LA SISTEMATIZACIÓN DEL PASIVO GANANCIAL.

Memoria para la colación del grado de doctor en Derecho que presenta el licenciado Antonio J. Vela Sánchez, dirigida por el Prof. Dr. D. Antonio Gordillo Cañas, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.


Fdo. A. Gordillo Cañas
Catedrático de Derecho Civil

Fdo. A. Vela Sánchez
Lic. en Derecho

TD 200
R. 957649
L055 155044
SUMARIO.

CAPÍTULO I. DEUDA Y RESPONSABILIDAD EN LA OBLIGACIÓN EN GENERAL.

1. INTRODUCCIÓN .............................................. 9
   1.1. JUSTIFICACIÓN DEL CAPÍTULO ....................... 9
   1.2. INCLUSIÓN DE LOS ELEMENTOS DÉBITO Y AFECIÓN EN EL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN .. 13
       1.2.1. La dualidad deuda y responsabilidad en el Derecho romano .......... 13
       1.2.2. La concepción moderna de la obligación ........................................ 16
       1.2.3. La controversia acerca de la distinta virtualidad de los componentes débito
               y afección .................................................. 21
   1.3. RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA ......................... 32
   1.4. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD .................... 38

2. LAS TESIS DEFENSORA Y NEGADORA DE LA SEPARACIÓN ENTRE DEUDA Y RESPONSABILIDAD EN LA OBLIGACIÓN .................................................. 46
   2.1. LÍNEAS INTRODUCTORIAS ................................. 46
   2.2. LOS ARGUMENTOS BÁSICOS DE LA TEORÍA DE LA ESCISIÓN ENTRE DEUDA Y RESPONSABILIDAD EN LA OBLIGACIÓN, Y LA RÉPLICA DE LA DOCTRINA CONTRARIA .................. 54
       2.2.1. La configuración del débito y la afección como figuras autónomas ...... 54
       2.2.2. Las supuestas hipótesis de disgregación de los elementos deuda y responsabilidad, y su crítica ............................ 65
       2.2.2.1. Las deudas sin responsabilidad: las llamadas obligaciones naturales ........................................ 66
       2.2.2.2. La responsabilidad sin deuda ....... 73
       2.2.2.3. Los débitos con afección limitada .............................................. 78
       2.2.2.4. Los casos de responsabilidad sin una deuda vigente .................. 85

3. RECAPITULACIÓN FINAL ..................................... 89

CAPÍTULO II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD DE GANanciaLES.

1. INTRODUCCIÓN .............................................. 95

2. LA TEORÍA CLÁSICA DE LA SOCIEDAD DE GANanciaLES COMO SOCIEDAD CIVIL, Y SU REVISIÓN POR LA DOCTRINA MODERNA ............................ 108
   2.1. LA FACTIBLE EXISTENCIA EN LA SOCIEDAD DE
GANACIONALES DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES
DE LA SOCIEDAD CIVIL, Y SU CRÍTICA

2.2.1. La personalidad jurídica
2.2.1.1. Argumentos, ventajas y reflejo legal de este dato
2.2.1.2. Crítica a la aplicación de este expediente
2.2.2. La affectio societatis
2.2.2.1. Razones para su admisión en la comunidad conjugal
2.2.2.2. Objetiones a esta orientación
2.2.3. El ánimo de lucro
2.2.3.1. Su reconocimiento en el consorcio conjugal
2.2.3.2. Puntualizaciones a esta visión
2.2. CONCLUSIONES FINALES

3. LA TESIS PREDOMINANTE: EL CONSORCIO CONYUGAL COMO COMUNIDAD GERMÁNICA O EN MANO COMÚN
3.1. LA APLICACIÓN DE LAS NOTAS DE LA COMUNIDAD GERMÁNICA A LA SOCIEDAD DE GANACIONALES Y SU RÉPLICA
3.1.1. La inexistencia de cuotas
3.1.1.1. Planteamiento dogmático
3.1.1.2. Adaptación de esta doctrina al régimen legal de gananciales y sus reparos
3.1.2. El vínculo personal entre los participes
3.1.2.1. Configuración doctrinal
3.1.2.2. Inclusión de esta nota en el sistema ganancial y su crítica
3.1.3. La indisponibilidad particular de la participación en la comunidad y la indivisibilidad de ésta durante su vigencia
3.1.3.1. Razonamiento doctrinal
3.1.3.2. Negación de esta asimilación
3.2. CONSIDERACIONES CRÍTICAS FINALES

4. NUESTRA PROPOSICIÓN: LA SOCIEDAD DE GANACIONALES COMO PATRIMONIO SEPARADO, SUSCEPTIBLE DE SER CONSIDERADO COMO CENTRO DE IMPUTACIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES
4.1. LÍNEAS INTRODUCTORIAS
4.2. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN ESTA POSICIÓN
4.2.1. El destino familiar básico del patrimonio común
4.2.1.1. Significado y vigencia en el régimen ganancial
4.2.1.2. Mecanismos específicos para su virtualidad
4.2.1.3. Ventajas de esta concepción
4.2.2. La existencia de una regulación particular
4.2.2.1. Sistema singular de administración y disposición
4.2.2.2. Régimen especial de responsabilidad
   A) Fundamento y aplicación en el esquema ganancial
   B) Réplica a esta visión, y su contraréplica
4.3. Consideraciones ulteriores
5. Recapitulación final

CAPÍTULO III. LA TEORÍA DE LA SEPARACIÓN ENTRE DEUDA Y RESPONSABILIDAD EN LA OBLIGACIÓN GANANCIAL.

1. Directrices fundamentales
   1.1. La pretendida escisión entre cargo definitivo y responsabilidad provisional en la obligación ganancial
   1.1.1. Su configuración doctrinal y legal
   1.1.2. La distinción entre débito y afección como fundamento de la especialidad de la deuda ganancial
   1.1.2.1. Razonamientos esenciales
   1.1.2.2. Ideas que desvirtúan esta orientación
   A) La autonomía del patrimonio ganancial le permite una imputación objetiva de derechos y cargas
   B) La actuación individual de los cónyuges no implica una deuda privativa de los mismos

2. Los fallos de la tesis separacionista
   2.1. La exclusión del inexcusable enlace existente entre los artículos 1362 y 1365 del Código Civil
   2.1.1. La inconsistencia del dato terminológico para negar la conexión indicada
   2.1.2. El ámbito concordante de los preceptos estudiados
   2.1.3. La relación entre cargo y afección aclara el sentido de la regulación legal

2.2. La pretendida irrelevancia del interés familiar como factor determinante del cargo del consorcio
   2.2.1. La supuesta falta de reconocimiento legal expreso de la virtualidad del interés familiar
2.2.2. La dificultad de concretar el alcance vinculante del interés familiar .......................... 225
  2.2.2.1. La tesis de la ineficacia obligatoria del interés familiar .............................. 226
  2.2.2.2. La teoría que deriva del interés familiar una mera responsabilidad provisional ganancial .............................. 229
  2.2.2.3. La doctrina de la trascendencia endeudante del interés familiar para el consorcio conyugal .............................. 230

2.3. LA SUPUESTA SUPRESIÓN DEL ÁMBITO DEL ART. 1365 CC. DE LA ADQUISICIÓN DE BIENES GANANCIALES, CONTENIDA EN EL ART. 1362. 29 .............................. 236

2.3.1. Líneas introductorias .................................................... 236

2.3.2. ¿Puede un esposo adquirir separadamente para su comunidad ganancial, vinculándola? .............................. 240

2.3.2.1. ¿El principio de igualdad de los consortes afecta a su libertad de actuación individual, en general? .............................. 241
  A) La teoría que asimila cegestión y condeudamiento ganancial .............................. 243
  B) Crítica a esta orientación .............................. 249
  C) Conclusiones en este punto .............................. 254

2.3.2.2. La concreta facultad adquisitiva individual de los esposos y su alcance obligatorio para el consorcio conyugal .............................. 258
  A) Razones dogmáticas o de técnica-jurídica .............................. 258
  B) Fundamento legal .............................. 261

3. CONCLUSIONES AL CAPÍTULO .............................. 274

CAPÍTULO IV. PROPUESTA DE SISTEMATIZACIÓN DEL PASIVO GANANCIAL.

1. DIFICULTAD DEL TEMA PROPUESTO .............................. 283

2. LOS CRITERIOS SISTEMATIZADORES DEL PASIVO GANANCIAL .............................. 291
  2.1. INTRODUCCIÓN .............................. 291

2.2. EL CRITERIO OBJETIVO: SUS MANIFESTACIONES .............................. 292
  2.2.1. Líneas generales .............................. 292

2.2.2. La virtualidad del interés familiar como elemento determinante del cargo ganancial: argumentos que justifican esta posición .............................. 295
  2.2.2.1. El interés familiar es un dato que cualifica al patrimonio ganancial .............................. 297
  2.2.2.2. Una razón de equidad exige que si existe beneficio social debe haber
deuda y responsabilidad del consorcio conyugal

2.2.3. Conclusiones que pueden derivarse de la admisión de este criterio objetivo de sistematización del pasivo ganancia

2.2.3.1. La existencia de cargo objetivo consorcial implica la responsabilidad directa de los bienes gananciales

2.2.3.2. La responsabilidad definitiva ganancial no requiere la actuación conjunta de los cónyuges

2.2.3.3. La prueba del carácter no consorcial de la obligación corresponde al esposo que así lo mantenga

2.2.3.4. Cabe una responsabilidad provisional en la esfera externa, pero del cónyuge que actuó separadamente

2.3. EL CRITERIO SUBJETIVO

2.3.1. Consideraciones iniciales

2.3.2. La argumentación del principio subjetivo del pasivo ganancial

2.3.2.1. La relación existente entre el art. 1363 y el 1367 del Código Civil

2.3.2.2. La analogía evidente que existe entre los arts. 1363 y 1367 del Cc. de un lado, y el 1355 Cc., de otro

2.3.2.3. La expresión legal en todo caso empleada en el art. 1367 Cc.

3. CONCLUSIONES AL CAPÍTULO

3.1. LA VIRTUALIDAD DEL CRITERIO OBJETIVO DE SISTEMATIZACIÓN DEL PASIVO GANANCIAL

3.2. LA EFICACIA DEL PRINCIPIO SUBJETIVO SISTEMATIZADOR DEL PASIVO GANANCIAL

CAPÍTULO V. SISTEMATIZACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DEL PASIVO GANANCIAL:

ARTS. 1362 A 1374 DEL CC.
2.2.1.1. El sostenimiento de la familia ................................ 375
2.2.1.2. Alimentación y educación de los hijos comunes ............... 377
2.2.1.3. Alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges .................................................. 379
2.2.1.4. Atenciones de previsión .................................. 384
2.2.1.5. Trascendencia en esta materia de los usos y circunstancias de la familia .................................................. 385
2.2.2. El art. 1365, 19, 18 parte Cc.: Obligaciones gananciales derivadas de la potestad doméstica ......................... 388
2.2.3. El art. 1368 Cc.: Las cargas familiares en la separación de hecho .................. 398
2.3. CARGAS ECONÓMICAS DEL PATRIMONIO GANANCIAL .................. 407
2.3.1. Las deudas derivadas de la existencia de un patrimonio ganancial: el art. 1362, 29 en relación con el art. 1370 del Cc. .................................................. 408
2.3.1.1. La adquisición de bienes comunes ............................................ 409
2.3.1.2. La tenencia, disfrute, gestión y disposición de bienes gananciales .. 426
2.3.2. Los gastos originados por la administración de los bienes privativos de los consortes: art. 1362, 30 en conexión con el art. 1365, 29, 2ª parte del Cc. .................................................. 432
2.3.3. Los débitos inherentes a la actividad económica desplegada por cualquiera de los cónyuges: art. 1362, 40 en correspondencia con el art. 1365, 20, 1ª parte y último párr. del Cc. .................. 436
2.3.3.1. La explotación de negocios o el ejercicio de profesión, arte u oficio .................................................. 436
2.3.3.2. El ejercicio del comercio por persona casada .................. 442
2.3.4. Supuestos especiales de cargo de la comunidad conyugal .................................................. 450
2.3.4.1. Las obligaciones extraccontratualtes: art. 1366 Cc. ................. 450
2.3.4.2. Las deudas procedentes del juego: arts. 1371 y 1372 del Cc. ................. 457
3. NORMAS QUE APLICAN EL CRITERIO SUBJETIVO DE SISTEMATIZACIÓN DEL PASIVO GANANCIAL .................. 464
3.1. LÍNEAS INTRODUCTORIAS ........................................ 464
3.2. LAS DEUDAS CONTRAÍDAS POR AMBOS CÓNYUGES O POR UNO DE ELLOS CON EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DEL OTRO: ART. 1367 Cc. ........................................ 465
3.3. LAS LIBERALIDADES REALIZADAS O PROMETIDAS POR LOS DOS ESPOSOS CON CARGO A LOS GANANCIALES: ART. 1363 Cc. ........................................ 477
4. NORMAS DE ACUMULACIÓN DE RESPONSABILIDAD
VI
EXTERNA Y DE REINTEGRO POSTERIOR EN LA RELACIÓN INTER CÓNYUGES .......................... 483
4.1. INTRODUCCIÓN ........................................... 483
4.2. ACUMULACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS GANANCIAS CONTRAÍDAS SEPARADAMENTE POR UNO DE LOS CÓNYUGES: ART. 1369 CC. ............................ 485
4.3. AFECCIÓN SUBSIDIARIA DE LOS BIENES GANANCIALES POR LOS DÉBITOS PRIVATIVOS: ARTS. 1373 Y 1374 DEL CC. ......................... 495
4.4. EL REINTEGRO COMO MEDIDA DE EQUILIBRIO PATRIMENTAL: ART. 1364 CC. ...................... 506

CONCLUSIONES FINALES ................................. 512

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA ................................. 518
ABREVIATURAS UTILIZADAS.

A.D.C.: Anuario de Derecho Civil.
A.S.N.: Academia Sevillana del Notariado.
C.c.: Código Civil.
Cco.: Código de Comercio.
C.C.C.C.: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
D.C.R.N.: Dirección General de los Registros y del Notariado.
D.J.: Documentación Jurídica.
J.D.C.N.E.: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.
L.H.: Ley Hipotecaria.
R.: Resolución.
R.H.: Replamento Hipotecario.
S.: Sentencia.
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
T.S.: Tribunal Supremo.
CAPÍTULO I. DEUDA Y RESPONSABILIDAD EN LA OBLIGACIÓN EN GENERAL.

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. JUSTIFICACIÓN DEL CAPÍTULO.

No es posible pretender sistematizar el pasivo ganancial sin acometer el estudio de la llamada teoría de la separación entre deuda y responsabilidad, según la cual, ambos elementos son perfectamente separables e independizables dentro de la estructura de la relación obligatoria. Frente a esta posición, nosotros, para justificar el esquema sistematizador que más adelante defenderemos, debemos partir de un postulado esencial: toda obligación jurídica presupone débito y responsabilidad.

Fue en los primitivos Derechos germánicos donde se diferenciaron claramente deuda (Schuld, debitum)

---

1 CRISTOBAL MONTES (La responsabilidad del deudor, en la estructura de la obligación, R.D.N., Abr.-Jun., 1989, p. 21), mantiene la existencia "de un apriori incontestable, que la obligación implica necesariamente el débito y la responsabilidad".
y responsabilidad (*Haftung, obligatio*)\(^1\), de modo que mientras el débito (*Schuld*) suponía la obligación del deudor de cumplir la prestación, la sujeción (*Haftung*) constituía la situación de sumisión del patrimonio del deudor frente al poder del acreedor para satisfacer su derecho de crédito\(^3\). Ahora bien, obsérvese ya, desde el principio, que no ponemos en duda que deuda y afección sean conceptualmente distinguibles, lo que negamos es que dichos componentes sean escindibles en una relación obligatoria\(^4\). La responsabilidad surge con la deuda y ésta implica afección, ambas constituyen ingredientes de la obligación y aclaran su concepto\(^5\), pero de ningún modo deben conformarse como figuras jurídicas de carácter autónomo\(^6\). Débito y responsabilidad, lo veremos,

\(^1\) BRUNNER Y SCHWERIN: *Historia del Derecho Germánico*, ed. española, Barcelona, 1936, p. 208.

\(^3\) ALGUER: *Ensayos sobre varios temas fundamentales de Derecho Civil*, R.J.C., 1931, p. 103.

\(^4\) LARENZ (Derecho de Obligaciones, I, ed. española, Madrid, 1958) explica que: "Cabe distinguir conceptualmente la responsabilidad de la deuda, del deber de prestar, pero aquélla sigue a éste como la sombra al cuerpo". Del mismo modo, CARBONNIER ("El Derecho de las obligaciones y la situación contractual", Derecho Civil, T. II, vol. 29, ed. española, Barcelona, 1971, p. 67) admite que las "nociones de débito y responsabilidad... sólo son susceptibles de individualización analítica".


\(^6\) DIEZ-PICAZO y GELON: "Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias (continúa...)"
están conectados, son interdependientes, y, de no ser así, la obligación queda desvirtuada, pues una relación obligatoria no es jurídicamente reconocible si le falta alguno de dichos elementos.

En la actualidad, la tesis que niega la escisión entre los indicados miembros de la obligación es tan predominante y pacífica entre los autores que puede afirmarse, sin temor a equivocarse, que la teoría de la separación (formulada primordialmente por los pandectistas) está totalmente abandonada. Por ello, resulta extremadamente paradójico que autores que mantienen la conexión entre deuda y responsabilidad en la relación obligatoria genérica, nieguen después este enlace en los casos en los que la obligación es ganancial. Nosotros intentaremos

6 (...continuación)


8 Esta tendencia doctrinal fue iniciada tras la reforma por LACRUZ y desarrollada ampliamente por RAGEL SANCHEZ, cuya tesis ha tenido una amplia fortuna y acogimiento (así, entre otros, ha sido seguida por GUILARTE, RAMS, etc. En concreto, RAGEL SANCHEZ (*Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987, pp. 17 ss.) admite la relación entre deuda y responsabilidad en la obligación en general, mientras que más adelante (pp. 21 ss.) la niega cuando la relación obligatoria es de carácter consorcial.
comprobar la necesaria ligazón existente entre débito y afeción en todo vínculo obligatorio, cualquiera que sea su especie, ya que la juricidad de éste depende incuestionablemente de la coexistencia de dichos componentes. Una vez hecha esta indagación, deberá justificarse sin reparos, que no hay nada que impida que este mismo esquema fundamental sea trasladable a las obligaciones contraídas por los cónyuges bajo el régimen de gananciales, porque aquéllas en tanto que obligaciones, serán reconducibles al fenómeno general de la obligación.

En definitiva, el postulado esencial en esta materia consiste en que una deuda sólo es jurídica, si va acompañada de responsabilidad; y que si existe afeción es porque previamente surgió el débito\(^3\). La obligación constituye un deber jurídico, y éste es tal porque está reconocido y protegido por el Derecho. En una relación obligatoria jurídica, el deudor no está sólo obligado moral o socialmente a realizar la prestación; debe ejecutarla porque así lo impone una norma jurídica, de modo que, en caso de incumplimiento, corresponden al acreedor unos medios jurídicos para que su derecho de crédito sea satisfe-

---

\(^3\) DE CASTRO Y BRAVO (La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los arts. 1911 y 1111 del CC., R.D.P., 1932, p. 195) santiene que: "Desde que la deuda nace, surge a su lado la responsabilidad". Así, también, CRISTOBAL MONTES (Op. cit., pp. 27, 31, 32, etc.); DIEZ-PICAZO y GULLON (Op. cit., p. 176); etc.
cho, consistiendo este amparo, básicamente, en la afección del patrimonio del deudor a la realización del interés de aquél. Si no existe esta coacción creada por el ordenamiento jurídico, no hay un auténtico débito. Aunque no debe olvidarse, finalmente, que si bien la responsabilidad nace con el débito, y no del incumplimiento, en la mayoría de los supuestos no será preciso el juego de la coacción, ya que impera la voluntaria satisfacción del crédito.

1.2. INCLUSIÓN DE LOS ELEMENTOS DÉBITO Y AFECCIÓN EN EL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN.

1.2.1. La dualidad deuda y responsabilidad en el Derecho romano.

En el primitivo Derecho de Roma, los elementos obligacionales *debitum* y *obligatio*, además de clara-

---

10 En este sentido, KÖHLER (*Substanzercht und Wertrecht, Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 91, 1901, pp. 172 ss.) entiende que si el deudor no cumple, el ordenamiento jurídico concede al acreedor la facultad de hacer lo que debió el deudor, confiriéndole la facultad de convertir el patrimonio del deudor en dinero para satisfacerse con él.

11 DIEZ-PICAZO (Op. cit., p. 353) reconoce que: "Para que un determinado deber pueda ser considerado como deber jurídico es menester que el ordenamiento exija que una determinada conducta sea realizada... Lo característico del deber jurídico es precisamente esto: que su incumplimiento constituye siempre un acto antijurídico,... un deber que puede impunemente dejar de cumplirse, no es un verdadero deber jurídico".
mente diferenciables, funcionaban por separado, formando relaciones independientes\(^\text{12}\). Así, el \textit{debitum}, que únicamente requería un simple pacto o promesa entre las partes, creaba un ligamen de carácter personal, pero estaba desprovisto de coacción. Para que surgiera la responsabilidad, la \textit{obligatio}, se necesitaba una relación más, un \textit{nexum}, que hacía recaer el peso de la obligación en la propia persona física, bien del mismo deudor, bien de otro individuo\(^\text{13}\). La afección, por tanto, exigía un contrato especial que consistía en una suerte de prenda personal del responsable\(^\text{14}\). En general, lo que sucedía

\(^{12}\) Como indica DIEZ-PICAZO (Op. cit., p. 335): "En este momento inicial la idea de obligatio es independiente de la idea de debere. Se puede deber y no estar obligatus y al revés... El obligatus no es un deudor, sino una persona dada o entregada como rehén para asegurar que el deudor cumplirá aquello que debe. El debere, por sí mismo, es inexcusable e irrealizable si no es por la voluntad de quien debe".

\(^{13}\) ALGUER (Op. cit., p. 104) explica que: "En los tiempos primitivos no basta la simple promesa para constituir al deudor en responsabilidad. Precisase además un contrato que le haga especialmente responsable, contrato prendario, \textit{vadiuminium}".

\(^{14}\) LAURENZ (Op. cit., p. 33) habla de "una especie de autopignoración". RUQUIERO (\textit{Instituciones de Derecho Civil}, T. II, vol. 10, ed. española, Madrid, 1977, p. 15) indica que en "el nexum, es decir, en el débito de mutuo contratado con la solemnidad de gestum per aes et libram, el deudor es fiador de sí mismo por la autopignoración, y una cosa en él es el débito y otra el obligatum esse" o responsabilidad. PACCHIONI (\textit{Delle obbligazioni in generale}, Diritto Civile italiano, parte seconda, vol. 10, Padova, 1941, p. 8), por su parte, precisa que el nexum constituía "un estado de sometimiento físico del deudor al acreedor, esto es, de un derecho del acreedor sobre la persona del deudor", el cual se convertía "en garantía del cumplimiento de un débito".
en esta fase del Derecho de Roma era que no coincidían los elementos débito y afección, pues tenían lugar en momentos diferentes y podían recaer en personas distintas, de manera que existía una desconexión total entre ambos componentes de la relación obligatoria\textsuperscript{15}.

No obstante, con la evolución del ordenamiento romano, y, sobre todo, tras la \textit{lex Poetelia}, por la que se sustituye la afección corporal del responsable por una responsabilidad patrimonial del deudor, ya no tenía sentido la separación entre \textit{debitum} y \textit{obligatio}, porque al suprimirse la sujeción personal y al hacerse coincidir la deuda con la afección del patrimonio del obligado, aquellos dos momentos de la relación obligatoria se consolidan en una misma persona. Y así, en la institución de la \textit{stipulatio} romana, el deudor además de obligado es responsable\textsuperscript{16}; consumándose ya a principios de la República la fusión entre dichos elementos\textsuperscript{17} como indispensables en la obligación.

De este modo, en las Instituciones de Justiniano, en una conocida definición de la obligación (o-

\textsuperscript{15} BETTI (\textit{Teoría general de las obligaciones}, T. I, ed. española, Madrid, 1969, p. 292) se refiere a una "discordancia absoluta (entre) la disposición que (establecía) la responsabilidad y la disposición que (establecía) el débito".


\textsuperscript{17} Así lo considera CRISTÓBAL MONTES: Op. cit., p. 16.
del pasivo pasional.

oblígatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura)\(^1\), se van perfilando, como elementos necesarios en toda relación obligatoria, el debitum o deber, que supondrá un vínculo entre deudor y acreedor (iuris vinculum); y la obligatio o responsabilidad (necessitate adstringimur) que implicará la coercibilidad que nace de la obligación.

