicia el procedimiento de ejecución hipotecaria. En primera instancia niega a la esposa

oponer su título posesorio al adquirente de la finca en pública subasta. Sin embargo, la Audiencia Provincial estima su recurso porque alega que no hubo consentimiento de la demandada para la constitución de la hipoteca por ser de fecha anterior al matrimonio. Asimismo, entiende que el adjudicatario de la vivienda a través de la subasta, tenía conocimiento del derecho de uso de la demandada por resolución judicial. De acuerdo a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015, la solución debe darse de acuerdo a los parámetros del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque los terceros propietarios no tienen que asumir las consecuencias del divorcio o separación. Ya la STS de 14 de enero de 2010 determinó que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges «no puede generar un derecho antes inexistente». No es un derecho real; es «un derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia». En consecuencia, el derecho de uso de la vivienda concedido por sentencia judicial al cónyuge no titular «no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda». También sentencia el Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017. Conforme a la RDGRN de 10 de octubre de 2008, esta limitación es oponible a terceros y por ello inscribible en el Registro de la Propiedad.

⁶⁵ El artículo 144.5. Reglamento Hipotecario se presume que la vivienda no tiene carácter familiar, y el cónyuge no titular tiene que probar que sí lo es. Constante el matrimonio, la situación del cónyuge titular es peor, porque, si no consta el carácter familiar de la vivienda, salvo que esto quede previsto en el mandamiento judicial, el cónyuge no titular no va a ser notificado y, sin embargo, podrá ser anotado el embargo sobre la vivienda familiar [vid. CUENA CASAS, M., (2017). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dir.). *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III. Madrid: Aranzadi 331].

⁶⁶ En la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2018 queda claro que no se discute la titularidad de la vivienda familiar adquirida por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio mediante préstamo hipotecario que grava aquella. Ello justifica que sea el único responsable del pago del mismo, y que, por tanto, las cuotas de amortización queden excluidas del concepto de cargas matrimoniales.

⁶⁷ Para que esto tenga lugar se deben dar los siguientes requisitos: a) que la deuda que se exige se halle cubierta por el contrato de fianza. Cuando la deuda está delimitada no hay problema alguno, pero cuando no lo está hay que determinar si encaja en el ámbito material y temporal que se plantea; b) que la deuda sea exigible, lo mismo que lo sería para el deudor principal, por ello se plantea la necesidad de previo requerimiento de pago al deudor principal, salvo que la fianza sea solidaria. Esto significa que para que se reclame al deudor, este tiene que haber cumplido. Aquí habría que tener en cuenta el cumplimiento de los requisitos de la mora (art. 1100 CC y 63 CCO). Si es solidaria no hace falta, pero siempre resulta conveniente reclamar también al deudor; c) que se hayan observado los requisitos de la fianza (aportación de los documentos justificativos de la deuda que se reclama o informes periciales, etc); d) si la fianza se ha plasmado en escritura pública o en contrato intervenido por notario, tales documentos pueden llevar aparejada ejecución (art. 517.2.4.º y 5.º LEC), y permite exigir su cumplimiento mediante el proceso de ejecución forzosa previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁶⁸ ¿Se puede emprender una acción contra el fiador a través de un juicio monitorio? Sí, si junto a la demanda se aporta el contrato de fianza suscrito debidamente por el fiador, y acompañado de los documentos que reflejan la deuda garantizada (art. 812 LEC). Las Audiencias Provinciales admiten un juicio monitorio en que los documentos aportados reflejen una deuda líquida fácil de determinación, cuyo importe parece haber sido consentido por el deudor. No así si la deuda ha sido liquidada unilateralmente por el acreedor. Véase VÁZQUEZ CASTRO, E. (2013). La fianza. En: E. Llamas Pombo (dir.). *Acciones civiles*, T. III, IV. Madrid: La Ley, 1471.

⁶⁹ En relación con lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 1822 del Código civil, se pueden entender que solo se tiene en cuenta la regla de la solidaridad en cuanto a las relaciones externas, y que la fianza sigue siendo subsidiaria en cuanto que solo cuando vence y es exigible la obligación principal, también lo es la fianza.

