

Deudas de un solo cónyuge y responsabilidad ganancial según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (*)

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO

Universidad San Pablo-CEU

SUMARIO: I. *Introducción*: Delimitación del supuesto de hecho.—II. *Calificación jurídica del supuesto*: Deuda y responsabilidad en la sociedad de gananciales. A) Código Civil. B) La Doctrina de los autores. C) La Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—III. *Carácter de la obligación contraída por un solo cónyuge*: La presunción de ganancialidad pasiva. A) Código Civil. B) La Doctrina de los autores. C) La Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—IV. *Análisis de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 1990 hasta 1998*: A) Aval, fianza o garantía prestados por un cónyuge. B) Deuda derivada de relaciones comerciales o profesionales de un cónyuge. Adquisición de bienes para el ejercicio del comercio. C) Adquisición de bienes gananciales por un cónyuge. D) Obligación extracontractual de un cónyuge. E) Deuda laboral de un cónyuge. F) Deuda fiscal de un cónyuge. G) Otras deudas de difícil clasificación. H) Deudas contraídas en la denominada comunidad postganancial.—V. *Recapitulación*.

I. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO

El objeto del presente estudio es el de examinar el carácter privativo o ganancial de aquellas obligaciones que, contraídas por un solo

(*) Encontrándose en imprenta el presente trabajo, se ha modificado el artículo 144 del Reglamento Hipotecario (RD 1867/1998, de 4 de septiembre) y se ha publicado la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero). Si bien la citada LEC no afecta de modo directo al contenido de este estudio, introduce novedades significativas en materia de ejecución de bienes gananciales, la alusión que se hace en la Recapitulación de este trabajo al artículo 545 del Anteproyecto de LEC habrá que entenderla parcialmente modificada, ya que el artículo 541 de la LEC amplía el ámbito subjetivo del proceso de ejecución permitiendo que quien no es directamente ejecutado (cónyuge no deudor) pueda intervenir en el proceso a través del incidente de oposición a la ejecución.

cónyuge casado en régimen de sociedad de gananciales, vinculan de manera directa el patrimonio ganancial ¹. Se trata, pues, de deudas de un cónyuge, de las que son responsables los bienes comunes: son todas las que se contraen por alguna de las causas contempladas en los artículos 1365 ² y 1368 del Código Civil, y por las del artículo 1366, si de obligaciones extracontractuales se tratase.

Ahora bien, estas deudas no plantean, en principio, especial dificultad para determinar el patrimonio responsable de las mismas, pues si consta uno de los motivos establecidos en el Código Civil, la responsabilidad directa del patrimonio ganancial es indiscutible. El problema surge cuando nos encontramos ante débitos de un solo cónyuge en los que no consta ninguna de las causas mencionadas y cuyo carácter ganancial o privativo no ha sido acreditado en los procedimientos de instancia.

Ante esta situación, la primera cuestión que nos proponemos estudiar es la de determinar si estamos ante un supuesto de deuda, cargo, responsabilidad interna o responsabilidad definitiva, de acuerdo con el artículo 1362 del Código Civil; o si, por el contrario, se trata de un caso de simple responsabilidad externa o provisional en virtud del artículo 1365 Código Civil; o si, en definitiva, carece de sentido realizar tal distinción por la gran similitud existente entre los tenores literales de los dos artículos citados, además de por otras muchas razones que veremos.

Anticipemos, ya, que esta distinción que tanto éxito ha tenido en una gran parte de nuestra doctrina, apenas tiene relevancia para el Tribunal Supremo, como luego tendremos ocasión de comprobar.

La segunda cuestión que trataremos, es la de si se puede presumir que la deuda de un cónyuge, cuyo origen y finalidad se desconoce o cuyo carácter consorcial no se ha probado, tiene naturaleza ganancial y de ella responden, en primer lugar, los bienes gananciales. Cuestión ésta que puede tener importante eficacia práctica.

Vamos a realizar el análisis de ambas cuestiones a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de la década de los años noventa. No va a ser fácil extraer unas conclusiones claras sobre la postura de nuestro Tribunal en esta materia, dada la multiplicidad y variedad de supuestos de hecho contemplados, como tendremos

¹ Observemos, pues, que quedan excluidas aquellas deudas que contraídas por un cónyuge, son exclusivamente personales y afectan sólo de forma subsidiaria el patrimonio ganancial.

² El artículo 1365 del Código Civil, precepto clave en esta materia, establece que «Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge: 1.º en el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda. 2.º En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes propios. Si el marido o la mujer fueren comerciantes, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio».

ocasión de examinar. Se observa, sin embargo, una tendencia a hacer de la presunción de ganancialidad pasiva la fórmula habitual de tratamiento de los débitos de un solo cónyuge.

II. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL SUPUESTO: DEUDA Y RESPONSABILIDAD EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

A) CÓDIGO CIVIL

En nuestro Código Civil, deudas de un cónyuge de las que responden directamente los bienes gananciales son, en principio, las enumeradas en los artículos 1365, 1366 y 1368 del Código Civil³.

¿Qué ocurre, entonces, con las denominadas cargas o gastos a cargo de la sociedad de gananciales, señalados en el artículo 1362 del Código Civil? ¿Debe entenderse en tales casos, como cree la mayor parte de los autores, que no hay responsabilidad del patrimonio ganancial? ¿Por qué el legislador de 13 de mayo de 1981 realiza esta distinción entre ambas expresiones? ¿Por qué el Código Civil establece esa diferencia para las obligaciones derivadas de contratos y no para las extracontractuales? Éstos son algunos de los interrogantes a los que trataremos de buscar respuesta en las páginas que siguen.

La regulación del pasivo de la sociedad de gananciales en el Código Civil antes de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, recogía en un mismo precepto, el 1408.1, la responsabilidad por las cargas y deudas del marido y de la mujer en el ámbito que la ley le permitía⁴.

El legislador de 13 de mayo de 1981, como señala Torralba Soriano⁵, «con una mayor preocupación sistemática» que su precedente y que el de otros países de nuestro entorno como Italia, «ha

³ Los preceptos citados recogen el denominado criterio objetivo del pasivo ganancial, pues con independencia de quiénes contraigan la obligación, si ésta se contrae por algunas de las causas legales, queda vinculado el patrimonio ganancial. El criterio objetivo de determinación del pasivo ganancial junto con el subjetivo son formulados, entre otros, por GORDILLO CAÑAS («El pasivo de la sociedad de gananciales: un ensayo de sistematización», *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*. Universidad de Murcia. Secretariado de Publicaciones, 1989, pp. 352 y ss.) y VELA SÁNCHEZ («La sistematización del pasivo ganancial y el artículo 1370 del Código Civil». *R.D.P.* 1993, pp. 552 a 555).

⁴ La redacción del artículo 1408.1.º procede de la Ley de 24 de abril de 1958. Su tenor literal era el siguiente: «Serán de cargo de la sociedad de gananciales: 1.º Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y también las que contrajere la mujer en los casos en que pueda legalmente obligar a la sociedad...»

⁵ TORRALBA SORIANO: «Comentario de los artículos 1344 a 1374 del Código Civil», en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*. Vol. II. Editorial Tecnos. Madrid, 1984, p. 1661.

procurado acertadamente separar la cuestión relativa a las realizaciones internas de los cónyuges de aquellas otras referentes a la responsabilidad frente a terceros».

Si atendemos al tenor literal de los artículos del Código Civil destinados a regular las cargas de la sociedad de gananciales (arts. 1362, 1363 y 1366) y al de aquellos que establecen la responsabilidad de estos bienes por deudas de un solo cónyuge (arts. 1365, 1366), nos encontraremos con que las diferencias son apenas perceptibles. Todos los supuestos de cargo o deuda interna son supuestos de responsabilidad, excepto la adquisición de bienes comunes. Sin embargo, entendemos que los gastos de adquisición de bienes gananciales a los que se refiere el artículo 1362.2 CC son los pagos procedentes de una adquisición de un bien a plazos, adquisición que regula expresamente el artículo 1370 del CC y ésta es una norma de responsabilidad frente a terceros.

De la misma forma, los supuestos de responsabilidad externa coinciden con los de cargas de la sociedad, a excepción de la disposición de bienes gananciales⁶. Sería interesante analizar –aun cuando no podemos hacerlo en este estudio– por qué para nuestro legislador la disposición de un bien ganancial no genera responsabilidad definitiva del patrimonio ganancial, respondiendo, por tanto, el patrimonio del cónyuge disponente. La intención del legislador no se entiende fácilmente si pensamos que se trata de un acto realizado individualmente por un cónyuge pero para el que está legitimado por ley o por capitulaciones, razón suficiente –parece– para que el patrimonio ganancial responda, también internamente, del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la disposición de los gananciales.

En el ámbito de las obligaciones extracontractuales, en un mismo precepto, el 1366, se recoge el cargo y responsabilidad del patrimonio ganancial cuando aquellas se llevan a cabo por el cónyuge en la administración de los bienes o en beneficio del consorcio. No encontramos la justificación de esta diferencia de tratamiento que hace nuestro Código entre las obligaciones contractuales y las extracontractuales. En cualquier caso, y teniendo en cuenta que esta diferencia existe, porque si no fuera así no tendría sentido la norma de los reembolsos del artículo 1364 del Código Civil, es insostenible que los supuestos de gastos o cargas

⁶ Incluso, algunos autores, como GIMÉNEZ DUART, salvan esta diferencia entre la *adquisición de bienes gananciales* a la que se refiere el artículo 1362 del Código Civil y la *disposición* de los mismos contemplada en el artículo 1365 del Código Civil, argumentando que la adquisición de bienes gananciales es una disposición de dinero ganancial y que, de esta manera, ambos supuestos son asimilables. Vid. «Cargas y obligaciones del matrimonio». R.D.Pr. Junio, 1982, p. 546.

de la sociedad, también denominados de responsabilidad definitiva no lo sean de responsabilidad provisional y que, por tanto, frente a acreedores respondan los patrimonios privativos para que, finalmente, lo haga el patrimonio ganancial. Llevar la distinción a estos extremos es, creemos, desnaturalizar la filosofía del pasivo de la sociedad de gananciales.

Finalmente, podemos apuntar un argumento más a favor de la escasa importancia que el legislador del Código Civil concede a la distinción entre responsabilidad definitiva y responsabilidad provisional. Se trata de la expresión utilizada en el artículo 1398 del Código Civil, precepto destinado a regular la composición del pasivo de la sociedad de gananciales en liquidación. En su primer apartado, el artículo 1398 recoge las «*deudas pendientes a cargo de la sociedad*». Una lectura literal de esta locución parece que nos conduce a pensar que el legislador se refiere únicamente a las denominadas cargas de la sociedad (responsabilidad definitiva, para algunos autores; deudas, para otros), quedando excluidas las obligaciones que contraídas por un cónyuge generan la responsabilidad directa del patrimonio ganancial. Teniendo en cuenta que estas *deudas de un cónyuge que además son deudas de la sociedad*, son parte integrante del pasivo ganancial porque la ley así lo establece (art. 1369 CC), hemos de entenderlas incluidas en la expresión deudas a cargo de la sociedad, y, en consecuencia, quedan equiparados ambos conceptos (responsabilidad definitiva y responsabilidad provisional), al menos en la fase liquidatoria de la sociedad de gananciales.

B) LA DOCTRINA DE LOS AUTORES

En el ámbito doctrinal, la cuestión que analizamos es, además de poco pacífica, bastante confusa. No parece oportuno en un trabajo como éste, centrado en el examen de la Jurisprudencia, realizar un examen exhaustivo de las opiniones doctrinales sobre esta materia que además carece de mayor alcance práctico. Vamos a limitarnos a exponer brevemente las dos principales opiniones, así como la tesis que, a la vista de esa discusión, nos parece más aceptable.

La mayor parte de los autores sostienen que la sociedad de gananciales no puede contraer deudas por carecer de personalidad jurídica y sólo puede ser responsable el patrimonio ganancial de las deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno, en determinados casos ⁷. Estos autores coinciden también, amparándose en la

⁷ Así se manifiestan DE LOS MOZOS, PEÑA, TORRALBA, entre otros muchos autores.

inexistencia de personalidad jurídica de la sociedad de gananciales, en trazar una línea divisoria entre los supuestos de carga, responsabilidad interna o definitiva de la sociedad de gananciales (arts. 1362, 1363, 1366 CC) englobados bajo la denominación común de *deuda* y los supuestos de responsabilidad externa o provisional (arts. 1365, 1366 CC) denominados, genéricamente, *responsabilidad*⁸.

Consideramos que estas dos cuestiones son distintas e independientes la una de la otra. Se puede dudar de la existencia de personalidad jurídica de la sociedad de gananciales. Ahora bien, con independencia de que sea o no deudora la sociedad de gananciales, no hay duda de que existen deudas «gananciales», «consorciales», «comunes» o como quiera llamárselas, que generan la responsabilidad del patrimonio ganancial⁹. Se trata de deudas que, aun contraídas por uno de los cónyuges, legalmente pueden y deben pagarse con dinero ganancial. Estas deudas, como elemento pasivo del patrimonio ganancial en el cual se integran por ministerio de la ley, disminuyen el haber líquido de dicho patrimonio. Aun cuando participa de la tesis mayoritaria ya apuntada, De los Mozos señala que: *El patrimonio común (...) no puede por sí mismo contraer deudas, (...) aunque por las deudas comunes responderá, en primer término, el patrimonio ganancial*¹⁰. No se puede dudar, por tanto, de que existen deudas de las que son responsables los bienes

⁸ En este sentido, se manifiestan ABELLÓ MARGALEFF, «Notas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales». *R.D.Pr.*, 1982, p. 803; DE LOS MOZOS, «La nueva sociedad de gananciales». *R.D.N.*, núm. 117-118, julio-diciembre, 1982, pp. 189 y ss; y del mismo autor, «Comentario de los artículos 1315 a 1343 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVIII. Vol. 1.º. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1982, pp. 234 y ss; FERNÁNDEZ VILLA, «El pasivo de la sociedad de gananciales: en torno al artículo 1369 CC». *ADC*, XLVI-II, abril-junio, 1993, pp. 645 y ss.; GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*. Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 343 y ss.; GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, p. 542; LÓPEZ PÉREZ, «Aspectos externo e interno de responsabilidad en la sociedad de gananciales: interés del acreedor y de los cónyuges». *ADC*, XLVI-II abril-junio, 1993, p. 748; MANRIQUE PLAZA, «Responsabilidad por deudas en la sociedad de gananciales». *Academia Sevillana del Notariado*, 1987, pp. 19-20; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia». *R.D.N.*, núm. 132, abril-junio, 1986, pp. 266 y 271 y ss.; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*. Civitas, 1995, p. 16; REBOLLEDO VARELA, «Deuda y responsabilidad en la sociedad de gananciales». *La Ley*, 1986, p. 597; RUEDA PÉREZ, «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981». *R.D.Pr.*, junio, 1982, pp. 576 y ss.

⁹ El artículo 1369 del Código Civil es muy claro regulando la responsabilidad de las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad.

¹⁰ DE LOS MOZOS, (No es la obra de comentarios), nota a pie de p. núm. 109, p. 244. El mismo autor, en otra obra, hace una afirmación que parece discutible. Sostiene que la deuda tiene carácter definitivo, mientras que la responsabilidad puede ser provisional o definitiva, «Comentarios de los artículos 1362 y 1363 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Tomo XVIII. Vol. 1.º. Dirigidos por M. ALBALADEJO. Segunda Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1982, pp. 240 y 242.

gananciales y, en consecuencia, deuda y responsabilidad se presentan como los dos elementos configuradores de un mismo vínculo obligacional.

Por otra parte, un grupo muy reducido de autores se muestra contrario a la distinción deuda-responsabilidad en la sociedad de gananciales o evita hacer alusión a la misma. Se trata de Gordillo Cañas¹¹, Vela Sánchez¹² y Álvarez Caperochipi¹³.

Como hemos anticipado más arriba, no podemos dudar de la existencia de una responsabilidad definitiva (art. 1362) y una responsabilidad provisional (art. 1365) porque sin esa distinción no tendría sentido la norma de los reembolsos del artículo 1364 del Código Civil. Ahora bien, en ambos casos hay deuda y responsabilidad y, por ello, parece bastante cuestionable la disociación que hacen algunos autores, al considerar que el artículo 1362 del Código Civil recoge supuestos de deuda sin responsabilidad, y el artículo 1365 casos de responsabilidad sin deuda. Creemos que es más acertado hablar de «deudas externamente comunes, o de responsabilidad externa de la sociedad de gananciales» y de «deudas comunes desde el punto de vista interno»¹⁴. Esta tesis nos lleva a diferenciar deudas y responsabilidades en el ámbito interno o definitivo frente a las deudas y responsabilidades en el ámbito externo o provisional. Aunque, como hemos señalado, las diferencias no son importantes en la práctica, podemos encontrarnos con una deuda de la que respondan frente a los acreedores los bienes gananciales y que por no ser de cargo de la sociedad de gananciales, haya que reintegrar a ésta de la cantidad debida; sin embargo, si de una deuda responden definitivamente los bienes gananciales ¿por qué se va a privar a los acreedores de agredir esos bienes? La deuda calificada como «ganancial» forma parte

¹¹ *Op. cit.*, pp. 355.

¹² La confusión entre los ámbitos de responsabilidad definitiva (art. 1362 y concordantes) y provisional (art. 1365 y siguientes) es llevada a sus máximas consecuencias por VELA SÁNCHEZ. Para este autor «(...) el carácter transitorio de la afección consorcial se produce porque, traspasándose los límites normales en la gestión de la sociedad de gananciales, se exceden también los contornos de actuación *ordinaria* o *regular* del artículo 1365 CC, ya que si se actúa conforme a éste, la responsabilidad ganancial será siempre definitiva.», *Actuación individual de los cónyuges y responsabilidad ganancial*. Colección Jurisprudencia Práctica Tecnos. Madrid, 1997, pp. 11 y 12.

¹³ *Curso de Derecho de familia. Matrimonio y régimen económico*. Editorial Civitas. Madrid, 1988, p. 254.

¹⁴ Así se expresa MARTÍN MELENDEZ: «(...)», en nuestra opinión son deudas externamente comunes, o de responsabilidad externa de la sociedad de gananciales, aquellas de las que pueden responder, frente a los acreedores, directamente los bienes comunes (...). Por su parte, deudas comunes desde el punto de vista interno, son aquellas que ha de soportar definitivamente la masa de bienes comunes, independientemente de que provisionalmente se hayan satisfecho o puedan satisfacerse con bienes privativos», *La liquidación de la sociedad de gananciales*. Mc Graw Hill. Madrid, 1995, p. 339.

del patrimonio ganancial y, como tal, debe llevar una responsabilidad aneja, al menos mientras no se deduzca lo contrario de su respectiva regulación legal.

Por lo demás, es síntoma inequívoco de que la cuestión planteada tiene cada vez menos trascendencia, aun teórica, el dato de que autores –como el Prof. Lacruz– partidarios de la distinción cargo-responsabilidad en la sociedad de gananciales, consideran que «una vez demostrado que una deuda debe ser carga de los bienes comunes (art. 1362), podrá hacerse ésta efectiva sobre dichos bienes desde el primer momento, aunque no se halle incluida en los supuestos del artículo 1365, para evitar un rodeo innecesario: en estos casos será indispensable que el acreedor se dirija contra ambos cónyuges»¹⁵.

C) LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El problema que acabamos de exponer sobre la deuda contraída por un cónyuge y su calificación jurídica, tiene escasa trascendencia práctica, lo cual resulta claro al examinar la jurisprudencia. Algún autor como Ocaña Rodríguez pone de manifiesto la indiferencia del Tribunal Supremo respecto a la distinción que realiza la doctrina mayoritaria entre supuestos de cargo y supuestos de responsabilidad¹⁶. El mismo autor recoge la opinión de quienes consideran que el Tribunal Supremo no realiza la distinción mencionada por razones prácticas¹⁷.

En efecto, podemos observar que, en líneas generales, los fundamentos jurídicos de las Sentencias del Tribunal Supremo invocan de forma indistinta los preceptos relativos al *cargo* y aquellos determinantes de la *responsabilidad*. Esta cuestión la vamos a analizar examinando cada tipo de deuda, de acuerdo con la clasificación establecida en el capítulo IV de este trabajo.

A) En materia de avales concedidos por un solo cónyuge, nos encontramos con un grupo de sentencias en las que se apoya

¹⁵ *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*. Cuarta Edición. Bosch, Barcelona, 1997, p. 314.

¹⁶ Señala OCAÑA que «(...) El Tribunal Supremo confunde ambas esferas de responsabilidad, condicionado por las alegaciones de las partes (STS 7-11-89, 26-9-88 y 21-5-92) que invocan el artículo 1362 para defender un embargo de bienes gananciales, y otras veces de modo indiferenciado acude a citar el artículo 1365 o el artículo 1362 (STS 20-3-1989, 19-7-89, 2-7-90, 22-10-90), en línea mayoritaria, según BELLO JANEIRO. Es inadmisibile este planteamiento, según toda la doctrina, pues la repetición contenida en estos artículos sería entonces absurda por superflua, y sin esta distinción no tendrían sentido los reembolsos previstos», *Deudas y sociedad de gananciales*. Segunda Edición. Colex, Madrid, 1997, pp. 35-36.

¹⁷ OCAÑA, *op. cit.*, p. 36, donde este autor cita al Magistrado SEOANE PRADO.

el carácter ganancial de la deuda de un sólo cónyuge en el precepto destinado a regular la responsabilidad externa (artículo 1365 CC)¹⁸; en otro grupo menor de sentencias, además de citarse los preceptos relativos a la responsabilidad externa, parece querer reforzarse el carácter ganancial de los avales concedidos por un cónyuge a sociedades especialmente vinculadas con el consorcio, invocando el artículo 1362.4.º, regulador de los gastos o cargas de la sociedad de gananciales¹⁹.

B) En el ámbito de las deudas derivadas del ejercicio del comercio o de la profesión de un cónyuge, la confusión entre el *cargo* y la *responsabilidad* de los bienes gananciales alcanza su máxima expresión. Es frecuente, en estas sentencias, ver citado sólo el artículo 1362.4.º del Código Civil o encontrar locuciones como ésta: *deudas a cargo de la sociedad de gananciales*²⁰. *Deudas pendientes a cargo de la sociedad de gananciales* es la expresión que utiliza el Código Civil en el artículo 1398 al regular la composición del pasivo de la sociedad de gananciales en liquidación, y a su significado ya nos hemos referido, muy brevemente, en páginas anteriores. Con esta expresión, el Tribunal Supremo quiere significar no el cargo propiamente dicho sino la responsabilidad del patrimonio ganancial frente a acreedores. En este sentido, el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia de 26 de junio de 1997 declara que la deuda de la que deriva el embargo del bien ganancial procede ... *del ejercicio de la profesión del esposo, lo que impone su cargo a la sociedad de gananciales*... Sin embargo, otras sentencias como la de 25 de noviembre de 1991 y la de 6 de junio de 1994, citan únicamente el artículo 1365 del Código Civil. Por último, la sentencia de 22 de octubre de 1990, en su Fundamento Jurídico Tercero, manifiesta que las deudas derivadas del ejercicio del comercio o de la profesión son tanto de cargo como de responsabilidad de los bienes gananciales. Consideramos que

¹⁸ Se trata de las sentencias de 6-6-1990, 15-3-1991. Por otra parte, las sentencias de 16-11-1990 y de 17-7-1997, en las que el aval consta como acreditadamente no ganancial, recogen las alegaciones de los acreedores invocando, igualmente, el artículo 1365. En la sentencia de 19-2-1990, cuyo objeto no es el discutir el carácter de la deuda, el acreedor perjudicado por la modificación de régimen económico matrimonial fundamenta sus pretensiones en la responsabilidad externa del patrimonio ganancial por actuaciones individuales de un cónyuge, sin aludir a las cargas (art. 1362 CC).

¹⁹ Es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1990, que en el Fundamento jurídico Tercero parece querer diferenciar el aspecto externo (art. 1365) y el interno (art. 1362) en la responsabilidad de los bienes gananciales, aun cuando el realmente relevante frente a acreedores es el primero, quedando el segundo exclusivamente reservado a las relaciones *inter* cónyuges. También la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 11 de diciembre de 1990 cita ambos preceptos.

²⁰ Así, las sentencias de 20-3-1989, 13-10-1994, 22-12-1995 y las muy recientes de 18-4-1997 y de 26-6-1997.

no se debe prestar demasiada importancia a esta falta de uniformidad en el tratamiento legal de este tipo de deudas. El Tribunal Supremo invoca unos u otros preceptos condicionado por las alegaciones de las partes que en unas ocasiones, cuando la cualidad de comerciante del cónyuge deudor es indubitada, citan el artículo 1365 del Código Civil en relación con los artículos 6-12 del Código Civil, y en la mayor parte de los casos se cita el precepto que regula la responsabilidad definitiva porque, posiblemente, se quiera reforzar la responsabilidad del patrimonio ganancial ante unas obligaciones de las que ha derivado un claro beneficio para este patrimonio.