Es cierto que esta concepción de la relación obligatoria ofrece muchas lagunas\(^1\), pero, sin embargo, ya pone de relieve el doble componente que, indispensablemente, integra el pasivo obligacional, y que se mantendrá a lo largo de los siglos; tanto por la doctrina, como por las legislaciones modernas\(^2\).

1.2.2. La concepción moderna de la obligación.

Desde un punto de vista conceptual, la obliga-


\(^2\) Como dice PACCHIONI (Op. cit., p. 4) es criticable porque no “dice explícitamente ni cuál sea la verdadera naturaleza, ni cuál sea el objeto” del vínculo; ni tampoco, "si construye simplemente la voluntad del deudor, disminuyendo su libertad de acción, o se acomete, en cambio, a su persona física, o a sus bienes".

\(^3\) Según HEDEMANN ("Derecho de Obligaciones", Tratado de Derecho Civil, vol. III, ed. española, Madrid, 1958, p. 80) el B.G.B. añaden "parte de la coincidencia entre débito y responsabilidad."
ción supone una relación jurídica, en la que un sujeto, llamado deudor, queda sujeto a realizar una prestación a favor de otro, llamado acreedor, el cual, tiene derecho a exigirla constrinéndolo a aquél a realizarla\(^1\), para lo cual cuenta con el patrimonio presente e, incluso, futuro del obligado\(^2\).

Definida así la relación obligatoria, vemos cómo son perfectamente diferenciables teóricamente el deber, de un lado, que consiste en el deber prestar del deudor; y, de otro, la responsabilidad, que estriba en la afección del haber del obligado para garantizar el buen fin de la obligación. Con ello volvemos a puntualizar que es posible distinguir los componentes del pasivo obligacional y destacar su propio alcance, mas no autonomizarlos radicalmente hasta el extremo de admitir su existencia por separado. El que débito y afección sean conceptualmente

\(^1\) De este modo, ALGUER: Op. cit., p. 99. BARASSI (La teoria generale delle obbligazioni, vol. 1. Milano, 1946, p. 7) conceptúa la obligación como "un vínculo o relación jurídica merced al cual el sujeto activo (acreedor) se asegura del sujeto pasivo (deudor)... el cumplimiento de una determinada prestación".

\(^2\) Aunque discutible en algunos de sus términos, la siguiente definición de BETTI (Op. cit., p. 362) recoge el doble aspecto activo y pasivo de toda obligación: "... es aquella expectativa de un determinado bien que tiene un valor económico-social, la cual, si bien debe ser realizada mediante una prestación del deudor, está garantizada por el Derecho, si falta esa prestación,... sobre el patrimonio del mismo deudor, por vía independiente de la cooperación de éste".
divisibles\textsuperscript{11}, no implica que tengan virtualidad propia e independiente.

Por tanto, en la composición de la obligación moderna, hay que observar la existencia de dos extremos diferenciados, pero interdependientes entre sí, a saber: el lado activo y el pasivo\textsuperscript{11}. En el primero se encuentra el acreedor o sujeto activo de la relación obligatoria, que es quien puede exigir el cumplimiento de la misma. En el lado pasivo se halla el deudor u obligado que deberá realizar la prestación en que la obligación consista. A su vez, en este extremo pasivo de la relación obligatoria, deben distinguirse el débito y la responsabilidad, como miembros indisolubles de aquélla.

El débito consiste en el compromiso jurídico del deudor de efectuar la prestación objeto de la obligación, o sea, en lo que los autores llaman el \textit{deber prestar}\textsuperscript{15}, y al que se contrapone el derecho de crédito del acreedor, es decir, un derecho subje-

\textsuperscript{11} Así lo reconocen, CRISTOBAL MONTES (Op. cit., p. 31.), ROGGIERO (Op. cit., p. 14); etc.

\textsuperscript{15} MESSINEO \textit{(Manual de Derecho Civil y Comercial, T. IV, Buenos Aires, 1955, p. 3) entiende la obligación "como el conjunto (o la unidad) del derecho subjetivo del acreedor (derecho de crédito) (lado activo de la relación obligatoria) y del deber (débito) del deudor (lado pasivo de la relación obligatoria) que corresponde a aquél".}

\textsuperscript{15} O \textit{Leistensollen} en la terminología de la doctrina alemana, que se considera, por algunos, como el elemento esencial del débito, así, por ejemplo, HÜBNER: \textit{Grundzüge des deutschen Privatrechts, Leipzig, 1930}. 

18
El otro elemento que integra el pasivo obligacional es la responsabilidad. Esta tiene también un doble aspecto, activo y pasivo. Así, por el primero, el acreedor tiene el poder de ejecutar el íntegro patrimonio del deudor en caso de insatisfacción del derecho de crédito de aquél. En su lado pasivo, la afección implica, precisamente, la sujeción del caudal del obligado al cumplimiento del vínculo obligacional.

Ahora bien, lo que debe quedar manifiesto desde el comienzo, es que tanto el lado activo como el pasivo de la obligación, así como dentro de éste, la deuda y la responsabilidad, forman un todo inseparable; de modo que aunque sean teóricamente diferenciables, no pueden aislarse en la práctica jurídica. Por otro lado, debe, sin embargo, advertirse, que en un concepto ideal de obligación ésta sería el derecho de una persona, acreedor, a exigir de otra,

---

26 Como sostiene LAENZ (Op. cit., p. 23): "El deber prestar del deudor, su deber jurídico, y el derecho del acreedor constituyen un mismo vínculo jurídico contemplado desde dos distintos puntos de vista".


28 Concretamente, respecto al débito y la afección, DIEZ-PICAZO (Op. cit., p. 357) declara que: "Deuda y responsabilidad son dos ingredientes institucionales del fenómeno de la obligación, pero no constituyen dos relaciones o dos situaciones jurídicamente autónomas y distintas".

19
deudor, una prestación\(^\text{10}\), sin más coacción que la
impuesta por la ética social o personal de cada in-
dividuo. Lo que ocurre es que el género humano esta
dotado de libertad de actuación\(^\text{10}\), de capacidad
propia de elección, y, por ello, puede ocurrir que,
en algún supuesto, se desvirtúe la dualidad derecho-
deber que incluye todo vínculo obligacional.

Como consecuencia de lo anterior, un adecuado
concepto de obligación, no sólo debe contemplar el
momento del cumplimiento, sino también el del posi-
bile incumplimiento. Así, hay que añadir al contenido
de la obligación, a su concepción si se quiere, la
afeción del patrimonio del obligado para comprender
dichos supuestos; pues junto a la coacción moral,
debe siempre situarse la jurídica\(^\text{11}\).

En definitiva, lo que sucede es que cualquier
individuo al asumir una obligación jurídica está

\(^{10}\) Desde este punto de vista, FERRARA (Tratto di Dirit-
to Civile, T. I, Roma, 1920, p. 376), define así la relación
obligatoria: "La obligación es un vínculo jurídico de carácter
patrimonial a virtud del cual una persona tiene derecho de
exigir de otra una determinada prestación".

\(^{11}\) Precisamente por este principio de libertad, LAURENZ
(Op. cit., p. 23) concluye que: "El deudor sigue siendo un
susteto del derecho, y como tal está vinculado en su conciencia
jurídica, mediante un deber, frente al acreedor; mas no se
convierte en objeto del derecho quedando sometido... al señor-
rio de otro".

\(^{11}\) Como apunta BARASSI (Op. cit., p. 15), en "una socie-
dad idílica bastarían el precepto (moral) y la costumbre. Pero
desgraciadamente no es así; y la posibilidad de (una)... fase
patológica impone la necesidad de que el interesado sea armado
también para el respeto de la norma".

20
obligado, en principio, moralmente a cumplir, con-secuencia del pacto voluntario que ha realizado con otra persona y al cual debe respeto. Además, si se vulnera aquel deber de conducta, entonces, por mor del carácter jurídico de la obligación, el Derecho obliga al deudor a cumplir, aunque sea involuntaria-mente, lo que puede producir la ejecución de su pa-trrimonio.

1.2.3. La controversia acerca de la distinta vir-tualidad de los componentes débito y afecci-ón.

Llegados a este punto, es preciso subrayar que existen dos posiciones antitéticas acerca del valor que, en la noción de la relación obligatoria, co-rresponde a sus integrantes. Así, algunos consideran que la relación obligatoria es, ante todo, un débi-to, esto es, un mero vínculo del comportamiento del deudor, de modo que la obligación se reduce a un simple deber de conducta del obligado.

Otros, en cambio, colocan la esencia del víncu-lo obligatorio en la responsabilidad, o sea, en el ligamen del patrimonio del deudor al cumplimiento del débito, por el que el acreedor tiene derecho a agredir los bienes del obligado; eliminando del con-cepto de obligación toda idea de deber jurídico.
Los partidarios de la primera tesis colocan en lugar preeminente el elemento deber, por lo que definen la obligación como una relación jurídica en base a la cual un sujeto tiene respecto de otro, el deber de cumplir una prestación concreta. Esta vinculación del deudor constituye la esencia de la obligación, de modo que la relación obligatoria coincide con el simple deber jurídico. Al deber prestar del obligado le acompaña un verdadero deber recibir la prestación del acreedor que cierra el vínculo obligatorio; y de ahí que el débito al estar formado por la doble relación: deber prestar, deber recibir, se configure como un vínculo especial y autónomo, desligado de toda coacción.

El deber, por tanto, se considera suficiente para configurar una relación jurídica obligatoria, de modo que la responsabilidad, o bien puede faltar completamente, o bien, si existe, tiene un carácter...

---

32 De este modo, GANGI (Scritti giuridici vari, vol. I, Padova, 1933, p. 181) afirma que: "El débito en sentido estricto (acompañado o no de responsabilidad) es una relación jurídica entre dos (o más) personas determinadas, y consiste en un deber prestar de la una y en un correlativo deber recibir de la otra". De igual manera, GIERKE (Schuldnachfolge und Haftung, Berlin, 1911, pp. 40 ss.) expone que la relación de débito se agota en ambos deberes, pues es obvio que un deber recibir sin un correspondiente deber prestar no puede ser concebido como relación jurídica.

33 Para ENNECERUS (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, vol. II, Jena, 1932, pp. 226 ss.) el contenido del derecho de crédito se agota en el poder reclamar del acreedor y en el deber prestar del deudor, de modo que el derecho de agresión o responsabilidad puede faltar sin que ello afecte a la existencia del crédito.
La coercibilidad, derivada del Derecho como fundamento de la afección y, por consiguiente, del derecho del acreedor a perseguir el entero patrimonio del deudor, no es un elemento constitutivo del débito, sino sólo un quid, que estaría, en los casos que existiera, fuera de aquél. Concebida así la responsabilidad, ésta únicamente puede surgir en una etapa posterior, en caso de incumplimiento de la obligación, como un elemento complementario. La afección puede reforzar el débito de varios modos, pero no es precisa para revestirlo de juricidad. El deber tiene, en sí mismo considerado, efectividad jurídica, por lo que la prestación, aunque sólo sea simplemente debida, es también jurídicamente debida

A su vez, dentro de esta opinión que coloca al débito en el centro de la relación obligatoria, se

---

3 Asf. entre otros, KNÖKE: Die Sondernachfolge in die Schuld bei der befreienden Schuldbesorgung, Jhering’s Jahrbücher für die Dogmatik, 1912, pp. 407 ss. Criterio que también sostiene, con matices propios, GANGI (Op. cit., pp. 166-167), pues expone que si bien la responsabilidad es un elemento constitutivo esencial de la relación obligatoria, tiene, no obstante, un carácter secundario, esto es, "el deber prestar constituye el elemento primario (el príus) y la responsabilidad el elemento secundario (el posterius)"

4 STROHAL. (Schuldpflicht und Haftung. Sonderabdruck aus der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für K. Binding, München y Leipzig, 1914, pp. 83 ss.) niega certeramente, a nuestro juicio, toda esta construcción, cuando declara que el poder reclamar del acreedor nacido del débito, si está desprovisto de responsabilidad, es un poder privado de contenido y significado, y, por tanto, un verdadero y propio fantasmas jurídico.
dividen los autores, pues unos entienden que el componente trascendental de aquél lo constituye el deber prestar del obligado, mientras que otros, en cambio, estiman que lo es el deber recibir del acreedor.

Para los primeros, es lógico, e históricamente comprobable, que el príus dentro del concepto de débito lo suponga la obligación del deudor de cumplir la prestación, verdadera sustancia del vínculo obligatorio. Lo primordial en una relación obligatoria es que exista una persona obligada a realizar una actividad a favor de otra. El deber del acreedor de facilitar al obligado la liberación de su obligación mediante el oportuno recibo de la prestación, no es cardinal, sino que está subordinado a un auténtico y propio deber: el del deudor. Por tanto, el débito jurídico se caracteriza por su unilateracidad, esto es, por la vinculación principal del obligado a ejecutar la obligación, con independencia de un posible deber recibir del acreedor.

Frente a esta posición están los que sostienen


37 De este modo, PACCHIONI (Op. cit., p. 27, nota 1) afirma que: "... los deberes o débitos jurídicos son, por su esencia, unilaterales... El precepto jurídico... que impone un determinado comportamiento, comprime sólo por su autoridad a la voluntad de las personas que aquel comportamiento deben tener".
que, por ser el débito del acreedor un jurídicamente determinado y eventual deber recibir de una persona, puede ser apto para formar la base de una responsabilidad. Por ello, este deber recibir (o Bekommen-sollen en la terminología germanística), se estima bastante para configurar, por sí, una genuina obligación en la que puede faltar el deudor. Para este sector doctrinal, el débito es, ante todo, un débito del acreedor (Gläubigerschuld) y en él debe colocarse el centro de todo vínculo obligacional.

En contra de las tesis anteriores que, a pesar de sus variantes, tienen en común la idea de que la esencia de la obligación se halla en el puro deber, se encuentra la teoría de la preponderancia de la responsabilidad en el seno de la relación obligatoria. Según los partidarios de esta última tesis, es la afección y no el simple deber, lo que conduce índole jurídica a la obligación. El deber personal del deudor de cumplir la prestación no agota la relación obligatoria, porque ésta es, sobre todo, responsabilidad. Aunque el deudor ha de cumplir la

38 En esta línea nos encontramos autores tales como AMIRA (Grundriiss des germanischen Rechts, Strassburg, 1913, p. 212), SCHWERIN (Deutsche Rechtsgeschichte, Leipzig-Berlin, 1915, p. 103); etc.

39 Así, SCHWERIN: Schuld und Haftung in geltenden Recht, München und Berlin, 1911, pp. 12 ss.

40 BINDER (Zur Lehre von Schuld und Haftung, Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik, 1926, pp. 123 ss. y 1927, pp. 166 (continúa...
prestación, por encima de todo responde con sus bienes si no la ejecuta. Para este posición doctrinal, pues, el deber prestar tiene una importancia secundaria, considerándose como un deber eventual. El deudor sólo está obligado a prestar si no quiere incurrir en responsabilidad, aunque puede preferir no cumplir y, entonces, sufrir la ejecución coactiva de su patrimonio. El débito supone únicamente un estádio preliminar de la afección, ya que, en definitiva, en el concepto de obligación lo relevante es la responsabilidad. Así, la coacción que el Derecho pone a disposición del acreedor no está dirigida a impulsar al deudor a cumplir la prestación, sino, más bien, a permitir a aquél dirigirse contra los bienes del obligado. El vínculo obligacional se agota en el derecho que éste atribuye al acreedor sobre el patrimonio del deudor incumplidor. El deber sería una actitud intrínseca del espíritu humano de la cual el derecho positivo, ajeno como es a la invasión de la conciencia humana, se desinteresa completamente. Sólo la religión y la moral imponen deberes, no el Derecho. El ordenamiento jurídico se ocu-

-16 continuación) ss.) ve en la obligación una relación de pura responsabilidad, sin ocuparse para nada del débito.

11 PACCHIONI (Op. cit., p. 19) declara que el deber del deudor "puede ser definido como un estado de presión psicológica en el que el deudor mismo se encuentra, por el simple hecho de la existencia de un precepto jurídico que le impone ejecutar determinada prestación a determinada persona".
pa únicamente de establecer ciertas consecuencias de los actos y omisiones humanas\textsuperscript{42}. Por todo ello, la tarea del Derecho se acaba en las medidas que los órganos estatales pueden tomar con la fuerza física que tienen a su disposición (porque, en realidad, el Derecho en general no sería más que una pura fuerza física). La labor de la norma jurídica no consiste en otra cosa que en predisponer y regular aquellas medidas. Al Derecho no le corresponde, propiamente, dirigirse al alma humana, sino restablecer, en su caso, el orden vulnerado\textsuperscript{43}.

En definitiva, para estos autores el deudor no está sujeto a un auténtico débito jurídico, pues no tiene un deber absoluto de cumplimiento, ya que sólo está obligado a realizar la prestación en cuanto que quiera evitar la ejecución de su patrimonio. El deudor...

\textsuperscript{42} Así razona, por ejemplo, BINDER: Rechtsnorm und Rechtspflicht, Leipzig, 1912. Además, como asegura PACCHIONI (Op. cit., p. 27, nota 1), el “acreedor no tiene un derecho sobre la actividad del deudor, porque la actividad del deudor es incoercible, y como tal no puede formar parte del derecho”.

\textsuperscript{43} Es la tesis de BINDER: Zur Lehre..., cit., pp. 123 ss. y 166 ss. Para este autor, sólo los funcionarios públicos tienen la obligación jurídica de ejecutar las órdenes a ellos dirigidas. No obstante, esta idea tiene una réplica eficaz en la obra de STROHAL (Op. cit., pp. 29 ss.): Si se admite un deber jurídico para el funcionario público, no se comprende porqué no deben admitirse deberes jurídicos de otras personas. El fundamento del cual provienen estos deberes sería el mismo que el de aquél, a saber, del hecho de que el ordenamiento jurídico exige a sus sujetos un determinado comportamiento bajo la amenaza de daños en caso de desobediencia. Y por el mismo motivo, no se comprende porqué no deben admitirse deberes jurídicos privados y, en particular, deberes de débito, o sea, obligaciones.
el pasivo pasencial.

dor es siempre libre de cumplir evitando la ejecución, o de no cumplir, sufriendola. Por todo ello, se concluye que la relación de responsabilidad no sólo constituiría el centro de gravedad del vínculo obligacional, sino que, más bien, sería el único fenómeno esencial en la obligación. Sólo cuando surge la afección, por el incumplimiento del deber, el derecho del acreedor se convierte en un auténtico derecho subjetivo de crédito. En la etapa anterior a la insatisfacción del acreedor, éste sólo tiene una expectativa de que el obligado se apreste a cumplir debidamente lo que le incumbe. El verdadero derecho de agredir el patrimonio del deudor únicamente se inicia cuando éste incumple la deuda.

A nuestro juicio, estas ideas son inexactas, pues, ni es posible colocar al débito por encima de

---

44 Según BRUNETTI (Il Diritto del creditore, Scritti giuridici vari, vol. III, Torino, 1920, pp. 94 ss.) la explicación de esta teoría está en que no puede surgir una verdadera obligación jurídica que no esté acompañada de una sanción penal. Por esto las disposiciones normativas de las que derivan las obligaciones civiles no son absolutas, esto es, no imponen autóctonos deberes jurídicos. A este pensamiento se opone PACCHIONI (Op. cit., pp. 25-26), ya que el "resarcimiento de daños, al que el deudor está sujeto, si bien no (es) una verdadera y propia pena en sentido técnico, constituye, a este respecto, una pena".

45 ROCCO (Studi sulla teoria generale del fallimento, Rivista di diritto commerciale, 1910, I, pp. 682 ss.) considera tan prevalente la responsabilidad dentro de la obligación, que la dibuja como un derecho real sobre el patrimonio del deudor.

la afección, ni a ésta por encima de aquél. La responsabilidad refuerza el débito, dándole entidad jurídica y diferenciándolo de otros deberes (el exclusivamente moral, el social, etc.) que carecen de una exigibilidad impuesta por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta virtualidad de la responsabilidad no implica que deba superponerse al propio deber, ya que no puede sostenerse que el aspecto patológico o procesal que la afección supone y

41 Para HERNÁNDEZ-GIL (Op. cit., pp. 67-68) ambas concepciones son insuficientes: "De un lado, porque ninguna de las dos proyecta en la construcción jurídica del concepto (de obligación) el total fenómeno de la vida económico-social ordenada por el Derecho que late en la relación obligatoria, ya que colocan en primer plano, bien la fase de actuación voluntaria, bien la de actuación judicial. Y de otro lado porque, en la delimitación de esas fases que respectivamente aislan, se atienen más al régimen del Derecho Romano clásico que al hoy generalmente imperante en los Derechos positivos vigentes".


43 CARNEULTI (Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni, Studi di dir. process. in onore di Chiovenda, Padova, 1927, pp. 308 ss.), exagera el carácter procesal de la afección llegando, incluso, a considerar la relación de responsabilidad no ya como una relación de Derecho privado, sino de Derecho público procesal; de modo que la responsabilidad debe entenderse no como sujeción al poder de ejecución del acreedor, sino como sometimiento al poder coactivo que corresponde al Estado. Nosotros entendemos que, si bien la responsabilidad tiene un ámbito procesal, lo esencial de ella radica en su aspecto privado, esto es, en el sometimiento del deudor al poder de agresión del acreedor, pues, como dice GIERKE (Deutsches..., III, cit., pp. 32-33) aquí se ubica "todo el fundamento de la tutela judicial concedida para la realización de la pretensión de crédito en vía de ejecución forzosa. La pretensión de ejecución es un elemento de la pretensión a la tutela jurídica, y por esto, un derecho subjetivo público (continúa...)
por el cual, a veces, la propia obligación llega a consumarse, tenga una importancia tal que convierta en prioritaria a la misma responsabilidad. El hecho de que, en ocasiones, de no ser por la coacción que acompaña al deber, éste no se haría efectivo, no conduce supremacía alguna a la responsabilidad sobre el débito, ya que no puede olvidarse que, en definitiva, al realizarse la afección, se cumple el propio deber 50.

La esencia de la obligación estriba en un deber prestar del deudor al que corresponde un derecho del acreedor a recibir la prestación 51, derecho reco-

49 (... continuación) contra el Estado, que completa el derecho privado. Pero su fuente de derecho material es el derecho de agresión correspondiente al acreedor en virtud del sometimiento por ley o por negocio jurídico, de un responsable; derecho de agresión que pertenece al derecho privado*.

50 En GANGO (Op. cit., pp. 49 y 76) puede verse la polémica sobre el significado de la ejecución forzosa: Mientras SIBER alega que la ejecución forzosa del patrimonio del deudor conduce al cumplimiento del débito, SCHWIRIN, en cambio, aduce que aquélla no procura el cumplimiento del débito, sino el resarcimiento a causa del incumplimiento, pues aunque prestación y ejecución forzosa tengan el mismo resultado económico, no son iguales jurídicamente. A nuestro modo de ver, cuando la responsabilidad se hace efectiva se realiza el propio débito, tanto en los casos en los que el acreedor obtiene una prestación diversa a la originaria, como en aquellos otros en los que consigue la prestación primitiva, pero a través de la ejecución forzosa en forma específica. Para BETTI (Op. cit., pp. 294 ss.) este último caso es el único donde coinciden débito y responsabilidad, pues "se puede decir que... se realiza no solamente la responsabilidad, sino también, objetivamente, el mismo débito primario..." (p. 296).

51 Así, FERRARA (Op. cit., pp. 375-376) declara que: "La esencia de la obligación consiste en el poder exigir de otro la satisfacción de un interés económico, en el derecho a obtener una prestación del deudor".
nocido por el ordenamiento jurídico y, por ende, dotado de los medios jurídicos adecuados para que pueda tener eficacia, es decir, provisto de la coacción que la responsabilidad implica. Por tanto, debe mantenerse que la afección va ligada al deber inexorablemente, de modo que no puede colocarse aquélla por encima de éste, pues la responsabilidad va implícita en el deber y éste no es concebible sin una coacción que le dé eficacia jurídica.

Por otro lado, la circunstancia de que en la normalidad de los supuestos el deber se haga efectivo sin que sea necesario acudir a los efectos de la responsabilidad, no reles a ésta a un segundo plano en relación con el débito. La justificación de este razonamiento se encuentra en el dato, ya apuntado, de que todo vínculo obligacional se compone de deuda y de responsabilidad, y de que ésta nace al mismo tiempo que aquélla, acompañándole durante toda...

5) Por ello, como apunta FERRARA (Op. cit., p. 376), detrás "del derecho de exigir al acreedor, está el derecho de agresión forzosa de los bienes del obligado". GAGGI (Op. cit., pp. 184-185), en cambio, puntualiza que el "sometimiento del deudor al poder coactivo del acreedor constituye un estado de sujeción, y no ya una obligación. El deudor no tiene más que una sola obligación, que es el cumplir la prestación... del concepto de responsabilidad forma parte no ya esta obligación, sino el poder coactivo del acreedor contra el deudor por el incumplimiento del (débito)".