⁷⁰ Hay varias diferencias entre el fiador solidario y los codeudores solidarios: a) estos pueden estar vinculados por distintos plazos y condiciones (art. 1140 CC), en cuyo caso uno de los codeudores puede tener una deuda más gravosa que la del otro, mientras que el fiador no puede obligarse a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones (art. 1826 CC); b) según el artículo 1148 del Código civil, el fiador no puede oponer al acreedor las excepciones personales del deudor principal (art. 1853 CC), algo que sí pueden hacer los codeudores solidarios; c) cuando un codeudor paga, solo puede reclamar al resto de codeudores la parte proporcional que a cada uno corresponda con los intereses del anticipo (art. 1145 CC), sin embargo, el fiador tiene un derecho de reembolso por la totalidad; d) la fianza se extingue si la obligación principal se cumple, mientras que los codeudores solidarios no se liberan por el pago total de uno de ellos; e) la confusión que recae en un codeudor solidario extingue la obligación para todos (art. 1143.1.º CC), mientras que la que recae sobre el fiador, extingue la fianza solidaria pero deja subsistente la obligación principal; e) el distinto modo de obligarse el fiador con el deudor marca la diferencia existente entre responsabilidad solidaria y responsabilidad subsidiaria del fiador solidario, lo que define a la fianza siempre es el carácter accesorio que esta tiene, una característica no atribuible a las deudas solidarias.

⁷¹ También otro tipo de cuestiones relativas a su eficacia como pueden ser su extensión (por ej., reclamar el tipo de interés abusivo) o las condiciones del préstamo (por ej., las cláusulas suelo). Todas las que hubieran permitido un incumplimiento por parte del deudor principal: evicción de la cosa vendida, pérdida del objeto depositado o dado en comodato, cuando se afianzó el precio o la devolución. El fiador las puede oponer incluso si el deudor hubiera renunciado a estas excepciones o no las hubiera opuesto, por negligencia o mala fe [Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, J., (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad*, COMARES, Granada, 148].

⁷² El fiador puede oponer también otras excepciones: las que hubiera acordado con el acreedor de acuerdo a lo previsto en el artículo 1847 del Código civil, que se remite a las causas generales de extinción de las obligaciones. También se deducen de lo previsto en los artículos 1833 y 1835.2. del Código civil.

⁷³ ¿Qué pasa con la acción de reembolso cuando el deudor ha sido declarado concursado? No existirá un crédito de reembolso a favor del fiador hasta que este pague. Solo a partir de este momento podrá ser reconocido como acreedor concursal, pero en ningún caso podrá ser reconocido como acreedor contra la masa, aunque su derecho naciera con posterioridad al concurso. Será un crédito contingente (art. 87.3. LC) si lo consideramos como crédito sometido a una condición suspensiva o de carácter litigioso. Esto significa que el acreedor estará legitimado en el proceso concursal, pero quedarán en suspenso sus derechos de adhesión, voto y cobro hasta que su crédito quede confirmado. En el caso del fiador, esto sucederá cuando el fiador acredite ante la administración concursal el pago al acreedor y, con ello, el nacimiento del derecho al reembolso. No obstante, la administración concursal puede negar la legitimidad del crédito de reembolso si cuestiona su existencia (vid. VÁZQUEZ CASTRO, E., *ob. cit.*, 1486). Si el fiador ha pagado parcialmente al acreedor, se aplicarían las reglas de los artículos 87.7. y 160 de la Ley Concursal: el acreedor que hubiera cobrado parte del crédito de un fiador o avalista antes de la declaración de concurso, tendrá derecho a obtener en el concurso del deudor principal los pagos correspondientes a aquellos hasta que, sumados a lo que perciba por su crédito, cubran el importe total de este (art. 87.7. LC). En cuanto a los efectos del convenio sobre el crédito del acreedor contra el fiador hay que tener en cuenta lo previsto por el artículo 135 de la Ley Concursal: cuando el fiador pague, sustituye al acreedor en la titularidad del crédito reconocido. Si el acreedor se desentiende del concurso del deudor porque está completamente seguro de