C) En relación con la adquisición de bienes gananciales por un solo cónyuge, suscita una breve reflexión la sentencia de 19 de julio de 1989 en la que se cita, para apoyar la responsabilidad de bienes gananciales por la adquisición de la vivienda familiar, el artículo 1362.2.º del Código Civil y no el correspondiente a la responsabilidad externa²¹. Esto obedece a que en el aspecto externo no existe la responsabilidad del patrimonio ganancial por la adquisición de bienes gananciales, a excepción de que esta adquisición la haya realizado un cónyuge sin el consentimiento del otro, en los términos regulados en el artículo 1370 del Código Civil, y no parece ser éste el caso. Si el Tribunal Supremo invoca la responsabilidad interna o definitiva de los bienes gananciales (art. 1362 CC) para resolver un problema de responsabilidad frente a acreedores (art. 1365 CC) es porque considera que la primera comprende la segunda, en contra de lo que han defendido algunos de nuestros autores.

D) En el ámbito de las obligaciones extracontractuales, de nuevo el Tribunal Supremo alude, a veces, al *cargo* cuando realmente quiere referirse a la *responsabilidad* de los bienes gananciales. Así se manifiesta en el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia de 8 de julio de 1997 al expresar que *...para que las obligaciones extracontractuales (...) sean a cargo de la sociedad de gananciales, es preciso, de una parte, que surjan de un cónyuge como secuela de su actuación o gestión en beneficio de ésta (...), y de otra, que la imputabilidad de la obligación se deba a responsabilidad por riesgo o incluso de una acción u omisión ilícita culpable...* Ahora bien, el estado de la cuestión en el ámbito de las obligaciones extracontractuales es más sencillo que en el de las obligaciones nacidas de contrato en tanto en cuanto, gozan de una

²¹ Se declara en el Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia que *es evidente que constante régimen legal, responden los bienes gananciales de las deudas de los esposos, generadas por las adquisiciones de bienes comunes (art. 1362, núm. 2.º)*.

regulación que unifica la responsabilidad interna y la externa, según el artículo 1366 del Código Civil.

E) En relación con las deudas laborales de un cónyuge, el Tribunal Supremo, al igual que en la sentencia anterior, alude sólo a la responsabilidad interna en las sentencias de 21 de mayo de 1992 y 1 de marzo de 1994. Con ello se entiende que dentro de la responsabilidad definitiva está la responsabilidad provisional. Sin embargo en las más recientes sentencias de 17 de julio y 7 de noviembre de 1997, el Supremo hace referencia expresa al artículo 1365 del Código Civil, porque, probablemente, haciéndose eco de la doctrina mayoritaria, entiende que el 1362 del Código Civil no es suficiente para vincular frente a acreedores el patrimonio ganancial.

F) En el marco de las deudas tributarias de uno de los cónyuges, es destacable la sentencia de 18 de marzo de 1995 en la que se cita el artículo 1362.4.º, si bien debería citarse, además, el artículo 1365.2.º porque se trata de apoyar la responsabilidad frente a acreedores de los bienes gananciales por deudas fiscales derivadas de la explotación de un negocio ganancial.

G) Por último, en el apartado que hemos denominado otras deudas de difícil clasificación, es interesante destacar la sentencia de 24 de julio de 1990. En ella, el Tribunal Supremo, al hacer referencia a las *deudas de la sociedad*, cita en bloque los artículos 1362-1365 del Código Civil, sin diferenciar la responsabilidad interna de la externa, como, en principio, parece que resulta de la expresión «*deudas pendientes a cargo de la sociedad*» utilizada en el artículo 1398 del Código Civil.

Como conclusión, hemos de destacar una pronunciada tendencia del Tribunal Supremo a invocar los preceptos reguladores de la responsabilidad interna cuando, en realidad, no se está resolviendo ninguna cuestión *inter conyuges*, sino la posible vinculación del patrimonio ganancial por relaciones obligatorias establecidas con terceros.

La responsabilidad interna o definitiva del patrimonio ganancial no interesa a los acreedores de un cónyuge. Sin embargo, nuestros tribunales de instancia parecen entender que la responsabilidad definitiva del patrimonio ganancial es más amplia que la provisional, de manera que si determinadas deudas son de cargo del patrimonio ganancial, éste debe ser objeto de responsabilidad frente a los acreedores. En el mismo sentido, se pronuncia reiteradamente el Tribunal Supremo, quizá condicionado, en trámite de casación, por la apreciación de la prueba realizada en la Instancia.

III. CARÁCTER DE LA OBLIGACIÓN CONTRAÍDA POR UN SOLO CÓNYUGE: LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD PASIVA

A) CÓDIGO CIVIL

Frente a la regulación vigente antes de la Ley de 13 de mayo de 1981, hoy no existe, en nuestro Código Civil, una presunción de ganancialidad pasiva, como tampoco existe una presunción de privatividad pasiva. En principio, por tanto, el carácter privativo o ganancial de la obligación contraída por un solo cónyuge ha de ser acreditado mediante los oportunos medios de prueba.

La existencia en nuestro Derecho (artículo 1361 CC) de una expresa presunción de ganancialidad activa ha sido utilizada por nuestra mejor doctrina para negar la existencia de una tácita presunción en el lado pasivo del patrimonio ganancial. Sin embargo, hemos de considerar, o al menos apuntar, la posibilidad de que cuando el mencionado artículo 1361 se refiere a la ganancialidad presunta de los «*bienes y derechos existentes en el matrimonio*», podría estar reflejando no sólo el lado activo del patrimonio sino también el pasivo porque los bienes gananciales son bienes en tanto en cuanto forman parte de un patrimonio colectivo como es el ganancial. Y el patrimonio ganancial, como todo patrimonio, es ámbito de poder y responsabilidad; es, según De Castro, «una masa de bienes de valor económico (haber y debe)»²². Los bienes gananciales considerados, de esta forma, como un patrimonio, tienen una doble vertiente: «una activa (poder, ámbito de libertad) y otra pasiva (garantía para los acreedores)»²³. A la luz de estas ideas, parece que la presunción de ganancialidad no puede quedar reducida al lado activo de los bienes porque éstos tienen, en palabras de De Castro, una «doble faz».

Sanciñena Asurmendi afirma que puede sobreentenderse una presunción de ganancialidad pasiva del «carácter residual contenido en el Código Civil, que considera deudas privativas, aquéllas que no son gananciales...»²⁴. El carácter residual es el argumento que sirve a Peña Bernaldo de Quirós para apoyar la presunción justamente contraria²⁵. En este sentido, consideramos discutible que el mencionado «carácter residual» de las deudas privativas sirva

²² F. DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil*, 1972, pp. 38 y ss.

²³ F. DE CASTRO, *Op. cit.*, p. 38

²⁴ *Actuación del abogado de Familia en temas patrimoniales de actualidad*. Dickinson, 1998, p. 190.

²⁵ «Comentario al artículo 1365 CC» en *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1993, p. 690

para justificar una presunción u otra. Si bien es cierto que son deudas privativas las que no son gananciales, una deuda documentada en título ejecutivo puede ser privativa o ganancial dependiendo de cuál sea la causa del negocio jurídico subyacente. Ahora bien, no debería presumirse privativa mientras no se pruebe que lo es.

B) LA DOCTRINA DE LOS AUTORES

La Doctrina, ante la ausencia de una regulación expresa, se halla dividida a la hora de delimitar la naturaleza de la deuda contraída por un solo cónyuge, cuya prueba no se haya llevado a cabo.

La tesis predominante es la que considera que se presume privativa la obligación contraída por un cónyuge y es el acreedor quien tiene la carga de probar que su crédito es uno de los que genera la responsabilidad directa del patrimonio ganancial por expresa atribución legal. Sostienen esta tesis, poco tiempo después de la reforma de 13 de mayo de 1981, Abelló Margaleff²⁶, los hermanos Rueda Pérez²⁷ y Giménez Duart²⁸. Podemos observar que estos autores, muy influidos por la legislación anterior a la reforma, coinciden en señalar que es la actuación en beneficio de la familia la que diferencia las deudas de las que responde directamente el patrimonio ganancial, de aquellas otras en las que el patrimonio ganancial responde, pero de forma subsidiaria. Ahora bien, determinar qué significa *actuar en beneficio de la familia* no es fácil, como tampoco lo será, en muchos casos, la prueba de este hecho. No obstante, el criterio de actuación en

²⁶ Este autor señala que «(...) late en el Código el principio de que al contraer deudas uno solo de los cónyuges ha de haber actuado en interés de la familia para que respondan los bienes comunes...», *op. cit.*, p. 807. Parece deducirse de este párrafo que será el interesado en que respondan los bienes comunes –normalmente el acreedor– quien habrá de probar que el cónyuge con el que contrató, actuó en beneficio de la familia. Pues si bien es cierto que antes de 1981, existía una presunción de actuación del cónyuge en beneficio de la familia, hoy según algunos autores, como RAGEL SÁNCHEZ, no puede presumirse el interés familiar en la actuación individual de los cónyuges.

²⁷ Al igual que ABELLÓ MARGALEFF, los hermanos RUEDA, sin pronunciarse expresamente sobre la posible existencia de una presunción de ganancialidad pasiva, apelan al interés familiar como criterio determinante de la responsabilidad ganancial de las deudas de un solo cónyuge: «(...) en la actual regulación cada uno de los cónyuges, cualquiera de ellos, tiene el poder de obligar a los bienes gananciales por aquellas deudas que aparentemente se contraigan en interés de la familia.», *op. cit.*, p. 557. Más concluyente resulta esta afirmación: «(...) los casos en que la actuación de uno solo de los cónyuges produce el efecto de gravar los gananciales, son una excepción, y como tal deben interpretarse, por tanto, restrictivamente.», *op. cit.*, p. 574.

²⁸ GIMÉNEZ DUART también se muestra a favor del interés familiar como criterio diferenciador entre las deudas gananciales y las deudas privativas: «Deudas gananciales en sentido lato son todas las contraídas en interés familiar o en la administración ordinaria de las fuentes de ingresos de la misma.», *op. cit.*, p. 545.

beneficio de la sociedad conyugal tiene una excelente acogida, como veremos, en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo al contemplar los negocios de afianzamiento realizados por un solo cónyuge.

En el año 1984, Torralba Soriano, mantiene una posición más consistente apoyada en la práctica jurídica manifestando que «puede suceder que deudas que además de ser de un cónyuge sean también gananciales, esto es, las deudas del artículo 1369, no obstante, se tendrán que ejecutar como si fueran particulares si al iniciar el declarativo no se demandó a los dos cónyuges»²⁹. Para el autor el «problema fundamental es el de que como no ha quedado probado el carácter ganancial de la deuda, el otro cónyuge podrá utilizar la facultad que le confiere el apartado 2.º del artículo 1373. En consecuencia (...), estas deudas a efectos prácticos funcionarían como deudas privativas»³⁰.

Después de señalar que la existencia de una presunción de ganancialidad activa no tiene paralelismo en el pasivo de la sociedad de gananciales, justifica Torralba tal afirmación diciendo que «(...) la deuda contraída por un solo cónyuge (...) es claro que, por lo menos, es privativa y así lo ha entendido el legislador, puesto que en el artículo 1369 habla *de las deudas de un cónyuge*»³¹. Estimamos que no parece convincente la invocación que hace el precepto citado a las deudas de un cónyuge para fundamentar el carácter privativo de la deuda contraída por un solo cónyuge, porque también las denominadas deudas gananciales o si se prefiere deudas de un cónyuge de las que responden los bienes gananciales son, en principio deudas individuales.

En esta misma línea, en 1986, Martínez Sanchiz se muestra en contra de la tesis de Echevarría –pionero y máximo defensor de la tácita existencia de una presunción de ganancialidad pasiva– partiendo sólo de algunos de los argumentos en los que Echevarría fundamenta su postura³².

Con independencia de que el cónyuge actúe o no en calidad de gestor, cuestión de la que no depende exclusivamente el carácter de la deuda, no parece cierto que el consentimiento de ambos cónyuges sea requerido siempre, en cuyo caso, como ya hemos dicho

²⁹ En «Comentario del artículo 1373 del Código Civil», en *Comentarios a la reforma de Derecho de familia...*, cit. p. 1749.

³⁰ *Op. cit.*, pp. 1751-1752.

³¹ *Op. cit.*, p. 1750.

³² «... si se relaciona el artículo 1375 con los arts. siguientes, a los que se remite, se llega fácilmente a la conclusión de que el consentimiento de ambos cónyuges es requerido siempre, salvo en algunos preceptos como el 1384 que no establece solidaridad alguna», «Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia». *RDN*, núm. 132, abril-junio, 1986, p. 266.

anteriormente, carecería de sentido la norma del artículo 1365 del Código Civil.

En el año 1987, Ragel Sánchez, en el Comentario a la Resolución de la DGRN de 16 de febrero de 1987³³, tras recoger la evolución de la doctrina de la DGRN sobre el carácter de las deudas contraídas por un solo cónyuge, se muestra partidario de la tesis de la Resolución mencionada a favor de presumir privativas estas deudas³⁴.

Sin embargo, no parece muy equitativo, y tampoco tiene apoyo legal, el considerar, como lo hace Ragel, que la DGRN tiene competencias para calificar la deuda de un solo cónyuge como privativa y que, sin embargo, se extralimitaría en sus funciones el Registrador que, sin otras pruebas, considerara ganancial tal débito³⁵.

En el año 1995, Martínez Vázquez de Castro, se manifiesta también en contra de la admisibilidad en nuestro Derecho de una presunción de ganancialidad pasiva³⁶ por tres razones que suscitan algún comentario. Señala este autor que no es admisible tal presunción «...en primer lugar, porque (...) el criterio general es el de determinar las deudas que son deudas de la sociedad de modo que, en principio y por exclusión, habrán de ser privativas todas las demás. Es también esta regla la más conforme con lo dispuesto por el artículo 1367: se entiende que la obligación contraída por uno sólo de los cónyuges no es deuda de la sociedad mientras no conste expresamente el consentimiento del otro. Desde el punto de vista del cónyuge que contrajo la deuda es también la solución más conforme con el principio de libertad personal, la más conforme con las reglas ordinarias sobre responsabilidad patrimonial (...) y la más conforme con el principio de cogestión»³⁷. Estos tres motivos

³³ La posición del autor había sido ya defendida en su obra anterior *Ejecución de bienes gananciales por deudas de un cónyuge*. Madrid, 1987, p. 32.

³⁴ «Comentario a la Resolución de 16 de febrero de 1987 de la DGRN», *C.C.J.C.*, núm. 14, p. 4540.

³⁵ También en 1987, MANRIQUE PLAZA reconoce que «siempre que un cónyuge actúa como gestor de la sociedad (...) la responsabilidad de los gananciales es directa y, salvo los casos en que la deuda derive de un título ejecutivo como letra de cambio, mantener lo contrario sería obligar a recurrir a la vía del artículo 1373», *op. cit.*, p. 36. En definitiva, y aunque en principio pudiera parecer lo contrario, el autor defiende la presunción de privatividad de las deudas porque para que respondan directamente los bienes gananciales, el cónyuge debe actuar como gestor y tal actuación parece que ha de acreditarse, pues si no fuera así, y la actuación gestora de un cónyuge se presumiese, no sería necesario establecer como excepción a la presunción de ganancialidad pasiva las deudas derivadas de títulos ejecutivos.

En 1988, OLAVARRÍA TÉLLEZ hace suya la tesis predominante en la DGRN, que no admite una presunción de ganancialidad pasiva: «(...) siendo la conclusión exigida por el criterio legal sobre presunciones: no hay presunción legal si la Ley no la establece», «Algunos problemas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales». *A.S.N.*, 1988, p. 375.

³⁶ *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*. Editorial Civitas. Madrid, 1995, pp. 97-100.

³⁷ *Op. cit.*, p. 99.

habían sido expuestos ya por Peña Bernaldo de Quirós en el Comentario del artículo 1365 del Código Civil publicado por el Ministerio de Justicia³⁸, coincidentes, también, con la doctrina de la inmensa mayoría de las Resoluciones de la DGRN.

Creemos que todos estos argumentos deben ser objeto de revisión crítica. En relación con el primero, consideramos que la deuda cuyo carácter se discute se contrae, casi siempre, por una de las causas por las que el patrimonio ganancial queda vinculado principal o directamente; y aunque no fuera así, y no pudiera presumirse que tal deuda es ganancial, tampoco puede presumirse que es privativa, siendo necesaria la prueba de uno y de otro carácter. Con respecto al segundo de los argumentos, consideramos que no se puede reducir –como lo hacen los autores citados– el pasivo de la sociedad de gananciales a las deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, en cuyo caso no tendrían sentido aquellos preceptos de nuestro Código Civil que establecen la responsabilidad directa de los bienes gananciales *frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge*. Por último y en relación con el respeto a la libertad personal del cónyuge del deudor, el mismo perjuicio que se le provoca a éste con la presunción de ganancialidad pasiva, se le ocasiona al acreedor con la presunción de privatividad pasiva; no se puede argumentar, además, que esta solución –la de presumir privativa la deuda– es la más conforme con el principio de cogestión porque éste admite múltiples excepciones; así, la potestad de vincular individualmente el patrimonio ganancial por determinadas actuaciones³⁹.

Echevarría Echevarría formula, ya en el año 1982⁴⁰, su conocida tesis de la *presunción de ganancialidad pasiva*⁴¹. No obstante, este autor es consciente de las dificultades que ofrece la admisibilidad de tal presunción⁴² y señala que «es aconsejable, que en los

³⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «Comentario al artículo 1365 del Código Civil». *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993, pp. 690 y 691.

³⁹ También en 1995, MARTÍN MELÉNDEZ manifiesta que «(...) si hubiere que optar por la existencia de alguna presunción, nos decantaríamos en favor de la de privatividad de las deudas contraídas por un solo cónyuge; sin embargo no creemos que haya que acudir a presunción alguna», *La liquidación de la sociedad de gananciales*. Editorial Mc Graw Hill. Madrid, 1995, p. 356.

⁴⁰ «Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias» en *Revista de Derecho Notarial*. Abril-Junio de 1982.

⁴¹ «(...) ocurre que la calificación de la deuda queda clara en las que sean probadamente privativas, bien en su origen bien en su destino; pero las demás, o son probadamente gananciales, en origen o destino, o bien tienen que ser presuntivamente gananciales, porque la presunción no puede ser en favor de la privatividad. Y no puede serlo, porque sería absurdo que respecto de los bienes o activo la presunción general sea de ganancialidad y respecto de las deudas o pasivo de los cónyuges la presunción sea la contraria», *op. cit.*, pp. 21-22.

⁴² El autor cree que han sido dos las razones que no han permitido al legislador de 1981 establecer una presunción de ganancialidad pasiva: «(...) la primera, la peligrosidad del principio que compromete indirectamente el patrimonio privativo del cónyuge no contratan-

préstamos u obligaciones que asuma unilateralmente toda persona casada, se determine la finalidad a que va a destinarse el dinero o la obligación asumida, y aunque esta manifestación unilateral del cónyuge deudor, tendría los limitados efectos de toda confesión, puede ser interesante deducir sus posibles consecuencias respecto del otro cónyuge y del propio acreedor⁴³.

Meses más tarde, Echevarría publica otros trabajos⁴⁴ en los que refuerza su tesis con los siguientes argumentos:

a) Si la contraprestación de la deuda contraída por un solo cónyuge es ganancial, mientras no se demuestre lo contrario, la deuda también debe serlo.

b) El cónyuge casado bajo el régimen de la sociedad de gananciales, cuando actúa no lo hace individualmente sino como gestor de los intereses comunes, es decir en beneficio de la sociedad conyugal.

c) La vinculación jurídica obligatoria de un cónyuge tiene como causa, la mayor parte de las veces, una de las enumeradas en el artículo 1362 del Código Civil.

d) Cuando el deudor está casado en gananciales, la aplicación de la *responsabilidad patrimonial universal* implica que éste responde con todos sus bienes, entre los cuales figuran los gananciales.

e) Sería para el acreedor «un calvario probatorio» el conseguir acreditar el carácter ganancial de su crédito y como «el tráfico jurí-

te y la segunda que la gestión se convierte en solidaria, aparentemente en contra de lo que parece decir el actual artículo 1375», «La ganancialidad pasiva». *R.D.N.*, julio-diciembre, 1982, p. 24. No estamos de acuerdo con las razones que arguye ECHEVARRÍA para justificar la falta de regulación expresa de esta presunción. La presunción de ganancialidad pasiva sólo comprometería el patrimonio privativo del cónyuge del deudor si además de presumir que la deuda es ganancial, presumiéramos que es una deuda derivada del ejercicio de la potestad doméstica (art. 1319 CC), presunción, esta última que, según el propio ECHEVARRÍA, no existe; en el resto de los casos, como se sabe, de la deuda ganancial contraída por un cónyuge responden directamente los bienes gananciales (ex art. 1365 CC), además de los privativos del cónyuge actuante (ex art. 1369 CC). Tampoco creemos que la presunción de ganancialidad pasiva atente contra el principio de cogestión del artículo 1375 CC. El principio de cogestión, siendo la regla general, admite múltiples excepciones y, en el concreto ámbito de los actos obligatorios –aun suponiendo que éstos son actos de gestión, porque sólo tienen en común su pertenencia a la categoría de los negocios jurídicos patrimoniales–, el criterio del endeudamiento conjunto es uno más, pero no el único ni el más importante del pasivo ganancial.

⁴³ «Sociedad de gananciales, ...», *cit.*, p. 26. Se repite la misma idea en «La ganancialidad pasiva», p. 44, donde se manifiesta que «... cuando por su génesis, el carácter de la deuda no quede claramente determinado, se puede imponer al acreedor el deber de diligencia de establecer expresamente el destino de la obligación, con lo cual, soslaya indirectamente la carga de la prueba». Si el deber del que habla ECHEVARRÍA pudiese hacerse efectivo de alguna forma, carecería de sentido la problemática presunción de ganancialidad pasiva, pero no creo que sea necesario el expreso establecimiento del destino del préstamo para que por una serie de indicios y por el simple juego de las presunciones *hominis* pueda inferirse el carácter ganancial de la misma.

⁴⁴ «La ganancialidad pasiva», *cit.*... y cuatro años después, en 1986, «Sobre el embargo ganancial» *R.D.N.*, julio-diciembre, 1986.

dico no puede someterse a semejante inseguridad»⁴⁵, se hace necesaria la presunción de ganancialidad pasiva.

No se puede olvidar, además, que sigue estando muy presente para el autor el antiguo artículo 1408 del Código Civil que establecía expresamente la presunción de ganancialidad pasiva.

La tácita presunción de ganancialidad pasiva que defiende Echevarría no goza, como ya hemos visto, de general aceptación entre nuestra doctrina. Especialmente crítico con la tesis de Echevarría se ha mostrado De la Cámara en varios de sus estudios⁴⁶. Si en un primer momento, la crítica a la posición de Echevarría, la fundamentaba casi exclusivamente en la falta de cobertura legal de la referida presunción⁴⁷, meses después, De la Cámara sustenta la crítica, básicamente, en dos pilares, lo que desencadena, otra vez, la contestación de Echevarría. Se trata, de un lado, de la confusión que se atribuye a éste último entre la relación jurídico obligacional nacida de un contrato y la propiedad de la cosa que se adquiere de dicho contrato, que, en opinión de De la Cámara, no siempre es ganancial⁴⁸ y, de otro lado, el carácter privativo que tiene el dinero obtenido del préstamo concedido al cónyuge⁴⁹.

Pensamos que Echevarría tiene razón cuando manifiesta que ninguno de los dos argumentos son válidos para defender la privatividad de las deudas contraídas por un solo cónyuge. Tanto el bien adquirido por un cónyuge como el dinero obtenido por el cónyuge prestatario son gananciales mientras no se demuestre lo contrario y

⁴⁵ «La ganancialidad pasiva», *cit.*, p. 34.

⁴⁶ «La autonomía de la voluntad en el actual derecho español sobre la familia». *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, mayo, 1986, pp. 81 y ss. y, especial importancia reviste la obra «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad». *ADC Madrid*, 1986, pp. 491 y ss.

⁴⁷ ECHEVARRÍA responde a esta crítica señalando que «(...) si en el pasivo conyugal, no existe presunción de ganancialidad, tampoco la hay de privatividad, (...) y en este supuesto de falta absoluta de presunción de calificación, tendremos que decidimos por una de estas dos soluciones: o bien queda libre la prueba del carácter de la deuda con grave perjuicio para terceros y acreedores y para el tráfico jurídico en general, o como fórmula más equilibrada y realista, se permite o acepta la ganancialidad pasiva...», «Sobre el embargo ganancial», *cit.*, p. 103.