5) CRISTOBAL MONTES (Op. cit., p. 25) niega que la responsabilidad deba colocarse "en un segundo puesto y como simple derivación de la deuda, porque también de esta manera,... se nos está diciendo que pese a todo subsiste la distinción (entre deuda y responsabilidad) y la misma es susceptible de depurar efectos operativos".
su vida, pues sin el concurso de la afeccción no habría un deber jurídico. Como consecuencia de ello, si la relación obligatoria se consuma voluntariamente, no es que la responsabilidad no nazca, la afeccción existe, lo único que ocurre es que no ha sido precisa su actuación.

1.3. RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA.

Antes de determinar el alcance de la responsabilidad, es preciso señalar que cierta doctrina destaca la diferencia entre este elemento y otro que, aunque con él relacionado, se considera claramente distinto: la garantía. Así, se dice que no pueden confundirse afección y garantía porque tienen un ámbito diverso. De este modo, la responsabilidad supone un aspecto subjetivo, esto es, constituye la especial posición del deudor por la que se halla constraído al cumplimiento de la obligación. La garantía, en cambio, posee un carácter objetivo, consistiendo en el conjunto de bienes sobre los cuales se concreta la responsabilidad, lo que dependerá, en cada caso, del contenido real del patrimonio del obligado, de la existencia o no de privilegios o de derechos preferentes de otros acreedores, de la certeza de que el deudor no haya realizado actos en
fraude de los derechos de aquéllos, etc.

En realidad, cuando surge la relación obligatoria, el acreedor cuenta con la responsabilidad ilimitada del patrimonio del deudor, mas no tiene una garantía absoluta de que se satisfará su derecho de crédito, pues ello quedará supeditado al efectivo haber del obligado (o que pueda adquirir en el futuro) al tiempo de la exigencia de la obligación, así como de la concurrencia de otros acreedores.

La razón primordial por la que se intentan deslindar afección y garantía se sitúa en la necesidad de no confundir lo que serían dos aspectos de la relación de responsabilidad: el objeto y el sujeto pasivo de la misma. Es decir, así como la responsabilidad tiene una cualidad personal, de modo que únicamente puede recaer sobre una persona, la garantía, por su parte, se proyecta bien sobre un patri-

---

54 DE CASTRO (Op. cit., p. 196) matiza que: "Los bienes sobre los que recae o puede recaer la ejecución -bienes presentes y futuros- no forman la responsabilidad sino la garantía, por eso es posible hablar de responsabilidad aunque sea insolviente el deudor, permaneciendo inalterable la responsabilidad por el aumento o disminución del patrimonio... (Sí) el arruinado se enriquece de nuevo, la responsabilidad, que nunca perdió su fuerza, podrá hacerse efectiva al existir la garantía, los bienes ejecutables".

55 Como escribe LARENZ (Op. cit., p. 35): "... la inseguridad del acreedor tiene un doble fundamento: reside en primer lugar en que el patrimonio que responde está integrado por un círculo de objetos variables cuya amplitud... depende de circunstancias que él no puede... prever; en segundo lugar consiste en que los restantes acreedores de su deudor tienen la misma posibilidad de ejecución".

monio en general, bien sobre un patrimonio especial o separado, o bien, incluso, sobre una cosa determi-
nada.

Por tanto, la esencia de la distinción no es otra que destacar que, en relación con el sujeto pasivo de un vínculo obligacional, sólo es posible hablar, propiamente, de responsabilidad personal y no de responsabilidad de cosa\textsuperscript{57}. Esto es, en realidad, no puede hablarse, técnicamente, de garantía personal (como se hace en el caso de la fianza), pues, en estos supuestos, lo que existe, más bien, es un patrimonio que garantizará subsidiariamente el cumplimiento de la obligación, porque su titular, el fiador, en tanto que se ha hecho ulterior responsable de la deuda, es un obligado subsidiario (art. 1822 Cc.).

A nuestro juicio, la trascendencia de la escisión se agota en este punto, puesto que considerada la garantía en sentido amplio, ésta y la responsabi-

lidad constituirían sólo dos extremos de una sola relación jurídica\textsuperscript{58}. Efectivamente, aunque afección

\textsuperscript{57} BETTI (Op. cit., p. 252) aclara que: "Sujetos de responsabilidad sólo pueden serlo las personas, en cuanto sujetos de derecho. Las cosas,... si bien pueden estar "sujetas o sometidas al poder de agresión de un acreedor", o sea, constituir la materia de garantía, no puede decirse correctamente nunca que son responsables".

\textsuperscript{58} Así, BETTI (Op. cit., p. 264), que continúa diciendo que la "ejecución forzosa no es otra cosa que la realización de la responsabilidad y de la correspondiente... garantía que pesa... sobre bienes del responsable".
y garantía sean figuras desiguales, no puede sostenerse que están desconectadas entre sí, ya que, aun antes del incumplimiento de la obligación, el acreedor tiene derecho a que el deudor conserve el patrimonio suficiente para afrontar la prestación debida. Esto significa que el deudor, si bien mantiene el derecho de disponer de sus bienes, no puede actuar en fraude de los derechos de sus acreedores, porque debe conservar la garantía con que cuentan éstos, y, en definitiva, no puede impedir que se haga efectiva la responsabilidad derivada de la obligación.

Ahora bien, lo anterior no supone que el deudor pierda su derecho a disponer libremente de su patrimoni

59 Como indica MESSINEO (Op. cit., p. 14) el derecho del acreedor a la conservación del patrimonio del deudor existe "aun antes de que se llegue a la fase ejecutiva e independientemente de ella...".

60 PACCHIONI (Op. cit., p. 47) explica que: "El deudor, aun quedando titular del propio patrimonio, se encuentra controlado en la libre disponibilidad y administración del mismo, por el hecho que el patrimonio mismo, aun siendo suyo, constituye todavía, a un tiempo, la común garantía de sus acreedores. El podrá, pues, todavía disponer de las cosas y de los derechos comprendidos en el mismo, pero podrá disponer sólo en cuanto no queden perjudicados los derechos de sus acreedores; los cuales mientras,... podrán pedir la anulación de todos los actos realizados por su deudor en fraude de sus derechos...".

61 SCHREIBER (Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik, vol. I, Leipzig, 1914, pp. 162 ss.) estima que el derecho de impugnación correspondiente al acreedor contra los actos jurídicos del deudor, lesivos de su derecho, se puede y debe considerar como una consecuencia de la responsabilidad.
monio\(^{4}\); sino, sólo, que no puede dilapidarlo en perjuicio de sus acreedores. Por ello, aunque no pueda hablarse técnicamente de que el obligado está sujeto a un riguroso control\(^{6}\) en su actividad jurídica (como, por ejemplo, el declarado pródigo, el concursado, etc.), sin embargo, sí que existe, en cierto modo, una limitación a su libre arbitrio\(^{4}\), pues, no puede realizar los llamados "pagos anticipados" del art. 1292 Cc., sus disposiciones gratuitas se presumen fraudulentas (art. 1297 Cc.), etc.

En definitiva, no es sólo que el proceder jurídico del deudor deba estar siempre presidido por el principio de la buena fe, sino que hay algo más: se trata de que el obligado debe abstenerse de verificar cualquier acto que, consciente o inconscientemente, pueda perturbar la garantía de los acreedo-


\(^{6}\) Es lo que llama PACCHIONI (Op. cit., p. 47) el "controllo gestorio", al que considera, inadmisiblemente, como consecuencia de una especie de derecho real de los acreedores sobre el patrimonio del deudor.

\(^{4}\) Para FERRARA (Op. cit., p. 376) la libertad de acción del deudor "está sacrificada sólo en lo que respecta a la prestación..."; esto es, en lo que se refiere al mantenimiento del derecho del acreedor a la prestación.
res; todo lo cual es consecuencia del componente responsabilidad derivado de la relación obligatoria.

Finalmente, podemos indicar que la diferencia entre las nociones de responsabilidad y garantía se perfila claramente cuando se constituyen derechos reales de garantía\(^6\). Mediante estos derechos (fundamentalmente los de hipoteca y prenda) se logra que la abstracta responsabilidad patrimonial del deudor se concrete en determinados bienes, los cuales quedan afectos aun en el caso de que saigan del patrimonio responsable. Aunque en estos supuestos quede a salvo, también, la afección ilimitada del caudal del obligado (art. 105 LH), el acreedor cuenta con la garantía concreta de ciertos elementos patrimoniales para satisfacer, íntegramente, su derecho de crédito.

Pues bien, en todas estas hipótesis indicadas el sujeto responsable sigue siendo el propio deudor, que responde con su haber íntegro (es la afección), mientras que la garantía, los bienes ejecutables en beneficio de los acreedores, queda anticipadamente especificada en el objeto sobre el cual éstos pueden

\(^6\) SCHREIBER (Op. cit., p. 183) considera que mientras "la garantía es un derecho subjetivo, que el titular tiene porque su crédito o el de un tercero ha quedado insatisfecho; ... aquélla (es) un derecho relativo (garantía obligacional) o un derecho absoluto (garantía real)", en cambio, la responsabilidad es un deber responder del incumplimiento del débito.
dirigirse con preferencia\textsuperscript{66}. Es en este momento donde la distinción entre responsabilidad y garantía adquiere su auténtica dimensión pues, como ya se ha dicho, entendida la garantía en sentido general se confunde, prácticamente, con la propia afección\textsuperscript{67}.

1.4. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD.

El hecho de que, incumplida la obligación, el acreedor puede dirigirse contra el patrimonio del deudor ejecutándolo, no implica que la responsabilidad suponga un derecho real sobre el patrimonio del deudor, o sea, un poder directo e inmediato sobre los bienes de éste, ya que la afección tiene un ámbito distinto.

En el Derecho actual, frente al antiguo, el deudor ya no responde de sus deudas con su propia persona física (o bien con la integridad física de un tercero), sino con su patrimonio; y ello no supone que el acreedor tenga una especie de derecho real

\textsuperscript{66} BETTI (Op. cit., p. 269) asegura que en estas hipótesis, "la garantía como destino objetivo de la cosa, existe... en tanto que la cosa misma no perezca".

\textsuperscript{67} Así, el art. 1911 del CC. cuando dice: "Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros". Es más, para ALBALADEJO ("Derecho de Obligaciones", Curso de Derecho Civil Español, vol. II, Barcelona, 1984, p. 11), dicho precepto une deuda y responsabilidad.
de garantía sobre el haber del obligado. El patrimonio presente y futuro del deudor constituye la garantía general para todos los acreedores, pero no representa un auténtico derecho real de garantía hasta que no se formaliza concretamente una prenda, una hipoteca, etc. La prueba está en que el acreedor, mientras no obtiene un específico derecho real de garantía, no cuenta con un derecho de reipersecutoriedad de los bienes del deudor frente a terceros, ni con un rango preferente respecto a otros acreedores, sino que todos éstos, en principio, son iguales, sin distinción alguna.

Es más, desde el punto de vista de la práctica jurídica, si el acreedor tuviera por el simple hecho de la obligación un derecho real de garantía general sobre el patrimonio del obligado, no habría necesidad de procurarse un derecho especial de garantía, bien de prenda, bien de hipoteca, pues, entonces, no se haría más que restringir un derecho que era universal sobre todo el haber del deudor.

Por todo ello, cuando el acreedor, a través de

---

48 GIERKE (Deutsches..., III, cit., p. 20) concreta que: "... la responsabilidad patrimonial no funda nada en ninguna Gewere, ni ningún derecho real, ni siquiera una expectativa de señorío real sobre los objetos del patrimonio, pues ninguno de ellos, por la vinculación del patrimonio en su totalidad, se encuentra en una situación de vinculado". Del mismo modo piensan MESSING (Op. cit., pp. 17-19), KOSLER (Op. cit., pp. 167 ss.), etc.

49 Salvo las preferencias crediticias o privilegios que nacen de los arts. 1921 ss. del CC.
la ejecución forzosa del patrimonio del deudor, hace efectiva la responsabilidad, no ejercita un derecho real preexistente, sino que hace uso de su derecho subjetivo a obtener la prestación o su equivalente pecuniario. En definitiva, utiliza su derecho de crédito, derecho personal que, no obstante, se traduce en un poder de agresión sobre el patrimonio del obligado.

Sin embargo, hay que apuntar también la idea esencial de que, a pesar de que la responsabilidad no funde un genuino derecho real, tampoco se trata de una simple expectativa legítima del acreedor para conseguir la prestación. El sujeto activo del vínculo obligacional tiene un auténtico derecho subjetivo que le permite reclamar el cumplimiento de la obligación, y, en caso de no producirse su total satisfacción, le faculta para proceder contra el deudor demandando la ejecución sobre el patrimonio de éste. De este modo, pues, puede mantenerse, sin ningún género de duda, que el acreedor tiene, en

---

70 MITTI (Op. cit., pp. 262 y 277) asegura que: "A la responsabilidad... corresponde, por parte de ... (la) persona en cuyo favor se constituye la responsabilidad, una expectativa de satisfacción...", que no un verdadero derecho resultante de un propio deber del deudor. Y GANGI (Op. cit., pp. 322-323) entendiendo el deber en sentido estricto, apostilla que la "expectativa del acreedor no es un verdadero y propio derecho subjetivo, en el sentido de poder exigir de una persona un determinado comportamiento, sino es sólo, una expectativa legítimamente fundada".

razón de su propio crédito, derecho a la ejecución como modo de satisfacción de la prestación\(^7\).

En definitiva, la afección del patrimonio del deudor a la realización de la relación obligatoria aunque supone un derecho del acreedor, no se trata de un especial derecho real de garantía\(^7\), ni, concretamente, de una hipoteca global\(^4\) o de una prenda colectiva\(^5\) sobre los bienes del obligado. Las razones que fundan esta opinión, además de las apuntadas anteriormente, estriban, de un lado, en que los derechos reales de garantía necesitan para su creación un acto específico (por ejemplo, la hipoteca precisa escritura pública e inscripción en el

\(^7\) BARASSI (Op. cit., p. 11) concluye que cabe negar que "subsista una relación jurídica obligatoria" en aquellos supuestos en los que "falta un derecho a la prestación".

\(^1\) PACCHIONI (Op. cit., p. 46) conceptúa el derecho del acreedor sobre los bienes del deudor como "un derecho de garantía sui generis, que trae su particular fisonomía de las especiales disposiciones positivas" que lo regulan.

\(^4\) Como sostiene KIPP (Impugnación de los actos "in fraudem creditorum", en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español, R.D.P., 1924, pp. 1-2): "El patrimonio del deudor responde a los acreedores mediante la posibilidad de cobrarle de él por vía de ejecución judicial, pero sin que por ello gocen éstos de una hipoteca general sobre sus bienes".

Registro de la Propiedad)\textsuperscript{15}, y es sólo a partir de este momento, cuando la genérica garantía con que contaba el acreedor para hacer efectivo su derecho de crédito (el íntegro patrimonio del obligado), se delimita con preferencia en el bien o bienes que integran el instaurado derecho de garantía. En cambio, la afección genérica del total patrimonio del deudor surge desde que nace el débito, sin que sea preciso un hecho posterior que la formalice.

De otro lado, es claramente apreciable que, mientras el derecho del acreedor originado por el vínculo obligacional no puede anteponerse a ningún otro acreedor (fuera de los casos de preferencia crediticia a los que ya hemos aludido), ni a ninguna otra persona; la facultad que emana de un derecho real de garantía, puede hacerse valer contra cualquiera, especialmente contra aquel tercero que sea poseedor o incluso propietario de los bienes objeto

\textsuperscript{15} En este punto es conveniente destacar que, a diferencia de lo que ocurría en nuestro antiguo derecho, donde existían las hipotecas generales y tácitas, la legislación hipotecaria moderna las ha suprimido en beneficio del tráfico jurídico; sometiéndolas también a las hipotecas a los principios de publicidad y especialidad. Así, DE COSSIO (Instituciones de Derecho Civil, vol. 20, Madrid, 1975, pp. 668-669) refiriéndose a las hipotecas legales afirma que: "... salvo en casos excepcionales, como el de la hipoteca que asegura los tributos de la última anualidad, o el premio del asegurador... (de los dos últimos años), no existen en nuestro derecho actual las antiguas hipotecas tácitas, o, lo que es lo mismo, aun en los casos en que la Ley ordene su constitución, la misma no se produce por virtud del mero precepto legal, sino que exige además el otorgamiento de correspondiente título inscribible, sin el cual carecerán en absoluto de eficacia."
de la garantía.

Ciertamente, si la garantía de que goza el acreedor (que brota, como sabemos, de la responsabilidad) es genérica (pues abarca todo el patrimonio presente y futuro del deudor, sin distinción de bienes), es ilimitada (ya que recae sobre todo el caudal del obligado, sin exclusión de ninguna cosa); la garantía que emerge de un señalado derecho real es concreta (sólo se puede hacer efectiva en los bienes que la sustentan) e, incluso, puede ser limitada (pues cabe la posibilidad de constituir la llamada hipoteca de responsabilidad limitada del art. 140 de la L.H., de modo que el acreedor únicamente podrá realizar su derecho dirigiéndose, exclusivamente, contra los bienes hipotecados).

Por lo que se refiere a otro aspecto del alcance de la responsabilidad, podemos concluir que, como ya se ha analizado, la afección, ni tiene un carácter preeminentemente sobre el débito ni, tampoco, puede considerarse en un plano inferior a éste. Asimismo:

---

77 Cfr. apartado 1.2.3. de este Capítulo.

78 De este modo, CRISTOBAL MONTES: Op. cit., p. 25. En contra, entre otros, BINDER (Zur Lehre..., cit., 1926, pp. 75 ss. y 1927, pp. 163 ss.) y STROHAL (Schuldübernahme, Jhering’s Jahrbücher für die Dogmatik, 1910, p. 302), quienes, a pesar de mantener la ligazón entre deuda y responsabilidad, no obstante, piensan, el primero, que en la relación obligatoria el elemento esencial lo constituye la responsabilidad, y el segundo, que el mérito de la doctrina germanística consiste en haber colocado la responsabilidad en el centro del vínculo obligacional.
mismo, como comprobaremos\(^9\), la responsabilidad surge con la deuda, siendo anterior al incumplimiento del mismo.

Por otra parte, puede afirmarse también que la responsabilidad nacida de la obligación tiene un alcance personal y patrimonial. Cuando se dice que el deudor tiene responsabilidad personal no significa, como ocurría en el primitivo Derecho Romano, que el acreedor tenga un verdadero poder sobre el obligado, sino, tan sólo, que el sujeto activo del vínculo obligacional, el acreedor, puede reclamar del sujeto pasivo, el deudor, una específica actuación\(^8\) de dar, hacer o no hacer alguna cosa (art. 1088 Cc.).

Por lo que se refiere a la afección patrimonial, ésta implica que en caso de incumplimiento de la obligación, la responsabilidad alcanza al patrimonio del obligado que responde íntegramente, concretándose, entonces, la garantía con la que contaba el acreedor. Es por ello por lo que no puede hablarirse, propiamente, de una simple responsabilidad patrimonial del deudor\(^1\). El obligado responde perso-

\(^9\) En el apartado 2.2.1. de este Capítulo.

\(^8\) BARASSI (Op. cit., p. 15) apunta que la "obligación del deudor no es más que la correlativa expresión del... señorío (del acreedor), esto es, del derecho de crédito".

\(^1\) Así, STROHAL (Schuldberechtigung, cit., pp. 295 ss.), piensa que deben distinguirse la responsabilidad personal y (continúa...)
nalmente del cumplimiento de la obligación, a él puede reclamarse únicamente la prestación, lo que ocurre es que el respaldo del acreedor, en caso de insatisfacción de su derecho, consiste en poder dirigirse contra el patrimonio de aquél, o contra el de un tercero que sea garante subsidiaria o solidaria.

Finalmente, podemos indicar que el elemento responsabilidad de la relación obligatoria puede tener también una doble lectura, activa y pasiva. Desde el punto de vista activo, la afección supone para el acreedor, el poder de dirigirse contra el íntegro patrimonio del deudor para cobrar cuanto se le adeuda. En su lado pasivo, la responsabilidad implica para el deudor, que su patrimonio garantiza la ejecución que sobre el mismo puede conducir el acreedor. De modo que aquí vuelve a manifestarse la identidad de fondo existente entre los términos afección y garantía, considerada ésta en su aspecto general, ya que, en definitiva, la responsabilidad del

...continuación

patrimonial del deudor, ya que el derecho del acreedor de satisfacer su crédito sobre el patrimonio del deudor no es un derecho inmediato que el acreedor tiene sobre el patrimonio mismo; sino que se trata de un derecho mediato, que sólo se ejercita a través de la persona del deudor. Opinión que reitera en su obra, Schuldpflicht..., cit., pp. 26 ss.

Así lo entiende DIEZ-PICAZCO (Op. cit., p. 342), para quien la "responsabilidad... consiste, desde el lado del acreedor, en el poder que le es atribuido, y desde el lado del deudor, en la sujeción a las consecuencias del ejercicio de aquel poder".  

45
deudor al cumplimiento de la obligación, se corres-
ponde con la garantía que supone su íntegro patrimo-
nio, presente y futuro (art. 1911 Cc.).

2. LAS TESIS DEFENSORA Y NEGADORA DE LA SEPARACION
ENTRE DEUDA Y RESPONSABILIDAD EN LA OBLIGACION.

2.1. LÍNEAS INTRODUCTORIAS.

Desde que BRINZ iniciara la teoría de la escli-
sión en 1874\(^3\), han sido muchos los autores que han
venido distinguiendo entre débito o deuda (*debitum,
*Schuld*, por un lado, y garantía o responsabilidad
(*obligatio, Haftung*)\(^4\), de otro, en la relación o-
bligatoria. Esta postura doctrinal parte, en su ori-
ginaria formulación, de que son totalmente distintos
y autónomos dichos elementos de la obligación, en-
tendiéndose la *Haftung* como la afección especial de
un sujeto o de un objeto a la realización de los
intereses del acreedor; mientras que la *Schuld* sería

\(^3\) En su obra "*Der begriff obligatio*", Grünhuts Zeitsch-
rift für das Privat-und öffentl. Recht der Gegenwart, vol. I,
1874, pp. 11 ss.

\(^4\) Esta terminología es empleada por CASTAN: "*Derecho de
Obligaciones*", Derecho Civil Español, Común y Foral, puesta al
un deber de cumplir algo por parte del obligado\textsuperscript{95}.

La explicación de esta dualidad ha tenido claros exponentes y diversos fundamentos, tanto en la doctrina alemana (AMIRA\textsuperscript{66}, GIERKE\textsuperscript{67}, ISAY\textsuperscript{68}, SCHWERIN\textsuperscript{69}, etc.), como en la italiana (BETTI, GANGI, PACCHIONI, ROCCO, etc.\textsuperscript{70}); no así en la española donde, al decir de algunos, no ha habido ni brillantez, ni profundidad en el estudio de este punto\textsuperscript{71}.

Los orígenes de esta diversificación como independientes de los componentes del vínculo obligacional, se buscan en el Derecho Romano. Ciertamente, como se ha visto ya\textsuperscript{72}, en el Derecho Romano primitivo no coincidían debere y obligatio. Mientras el debere requería únicamente para su constitución un simple pacto o promesa, la responsabilidad u obliga-

---

\textsuperscript{66} De este modo, BRINZ (cit. por BETTI: Op. cit., p. 250, not. 1) entendía la Haftung como "el hecho por el que alguien –o persona o cosa– está destinado (bestimmt) a servir de satisfacción a otro –acredor– por algo (etwas)"; en cambio, la Schuld la concebía como el "deber de prestación (Leistungsa-

\textsuperscript{67} Deutsches..., III, cit.

\textsuperscript{68} Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht (Vortrag, gehalten vor der juristischen Gesellschaft zu Berlin am 25 Juni 1904), Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik, vol. 48, 1904, pp. 187 ss.

\textsuperscript{69} Deutsche..., cit., pp. 101 ss.

\textsuperscript{61} Cfr. las obras ya citadas de todos estos autores.


\textsuperscript{72} En el apartado 1.2.1. de este Capítulo.
tio, exigía un contrato especial, del cual surgía la afección física del deudor u otra persona. Este es el esquema esencial que la susodicha doctrina pretende trasladar al derecho actual.

Partiendo de estos datos históricos (los autores mencionados se esfuerzan en demostrar la existencia de la separación en los más remotos derechos, tales como el griego, el babilónico, etc.), la doctrina que mantiene en la obligación moderna la escisión entre deuda y responsabilidad, tiene una línea fundamental y común: partir esencialmente de una concepción objetiva de la afección (Haftung), de modo que sea factible independizarla del débito (Schuld).