cobrar del fiador y no insinúa su crédito, el fiador, para no quedar perjudicado, tendrá que insinuar su crédito como contingente. No parece claro que el fiador pueda invocar la aplicación del artículo 1852 del Código civil alegando que por hecho propio del acreedor no puede quedar subrogado en sus derechos, hipotecas y privilegios, porque el acreedor no ha insinuado su crédito en el concurso del deudor al pensar que podría cobrar del fiador (vid. VVAA. (2014). Los contratos ante el concurso de acreedores. En: M. Izquierdo Tolsada, J. M. Almudí Cid y M. A. Martínez Lago (dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, T. XVIII. Navarra: Thomson 411). La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2012 considera que el crédito de regreso del fiador contra el deudor por la cantidad pagada por el acreedor en concepto de intereses es subordinado, pues así lo era el crédito por intereses del acreedor contra el deudor. El Tribunal Supremo argumenta que el fiador que ha pagado se ha subrogado en el crédito por intereses, y si ese tenía la calificación de subordinado, la continuará teniendo tras el pago del fiador ya que el crédito sigue siendo el mismo, con la única diferencia de la sustitución del titular. Añade el Tribunal Supremo que el fiador no puede eludir la calificación de subordinado alegando que no ejercita la acción de subrogación, sino la acción de reembolso del artículo 1838 del Código civil o la acción derivada del contrato de regulación de la garantía celebrado con el deudor, por lo que no reclama el crédito de intereses que correspondía al acreedor, sino un crédito propio, pues los interesados no pueden eludir la calificación de un crédito como subordinado establecida en la Ley Concursal.

Si el fiador paga al acreedor después de la declaración de concurso del deudor principal, se entiende que es en ese momento cuando nacerá su crédito de regreso contra el deudor, pero no por este motivo ha de ser considerado como un crédito contra la masa. Razón: para ser considerado crédito contra la masa, aparte de nacer tras la declaración de concurso, la prestación a realizar debe hacer posible llevar a buen fin el concurso de acreedores. Por ello son créditos de esta naturaleza los derivados del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración de concurso (art. 84.2.5.º LC). Que la fianza garantice los créditos derivados del ejercicio de una actividad profesional o empresarial no es razón para considerarlos créditos contra la masa porque la obligación garantizada y la fianza son anteriores a la declaración de concurso. No son generados por una actividad del deudor posterior a la declaración de concurso, aunque el crédito del fiador haya nacido con posterioridad a la declaración de concurso. Solo si la fianza se celebra después del concurso para garantizar una obligación contraída por el concursado en el ejercicio de su actividad, cabría sostener que el crédito de regreso del fiador está generado por la actividad del deudor tras la declaración de concurso y es, por tanto, un crédito contra la masa. Esto es lo que mantiene la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2012: el crédito de reembolso del fiador que tiene un derecho de regreso contra el deudor concursado por pagar tras la declaración de concurso del deudor, no tiene la consideración de crédito contra la masa (art. 84.2.6.º LC) puesto que no es un crédito que se derive de prestaciones a cargo del concursado en contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso. No hay obligaciones recíprocas entre la concursada y la fiadora. La obligación de la fiadora es frente a la parte acreedora. Aunque en el supuesto la fiadora alega que sí existe una obligación recíproca porque se compromete a afianzar a cambio de una remuneración. Pero la contraprestación del fiador no va dirigida al deudor sino al acreedor.

⁷⁴ Si bien es cierto que si el fiador hubiera llegado a alguna transacción con el acreedor, no podrá exigir al deudor principal más de lo efectivamente pagado (art. 1839 CC).

⁷⁵ Cabría pensar que no existen dos acciones distintas, sino una acción de reembolso complementada con las garantías vinculadas a la obligación principal (rango, privilegios y garantías accesorias que tuviera el crédito exigible al deudor), tal y como se pronuncia LACRUZ BERDEJO, J. L. (1995). *Elementos de Derecho Civil*, II, Madrid: Bosch, 355.