⁴⁸ Señala DE LA CÁMARA que «(...) Cuando uno de los cónyuges compra algo sin intervención de su consorte la cosa es ganancial en la medida en que el precio satisfecho, o la primera entrega, sean también gananciales, pero eso no obsta a que los derechos que el comprador tiene frente al vendedor (...) sólo puedan ser exigidos por el cónyuge que compró...», «La sociedad de gananciales...», *cit.*, 492.

⁴⁹ En efecto, para este autor, «(...) Parece claro, en principio, que el dinero que el cónyuge propietario obtiene merced al préstamo es de su propiedad privativa, pues al no haber celebrado el contrato con el consentimiento de su consorte no ha obligado el patrimonio ganancial sino solamente sus propios bienes...», «La sociedad de gananciales...», *cit.* p. 473. Parece que DE LA CÁMARA está confundiendo la naturaleza de la deuda —que él presume privativa— con la naturaleza de la contraprestación que el artículo 1361 del Código Civil presume ganancial, mientras no se pruebe lo contrario.

ello abona la tesis de la presunción de ganancialidad pasiva porque, como dice Echevarría, no puede ser ganancial la contraprestación de la deuda y privativa ésta.

En fin, y para terminar esta discutida materia, vamos a hacer referencia a aquellas otras opiniones doctrinales que no afirman tan claramente como Echevarría que la deuda cuyo carácter no consta haya de presumirse ganancial, pero tampoco se inclinan a favor de una clara presunción de privatividad pasiva.

Gordillo Cañas prefiere no entrar a discutir la existencia de una posible presunción de ganancialidad pasiva pero reconoce que el acreedor confía en la apariencia a la hora de poder vincular bienes gananciales cuando contrae la obligación con un solo cónyuge⁵⁰. Confiar en la apariencia es confiar en que el cónyuge cuando actúa, lo hace en el ámbito que la ley le faculta para comprometer el patrimonio ganancial, por tratarse de una actuación que beneficia de una u otra forma al patrimonio común. Consideramos que este mismo es el significado de la denominada presunción de ganancialidad pasiva y, en consecuencia, no hay por qué omitir la discusión sobre su existencia.

La opinión de Gordillo Cañas es seguida por Vela Sánchez, para quien «(...) no sería justo imponer al acreedor como una carga habitual, en situaciones de aparente normalidad, la comprobación de si la actuación conyugal individual se atiene, realmente, a dicha normalidad. Por tanto, estaría sobradamente justificado que cada cónyuge obligue directamente los gananciales cuando *aparentemente* actúa en interés comunitario»⁵¹.

Carrasco Perera y Álvarez Caperochipi⁵² no se pronuncian expresamente a favor de una presunción de ganancialidad pasiva,

⁵⁰ Este autor manifiesta que «(...) Nos situamos con quienes sostienen que al acreedor debe bastarle la apariencia, y que no será él quien tenga, primero que verificar, y luego que probar, que la actuación del cónyuge, cuyo cumplimiento exige sobre los bienes gananciales, se corresponde real y efectivamente a las necesidades ordinarias de la familia, o al ejercicio ordinario de la profesión (...). Ni el acreedor tendrá normalmente medios de comprobación suficientes, ni el tráfico padecería la rémora de esta carga. En tal sentido, si al acreedor le basta con la apariencia, y cualquier disconformidad respecto a ella puede ventilarse en la relación interna, pierde bastante de su significado la discusión sobre la admisibilidad de una presunción legal de ganancialidad pasiva: probablemente sea exacto decir que no hay en el actual sistema una presunción en sentido propio de ganancialidad pasiva; pero lo que sí existe en la ley es la fijación de una legitimación individual de cada cónyuge, delimitada de acuerdo con un criterio de normalidad que en el tráfico debe apreciarse *prout ad extra apparet*», «El pasivo de la sociedad de gananciales: un ensayo de sistematización». *Homenaje a Juan Roca Juan*. Murcia, 1989, pp. 363 y 364.

⁵¹ *La sistematización del pasivo ganancial*. Fundación EL MONTE. Sevilla, 1995, pp. 144-146.

⁵² En la opinión de ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, «no se «presume» sino que simplemente se impone la responsabilidad de los gananciales por las deudas contraídas en intereses de la familia». Vid. Nota p. de p. núm. 69, p. 259 de *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y Régimen económico*. Editorial Civitas. Madrid, 1988.

pero indirectamente vienen a admitirla. El primero de los autores citados considera que «... la prueba de los hechos corresponde a quien alegue una pretensión (art. 1214 CC), y sólo ante circunstancias muy excepcionales, que la ley se preocupa de señalar, el demandado está obligado a correr con la carga de la contradicción de los hechos y no probados por el actor (...). Si la naturaleza ganancial o privativa de la deuda no ha sido determinada en un momento procesal anterior a aquel en que se ejecuta (...), no es al acreedor ejecutante, sino al cónyuge que interviene en el proceso por el cauce de los incidentes, a quien corresponde probar la realidad de lo que alega»⁵³.

La invocación del artículo 1214 del Código Civil para descargar sobre el cónyuge del deudor la prueba del carácter privativo de la deuda nos parece discutible, porque el tenor literal de este artículo dice que *incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento*, y el interesado en que se cumpla la obligación y en calificarla de ganancial para que de ella respondan directamente los bienes comunes, es realmente el acreedor.

Más razón tiene este autor cuando afirma que «el artículo 1373 parte de la ingenua creencia de que en un instante remoto y anterior al embargo ya ha sido determinado el carácter privativo de la deuda por la que se embarga, lo cual solamente podrá ser así cuando al embargo haya precedido un juicio declarativo plenario (...). Pero esto no puede ocurrir cuando el embargo tiene lugar en el marco de un juicio ejecutivo...»⁵⁴.

Fernández Villa, aun cuando en un principio, siguiendo a Díez Picazo y Gullón, parece mostrarse a favor de una presunción de ganancialidad pasiva, no cree «que la reforma de 13 de mayo haya instaurado un principio de presunción de ganancialidad pasiva, no porque no lo considere oportuno, sino, quizá, porque no era necesario»⁵⁵.

En efecto, Díez Picazo y Gullón⁵⁶ ante la cuestión de quién tiene la carga de la prueba del carácter de la obligación contraída por un cónyuge, responden que «(...) sería una rémora muy importante para el tráfico jurídico obligar al acreedor a la prueba de lo que muchas veces desconoce por ser detalles de la vida doméstica (...). Por ello la prueba debería de corresponder al cónyuge que niega la

⁵³ «Comentario a la Sentencia de 26 de septiembre de 1996. C.C.J.C., núm. 12, p. 4015.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 4015.

⁵⁵ «El pasivo de la sociedad de gananciales: en torno al artículo 1369 C.c.». *ADC*, XLVI-II, abril-junio, 1993, pp. 733 y 734.

⁵⁶ En *Sistema de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Séptima Edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1997, p. 191.

responsabilidad de los bienes gananciales...De lo contrario el precepto, que se basa en la actuación *individual* de un cónyuge, será letra muerta...»

Parece acertada la opinión de estos autores, aun cuando –como ellos mismos reconocen– no tiene proyección en la práctica de nuestra Dirección General de los Registros y del Notariado. Si bien no es fácil inclinarse hacia una presunción u otra, debido, fundamentalmente, al silencio legal sobre este punto, consideramos que son más los argumentos a favor de la presunción de ganancialidad pasiva. Parece que ha de presumirse que la causa de la deuda contraída por un solo cónyuge es onerosa, salvo prueba en contrario (las actuaciones contempladas por el artículo 1365 del Código Civil no ofrecen dudas al respecto). De esta deuda se obtiene una contraprestación que salvo prueba en contrario es ganancial (art. 1361 CC) y, en consecuencia la obligación también debería tener este carácter. Por otra parte, y como ya hemos apuntado, la expresión *bienes y derechos* utilizada en el artículo 1361 del Código Civil, estableciendo la presunción de ganancialidad, podría estar reflejando no sólo el lado activo del patrimonio ganancial, sino también el pasivo.

C) LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Después de resumir el estado de la cuestión en nuestra doctrina, vamos a analizar en qué medida nuestro Tribunal Supremo considera gananciales las deudas contraídas por un solo cónyuge. El examen de este problema exige estudiar, por separado, cada grupo de obligaciones⁵⁷.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la década de los años noventa, es muy abundante en relación con la materia que nos ocupa, además de poco uniforme. La falta de uniformidad es consecuencia de las alegaciones de las partes, de un lado, y de lo que se considere acreditado en instancia, de otro. Así, por ejemplo, si se prueba el carácter no ganancial de la fianza prestada por un cónyuge a un préstamo mercantil, el Tribunal Supremo no entra a valorar si tal deuda tiene o no carácter ganancial. Ahora bien, si en el ejemplo anterior, no se acreditase en instancia el carácter privativo de esa deuda, el Supremo no dudaría en calificar el débito de ganancial.

Observaremos, a medida que avanzamos en su estudio, que la Jurisprudencia, comienza siendo muy abundante en 1990 y experimenta una ligera disminución a partir del año 1994. El análisis de

⁵⁷ El objeto de este estudio es el análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a lo largo de la presente década. Sólo, excepcionalmente, se han recogido algunas sentencias de Audiencias Provinciales o Tribunales Superiores de Justicia.

las Sentencias lo realizamos en ocho apartados, tantos como son los tipos de obligaciones sobre los que se pronuncia nuestro Tribunal Supremo. En el apartado correspondiente a cada deuda, examinaremos las dos cuestiones desarrolladas en los capítulos precedentes.

IV. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DESDE 1990 HASTA 1998

A) AVAL, FIANZA O GARANTÍA PRESTADOS POR UN CÓNYUGE

Las sentencias relativas a avales prestados por un cónyuge, vigente la sociedad de gananciales, constituyen uno de los grupos más significativos y numerosos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia que analizamos. Los pronunciamientos del Supremo –en gran parte dependientes de las alegaciones de las partes– se caracterizan por la falta de uniformidad en el tratamiento de similares presupuestos fácticos.

Antes de iniciar el examen de las sentencias, es necesario destacar el dato de que el número de sentencias ha experimentado una disminución en los últimos años de la década de los noventa, pero quizá haya que esperar un tiempo para confirmar esta tendencia⁵⁸.

En líneas generales, domina en el Tribunal Supremo el criterio de considerar gananciales los avales prestados por un solo cónyuge a una sociedad de la que él es consejero o socio o en la que la sociedad conyugal tiene una participación. Para el Supremo, el carácter oneroso o gratuito del aval depende del interés o beneficio que el negocio jurídico de afianzamiento proporcione a la sociedad conyugal; de forma que será oneroso el aval que un cónyuge presta a favor de un préstamo concedido a una sociedad, si dichos préstamos, presumiblemente, están incrementando el patrimonio ganancial⁵⁹.

Entiende el Alto Tribunal que existe interés o beneficio familiar cuando la sociedad conyugal tiene conexión con la sociedad avala-

⁵⁸ Si en el año 1990 eran seis las sentencias del Tribunal Supremo en las que se trataba un aval o afianzamiento de un cónyuge; en 1991 el número descendía a tres y en 1992 a dos. En 1994 nos encontramos con una sentencia, y con ninguna en 1993, 1995 y 1996. Finalmente, una sola sentencia –la de 17 de julio de 1997– completa la lista.

⁵⁹ Señala PILAR BENAVENTE MOREDA que el criterio del interés familiar como determinante del carácter ganancial del aval contraído por un solo cónyuge es el dominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes, incluso, de la reforma de 13 de mayo de 1981. «Comentario a la sentencia de 2 de julio de 1990». *C.C.J.C.*, septiembre-diciembre, 1990, núm. 24, p. 841.

da, bien porque el cónyuge avalista sea socio, consejero o administrador único de ésta, bien porque en ella tenga participaciones la sociedad de gananciales. Así nos encontramos con las siguientes sentencias:

a) Sentencia de 30 de abril de 1990: El supuesto de hecho de esta sentencia consiste en una fianza contraída por los maridos –consejeros de la sociedad deudora CRAESA– vigente el régimen de sociedad de gananciales. Posteriormente, pactan con sus respectivas esposas un régimen de separación de bienes, de manera que cuando, ante el incumplimiento de la sociedad afianzada, la sociedad acreedora pretende el embargo de bienes gananciales pertenecientes a los avalistas, se encuentra con que están adjudicados a las esposas y el resultado del embargo es negativo. La sociedad acreedora solicita la impugnación de las capitulaciones matrimoniales otorgadas, solicitud que es desestimada en primera y segunda Instancia.

A pesar de su importancia, no vamos a detenernos, en este estudio jurisprudencial, en las vías de impugnación de las capitulaciones otorgadas en fraude de acreedores. Nos centraremos, más bien, en el análisis del carácter del aval contraído individualmente por los esposos. El Tribunal Supremo lo considera ganancial en el Fundamento Jurídico Tercero afirmando: *en cuanto a la calificación jurídica del acto negocial de afianzamiento mercantil efectuado por los esposos de indiscutible carácter oneroso, ha de entenderse que el mismo –se repite en la anterior ordenación del Código Civil– implica la asunción de una obligación por parte de la Sociedad de Gananciales al amparo del artículo 1408.1 (en SS de 12-6-85, se afirmaba que no es acto gratuito a los efectos del régimen de gananciales la fianza mercantil prestada por el marido... pues se derivan beneficios para el matrimonio)...*

En el mismo fundamento jurídico –más adelante– se hace referencia a las *deudas sociales derivadas del afianzamiento mercantil*. Se reconoce, pues, que la deuda consistente en el aval es ganancial y que de ella responde directamente el patrimonio ganancial, de acuerdo con el artículo 1365 del Código Civil.

¿Podemos afirmar que el Tribunal Supremo presume que la deuda contraída por un cónyuge es ganancial? No todavía. Hemos de seguir examinando la cuestión⁶⁰.

b) Sentencia de 6 de junio de 1990: El supuesto fáctico de esta sentencia es análogo al de la sentencia de 30 de abril de 1990. Se

⁶⁰ Sería prematuro extraer conclusiones porque el negocio jurídico de afianzamiento de esta sentencia se otorgó con anterioridad a 1981 y, entonces, como sabemos, existía una expresa presunción de ganancialidad pasiva (antiguo art. 1408 CC).

trata de una garantía que los maridos prestan a favor de una sociedad de la que son socios. El objeto del presente recurso de casación es la tercería de dominio ejercitada por las esposas para levantar el embargo trabado sobre bienes gananciales. La tercería se desestima por no concurrir en las esposas la cualidad de tercero respecto al vínculo obligatorio de sus maridos. Ahora bien, la obligación se ha contraído por los esposos en el año 1976, y entonces, de las obligaciones contraídas por el marido responden los bienes gananciales (antiguo art. 1408 CC). No obstante, el Tribunal Supremo parece olvidarse de la fecha en la que se ha contraído la obligación y no duda en calificar el débito de ganancial, basándose, igualmente, en el interés de la familia y en los pronunciamientos de las sentencias de instancia, en las que se declara *la plena responsabilidad de los bienes afectados bajo cualquiera de las modificaciones del Código Civil habidas, toda vez que, ya sea por la facultad del marido para obligar a los gananciales al contratar a título oneroso, ya por la atribuida a cualquiera de los cónyuges por el artículo 1365.2 vigente...*

Existe una diferencia sustancial entre esta sentencia y la anterior consistente en que en ésta, el carácter ganancial de la deuda se ha acreditado en instancia y, en consecuencia, el Tribunal Supremo no va a entrar a discutir tal prueba. No puede hablarse, pues, de que en esta sentencia se establezca una presunción de ganancialidad pasiva.

c) Sentencia de 2 de julio de 1990: El objeto de esta sentencia es la tercería de dominio que ejercita la mujer después de haber sido embargado un bien ganancial por resultar impagada la letra de cambio avalada por el marido a favor de una sociedad cuyas acciones pertenecen a la sociedad de gananciales. La tercería no prospera por considerar el Tribunal Supremo que la esposa carece del carácter de tercero⁶¹. En el Fundamento Jurídico Tercero se recoge, una vez más, como criterio, el del interés familiar para delimitar las obligaciones que contraídas por un cónyuge son gananciales de las que son privativas: *... el derecho actual (...) reconoce a ambos capacidad para obligar a la sociedad (1365, 1369), fija las deudas que deben pesar sobre ella (arts. 1362 y siguientes) ...y, en consecuencia lo que habrá que analizar es si la deuda contraída por el esposo, que no es un acto de disposición directo, pesa o no sobre la sociedad de gananciales y, en el caso de autos, la solución debe ser la afirmativa por las siguientes razones: el marido (...) actuó en favor de la explotación regular de los negocios, pues en tal concep-*

⁶¹ Ha de destacarse que en Segunda Instancia prospera la tercería de dominio —revocándose la sentencia del Juzgado— porque la deuda se considera privativa [Fundamento Jurídico Primero, letra f)].

to ha de entenderse el aval prestado a una sociedad cuyas acciones son propiedad de la sociedad conyugal y cuyos beneficios son beneficio para el consorcio (...). De todo ello se desprende que al atribuir el artículo 1362, en su número 2, a la sociedad de gananciales los gastos que origina la tenencia y disfrute de los bienes comunes, y el número 4 la explotación regular de los negocios, debe concluirse que los bienes embargados no pueden ser sustraídos a la ejecución en marcha^{62, 63}.

d) Sentencia de 15 de marzo de 1991: Los antecedentes de esta sentencia son similares a los de la anterior. Se trata de discutir el carácter de un aval firmado por el marido a unas pólizas de crédito y afianzamiento contraídas por una sociedad de la que él es administrador único y de la que la sociedad de gananciales es accionista mayoritaria⁶⁴. El Tribunal Supremo, recogiendo los razonamientos jurídicos de la Audiencia, en el Fundamento Jurídico Tercero, declara el carácter ganancial de la deuda del marido y la consiguiente responsabilidad directa del patrimonio ganancial⁶⁵.

Hemos de tener presente que en esta sentencia –como en otras muchas– el Tribunal Supremo no califica de ganancial la deuda, limitándose a recoger los razonamientos jurídicos de la Instancia que consideran acreditado el carácter del débito⁶⁶.

⁶² La presente sentencia está comentada por BENAVENTE MOREDA en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Septiembre-diciembre, 1990, núm. 24, pp. 835-844.

⁶³ Criterio parcialmente diferente al sostenido en esta sentencia de 2 de julio de 1990, es el de la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia de 3 de febrero de 1992. Se trata de la fianza del marido a una deuda de una compañía del sector turístico, de la que el fiador es Secretario del Consejo de Administración. La Audiencia declara la privatividad de la fianza ...*toda vez que no cabe considerar como explotación regular de sus negocios o ejercicio ordinario de la profesión y oficio el afianzamiento constituido en favor de un tercero, en el que no consta la clase de interés que tuviera el cónyuge deudor ni (...) que éstos tuvieran repercusión en beneficio de la sociedad de gananciales*. La calificación que de la fianza hace la Audiencia Provincial de Madrid en esta sentencia, apartándose, en apariencia, de las líneas trazadas por el Supremo en esta materia, puede obedecer a dos razones: en primer lugar, la separación de hecho de los cónyuges cuando el marido contrae la deuda; y, en segundo lugar, la no probada relación existente entre el fiador y la sociedad prestataria que hace cuestionar la existencia del denominado *interés* y *beneficio familiar*.

⁶⁴ El negocio jurídico de afianzamiento se otorgó antes de 1981.

⁶⁵ ...*el marido como administrador único de la sociedad anónima, (...), procedía, según establece acertadamente la sentencia de instancia, en situación equiparable a la del comerciante...* (F. Ico. Tercero de la sentencia referida). Observemos que, en este pronunciamiento, el Tribunal Supremo considera el aval prestado por el marido empresario como una deuda del comercio y este tratamiento genera críticas entre nuestros autores porque el aval, en principio, no es una deuda perteneciente al «giro y tráfico de la empresa», ni al «ejercicio de la propia actividad mercantil del comerciante». *Vid.*, en este sentido, LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de familia*. Cuarta Edición. *Cit.*, p. 306.

⁶⁶ Las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1989 y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de junio de 1993 recogen, igualmente, el criterio del *interés familiar* como determinante de la destrucción de la presunción de gratuidad del aval que contiene el artículo 441 del Código de Comercio y de la consiguiente responsabilidad directa del patrimonio ganancial.

Llegados a este punto, hemos de analizar si el aval prestado a las sociedades especialmente vinculadas con la sociedad conyugal tiene carácter gratuito u oneroso, pues de ello dependerá la calificación del débito.

La naturaleza del negocio jurídico de afianzamiento está regulada en el artículo 441 del Código Civil que dispone que *El afianzamiento mercantil será gratuito, salvo pacto en contrario*. ¿Por qué en la Jurisprudencia citada el Supremo considera oneroso el aval prestado a determinadas sociedades? ¿Es acertada esta consideración? ¿Existe una presunción de ganancialidad pasiva?

No cabe duda de que no puede recibir el mismo tratamiento un aval prestado a una sociedad que genera beneficios que incrementan el patrimonio ganancial que el aval prestado a un tercero sin conexión, en apariencia, con la sociedad conyugal.

Así pues, el carácter gratuito de la fianza mercantil puede pasar a ser oneroso en virtud de pacto y, además, por la especial vinculación que la sociedad afianzada tenga con la sociedad conyugal o con el cónyuge fiador. En este sentido se expresa Lacruz⁶⁷.

Ahora bien, esta alteración de la naturaleza del aval que hace el Tribunal Supremo en determinadas circunstancias, no está exenta de opiniones contrarias. Así, Benavente Moreda, se muestra crítica respecto a esta valoración que prescinde del criterio establecido en el artículo 441 del Código Civil⁶⁸. Incide la citada autora en que el criterio del Tribunal Supremo es equivocado porque: *...con independencia de que la operación pueda repercutir en interés de la familia, o que se realice en el ámbito del ejercicio ordinario de la profesión u oficio del cónyuge avalista, si la misma constituye un acto de gestión de los que han de ser realizados conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro, y si se realiza exclusivamente por uno de ellos, tal conducta en todo caso sólo comprometerá el patrimonio privativo del cónyuge actuante, no implicando una carga para el patrimonio ganancial, sino tras haber hecho exclusión del privativo, y con las consecuencias previstas en el artículo 1373 del Código Civil*⁶⁹.

Creemos que puede dudarse del carácter oneroso o gratuito del aval, teniendo en cuenta que existe una clara calificación legal a

⁶⁷ *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Cuarta Edición. Bosch. Barcelona, 1997, p. 306.

⁶⁸ La autora citada se manifiesta en estos términos: «Con independencia de la naturaleza que en tal sentido otorga el legislador a tal operación, nuestros tribunales han venido modificando tal configuración, equivocadamente a mi entender, no en función de la naturaleza misma de la operación de aval, sino en función del tipo de beneficio o repercusión que el citado negocio produjese en el ámbito familiar y de la sociedad de gananciales.», *op. cit.*, p. 842.

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 843.

favor de la gratuidad de este negocio jurídico; sin embargo, consideramos que no se puede calificar al aval –como lo hace Benavente Moreda– de un acto de gestión para el que rige la regla general de la realización conjunta, de forma que el aval de un cónyuge efectuado sin el consentimiento del otro es gratuito, mientras no se demuestre que encaja en los actos de gestión que pueden realizarse individualmente ⁷⁰.

Entendemos que el negocio jurídico de afianzamiento debe ser considerado como un acto obligatorio o de endeudamiento de carácter accesorio respecto a otro negocio jurídico principal y, en virtud de la accesoriedad, el aval prestado por un cónyuge a la deuda de la sociedad de la que es socio o accionista no puede ser gratuito si tenemos presente que la deuda principal es onerosa y de ella se deriva una contraprestación a favor de una sociedad que genera beneficios para el patrimonio ganancial ⁷¹.

A continuación analizamos otro grupo de sentencias en las que los avales se prestan a favor de préstamos mercantiles en los que se desconoce el carácter del sujeto prestatario y su posible vinculación con la sociedad conyugal.

a) Sentencia de 19 de febrero de 1990: El objeto del presente recurso de casación es la acción revocatoria ejercitada por el acreedor librador de unas letras de cambio avaladas por el esposo. El Tribunal Supremo, en el Fundamento Jurídico Cuarto, declara que *...en el proceso del que este recurso dimana no se está resolviendo cuestión alguna atinente a la responsabilidad que pueda corresponder a la sociedad de gananciales formada por los citados cónyuges frente a la deuda contraída por el esposo mediante el repetido aval sino simplemente, al concurrir en este supuesto los requisitos que condicionan la viabilidad de la ejercitada acción revocatoria, de reponer la situación patrimonial de dicha sociedad conyugal...*

Los antecedentes de hecho de esta sentencia sólo nos permiten el conocimiento de la entidad mercantil acreedora (El Corte Inglés), pero no sabemos quién es el deudor y si existe alguna relación con la sociedad conyugal; desconocemos, igualmente, si el marido avalista tenía alguna vinculación profesional o comercial con el avalado.