---

93) PACCHONI (Op. cit., p. 8) advierte que el nexus u obligatio era una "relación diversa y distinta del débito mismo, y más precisamente, una relación autónoma, que venía separadamente constituida, al objeto de asegurar mejor al acreedor...".


96) GIERKE (Deutsches..., III, cit., pp. 8 ss.) piensa que la relación de débito se agota en la idea de deber, pues no da al acreedor ningún poder para exigir el cumplimiento, ya que para ello es necesaria otra relación más, la responsabilidad. Y en la doctrina italiana GANGI, que es quien más ha profundizado... (continúa...
Para este sector doctrinal, la relación de débito comportaría una doble obligación: de un lado, el deber que tiene el deudor de realizar la prestación (el deber-prestar, Leistungssollen); de otro, el deber del acreedor de recibir la propia prestación (el deber-recibir, Bekommensollen).

Por tanto, al estar dotado el débito de una doble relación, tiene entidad propia e independiente y no implica coacción alguna, pues para que ésta tenga lugar se necesita un enlace distinto: el que surge de la responsabilidad.

A su vez, la afección, que nace después del incumplimiento de la obligación, se configura como un vínculo diferente al del débito, y a través del cual queda afecto el deudor, o mejor dicho, su patrimonio, a la satisfacción del interés del acreedor.

96 (continuación)

zado en esta materia (como dice BETTI: Op. cit., p. 252), sostiene que: "... la distinción entre débito y responsabilidad, elementos constitutivos de la relación obligatoria... ayuda indudablemente a la determinación del concepto y de la esencia de la obligación... (pero también tiene) otras ventajas dogmáticas... (y) sistemáticas" (Op. cit., p. 366). SCHWEBERIN (Schuld... cit., pp. 39 ss.) concreta la importancia dogmática de la separación: conceder regulación propia y suficiente a las relaciones de responsabilidad consideradas aisladamente (fianza, etc.).

97 En este sentido se pronuncia GANOI (Op. cit., p. 7): "Débito (Schuld), en el sentido del derecho alemán y en su más amplio significado, supone "deber jurídico" (rechtliches Sollen). En sentido más estricto y técnico débito significa el débito por sí solo, o sea, una relación jurídica independiente, por sí sola, que tiene por contenido un deber jurídico".
Para algunos autores, se ha visto\textsuperscript{11}, lo esencial en la obligación es el débito, pues en él radica el centro de gravedad de aquélla, y su carácter jurídico. Para otros, en cambio, la responsabilidad es primordial en el seno de toda relación obligatoria, pues sin ella no habría forma de compelir jurídicamente al deudor al cumplimiento de su deber; ni, por otro lado, sería posible diferenciar los débitos jurídicos de aquellos otros que no tienen este carácter.

En definitiva, esta posición doctrinal mantiene, fundamentalmente, cualquiera que sea su especial variante, que los componentes de la relación obligatoria no tienen porqué estar conectados, ya que operan en periodos distintos y pueden darse aisladamente, sin nexos alguno y con autonomía plena\textsuperscript{19}.

De otra parte, los autores defensores de la escisión de los elementos deuda y responsabilidad en

\textsuperscript{11}Cfr. apartado 1.2.3. de este Capítulo.

\textsuperscript{19}A nuestro juicio, BETTI (Op. cit., p. 261) expone claramente la dualidad débito-responsabilidad como elementos independientes e, incluso, autónomos ya que puede, según él, admitirse una "relación de responsabilidad en sí misma considerada, hecha abstracción de la existencia de una concomitante relación de débito, que también puede faltar, al menos \textit{ab initio}, y acaso puede surgir solamente en una cierta eventualidad (débito secundario)". Y aún más, convencido de la certeza de su tesis llega a exclamar: "Están por eso en un error aquellos que afirman inconcebible una deuda jurídica separada de la responsabilidad; pero aún incurren en un error más grave aquellos --en especial los germanistas-- que, aun manteniendo con firmeza la distinción conceptual entre débito y responsabilidad, conciben la responsabilidad como necesariamente concomitante a un débito" (p. 281).
la obligación, basan también su argumentación en la existencia de multitud de casos en los que, supuestamente, se manifiestan el débito sin la afección, o bien, la afección sin débito; figuras éstas que analizaremos después detenidamente.

No obstante, hemos de apuntar que, a pesar de los esfuerzos realizados por esta doctrina para justificar la utilidad de la separación entre deuda y responsabilidad, la mayoría de ella no tiene más remedio que reconocer que, en su aspecto normal, el vínculo obligacional precisa de los dos elementos mencionados. Es por ello que los pretendidos supuestos de débito sin afección o de afección sin débito, sólo suponen excepciones anómalas que no hacen más que confirmar la regla general: que donde hay deuda hay responsabilidad y viceversa106.

Además, como quiera que esto es así, también la generalidad de los indicados autores sustenta que, en la normalidad de las relaciones obligatorias, la responsabilidad aparece al mismo tiempo que el débito y no sólo en el hipotético caso de que la obliga-

---

106 GANDI (Op. cit., p. 148) admite que un punto "sobre el cual todos los mantenedores de la distinción están, no obstante las divergencias en aspectos particulares, de acuerdo, es que... en el derecho vigente la relación de débito se encuentra normalmente unida con la relación de responsabilidad, y que ésta... (es) normalmente una consecuencia de aquélla...".
ción quede incumplida\textsuperscript{101}.

Como consecuencia de la quiebra de la tesis disagregadora de los elementos deuda y responsabilidad en la obligación, surge la teoría contraria, defendida también por una ingente cantidad de autores, tanto en la doctrina alemana (así, KOHLER\textsuperscript{102}, KRÖCKMANN\textsuperscript{101}, LARENZ\textsuperscript{104}, SIBER\textsuperscript{105}, etc.), como en la italiana (así, BARASSI\textsuperscript{106}, FERRARA, GIORGIANNI, MESSINEO, etc.). Estos autores parten de la relación indisoluble entre débito y afección, y hasta tal punto es hoy dominante su postura que, en la doctrina más moderna, o bien se manifiesta la escasa importancia actual de la distinción\textsuperscript{107}, o bien se habla, sin reparos, de que se trata de una diferen-

\textsuperscript{101} Incluso Betti (Op. cit., p. 367), llega a intuir que la “expectativa de realización forzosa... está preconstruida, es decir, (es) preexistente al nacimiento de la exigibilidad y del débito líquido...”.


\textsuperscript{103} Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik, vol. 57, 1910, p. 1 ss.; y vol. 59, 1911, pp. 20 ss.

\textsuperscript{104} Op. cit.

\textsuperscript{105} Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht, Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik, vol. 50, 1906, pp. 55 ss.

\textsuperscript{106} La teorie generale..., op. cit.

\textsuperscript{107} Cfr. respecto de estos últimos sus obras ya citadas.

ciación acabada\textsuperscript{108}.

Así, por ejemplo, KRÜCKMANN\textsuperscript{10} advierte que la responsabilidad es inmanente al débito, de modo que todo débito jurídico supone un deber prestar provisto de coactividad, es decir, un deber prestar acompañado de responsabilidad. Para este autor, el simple deber prestar (Leistensollen) no tiene, jurídicamente, importancia alguna. Para que el deber prestar adquiera importancia jurídica debe ligarse con una constricción (Müssen), o sea, debe ir seguido por la coactividad. En este deber prestar provisto de propia coactividad consiste la responsabilidad, la cual, precisamente por ser inmanente al débito, puede considerarse como responsabilidad en el débito.

Del mismo modo, FERRARA\textsuperscript{111} mantiene la necesaria conexión entre deuda y responsabilidad porque todo débito supone coacción para hacerlo efectivo, ya que, en otro caso, el derecho del acreedor sería un derecho ilusorio. Y MESSINEO defiende que no cabe una deuda sin responsabilidad, ya que, en otro caso, no estaríamos en presencia de una auténtica obligación jurídica, pues ni siquiera conceptualmente po-

\textsuperscript{108} CRISTOBAL MONTES (Op. cit., p. 14) habla de tesis "en franco retroceso cuando no exclusión".
\textsuperscript{111} Op. cit., p. 309.
dría hablarse de una deuda que no llevara aparejada una necesaria afección\textsuperscript{112}.

En definitiva, puede afirmarse que hoy predomina entre los autores la concepción unitaria de la obligación, de manera que no es posible comprender los componentes deuda y responsabilidad sino como integrantes necesarios de cualquier relación obligatoria\textsuperscript{113}.

2.2. LOS ARGUMENTOS BÁSICOS DE LA TEORÍA DE LA ESCISIÓN ENTRE DEUDA Y RESPONSABILIDAD EN LA OBLIGACIÓN, Y LA RÉPLICA DE LA DOCTRINA CONTRARIA.

2.2.1. La configuración del débito y la afección como figuras autónomas.

La teoría que propugna la escisión entre los elementos deuda y responsabilidad en la obligación, parte de una premisa esencial, a saber: que el débito no implica siempre coacción, ni ésta supone, en

\textsuperscript{112} En este sentido, este autor (Op. cit. p. 12) afirma que una "deuda desprovista de la responsabilidad, o sea, de la sanción que acompaña el eventual incumplimiento, es algo que está fuera del terreno jurídico y no crea una relación jurídica"; pues, incluso, "desde el punto de vista conceptual, es difícil imaginar una deuda a la que no corresponda una responsabilidad".

\textsuperscript{113} HEDEMANN (Op. cit., p. 80) sostiene que hay que partir de la "identidad sustancial entre débito y responsabilidad".

54
todo caso, un débito actual. El principal apoyo de esta tesis radica en la consideración del débito como una relación particular, con estructura propia, de modo que no implica responsabilidad alguna. Así, el deber estaría integrado por un doble elemento: de un lado, el deber prestar del deudor, u obligación del obligado al cumplimiento exacto del vínculo obligacional; de otro, el deber recibir del acreedor, por el cual éste debe realizar cuanto sea necesario para que el deudor pueda quedar liberado de su prestación, oportunamente ofrecida. Este contenido propio sería suficiente para concebir el deber como una relación jurídica especial y autónoma, de manera que aquí se agotaría la idea del débito, sin que pueda surgir del mismo ninguna responsabilidad o

114 GANGI (Op. cit., p. 9) asegura que si la "responsabilidad... no es consecuencia inmediata y necesaria del débito, tampoco el débito, por sí solo, es causa de responsabilidad. La responsabilidad tiene su origen o en un estado jurídico general, del que surge... un poder de agresión, o en un particular negocio jurídico". Igualmente, GIERKE (Deutsches..., III, cit., pp. 33 ss.) admite que débito y responsabilidad son siempre independientes entre sí, pues débitos de la misma naturaleza pueden venir garantizados con diversas especies de responsabilidad; y responsabilidades de la misma clase pueden surgir por diferentes especies de débito.

115 GANGI (Op. cit., p. 171) sustenta que: "Por débito... puede entenderse... aquella relación jurídica... (consistente) en un deber prestar del deudor y en un deber recibir del acreedor. Y el deber prestar y el deber recibir pueden ser entendidos en modo independiente de cualquier responsabilidad o garantía por el incumplimiento...". Para SCHWERIN (cit. por GANGI: Op. cit., p. 73) el débito es ante todo un débito del acreedor, esto es, un deber recibir, por lo que puede faltar el deudor (en contra, GIERKE: Deutsches..., III, cit., pp. 10-11).
garantía\textsuperscript{116}, las cuales requerirían un acto diferente para su constitución\textsuperscript{117}.

Entendido de este modo el débito, se sostiene que el deber será jurídico, no porque implique responsabilidad, sino porque esté reconocido por el Derecho\textsuperscript{118}, sin que sea preciso que la reacción de éste consista, concretamente, en una coacción. El deber (para unos el deber prestar, para otros el deber recibir, como ya se estudió\textsuperscript{119}), tiene tal entidad que basta por sí solo para producir efectos jurídicos.

\textsuperscript{110} SCHEIBER (cit. por GANGI: Op. cit., pp. 124-125) aunque entiende el débito como una imposición del Derecho a un sujeto jurídico para que efectúe una determinada acción, es decir, como una orden jurídica, a pesar de ello, considera que no lleva aparejado los medios jurídicos para ejecutar dicho mandato, pues para esto ha de existir la responsabilidad.

\textsuperscript{117} No faltan, tampoco, tesis intermedias como la de BETTI (Op. cit., pp. 287-288), que entiende la conjunción entre deuda y responsabilidad de modo orgánico y no mecánico, esto es, "para que el deber pueda calificarse como obligación en sentido estricto... (es preciso) que el precepto que impone el deber de prestación sea en sí mismo (directamente)... coercible, ... o sea, que la misma prestación debida sea susceptible de ejecución forzosa directa". En contra, por ejemplo, PACCHIONI (Op. cit., p. 17), para quien también supone una verdadera obligación jurídica aquélla de la que surge el derecho del acreedor de actuar "sobre el patrimonio del deudor, para obtener, no ya la prestación no ejecutada, sino su valor económico".

\textsuperscript{118} BETTI (Op. cit., p. 271) reconoce que: "El deber jurídico se diferencia de los otros deberes por esto: que es creado, o al menos reconocido en algún modo, por una norma de Derecho...". Por su parte, GANGI (Op. cit., p. 171) estima que deber prestar y deber recibir pueden entenderse como "jurídicos, no ya porque el derecho concede una reacción cualquiera por el incumplimiento del deber prestar, sino únicamente porque el derecho de cualquier modo reconoce su existencia".

\textsuperscript{119} En el apartado 1.2.3. de este Capítulo.
De esta forma se consigue, como mantienen los partidarios de esta tesis que obligaciones que no llevan aparejada responsabilidad (como, por ejemplo, las obligaciones naturales), puedan ser consideradas como auténticas relaciones jurídicas obligatorias.

En definitiva, comprendida la relación de débito, en sí misma considerada, como independiente y autónoma, para que tenga lugar la coacción hay que situarse en otra relación diferente: la relación de responsabilidad\(^\text{12}\). La afección no nace del reconocimiento que del deber hace el ordenamiento jurídico, sino de una especial relación que se configura separadamente y, por la cual, responde del cumplimiento de la obligación el patrimonio íntegro del obligado.

Como consecuencia de la virtualidad autónoma de los componentes deuda y responsabilidad, otro sector doctrinal afirma que no es necesario que la coacción aparezca al tiempo del nacimiento del débito. La responsabilidad, al tener también entidad propia, puede manifestarse, bien autónomamente, o bien en un momento distinto al de la deuda. También puede suceder que ambos elementos de la obligación tengan una duración diferente, permaneciendo el débito aunque

\(^{12}\) En concreto, SCHWERIN (cit. por GANO): Op. cit., pp. 73-74) asegura que el débito, por sí, no implica la coacción, la garantía, pues éstas se salen del concepto del deber, ya que la coacción y la garantía constituyen el contenido de una relación distinta: la responsabilidad.
se extinga la afección o, incluso, subsistiendo ésta sin que exista un débito actual[11]. Por todo ello, en la normalidad de los supuestos, la responsabilidad aparecerá con ocasión del incumplimiento de la relación obligatoria[11] y no desde el mismo instante en que brota la propia deuda.

A su vez, esta relación de responsabilidad tiene características especiales. De una parte, ciertos autores, movidos por la desconexión existente entre débito y responsabilidad en la obligación, llegan a afirmar que no sólo puede darse la sujeción personal del deudor, sino que también puede admitirse la responsabilidad propia de una o varias cosas que estén especialmente destinadas a garantizar la satisfacción del vínculo obligacional[11]. De esta ma-

[11] Para Gangi (Op. cit., p. 152) existen casos en los que la responsabilidad nace después del débito: cuando una deuda ya existente se garantiza con una prenda; y, también, supuestos en los que la responsabilidad cesa antes que el débito: cuando cesa la afección del fiador antes del vencimiento de la deuda por las causas legalmente establecidas.

[12] Betti (Op. cit., p. 286) precisa que el "débito, desde el momento en que es actualmente exigible, da lugar a ... (la responsabilidad)".

[13] De nuevo, Gangi (Op. cit., pp. 188-189) defiende que el "que se pueda hablar de una responsabilidad de cosa en analogía con la responsabilidad personal, se prueba ... (por el) hecho que, también según el derecho moderno, así como en el derecho antiguo (en relación con éste, Brunner y Scherlin: Op. cit., p. 215; advierten que: "No sólo puede responder una persona, sino que, según el lenguaje usado en las fuentes, puede responder también una cosa".), el acreedor, en caso de incumplimiento del débito, puede a veces buscar la propia satisfacción no sólo sobre el patrimonio del deudor o de un tercero, sino también sobre determinadas cosas del deudor (continúa...)"
nera, la afección, entendida como sometimiento al cumplimiento de la obligación, no es exclusiva de la persona del deudor, sino que también puede alcanzar a bienes. Con esta concepción culmina la total escisión entre débito y responsabilidad, ya que si el débito se circunscribe a un deber prestar y a un deber recibir que incumben respectivamente, y con carácter personal, al deudor y al acreedor; la responsabilidad, en cambio, puede conformarse no sólo sobre una persona, sino también sobre una cosa, que responderá de la obligación cualquiera que sea su titular.  

Todas las consideraciones anteriores encuentran una réplica suficiente, a nuestro juicio, en la tesis negadora de la separación entre los componentes deuda y responsabilidad en la obligación. Así, debe partirse de la premisa de que todo débito implica afección, de igual manera que toda afección presupone un débito, pues, en puridad, ambos elementos no son sino dos aspectos de un mismo fenómeno o situ

---

12) (...continuación) mismo o de terceros, vinculadas precisamente en garantía del cumplimiento del débito... (por ello la responsabilidad de cosa consiste en) el sometimiento de una cosa al poder de agresión del acreedor para el caso de incumplimiento del débito".  

14) A nuestro modo de ver, es más aceptable la idea de STROHAL (Op. cit., pp. 295-296) quien piensa que, en la actualidad, lo que ocurre es que la responsabilidad personal del obligado supone responsabilidad patrimonial, y puede recaer sobre todo el patrimonio, sobre un patrimonio especial o sobre un objeto singular.
ción, y brotan de la propia obligación. Por consiguiente, deuda y responsabilidad conforman, indudablemente, todo vínculo obligacional, ya que constituyen relaciones jurídicas íntimamente conexas y fusionadas. Un deber, para que sea auténticamente jurídico, debe ir acompañado de una afección patrimonial del deudor. Igualmente, la responsabilidad forma parte del débito, pues, precisamente porque el obligado debe cumplir la prestación, es necesario que pueda ser compelido a dicho cumplimiento por el acreedor. Por ello, puede afirmarse que un deber que no vaya seguido de una coacción derivada del ordenamiento jurídico, carece de efectividad jurídica. La razón es simple: el puro deber prestar, por sí solo, es, a los ojos del Derecho, jurídicamente irrelevante.

De otro lado, es obvio que, a diferencia de lo

---


124 De esta manera argumenta KRUCKMANN: Op. cit., pp. 30 ss. GIORGIANNI (Op. cit., p. 168) apunta también que: "... el puro débito no es en realidad un verdadero deber jurídico, en cuanto la nulidad a la norma, que es característica de todo deber jurídico, debería ... (implicar, en caso de incumplimiento de aquél, por lo menos), la calificación de ilícito" del propio acto de inobservancia del mismo.
que ocurriese en el primitivo Derecho Romano o en el antiguo Derecho Germánico, en la actualidad, para que exista la responsabilidad en la obligación, no se requiere un acto específico. La deuda se corresponde con una afección ilimitada del patrimonio del deudor, desde el momento del nacimiento del débito. En el Derecho moderno, el derecho de agresión del patrimonio del obligado que tiene el acreedor, es una normal consecuencia de la deuda, siendo inútil y perturbador derivar estos efectos de una relación especial y diferente al mismo débito. La responsabilidad no surge en una etapa posterior a la propia deuda; la afección brota cuando nace la relación obligatoria. La responsabilidad, como elemento esencial del vínculo obligacional, cobra virtualidad jurídica cuando el deber que surge de la obligación queda incumplido. Pero esto no significa que hasta entonces no nace la afección, sino únicamente que es en ese momento cuando se va a hacer efectiva. La


13 GAMS (Op. cit., p. 196) aunque defensor de la separación entre deuda y responsabilidad, no tiene más remedio que admitir que la "responsabilidad no surge sólo con el incumplimiento del débito, sino que se manifiesta, en cambio, ya antes, y precisamente, en el caso de la responsabilidad personal, desde el momento en el que el débito ha surgido...". En esta línea se halla también el propio BETTI: Op. cit., p. 367.
responsabilidad se forma al lado del débito, desde el instante en que se crea la obligación\textsuperscript{13}, pero sólo en el supuesto de que el vínculo obligacional quede incumplido es cuando pueden ejercitarse los derechos derivados de la misma afección; esto es, fundamentalmente, cuando se puede ejecutar judicialmente el patrimonio del deudor\textsuperscript{13}.

Precisamente, es la coercibilidad jurídica la que conforma plenamente al débito, pues, como ya se ha dicho, un deber que no vaya acompañado de una coacción no es un verdadero deber jurídico. Por tanto, la responsabilidad, que se traduce en el poder que el ordenamiento jurídico otorga al acreedor para realizar cuanto se le debe, es condición necesaria de la juricidad de la obligación; le da virtualidad jurídica, aunque, a la postre, no sea imprescindible acudir al juego de la afección\textsuperscript{14}.

\textsuperscript{13} BARASSI (Op. cit., p. 63) sostiene que el deber de prestación y el elemento coactivo "nacen subita y contemporáneamente... (de modo que) el elemento coactivo... desde el principio vive al lado del derecho a exigir la prestación".

\textsuperscript{14} Esto no sólo se observa en nuestro Derecho (art. 1911), sino también, por ejemplo, en el Codice italiano, en el art. 2740, apartado 19; que establece: "El deudor responde del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros"; en relación con el art. 2910, apartado 19; que dispone: "El acreedor, para conseguir cuanto le es debido, puede hacer expropiar los bienes del deudor según las reglas establecidas por el Código de procedimiento civil".

\textsuperscript{15} Como afirma BARASSI (Op. cit., p. 63): "Es claro, en suma, que la posibilidad garantizada por el Derecho de la ejecución forzosa, se entrelaza desde el principio, con el derecho a la prestación: este binomio brota de la relación (continúa...)"
El dato de que, históricamente, la escisión entre deuda y responsabilidad haya tenido mucha importancia, no debe suponer un lastre en la concepción moderna de la relación obligatoria. Si se aceptara hoy dicha teoría disgregadora de los componentes del vínculo obligacional, sólo se lograría desvirtuar el avance que la doctrina y las legislaciones han realizado a lo largo del tiempo.

En todo caso, la distinción entre débito y afición vale para aclarar el concepto de obligación, destacando la virtualidad de ambos elementos, pero sin llegar hasta el extremo de permitir considerarlos como independientes o autónomos, ni siquiera teóricamente.

Ciertamente, aquí reside la mayor aportación que la estudiada doctrina realiza al campo del Derecho de Obligaciones. Para una comprensión adecuada del fenómeno obligatorio es necesario deslindar los conceptos de débito y afición, pues, aunque están

---

134 (continuación) obligatoria, con el efecto de que sus dos elementos se integran reciprocamente. Y así, el derecho eventual al resarcimiento de daños integra el derecho del acreedor a la prestación confiriéndole... la juricidad."


interrelacionados dentro de la relación obligatoria, tienen una acepción propia y distinta. El error radica en intentar valerse de la diversidad conceptual, que existe, para justificar una dicotomía funcional, que no es posible. Es conveniente saber que deuda y responsabilidad son componentes distinguibles dentro de la obligación, y que sirven para explicar su concepto, pero ello no implica que su diferente noción sea suficiente para fundar la posibilidad de que tengan vida por separado.

De otra parte, la escisión tampoco sirve para sustentar los pretendidos supuestos de separación entre deuda y responsabilidad, pues como ahora veremos, dichos casos, o bien se comprenden como figuras excepcionales que no pueden desvirtuar la normal conexión entre dichos elementos, o bien se entienden, como pensamos nosotros, como hipótesis donde no existe una verdadera obligación jurídica (caso de las llamadas obligaciones naturales).

Finalmente, puede concluirse que el enlace entre débito y afección es tan natural, que los autores paladines de la teoría de la escisión, no tienen

18 Como piensa MESSINEO (Op. cit., p. 13), las hipótesis de responsabilidad sin deuda o de deuda con responsabilidad limitada son "fenómenos anómalos, los cuales, si bien muestran la posibilidad de una diversa manera de comportarse el elemento deuda y el elemento responsabilidad, no impiden que, en los casos normales, deuda y responsabilidad incidan sobre el mismo sujeto y en la misma medida; y constituyan solamente aspectos del lado pasivo (único) de la obligación".
más remedio que admitirlo, reconociendo la rareza de las hipótesis contrarias. Y más aún, convencidos del carácter extraordinario que tienen éstas, estos autores confiesan que la obligación moderna tiene, como cualidad normal, la de que la responsabilidad surja naturalmente desde el comienzo de la relación obligatoria.