⁷⁶ En contra ver comentario a la sentencia por SARMIENTO RAMOS, J. (2007). Sobre la subsistencia de la fianza cuando el acreedor doblemente asegurado con fianza e hipoteca adquiere la finca hipotecada en garantía de su crédito, en una ejecución judicial en la que se hace valer una carga posterior a dicha hipoteca, *ADC*, T. LXIII, 900-901.

⁷⁷ Si es cierto que en tales casos cabría afirmar que, en la práctica, como se modifica la naturaleza del objeto de la garantía —no es un bien inmueble sino una indemnización—, la hipoteca se extinguiría por desaparición del objeto y se convertiría en un derecho real de prenda que tendría como objeto la correspondiente indemnización. Sobre el tema vid. BLASCO GASCÓ, F. P. (1994). *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria*, Valencia: Editorial General de Derecho, Valencia, 72.

⁷⁸ La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2002 analiza el supuesto de liberación del fiador ante el consentimiento del acreedor del levantamiento de unos embargos, para permitir al deudor la venta directa de los inmuebles, obteniéndose un precio no inferior al que se habría obtenido en subasta judicial.

⁷⁹ Por supuesto, no se incluyen supuestos en los que se postpone el rango de una hipoteca, o no se solicita un embargo, ya que no se trata de que el acreedor tenga que actuar para conservar el derecho de reembolso del fiador contra el deudor principal, puesto que la fianza se constituye para ahorrar determinados costes al acreedor, por lo que sería absurdo imponerle una conducta para salvaguardar el regreso del fiador (vid. VÁZQUEZ CASTRO, E., *ob. cit.*, 1461).

⁸⁰ Antes de iniciar el proceso de ejecución hipotecaria, el fiador puede pedir la constancia registral de la subrogación (art. 149 LH). El acreedor otorga escritura de aceptación del pago y consentimiento en la subrogación, que deberá ser notificada al deudor. VÁZQUEZ CASTRO (*ob. cit.*, 1500) considera que no hay que entenderlo como una cesión del crédito hipotecario, sino de una escritura en la que se hace constar la subrogación del fiador en la posición del acreedor por efecto del artículo 1839 del Código civil. Si el acreedor se niega a otorgar escritura, el fiador puede negarse al pago o repetir lo pagado dando por extinguida la fianza al amparo del artículo 1852 del Código civil.

⁸¹ En la sentencia de la Audiencia Provincial Burgos (sección 3.ª), de 16 de enero de 2014, se sostiene que «En el momento de cumplir el contrato de fianza, ciertamente, se ha producido una alteración relevante, como es la rescisión de las garantías hipotecarias y prendarias, dejando, como única garantía, la personal de los concursados fiadores, comparativamente menor respecto de las demás, de las que venía a ser un mero complemento y pequeña cuantía en proporción a las mismas». Sin embargo, «aunque pudiera entenderse como imprevisible la rescisión de las garantías mencionadas, lo que los avalistas concursados sabían y consentían era la asunción de una garantía personal solidaria, pudiendo soportar una reclamación por la totalidad de la deuda garantizada», lo que implica excluir la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*». Recurrir al artículo 1852 del Código civil porque las garantías reales han sido rescindidas, «perdiendo el privilegio especial» que ello comporta, «do que impide la satisfacción colectiva del resto de los acreedores de los ahora concursados», no parece oportuno porque la interpretación del *hecho del acreedor* incluye «cualquier conducta que le sea imputable, positiva o negativa, que dé lugar a consecuencias jurídicas, pero por una actividad o inactividad personal y directa, que dé lugar, como causa, a tales consecuencias jurídicas». Como la rescisión de las garantías se ha producido en virtud de una resolución judicial, y en aplicación de la Ley Concursal, no concurren los requisitos objetivos necesarios para aplicar el artículo 1852 del Código civil.