⁷⁰ De igual forma para las deudas de un sólo cónyuge, la autora se hace eco de la doctrina más autorizada (PEÑA) que considera tales deudas privativas aun cuando tales deudas se encuentren en cualquiera de los supuestos legales de vinculación del patrimonio ganancial por actuación de un solo cónyuge. *Op. cit.*, pp. 843 y 844.

⁷¹ Sobre la discusión de la naturaleza del aval como acto obligatorio o acto de gestión, puede verse BELLO JANEIRO, «Responsabilidad con los bienes gananciales ante fianza prestada por uno de los cónyuges». *Actualidad civil*, núm. 7/15, 1993, pp. 120-125.

Si bien el Tribunal Supremo no resuelve la cuestión relativa a la responsabilidad del patrimonio ganancial, la posibilidad de ejercicio de la acción revocatoria podría llevarnos a extraer alguna conclusión en relación con el carácter de la deuda. Para la mayor parte de la Doctrina, la acción rescisoria no es viable para impugnar la modificación de régimen económico matrimonial que impide a los acreedores de la sociedad de gananciales cobrar su deuda. Entienden los autores que no debe prosperar, en tales casos, la acción rescisoria porque, siendo ésta de naturaleza subsidiaria, existe un mecanismo jurídico principal y directo de impugnación: el de la inoponibilidad del artículo 1317 del Código Civil. Prosperará, sin embargo, la rescisoria como medio de impugnación de la capitulaciones, si la deuda tiene carácter privativo porque, en este caso, –sostiene la doctrina mayoritaria– no es aplicable el artículo 1317 del Código Civil⁷².

En la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, estas consideraciones doctrinales no tienen reflejo alguno⁷³. En primer lugar, podemos observar, que para el éxito de la acción rescisoria, el Tribunal Supremo prescinde de la naturaleza de la deuda. En segundo lugar, no siempre se tiene presente –como señala Cabanillas Sánchez⁷⁴, siguiendo a Guilarte Gutiérrez– que «es más adecuado valorar la subsidiariedad como un presupuesto jurídico y no tanto de hecho». De esta manera, en la sentencia de 18 de julio de 1991 prospera la acción rescisoria porque el acreedor no puede cobrar de otro modo lo que se le debe. Sin embargo en otras sentencias, como la de 7 de noviembre de 1992, no prospera la rescisoria porque, aun existiendo una imposibilidad fáctica de cobrar, no existe una imposibilidad jurídica en tanto en cuanto existe la «responsabilidad *ex lege*» establecida en el artículo 1317 del Código Civil⁷⁵.

⁷² Criterio opuesto es el de RAGEL SÁNCHEZ, quien defiende la aplicación del artículo 1317 del Código Civil a las deudas privativas, en contra del criterio de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero de 1987: «... cuando el débito sea calificado como privativo, (...), el acreedor no puede alegar en su favor lo dispuesto en el artículo 1401 del Código Civil (...). Por lo tanto, el acreedor sólo puede esgrimir en su favor el principio rector contenido en el artículo 1317 del Código Civil, precepto aplicable a todos los supuestos de modificación del régimen económico matrimonial y a todo tipo de deudas y, por ende, también al supuesto de deuda privativa, por lo que discrepamos en este punto con la resolución que estamos comentando.», «Comentario a la R de la DGRN de 16 de febrero de 1987», *cit.*, p. 4538.

⁷³ *Vid.*, especialmente, además de la sentencia de 19 de febrero de 1990, las de 18 de julio de 1991 y de 7 de noviembre de 1992.

⁷⁴ «Comentario a la sentencia de 7 de noviembre de 1992». *C.C.J.C.*, septiembre-diciembre, 1992, núm. 30, pp. 1025 y ss.

⁷⁵ Recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1996 menciona como presupuesto necesario pero no suficiente para el éxito de la acción revocatoria, la minoración económica sufrida por el patrimonio del deudor que impida al acreedor cobrar lo que se le debe, siendo imprescindible la carencia de otro *recurso legal* para obtener la reparación del perjuicio ocasionado por el presupuesto fáctico.

Planteada la cuestión en estos términos, podemos preguntarnos si la sentencia de 19 de febrero de 1990 está admitiendo tácitamente la privatividad de la deuda, porque la acción revocatoria —según la doctrina dominante— es la vía de protección de los acreedores privativos. La respuesta afirmativa podría estar apoyada en la invocación que hace el Supremo al Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia recurrida, referido al artículo 1373 del Código Civil (deudas privativas de un cónyuge): «...la esposa, podrá, en su caso y en el momento oportuno, hacer la defensa del patrimonio que le corresponda en la repetida sociedad de gananciales».

b) Sentencia de 17 de octubre de 1990: En esta sentencia nos encontramos ante un aval del marido a favor de un préstamo concedido por la Caja General de Ahorros y Monte de Piedad de Santa Cruz de Tenerife. Se plantea la cuestión de la legitimación pasiva de la mujer del avalista, cuestión que el Tribunal Supremo resuelve positivamente *...al poder quedar afectados los bienes gananciales por la actuación del demandado Luis D. L., a la sazón cuando por el sistema de sociedad legal de gananciales con R. S., esta señora está perfectamente demandada... Pero ahora bien, lo dicho anteriormente, no puede significar una posible responsabilidad solidaria de dicha demandada en la presente situación, pues la misma no actúa como tal por ser deudora de un préstamo principal, sino por ser titular de una sociedad de gananciales, cuyo otro titular, su marido, es sujeto pasivo de una acción de reembolso eficazmente esgrimida, al haber suscrito un contrato de préstamo en el que intervenía como fiador el marido de la hoy demandante y recurrente (fundamento jurídico tercero).*

El Tribunal Supremo declara la responsabilidad de los bienes gananciales al amparo del artículo 1369 del Código Civil que se refiere a aquellas deudas de un cónyuge que a la vez son deudas de la sociedad, luego, implícitamente, está reconociendo que la fianza del marido es ganancial. Ya no se trata de calificar de ganancial al aval prestado por el marido a una sociedad con especial vinculación con la sociedad de gananciales, sino de hacer la misma calificación respecto de la fianza del marido con independencia de quién sea el deudor⁷⁶.

⁷⁶ La sentencia de 11 de diciembre de 1990 de la Audiencia Provincial de Valencia adopta un criterio diferente al de la presente sentencia del Tribunal Supremo, al estimar la excepción de falta de legitimación pasiva de las esposas con la siguiente argumentación: *... el hecho de que los bienes que puedan ser calificados de gananciales, (...), deban responder de la gestión de uno de los cónyuges (...), no implica que pueda condenarse a los cónyuges que no intervinieron en los contratos de cuyo cumplimiento se trata, (...), sin olvidar tampoco que los esposos deben pagar en principio sus propias obligaciones con sus bienes privativos (arts. 1373 y 1440 del Código Civil) (fundamento jurídico tercero).* Con independencia de la cuestión de la legitimación pasiva del cónyuge del deudor, parece que este

c) Sentencia de 16 de noviembre de 1990: Aparentemente, esta sentencia modifica la doctrina que el Alto Tribunal venía manteniendo, en tanto en cuanto declara privativo el aval de un cónyuge a un contrato de préstamo mercantil. Ahora bien, la declaración de privatividad de este débito obedece a que en Instancia se acreditó el carácter no ganancial y, en consecuencia, el Supremo no discute tal carácter. La naturaleza privativa del aval lleva a estimar la tercería de dominio de la esposa por concurrir en ella respecto al aval del marido la cualidad de tercero o ajeno a la deuda.

d) Sentencia de 5 de febrero de 1991: En esta sentencia se discute si el aval prestado por el marido a una sociedad obliga o no a los bienes gananciales. Se desconoce si el aval prestado responde a relaciones comerciales o profesionales del marido y si la sociedad avalada tiene alguna relación con la conyugal. El Fundamento Jurídico Tercero, *in fine*, parece que resuelve la cuestión de forma positiva al señalar que *...la jurisprudencia (...), declaró la validez de la fianza del marido que obliga a la sociedad de gananciales, siempre que no se cree perjuicio o fraude para la mujer (...); lo mismo cuando la esposa conoce el ejercicio profesional del marido (...), o no consta oposición expresa de aquélla al ejercicio mercantil profesional de su marido (...)*.

En definitiva, el Tribunal Supremo parece mostrarse partidario de presumir ganancial el aval del marido, sin perjuicio de que su cónyuge desvirtúe tal presunción probando el carácter privativo de la deuda. Eso es lo que puede extraerse del fundamento jurídico tercero cuando se afirma que *...no cabe acceder a la excepción expresada— se refiere a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario — ya que la esposa del recurrente no se encuentra obligada por el contrato de fianza concertado por su marido; por lo tanto, no le alcanzan los efectos de cosa juzgada (...), ni le impiden ejercitar sus derechos conforme al artículo 1373 del Código Civil, en su caso...*

e) Sentencia de 15 de junio de 1992: El objeto de este recurso de casación no es el de determinar el carácter de la deuda del cónyuge (aval del marido a un préstamo concedido por la Caja de Ahorros) y la responsabilidad que lleva consigo. Se trata de analizar si concurren los requisitos de viabilidad de la acción revocatoria para impugnar las capitulaciones matrimoniales a través de las cuales trata de eludirse la responsabilidad de un bien ganancial, adjudicándolo al cónyuge no deudor. La acción citada prospera y hemos

pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Valencia no tiene muy claro el carácter del afianzamiento. Así como en un primer momento, puede deducirse el carácter ganancial de la deuda, las últimas líneas transcritas de la sentencia, haciendo referencia a las deudas privativas, ponen en duda la calificación de la obligación.

de preguntarnos si ello nos lleva a extraer alguna conclusión en relación con el carácter de la deuda⁷⁷.

f) Sentencia de 26 de junio de 1992: Esta sentencia, al igual que las anteriores, se refiere a una fianza del marido a favor de un préstamo mercantil. No se hace referencia alguna al carácter de la deuda pero se desestima la tercería de dominio. Ello puede llevarnos a conclusiones interesantes en relación con la naturaleza del aval que constituye el supuesto fáctico de esta sentencia.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo no admite —en términos generales— las tercerías de dominio ejercitadas por el cónyuge del deudor para levantar el embargo trabado sobre bienes comunes por deudas del otro cónyuge⁷⁸. La no idoneidad de las tercerías se fundamenta por el Supremo en que el cónyuge del deudor no es *dominus*, de un lado, y no es *tercero o no deudor*, del otro. Algunas sentencias, siguiendo la doctrina procesalista más autorizada (M. Ángel Fernández), entienden que en los procedimientos de tercería de dominio no se pueden discutir cuestiones ajenas al objeto del procedimiento, como la naturaleza de la obligación de la que dimana el embargo que se pretende levantar. Estas sentencias se limitan, pues, a analizar la posición del cónyuge no deudor respecto a los bienes gananciales pero no respecto a la deuda contraída por su cónyuge. Y es doctrina jurisprudencial reiterada que el cónyuge no deudor, vigente la sociedad de gananciales, no es *propietario* de los bienes gananciales, por ser la sociedad de gananciales una comunidad germánica en la que, por tanto, no existen cuotas hasta su disolución y posterior liquidación. Si el demandante de tercería no es propietario, no puede ver estimadas sus pretensiones. Consideramos que esta tesis admite dos objeciones:

a) En primer lugar, no parece aceptable que los cónyuges no sean propietarios de los bienes gananciales durante la sociedad de gananciales. La general admisibilidad de la sociedad de gananciales como comunidad germánica no significa que los cónyuges tengan meras expectativas sobre los bienes comunes, pendientes de convertirse en derechos en el momento disolutorio de la sociedad. Existe una cotitularidad actual sin cuotas y, con doble motivo, por carecer la sociedad de gananciales de personalidad jurídica.

b) Creemos, en consecuencia, que los cónyuges son propietarios pero no lo son en exclusiva, y es esta carencia de dominio

⁷⁷ *Vid.*, en este trabajo, pp. 38-40, los comentarios a la sentencia de 19 de febrero de 1990.

⁷⁸ La evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia está sintetizada por BENDITO CAÑIZARES *Marido y mujer frente a las deudas del otro cónyuge: la tercería de dominio*. Colección Jurisprudencia Práctica Tecnos. Madrid, 1996, pp. 9-22.

exclusivo la que no legitima al cónyuge del deudor para alzar la traba sobre los bienes comunes que están afectos a determinadas deudas; de ahí que sea de capital importancia la naturaleza de la deuda, pues de ella depende que el demandante de tercería sea o no ajeno respecto a la deuda de su cónyuge y, por ende, la prosperabilidad de la tercería de dominio ⁷⁹.

Si se desestima la tercería de dominio entablada por el cónyuge del deudor es porque éste, sin ser deudor, es cotitular de unos bienes que están afectos al pago de determinadas deudas de su cónyuge.

g) Sentencia de 17 de julio de 1997: Nos encontramos, al igual que en las sentencias anteriores, con un aval del marido a un préstamo mercantil concedido a la Cámara Agraria Local donde presta sus servicios en calidad de funcionario. La sentencia de 17 de abril de 1997 recoge la doctrina sustentada por la de 16 de noviembre de 1990. En ambas prospera la tercería de dominio ejercitada por la esposa para alzar el embargo sobre bienes gananciales, debido a que la esposa tiene la consideración de tercero respecto a la deuda privativa de su marido. No obstante, en la sentencia de 16 de noviembre de 1990 la obligación aparece como acreditadamente no ganancial, mientras que en la de 17 de abril de 1997 los Tribunales de Instancia no se pronuncian sobre el carácter de la deuda, pero no estiman la tercería de dominio. Si desestiman la tercería interpuesta por la esposa, están reconociendo que la obligación, de la que dimana el embargo que se pretende levantar, no es privativa del marido y, por tanto, la esposa no es ajena a ella. El Tribunal Supremo, aun cuando reconoce que la tercería de dominio no es procedimiento hábil para discutir otras cuestiones, la admite fundamentándose en la desvinculación de la esposa respecto al aval contraído por su marido ⁸⁰.

⁷⁹ Muy significativa al respecto es la sentencia de 20 de febrero de 1987 que recogiendo doctrina precedente, afirma en los fundamentos de derecho cuarto y quinto que ... antes de examinar el problema de la propiedad de los bienes embargados ha de indagarse acerca de si el demandante de tercería es propiamente «tercerero», doctrina que en pertinente aplicación al supuesto aquí enjuiciado hace decaer el motivo en análisis, al ser inadmisibles las tesis que la recurrente mantiene en el sentido de que en el juicio declarativo en que la pretensión de tercería se tramita no pueda discutirse más cuestión que la de la procedencia del embargo en razón a la titularidad dominical del tercerista sobre los bienes que fueron objeto de la traba.

⁸⁰ El Fundamento Jurídico Quinto de esta sentencia, reproduciendo doctrina jurisprudencial anterior, declara que no cabe olvidar que, a diferencia de la reivindicatoria, en la acción de tercería no se trata de declarar, ni recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo bienes indebidamente trabados, por no estar en el caso de responder de la deuda en ejecución, (...), lo que presupone, ineludiblemente, la exigencia de que el tercerista no esté de algún modo vinculado, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba, esto es, que, con relación a dicho crédito, tenga la condición de tercero ...

IMBERNÓN MORALEJO, en el comentario de esta sentencia (CCJC, septiembre-diciembre, 1997, pp. 1261 y ss) señala que en ella, excepcionalmente, «el TS se hace eco de la

La cuestión de mayor interés para nuestro estudio planteada en esta sentencia es la naturaleza del aval⁸¹. Parece discutible el carácter gratuito del aval que constituye el soporte fáctico de esta sentencia porque no se trata de una garantía por deuda ajena sin expresión de causa, sino que el aval se otorga para conseguir un préstamo que beneficia al marido deudor. El Tribunal Supremo fundamenta la gratuidad del afianzamiento en la inexistencia de beneficio o interés familiar, de un lado, y en su constitución sin el consentimiento de la esposa, de otro. Ambos argumentos suscitan algún comentario. En relación con el segundo, acertadamente, señala Imbernón Moralejo que «(...) mientras que la prohibición de disposición gratuita individual de los bienes comunes (...) está expresamente consignada en el Código Civil, no sucede lo mismo con las deudas que motivan la responsabilidad de los bienes comunes, contempladas –entre otros– en el artículo 1365 del Código Civil, donde no se aprecia distinción entre el carácter oneroso y gratuito de las obligaciones asumidas»⁸². Ahora bien, si es cierto que, *prima facie*, no se aprecia distinción entre el carácter oneroso y gratuito de las obligaciones establecidas en el artículo 1365 del Código Civil, parece que ha de presumirse la existencia de una causa onerosa porque, si analizamos cada uno de los casos recogidos en el citado precepto, observaremos que en todos ellos se aprecia un interés para la familia o un beneficio para el patrimonio ganancial. En consecuencia, toda actuación obligatoria onerosa realizada por un cónyuge ha de presumirse ganancial y para ello no es necesario que concurra el consentimiento del cónyuge del deudor, en cuyo caso carecería de sentido la expresión *deudas contraídas por un cónyuge*, utilizada por el legislador en el artículo 1365 del Código Civil.

Con respecto al interés familiar, se plantean más dudas. Es claro que, como dice Imbernón, «... no estamos ante un supuesto de ejercicio del comercio por parte del marido»⁸³, pero más dudoso resul-

objeción de alguna doctrina procesalista, que ha estimado que la tercería de dominio no es el cauce idóneo para que el cónyuge no deudor, que resulta perjudicado por el embargo de los bienes gananciales, alegue el carácter privativo de la deuda asumida por su consorte en orden a lograr el alzamiento de la traba...» (p. 1266). Frente a esto, sin embargo, destaca la autora que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que en «el procedimiento de tercería de dominio, el órgano jurisdiccional debe determinar, con anterioridad incluso a cualquier pronunciamiento sobre la titularidad del bien embargado, si en el actor concurre o no la condición de tercero ajeno al débito» (p. 1269).

⁸¹ *Es clara la naturaleza gratuita del negocio –declara el Fundamento Jurídico Segundo–, aval en una póliza de crédito mercantil, otorgado por el marido, este tipo de fianza requiere para que afecte a los bienes comunes, el consentimiento de ambos cónyuges ... , no cabe duda alguna sobre que la prestación del aval, de ninguna forma redunde en interés de la familia, al estar probado que el marido de la recurrente prestaba sus servicios en la Cámara Agraria Local de Carmona en calidad de funcionario ...*

⁸² *Op. cit.*, p. 1278.

⁸³ *Op. cit.*, p. 1279.

ta que no pueda afirmarse, como dice esta autora, «... que el aval suscrito en beneficio de la Cámara Agraria Local sea un supuesto de *ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio*, pues parece claro que este acto es completamente ajeno a la actividad que constituye su profesión, que es la de funcionario de esta Entidad»⁸⁴. Si bien es cierto que el supuesto fáctico de esta sentencia no es incardinable en la locución *ejercicio ordinario de la profesión...* del artículo 1365.2.º del Código Civil, podría serlo en el artículo 1362.4.º del Código Civil que no hace referencia alguna a la regularidad. Es verdad que la actividad desarrollada por este funcionario no tiene por objeto principal la concesión de avales al órgano del que depende, pero así como el aval prestado por el comerciante a una sociedad que genera beneficios familiares es ganancial, también podría serlo el aval prestado por cualquier otro profesional al organismo para el cual trabaja y del cual obtiene unas rentas que son gananciales.

Finalmente, en materia de avales firmados por un cónyuge, nos encontramos con las sentencias de 30 de septiembre de 1991 y la de 29 de abril de 1994. En la primera la esposa presta un aval a unas letras de cambio aceptadas por su marido. Aun cuando no se discute el carácter de la deuda y la consiguiente responsabilidad del patrimonio ganancial, siendo el objeto de la litis la naturaleza y validez del acto de aval de un solo cónyuge, en el fundamento jurídico décimo se está reconociendo que la deuda es privativa⁸⁵. Igual calificación de privatividad tiene la deuda en la sentencia de 29 de abril de 1994. Se trata de un aval que presta el marido al préstamo concedido por una Caja de Ahorros a sus hermanos⁸⁶.

Resumen y comentario de la jurisprudencia sobre avales

1) El Tribunal Supremo considera ganancial el aval prestado a una sociedad vinculada a la sociedad de gananciales o al cónyuge avalista porque, en estos casos, se presume el beneficio e interés familiar derivado del aval, y aun cuando haya sido contraído por un sólo cónyuge no puede ser calificado de gratuito. En algunas de las sentencias en las que se plantea este supuesto de hecho,

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 1280.

⁸⁵ El aval de esta sentencia se firmó antes del año 1981 y, entonces, bajo la regulación anterior a la Ley 11/1981 de 13 de mayo, el artículo 1435 del Código Civil prohibía a la mujer prestar un aval sin el consentimiento de su marido.

⁸⁶ Esta sentencia está comentada por ACHÓN BRUÑEN en el *ADC*, 1996, pp. 429 y ss. En el supuesto concreto de esta sentencia, la gratuidad del aval parece indudable. El aval firmado a favor de un préstamo concedido a los hermanos del avalista nos aproxima a la garantía por deuda ajena que es formalmente gratuita, mientras no se exprese la causa onerosa.

el Tribunal Supremo se limita a confirmar el carácter ganancial del aval acreditado en Primera o Segunda Instancia.

Ahora bien, los avales prestados a sociedades especialmente relacionadas con la conyugal se firmaron antes de 1981 –con excepción del recogido en la sentencia de 2 de julio de 1990– y en la regulación anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981, la presunción de ganancialidad de las obligaciones del marido era expresa. En consecuencia, habrá que esperar a ver si se confirma la posición del Supremo, adoptada en la sentencia de 2 de julio de 1990, a favor de considerar gananciales aquellos avales de los que se derive el cada vez más controvertido *interés familiar*.

2) Cuando no consta nada acerca del deudor avalado, el Tribunal Supremo se inclina, expresa o tácitamente, a considerar el aval de un solo cónyuge como ganancial, a no ser que en alguna de las Instancias se haya acreditado que aquél es de carácter privativo. Expresamente, estima ganancial el aval la sentencia de 17 de octubre de 1990; implícitamente, las sentencias en las que se desestima la tercería de dominio interpuesta por el cónyuge del deudor (sentencias de 6 de junio de 1990, 2 de julio de 1990 y 26 de junio de 1992).

3) El Tribunal Supremo, sin pronunciarse sobre el carácter de un aval a favor de un órgano local del que el avalista es funcionario, estima la tercería de dominio interpuesta por su esposa, reconociendo, de esta manera, el carácter privativo del aval (sentencia de 17 de julio de 1997). También podrían estar reconociendo el carácter privativo del aval las sentencias de 19 de febrero de 1990 y 15 de junio de 1992, al resolver positivamente el ejercicio de una acción revocatoria.

4) También se consideran privativos los avales de un cónyuge a préstamos solicitados por sus hermanos e, incluso, a préstamos de su propio cónyuge.

No podemos cerrar este breve análisis sobre avales sin preguntarnos por qué determinadas fianzas prestadas por un solo cónyuge pueden considerarse gananciales. Para ello, es conveniente diferenciar los afianzamientos mercantiles de los que no tienen este carácter. El afianzamiento es mercantil, conforme al artículo 439 del Código de Comercio, si el contrato garantizado es mercantil, con independencia de que el fiador sea o no comerciante⁸⁷. La responsabilidad del patrimonio ganancial por fianzas mercantiles individualmente contraídas por los cónyuges, tiene un apoyo, como señala Lacruz, en el «... apo-

⁸⁷ Como veremos más adelante, un contrato no es mercantil por razón del sujeto que lo realice, sino por el objeto (artículo 2 del Código de Comercio).

deramiento o consentimiento tácito del otro cónyuge que no se ocupa del comercio y vive de sus beneficios, y en este punto sí cabría aplicar el principio de los artículos 6.º a 8.º del Código de comercio»⁸⁸. Para el autor citado, sin embargo, no es fácil encontrar el fundamento de la responsabilidad directa de los bienes gananciales por estos actos, ya que los artículos 6.º a 8.º del Código de Comercio, sólo se refieren a las «...deudas contraídas en el ejercicio de la propia actividad mercantil del comerciante, y en nuestro caso, por hipótesis, está afianzando una deuda ajena, lo cual no pertenece, en principio al giro y tráfico de su propia empresa ...»⁸⁹. Si hubiese que buscar una base legal a estos actos, señala Lacruz que ésta sería el artículo 1362.4.º del Código Civil, al establecer como carga de la sociedad de gananciales los actos derivados de la *explotación regular de los negocios*.