2.2.2. Las supuestas hipótesis de disgregación de los elementos deuda y responsabilidad, y su crítica.

Otro argumento fundamental esgrimido por la

139 GANGI (Op. cit., p. 22) llega a reconocer la evidencia de que los "débitos con responsabilidad suponen la regla y los débitos sin responsabilidad la excepción". En este sentido, se pronuncia, también, SCHERER: Schuld..., cit., pp. 24 ss. Es por ello, por lo que el mismo BETTI sostiene la existencia, como supuesto normal de relación obligatoria, de las que él llama obligaciones de prestación o debitorias, que llevan aparejada, desde el principio, la responsabilidad. Para este autor (Op. cit., p. 274), la obligación de prestación sería la "figura normal, (tratándose de una deuda)... que es, además, exigible, en cuanto que lleva consigo una responsabilidad a ella unida orgánicamente, que entra en vigor de modo concreto a su incumplimiento como el efecto a la causa".

140 Así, BETTI: Op. cit., p. 332. Quien, además, añade que: "En el Derecho moderno, gracias a la elasticidad de los medios de ejecución forzosa, los dos aspectos de la obligación, débito y responsabilidad, tienden a corresponderse, a conjugarse orgánicamente y a adecuarse perfectamente..." (p. 355). Del mismo modo, DEXLLE (Sprachliches und Sachliches zum R.G.B., Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik, vol. 49, 1905, pp. 51 ss.) después de admitir la legitimidad de la distinción, llega al convencimiento de que la misma tiene más importancia teórica que práctica. Para este autor es claro que, en la práctica, es difícil encontrar un caso en el que con la admisión de la escisión, se obtengan resultados distintos a los que podría llegar negando la misma.
teoría de la escisión entre deuda y responsabilidad, radica en que dicha separación se manifiesta y explica comprobando la multitud de supuestos en que ambos componentes de la obligación se dan con independencia y autonomía en el tráfico jurídico.

Así, los elementos débito y afección pueden y deben considerarse conceptual y esencialmente distintos y separables pues pueden hallarse relaciones de débito sin responsabilidad, y relaciones de responsabilidad sin débito actual\(^\text{[4]}\). Asimismo, ello se confirma observando la existencia de casos en los que, o bien el débito tiene una afección limitada, o bien la responsabilidad se produce en persona distinta al deudor, o bien deuda y responsabilidad tienen una duración diversa o surgen en momentos distintos.

2.2.2.1. Las deudas sin responsabilidad: las llamadas obligaciones naturales.

Por lo que se refiere a los supuestos de débitos sin afección, la doctrina de la separación sostiene que en ellos hay relación de deuda, pero no de responsabilidad, porque aunque continúa el deber, no puede hacerse efectivo en juicio, ni siquiera puede

\(^{[4]}\) Así, entre otros, SCHWERIN: Schuld..., cit., pp. 24 ss.
procederse judicialmente para que se verifique la deuda.

En las hipótesis de débito sin afección existe, dicen, una verdadera orden jurídica, un mandato del Derecho, pero sin responsabilidad por la inobservancia del deber. El ordenamiento jurídico, en estos casos, no impone ninguna obligación coercible, sino que se limita a reconocer la existencia de una relación de la vida real o, a veces, a indicar el procedimiento jurídico al que puede acudir el acreedor[1].

Por contra, a juicio de los partidarios de la posición contraria, esto no es así, pues si hay un deber jurídico, es porque el propio Derecho impone al deudor la realización de la prestación, de modo que no es posible negar, entonces, la responsabilidad como instrumento del acreedor para hacer efectivo su derecho. En realidad, puede sostenerse que si hay obligación jurídica, hay deuda y responsabilidad, por lo que, si falta cualquiera de estos componentes, no existe una auténtica relación jurídica obligatoria[2].


[2] Así lo entiende GIORGIANNI: Op. cit., p. 167. Por su parte, STRÖHAL (Schuldpflicht..., cit., pp. 7 ss.) alega que por débito debe entenderse no ya el deber prestar de cierta persona, esto es, del deudor, enteramente independiente de la posibilidad de una coacción para el cumplimiento de la prestación; sino, en cambio, un deber prestar basado en una responsabilidad... (continúa...)
No obstante, para hacer frente a esta crítica, los defensores de la tesis de la separación acuden al dato de que la relación de débito debe considerarse como una relación independiente, dotada, por sí, de los dos elementos necesarios para que funcione aisladamente: el deber prestar del deudor y el deber recibir del acreedor. Por ello, en los supuestos de débito sin responsabilidad, si bien no existe una verdadera coacción jurídica, sin embargo, se produce también, como en las hipótesis en las que surge dicha afectación, una vinculación entre dos sujetos\(^{14}\). Pero esta última idea tiene una réplica contundente: en las pretendidas hipótesis de deuda sin responsabilidad existe una simple expectativa del acreedor de recibir la prestación, pero no un auténtico deber prestar del deudor. Esto explica que no haya afección, pues no existe un verdadero débito jurídico\(^{15}\). La juricidad del deber deriva de la posibilidad, concedida por el Derecho al acreedor, de que, en caso de insatisfacción de su derecho, pueda agredir el patrimonio del obligado incumpli-

\(^{14}\) (...continuación) la habilidad por débito y mediante ella garantizado. La obligación comprende débito y responsabilidad, es lo que llama: *Schuldpflicht*.

\(^{15}\) GANGI (Op. cit., p. 173) dice que en las indicadas figuras se da "al igual (que en los casos de) débito con responsabilidad... una relación entre dos personas, de las cuales una debe prestar y la otra debe recibir".

\(^{16}\) STROHAL: *Schuldübernahme...*, cit., p. 293.
La sistematización...
dor. Un débito cuya desobediencia no sea castigada por el ordenamiento jurídico, no es, realmente, un genuino deber, ya que si los débitos jurídicos se caracterizan por algo, es, precisamente, por la protección que aquel les dispensa para que puedan hacerse efectivos\(^{146}\).

Por otra parte, la corriente doctrinal que sustenta la virtualidad de los débitos sin afección señala como supuestos primordiales de tales, las llamadas obligaciones naturales\(^{147}\), esto es, aquellas relaciones jurídicas que, a pesar de estar amparadas en algún aspecto por el Derecho, no conceden acción al acreedor para hacerlas efectivas\(^{148}\). Según la doctrina de la separación, esta teoría facilitaría la comprensión de las llamadas obligaciones naturales, ya que éstas podrían concebirse como verdaderas relaciones obligatorias a las que falta-

\(^{146}\) Como dice GIORGIANNI (Op. cit., p. 168): "Cuando... el acto de rebeldía es calificado por el Derecho de perfectamente lícito (o relevante), la verdad es que ningún deber jurídico puede considerarse existente".


\(^{148}\) En la concepción de BETTI (Op. cit., p. 274) la obligación natural sería una "figura anormal, de deuda pura, que es simplemente payable, pero no exigible, en cuanto que no supone una responsabilidad unida a ella orgánicamente".

69
ría, únicamente, el elemento responsabilidad. Para esta orientación doctrinal, estas figuras están admitidas por el Derecho, lo único que ocurre es que el efecto que éste establece no consiste en determinar una concreta coacción, sino en negar la llamada condicio indebiti, de modo que existe ya un elemento suficiente para establecer el carácter jurídico de la relación. El hecho de que el pago realizado por el deudor, sin poder ser compelido al mismo o, incluso, después de prescrita la acción para reclamarlo, no pueda ser repetido a través del ejercicio de dicha condicio indebiti; ni que el...
indicado cumplimiento sea calificado por el Derecho como acto de liberalidad, demuestra que nos hallamos ante una verdadera deuda sin responsabilidad. La protección que establece el ordenamiento jurídico en estos casos, no se produce directamente mediante el establecimiento de medios coactivos, sino a través de una vía indirecta: la exclusión de la mencionada condicio.

No obstante, a pesar de la aparente viabilidad de este discurso, los autores que lo sustentan olvidan un dato fundamental: no puede hablarse, en estos casos, de débitos sin responsabilidad, pues en ellos no hay un auténtico débito jurídico. La esencia de una deuda jurídica radica en que tiene su base en el Derecho, y no en un simple deber moral o social, de modo que, en el supuesto de que aquélla no se cumpla voluntariamente, se conceden al acreedor los medios coactivos necesarios para conseguir la satisfacción de su crédito. Si el incumplimiento de un débito no implica ninguna reacción por parte del ordenamiento jurídico, es que no se trata de un verdadero débito jurídico. Por ello, la negación de la condicio in-debiti, que opera en estas llamadas obligaciones naturales, no constituye ninguna eficacia coactiva, ni, siquiera, un medio estatal de carácter indirecto, para procurar el voluntario cumplimiento de la pretendida deuda. Por tanto, la exclusión de dicha
condictio, es una reacción del Derecho, no ya de frente a la obligación incumplida, sino en relación con la obligación cumplida.\[151\]

En definitiva, puede concluirse que las denominadas obligaciones naturales no son casos especiales de deuda sin responsabilidad, sino que, más bien, no son verdaderas obligaciones jurídicas.\[151\] La obligación natural no se explica a base de separar deuda y responsabilidad en la obligación, sino negando su carácter de auténtica relación obligatoria, con lo que queda aclarado el hecho de que no deriven responsabilidad alguna para el obligado. Para que un deudor sea considerado como tal, en el sentido técnico de la palabra, es necesario que sea, al mismo tiempo, personalmente responsable. Por ello, en las llamadas obligaciones naturales, no existe un débito sin responsabilidad, puesto que no hay una


\[153\] Para BARASSI (Istituzioni di Diritto Civile, Milano, 1921, p. 353), la obligación natural no supone un débito jurídico, ni una obligación jurídica, ni siquiera, imperfecta. Del mismo modo, GIORGIANNI (Op. cit., p. 167) expone que: "La obligación natural no constituye, en absoluto, una relación jurídica, es un deber moral o social: la norma se ocupa de ella, a nuestro juicio, sólo con el fin de valorar la naturaleza de la transmisión patrimonial que los sujetos realizan para cumplir un deber de tal naturaleza".
deuda en el sentido jurídico de la palabra\textsuperscript{154}.

2.2.2.2. La responsabilidad sin deuda.

Por otra parte, la dualidad deuda-responsabilidad como elementos independientes de la obligación, se quiere explicar a través de las hipótesis en las que existiría responsabilidad de un sujeto, sin una correlativa deuda, pues ésta recaería en otro sujeto distinto, fundamentalmente, en los casos de fianza y prenda o hipoteca en garantía de un débito extraño a la persona del garante. Estos supuestos, además, se califican como casos en los que los sujetos de la relación de débito son diversos a los de la relación de responsabilidad, por comprenderse ésta como añadida a aquélla.

La escisión se justifica en tales hipótesis, de un lado, concibiendo la responsabilidad como una relación primaria y el débito como una relación secundaria, esto es, entendiendo a éste como una mera consecuencia de aquélla. Comprendida así la respon-

\textsuperscript{154} Así lo entiende STROHAL: \textit{Schuldübernahme...}, cit., pp. 292-293; y \textit{Schuldpflicht...}, cit., pp. 83 ss. De igual modo, BARASSI (\textit{La teoría general...}, cit., p. 79) afirma que: "... si falta la coacción que se sustancia en la garantía patrimonial, no existe ni siquiera -se entiende como relación jurídica, como débito jurídico...-, la relación personal, esto es, el \textit{debitum}". En España, DIEZ-PICAZO (Op. cit., p. 353) piensa que no es posible hablar de relación obligatoria en la obligación natural, pues no existe ni un derecho subjetivo de crédito, ni un deber jurídico de prestación.
sabilidad, ésta tiene preeminencia sobre la deuda, de manera que se considera que, por ejemplo, si el fiador debe es porque responde, es decir, la afección del patrimonio del fiador acarrea para éste su inclusión en la relación de débito\textsuperscript{155}.

De otro lado, la separación entre deuda y responsabilidad se quiere hacer notar reputando diferente el contenido del débito del deudor principal, del contenido del débito propio de aquel que va a responder\textsuperscript{156}. Por tanto, no sólo la responsabilidad tiene un alcance particular en estos supuestos, sino que, también, lo va a tener cada uno de los integrantes de la relación de débito. Todas estas especialidades acreditan, a juicio de los partidarios de la tesis de la escisión, la trascendencia de la misma y su eficacia práctica para resolver casos singulares como los apuntados.

No obstante, la uniformidad de esta posición se rompe en el punto relativo a la consideración del fiador como un verdadero deudor o sólo como un sujeto responsable. Para algunos\textsuperscript{157}, es indudable que

\textsuperscript{155} Así, se pronuncia GIERKE: Deutsches..., III, cit., pp. 51 ss.

\textsuperscript{156} GIERKE (Deutsches..., III, cit., pp. 51-52) argumenta que, respecto del fiador, si bien éste no debe cumplir lo mismo que el deudor principal, sin embargo, debe procurar la prestación del deudor principal o un resarcimiento por aquélla.

el fiador, al asumir responsabilidad por una deuda ajena, y por ello mismo, se limita a responder con su patrimonio, pero no queda sujeto a la deuda principal, que permanece en el deudor primitivo. Para otros, en cambio, el fiador, aunque no adquiera la misma deuda que el deudor principal, forma parte de la relación de débito, esto es, se constituye en un obligado y no sólo en un responsable.

Por su parte, la doctrina que niega la separación entre deuda y responsabilidad, partiendo de esta última tesis, aprecia que no es que en estos casos la sujeción del fiador tenga prioridad sobre su débito, sino que se trata de una deuda normal, pero supeditada a la del deudor principal. Esto es, tanto el fiador como el deudor principal son deudores y responsables, pero hay una graduación entre dichas obligaciones, de manera que primero responde el obligado primitivo y después el fiador. Pero el fiador responde porque debe, sin que su responsabilidad se pueda aislar de la deuda. Esta consideración del fiador como un obligado se contempla clà-

---

138 En concreto, GIEKKE (Deutsches..., III, cit., pp. 51-52) que conceptúa al fiador como un auténtico deudor, ya que, a su modo de ver, el fiador no sólo responde, sino que también debe.

139 HERNÁNDEZ-GIL (Op. cit., p. 87) lo explica así: "La deuda no recae sólo sobre el deudor principal, sino también sobre el fiador, que es, asimismo, deudor. Existe simplemente una diferencia de grado o de orden en la calidad en que ambos son deudores; el uno es deudor de primer grado o principal, y el otro es deudor de segundo grado o subsidiario".
ramente en las modernas legislaciones, desvaneciendo la posibilidad de consagrar esta hipótesis como un ejemplo de escisión entre los elementos de la relación obligatoria. De otro lado, nos encontramos con los casos de prenda o hipoteca constituidas en garantía de una deuda ajena, que, para los defensores de la separación de deuda-responsabilidad en la obligación, son los supuestos típicos de afección de la cosa sin responsabilidad personal de su dueño. Esta idea, que ya ha sido apuntada anteriormente, se basa en la

140 Así, el art. 1822 de nuestro Cc. cuando dice: "Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste". Por su parte, el Codice italiano, todavía, más categorico, pues declara en su art. 1944, 10: "El fiador está obligado solidariamente con el deudor principal al pago del débito". Aunque, también en nuestro Cc., se prevé dicho supuesto en el párrafo 29 del citado art. 1822, cuando establece que: "Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal...".

141 SIBER (Op. cit., pp. 103 ss.) entiende que el hecho de que la prestación a la que está obligado el fiador no constituya cumplimiento del débito principal, no prueba que aquélla no suponga cumplimiento de un débito, ni siquiera de un débito propio. Para este autor, el fiador es también sujeto de una relación de débito, porque él debe alguna cosa, y por consiguiente, tanto el fiador como el deudor principal son sujetos de una relación de débito y de una relación de responsabilidad. STRONAL (Schuldübernahme, cit., p. 282), manifiesta que todo aquél que responde personalmente, o sea, con su patrimonio, por un débito, es también deudor; porque en todo caso la responsabilidad personal presupone siempre un deber prestar. En esta misma línea se encuentra, entre otros, GIORGIANNI: Op. cit., p. 169.

142 De esta forma piensan, entre otros muchos, SCHWERIN (Schuld..., cit., pp. 23 ss.); ISAÁ, seguido por GANGI (Op. cit., p. 262); etc.

143 En el apartado 1.3. de este Capítulo.
La sistematización...

promisa de que, en tales hipótesis, se produce la desvinculación de la responsabilidad respecto a la deuda, pues mientras la primera recaería sobre las cosas garantizadas, el débito sólo correspondería al deudor.

En este punto, sin embargo, puede mantenerse en pie la conexión entre deuda y responsabilidad, pues el deudor personal sigue siéndolo, y con todo su patrimonio (art. 105 L.H.). Lo que sucede es que la ley permite a los particulares prestarse a añadir sus bienes, o a ofrecerlos, en garantía de deuda ajena. En materia de intereses patrimoniales privados, no se olvide, la voluntad privada es soberana (art. 1255 Cc.). Por tanto, aquí no actúa ya la lógica estructural de la obligación (vinculum iuris), sino la libre voluntad de los particulares.\textsuperscript{114}

\textsuperscript{114} HERNÁNDEZ-GIL (Op. cit., p. 90) concluye que, en estos casos, "puede haber deuda sin responsabilidad o responsabilidad sin deuda, relativamente, para un determinado sujeto -sólo deudor o sólo responsable-, siempre que exista otro sujeto -sólo responsable o sólo deudor-. Mas el conjunto -deuda y responsabilidad- forman la total y única relación obligatoria". Por su parte, GIORGIANI (Op. cit., pp. 171-172) piensa que en los supuestos de hipoteca o prenda en garantía de débito ajeno, o del tercero adquirente de finca hipotecada, no puede decirse que deuda y responsabilidad vivan autonomamente, pues, según dice: "... concurren en el deudor débito y responsabilidad, en cuanto la existencia de la hipoteca (sobre un inmueble del que otro es el propietario) no hace, ciertamente, desaparecer su responsabilidad, sino que, como máximo, la aligera... Por lo demás, debe observarse que la responsabilidad del tercer dador o adquirente no vive separadamente del débito, sino que, por el contrario, debe considerarse vinculada a éste, y, por lo tanto, sigue su misma suerte...". En este mismo sentido, BARASSI: \textit{La teoría general...}, cit., pp. 77-78.
Por otra parte, tratándose de deudas de la sociedad ganancial, como desarrollaremos más adelante, no puede hablarse de responsabilidad por deuda ajena cuando los bienes gananciales sirven de garantía o responden por las deudas contraídas por alguno de los cónyuges, porque al ser la carga de la sociedad, y no pudiendo ésta técnicamente ser deudora, sí está afecto el patrimonio que ella supone al levantamiento de esa carga. Asimismo, tampoco puede mantenerse la existencia de una responsabilidad por deuda ajena ganancial en la persona del cónyuge contratante, ya que la responsabilidad definitiva es de la sociedad ganancial, por lo que la del esposo es simplemente una responsabilidad provisional y externa en favor de terceros (arts. 1362 y 1369 del Cc.). Sin embargo, el hecho de que no pueda configurarse aquí una responsabilidad por deuda ajena respecto del consorte actuante, pues, en lo personal, la obligación es propia de quien la contrae, no impide que exista un aspecto de acumulación que va a implicar, como veremos, alguna peculiaridad, aunque ello no contradiga la idea fundamental de la integración de deuda y responsabilidad en la obligación.

2.2.2.3. Los débitos con afección limitada.

Otros supuestos que, pretendidamente, vendrían

78
a confirmar la escisión entre deuda y responsabilidad en la obligación, lo constituirían los casos de débitos con aficción limitada o sin plena responsabilidad. Según esta doctrina, el hecho de que la responsabilidad pueda restringirse, de manera que no coincida totalmente con el montante de la deuda, consolida la teoría de que débito y aficción no tienen porqué coincidir exactamente en una determinada relación obligatoria. Es decir, deuda y responsabilidad, aunque coexistan en una obligación, no implican, necesariamente, un mismo ámbito, ni jurídico, ni económico.

En nuestro Derecho se encuentra una serie de hipótesis en las que, ciertamente, parece darse una aficción limitada o que no se corresponde íntegramente con el alcance de la deuda. Así ocurriría con la llamada hipoteca de responsabilidad limitada, recogida en el art. 140 L.H. Si con arreglo al art. 105 L.H. la constitución de hipoteca para nada varía la aficción ilimitada del patrimonio del deudor, ex art. 1911 Cc., el citado art. 140 L.H. establece la

---

161 GAXX (Op. cit., p. 152) cita como ejemplos tradicionales de deudas sin total responsabilidad o con aficción limitada, el del heredero en relación con el patrimonio hereditario (debe entenderse en el supuesto de aceptación de la herencia a beneficio de inventario), el del cesionario de un patrimonio, el de la responsabilidad del cónyuge después de la división de la comunidad, etc. Concretamente, en el caso del heredero, lo que ocurre es que aunque éste asume las deudas del causante en toda su extensión, sin embargo, su responsabilidad se limita al patrimonio hereditario (pp. 266-267).
validez del pacto por el que se limite la responsabilidad nacida de la obligación a los propios bienes hipotecados, quedando a salvo el resto del patrimonio del obligado\textsuperscript{166}.

A nuestro juicio, en este supuesto no puede fundarse la dicotomía deuda-responsabilidad, pues si bien se restringe la afección, ello supone más bien una concreción de ésta, pues las partes, o bien consideran que la garantía tiene tal entidad que puede abarcar toda la posible responsabilidad del deudor; o bien, y esto es lo más importante, el acreedor, al exigir la garantía transige en la limitación a ella de la responsabilidad. Esto es, en estos casos existe una auténtica obligación jurídica, dotada de los elementos deuda y responsabilidad; de manera que no es que el débito tenga un alcance diverso al de la responsabilidad, pues ambos siguen unidos formando un todo, sino que lo que sucede es que se permite a los sujetos pactar la extensión de la afección, sin que por ello se desmiente la anterior conexión de los integrantes de la obligación.

Otro posible ejemplo de débito con responsabilidad limitada lo constituye el del heredero que acepta una herencia a beneficio de inventario (art.

1023 Cc.). En esta hipótesis sucede que, si bien el heredero ha de abonar las deudas de la herencia, sólo responde de ellas hasta donde alcance el caudal hereditario.

Según nuestro criterio, tampoco este caso debe verse como una desvirtuación de la conexión entre deuda y responsabilidad. Lo que acontece aquí es que, por la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, el heredero no llega a colocarse plenamente en la posición jurídica del causante, como hubiera ocurrido de haber aceptado pura y simplemente, en cuyo caso, su responsabilidad por las deudas de la herencia sería ilimitada. Cuando no se produce la íntegra subrogación del heredero en la situación jurídica del de cuius, ni la consiguiente confusión de los patrimonios de uno y otro, las deudas del causante sólo pueden hacerse efectivas en lo que constituyó su patrimonio, o sea, en el caudal hereditario. Por tanto, no es que el heredero sea personalmente deudor con una responsabilidad limitada.

147 Para CARBONNIER (Op. cit., p. 68) éste es uno de los "supuestos en los que el debitum -y la correlativa expectativa del acreedor que se apellida crédito- se desentienden de una obligatio sin que necesariamente se trate de una obligación natural".

148 GIORGIANNI (Op. cit., p. 173) niega que el heredero que acepta a beneficio de inventario sea deudor ilimitado y responsable limitado, pues "de las normas que regulan la institución del beneficio de inventario, se deduce que el heredero... no es solamente responsable limitadamente al valor de los bienes que ha recibido, sino también deudor limitadamente al mismo valor".
sólo al montante de la herencia, sino que las deudas hereditarias siguen siendo del causante, a quien, por haber fallecido, le sustituye su patrimonio (que en cierto modo lo personaliza), con lo que queda debidamente cumplida la norma del art. 1911 Cc. Es más, podría sostenerse en estas obligaciones la integridad del conjunto deuda-responsabilidad, incluso reconociendo que, por la complejidad del fenómeno sucesorio y a la luz de los artículos 661 y 1257 del Cc., también en el caso de aceptación de la herencia a beneficio de inventario el heredero se subroga en la posición jurídica del de cuius, por lo que sería verdadero deudor. En este supuesto, por tanto, aunque el heredero estuviera personalmente obligado, sería el patrimonio hereditario el que estaría afecto, prioritariamente, a la satisfacción de las deudas de la herencia. Esta consideración, creemos, tampoco desmentiría la vinculación entre débito y afección, pues nos situaríamos en la esfera de los patrimonios separados, figuras que, como comprobaremos en el Capítulo siguiente, imponen matices y posibles datos de limitación, que no de separación, de la responsabilidad.\footnote{En concreto, FERRARA (Op. cit., p. 878) expone que: “Si la herencia es aceptada pura y simplemente entonces el patrimonio (del causante) se confunde con el del heredero, y la unidad de aquella se desvanece, porque el as hereditario es absorbido por el patrimonio personal del heredero y forma un solo patrimonio. Pero si, en cambio, el heredero acepta con...”}
Finalmente, y en la misma línea que la hipótesis anterior, nos encontramos con otro pretendido supuesto de deuda sin plena responsabilidad en el art. 1401, párr. 19; Cc. Según este precepto, el esposo que no contrajo personalmente una deuda de la sociedad de gananciales, sólo responderá de ella, una vez liquidada la comunidad, con los bienes adjudicados si oportunamente se hizo inventario judicial o extrajudicial. Esta norma podría interpretarse en el sentido de que la responsabilidad del cónyuge por la deuda social, estaría limitada a los propios bienes procedentes de la comunidad extinguida, es decir, se trataría de un nuevo caso de deuda con afección limitada.