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2008.

⁸³ Sin olvidar la necesidad de refinanciación de las entidades bancarias en el mercado hipotecario. Sobre el tema vid. SERRANO DE NICOLÁS, A., (2017). Afianzamiento de préstamos hipotecarios: subsidiariedad, carácter abusivo de la fianza y sobregarantías. En: P. Izquierdo Blanco, J. Picó i Juno y F. Adán Doménech (dir.). *Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente*. Barcelona. Bosch 617.

⁸⁴ A diferencia de la fianza, el aval actúa como una garantía autónoma con respecto a una obligación cambiaria. Por tanto, el avalista no puede ser relevado anticipadamente o desligarse porque no se le aplica el artículo 1843 del Código civil (CORTÉS, L. J. (2001). *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Madrid: Civitas, 779). En este sentido, el Alto Tribunal, en sentencia de 30 de septiembre de 1991, señala que también «es totalmente ajena a la naturaleza (civil o mercantil) del negocio causal o subyacente que dio origen al nacimiento de la letra de cambio, en la que él quedó obligado como tal avalista».

⁸⁵ Por supuesto, si hablamos de afianzar obligaciones condicionales y futuras, esta fianza surtirá efectos cuando nazca la obligación principal que va a garantizar, y no antes, puesto que el artículo 1824 del Código civil ya determina que «*La fianza no puede existir sin una obligación válida*».

⁸⁶ Si la duración es indefinida, el fiador podría desistir unilateralmente del contrato cuando quisiera por aplicación analógica del artículo 1700 del Código civil (*vid.* ARIJA SOUTULLO, C., *ob. cit.* 1406 CC).

⁸⁷ Si el deudor no ofrece garantías al respecto, el fiador ¿podría solicitar un embargo preventivo de los bienes del deudor? Según VAZQUEZ CASTRO (*ob. cit.* 1511), la resolución judicial no puede sustituir la voluntad del deudor para constituir una garantía, ni tampoco un embargo preventivo, sino tan solo en ejecución de sentencia ante la negativa del deudor de constituir una garantía. No obstante, el embargo preventivo se puede ordenar en la propia sentencia.

⁸⁸ También aporta las dos posturas en liza: a) quienes defienden atribuir al hipotecante no deudor la misma facultad que al fiador, en este caso, por analogía, al no existir un precepto equivalente, por existir una finalidad común de garantía; y b) quienes niegan esta facultad porque el hipotecante no deudor no es un sujeto obligado; no paga como garante sino como tercero interesado cuya responsabilidad recae solo sobre el bien hipotecado.

⁸⁹ En este sentido se pronuncia CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M., *ob. cit.*, 115. Si además es retribuida, se le podrá calificar como profesional (*ibidem*).

⁹⁰ Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero o 5 de abril de 2017.

⁹¹ En el mismo sentido sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a) de 27 de abril de 2017 y (Sala 3.^o) de 21 de marzo de 2019. En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 5.^a) de 4 de octubre de 2018 hace hincapié en que solo será calificado como «comerciante» quien realice una actividad que se constituya en «práctica comercial». Esto solo sucederá cuando la persona actúe con un fin relacionado con su «actividad económica, negocio, oficio o profesión», aspecto que deberá apreciar el juez en cada caso concreto que se le plante.

⁹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 1.^o), de 6 de abril de 2016 explica este criterio con claridad: «La relación contractual es una y la misma para todos ellos; su caracterización dependerá del contenido obligatorio en relación con la actividad habitual del destinatario principal del bien o servicio».

⁹³ La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2005 mantiene que la acción del artículo 1385 del Código civil puede ser ejercitada válidamente por cualquiera de los cónyuges. Cualquiera de ellos estará legitimado para defender los bienes y derechos comunes porque «el citado precepto es trasunto legislativo del régimen general de la comunidad de bienes o derechos pues cualquiera de los comuneros está legitimado para accionar en nombre de la comunidad».

*(Trabajo recibido el 21-5-2019 y aceptado
para su publicación el 16-9-2019)*