Creemos que no ofrece duda la naturaleza ganancial del afianzamiento mercantil prestado por el cónyuge comerciante pues el cónyuge comerciante fiador es deudor y de las deudas del comercio responden los bienes gananciales, cuando el cónyuge del comerciante no se opone al ejercicio del comercio. El supuesto al que realmente se refiere el Prof. Lacruz es al de la fianza prestada por un cónyuge que no es comerciante pero que sí tiene una vinculación importante con la sociedad avalada. Consideramos que, con independencia de que exista un precepto legal que expresamente regule la responsabilidad del patrimonio ganancial por estos avales —precepto que, parece, no existe—, la verdad es, que, con ese aval, se afianza una deuda generadora de una contraprestación que, si bien no ingresa directamente en el patrimonio ganancial, entra en el patrimonio de una sociedad que es fuente de beneficios para la sociedad de gananciales. Por ello, estimamos sobradamente justificada, en estos casos, la presunción de ganancialidad pasiva.

B) DEUDA DERIVADA DE RELACIONES COMERCIALES O PROFESIONALES DE UN CÓNYUGE. ADQUISICIÓN DE BIENES PARA EL EJERCICIO DEL COMERCIO

Para realizar el análisis del carácter de las deudas del comercio o profesión en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a lo largo de los años noventa, además de tener en cuenta el diferente tratamiento legal —no siempre justificado— que reciben unas y otras, es necesario separar las sentencias según se pronuncien expresamente sobre la naturaleza de tales débitos —la mayor parte de las veces

⁸⁸ En *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Cuarta Edición. Bosch, Barcelona, 1997, p. 306.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 306.

acatando la prueba que de su carácter se llevó a cabo en Instancia—o no se pronuncien de forma directa⁹⁰.

a) Sentencia de 5 de junio de 1990: En esta sentencia el marido *comerciante* firma unas letras de cambio por deudas derivadas del ejercicio del comercio que son descontadas por el Banco demandante. La entidad financiera solicita que se declare que la deuda es de carácter ganancial y que de ella respondan directamente los bienes gananciales. En ambas Instancias se estiman las peticiones del Banco demandante. El Tribunal Supremo acoge los pronunciamientos de las sentencias de Instancia declarando la existencia de un *derecho adquirido* a favor de la entidad y, en consecuencia, la inoponibilidad de la modificación de régimen económico realizada después del nacimiento del derecho de crédito.

b) Sentencia de 22 de octubre de 1990: El objeto de la *litis* es la reclamación de cantidad basada en un documento privado de reconocimiento de deuda firmado por el marido *comerciante*. La sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, aun cuando reconoce que la deuda es *consecuencia de relaciones comerciales*, condena al marido y absuelve a su esposa, por entender que *no aparece acreditado que la deuda reclamada se origine por algunas causas que contienen los artículos 1362 a 1374 del Código Civil reguladores de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales*. Creemos que este pronunciamiento de la Audiencia carece de justificación adecuada porque si en un principio dice que se ha acreditado que tal reconocimiento de deuda procede del desarrollo del comercio, el artículo 1365 del Código Civil nos remite a los artículos 6-12 del Código de Comercio, que declaran la responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas contraídas en el ejercicio del comercio. De otra parte, y como señala el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico Tercero, *deuda contraída... en el ejercicio de las actividades comerciales propias de su profesión* se ubica en el supuesto número 4 del artículo 1362 y en el número 2 del artículo 1365, ambos del Código Civil y, por tanto, *ha de concluirse que de la deuda objeto de la litis han de responder los bienes que en las fechas del nacimiento y de vencimiento de la misma eran gananciales*.

c) Sentencia de 25 de noviembre de 1991: El Tribunal Supremo considera debidamente acreditado que el marido *es comerciante; que la deuda que reconoció en favor de la sociedad recurrida tiene su*

⁹⁰ Dentro del primer grupo, nos encontramos con las sentencias de 5 de junio y 22 de octubre de 1990, 25 de noviembre de 1991, 22 de junio de 1993, 6 de junio de 1994, 22 de diciembre de 1995, 18 de abril y 26 de junio de 1997.

Forman parte del segundo grupo las sentencias de 18 de julio de 1991 y la de 13 de octubre de 1994.

origen en relaciones comerciales con ella; y que no ha probado, ni intentado siquiera, que su esposa se opuso al ejercicio del comercio. En tales circunstancias, por imperativo del artículo 6 del Código de Comercio, quedan obligados los bienes comunes al resultado de aquel ejercicio(fundamento jurídico segundo).

d) Sentencia de 22 de junio de 1993: La deuda está instrumentada en una serie de facturas y albaranes que acreditan la entrega de la mercancía (harina) a los hermanos propietarios de un negocio de panadería y la deuda del precio por parte de éstos. En el Fundamento Jurídico Segundo, el Tribunal Supremo señala que *la sentencia atacada hace extensiva la condena a los respectivos cónyuges de los recurrentes, copropietarios del negocio de fabricación de pan, lo que resulta correcto, toda vez que el artículo 6 del Código de Comercio responsabiliza de las deudas de las personas casadas a los bienes comunes cuando concurre el consentimiento del otro cónyuge, el que se presume, según el artículo 7, cuando la actividad mercantil es ejercida con conocimiento y sin oposición expresa.*

Sabemos que la propiedad del negocio corresponde no sólo a los hermanos deudores sino también a sus cónyuges, pero ello no quiere decir que se haya de extender la condena a las esposas si éstas no han firmado las deudas. Una cosa es declarar la responsabilidad de los bienes gananciales por deudas derivadas del ejercicio del comercio –que es lo que pretende el fallo de esta sentencia– y otra bien distinta es condenar a los cónyuges de los deudores, en cuyo caso se estaría vinculando no sólo el patrimonio ganancial sino también los privativos de éstos.

e) Sentencia de 6 de junio de 1994: Esta sentencia tiene por objeto declarar la inoponibilidad de unas capitulaciones matrimoniales que perjudican a los acreedores del marido *comerciante*. Acoge los pronunciamientos de la Audiencia sobre la naturaleza de la deuda, reconociendo que *los bienes gananciales responden de las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges, dado que los señores L. ejercían actividades comerciales, y no consta que sus respectivas esposas se hayan opuesto en la forma legal negando expresamente su consentimiento para soportar las consecuencias de dicha actividad...*

Se trata de una deuda derivada del ejercicio del comercio de la que desconocemos más detalles pero puede ser suficiente –como veremos más adelante– la condición de comerciante del deudor para que, en el ejercicio del comercio, exista una responsabilidad *ex lege* de los bienes gananciales por las «resultas» del mismo (art. 6 CC).

f) Sentencia de 13 de octubre de 1994: En esta sentencia, a diferencia de las anteriores, las resoluciones de Instancia no contie-

nen pronunciamientos sobre la naturaleza del débito. La deuda consiste en unas letras de cambio aceptadas por un cónyuge por la adquisición de un motor marino instalado en el buque pesquero que, supuestamente, constituye el centro de su actividad negocial. La sentencia que se recurre tiene como base fáctica una serie de hechos probados entre los cuales no se encuentra el carácter o naturaleza de la deuda. El Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico Segundo declara la ganancialidad de la misma tras defender la vía de la inoponibilidad como la idónea para impugnar las capitulaciones matrimoniales otorgadas en fraude de la sociedad acreedora y del Banco que ha descontado las letras: *es de cargo de la citada sociedad la explotación regular de los negocios de cada cónyuge, respondiendo sus bienes del ejercicio ordinario de la profesión (...) los bienes gananciales responden directamente frente al acreedor del marido de las deudas por éste contraídas, incluyendo la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, es decir, que existe una responsabilidad de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, y aun después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales...*⁹¹.

g) Sentencia de 22 de diciembre de 1995: La deuda examinada en esta sentencia consiste en unas letras de cambio que acepta el marido por el suministro de pescado y marisco para un bar que explota conjuntamente con su esposa. A su vencimiento las letras resultan impagadas y se embarga un bien ganancial. La esposa ejercita acción de nulidad del procedimiento en el que se embarga el bien, alegando la falta de notificación, y acción reivindicatoria, alegando que el bien subastado era privativo de ella. Después de ver desestimadas sus pretensiones, interpone el presente recurso de casación invocando —en la parte que a nosotros nos interesa— aplicación indebida del artículo 1373 del Código Civil. El Tribunal Supremo (fundamento jurídico sexto) responde a este motivo diciendo que *el invocado artículo 1373 del Código Civil se refiere exclusivamente al supuesto de deudas propias de uno sólo de los cónyuges (...), pero éste no es el caso aquí enjuiciado, en el que aparece probado (así lo declara la sentencia recurrida y aquí ha de ser mantenido incólume) que la deuda reclamada en el juicio ejecutivo (...), era de cargo de la sociedad de gananciales, por haber sido contraída por el esposo en la explotación regular*

⁹¹ A la relación entre la inoponibilidad de la modificación de régimen económico matrimonial en perjuicio de terceros y el carácter ganancial de la deuda se ha hecho referencia en páginas anteriores, al comentar la sentencia de 19 de febrero de 1990, pp. 38-40.

de un negocio común (art. 1362.4.º del Código Civil), habiendo sido demandado en dicho juicio ejecutivo el referido esposo, que es el que contrató con el acreedor (...), sin que, de acuerdo con la doctrina de esta Sala (...) hubiera necesidad de demandar al otro cónyuge...

Hemos de tener en cuenta, aquí, que la deuda se ha contraído en la explotación regular de los negocios, sin hacer referencia alguna a la condición de comerciante del cónyuge deudor. Véase el comentario que luego haremos sobre la diferencia entre la deuda derivada de la explotación de los negocios o del ejercicio de la profesión y la deuda derivada del ejercicio del comercio.

h) Sentencia de 18 de abril de 1997: Al igual que en las dos sentencias anteriores, la obligación objeto de este recurso de casación consiste en un reconocimiento de deuda en el que los maridos reconocen adeudar por el suministro de abonos y fertilizantes a la actora, la cantidad a que se contrae dicho reconocimiento, además de que se acompaña 2 recibos de la misma fecha «como si de letras de cambio se tratase»... (fundamento jurídico primero). El Tribunal Supremo desestima –como ya lo había hecho la sentencia recurrida– la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por las esposas de los deudores porque no son los maridos los que contrataron sino la «Sociedad Agropecuaria Valdeconcha»⁹², de la que son socias también las mujeres. Se considera (fundamento jurídico segundo) que la deuda es ganancial porque así se ha acreditado en la sentencia recurrida.

i) Sentencia de 26 de junio de 1997: El objeto de la litis es una tercería de dominio ejercitada por la esposa ante el embargo de un bien ganancial por deudas de su marido por el importe de unas obras de carpintería. El Tribunal Supremo se pronuncia sobre el carácter de la deuda –acogiendo los fundamentos jurídicos de la sentencia de apelación– al desestimar la tercería de dominio en estos términos: ...sien-do los bienes embargados de carácter ganancial, como está acreditado, (...), procediendo la deuda en virtud de la cual el embargo fue trabado, del ejercicio de la profesión del esposo, lo que impone su cargo a la sociedad de gananciales al no constar oposición de la esposa a tal actividad, hemos de concluir que doña Juana A. no tiene,

⁹² La sociedad a la que se refiere la sentencia de 18 de abril de 1997 es una sociedad civil irregular, carente, por tanto, de personalidad jurídica. La acción para exigir el cumplimiento de sus obligaciones ha de ser entablada contra sus socios y en el presente caso son socias también las esposas. Éstas están legitimadas pasivamente por ser socias de la sociedad deudora pero no porque la deuda tenga carácter ganancial, como parece decir el fundamento jurídico segundo de esta sentencia cuando, en relación con el motivo de la falta de legitimación pasiva señala que *el Motivo es tan inconsistente, que es suficiente con reproducir el contenido bien expresivo del F. 3.º de la sentencia recurrida, respecto al carácter ganancial del débito, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 1362, causa 4.ª*

*respecto a los bienes embargados, carácter de tercer*⁹³ (fundamentos de derecho segundo y tercero de la resolución recurrida).

Pero la cuestión ofrece alguna duda porque el fundamento jurídico primero, del que procede el párrafo que acabamos de transcribir, recoge las conclusiones de la sentencia recurrida en la que la deuda se sustancia de acuerdo con el artículo 1373 del Código Civil y, por tanto, como si de una deuda privativa se tratase y, sin embargo, más adelante se la considera ganancial.

j) Sentencia de 18 de julio de 1991: Es importante partir del dato de que, en materia de deudas «comerciales» o «profesionales», esta sentencia es la única en la que el Tribunal Supremo no se pronuncia sobre la naturaleza de la obligación. Nos encontramos ante una deuda del marido instrumentada en letras de cambio *a consecuencia de relaciones comerciales* con la empresa Henkel Ibérica, S. A. El Tribunal Supremo no se pronuncia sobre el carácter de la deuda pero declara la prosperabilidad de la acción rescisoria, prescindiendo del carácter subsidiario que tiene esta acción. Recordemos las conclusiones que hemos extraído de las sentencias de 19 de febrero de 1990 y 15 de junio de 1992, en materia de avales. Esta sentencia tiene un voto particular de los Magistrados Gullón Ballesteros y Fernández Cid de Temes. El voto particular —que defiende como vía de impugnación de las capitulaciones fraudulentas la inoponibilidad y no la rescisión— sí parece pronunciarse sobre el carácter de la deuda en el apartado tercero al señalar que ... *ni es preciso siquiera para obligar la finca adjudicada a la esposa por deudas de la sociedad conyugal obtener la previa rescisión del negocio de separación de bienes*. Parece claro que para los Magistrados que formulan el voto particular, la deuda derivada de relaciones comerciales tiene carácter ganancial y, por tanto, sin necesidad de acudir a la rescisión de las capitulaciones matrimoniales que alteran el régimen de responsabilidad de esa deuda, el artículo 1317 establece la inoponibilidad de las mismas.

k) Sentencia de 10 de marzo de 1998: Se trata de un reconocimiento de deuda del marido *comerciante*. El Tribunal Supremo parece no considerar necesaria la prueba del carácter ganancial de esa deuda y declara automáticamente la responsabilidad del patrimonio ganancial. Considera que, en tal caso, responden los bienes gananciales y, por tanto, la modificación de régimen económico realizada antes del reconocimiento de deuda pero no inscrita en el

⁹³ Si se reconoce que la esposa no tiene carácter de tercero respecto a los bienes embargados es que está vinculada a la deuda de su marido.

Registro Civil y en el Registro Mercantil, no es oponible frente a los acreedores consorciales (fundamento jurídico tercero)⁹⁴.

Comentario y resumen de la jurisprudencia sobre las deudas del comercio y de la profesión

1) En primer lugar, hemos de destacar que en la mayor parte de sus sentencias, el Tribunal Supremo se limita a confirmar la prueba que del carácter ganancial de estas deudas se ha efectuado en la Instancia. En consecuencia, no se puede afirmar, como suelen hacer algunos autores, que nuestro Alto Tribunal sienta una presunción de ganancialidad pasiva. Sólo en dos sentencias, en la de 18 de julio de 1991 —en la que no hay pronunciamiento expreso del Supremo sobre esta cuestión— y en la de 13 de octubre de 1994 —en la que desconocemos la decisión de los Tribunales de Instancia— podría contenerse una verdadera presunción de ganancialidad pasiva.

2) Consideramos que el acreedor del cónyuge comerciante o del cónyuge que realiza un acto de comercio⁹⁵ goza de una posición más favorable que otros acreedores. Esto es así porque a dicho acreedor le basta con probar que el cónyuge con el que contrató tiene la cualidad de comerciante⁹⁶ o que actuó en el ámbito mercantil, para que de sus obligaciones respondan *ipso iure* los bienes gananciales, de acuerdo con los artículos 6-12 del Código de Comercio⁹⁷. En efecto, algunos autores, como Sanción Asurmen-di defienden la existencia de una presunción de comercialidad de las deudas contraídas por el cónyuge comerciante, de tal forma que, según esta autora «...se debe presumir que los actos que efectúa el comerciante son realizados en el ámbito de su actividad mercantil,

⁹⁴ La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1997 no trata una cuestión de responsabilidad de bienes gananciales ante el incumplimiento de una determinada deuda; se refiere a un supuesto de simple exigibilidad de una obligación contraída por un solo cónyuge, para lo cual el Supremo no considera necesario demandar a ambos cónyuges.

⁹⁵ Ya sabemos que el criterio establecido en el artículo 2 del Código de Comercio sobre los actos mercantiles es el objetivo y, por tanto con independencia de que sea o no comerciante quien los realice, «*serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga*».

⁹⁶ Mientras que el acreedor de cualquier otro profesional no comerciante tendría que probar que su deuda se ha contraído en la explotación regular de los negocios o en el ejercicio ordinario y probar la regularidad o la habitualidad, lo cual puede no resultar sencillo.

⁹⁷ Sobre si hemos de entender modificados los artículos 6-12 del C.Co, véase GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, «Comentario a la sentencia de 10 de noviembre de 1995» en *RGD*, mayo, 1996, en el que se recoge la opinión de Díez PICAZO Y GULLÓN a favor de la derogación tácita de estos preceptos por el artículo 1365 del Código Civil que tiende a asimilar a todos los profesionales. El problema tiene suma relevancia, pues si los artículos 6 a 12 del CCo están implícitamente derogados, desaparecería el privilegio de los acreedores del comerciante, al no existir la denominada presunción de comercialidad de sus deudas.

por lo que considero que las deudas que contrae son también adquiridas en el ejercicio de dicha actividad»⁹⁸. Si se presume que las obligaciones que contrae el comerciante las contrae en el ejercicio del comercio, estamos ante el supuesto del número 4 del artículo 1362 o del número 2 del artículo 1365, ambos del Código Civil. En estos casos, la deuda se presume ganancial, y para desvirtuar tal presunción será necesario acreditar que la deuda se ha contraído en provecho exclusivo del deudor y no en el desarrollo de su actividad económica.

Llegados a este punto, hemos de preguntarnos qué significa ser comerciante y quién es comerciante. El interés de la presunta reside, como bien podemos imaginar, en conocer qué acreedores gozan de mayores garantías por tener sus créditos la condición de gananciales.

El empresario es, hoy, la equivalencia del «antiguo» comerciante. El *empresario* es para Uría la «persona física o jurídica que (...) ejerce una actividad en el mercado constitutiva de empresa, adquiriendo la titularidad de la obligación y derechos nacidos de esa actividad»⁹⁹. Y para este mismo autor la *empresa* consiste en el *ejercicio profesional* de una actividad económica con el objeto de intermediar en el mercado de bienes y servicios. En consecuencia, comerciante o empresario es cualquier intermediador en el mercado de bienes y servicios y, por tanto, no sólo es comerciante el que está inscrito en el Registro Mercantil, porque esta inscripción es potestativa (art. 19.1 CC). Si la inscripción fuese obligatoria –hacia la que existe una tendencia cada vez más acusada– la situación cambiaría y sólo los comerciantes inscritos podrían acogerse al régimen de responsabilidad *ex lege* de los bienes gananciales, establecida en los artículos 6-12 del Código de Comercio.

3) Si bien es cierto que la legislación marca las diferencias entre los acreedores del cónyuge comerciante y los del cónyuge que ejerce cualquier otra profesión, para el Tribunal Supremo unos y otros tiene la misma consideración y en ambos casos parecen gozar de las mismas facilidades probatorias.

4) Las obligaciones contraídas por un cónyuge en el ejercicio del comercio o de la profesión son las que menos problemas plantean a la hora de su calificación. La indudable existencia de una causa onerosa en estas deudas las hace presumiblemente gananciales. En efecto, la contraprestación de las deudas comerciales o profesionales es ganancial, mientras no se demuestre lo contrario, y es invertida en

⁹⁸ SANCINIENA ASURMENDI, *Régimen económico matrimonial del comerciante*. Dickinson, 1996, p. 127.

⁹⁹ En *Derecho Mercantil*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. Vigésima edición, Madrid, 1993, p. 37.

el negocio, industria o explotación generadores de beneficios que, igualmente, son gananciales.

C) ADQUISICIÓN DE BIENES GANANCIALES A TRAVÉS DE LETRAS DE CAMBIO

El tercer grupo de sentencias lo constituyen aquellas que tienen por objeto la adquisición de bienes gananciales cuyo pago se documenta en letras de cambio. Aquí nos encontramos con la sentencia de 21 de junio de 1994 en la que se celebra un contrato de compraventa entre el marido y un constructor, en virtud del cual este último se compromete a construir la vivienda familiar en terreno del matrimonio. La deuda del precio de la construcción se documenta en letras de cambio aceptadas por el marido contratante. El Tribunal Supremo no se pronuncia expresamente sobre el carácter de la deuda pero, al desestimar la tercería de dominio, parece estar implícitamente admitiendo el carácter ganancial de la misma. Igualmente, podría estar insinuándose la ganancialidad pasiva en el Fundamento Jurídico Tercero cuando se afirma: *...Se entiende que al encargar el demandado señor S. el chalet a su codemandado en la tercería no actuó en interés de la familia; pero es de observar que el chalet en cuestión sirvió de domicilio familiar, según la propia recurrente afirma...*¹⁰⁰. Es preciso destacar que el encargo de la construcción se realizó antes de 1981 y de ahí, la referencia que hace esta sentencia al *interés familiar* como determinante de las deudas de las que responde el patrimonio ganancial. Bajo la actual regulación, el supuesto de adquisición de bienes gananciales no está regulado en el marco de la responsabilidad externa (art. 1365 CC), pero sí en el de la responsabilidad definitiva (art. 1362 CC) y, como ya hemos defendido, la segunda lleva implícita la primera.

En relación con la existencia de una posible presunción de ganancialidad de estas deudas, hemos de tener presente que la contraprestación de la deuda, es decir, la edificación de la vivienda es ganancial; y es ganancial no porque la vivienda tenga carácter fami-

¹⁰⁰ Tampoco es claro el criterio del Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de julio de 1989. Al igual que en la sentencia que comentamos, la deuda consiste en las letras de cambio que acepta el marido por la adquisición de la vivienda familiar. Al Tribunal Supremo sólo le interesa establecer la responsabilidad de los bienes gananciales pero que éstos respondan directamente o de forma subsidiaria parece no tener mayor interés. Se declara que la esposa no tiene carácter de tercero cualquiera que sea la naturaleza de la deuda contraída por su cónyuge constante la sociedad de gananciales: *...es evidente que constante régimen legal, responden los bienes gananciales ...* No cabe duda de que responden, pero no de la misma forma, pues si la deuda es privativa, la responsabilidad de los bienes gananciales es subsidiaria y además condicionada a que el cónyuge del deudor ejercite la opción a la que le faculta el artículo 1373 del Código Civil.

liar, sino porque el terreno en el que se construye es ganancial y «*las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho*» (art. 1359 CC). El carácter ganancial de la contraprestación no debe hacer dudar, pues, del carácter ganancial del débito.

D) OBLIGACION EXTRA CONTRACTUAL DE UN CÓN- YUGE

a) Sentencia de 8 de febrero de 1991: El supuesto de hecho del que dimana la responsabilidad extracontractual estimada en esta sentencia es el almacenamiento de materiales de construcción de alto grado de combustibilidad en los bajos de unos inmuebles cons-truidos por los demandados, socios entre sí. La citada mercancía inflamable provoca un incendio del que se derivan importantes daños en elementos privativos y comunes del edificio.

Los demandados y condenados por la Audiencia Provincial de Madrid recurren en casación invocando, entre otros muchos motivos, la falta de litis consorcio pasivo necesario al no haber sido demandadas sus respectivas esposas, cotitulares con sus maridos de los inmuebles afectados. El Tribunal Supremo considera, en el Fundamento Jurídico Segundo de la referida sentencia, que el motivo no puede prosperar *por la imposibilidad de saber en qué grado y medida la sentencia recaída pudiera afectar y perjudicar a las esposas de los demandados, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 1373 del Código Civil, y, en segundo término, porque la referida situación litis consorcial no deviene forzosa en los supues-tos de responsabilidad extracontractual, en razón a la solidaridad que se produce entre las personas que pudieron resultar obligados, que faculta al perjudicado a dirigir su acción contra cualquiera de ellos como así tiene declarado la Sala...*

El Tribunal Supremo declara inalterados los hechos probados en la sentencia recurrida, en la que se recoge la doctrina de la respon-sabilidad objetiva o responsabilidad por riesgo¹⁰¹. Se trata, por tanto, de un supuesto de responsabilidad extracontractual en el que

¹⁰¹ El Fundamento cuarto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid dice (...) *que si bien es cierto que no consta acreditado que fueron ellos mismos quienes lo prendieran, (...) que teniendo almacenada una sustancia de las características antes rese-ñadas, no la guardan en sitio conveniente, ni con las precauciones precisas (...), creando con ello una situación de riesgo que los propios perjudicados por el siniestro intentaron evitar con anterioridad a que ello ocurriera,...* (fundamento jurídico cuarto de la Sentencia del T.S. de 8 de febrero de 1991).

no ha intervenido ni *culpa grave ni dolo* por parte de los cónyuges y que, en consecuencia, podría situarnos en el presupuesto contemplado en el artículo 1366 del Código Civil (cuando establece que *las obligaciones extracontractuales de un cónyuge (...), serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor*). Sin embargo, observamos con sorpresa, que, por la invocación que hace esta sentencia del artículo 1373 del Código Civil, la obligación de reparar el daño causado por el almacenamiento indebido de los materiales inflamables se considera privativa de los maridos y, por tanto, sólo de manera subsidiaria, respondería el patrimonio ganancial. El Tribunal Supremo no analiza si concurren los requisitos del artículo 1366 del Código Civil para que tal obligación pueda ser considerada de cargo y responsabilidad de la sociedad de gananciales, y, por tanto, ganancial. En relación con el requisito de actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en la administración de los bienes, consideramos que debe apreciarse aquí, por ser los maridos empresarios de la construcción y por formar parte el almacenamiento de las mercancías combustibles de una actuación en el ejercicio de su profesión, del que se derivan beneficios para el patrimonio ganancial. Tampoco parece tratarse, en el caso de esta sentencia, de una actuación dolosa o gravemente culposa, y, en consecuencia, no debe haber obstáculos para aplicar el artículo 1366 del Código Civil.