A nuestro juicio ello no es así, pues lo que realmente sucede aquí es que, como trataremos de justificar más adelante, cuando existe una deuda de la sociedad de gananciales existe, también, una responsabilidad de los bienes que la componen. Por todo esto, al ser el débito de carácter social, en lo objetivo, y en lo personal ajeno al cónyuge adjudicatario, la afección recaerá, únicamente, sobre el

165 (...continuación) beneficio de inventario, en tal caso surge un patrimonio separado, en cuanto que el heredero beneficiado al lado y distinto de su patrimonio personal, tiene el as hereditario destinado a la liquidación del pasivo (de la herencia)". Sobre estas materias y para nuestro Derecho, es fundamental la obra de PEÑA BERNALDO DE QUIBROS: La herencia y las deudas del causante, Madrid, 1967.
bien procedente de la comunidad, que quedó determi-
nado al hacerse el inventario correspondiente.

Tampoco aquí existe un deudor con responsabili-
dad limitada, sino una imputación de la deuda al
patrimonio en cuyo ámbito e interés se contrajo: el
ganancial. Mientras sea posible determinar cuáles
son los bienes de la sociedad (lo que se consigue a
través del inventario), ellos responderán del débito
de la comunidad, aunque se encuentren en poder del
consorte que no intervino en el nacimiento de la
deu da.

En definitiva, podemos concluir que los preten-
didos supuestos de responsabilidad limitada no son
contrarios a la conexión deuda-responsabilidad. De
un lado porque (como ocurre con la llamada hipoteca
de responsabilidad limitada), lo que existe es una
concepción de la afección por pacto (como también es
 posible una ampliación de la responsabilidad, como
por ejemplo ocurre en la figura de la cláusula pe-
nal), que en nada afecta a la ligazón entre débito y
afección. De otro, porque (como sucede en los otros
dos casos), lo que hay es una deuda cuya afección se
agota en el propio patrimonio del deudor (el del
causante o el de la sociedad ganancial), ya que se
trata de patrimonios separados especialmente afectos
al cumplimiento de las deudas contraídas en su seno,
lo cual es un resultado propio de lo dispuesto en el
art. 1911 Cc.¹⁷⁶.

Finalmente, no debe tampoco perderse de vista que en todos los ejemplos reseñados, existe una verdadera obligación jurídica, dotada de afección y, en realidad, con una consecuencia práctica análoga al caso de que, en una relación obligatoria normal, el deudor no cuente con bienes suficientes para hacer frente al cumplimiento de aquélla. Ahora bien, hay que destacar que nos hallamos ante hipótesis singulares, puesto que ni la sociedad ganancial es sujeto personal deudor, ni tampoco, por ejemplo, el patrimonio hereditario. Respecto de éste lo que ocurre es que las deudas que fueron del causante, muerto éste, continúan teniendo un sujeto personal que no responde con todo su patrimonio, particularidad, que, sin embargo, no tiene entidad suficiente para negar el esencial enlace entre débito y afección.

2.2.2.4. Los casos de responsabilidad sin una deuda vigente.

Un nuevo argumento de los partidarios de la

¹⁷⁶ Como piensa STROHAL (Schuldpflicht..., cit., pp. 42 ss.), de un débito del responsable no se puede hablar más que en el sentido de que él está obligado a permitir la satisfacción de los acreedores sobre el objeto respecto del cual está limitada su responsabilidad, y, por tanto, con el agotamiento de este objeto, como ya no se puede hablar más de responsabilidad, por los débitos no cubiertos, así tampoco se puede hablar más de débito.
escisión entre deuda y responsabilidad en la obligación, consiste en la existencia de casos en los que existiría una afección sin un débito actual. En estos supuestos se produciría, también, una dislocación temporal en la virtualidad del débito y la responsabilidad. No obstante, en este punto, surgen discrepancias entre los propios sustentadores de la teoría de la separación. Así, hay autores que si bien piensan que es siempre posible la virtualidad de una deuda sin una afección concomitante, estiman que nunca lo es, en cambio, la presencia de una responsabilidad sin un débito que la acompañe. La razón de esta postura radica en la distinta efectividad que, como ya se ha estudiado, tendrían las relaciones de débito y las de responsabilidad. Así, dicen que la relación de débito tiene entidad propia e independiente (pues está conformada por el doble enlace, deber prestar del deudor y deber recibir del acreedor), de modo que no requiere una relación de responsabilidad que la garantice para su efectividad.


172 De esta manera se pronuncian, entre otros, BRUNNER Y SCHWERIN (Op. cit., pp. 208-209), porque la "Haftung es responsabilidad por una deuda" (p. 215); DOMCHER (Op. cit., p. 415) pues como quiera que la relación de responsabilidad está dirigida a garantizar un débito, es imposible que dicha afección nazca ya antes de que haya surgido el débito; etc.

173 En el apartado 1.2.3. de este Capítulo.
dad. Por contra, la relación de responsabilidad carece de sustantividad individual, por lo que no es factible su vigencia por separado, ya que no sería concebible ni explicable, una afección en garantía de un débito inexistente.

Frente a esta concepción, otro sector doctrinal acepta como posible que las relaciones de responsabilidad pura se configuren como una categoría propia y separada, susceptible de regulación específica\(^{174}\); como ocurre, por ejemplo, en los de hipoteca o prenda constituidos para el supuesto de que nazca después el débito al que garantizan. En estos casos lo que sucedería es que, si bien la eficacia real de dichas garantías no tendría lugar hasta que la deuda surgiera, no obstante, ello no impediría que aquéllas existan y sean válidas desde el momento de su constitución. Por tanto, una vez aparecido el débito, éste tendría para las indicadas garantías una verdadera eficacia retroactiva\(^{175}\).

Ciertamente, cabe en nuestro Derecho la constitución de garantías por deudas futuras o condicionadas, tanto prenda o hipoteca (arts. 1861 Cc. y 142 L.H.), como fianza (art. 1825 Cc.); pero ello no significa, de ningún modo, que nuestro ordenamiento


\(^{175}\) En este sentido, GANGI (Op. cit., p. 242); criterio que extiende a los supuestos de débitos bajo condición (pp. 244-245).
acoja la posibilidad de supuestos de afección sin débito actual y, por tanto, la viabilidad de la tesis de la separación entre los elementos de la obligación. Para explicar dichas situaciones, hay que partir del dato fundamental de que en dichos casos no previene una responsabilidad sin deuda, pues no es concebible una afección sin un débito que le sirva de base. No obstante, el Derecho permite que anticipadamente se articule el funcionamiento de la responsabilidad, a través de la formación de una garantía específica, en previsión de que, nacida la deuda e incumplida ésta, sobrevenga la inevitable responsabilidad. Por ello, en tales supuestos lo que ocurre es que se predetermina con anterioridad la virtualidad de la afección (o incluso se concede ya un rango registral preferente, caso de la hipoteca), pero esta concreción específica de la responsabilidad, que es la garantía, no surge efectos si no llega a producirse la deuda; aunque, eso sí, dichos efectos se originan con efecto retroactivo

En definitiva, en estos casos, la eficacia de la garantía, y, por ende, de la responsabilidad, depende de la preexistencia de una deuda, sin que pueda hablarse de una distorsión de los componentes

176 HERNÁNDEZ-GIL (Op. cit., p. 90) entiende que esta "recesocción de efectos es la consecuencia general inherente a las obligaciones de dar afectas a condición suspensiva... Retroacción, por otra parte, que no alcanza sólo a la responsabilidad, sino también a la deuda.
débito y afección en el seno de la relación obligatoria

3. RECAPITULACIÓN FINAL.

La conclusión primordial que puede extraerse de este Capítulo, podría formularse así: en la actualidad es pacífica la doctrina que sostiene que toda deuda atrae una responsabilidad concomitante y, del mismo modo, cualquier supuesto de responsabilidad presupone la existencia de una deuda que lo funda.

Como ha quedado indicado anteriormente, no puede admitirse, de ninguna manera, que la responsabilidad nazca sólo del incumplimiento, la afección va insita en el deber; lo que ocurre es que sólo cobra relevancia jurídica en esa segunda etapa de la vida de la relación obligatoria: su incumplimiento.

De otro lado, puede afirmarse, también, que no puede entenderse la responsabilidad como predominantemente sobre el débito, pues puede suceder que aunque

177 A juicio de GIORGIANNI (Op. cit., p. 168), no puede mantenerse la virtualidad de una verdadera responsabilidad en los casos en los que no exista una deuda actual, pues, en dichos supuestos, faltaría "no sólo el débito sino también la responsabilidad, en cuanto esta última existirá verdaderamente, cuando el débito pueda considerarse nacido".

89
aquélla vaya ligada a todo deber, no tenga lugar su virtualidad, lo que acaecerá, normalmente, en el caso de cumplimiento voluntario y satisfactorio del vínculo obligacional. Tampoco, a nuestro modo de ver, puede sostenerse que la afición tenga una importancia secundaria frente al deber, que sería el componente primordial de la obligación, ya que, como también hemos visto, la responsabilidad por ser inmanente al débito, existe aunque no se haga efectiva.

En definitiva, puede asegurarse, sin temor a equivocarse, que, en el Derecho moderno, para que una deuda pueda calificarse como jurídica, debe ir acompañada, necesariamente, de responsabilidad. Lo que distingue a un deber jurídico de otro que no tiene tal carácter (el social, el moral, etc.) es, precisamente, su reconocimiento por el ordenamiento jurídico, el cual implica que, incumplido el débito, el Derecho pone en manos del acreedor sus propios mecanismos, permitiéndole satisfacer su derecho persiguiendo el íntegro patrimonio del deudor.

Asimismo, cuando existe una responsabilidad en una determinada relación obligatoria, es que hay un previo deber que la ha generado; aunque ello no impide que, por el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el art. 1255 Cc., puedan las partes limitar la extensión de la afición o, inclu-
no, añadir a la misma, la garantía de unos bienes pertenecientes a una persona distinta a la del verdadero deudor.

Lógicamente, todo esto deriva de una percepción básica: la responsabilidad va insita en la deuda porque la coactividad es nota propia de lo jurídico, y no un añadido separable de aquélla. Y esta afirmación es admitida por la actual doctrina como un postulado.

De modo que, aplicando estas ideas al tema que nos ocupa, podemos apuntar ya que por lo indicado y por tener el mismo fundamento, si la obligación es ganancial debe también llevar consigo responsabilidad ganancial, pues la calificación de consorcial de una relación obligatoria, no debe afectar a la estructura de ésta hasta dislocarla en su componente esencial. La especialidad en este punto radica, únicamente, en que al no tener la sociedad de gananciales personalidad jurídica, no hay responsabilidad personal de nadie que no sean los cónyuges (uno o ambos) sino afeción que tiende a proyectarse objetivamente en los bienes gananciales. Por tanto, debe advertirse que la tesis de la separación entre débito y afeción en la obligación, hoy ya no es aplicable, ni a la obligación común, ni, por lo mismo, a las obligaciones singulares, señaladamente, a las consorciales.
En suma, en el plano de las conclusiones generales, podría sostenerse que el dogma de la integración de los componentes deuda y responsabilidad en la relación obligatoria excluye o, en su caso, autoriza una serie de figuras obligacionales. Así, en primer lugar, por la indicada conexión esencial existente entre los dos elementos que integran la obligación, no puede admitirse la virtualidad de casos de débito sin afección, o de afección sin débito, pues, en realidad, una auténtica deuda jurídica no puede concebirse sin la concurrencia de ambos componentes primordiales.

Por otro lado, en cambio, pueden darse hipótesis que no afectan al enlace deuda-responsabilidad, porque suponen verdaderas obligaciones jurídicas revestidas de dichos elementos, de modo que, en estos casos, no es que el débito tenga un ámbito diverso al de la afección, pues ambos permanecen ligados formando una unidad, sino que lo que sucede es que se permite a los sujetos pactar el alcance de la responsabilidad, sin que por este motivo se elimine la anterior combinación de los integrantes de la obligación. Esto acontece cuando se separan los sujetos de la deuda y los de la afección (como, por ejemplo, en las hipótesis de garantía real, etc.); cuando se distancía en el tiempo el negocio de concreción o extensión de la afección del relativo a la
constitución de la relación obligatoria; cuando se pacta sobre la mayor o menor extensión de la responsabilidad (arts. 1102, 1152, etc., del CC.) o, finalmente, cuando se limita legalmente el ámbito de la afección (por ejemplo, en los supuestos de los llamados patrimonios separados).

Por lo que respecta a tema de nuestro estudio, esto es, la deuda ganancial, el principio de la conexión necesaria entre deuda y responsabilidad, aunque de entrada anuncie una dificultad evidente, ya que en la sociedad de gananciales parece faltar un sujeto ganancial, no obstante, viene a imponer, por otro lado, una consecuencia trascendental: *ubi emolumentum, ibi onus*, es decir, donde existe beneficio consorcial, debe haber, por consecuencia, un cargo también ganancial. De este modo, podría partirse de que cualquier deuda contraída por uno o ambos cónyuges, por haberse realizado en interés de la comunidad conyugal, producirá, necesariamente, una responsabilidad inmediata de los bienes comunes. Contra-riamente, no habrá afección del patrimonio ganancial, si las deudas se contrajeron en interés ajeno al del consorcio.

Ahora bien, todas estas consideraciones se entienden sin perjuicio de los matices y añadidos derivados del entrecruzamiento personal de los consor-tes, sujetos gestores de la sociedad, y de los pun-
tos de comunicación que se van a originar entre los patrimonios privativos y el ganancial.

Por todo lo anterior, uno de los problemas cardinales que plantea la sociedad ganancial, consiste en averiguar si ésta tiene entidad suficiente para que le sean imputadas, como propias, las obligaciones contraídas para satisfacer una utilidad consorcial. La cuestión surge porque toda deuda con su consiguiente responsabilidad, debe recaer sobre unos sujetos capaces de asumirlas. ¿Podría la comunidad ganancial incluirse entre ellos? Para despejar esta incógnita es inevitable examinar la naturaleza jurídica de la misma, cuestión que tiene tal importancia que merece un estudio pormenorizado en un Capítulo aparte.
CAPÍTULO II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

1. INTRODUCCIÓN.

La mutación de la teoría de la deuda y la responsabilidad en la obligación, al referirla a las gananciales, parece deberse a la naturaleza especial de la deuda consorcial¹ que pretende establecerse y con la que no estamos de acuerdo. Pero también quiere derivarse del peculiar carácter jurídico que la sociedad ganancial tiene, y que impregna todas las relaciones patrimoniales que en su seno suceden. Es entonces cuando entramos en la procelosa cuestión de la naturaleza jurídica de la comunidad consorcial².


² Acertadamente apunta MARTINEZ SANCHEZ (Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia, R.D.N., Abr.-Jun., 1986, p. 261) que: "En la actualidad no se puede escribir respecto de la sociedad de gananciales sin aclarar de antemano el punto de partida adoptado en torno a su configuración... (contínua...)

95
Pues bien, superada, en principio, la teoría que le aplicaba el expediente de la sociedad civil, no hay duda que hoy la tesis mayoritaria es la que ve en el consorcio conyugal una comunidad germánica o en mano común. Efectivamente, ya sostenida desde hace tiempo, en la actualidad esta teoría es aceptada por la generalidad de la doctrina moderna española y lo mismo ocurre para su comunidad matrimonial, con los autores italianos.

(...continuación)

ción dogmática". Esta misma idea la sostenía ya REYES MONTE- 

3 Tesis mantenida por "los autores clásicos españoles... 
así ASSO Y DE MANUEL... (GARCIA GOYENA), SANCHEZ ROMAN, VAL- 
VERDE; MANRIQUE..." (O'CALLAGHAN MUÑOZ: "Derecho de Familia", 

4 DE LA CAMARA ALVAREZ (La sociedad de gananciales y el 
Registro de la Propiedad, A.D.C., 1986, p. 341) la llama "teo-
ría oficial".

5 Entre otros, por ROCA SASTRE (La comunidad de ganan-
ciales: destino de éstos en caso de renuncia, R.C.D.I., 1930, 
pp. 161 ss.); HERNANDEZ-ROS (Naturaleza jurídica de la comuni-
dad conyugal. Administración y poder de disposición: ¿cuando 
se transfieren a la mujer?, R.D.P., 1943, pp. 507 ss.); GARCIA 
GRANERO (Cotitularidad y comunidad "gansamente Hand" o comunidad 
en mano común, R.C.D.I., 1946, pp. 145 ss.); PUIG PERA ("Teo-
ría general del matrimonio", Tratado de Derecho Civil, T. II, 
vol. 10, Madrid, 1953, p. 288); ALVAREZ BEJIGA (Inscripción en 
el Registro de la Propiedad de compraventa de inmuebles por 
764); etc.

6 Así lo reconoce LACRUZ: "Derecho de Familia", Elementos 
426.

7 De esta manera lo refleja ALVAREZ-SALA WALTHER: Régí-
men económico matrimonial en el Derecho italiano, A.D.C., 
1981, pp. 420-421. Y en concreto, CORSI ("Il regime patrimo-
(continúa...)

96
Por su parte, el Tribunal Supremo acoge, a veces, el criterio de la comunidad germana, aunque frecuentemente con carácter incidental y escasa claridad, por la vía de negar la comunidad romana o por cuotas o impidiendo la tercera de dominio interpuesta por un cónyuge en caso de embargo de gana-

bles por deudas del otro.

Asimismo, con más énfasis y concreción de conceptos, la D.G.R.N. apuesta por esta misma opinión, desde la temprana R. de 17 de noviembre de 1917 has-

\[\ldots\text{continuación}\]

*niale della famiglia*, Trattato di Diritto Civile e Commercia-
le, de Cicu e Messineo, vol. VI, t. I, secc. 18, Milano, 1979, p. 155, entiende que los cónyuges tienen "cuotas individuales de copropiedad de los bienes existentes en la comunidad... (que) no son disponibles y no se individualizan sino en el acto de la disolución". Asimismo, FERRARA (Op. cit., p. 884) escribe: "Así, la comunidad entre cónyuges, ... se arraiga histórica-
mente en las comunidades familiares del derecho germánico, y presenta todos los rasgos esenciales de este instituto (de la comunidad en mano común): una comunidad patrimonial inescin-
dible para un grupo de personas ligadas en comunidad de vi-
da... Del (patrimonio común) ... son titulares marido y mujer, indistintamente, sin que ninguno tenga un derecho actual a una cuota, que pueda ser objeto de enajenación o de ejecución for-
zosa por parte de los acreedores. Está excluida la acción de división, sea por parte de los cónyuges o de los terceros". FUSARO (*Il regime patrimoniale della famiglia. I grandi orien-
tamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1990, p. 219), en relación con una S. de la Corte Costituzio-

1. La S. 29 de septiembre de 1986 había de una propiedad de la mujer en mano común con su esposo.

2. Las ss. de 26 de septiembre de 1986 y 1988 parten de que: "Falta por completo el concepto de parte, característica de la comunidad de tipo romano".

3. Así las ss. de 16 de mayo y 19 de julio de 1989, etc.
ta nuestros días\textsuperscript{11}. Valga por todas la famosa R. de 2 de febrero de 1983 que califica, sin rodeos, a la comunidad conyugal como una comunidad germánica, destacando los rasgos que de tal configuración se deducen y que, apoyándose en el nuevo texto legal, impide por ello la venta de cuotas entre los espo-
sos\textsuperscript{13}.

No obstante, a pesar de esta aparente uniformi-
dad, se observan en su defensa diversos criterios y argumentos y variadas reservas que, como veremos, nacen de la dificultad de encuadrarla perfectamente en dicha categoría\textsuperscript{13} y, sobre todo, de las especia-
lidades que surgen del carácter familiar que empapa

\textsuperscript{11} Rr. de 19 de octubre de 1927, 8 de noviembre de 1944, 20 de octubre de 1958, etc; que destacan el rasgo "de comunid-
dad germánica" o "en mano común" de la comunidad ganancial.

\textsuperscript{13} La esencia de esta Resolución, aunque criticándola, es expuesta por ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA (Sobre la naturaleza jurí-
dica de la sociedad de gananciales, R.D.N., Jul.-Dic., 1983, pp. 377 y 379): "... (esta) resolución... basándose en el

\textsuperscript{1} Carácter de comunidad germánica que la sociedad de gananciales parece tener y en la que el derecho que ostentan los conyuges afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas, concluye que en la sociedad de gananciales no se es dueño de la mitad de los bienes comunes, sino que ambos esposos conjun-
tamente tienen la titularidad del patrimonio ganancial... (y) que (esta) configuración (resulta)... reforzada en la nueva

\textsuperscript{1} Por ello LACRUZ (Elementos..., IV, 20, cit., p. 426) matiza que: "Esta manera de contemplar el instituto... es

\textsuperscript{1} Exacta; pero no puede decirse, en cambio, que sea precisa, dada la elasticidad del concepto de "comunidad en mano común", donde caben grupos de caracteres muy diversos y aun opuestos, que sólo tienen de común la... indisponibilidad individual de partes de bienes".

98
a este consorcio conyugal.\textsuperscript{14}

La consideración de la sociedad ganancial como comunidad germánica es, de momento, la tesis más acogida, y obligado punto de partida para todo estudio de su naturaleza jurídica. Pero no nos resistimos a reseñar que la tendencia actual, sobre todo desde el cuerpo notarial, es la de revivir la tesis clásica de la comunidad ganancial como sociedad civil, dadas las semejanzas existentes entre ambas instituciones\textsuperscript{15} aunque, como veremos, con el matiz esencial de su falta de personalidad jurídica.

Por otra parte, están quienes adoptan una teoría ecléctica mezcladora de opiniones\textsuperscript{16}, o una po-

\textsuperscript{14} DE LOS MOZOS (Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, dirigidos por Albaladejo, T. XVIII, vol. 29, Madrid, 1984, p. 59) manifiesta cómo "la comunidad de gananciales en cuanto trasunto de una comunidad familiar más amplia, recibe en su patrimonio atribuciones y cargas que no podrían encontrarse en otro tipo de comunidad o de sociedad, ajenas a toda idea de justicia comutativa".


\textsuperscript{16} GIMÉNEZ DUART, en "original posición" (ECHRARRIA: La contratación..., cit., p. 225), considera la comunidad ganancial como una "comunidad romana sobre un patrimonio dinámico de destino caracterizada... por la no atribución de cuotas sobre cada uno de sus singulares componentes que... pertenecen a ambos cónyuges en mano común" (La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge. (Ensayo contra el art. (continúa...))
sición peculiar\textsuperscript{17}, sin que falten los que desde una

\textsuperscript{16}(...continuación)

1322), A.A.M.N., T. XXVIII, 1987, p. 265). También HENAVENTE MOREDA (Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges, Madrid, 1993), tiene una visión especial distinguiendo la esfera inter cónyuges, en la que ve una verdadera mancomunidad, sin distinción de cuotas; y la esfera externa en la que la sociedad conyugal se manifestaría como una auténtica sociedad civil, sin personalidad jurídica. En Italia, GRASSO (Comunione legale ed espropriazione della quota del coniuge personalmente obligato. La comunione legale, a cura di Bianca, T. II, Milano, 1989, p. 807) mantiene la tesis contraria, considerando la comunidad conyugal como una "cotitularidad patrimonial", donde "ni el derecho del sujeto plural ni el derecho de cuota del cónyuge son referidos por la ley a la masa unitariamente entendida, sino a los singulares bienes que la componen".

concepción muy particular aplican a esta cuestión una visión de matiz sucesorio, inspirada en los intentos de explicación de la naturaleza de la legítima.