Hemos de observar, además, que el Tribunal Supremo desestima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario invocada por los esposos condenados, amparándose *en primer lugar* en que la obligación es privativa de los esposos. Ahora bien, aun cuando de esta obligación respondiesen directamente los bienes gananciales, no sería necesario demandar a las esposas, porque si éstas resultasen condenadas responderían también sus propios patrimonios, y no se trata de eso, sino de la responsabilidad de los bienes gananciales, para lo cual no es necesario demandar a ambos cónyuges.

La sentencia de 8 de febrero de 1991 no invoca, en su fundamentación jurídica, el artículo 1908.1.º del Código Civil que establece la responsabilidad de los propietarios por los daños causados *1.º Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia...*». Para Díez-Picazo y Gullón, el criterio utilizado por el legislador en este precepto es el de la responsabilidad *por culpa* y no el de la responsabilidad objetiva que es el que defiende la sentencia comentada¹⁰². Pero aun aplicando el 1908.1.º,

¹⁰² Señalan estos autores que «... no ha existido diligencia en el cuidado de las máquinas o en la seguridad y adecuación del lugar en el que se colocaron las sustancias explosivas. Lo que ocurre es que, debido al riesgo creado, la culpa se presumirá», *Sistema de Derecho civil. Vol. II*. Tecnos, 1995, p. 632.

no nos hallaríamos ante un supuesto de exclusión del artículo 1366 del Código Civil y, por tanto, la obligación de reparar el daño causado sería de cargo y responsabilidad de los bienes gananciales.

b) Sentencia de 27 de noviembre de 1993: La posición sostenida por el Tribunal Supremo en esta sentencia es diferente a la defendida en la sentencia anterior. El supuesto de hecho consiste en el accidente laboral que sufre un trabajador de la construcción debido a la rotura de un andamio que no guardaba las debidas condiciones de seguridad en el trabajo. El Tribunal Supremo, después de declarar que la indemnización satisfecha por accidente de trabajo no es incompatible con la que dimana de un acto culposo^{103, 104} —que es la que se discute en el presente caso—, declara que la responsabilidad extracontractual que tiene el empresario no se puede extender, como lo hace la sentencia recurrida, a la esposa de éste¹⁰⁵. Ahora bien, el que la esposa no sea culpable de las acciones u omisiones de su marido no quiere decir que no respondan los bienes gananciales de acuerdo con el artículo 1366 del Código Civil. El Tribunal Supremo se limita a apuntar la posibilidad de que en su caso puedan responder los bienes gananciales, sin que de momento se haya planteado tal cuestión.

Es apreciable la diferencia de criterio respecto de la sentencia de 8 de febrero de 1991 en la que la obligación extracontractual tenía el tratamiento de una obligación privativa. No obstante, estas dos sentencias tienen como denominador común que, en ambas, sólo se plantea el problema de la exigibilidad de la obligación, y, por tanto, de contra quién o quiénes ha de ser dirigida la demanda. No se plantea la cuestión de la responsabilidad por el incumplimiento de una obligación extracontractual; pero si llegara a plantearse, no sería extraño que el Tribunal Supremo, en el caso de la sentencia de 8 de febrero de 1991, en lugar de invocar el artículo 1373 del Código Civil aplicase el 1366 del mismo Texto legal.

c) Sentencia de 29 de julio de 1993: Se trata de un supuesto de responsabilidad civil derivada de unos delitos cometidos por los maridos antes del año 1981 en el que se embargan bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales. Las esposas solicitan la aplicación del

¹⁰³ En el Fundamento jurídico segundo se manifiesta que *las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de Seguridad Social y, mediatemente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que nacen de diferente fuente de obligaciones (arts. 1089 y 1093 del Código Civil) que es la culpa o negligencia no penadas por la Ley...*

¹⁰⁴ Aun cuando el Tribunal Supremo se refiere a la responsabilidad por culpa, hemos de recordar que la responsabilidad por riesgo nace, como dicen DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, para explicar la obligación de indemnizar que tiene el patrón por el accidente de trabajo sufrido por su obrero. (p. 593, *op. cit.*).

¹⁰⁵ El Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia establece que *la responsabilidad extracontractual del empresario individual por hechos propios en el ejercicio de su actividad empresarial, no puede extenderse al cónyuge no empresario ...*

artículo 1373 del Código Civil, en tanto en cuanto les faculta para pedir que se sustituya el embargo de bienes gananciales concretos por las cuotas que sus cónyuges ostenten en la sociedad de gananciales. El Tribunal Supremo, confirma las sentencias de Instancia y declara la irretroactividad del artículo 1373 del Código Civil, aplicando el artículo 1410, entonces vigente, según el cual responden los bienes gananciales cuando se han atendido las cargas del artículo 1408 y cuando el cónyuge deudor no tenga bienes suficientes.

Hemos de destacar el trato más favorable que en la legislación anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981 recibía el acreedor de un cónyuge en caso de delito cometido por éste. Hoy, de las obligaciones extracontractuales de un cónyuge contraídas interviniendo dolo o culpa grave (art. 1366 *in fine*) puede responder, en defecto de bienes privativos del deudor, solamente la parte que el deudor ostenta en la sociedad de gananciales, si el cónyuge del deudor lo solicita. Antes de 1981 los bienes gananciales respondían, en defecto de privativos y atendidas determinadas cargas, en su totalidad.

d) Sentencia de 8 de julio de 1997: El criterio de esta sentencia difiere también del defendido en la sentencia de 8 de febrero de 1991, y se aproxima al de la sentencia de 27 de noviembre de 1993. Los hechos consisten en las lesiones que sufre un menor a consecuencia del disparo que otro menor realiza con una carabina de aire comprimido. El padre del menor lesionado ejercita demanda de responsabilidad civil extracontractual contra el padre del otro, quien resulta condenado al pago de una determinada cantidad. Ante el impago, se inicia el procedimiento de ejecución forzosa en el que se embarga el bien ganancial que constituye el objeto de la tercería de dominio ejercitada por la esposa del condenado. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda de tercería en una sentencia que es revocada por la Audiencia Territorial. Interpuesto recurso de casación por la demandante de tercería, el Tribunal Supremo desestima el recurso basándose en el incumplimiento de los dos requisitos necesarios para que prospere la tercería de dominio: 1) ser dueño del bien embargado cuya traba se pretende levantar¹⁰⁶ y 2) ser tercero respecto de la deuda de la que deriva el embargo¹⁰⁷.

¹⁰⁶ El Tribunal Supremo desestima la tercería, por no reunir la esposa este requisito, en los siguientes términos: *doña Pilar O.O. carece de legitimación activa para esgrimir la acción de tercería de dominio al no constar la liquidación de la sociedad de gananciales y la adjudicación de sus bienes con anterioridad al embargo y a la notificación de dicha traba a la tercerista, por lo que no ostenta un dominio concreto sobre todo o parte del bien embargado, sino sólo un derecho expectante sobre la masa aún sin liquidar, el cual no es suficiente para integrar el requisito de la titularidad dominical exigido para el éxito de la pretensión deducida...* (fundamento jurídico segundo).

¹⁰⁷ En el fundamento jurídico tercero se alude a la falta de este requisito en la esposa demandante de tercería: *..., la obligación «in vigilando» corresponde tanto al padre como a la madre, por efecto del ejercicio conjunto de la patria potestad, y si se ha dirigido la*

No es pacífica la cuestión de si el cónyuge, constante la sociedad de gananciales, es o no propietario de los bienes comunes pero esta es una cuestión en la que ahora no podemos entrar¹⁰⁸. Sin embargo, presenta mayor interés para nuestro estudio determinar cuándo el cónyuge no deudor, demandante de tercería, es o no tercero respecto de la obligación contraída por su cónyuge. Como se sabe, el cónyuge no deudor tendrá la condición de tercero cuando el débito sea exclusivo o privativo de su cónyuge y no será tercero cuando no sea ajeno a la deuda de su esposo, caso de las obligaciones que individualmente contraídas en determinados ámbitos vinculan al patrimonio ganancial y, de las que, en consecuencia, no se puede desentender el cónyuge del deudor.

El Tribunal Supremo considera que la obligación extracontractual que se presenta en este supuesto es de cargo y responsabilidad de los bienes gananciales, al amparo del artículo 1366 del Código Civil, en tanto en cuanto *para que las obligaciones extracontractuales, como la del supuesto de debate, sean a cargo de la sociedad de gananciales, es preciso, de una parte, que surjan de un cónyuge como secuela de su actuación o gestión en beneficio de ésta o en el ámbito de la administración de los bienes, y de otra, que la imputabilidad de la obligación se deba a responsabilidad por riesgo o incluso de una acción u omisión ilícita culpable, propia de las personas de que se debe responder, salvo que fueran debidas a dolo o culpa grave del esposo deudor* (fundamento jurídico tercero). Podríamos entrar a discutir si en la responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos dependientes hay culpa in vigilando o, por el contrario nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva¹⁰⁹. Pero en cualquier caso, no media en tal responsabilidad indirecta dolo o culpa grave del cónyuge o cónyuges responsables –aun cuando la actuación del menor pueda reputarse culposa o dolosa a partir de los dieciséis años– y, por tanto, es indiscutible el carácter ganancial de la obligación extracontractual.

Resumen y comentario de la jurisprudencia sobre obligaciones extracontractuales

La posible existencia de una presunción de ganancialidad pasiva en el ámbito de las obligaciones extracontractuales exige, en nues-

pretensión sólo contra don Manuel R.A. fue debido a que no existía la exigencia procesal de ampliar la demanda a doña Pilar O.O.; sin embargo, la condena se extiende a ambos progenitores, y su exacción no se concreta en los bienes privativos del marido, por cuanto la deuda no es exclusiva suya, sino que obliga a los de la sociedad de gananciales...

¹⁰⁸ Vid. la sentencia de 26 de junio de 1992, comentada en este trabajo, pp. 44-46.

¹⁰⁹ Vid. Díez-Picazo y Gullón, *op. cit.*, pp. 624-625.

tra opinión, diferenciar dos supuestos. De un lado, la responsabilidad extracontractual basada en la culpa, y de otro, la responsabilidad fundada en otros criterios de imputación (el riesgo y otros establecidos legalmente como la responsabilidad por los daños ocurridos en la navegación aérea). Cuando el que sufre el daño, lo sufre a consecuencia de una actuación culposa, ha de probar la existencia de la acción u omisión, la existencia del daño, la relación de causalidad entre el comportamiento y el daño y, por último, la existencia de la culpabilidad. Si media *culpa grave o dolo*, esa obligación extracontractual no sería de *cargo y responsabilidad de bienes gananciales*, lo cual ha sido criticado por una parte de nuestra doctrina porque la víctima de una actuación dolosa tendría menos garantías patrimoniales, en tanto en cuanto, sólo responderá, en ese caso, el patrimonio privativo del cónyuge actuante y, en su defecto, la mitad de los bienes gananciales (*ex* artículo 1373 del Código Civil).

Ahora bien, cuando el que sufre el daño, lo sufre a consecuencia de una actuación no basada en criterios de culpa, goza de los denominados «expedientes de presunciones de responsabilidad» que, probando el daño, le exoneran de probar la culpa y la relación de causalidad¹¹⁰. Es, entonces, en este segundo grupo, donde podríamos afirmar que existe una presunción de ganancialidad pasiva, en tanto en cuanto, acreditado el perjuicio, de la obligación responde el patrimonio común y, en consecuencia, tiene la consideración de una obligación ganancial.

E) DEUDA LABORAL DE UN CÓNYUGE

La característica común de estas sentencias en las que se discute una deuda laboral es que, en general, carecen de pronunciamientos expresos sobre el carácter de la deuda.

a) Sentencia de 24 de julio de 1991: El objeto del presente recurso de casación es la tercería de dominio ejercitada por los maridos frente al embargo de bienes gananciales dimanante de deudas de las esposas empresarias. Los esposos alegan que las deudas de sus cónyuges, hermanas entre sí, son deudas de una herencia no aceptada y de las que, por tanto, no puede responder ningún bien privativo ni ganancial. El Tribunal Supremo en el fundamento jurí-

¹¹⁰ En este sentido, Díez-PICAZO Y GULLÓN señalan que el legislador de 1889 admite, «...una responsabilidad objetiva (...), o establece una presunción de culpa en el agente (...) en determinados supuestos», *Sistema de derecho de Civil*, Vol. II. Séptima edición. Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p. 607

dico cuarto, es partidario de considerar gananciales estos débitos y sostiene que *no se trata de si se procedió en el juicio laboral por deudas de la herencia de los padres de las esposas –las demandadas hermanas O. I.– de los demandantes, sino de que en éstas, según declara la sentencia impugnada, concurría la «condición de empresarios explotadores del negocio».*

b) Sentencia de 7 de noviembre de 1992: El antecedente de hecho de esta sentencia consiste en la reclamación de las cantidades que adeuda un empresario a un trabajador en concepto de prestaciones por incapacidad laboral transitoria y posterior invalidez provisional a consecuencia de importantes lesiones ocasionadas por un accidente laboral. El trabajador solicita la ejecución de la sentencia que reconoce la deuda y se embargan bienes que eran gananciales, pero que han dejado de serlo por haberse adjudicado a la esposa del deudor a través de las capitulaciones matrimoniales otorgadas con posterioridad al momento en el que surge el derecho del trabajador a percibir las prestaciones citadas. El acreedor perjudicado ejercita una acción de nulidad o en su caso rescisión de las capitulaciones matrimoniales, petición que es desestimada en primera instancia. La Audiencia Provincial de A Coruña revoca el fallo acordando la rescisión de las capitulaciones. El Tribunal Supremo entiende que no debe prosperar la rescisión por ser un remedio *in extremis* y así, en el fundamento jurídico tercero afirma que *la correcta aplicación del citado artículo 1317 no puede llevar nunca a la solución rescisoria a que llega la Sala a quo ...*¹¹¹.

Hemos de observar que aquí no se hace referencia alguna a la naturaleza ganancial o privativa de la deuda laboral, pero de la desestimación de la acción rescisoria podemos extraer alguna conclusión en relación con el carácter de la deuda, como ya lo hicimos en sentencias anteriores. El Tribunal Supremo podría estar presumiendo que el débito es ganancial porque el artículo 1317 del Código Civil es aplicable a los acreedores consorciales. Cabanillas Sánchez, en el comentario citado, reconoce que la deuda laboral del marido empresario es ganancial porque si fuese privativa «el planteamiento y la solución del problema examinado se alterarían notablemente»¹¹², ya que el acreedor privativo no podría alegar la inoponibilidad del artículo 1317 del Código Civil.

c) Sentencia de 21 de mayo de 1992: El objeto de la litis es la modificación de régimen económico matrimonial en perjuicio de un empleado del marido a quien éste le debe la cantidad correspon-

¹¹¹ Esta sentencia está comentada por CABANILLAS SÁNCHEZ en *C.C.J.C.*, núm. 30, pp. 1031-1042.

¹¹² *Op. cit.*, p. 1041.

diente a la indemnización por despido. Una vez más el Tribunal Supremo no se detiene a analizar el carácter de la deuda, aun cuando declara que las capitulaciones matrimoniales han perjudicado al trabajador con independencia de que la deuda se considere privativa o ganancial. Así, en el fundamento jurídico séptimo sostiene (...) *independientemente de cuales fueran los fines perseguidos al otorgarse las capitulaciones matrimoniales, lo cierto es que se adjudicó a la esposa un crédito del marido –el posteriormente embargado por la Magistratura de Trabajo– y, al actuarse así se perjudicó al Sr. M., tanto si se entiende que era acreedor de la sociedad de gananciales (art. 1362.3.º CC) como si lo era sólo del marido, y esto contraviene el artículo 1317, por lo que ha de estarse a la situación anterior a la modificación del régimen económico matrimonial por las capitulaciones, en la cual el Sr. M. podía hacer efectivo, con cargo a la suma obtenida por el Sr. M. como precio de la finca vendida, el importe de la indemnización que le correspondía por haber sido despedido...*

No se puede tratar indistintamente el perjuicio que la modificación del régimen económico matrimonial ocasiona a un acreedor ganancial y el ocasionado a un acreedor privativo, porque el patrimonio ganancial responde de forma directa de las deudas consorciales, y sólo, subsidiariamente, de las privativas. Hemos de observar cómo –en contra de la opinión de la doctrina mayoritaria– el Tribunal Supremo aplica, en esta sentencia, el mecanismo de la inoponibilidad como vía de impugnación de las capitulaciones modificativas del régimen económico con absoluta abstracción del tipo de deuda ¹¹³.

d) Sentencia de 13 de abril de 1993: La deuda laboral que se plantea en esta sentencia no suscita problema alguno porque, con independencia de la finalidad u origen de la misma, procede de la actividad de los dos cónyuges ya que ambos son titulares de un centro de enseñanza en el que trabaja la profesora que solicita la resolución de su contrato laboral y el pago de los salarios que le corresponden. La deuda es de ambos y por tanto responden los bienes gananciales y los bienes de los cónyuges solidariamente, de acuerdo con el artículo 1367 del Código Civil.

e) Sentencia de 2 de marzo de 1994: Se trata de una deuda salarial del marido declarada ganancial en la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo acoge las conclusiones de la Audiencia Provincial en relación con el carácter de la deuda en el fundamento jurídico

¹¹³ Ya hemos reflejado en páginas anteriores que para una gran parte de los autores, la inoponibilidad contenida en el artículo 1317 del Código Civil sólo es aplicable a los débitos gananciales, no a los privativos. Igual criterio sigue la Dirección General de los Registros.

Primero: (...) siendo el pago de las cantidades que se citan en la demanda procedente de salarios e indemnizaciones concedidas a los trabajadores actores por sentencia firme de 27 de marzo de 1985, y reconocida por acto de conciliación de 11 de octubre de 1984, del negocio explotado por don Antonio P., durante su matrimonio con la demandada doña Florentina S., con anterioridad a la escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad ganancial de 13 de febrero de 1985, tienen dichas cantidades las condiciones de gastos de explotación de negocio, y carácter ganancial, conforme al número 4.º del artículo 1362 del Código Civil, estableciendo el artículo 1369 del mismo Código la responsabilidad solidaria de la sociedad (fundamentos jurídicos primero y tercero de la resolución recurrida).

No ofrece duda la calificación de ganancialidad de la deuda laboral del marido en el ejercicio de sus negocios, pero lo que sí plantea más problemas, desde nuestro punto de vista, es la declaración de responsabilidad solidaria de la esposa del deudor¹¹⁴. Se trata, de acuerdo con el artículo 1369 del Código Civil, de declarar la responsabilidad solidaria del patrimonio ganancial por las deudas de un cónyuge que sean además deudas de la sociedad, como el caso de autos, pero en ningún caso de declarar solidariamente responsable a su esposa, en cuyo caso quedaría vinculado su propio patrimonio.

Observemos, finalmente, que se invoca por la sentencia de la Audiencia el artículo 1362.4.º del Código Civil, sin hacer mención alguna al artículo 1365 del Código Civil.

f) Sentencia de 17 de julio de 1997: En esta sentencia, el Tribunal Supremo sin entrar a discutir la naturaleza del débito, desestima la tercería de dominio ejercitada por la esposa del deudor y declara que son responsables los bienes gananciales de la deuda laboral de un cónyuge, luego está reconociendo que la deuda es ganancial.

g) Sentencia de 7 de noviembre de 1997: Se trata de la deuda de un cónyuge, titular de un taller de reparación, por impago de las cuotas de cotización a la Seguridad Social correspondientes a marzo de 1982, 1983, 1984 y enero-mayo de 1985. En 1983 los cónyuges otorgan capitulaciones matrimoniales pactando separación de bienes pero no liquidan la sociedad de gananciales disuelta. Se traba el embargo sobre un bien privativo de la esposa procedente de una adquisición realizada por la misma después del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. Se ejercita por la espo-

¹¹⁴ Una de las conclusiones a las que llega la sentencia recurrida es la estimación de la demanda en la que se solicita la *declaración de responsabilidad solidaria de la esposa demandada...* (fundamento jurídico primero).

sa acción de tercería de dominio que es desestimada en Primera Instancia. La audiencia revoca la Sentencia del Juzgado y la Tesorería de la Seguridad Social acreedora interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso, confirmando la sentencia recurrida y negando la existencia de fraude en las capitulaciones matrimoniales otorgadas cuatro años antes de la adquisición, por la esposa, de la vivienda incorrectamente embargada¹¹⁵.

Comentario y resumen de la jurisprudencia sobre deudas laborales

1) No es sencillo extraer conclusiones acerca del tratamiento que reciben las deudas laborales en las sentencias referidas, pero puede apreciarse una inclinación de nuestro Tribunal Supremo a considerarlas gananciales y a confirmar los pronunciamientos de las sentencias de Instancia en este sentido. Si el carácter ganancial no se ha acreditado, aun cuando parece no tener mayor importancia que la deuda laboral sea privativa o ganancial, el Alto Tribunal reconoce que responden los bienes gananciales de forma directa, porque, si no fuera así, la deuda se sustanciaría de acuerdo con el artículo 1373 del Código Civil y en los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre deudas laborales no hay invocaciones a este precepto.

2) La deuda laboral, al igual que las deudas del comercio, es de las obligaciones que, contraídas por un solo cónyuge, plantea menos problemas a la hora de probar su carácter ganancial. Si la actividad profesional o empresarial de un cónyuge genera beneficios que son gananciales, y se generan, en una parte importante, por la intervención del factor de producción trabajo, es justo que las obligaciones que tiene el empresario con su trabajador vinculen al patrimonio ganancial. Si la *empresa*, desde el punto de vista de la ciencia económica, es concebida como una organización de los factores de la producción (capital, tierra y *trabajo*) con propósito de lucro, de los gastos, cargas o obligaciones generados por cualquiera de los factores de producción deben responder de forma directa los bienes gananciales.

3) La justificación de una presunción de ganancialidad pasiva en el marco de las deudas laborales puede, también, residir en que la deuda del empresario con su trabajador es una deuda más de las deri-

¹¹⁵ Situación distinta sería aquella en la que el bien privativo de la esposa procediese de la liquidación de la sociedad y la posterior adjudicación de bienes gananciales, en cuyo caso, respondería de las deudas laborales anteriores a la modificación de régimen económico matrimonial.

vadas de la explotación regular de los negocios o del ejercicio ordinario de la profesión, *ex* artículos 1362.4.º y 1365.2.º del Código Civil.

F) DEUDA FISCAL DE UN CÓNYUGE

a) Sentencia de 19 de febrero de 1992: Es esta una de las sentencias en las que el Tribunal Supremo se muestra más favorable a considerar ganancial, sin necesidad de acreditación por parte del acreedor, la deuda de un solo cónyuge. El objeto del recurso de casación es la tercería de dominio ejercitada por la esposa del deudor frente al embargo de un bien ganancial a consecuencia de deudas de su marido a la Hacienda Pública. La esposa fundamenta la tercería de dominio en que los bienes embargados, si bien fueron gananciales en los períodos de devengo del impuesto, ya no lo son en virtud de la modificación de régimen económico realizada por los esposos antes del embargo. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial de Oviedo desestiman la demanda de la esposa. El Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia señala que Hacienda Pública *pide que se declare la ganancialidad de la deuda en base a la cual se practicó el embargo y por ello la procedencia de la traba como consecuencia de tal previa declaración, mientras que la oposición de la actora recurrente es la de que para poder embargar bienes inscritos como privativos a favor de la misma, tiene que existir una previa declaración de que la deuda fundamento de dicha traba era de carácter ganancial*. El Tribunal Supremo rechaza el motivo y se muestra partidario de considerar ganancial el débito frente a Hacienda Pública sin necesidad de que esta acreedora pruebe el carácter ganancial de la obligación contraída por el marido ¹¹⁶.