Pues bien, una vez indicadas todas estas teorías, lo que queremos resaltar es que, por muy dispares que sean, todas coinciden en señalar que la sociedad ganancial no es deudora propiamente y si el cónyuge o cónyuges actuantes. La falta de personalidad jurídica de la comunidad ganancial impediría a ésta una imputación subjetiva de la deuda contraída por uno o ambos esposos, que serían los verdaderos obligados. Pero no sería correcto, pensamos, des-

17(...) continuación)

mejor, durante la vigencia de la sociedad, ambos esposos ostentan un derecho económico sobre los gananciales, independientemente de la titularidad jurídica. No hay comunidad jurídica, sino económica”. Incluido, MARTINEZ SANCHIZ (Casos dudosos de bienes privativos y gananciales, A.A.M.N., T. XXVI, 1985, p. 361), siguiendo a CERSI, da un paso más, negando la comunidad incluso en el momento de la disolución, pues la sociedad de gananciales "es más que nada un régimen matrimonial, antes que una comunidad, pues puede existir sin bienes". No obstante, la mayoría de la doctrina niega esta tesis, como por ejemplo, RAMS: Los bienes gananciales de base. Centenario del Código Civil, T. II, Madrid, 1990, p. 1686.

18 Así, VALLET DE OYNTISOLO (En torno de la naturaleza de la sociedad de gananciales (Reflexiones que continúan otras de J.L Lacruz en 1950), A.D.C., 1990, pp. 1052-1054, especialmente) aplica el expediente técnico de la pars bonorum, el de la pars valoris honorum y el de la pars valoris, según las distintas situaciones en que los bienes se encuentren.

19 Concretamente, ABELLO MARGALEF (Notas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, R.D.P., 1982, p. 803) entiende que "al no tener la sociedad de gananciales personalidad jurídica, no podrá contraer obligaciones, sino que lo harán ambos cónyuges o uno de ellos", y por ello "no (continúa...)"
virtuar la teoría de la deuda y la responsabilidad en sede ganancial, ni siquiera por el hecho de que, técnicamente, la comunidad conyugal no sea deudora\(^9\). En efecto, aunque por consecuencia de este

\(^{15}\) (...continuación)

puede ser propiamente deudora" (DE LOS MOZOS: Op. cit., p. 46). Y en este sentido, BLANQUER ( Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge. R.D.N., Jul.-Dic., 1981, pp. 34 y 41), LACRUZ (Elementos..., IV, 20, cit., p. 450); MANRIQUE (Responsabilidad por deudas en la sociedad de gananciales, A.E.N., Homenaje a F. Manrique Romero, Madrid, 1989, p. 19); PUIG BRUTAU (Fundamentos de Derecho Civil, T. IV, Barcelona, 1985, p. 144); RAGEL ( Comentario a la S. 20 de febrero de 1987, C.C.J.C., 1987, n^o 13, p. 4395); etc. Del mismo modo, y desde sus prismas particulares, ECHENVARRIA (Los límites..., cit., p. 154), MARTINEZ SANCHIZ (Influencia..., cit., p. 264) y VALLET (En torno..., cit., p. 1040) que concluye: "... deudor del pasivo ganancial es, personalmente, uno, otro o ambos cónyuges, aunque respondan con los bienes calificados de gananciales". También el T.S. se pronuncia en esta línea en ss. de 26 de marzo de 1979 y 9 de julio de 1984, indicando esta última que el "patrimonio ganancial no tiene personalidad jurídica propia capaz de contraer deudas como tal y por sí, sino a través de los cónyuges y titulares del mismo". En Francia, TERRE y SIMLER ( Les régimes matrimoniaux, Droit Civil, Paris, 1989, p. 345) observan que la "comunidad... no está dotada de personalidad moral... los terceros tratan con un cónyuge, sea con los dos, y no con la comunidad"; y CORNU ( Les régimes matrimoniaux, Paris, 1989, p. 402) destaca que "la doctrina mayoritaria persiste en negar la personalidad civil de la comunidad". Y en Italia, CATTARO (Effeti del matrimonio, regime patrimoniale, separazione e divorzio, Corso di D. Civile, Milano, 1988, p. 87) admite que "la comunidad no es una persona jurídica,... (y) por tanto, los sujetos pasivos... son en realidad los cónyuges"; y TAMARRINO (Lineamenti del nuovo Diritto di Famiglia italiano, Torino, 1978, p. 231) advierte que "la autonomía patrimonial del fondo no se presenta como completa (como en la persona jurídica) siendo admitida una responsabilidad de cada uno de los participantes de la comunidad".

\(^{10}\) Como dicen TERRE y SIMLER (Op. cit., p. 355): "La comunidad no teniendo personalidad moral (no puede ser deudora, de modo que) toda deuda es necesariamente de un esposo (a veces de los dos) y obliga por consecuencia sus bienes propios". Igualmente, BLANQUER ( Acerca de la sociedad de gananciales, (continúa...)"
hecho, se introduce un dato nuevo, es decir, no hay un mismo sujeto deudor y responsable, ello no significa que deuda y afección deban separarse\textsuperscript{11}, sino que no siendo posible una imputación subjetiva de la deuda al consorcio (sino al cónyuge o cónyuges que la contrajeron), la imputación al mismo del conjunto deuda-responsabilidad debe hacerse objetivamente, por razones distintas a la pura personalidad de quien contrae la obligación, atendiendo a la finalidad o interés\textsuperscript{12} que ésta contempla. Además pode-

\textsuperscript{10}(... continuación)
\textsuperscript{11} Como parece que dan a entender los FINOCCHIARO (Op. cit., p. 1099): "... el débito, esto es, el comportamiento que el deudor está obligado a observar, es, no obstante el régimen legal, siempre y exclusivamente del sujeto-cónyuge que ha contratado con el tercero, mientras la responsabilidad, esto es, la sujeción de determinados bienes a las pretensiones ejecutivas del acreedor, en caso de incumplimiento, es de los bienes de la comunidad...".

\textsuperscript{12} Como intuye ECHEVARRIA (La ganancia, cit., p. 12): "... la persona casada puede contraer dos tipos de obligaciones, todas propias, pero unas serán particulares y otras conyugales, en su origen o en su destino...". En este sentido, el art. 1690, 2º del Código Civil portugués dispone que, para (continúa...)
mos añadir que incluso se observan síntomas de personalización de la sociedad ganancial, y esta afirmación no es gratuita, pues tiene apoyo legal (y no en cambio la tesis que separa deuda y afección en la obligación ganancial) 

14, así como doctrinal, tanto en nuestra patria como en el extranjero.

11(...continuación)
determinar la responsabilidad de los cónyuges por las deudas por ellos contraídas, se atenderá al hecho que les dió origen.

13 El Código Civil habla expresamente de "cargo de la sociedad" en los arts. 1362, 1363, 1364, 1366; etc.; y de "deudas de la sociedad" en el 1369, etc.

14 Como dice GUIARTE (El tratamiento de las adquisiciones onerosas de bienes gananciales en los arts. 1362 y 1363 del Cc., Centenario del Código Civil, T. I, Madrid, 1990, p. 986) a la tesis de la separación "se le ha dotado de una variada terminología ante la falta de implantación legal de los términos que sirven para identificarla".

15 MAGARIÑOS (Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores, La reforma del Derecho de Familia, Sevilla, 1982, p. 179, nota 48) apunta que el "legislator aun partiendo de su estructuración inicial como un patrimonio autónomo, en algunos preceptos balbucea aspectos subjetivos, como en los arts. 1369, 1399, 1401, 1402 y 1403 Cc., en los que habla de deudas de la sociedad, términos éstos que apuntan a una cierta subjetivación de aquel patrimonio colectivo" (también en El órgano de administración de la sociedad de gananciales y la adquisición de bienes, A.S.N., Homenaje a Jordano Barea, T. IV, Madrid, 1991, p. 407; y más concretamente en Sociedad..., cit., p. 318) expone que "el Reglamento Hipotecario, en su art. 93, cuando habla de "adquirir para la sociedad de gananciales", y el Cc., en el 1354, "corresponderá a la sociedad de gananciales"; en el 1346 y 1359, "la sociedad será acreedora"; en el 1397,3, "los créditos de la sociedad"; en el 1393, "las deudas de la sociedad"; ofrecen otros tantos puntos de apoyo suficientes para afirmar que la sociedad de gananciales goza de una cierta personificación debida a la fuerza centralizadora y atractiva de que está dotada. Igualmente, DE COSSIO ("La sociedad de gananciales", Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil, T. 50, vol. 18, Madrid, 1963, pp. 40-41), se percató de la personalidad de la comunidad e, incluso, LACRUZ (Elemento... (continúa...))
Y lo que mantenemos no es extraño, aunque se alege que nuestro Código Civil no hace uso de una técnica jurídica depurada cuando personaliza la deuda o carga de la sociedad ganancial. En realidad,

(...continuación)

tos..., IV, 29, cit., p. 451) sostiene que el "consorcio no tiene personalidad, pero representa un centro de intereses a cuya satisfacción se encajan las deudas comunes de los consorcios". También en este sentido, DE LOS MOZOS (La reforma del Derecho de Familia, en España, hoy, vol. I, Valladolid, 1982, pp. 99-100) entiende que, en la comunidad conjugal, "los diversos intereses en juego, han dado lugar a titularidades autónomas que se desenvuelven en el consorcio familiar... (y que) patrimonialmente, la familia sigue siendo centro de impul- tación de intereses".

En Italia CIAN y VILLANI (La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale), Riv. Dir. Civ., 1980, p. 342) deducen la subjetividad de la comunidad "del dato literal de la norma"; y SANTOSSOSSO (Commentario del Codice Civile, Libro I, T. 10, parte 38, Torino, 1983, p. 275, nota 1) observa que: "Desde el punto de vista literal, se hace notar que responden "los bienes de la comunidad", no los cónyuges con los bienes comunes...". En Francia, CORNU (Op. cit., p. 402) ve "signos de una cierta personalidad jurídica (en)... la terminología (legal): pasivo de la comunidad, patrimonio común, ... pasivo común definitivo". Ya en Alemania, GIERKE (Deutsches Privatrecht, vol. I, Leipzig, 1895, pp. 660-661 y 664) había abogado por el carácter de persona moral de la comunidad germana, por tener ésta una voluntad propia, distintay a la de los comunes.

lo que pretendemos dejar claro es que esta aparente imprecisión legal no es óbice para admitir, si no una imputación subjetiva de la deuda a una verdadera persona jurídica, si una imputación objetiva de dicha carga a un conjunto unificado de bienes, esto es, a un propio patrimonio separado\(^\text{28}\), susceptible de que le sean referidos derechos y obligaciones.

Una vez realizada esta panorámica general acerca de las teorías más destacadas en materia de naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, vamos a analizar detenidamente aquellas que, a nuestro juicio, son las más relevantes para poder acercarnos

---

\(^{28}\) En Francia, BENABENT (*La Famille, Droit Civil, París, 1988, p. 147), apunta la existencia de tres patrimonios, el propio del marido, el propio de la mujer, y el comunitario, dotado de un activo, y de un pasivo, el cual, a su vez, deriva de "todas las deudas contratadas por los esposos para las necesidades del ménage". Por su parte, GANDOLFO (*La costituzione delle parti negli atti di acquisto nella comunione legale*, Il nuovo Diritto di Famiglia, Contributi notarili, Quaderni della Riv. Not., Milano, 1975, p. 220) advierte que el "legislador ha optado por un régimen mixto, que deja convivir los patrimonios autónomos de cada cónyuge con el patrimonio formado por los bienes en comunidad". En contra de la autonomía patrimonial de los gananciales, entre otros, ALVAREZ CAPERO-CHIPI (*Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y Régimen económico*, Madrid, 1988, p. 230) quien apunta que: "Hoy en día la afirmación radical de la igualdad de los cónyuges deja sin sentido la ganancialidad como masa autónoma gestionada. La ganancialidad adquiere entonces un nuevo sentido como condición especial de los bienes dentro del patrimonio privativo de cada cónyuge". Del mismo modo, en el Derecho italiano, CORSI (Op. cit., p. 155) mantiene que en la comunidad legal "conviene hablar no tanto de un patrimonio común contrapuesto al de cada uno de los cónyuges, cuanto más bien de patrimonios personales de los cónyuges, de los cuales (forma) parte".
a la compleja entidad del consorcio conyugal.\(^{39}\)

Así, analizaremos, en primer lugar, la denominada tesis clásica en esta sede, mantenida por los comentaristas primitivos del Código Civil, y que parte de la idea esencial de equiparar la comunidad conyugal con la sociedad civil establecida por dicho cuerpo legal. Esta orientación doctrinal, como se verá, ha sido resucitada modernamente, sobre todo, por autores pertenecientes al Notariado, aunque introduciendo en ella notables matices. Después examinaremos la postura que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, es, en la actualidad, mayoritaria, a saber: aquella que ve en el consorcio conyugal la existencia de los elementos características de una comunidad germánica o en mano común. Por úl-

\(^{39}\) No puede olvidarse que, en principio, toda aproximación jurídica a una institución es ilícita, puesto que, generalmente, en el mundo del Derecho, ninguna calificación, por muy elaborada que sea, debe considerarse como definitiva. De este modo, GARCÍA GRANERO (Op. cit., pp. 381-382) puntualiza que: "Una adaptación exacta entre la idea y lo que se trata de representar, entre el fenómeno jurídico y la construcción técnica, es sumamente difícil de conseguir. Los conceptos y las clasificaciones no son, al fin y al cabo, sino esquemas abstractos, recursos o expedientes técnicos que aplicamos a la multifacética variedad de los hechos objetivos para su conocimiento exacto y sistemático: una adecuación perfecta entre los unos y los otros es, puede decirse, casi imposible. De aquí que toda construcción jurídico-dogmática, demasiado rígida siempre por muy perfecta que sea, ofrecerá resquicios y claros por donde la realidad del derecho vivido, elástica y variable, no dejará de mostrar ciertas peculiaridades irreductibles a ser esquematizadas de modo geométrico. Pero este defecto, inherente a toda construcción técnica, no puede inducirnos al equivocarse de rechazarla, siempre y cuando se compruebe su bondad esencial y su valor jurídico, pues de otro modo sólo obtendríamos una masa amorfa de datos y hechos asistemáticos e incapacaces de ser objeto de una ordenación científica".
timos, una vez deducidos del examen de las tesis anteriores los datos que nos parezcan claves de esta institución, expondremos nuestra concepción sobre la naturaleza jurídica de la sociedad ganancial.

2. LA TEORÍA CLASICA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO SOCIEDAD CIVIL Y SU REVISIÓN POR LA DOCTRINA MODERNA.

El testigo dejado por los primeros comentaristas del Código Civil, que calificaron a la comunidad conyugal como una verdadera sociedad civil, ha sido recogido por la más reciente doctrina, fundamentalmente de corte notarial, que ha revivido una tesis que había sido, desde hacía mucho tiempo, prácticamente abandonada. Los autores que tradicionalmente mantuvieron la configuración societaria de la sociedad de gananciales\(^3\), partieron de que se trataba de una sociedad que, si bien tenía un carácter extraordinario, por su nacimiento, finalidad y regulación, no obstante, estaba dotada, como todo ente societario, de una personalidad jurídica propia y distinta de la de sus componentes personales.

\(^{30}\) Cfr. nota 3 de este Capítulo.
Además, esta idea se fundaba en el concreto dato legal de que, conforme al antiguo art. 1395 CC., la sociedad ganancial se regiría por los preceptos del contrato de sociedad en todo lo no previsto en su regulación especial y que no estuviera en contradicción con ella\[1\].

Esta existencia de acentuados principios societarios en el régimen ganancial ha sido confirmada por la moderna doctrina notarial, ya que parece que se dan los datos primordiales que determinan la aparición de una auténtica sociedad civil, y que en concreto son: la affectio societatis, el ánimo de lucro y una adecuada, que no completa, personalidad jurídica. Asimismo, al lado de estos rasgos esenciales, surgen otros singulares que los desarrollan y que también se estiman subsistentes en la sociedad ganancial, tales como la participación mutua de los consortes en los bienes comunes (a tenor de lo dispuesto en el art. 1344 CC.); la gestión conjunta del patrimonio común (conforme al art. 1375 CC.) y la comunidad de riesgo existente entre los esposos (derivada concretamente del art. 1328 en conexión con

\[1\] Más recientemente, ROYO MARTÍNEZ (Derecho de Familia, Sevilla, 1949, p. 199) defendió que: "El sistema de gananciales parece estar comprendido en el tipo de sociedad universal de todas las ganancias, al que se refieren los arts. 1671, 1672, 1675 y 1676", opinión robustecida por la remisión expresa a las normas del contrato de sociedad como supletorias de las específicas de la sociedad de gananciales.
el 1691, 10 Cc.)11. Pues bien, aunando los criterios esgrimidos tanto por los antiguos tratadistas, como por los más recientes promotores de la calificación del consorcio como una sociedad civil, se podrían establecer las bases para su equiparación:

2.1. LA FACTIBLE EXISTENCIA EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA SOCIEDAD CIVIL, Y SU CRÍTICA.

Para lograr demostrar el paralelismo existente

11 Así lo entiende, MAGARIÑOS (Sociedad..., cit., p. 331), por lo que concluye que es posible "calificar la sociedad de gananciales como sociedad civil universal de ganancias..." (pero con) notas diferenciales... (pues no tiene) personalidad jurídica plena, si bien alcanza un alto grado de unificación y autonomía"; criterio que reitera en El órgano de administración..., cit., p. 448. En esta misma línea, ESCHEVARRIA (La dinámica..., cit., p. 112); y en La contratación..., cit., p. 223; y, en concreto, en Los límites..., cit., p. 163) afirma que: "... para nosotros la sociedad de gananciales resulta, en principio, una sociedad civil universal de ganancias despersonalizada". En el Derecho francés, BLANC (De l'idée d'association comme fondement du pouvoir des époux communs en biens, Rev. Trim. D. Civ., n° 1, 1988, p. 34), observa en la comunidad legal dos principios que recuerdan las reglas fundamentales de la sociedad y la asociación: "De una parte, la consagración de la igualdad de los esposos en los poderes de gestión... De otra parte, ... la necesaria colaboración sobre la cual debe ser fundado el ejercicio del poder significativo que... los esposos tienen el deber de trabajar para la prosperidad común. ¿No es así una suerte de affectio societatis...? También CORNU (Op. cit., p. 402) sustenta que, respecto del pasivo común definitivo, ocurre "como si la comunidad formara una suerte de sociedad de personas en la que los miembros serían solidaria e indefinidamente responsables de ciertas deudas". En Italia, NELLI (Introduzione alla problematica negoziale del nuovo Diritto di Famiglia, Il nuovo Diritto di Famiglia. Contributi notarili, Quaderni della Riv. Not., Milano, 1975, p. 107), dadas las dificultades para encuadrar la comunidad legal en los esquemas comunitarios, entiende que: "... sólo puede ser aproximada a los institutos societarios."
entre el consorcio matrimonial y la sociedad civil, sería conveniente comprobar cómo, al decir de este sector doctrinal, los tres caracteres primordiales del contrato de sociedad regulado por el Código Civil, se reflejan claramente en el régimen ganancial:

2.2.1. La personalidad jurídica.

2.2.1.1. Argumentos, ventajas y reflejo legal de este dato.

Los primitivos sustentadores de la teoría societaria constataron que la sociedad ganancial, como toda entidad autónoma, estaba dotada de personalidad jurídica que le permitía actuar en el tráfico jurídico de manera diferenciada respecto a sus miembros personales33. Sin embargo, la mayoría de los adalides que avalan hoy esta orientación doctrinal consideran que el consorcio no tiene verdadera personalidad jurídica34, pero supone un ente jurídico inde-

33 El propio T.S. reconoció la personalidad jurídica de la sociedad de gananciales en SS. de 22 de mayo de 1915, 11 de marzo de 1946, 18 de diciembre de 1950, etc.; y la D.G.R. en RR. de 24 de abril de 1902, 30 de marzo de 1904, etc.

pendiente, dotado de una suficiente dosis de unifi-
cación y autonomía, y susceptible de regularse su-
pletoriamente por las normas de la sociedad civil.

El argumento principal que se maneja es el de que la
personalidad jurídica, como mecanismo dirigido a
conceder entidad propia a ciertas instituciones, no
constituye una figura de contornos cerrados, pudi-
do revestir diversos grados. Por tanto, no podría
afirmarse que un ente asociacional, aunque tuviera
evidentes elementos unificadores de índole social,
si no tiene total personalidad, no sería admisible
en el mundo del Derecho, quedando privado de autono-
mía propia\textsuperscript{15}.

En realidad, se dice que dada la variedad de
tipos asociativos que existen en la realidad jurídi-
ca, con un abanico impresionante de posibilidades de
autonomía patrimonial, no puede sostenerse un juicio
de matiz absolutista en esta materia, por el cual
quedara vedada la hipótesis de conceder independen-
cia, con los efectos que esto conlleva, a una enti-
dad, como es la sociedad ganancial, que contiene

\textsuperscript{14}(...continuación)
p. 150) existe una "jurisprudencia constante que niega la
personalidad moral a la comunidad".

\textsuperscript{15} Para CORNU (Op. cit., p. 402), la negación de la per-
sonalidad de la comunidad "se inspira en una concepción abso-
lutista de la personalidad moral (ésta es perfecta o no exis-
te)", y viene a contradecir "una realidad sociológica y técni-
ca (existencia de intereses comunes, elementos de organiza-
ción)".
unos principios sociales innegables: bienes propios que constituyen un fondo común, administración conjunta de estos bienes por los cónyuges, finalidad de lucro, etc.). Por todo ello, se mantiene la necesidad de reconocer que, junto a entidades dotadas de personalidad y autonomía plenas (como las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, colectivas, comanditarias, etc.), existen otros entes cuya personalidad y, por ende, su autonomía, es más limitada, pero que no por ello están desprovistos totalmente de individualidad propia (como ocurriría, por ejemplo, con la propiedad horizontal, las sociedades irregulares, etc.).

En concreto, se observa que la sociedad de gananciales tiene una notable autonomía patrimonial, bienes propios y deudas específicas, así como un interés social determinado y órganos de gestión que configuran una voluntad social autónoma; es decir, la comunidad conjugal está provista de los requisitos imprescindibles para tener individualidad propia. Por tanto, se defiende que si bien el legislador no ha dotado al consorcio conjugal de una personalidad jurídica plena, esto no entorpece la existencia de una marcada autonomía y un alto grado de unificación patrimonial, así como el que la sociedad ganancial tenga una regulación detallada para concretar las relaciones entre la misma sociedad y los
esposos; sobre todo, respecto de la actuación de éstos por cuenta de aquélla.  

Se establece, así, la configuración de la comunidad ganancial, no ya como una genuina persona jurídica, sino como una persona moral atenuada, esto es, se parte de que, si bien el consorcio no goza del mismo grado de personalidad jurídica que, por ejemplo, una sociedad anónima, sin embargo, subyace en la misma una fuerte cohesión social que la cualifica. Este indudable vínculo societario supondrá un síntoma suficiente para considerar a la sociedad ganancial como un centro jurídico autónomo, al que pueden atribuirse, propiamente, bienes, derechos y obligaciones. Asimismo, esta independencia del consorcio le permitirá disfrutar de una personalidad jurídica atenuada, adaptada su especial razón de ser. En definitiva, se trata en éste de un expediente jurídico adecuado para afrontar, convenientemente, los problemas que pueden plantearse en el seno del consorcio, sin tener que acudir al mecanismo  

---

36 En este punto, MAGARÍOS (Sociedad..., cit., p. 319) resalta que "... es evidente que aunque le falte (a la sociedad de gananciales) el peldaño último para considerarla como persona jurídica, constituye un centro de responsabilidad, de referencia de obligaciones y derechos, y tiene una autonomía patrimonial perfectamente delimitada y mayor que otro tipo de sociedades". También en Italia, DE PAOLA y MACRI (Il nuovo regime patrimoniale della famiglia, Milano, 1978, p. 97) entienden "que la comunidad conjugal, aun no estando dotada de personalidad jurídica, está configurada por el ordenamiento como un sujeto de derecho distinto de los dos cónyuges, en cuanto que tiene un propio patrimonio, una propia autonomía negocial y una propia capacidad procesal".
La sistematización...

riguroso de la personalidad jurídica plena\(^{37}\).