Hemos de destacar, en primer lugar, que en esta sentencia nuestro Tribunal Supremo establece una verdadera presunción de ganancialidad pasiva, en tanto en cuanto considera ganancial la deuda, por no constar elementos en contrario (*vid.* fundamento jurí-

¹¹⁶ La doctrina de esta sentencia en relación con el carácter de la deuda es la siguiente: *...la posición del Estado como parte codemandada de considerar que no debe prosperar la acción de tercería, sustancialmente se apoya en que, por las características de la deuda que funda el embargo de los bienes de que es propietaria la tercerista (...), deben los mismos estar afectos al pago de tal deuda, por cuanto que, por lo expuesto, siendo las deudas anteriores al cambio de régimen capitular, es obvio que, en origen (no existen elementos en contrario) tenían carácter ganancial, por lo cual es viable la traba ...y ello, como se dice, no exige, de forma taxativa, que por el demandado se intercale una acción autónoma reconvinando para que expresamente se declare el carácter ganancial de la citada deuda...* (fundamento jurídico segundo de la sentencia de 19 de febrero de 1992).

dico segundo). Ahora bien, aun cuando desconocemos si en Primera o Segunda Instancia existen pronunciamientos expresos sobre la naturaleza del débito fiscal del marido, es verdad que en ambas se desestima la tercería de dominio ejercitada por la esposa. Si se desestima la tercería de dominio es porque no se cumple alguno de los requisitos necesarios para que prospere. Parece que no ofrece duda la titularidad de la esposa sobre los bienes embargados, que son privativos en virtud de las capitulaciones otorgadas por el matrimonio antes del embargo. En consecuencia, la esposa es dueña pero ¿es tercera? De la no admisión de la tercería de dominio hemos de deducir que la esposa no es tercera respecto a la deuda del marido y si no es tercera es porque es titular de unos bienes que cuando surgieron las deudas estaban afectos a su pago. La conclusión de este razonamiento es que ya existe en Instancia una presunción de ganancialidad pasiva que simplemente es confirmada por el Tribunal Supremo.

En relación con esta presunción de ganancialidad pasiva que, en puridad, procede de las sentencias de Instancia, el Alto Tribunal se aproxima a la legislación vigente antes del año 1981 que establecía la responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas contraídas por el marido (antiguo art. 1408 CC)¹¹⁷. Creemos que son más poderosos los argumentos a favor de presumir ganancial —salvo prueba en contrario— la deuda de un sólo cónyuge casado en sociedad de gananciales que presumirla privativa. Si todo lo que se adquiere por un solo cónyuge es ganancial mientras no se demuestre lo contrario (*ex art. 1361 CC*), las deudas contraídas individualmente generan una contraprestación que mientras no se demuestre lo contrario es ganancial. Resultaría paradójico, como ha señalado Echevarría¹¹⁸, que el dinero obtenido con el préstamo sea ganancial y la deuda privativa, como pretende gran parte de la doctrina (Peña Bernaldo de Quirós, De la Cámara, Torralba Soriano).

En el caso que ahora nos ocupa, la presunción de ganancialidad pasiva tiene una justificación diferente por tratarse de una obliga-

¹¹⁷ Así, en el Fundamento Jurídico Primero de la sentencia que comentamos se trata de forma paritaria *las obligaciones tributarias surgidas de los hechos imposables producidos durante el año 1980 y el siguiente hasta la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981 (...), y los posteriores hasta el 26 de diciembre de 1983, fecha de los capítulos (...)*. De ambas responden los bienes gananciales siendo irrelevante la modificación de régimen económico matrimonial.

¹¹⁸ Este autor plantea un *desideratum* en relación con la jurisprudencia: «(...), esta ganancialidad pasiva, presumida o real, tendremos que extraerla de las normas vigentes y procurar que vaya surgiendo, especialmente de la jurisprudencia, para restablecer el equilibrio entre el funcionamiento del activo y del pasivo en la sociedad de gananciales», «Sobre el embargo ganancial». *RDN*, julio-diciembre, 1986, p. 175.

ción *ex lege*. El deudor no obtiene ninguna contraprestación de la Hacienda Pública que pueda ingresar directamente en el patrimonio ganancial pero está obligado a pagar a aquélla unas cantidades por la explotación de un negocio, industria o por el ejercicio de una profesión que constituyen fuentes de ingreso del patrimonio ganancial (*ex art. 1347.1.º CC*).

En síntesis, nos encontramos con que nuestro Tribunal Supremo se muestra partidario de considerar gananciales las deudas fiscales de un solo cónyuge. Ahora bien, la deuda tributaria atraviesa diversas fases (realización del hecho imponible, acta liquidatoria, certificación de descubierto...), de tal forma que existen dudas sobre la fecha de su nacimiento. La sentencia de 19 de febrero de 1992 parte de que la deuda nace antes del acto liquidatorio de la Hacienda Pública y teniendo en cuenta que la modificación de régimen económico matrimonial se realizó antes del acto liquidatorio pero cuando la deuda había nacido ya, se declara la inoponibilidad de tal modificación.

b) Sentencia de 9 de marzo de 1995: La doctrina del Tribunal Supremo sentada en esta sentencia es, en líneas generales, igual a la recogida en la sentencia de 19 de febrero de 1992. El objeto del presente recurso de casación es, igualmente, una tercería de dominio ejercitada por la esposa ante el embargo de un bien ganancial por deudas tributarias del marido comerciante. En Primera y Segunda Instancia se desestima la tercería. El Tribunal Supremo, que sólo excepcionalmente entra en la valoración de los hechos probados en instancia, declara no haber lugar al recurso (...) *partiendo de las tesis fácticas inmutables, que son las de la posterioridad de la variación del régimen de gananciales al nacimiento de las deudas que causaron los embargos y la buena fe de la Administración del Estado a cuya instancia se produjeron aquellos ...* (fundamento jurídico tercero).

En esta sentencia, el Tribunal Supremo no se pronuncia de forma expresa sobre el carácter de la deuda, como lo hacía en la sentencia anterior. Sin embargo, de la desestimación de la tercería de dominio debido a la vinculación directa del patrimonio ganancial a la deuda objeto de la litis, se deduce la naturaleza de aquélla.

En relación con la otra cuestión analizada en la sentencia de 19 de febrero de 1992, la del nacimiento de la deuda tributaria, podemos observar que en la presente resolución, los impuestos reclamados por Hacienda Pública son los correspondientes a la actividad industrial de los años 1983, 1984 y 1985. A finales del año 1985 y antes de que la acreedora iniciase la vía de apremio y embargo del bien objeto de tercería, los cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales pactando separación de bienes y adjudicando el citado bien a la esposa. ¿Había

nacido la deuda tributaria cuando los cónyuges disolvieron y liquidaron su sociedad de gananciales? No es ésta una cuestión de pacífica respuesta. A ella nos referiremos en el capítulo de conclusiones.

c) Sentencia de 18 de marzo de 1995: El objeto de este recurso es análogo al de las dos sentencias anteriores. El Tribunal Supremo, al igual que en dichos fallos previos, considera intocable la fundamentación fáctica acreditada en Instancia, declarando ganancial la deuda tributaria de los cónyuges desde 1979 hasta 1983 como derivada de la explotación de un negocio común ¹¹⁹. El acta liquidatoria de la citada deuda fue firmada por el marido en 1983 y en 1985 otorga con su esposa capitulaciones matrimoniales de separación de bienes. En 1988 la Hacienda Pública embarga un bien ex ganancial adjudicado a la esposa en las capitulaciones matrimoniales anteriormente otorgadas. Se desconoce la fecha exacta en la que se gira la certificación de descubierto, pero, en todo caso, la modificación de régimen económico matrimonial se realiza después del acta liquidatoria, es decir, después del conocimiento por parte de los esposos de la existencia de deudas tributarias.

El Tribunal Supremo, apoyándose en doctrina jurisprudencial anterior, desestima la tercería de dominio ejercitada por la esposa por no reunir el requisito de «tercera» ya que no es ajena a la deuda de su marido derivada de la explotación de un negocio común; ni siquiera tendría el carácter de «tercera» si el negocio fuese de su esposo, por existir una afección legal de los bienes gananciales a las deudas de un solo cónyuge en el desarrollo de su actividad económica, de acuerdo con los artículos 1362.4.º y 1365.2.º del Código Civil ¹²⁰.

Comentario y resumen de la jurisprudencia sobre las deudas tributarias

Son dos los temas que presentan interés para nuestro estudio: de un lado, el momento del nacimiento de la deuda tributaria para

¹¹⁹ En el fundamento jurídico tercero se recoge el pronunciamiento sobre el carácter ganancial de la obligación y la consiguiente responsabilidad directa del patrimonio ganancial: *Acreditado en autos que las deudas tributarias para cuya exacción se instruyó el procedimiento administrativo de apremio al que se refiere la tercería de dominio ejercitada, fueron causadas en el ejercicio de una actividad comercial de carácter ganancial y que tales deudas son anteriores a la disolución del régimen económico matrimonial que regía entre la recurrente y su esposo, es decir, el de sociedad de gananciales, y su sustitución por el de separación de bienes, es claro que de tales deudas responden los bienes que integran aquella sociedad, de acuerdo con los artículos 1362.4.º del Código Civil, y 6 y 7 del Código de Comercio.*

¹²⁰ ...como dice la Sentencia de 21 de julio de 1987, no se trata de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente gananciales y después adjudicados a la esposa en las referidas capitulaciones, sino de hacer efectivos, sobre ello, los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial....

determinar la existencia de un derecho adquirido a favor de la Hacienda Pública que haga inoponibles las capitulaciones matrimoniales en fraude de Hacienda Pública; de otro lado, la naturaleza de la deuda tributaria y la justificación de una presunción de ganancialidad de ésta.

1) Cuando el artículo 1317 del Código Civil prescribe que la modificación de régimen económico no perjudicará los *derechos ya adquiridos por terceros* se cuestiona automáticamente qué ha de entenderse por «derechos adquiridos». Si la pregunta es importante a efectos del acreedor que ha contratado con un cónyuge, más relevante resulta a efectos del acreedor Hacienda Pública por la complejidad que manifiestan sus créditos al no confluir en el tiempo su nacimiento y su eficacia.

Pues bien, ¿cuándo nace la deuda tributaria? De acuerdo con el artículo 28 de la Ley General Tributaria 230/1963, de 28 de diciembre de 1963, con las modificaciones introducidas por la Ley 25/1995, de 20 de julio, el impuesto se origina con el nacimiento del hecho imponible, pero el nacimiento del hecho imponible no genera la obligación del contribuyente de pagar ni el derecho de la Hacienda Pública de exigir a aquél la satisfacción de su crédito. En consecuencia, la obligación y el derecho de crédito nace con el devengo pero la Ley demora su *eficacia* a una fecha posterior ¹²¹.

Abundando en estas ideas, el derecho de crédito del ente público nace ya con la realización del hecho imponible pero no nace en su plenitud. El derecho subjetivo está conformado por varias facultades:

- a) La inviolabilidad del derecho con el consiguiente deber de respeto a tal derecho.
- b) El disfrute para su titular.
- c) El derecho de acción o de protección del derecho.

Las dos primeras facultades tienen su razón de ser en la existencia de la tercera, sin la cual serían meras declaraciones programáticas. Pero el derecho de acción, en el caso de la deuda tributaria, no se puede poner en práctica hasta la liquidación, de ahí que digamos que el crédito a favor del ente público no nace pleno con el nacimiento del hecho imponible. La liquidación funcionaría, pues, como un título de legitimación que como tal concede a la Hacienda Pública la facultad de exigir la satisfacción del débito correspon-

¹²¹ Estas ideas las hemos tomado de J. L. PÉREZ DE AYALA, *Dinámica de la relación jurídica tributaria en el Derecho Español*. Editorial Dickinson, 1997, pp. 33 y ss, donde se recogen las dos posturas doctrinales sobre la materia. «Según el primer enfoque, con la realización del hecho imponible nace, ya, la obligación tributaria, de pagar el tributo. El segundo esquema dogmático señala que para que este nacimiento se produzca, hace falta, además, un acto liquidatorio.», p. 36.

diente con todos sus elementos (cuota y pagos anticipados y las partidas complementarias integradas por recargos, intereses de demora, recargos de apremio y sanciones pecuniarias).

Si el derecho subjetivo a favor de la Hacienda Pública se origina con el hecho imponible pero no goza de plena eficacia hasta la liquidación, es fácilmente deducible que el artículo 1317 del Código Civil, sancionando la inoponibilidad del cambio de régimen frente al tercero con derecho adquirido, no es aplicable a la Administración Tributaria cuando los cónyuges modifican el *status* económico de su matrimonio en el período de tiempo comprendido entre la realización del hecho imponible y la fecha de declaración o autoliquidación. Este período de tiempo varía en función del tipo de impuesto con el que nos encontremos.

En el impuesto que grava la renta de las personas físicas, el devengo del hecho imponible se produce, como norma general, el 31 de diciembre de cada año¹²² y la fecha de autoliquidación es desde el 1 de mayo del año siguiente hasta el 20 ó 30 de junio siguiente. El intervalo temporal es mucho más reducido en el caso del impuesto que grava las transmisiones patrimoniales y los actos jurídicos documentados¹²³, en el que el devengo, dependiendo de la modalidad, se produciría el día en que se realice el acto o contrato gravado para las transmisiones patrimoniales onerosas, y el día en que se formalice el acto sujeto a gravamen para las operaciones societarias y actos jurídicos documentados y la exigibilidad del pago de la deuda vence a los treinta días siguientes. Si el impuesto ante el que nos encontramos es el IVA, el hecho imponible consiste en la entrega de bienes y/o prestación de servicios efectuada por empresarios o profesionales a título oneroso con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de sus actividades¹²⁴; el devengo del hecho imponible de este impuesto se producirá:

- en el momento en que los servicios se ejecuten para la prestación de servicios
- el día de su puesta a disposición¹²⁵ para la transmisión de bienes.

¹²² Aunque la Ley del I.R.P.F en su artículo 94 recoge varios supuestos de devengo anticipado, como consecuencia de una duración del período impositivo inferior al año.

¹²³ Realmente, aquí, nos encontramos ante tres modalidades impositivas definidas por tres hechos imponibles distintos: transmisiones patrimoniales onerosas, operaciones societarias, y actos jurídicos documentados (documentos notariales, mercantiles o administrativos).

¹²⁴ No analizamos el hecho imponible concerniente a la imposición intracomunitaria de bienes.

¹²⁵ El concepto de puesta a disposición es sumamente complejo y desbordaría los límites del presente trabajo.

La exigibilidad del impuesto, mediante autoliquidaciones, se produce como regla general, con carácter trimestral (dentro de los primeros veinte días de los meses de abril, julio y octubre, y dentro de los primeros treinta días del mes de enero).

En el caso del Impuesto sobre Actividades Económicas, el hecho imponible consiste en el «mero ejercicio en territorio nacional de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no en local determinado...»¹²⁶ y el devengo del mismo tiene lugar el 1 de enero de cada año¹²⁷; la eficacia del crédito tributario se demora al momento en el que se abre el período recaudatorio (1 de septiembre al 20 de noviembre) para los que han sido objeto de inclusión en el censo del IAE.

Así podríamos continuar con el resto de las figuras impositivas (IBI, Impuestos sobre vehículos de tracción mecánica...) donde igualmente veríamos reflejada la existencia de un intervalo de tiempo entre el devengo y la exigibilidad del impuesto. El análisis detallado de esta cuestión en los distintos tipos de impuestos sobrepasa los límites de este estudio.

La tesis que acabamos de sostener —que permitiría la modificación de régimen económico matrimonial, en los términos vistos, después de la fecha del devengo del impuesto— no goza de una pacífica acogida en el Doctrina y en la Jurisprudencia. De forma patente, la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 17 de mayo de 1994¹²⁸ considera que, conforme al artículo 28 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, la obligación tributaria se entiende nacida desde el momento de realización del hecho imponible aunque este momento puede no coincidir con el de exigibilidad del pago de la deuda que se retrasa hasta la liquidación y notificación al sujeto pasivo¹²⁹.

Quizá resulte exagerada la postura de dicha resolución. Se trata de una posición de defensa a ultranza de los derechos de la Hacienda

¹²⁶ Artículo 79 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales de 39/1988.

¹²⁷ Esta norma tiene la excepción de los períodos impositivos más deducidos como consecuencia del inicio o cese en la actividad no coincidentes con el 1.º de enero.

¹²⁸ Crónica tributaria, número 72, año 1994, pp. 168-170.

¹²⁹ El Considerando 7.º de esta Resolución establece que «existe por tanto desde el devengo un vínculo jurídico entre el deudor tributario y la Hacienda Pública que permite a éste, una vez que la deuda es exigible, actuar sobre los bienes existentes en el patrimonio del deudor en el momento de la realización del hecho imponible, pues estos siguen afectos a su pago aun cuando en virtud de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales haya visto modificada su naturaleza originaria, es decir, que los bienes que como gananciales hubieran de responder de la obligación tributaria no se eximen de tal responsabilidad por el hecho de haber sido adjudicados como privativos al cónyuge deudor o a su consorte, por lo que la Administración puede dirigir la acción ejecutiva contra los bienes recibidos por los esposos que tenía la sociedad de gananciales al liquidarse y que se detallan en la escritura de capitulaciones matrimoniales, y en su caso, los adquiridos a costa o en sustitución de éstos.»

da Pública, pero tampoco parece admisible la tesis sostenida en el prólogo de la monografía de Martínez Calcerrada¹³⁰, donde el Profesor Albiñana manifiesta que «...y sin que a la Hacienda Pública alcance lo dispuesto en el artículo 1317 del Código Civil». Entendemos que si el artículo 1317 del Código Civil proclama la inoponibilidad del cambio de régimen frente a cualquier sujeto con derechos adquiridos con anterioridad a tal modificación, no podemos interpretar excluido de esta ineficacia al Fisco.

A la vista de este panorama, ¿cuál es la posición de nuestro Tribunal Supremo? Podemos observar que las sentencias de 19 de febrero de 1992 y de 9 de marzo de 1995, consideran nacida la deuda tributaria en la fecha de vencimiento del hecho imponible, con la consiguiente ineficacia de las capitulaciones otorgadas antes del acta liquidatoria del impuesto pero después del devengo del impuesto. En la sentencia de 18 de marzo de 1995, las capitulaciones matrimoniales son otorgadas por los cónyuges después de haberse firmado el acta de inspección, pero, sin embargo, el criterio de delimitación del nacimiento de la deuda tributaria es el mismo que el de las sentencias anteriores¹³¹.

2) En relación con la condición de las obligaciones fiscales, hemos apreciado una tendencia, por parte del Tribunal Supremo, a considerarlas gananciales, al igual que las sentencias de Instancia. Puede parecer, a primera vista, que la acreedora Hacienda Pública goza de unos privilegios que no tienen otros acreedores, en la medida en que sin discutir el carácter de la deuda, ésta se *presume* ganancial. El propio ordenamiento jurídico, en algunos impuestos como el IRPF, favorece la denominada presunción de ganancialidad de las deudas tributarias. El artículo 85 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF establece que *las deudas tributarias tendrán la misma consideración de aquellas otras a las cuales se refiere el artículo 1365 del Código Civil y, en consecuencia, los bienes gananciales responderán directamente frente a la Hacienda Pública por estas deudas, contraídas por uno de los cónyuges...* Cuando el artículo 85 dice que las deudas tributarias tendrán la misma consideración que las del artículo 1365, quiere únicamente decir que tendrán el mismo régimen de responsabilidad, pero la Hacienda Pública quedará exonerada de probar que la deuda se debe a una de las causas del citado artículo.

¹³⁰ MARTÍNEZ CALCERRADA. *La sociedad de gananciales y el impuesto sobre la renta*. Segunda Edición. Madrid, enero 1991, p. 24

¹³¹ Así se pronuncia esta sentencia en el Fundamento Jurídico Segundo: *...resulta que la deuda tributaria origen del expediente de apremio deriva de impuestos devengados durante los ejercicios tributarios (...), anteriores, por tanto, al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales por la recurrente y su esposa*

El carácter ganancial de la deuda tributaria de un cónyuge surge, pues, de su asimilación a aquéllas contempladas en el artículo 1365, pero además, hemos de plantearnos si la deuda tributaria es de *cargo y responsabilidad de los bienes gananciales* por ser una *obligación extracontractual*, de acuerdo con el artículo 1366 del Código Civil.

Ahora bien, en absoluto es pacífica, en la doctrina civilista, la cuestión de si las *obligaciones extracontractuales* recogen *lato sensu* todas las obligaciones surgidas de una fuente distinta del contrato. Si acogemos esta interpretación amplia del término *extracontractual*, el precepto comprendería las obligaciones que nacen de la ley, de los cuasicontratos o de los actos u omisiones ilícitos o culposos. Dentro de las obligaciones que nacen de la ley encontraría una perfecta ubicación la obligación tributaria¹³².

Frente a esta interpretación del artículo 1366 del Código Civil, Peña Bernaldo de Quirós propugna una interpretación estricta manifestando que «(...) el artículo no tiene tanta amplitud. El régimen general de las cargas (*cf.* art. 1362) y el de las obligaciones de la sociedad (*cf.* art. 1365 y no art. 1366) es, en principio, el aplicable cuando se trata de obligaciones *ex lege* y entre ellas las obligaciones fiscales ...»¹³³.

Una última observación, en relación con el carácter de la deuda tributaria, nos hace apreciar que la reclamación de ésta se ha realizado, en la Jurisprudencia comentada, a través de procedimientos de apremio administrativo dirigidos exclusivamente contra el cónyuge deudor y notificados al otro cónyuge. La consecuencia de ello es que el cónyuge no deudor no queda constituido como parte y, por tanto, no puede discutir el carácter de una deuda que se presume ganancial, a no ser que inicie un declarativo, como en los casos de autos. En estos casos y, por un principio de economía procesal, debería haberse previsto un procedimiento de apremio en el que pueda intervenir el cónyuge del sujeto pasivo del impuesto. Ahora bien, estimamos que no es solución considerar, como hace Bello Janeiro, que la deuda reclamada en un procedimiento de

¹³² Son, fundamentalmente, LACRUZ BERDEJO y TORRALBA SORIANO los defensores de esta interpretación de la norma del artículo 1366 del Código Civil. TORRALBA, siguiendo al Prof. LACRUZ, considera que «todas las responsabilidades de tipo extracontractual, consecuencia de infracciones realizadas con motivo de una gestión del negocio que alimenta la masa ganancial y de cuyas ganancias se aprovecha toda la familia, deben pesar sobre el patrimonio familiar», «Comentarios al artículo 1366 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, V. II. Tecnos. Madrid, 1984, p. 1692.

También ALBÁCAR y TORRES LANA en «Comentarios al artículo 1366 del Código Civil». *Comentarios al Código Civil*. Editorial Trivium, pp. 949-951, entienden comprendidas las obligaciones legales en el término extracontractual.

¹³³ «Comentarios al artículo 1366 del Código Civil». *Comentarios del Código Civil*. Ministerio de Justicia, T II, p. 698.

apremio administrativo es privativa por faltar «términos hábiles para que se declare que la deuda es ganancial y ante la imposibilidad de audiencia del cónyuge no deudor que, como cotitular de los bienes gananciales, debe ser oído a los efectos de la calificación de la deuda ...»¹³⁴. Entendemos que no es solución válida porque el perjuicio al cónyuge del deudor que se trata de evitar con la presunción de privatividad de las deudas, se le ocasiona al acreedor, quien tendrá que iniciar un juicio declarativo para desvirtuar la citada presunción.

G) OTRAS DEUDAS DE DIFÍCIL CLASIFICACIÓN

a) Sentencias de 12 de junio de 1990 y 4 de marzo de 1994: Aunque los supuestos fácticos de estas sentencias son distintos, en ambas se desestima la tercería de dominio interpuesta por el cónyuge del deudor con el único fundamento de que no es propietario de los bienes gananciales vigente la sociedad conyugal¹³⁵. No se entra a discutir si el cónyuge del deudor reúne el requisito de ser tercero o ajeno al vínculo obligatorio del que derivó el embargo del bien cuya traba se pretende levantar. Así lo expresa la sentencia de 12 de junio de 1990 en su fundamento jurídico tercero: *...el recurrente se refiere a un problema de prueba que debió suscitarse en el juicio ejecutivo del que trae causa la presente tercería, en el que dice que debiera haberse probado que la obligación era de aquéllos a que se refiere el artículo 1365 del Código Civil, y como ello es cuestión extraña a la que es propia del presente procedimiento de tercería, que lo es, el acreditamiento de la propiedad que el Juzgador de Instancia, muy acertadamente le niega, el motivo ha de ser desestimado.*

El Tribunal Supremo desestima la tercería de dominio, al igual que los Tribunales de instancia, pero se desentiende de analizar el carácter de la deuda remitiendo la prueba de esta cuestión al juicio ejecutivo del que dimana esta tercería. Esta remisión, como ya se sabe, plantea serios problemas porque el juicio ejecutivo no es el procedimiento idóneo para probar que determinada deuda es ganancial. Consideramos que a efectos de admitir la tercería de dominio, no debe ser indiferente que la esposa sea o no tercero, porque si es

¹³⁴ «La legitimación pasiva ante deudas pretendidamente gananciales contraídas por uno de los cónyuges». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Julio-agosto, 1993, núm. 617, pp. 1086 y 1087.

¹³⁵ Como ya hemos señalado, pensamos que cada cónyuge, vigente la sociedad de gananciales, es propietario de los bienes comunes, pero no es propietario en exclusiva sino en comunidad con el otro cónyuge y es esto lo que limita la prosperabilidad de la tercería de dominio.

tercero no tiene por qué soportar el embargo de un bien ganancial, y entonces ha de concedérsele la facultad del artículo 1373 del Código Civil que le permite sustituir el embargo de un bien ganancial concreto por la parte que el deudor ostenta en ese bien. En consecuencia, a pesar de que la doctrina procesalista más autorizada sostiene que el procedimiento de tercería no es hábil para discutir cuestiones ajenas a él como el carácter de la deuda de la que dimana el embargo que se pretende alzar, creemos que la naturaleza de la deuda no es una cuestión ajena a la tercería, pues de ella depende el cumplimiento de uno de los requisitos necesarios para que prospere la tercería de dominio: la cualidad de tercero en el demandante de tercería¹³⁶.

b) Sentencia de 9 de julio de 1990: El supuesto fáctico sobre el que se pronuncia esta sentencia es el de la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales otorgadas para eludir el pago de una obligación contraída por el marido con la Caja Rural de Madrid. Únicamente sabemos que la deuda está documentada en una póliza intervenida por Agentes de Cambio y Bolsa y, puesto que es reclamada en juicio ejecutivo, no consta nada acerca de su naturaleza. El Tribunal Supremo no se pronuncia tampoco sobre este último aspecto, pero declara la viabilidad de la acción rescisoria. Se argumenta que si bien es cierto que la acción pauliana es subsidiaria respecto del *recurso legal previo* establecido en el artículo 1317, este remedio principal ha sido intentado sin éxito, en la medida en que la entidad acreedora no pudo obtener el cobro de sus créditos.

¿Está presumiendo el Tribunal Supremo que el préstamo solicitado por el marido tiene carácter ganancial? No es fácil responder a tal cuestión en este supuesto concreto. La respuesta positiva está apoyada en que el Tribunal Supremo considera que se ha intentado sin éxito la vía de la inoponibilidad de las capitulaciones —si bien parece que el fracaso de esta vía se debe a una imposibilidad fáctica de cobrar, más que jurídica—, establecida en el artículo 1317 del Código Civil, y, como sabemos, el artículo 1317 se considera aplicable únicamente a las deudas consorciales. Además, y a favor de la respuesta positiva, nos encontramos con que en ningún momento

¹³⁶ También desestima la tercería de dominio entablada por la esposa la sentencia de 4 de marzo de 1994, fundamentándose únicamente en que aquélla no reúne el requisito de ser propietaria de la mitad indivisa del bien ganancial embargado. No entendemos por qué el Supremo no entra a analizar si concurre en la esposa la cualidad de tercero. Teniendo en cuenta que *el embargo es consecuencia de la ejecución de una sentencia penal, en la que el marido fue condenado por falsedad y estafa ... (fundamento jurídico primero)*, si los delitos se han cometido mediando dolo o culpa grave —circunstancia que desconocemos—, no tienen por qué responder los bienes gananciales, al menos de forma directa (*ex art. 1366 CC*). Si los bienes gananciales no están afectos principalmente a la deuda del marido, la esposa es tercero y, en consecuencia la tercería de dominio podría estimarse.

se invoca la aplicación del artículo 1373 del Código Civil, lo que quiere decir que el préstamo de la Caja Rural no se sustancia como privativo o exclusivo del marido. No obstante, en la práctica registral, la cuestión adopta una solución diferente. Podemos observar, en efecto, que el Registrador de la Propiedad no anota el embargo sobre el bien trabado por estar inscrito a nombre de quien no es deudor. Si se deniega la anotación de embargo sobre un bien que era ganancial cuando nació el crédito pero que ya no lo es, es porque al Registrador no le consta el carácter ganancial de la deuda, carácter que sólo puede ser acreditado en un juicio declarativo en el que se declare la ganancialidad del débito y, por tanto, la inoponibilidad de la modificación de régimen económico matrimonial¹³⁷.

c) Sentencia de 24 de julio de 1990: El objeto de esta sentencia no presenta mayor interés por sustanciarse la impugnación de unas capitulaciones matrimoniales por consentimiento viciado de la esposa que desencadena una liquidación defectuosa de la sociedad de gananciales. No obstante, en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia se hace una afirmación que podría constituir una verdadera presunción de ganancialidad pasiva: *... nada se dice en la escritura de liquidación de las expresadas gananciales que hubieren sido asumidas por el marido demandado, y ahora recurrente, don J.J.G.G., por lo que había de ser imputado a cargo de la sociedad conyugal a tenor de lo normado en los artículos 1362, 1363, 1364, 1365, 1366 y 1367 del Código Civil, al no acreditarse que tales deudas y pagos tengan causa excluyente de su inclusión en esa normativa, y haber de ser tenido en cuenta a efectos de inclusiones en el pasivo y activo de la sociedad de gananciales a fines de su liquidación...* Parece que el Tribunal Supremo está diciendo que si no consta que las deudas son exclusivas del marido se entiende que son gananciales.

d) Sentencia de 30 de octubre de 1991: Esta sentencia carece de especial interés porque los promotores-constructores de viviendas que adolecen de defectos de construcción y, en consecuencia, responsables de los mismos, no son sólo los maridos sino también sus mujeres. El supuesto nos sitúa, pues, no en el ámbito de aquellas obligaciones que contraídas por un solo cónyuge vinculan bienes comunes, sino en el de aquellas obligaciones de ambos cónyuges de las que responden indudablemente los bienes gananciales, en virtud del artículo 1367 del Código Civil. No tiene sentido, por tanto, que se invoque para eximir

¹³⁷ En relación con el tratamiento que hace el Tribunal Supremo de la acción rescisoria en relación con la naturaleza de las deudas contraídas por un solo cónyuge, pueden verse las conclusiones del presente trabajo para las sentencias de 19 de febrero de 1990 y 15 de junio de 1990 (avales), 18 de julio de 1991 (deudas derivadas del comercio) y 7 de noviembre de 1992 (deudas laborales).

de responsabilidad a las esposas, el artículo 1373 del Código Civil porque no sólo responden los bienes gananciales sino también los patrimonios privativos de ellas. Ahora bien, si esta responsabilidad de los patrimonios gananciales y privativos es solidaria o mancomunada es cuestión que nuestro ordenamiento jurídico no despeja. Quizá hemos de resolver tal cuestión aplicando el artículo 1369, de forma que la responsabilidad entre el patrimonio ganancial y privativo es solidaria y será mancomunada entre los patrimonios privativos de los cónyuges, siguiendo las reglas generales.

e) Sentencia de 10 de noviembre de 1995¹³⁸: El objeto de este recurso de casación es la disolución de una sociedad mercantil irregular por voluntad de uno de los socios. La acción se dirige contra el cónyuge comerciante y contra su esposa y ello provoca que éstos aleguen la excepción de falta de legitimación pasiva de la segunda. El Juzgado de Primera Instancia rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva de la esposa y condena a los demandados. La Audiencia Provincial de Oviedo revoca en parte la sentencia apelada pero mantiene el criterio del Juzgado en lo relativo a la excepción de legitimación pasiva. El Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico tercero, se pronuncia sobre la cuestión desestimando el recurso y reconociendo, por tanto, que la esposa está legitimada pasivamente, y ello obedece a que el negocio contemplado en el contrato de sociedad que se pretende disolver –aun cuando no haya sido firmado por la esposa– tiene carácter ganancial¹³⁹.

Observemos que la sentencia que comentamos desestima el motivo del recurso invocando la aplicación de los artículos 1347.1.º, 1362.4.º, 1365 y 1375 del Código Civil.

– La invocación del artículo 1375 parece incorrecta porque, si bien es cierto que la regla general es la cogestión y codisposición, esta regla sufre múltiples excepciones y no justifica la demanda conjunta. Consideramos, además que el contrato de sociedad firmado por un cónyuge nos sitúa en el ámbito de los actos obligatorios y no en el de los actos de gestión o disposición, como pretende la presente sentencia.

– La acción para extinguir una sociedad es personal; si es personal, el criterio predominante en el Supremo es el de la no existencia de litisconsorcio pasivo y, en consecuencia, basta con demandar al cónyuge deudor.

¹³⁸ Esta sentencia está comentada en la Revista General de Derecho, mayo 1996 por GÓMEZ FERRER, pp. 5289-5293.

¹³⁹ El Tribunal Supremo manifiesta que *...dicho negocio tenía para ambos naturaleza ganancial, y la esposa, por tanto, se encontraba legitimada para ser llamada y traída a un procedimiento que tenía por objeto la liquidación del referido negocio* (fundamento jurídico tercero).

– Estimamos, por ello, que no hay que demandar a ambos cónyuges, basta con demandar al cónyuge que ha firmado el contrato y, si éste se niega a disolver y liquidar la sociedad, deberá entonces pedirse la responsabilidad del patrimonio ganancial al amparo del artículo 1365.2 del Código Civil, por tratarse de una carga o deuda de la sociedad de gananciales derivada de la explotación regular de los negocios, de acuerdo con el artículo 1362.4.º del Código Civil.

En este punto, se muestra Gómez-Ferrer Sapiña de acuerdo con la doctrina de la sentencia de 10 de noviembre de 1995. Según este autor «... es lógico y lícito que se demande también a la esposa no socia, teniendo en cuenta que la demanda se dirige no sólo a clarificar aspectos relativos al contrato de sociedad, sino también a exigir responsabilidades pecuniarias que recaen sobre bienes de la sociedad de gananciales». Si bien es cierto que a la hora de exigir la responsabilidad del patrimonio ganancial, la esposa está directamente implicada, por ser cotitular de esos bienes, hay que ser cauteloso con la obligatoriedad de la demanda conjunta y demandar a la esposa no como deudora, que no lo es, sino únicamente como *comunera* de unos bienes que, en su momento, pudiesen tener que responder de la obligación del marido¹⁴⁰.

H) DEUDAS CONTRAÍDAS EN LA DENOMINADA COMUNIDAD POSTGANANCIAL

También debemos hacer una breve referencia a la Jurisprudencia del Supremo en materia de comunidad postganancial. Las sentencias del Tribunal Supremo sobre tercerías de dominio ejercitadas

¹⁴⁰ Uno de los problemas que más preocupan a los acreedores de un cónyuge casado bajo el régimen de sociedad de gananciales es el de la constitución de una correcta relación jurídico procesal, pues de ello depende, no tanto el éxito del embargo sobre los bienes comunes, cuanto la anotación preventiva de ese embargo en el Registro de la Propiedad.

En líneas generales, el Tribunal Supremo desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario cuando sólo interviene un cónyuge en el contrato. La doctrina del Tribunal Supremo sobre esta materia está recogida, de forma clara y resumida, por GUILARTE GUTIÉRREZ en *Defensa de los bienes y derechos gananciales y litisconsorcio pasivo necesario*. Colección Jurisprudencia Práctica Tecnos, Madrid, 1994. Si el acreedor pretende embargar bienes inmuebles gananciales por deudas «gananciales» contraídas por un solo cónyuge, el artículo 144 del Reglamento Hipotecario exige para la anotación preventiva de ese embargo la demanda conjunta. Ahora bien, si en un procedimiento declarativo se puede demandar a ambos cónyuges (a uno como titular de la deuda y al otro como cotitular de unos bienes perseguibles), en un procedimiento ejecutivo sólo podría demandarse al cónyuge deudor, ocasionando, así, una clara indefensión para el cónyuge no deudor.

Esta indefensión se salva, en la práctica, con la notificación del procedimiento al cónyuge no deudor, pero ello no es suficiente para que el Registrador de la Propiedad practique la anotación preventiva del embargo cuando la traba se realice después de la inscripción en el Registro de la Propiedad de las adjudicaciones de bienes, a consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

por los herederos del cónyuge fallecido ante los embargos de bienes postgananciales derivados de obligaciones contraídas por el cónyuge viudo, carecen de interés para nuestro estudio. Y ello es así porque tales obligaciones no pueden ser gananciales, por haber sido contraídas en la denominada comunidad postganancial o postmatrimonial que se produce tras la disolución de la sociedad de gananciales. No obstante, vamos a reflejar sucintamente los pronunciamientos del Supremo dependientes siempre de las alegaciones de las partes. Así, por ejemplo, cuando los herederos del cónyuge fallecido piden que se alce el embargo sobre la totalidad del bien y subsidiariamente que se embargue la cuota abstracta que ostenta el cónyuge deudor sobre el bien embargado, el Tribunal acuerda el embargo de la cuota abstracta (*vid.* Sentencia de 8 de octubre de 1990 y de 14 de marzo de 1994). En otras, como la de 20 de noviembre de 1991, los demandantes de tercería se limitan a pedir que se levante el embargo sobre la totalidad del bien ganancial embargado y el Tribunal Supremo no analiza si es más correcto levantar el embargo sobre la totalidad o permitir al acreedor que embargue la cuota abstracta que le corresponde a su deudor en el bien postganancial. En la sentencia de 17 de febrero de 1992, habiéndose disuelto sin liquidar la sociedad de gananciales, la esposa contrae una deuda que no se paga. Tras la ejecución de un bien perteneciente a la sociedad postganancial el marido ejercita una acción de tercería de dominio que es desestimada en Primera Instancia y estimada por la Audiencia. El acreedor interpone recurso de casación solicitando que no se levante el embargo sobre el bien trabado. El Tribunal Supremo estima parcialmente la tercería de dominio y adopta una posición intermedia que favorece al recurrente y al acreedor, declarando que no se alza el embargo sobre la totalidad del bien sino sólo sobre la cuota abstracta que corresponde al recurrente, manteniéndose la traba sobre la otra cuota de idénticas características que corresponde a la esposa deudora.

V. RECAPITULACIÓN

I. El Tribunal Supremo no se hace eco de aquella opinión dominante en la Doctrina que diferencia la responsabilidad *definitiva* de la responsabilidad *provisional* del patrimonio común apoyándose en la ordenación que del pasivo ganancial hace el legislador de 1981.

Estimamos que la intención del legislador no es tanto la de separar los dos ámbitos de responsabilidad —observemos que para la liquidación de la sociedad de gananciales se habla globalmente

de *deudas pendientes a cargo de la sociedad* (art. 1398.1.º CC), expresión que incluye tanto las cargas como las deudas— como la de subrayar la posibilidad que tiene cada cónyuge de vincular, individualmente, el patrimonio ganancial.

En realidad, al Tribunal Supremo le interesa la protección del acreedor y, en consecuencia, los supuestos de responsabilidad externa o provisional. Si éstos coinciden o no con los de responsabilidad definitiva es una cuestión que ha de resolverse, exclusivamente, entre cónyuges. Si el Supremo es más proclive a invocar, en su fundamentación jurídica, los preceptos que establecen la responsabilidad definitiva, es porque entiende, acertadamente a mi juicio, que ésta incluye la provisional.

II. La justificación de esta actuación individual de los cónyuges para poder vincular al patrimonio ganancial, reside en la existencia de las denominadas potestades orgánicas, en terminología acuñada por Peña, que permiten a cada cónyuge, por separado, realizar gestiones y contraer obligaciones. Pero estas potestades orgánicas no existen en todos los ámbitos, sino sólo en aquellos de los que se deriva un beneficio para las personas o los bienes de la sociedad conyugal. Ello no nos permite considerar ganancial, sin prueba en contrario, *toda* obligación contraída por un solo cónyuge.

A consecuencia de lo anterior, no es fácilmente admisible la existencia de una presunción de ganancialidad pasiva. La dificultad se ve acentuada si tenemos en cuenta que nuestro Código Civil, después de 1981, no establece expresamente la citada presunción. Ahora bien, tampoco existe ninguna presunción de privatividad pasiva que descargue sobre el acreedor la prueba del carácter consorcial de la deuda. El único argumento que encontramos a favor de presumir privativos, *iuris tantum*, los débitos de un solo cónyuge es el que resulta del artículo 1214 del Código Civil, según el cual *incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento...* No obstante, el artículo 1215 se refiere a la prueba de las obligaciones pero no a la prueba del carácter de las mismas.

Además, y a favor de la presunción de ganancialidad pasiva, existen en nuestro ordenamiento jurídico las denominadas presunciones *hominis* del artículo 1253 del Código Civil y la presunción de ganancialidad pasiva podría ser una de ellas. Como es cierto que son más las veces que el cónyuge actúa por una de las causas del artículo 1365 del Código Civil que las veces que actúa en interés o provecho exclusivo, nos adherimos a estas palabras de Echevarría: «(...) teniendo en cuenta que la abrumadora mayoría de las actuaciones pasivas unipersonales de un cónyuge serían de cargo de la sociedad de gananciales (arts. 1362 y concordantes) y, por tanto,

gananciales, es lógico pensar que necesitaría de prueba, más lo excepcional que lo general...»¹⁴¹.

III. Como hemos puesto de relieve a lo largo de este estudio, una gran parte de las sentencias del Tribunal Supremo se limita a recoger los pronunciamientos que sobre el carácter de la deuda se han llevado a cabo en la Instancia, donde, en algunas resoluciones se presume el carácter ganancial del débito. En un grupo muy minoritario de sentencias, se observa una inclinación del Tribunal Supremo hacia la ganancialidad, bien porque la ausencia de elementos de prueba impiden considerarlas privativas o bien porque se desestima una tercería de dominio o se impugnan unas capitulaciones matrimoniales declarando la responsabilidad del patrimonio ganancial.

Sería útil y deseable que el Tribunal Supremo aclarase esta cuestión, pero más deseable sería que el procedimiento del juicio ejecutivo fuese hábil para discutir la naturaleza de las deudas de un cónyuge. Se evitaría así, que el acreedor tuviese que iniciar un procedimiento declarativo para acreditar el carácter ganancial de la deuda y vincular, de esta manera, a los bienes gananciales, con independencia de que hayan sido adjudicados al cónyuge que no ha suscrito el título ejecutivo.

La falta de idoneidad del juicio ejecutivo para acreditar la condición ganancial del débito del cónyuge, se podría solucionar si la obligación contraída por un solo cónyuge se presumiese ganancial salvo prueba en contrario, presunción que rechaza la Dirección General de los Registros y del Notariado¹⁴². Ahora bien, si presumimos ganancial la deuda de un cónyuge, habrá que conceder a su cónyuge, eventual perjudicado por esta presunción, la posibilidad de defenderse. Y para ello habrá que examinar si es suficiente notificarle el procedimiento seguido contra el deudor o es necesario dirigir la demanda también contra él. El problema no termina aquí; pues si es cierto que para garantizar los derechos del cónyuge no deudor no basta con la notificación, el juicio ejecutivo sólo puede ser dirigido contra el que ha firmado el título, careciendo su cónyuge de legitimación pasiva para ser demandado. Todos estos problemas nos conducen a pedir ayuda a los procesalistas, para que se puedan plantear, en el juicio ejecutivo, aspectos, hoy incuestio-

¹⁴¹ Vid. «Sobre el embargo ganancial». *Revista de Derecho Notarial*. Julio-diciembre, 1986, p. 176

¹⁴² «Con la ganancialidad pasiva —señala ECHEVARRÍA— se allanan muchos de los problemas de legitimación procesal y registral a la hora de las reclamaciones judiciales, de los embargos y de la eficacia de la traba de bienes que son o fueron gananciales, sin que la titularidad registral del cónyuge no deudor suponga un obstáculo decisivo al estar directamente implicado en la gestión ganancial, aunque no haya intervenido directamente en la obligación concreta reclamada...», «Sobre el embargo ganancial», *cit.*, p. 116.

nables, o para que presumiendo el carácter ganancial de la deuda de un cónyuge, puedan salvaguardarse los derechos del otro ¹⁴³.

A la vista del reciente Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 26 de diciembre de 1997, nos encontramos con que en materia de ejecución de bienes comunes por deudas «gananciales» contraídas por un solo cónyuge no se han producido novedades significativas. En efecto, el artículo 545 de este Anteproyecto no ha hecho más que regular una práctica jurídica ya existente: la demanda ejecutiva se dirige únicamente contra el cónyuge deudor y se notifica el procedimiento de embargo al otro cónyuge. Ahora bien, mientras el juicio ejecutivo no sea hábil para discutir la condición de la deuda de la que dimana el embargo, y haya que acudir a un procedimiento declarativo para obtener una declaración de esta naturaleza, la notificación del procedimiento al cónyuge no deudor no será suficiente para anotar preventivamente el embargo sobre bienes gananciales que en el momento de practicarse el embargo ya no lo son.

RELACIÓN CRONOLÓGICA DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO RECOGIDAS EN ESTE TRABAJO

A) AVAL, FIANZA O GARANTÍA

- Sentencia de 19 febrero de 1990.
- Sentencia de 30 abril de 1990.
- Sentencia de 6 junio de 1990.
- Sentencia de 2 julio de 1990.
- Sentencia de 17 octubre de 1990.
- Sentencia de 16 noviembre de 1990.
- Sentencia de 5 febrero de 1991.
- Sentencia de 15 marzo de 1991.
- Sentencia de 30 septiembre de 1991.
- Sentencia de 15 junio de 1992.
- Sentencia de 26 junio de 1992.
- Sentencia de 29 abril de 1994.
- Sentencia de 17 julio de 1997.

¹⁴³ La ayuda la solicitamos, como tiempo atrás lo hizo DE LA CÁMARA en estos términos : «Me permito rogar al profesor Prieto Castro que si le es posible preste especial atención ..., porque no me parece de recibo que un acreedor provisto de un título ejecutivo y que ha obtenido un mandamiento de embargo sobre bienes de procedencia ganancial adjudicados a un cónyuge en la liquidación de la sociedad legal se quede sin la garantía que la anotación del embargo representa al denegarse la práctica del asiento (...), lo que le obligará, (...), a acudir a un juicio declarativo para que previa la prueba de que se trata de una «deuda de la sociedad» como dice el artículo 1401 del Código Civil se pueda cumplir lo que ese precepto ordena...»

B) DEUDAS DERIVADAS DE RELACIONES COMERCIALES

- Sentencia de 5 junio de 1990.
- Sentencia de 22 octubre de 1990.
- Sentencia de 18 julio de 1991.
- Sentencia de 25 noviembre de 1991.
- Sentencia de 22 junio de 1993.
- Sentencia de 6 junio de 1994.
- Sentencia de 13 octubre de 1994.
- Sentencia de 22 diciembre de 1995.
- Sentencia de 18 abril de 1997.
- Sentencia de 26 junio de 1997.
- Sentencia de 10 marzo de 1998.

C) ADQUISICIÓN DE BIENES GANANCIALES

- Sentencia de 21 junio de 1994.

D) OBLIGACION EXTRA CONTRACTUAL

- Sentencia de 8 febrero de 1991.
- Sentencia de 27 noviembre de 1993.
- Sentencia de 29 julio de 1993.
- Sentencia de 8 julio de 1997.

E) DEUDA LABORAL

- Sentencia de 24 julio de 1991.
- Sentencia de 21 mayo de 1992.
- Sentencia de 7 noviembre de 1992.
- Sentencia de 13 abril de 1993.
- Sentencia de 2 marzo de 1994.
- Sentencia de 17 julio de 1997.
- Sentencia de 7 noviembre de 1997.

F) DEUDA TRIBUTARIA

- Sentencia de 19 febrero de 1992.
- Sentencia de 9 marzo de 1995.
- Sentencia de 18 marzo de 1995.

G) OTRAS DEUDAS DE DIFÍCIL CLASIFICACIÓN

- Sentencia de 12 junio de 1990.
- Sentencia de 9 julio de 1990.
- Sentencia de 24 julio de 1990.
- Sentencia de 30 octubre de 1991.
- Sentencia de 4 marzo de 1994.
- Sentencia de 10 noviembre de 1995.

H) DEUDAS CONTRAÍDAS EN LA COMUNIDAD POST GANANCIAL

- Sentencia de 8 octubre de 1990.
- Sentencia de 20 noviembre de 1991.
- Sentencia de 17 febrero de 1992.
- Sentencia de 14 marzo de 1994.