En cuanto a las ventajas de esta configuración, gracias a este expediente de la personalidad jurídica atenuada de la sociedad de gananciales podrán aclararse, según afirman aquellos que lo acogen, ciertas cuestiones de difícil asimilación que brotan del régimen ganancial, y que no podrían comprenderse de otra manera\(^{38}\). Así, esta aludida personalidad

\(^{37}\) Como señala LACRUZ (En torno a la naturaleza..., cit., pp. 20 ss.), esta tesis de la personalidad jurídica atenuada empezó a mantenerse por autores franceses, concretamente, por Bonnecase, Carbonnier y Dechenaux. En la actualidad, se acoge, entre otros, por MAGARIÑOS (El órgano de administración ..., cit., p. 402), quien sostiene que: "... si se relativiza el concepto de persona jurídica, como consecuencia de un punto de vista realista sobre la misma y se acepta su graduación, en la medida que ciertos efectos propios de ésta, se dan también en los llamados... centros referenciales, se podría incluso admitir que en este sentido restringido tienen una cierta dosis de personalidad; aunque quizás no sea necesario ni convenza extender a ellos la técnica elaborada por la doctrina sobre la personalidad jurídica, y baste para resolver los problemas concretos que plantean, considerar su autonomía organizativa...". En contra, respecto del Código, GANDOLFO (Op. cit., p. 227) quien sostiene que: "... la comunidad legal, aun con su autonomía patrimonial, con su configuración de patrimonio destinado a un objeto, no parece tener una autonomía suficiente para elevarse a la personalidad jurídica, y quizás ni siquiera en las formas atenuadas de semi personalidad o de simple subjetividad jurídica".

\(^{38}\) DE COSTO (La sociedad..., Tratado..., T. 50, vol. 19, cit., p. 40), consideró que la especialidad de la comunidad ganancial "no es... tan intensa que excluya su conceptuación como verdadera sociedad... (y que) no debiera privarse(le) del carácter de verdadera persona jurídica, dado el elemento asociacional que la anima y el gran número de problemas que quedarían automáticamente resueltos al admitirse este expediente técnico". También MAGARIÑOS (Sociedad..., cit., p. 330), expone que el mecanismo de la sociedad aclara "mejor que ninguna otra fórmula, la inexistencia de cuotas sobre bienes concretos, ya que todos ellos forman parte (como en toda sociedad) de una masa social que habrá que liquidar para determinar los que correspondan a cada socio... (y la improcedencia de la (continúa...)\[115\]
moral especial del consorcio sería la clave para clarificar el problema primordial de la titularidad del patrimonio común. La propiedad de los bienes que integran la comunidad conyugal, no puede atribuirse a ninguno de los consortes, ni siquiera acudiendo al expediente de la comunidad, ni romana o por cuotas, ni germánica o en mano común. La razón de ello radica en que los sistemas de comunidad sólo indican que un determinado conjunto de bienes pertenece en común a varias personas, pero no aclaran el fenómeno de la titularidad formal y material que puede producirse en relación con los gananciales. Unicamente a través del expediente societario podría afrontarse con acierto el espinoso tema de la tita-

18(...)continuación)
acción de división que debe ceder ante la función social y la regulación específica de las causas de disolución previstas con detalle en los arts. 1392 y 1394 del Código Civil.

19 ECHEVARRÍA (La dinámica..., cit., p. 55) comenta, tratando de aclarar este punto, que: "La comunidad y la sociedad resultan conceptos excluyentes e incompatibles, al menos en el campo de la titularidad y en el del patrimonio. El condominio recae directamente en tema de titularidad sobre bienes concretos, sean uno o varios, ya individualizados, ya formando un patrimonio separado, pero regulando la precaria, transitoria y antinatural convivencia de plurales derechos con idéntico contenido y que por tanto se estorban mutuamente. En la sociedad, por el contrario, hay una única titularidad, la de la persona jurídica, sin que haya ningún interés encontra
tado en el ejercicio de los derechos. La sociedad es el fin común, el esfuerzo común, que se realiza a través de un patrimo
nio no común, sino de la sociedad, si ésta tiene persona
lidad jurídica independiente, y en el caso de que no la tenga, con arreglo al mecanismo establecido en el artículo 1669 del Cc., persiguiendo el fin común a través de los patrimonios individuales de los socios".

116
laridad del patrimonio ganancial. Así, se argumenta que si bien la sociedad ganancial no tiene una personalidad jurídica plena, por lo que los bienes adquiridos para ella se inscribirán a nombre de los cónyuges y no de la misma, sí que está dotada de una amplia autonomía, y ello se traduce en la afección de los bienes comunes a la realización del fin social. El hecho de que los gananciales, desde que ingresan en el consorcio, estén sujetos a la consecución de ciertos objetivos singulares, es lo que determina su régimen particular de administración y disposición, frente al de los bienes privativos.

En la sociedad ganancial, en definitiva, existiría una titularidad funcional, ya que la organización y funcionamiento de los gananciales emana de su ligazón con un determinado objetivo social. La existencia de la sociedad conforma la articulación de sus componentes económicos, entendidos como instrumentos necesarios para la realización de los propósitos que aquélla persigue, de manera que los gananciales, más que objeto de derechos individuales de los cónyuges, son elementos patrimoniales dirigidos a alcanzar los objetivos sociales.

40 MAGARÍOS (El órgano..., cit., p. 409) asevera que: "Titulares formales en este caso lo serán los dos cónyuges o cualquiera de ellos, pero tales titularidades... son instrumentales, constituyen el instrumento técnico necesario para suplir el último eslabón que le falta a la sociedad de gananciales para alcanzar la plena subjetividad, es decir, la vir-
(continúa...)"
El patrimonio ganancial, de otra parte, no sólo está compuesto de un activo común, sino también de una serie de cargas y obligaciones propias derivadas del particular destino a que está afecto, por lo que traspasa el mero esquema comunitario, dando un paso más hacia su consolidación como entidad de carácter autónomo e independiente.

Por otro lado, se añade que la técnica de la sociedad se acomoda mucho mejor al esquema ganancial que el simple sistema comunitario. De esta manera, se observa que la institución comunitaria supone, únicamente, una mera cohesión externa entre varias personas, de modo que los copartícipes están inmersos una especie de unión de carácter temporal, que, por lo general, no tiene un motivo interno, sino que depende de circunstancias accidentales independientes de la voluntad de los comuneros. El expediente societario, en cambio, proyecta una comunidad más estrecha y voluntaria entre los socios, implica una relación fundada en el acuerdo y confianza recíprocos de los partícipes, como ocurriría, igualmente, entre los miembros de una sociedad de gananciales.

Por último, esta posición doctrinal asegura que

40(continuación)

tualidad para aparecer ella misma como titular formal. Acude, entonces el legislador a las titularidades en cabeza de los cónyuges, pero convenientemente delimitadas en cuanto que la legitimación derivada de las mismas está en conexión interna con el fondo social que, en definitiva, cobijan".
El reconocimiento de autonomía propia al consorcio, aunque sea singular, ayuda a percibir mejor la separación existente entre el mismo y los esposos. Así, dicha autonomía patrimonial serviría para encuadrar en sus justos términos la facultad que tiene cualquiera de los consortes para actuar por cuenta del consorcio conyugal, pero como miembros de una colectividad; es decir, permitiría admitir una especie de representación orgánica en los cónyuges respecto del patrimonio ganancial.  

Por lo que respecta al reflejo legal de esta concepción, para la orientación doctrinal que analizamos es evidente que la distinción substan...
que se establece entre el patrimonio conyugal y los patrimonios privativos de los cónyuges, está acogida manifiestamente por nuestro Código Civil en los arts. 1346 y 1347, pues la permanente intención del legislador de concretar cuáles son los bienes comunes y cuáles los privativos parece confirmar la entidad específica de la masa común. En efecto, el legislador se preocupa de distinguir la actividad privada de los cónyuges (arts. 1346, 1362, 38 y 49; 1365, 20; 1381, 1382, etc.), y la que recae sobre la masa común (arts. 1347, 1362, 10 y 20; 1365, 10; 1366, 1368, 1369, 1370, etc.), señal inequívoca de que pretende fijar dos esferas distintas de intervención y con efectos patrimoniales desiguales. Si en relación con su patrimonio privativo cada cónyuge puede actuar con la diligencia que le plazca, por contra, cuando se trata de la masa común, la ley estrecha la libertad de acción y únicamente consiente conductas dirigidas a satisfacer el interés familiar (arts. 1366, 1389, etc.), sin perjudicarlo (arts. 1371, 1382, etc.), y penando la actuación gravemente culpable o dolosa (arts. 1366, 1390, etc.). En definitiva, ocurre igual que en la sociedad civil, donde los socios, cuando obran por cuenta de aquélla, deben hacerlo con la debida diligencia (arts. 1686, 1692, 1695, 20 y 49; etc.), respondiendo, en otro caso, de los daños y perjuicios causados a la misma.
La sistematización...

Pues bien, según este sector doctrinal, esta asimilación de regímenes sólo se justifica aceptando una suficiente individualidad de la comunidad ganancial, considerándola, si no como verdadero sujeto de derecho, sí como un centro referencial de derechos y obligaciones, con autonomía patrimonial y un régimen específico de responsabilidad, expediente idóneo para explicar su funcionamiento.

2.2.1.2. Crítica a la aplicación de este expediente.

No obstante, a pesar de los razonamientos expuestos, los detractores de la tesis que pretende conectar la comunidad ganancial con la sociedad civil, coinciden en negar la existencia en aquélla de todo vestigio, por muy escaso que sea, de personalidad jurídica42. Así, tanto los autores que sostienen la calificación del consorcio conyugal como una

42 El T.S. niega la personalidad jurídica de la sociedad de gananciales, por ejemplo, en s. de 9 de julio de 1984. En la doctrina, ya DE LOS MOZOS (La renuncia a la sociedad legal de gananciales, A.D.C., 1960, p. 108) advirtió que la tesis que concede personalidad propia a la comunidad conyugal "por errónea es insostenible totalmente"; y TORRALBA (Op. cit., p. 1663) parte de que la "sociedad de gananciales no es una sociedad con personalidad jurídica".

121
comunidad germánica o en mano común, como aquellos que, si bien partiendo de la misma concepción, revisan algunos de sus postulados, rechazan la hipótesis de que la sociedad ganancial pueda gozar de una individualidad suficiente. El fundamento de esta idea se basa en que, si bien puede verse en el consorcio un aparente substrato social, esto no sería indicativo de la existencia de personalidad jurídica, ni siquiera atenuada, puesto que dicho soporte comunal existe en toda situación de cotitularidad, sin que ello presuponga, en ningún caso, ni la aparición de una auténtica persona jurídica, ni tampoco la de una entidad especial autónoma.

En efecto, la posición doctrinal que niega la

---

4) De este modo, ROCA SASTRE (Op. cit., p. 164) apunta que: "No se erige la comunidad en persona jurídica distinta de la del marido y mujer, pues la ley no entiende necesaria la creación o reconocimiento de una nueva personalidad y mantiene las respectivas titularidades de ambos cónyuges, sin eliminarlas. La ley sólo ve en ella un problema patrimonial, regulando una masa de bienes, adscrita a un fin y atribuida a dos personas físicas".

4) Como LACRUZ (En torno a la naturaleza..., cit., p. 23) que piensa que: "Lo que determina la personalidad, dando forma a la materia social preexistente, es el reconocimiento del Derecho objetivo. Este reconocimiento puede ser otorgado individualmente o por medio de una fórmula de carácter general. Y en vano se tratará de hallar una fórmula semejante referida a la sociedad de gananciales, porque aunque el Código Civil presupone en el art. 1669 la personalidad de las sociedades, es evidente que en él se refiere a las verdaderas y propias sociedades, y que esta presuposición no puede extenderse a la comunidad conyugal...". En esta posición, también se encuentran, entre otros, DE LOS MOZOS (Comentarios..., cit., p. 239); O'CALLAGHAN (Op. cit., p. 113); etc. En el Derecho italiano, también la siguen DE PAOLA y MACRI (Op. cit., p. 89) aunque éstos parten de la consideración de la comunidad legal como un patrimonio de destino.
personalidad jurídica, ni siquiera mínima, de la sociedad ganancial, alega que el legislador no esti-
mó conveniente contemplarla como una entidad jurídi-
ca especial, ya que para ello hubiere sido preciso
un reconocimiento expreso, que no se produce. Ade-
más, se añade que esta carencia total de personali-
dad del patrimonio común se observa al comprobar
cómo el mismo pertenece a ambos cónyuges y no a una
persona jurídica intermedia que se interponga entre
estos. Por tanto, la teoría de la individualidad de
la sociedad ganancial, no sirve para resolver el
problema de la titularidad de los bienes comunes,
puesto que no existe una dominación, ni siquiera
indirecta, por parte del consorcio de los bienes que
lo integran. Los bienes comunes son de titularidad
exclusiva de los consortes, tanto formal (pues no
pueden estar nunca a nombre de la sociedad), como
materialmente (ya que se hallan siempre en poder de
uno o de ambos esposos).

Por todo ello, cuando los casados actúan res-
pecto de los gananciales, no pueden hacerlo a nombre
del consorcio, pues éste no tiene personalidad

45 Así lo indica, por ejemplo, BLANQUER: La idea ...,  
cit., p. 142. Del mismo modo, MAGARIÑOS (El órgano de admi-
nistración..., cit., p. 402, nota 14) advierte que, en los 
llamados centros referenciales (dentro de los cuales podría 
incuirse la sociedad de gannanciales), desde un punto de vista 
de técnica jurídica no "se podrá... actuar "en nombre de", 
pues carecen del elemento último diferencial de la personali-
dad jurídica que es su aptitud para ser titular formal de
(continúa...)
propia. Así, la posibilidad de establecer un órgano de gestión en la sociedad ganancial no implica una estructura societaria, pues, dicha eventualidad no es extraña a otros supuestos de cotitularidad patrimonial, en los que también puede crearse un régimen especial de gerencia de los mismos, sin que ello suponga la aparición de una nueva entidad jurídica con personalidad propia ni especial.\(^{46}\)

2.2.2. La affectio societatis.

2.2.2.1. Razones para su admisión en la comunidad civil.

La segunda coincidencia elemental que existiría entre la comunidad ganancial y la sociedad civil, consiste en que en ambas aparece la affectio societatis, es decir, la voluntad común de configurar una

\(^{45}\)(...continuación)

derechos y, concretamente, para que en los Registros públicos se admitan derechos a su nombre. Aunque el legislador reconocza otras características que también son propias de la personalidad jurídica (autonomía patrimonial, concentración de derechos y obligaciones en un patrimonio, legitimación procesal, etc.), la doctrina, sin embargo, niega la existencia de una personalidad jurídica, aunque algún autor hable entonces de cuasi personificación”.


124
comunidad de ganancias, de obligaciones y, porqué
no, de riesgos. En verdad, los cónyuges o los socios
saben que sus perspectivas económicas dependen de la
sociedad, llámese o no ganancial, dejando, conscien-
temente, en manos de la gestión social, tanto su
prosperidad, como, en su caso, su infortunio. Los
integrantes de una sociedad ganancial, de antemano
conocen y aceptan, como los socios de una sociedad
civil, que su actividad, con sus beneficios o pérdi-
das, va dirigida a una finalidad común, para la cual
se unen y trabajan, obrando con diligencia.

En la actualidad la voluntad favorable de los
esposos a la sociedad ganancial, puede derivarse del
consentimiento tácito demostrado al permanecer en
dicho régimen, pues, tras la reforma del Código Ci-
vil en 1975, se puede, en cualquier momento, susti-
tuirlo por otro distinto. También puede interpretar-
se que la intención de los casados al constituir
explicitamente el sistema ganancial, o al permitirlo
por no pactar otro diferente, está en lograr un ni-
vel económicamente semejante durante el régimen, repar-
tiendo las ganancias obtenidas por ambos (así como
las pérdidas); o bien por uno, que consiste en com-
partir lo percibido fuera del hogar, con el esposo
que permanece en el mismo, para dedicarse exclusiva-
mente a las tareas domésticas.

Por todo ello, esta posición doctrinal concluye
que, en el régimen ganancial actual, tal y como está conformado legalmente, esta intención societaria tiene tanta relevancia, que podría considerarse como un dato esencial del mismo. En realidad, sin negarse, obviamente, que la sociedad ganancial tenga un substrato personal, se destaca la finalidad económica que el matrimonio comporta, pues toda relación conyugal se asienta en un cimiento patrimonial, sin el que no cabría el sustento de la familia. En la comunidad ganancial, por tanto, los cónyuges aúnan sus energías para atender las necesidades familiares, por lo que su actividad económica y su compromiso de compartir, tanto los beneficios como las

47 MAGARINOS (Sociedad..., cit., p. 320) aboga por esta inteligencia, llegando a decir que: "... no se puede sostener hoy que la affectio coniugalis sea determinante de la sociedad de ganancias, pues ésta subsiste o se disuelve al margen del matrimonio. No es el matrimonio el elemento determinante (aunque sí presupuesto) de la sociedad de ganancias, sino la convivencia, como se deduce de los arts. 1392, 30 (separación judicial) y 1393, 30 (separación de hecho)". A nuestro modo de ver, hay que subrayar que, si bien es cierto que puede existir un matrimonio sin un régimen de ganancias, en cambio no es concebible un consorcio conyugal sin un matrimonio que lo funde (así lo cree, también, MIRALLES GONZALEZ: El deber de contribución a las cargas del matrimonio (constante matrimonio), R.J.C., 1987, p. 585). Por su parte BLANC (Op. cit., p. 29), en relación al Code, recuerda que: "El régimen de comunidad legal impone, en efecto, a los esposos el deber de trabajar separada o conjuntamente para la prosperidad común. ¿Cómo no se va a ver aquí a priori un argumento en favor del reconocimiento de una suerte de sociedad en la que los rasgos dominantes son la igualdad y la colaboración entre sus miembros?. En Italia, GIONFRIDA DAINO (La posizione dei creditori nella comunione legale tra coniugi, Padova, 1986, p. 36), ve en la comunidad legal los "elementos de cooperación y de reciproca fe en la persecución de los intereses comunes, de los que deben estar dotadas las relaciones entre cónyuges, así como aquellas entre los miembros de una sociedad".

126
obligaciones, son imprescindibles en la satisfacción de tales logros. En definitiva, en esto consistiría la affectio societatis en la sociedad ganancial. affectio, que por otra parte, coincide plenamente con la affectio característica de la sociedad civil universal de ganancias.

A nuestro juicio, tampoco puede olvidarse que esta relevancia económica que para los consortes supone su participación en un régimen ganancial, tiene reflejo legal. En efecto, el propio Código Civil obliga a los casados a informarse recíprocamente de sus actividades lucrativas individuales, so pena de incurrir en causal de disolución del propio régimen, conforme al art. 1383 en conexión con el 1393, 40; del Cc.

2.2.2.2. Objeciones a esta orientación.

A la existencia de una affectio societatis en la sociedad ganancial, se le ha opuesto, tradicionalmente, que no parece cierto que los cónyuges tengan, ni un conocimiento suficiente del régimen que surge entre ellos por su matrimonio, ni, todavía menos, una voluntariedad explícita de instituirlo. También se añade que la permanencia en dicho

[Texto citado]

[1] Ya aseguraba LACRUZ (En torno a la naturaleza..., cit., p. 22) que: "... el no requerirse una específica volum- (continúa...)
régimen no supone un consentimiento tácito bastante para revelar la intención de los cónyuges de reafirmar su sistema económico, pues también podría ser producto de la inercia matrimonial.

Con todo, podemos concluir que no es que deba negarse absolutamente la existencia de una affectio societatis en el consorcio, sino que debe aclararse al máximio su alcance, descubriéndose su virtualidad en la indispensable cooperación de los esposos para la satisfacción de los intereses familiares.

(...continuación)

tad de los cónyuges dirigida a crear el consorcio conjugal de bienes, excluye su calificación como sociedad. Es un hecho cierto que una parte de los que contraen matrimonio ignoran la comunidad legal a que dicho acto da lugar... ¿Cómo puede hablarse aqui de animus contrahendae societatis... con relación a personas que desconocen la existencia de esa pretendida sociedad entre ellos?”. Asimismo, en el Derecho italiano, CARLUCCI (Natura jurídica della comunione legale, Il nuovo Diritto di Famiglia, Contributi notarili, Quaderni della Riv. Not., Milano, 1975, pp. 22-23) observa cómo “la sociedad encuentra siempre su origen en un contrato, aunque sea sólo verbal, mientras que la comunidad entre cónyuges se configura como efecto natural del matrimonio”. En este mismo sentido, en el Derecho portugués, DOS SANTOS: Op. cit., p. 329.

4) En este sentido, LETE DEL RIO y ALVAREZ CAPOROCHIPI (Notas sobre “mutabilidad” del régimen económico matrimonial en el Derecho común, R.D.P., 1977, p. 167) indicaban antes de la reforma de 1981 que: “Los regímenes económico-matrimoniales no son sino un sistema de normas tendentes a garantizar en el ámbito patrimonial los fines del matrimonio... Y es que el consortium canis vitae, que supone el matrimonio, produce una relatividad interna en cuanto a la atribución de la titulidad de los bienes patrimoniales (que están primariamente afectados a los fines del matrimonio) mutua ayuda y educación de la prole, que no permite aplicar en esta sedes materiae, en puridad, los esquemas del Derecho patrimonial”.

128
2.2.3. El ánimo de lucro.

2.2.3.1. Su reconocimiento en el consorcio conyugal.

La tercera nota que concuerda entre la sociedad ganancial y la civil, según la orientación doctrinal que estudiamos, estriba en la existencia de un ánimo de lucro de los cónyuges o socios, que emana de su voluntad de lograr la satisfacción de los intereses comunes. Se trata de una finalidad dinámica de los componentes de la sociedad que pretenden procurar unos lucros patrimoniales para repartirlos, con lo que brota una distinción más con la comunidad. En ésta, el objetivo básico consiste en la conservación de la cosa común, aunque también los partícipes pretendan obtener ganancias. En la sociedad, por contraria, la intención de los socios de alcanzar re-

---

10 MAGARIÑOS (Sociedad..., cit., p. 323) señala que este razonamiento no es gratuito, pues encuentra apoyo en la Exposición de Motivos del proyecto de reforma de 1981, ya que esta introducción a la ley "resulta reveladora cuando dice que al optar el legislador por la sociedad de gananciales como régimen preferente se consideró... que mientras se mantiene la vida en común, el lucro, ganancia o incremento patrimonial que cada uno experimente obedece en cierta medida al esfuerzo, la actividad y ahorro de ambos".

11 MAGARIÑOS (Sociedad..., cit., p. 322), puntualiza que: "Los autores, incluso los mercantilistas, suelen ser flexibles... y la mayoría sostiene que basta un ánimo de obtener una ganancia o beneficio en sentido lato o simplemente una finalidad de carácter patrimonial susceptible de aportar una ventaja a los socios, aunque tal ventaja no consista en un (continúa...)“
sultados económicos positivos es primordial, forma parte de finalidad social, como resulta para la sociedad ganancial del art. 1344 Cc., y para la sociedad civil (art. 1665) y no el de lucro stricto sensu, propio de las sociedades mercantiles. Desde el punto de vista, pues, del animus subjetivo es similar al de la sociedad.

52 ROYO (Op. cit., p. 200) lo expresa certeramente: "... algo intuitivo, fenomenológico, si se quiere, nos descubre como más adecuada para los gananciales la idea de la sociedad que la de la comunidad, porque en ellos no domina la nota del goce plácido de algo común, nota estática, sino la nota dinámica del esfuerzo, del desvuel y de la ganancia o conquista. Lo que ganaron de consumo habrálo ambos de por medio, como proclamaba nuestra vieja ley". Para ECHEVARRIA (La dinámica..., cit., pp. 53-54), la "diferencia estriba en que el fin común, en la sociedad es el objetivo de la actividad común, libremente consentida y aceptada, mientras en la comunidad, esta actividad común es obligatoria y consecuencia de la concurrência de diversos derechos dominicales sobre el mismo objeto, que se limitan y comprimen entre sí, sin tener fines comunes, razón por la que, la comunidad es siempre transitoria y la mayoría de las veces conservativa.

Este carácter meramente conservativo de la comunidad que reduce su ámbito, según la jurisprudencia, normalmente a la percepción de los frutos y rentas de los bienes comunes, puede ser una razón más para rechazar la configuración de la sociedad de gananciales como comunidad; pues el concepto de ganancia o beneficio a que se refiere el artículo 1344 del Cc., y sobre todo la fuerza expansiva de la ganancialidad contenida en el artículo 1361, no están en modo alguno de acuerdo con la configuración transitoria y generalmente estática de la comunidad.

53 MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO (Normativa supletoria de la sociedad irregular y de la sociedad legal de gananciales", A.D.C., 1985, p. 58) apunta que: "En el fondo, siguiendo la terminología de Würdinger, tanto la sociedad irregular, como la sociedad de gananciales, como la sociedad con personalidad jurídica son comunidades de fin. La idea de la finalidad las hace participar de unos mismos caracteres estructurales".
civil del art. 1665 Cc.

También resultaría indiscutible el paralelismo de los arts. 1675 (referente a la sociedad universal de ganancias) y 1344\(^4\). Con arreglo al primero, los socios *ponen en común* lo adquirido con su industria o trabajo y los frutos de sus bienes. A virtud del 1344 se hacen comunes para los cónyuges las ganancias logradas por cualquiera de ellos, que les serán repartidas por mitad al disolverse el régimen. Como se observa, incluso cabría decir que el 1344 es más certero que el propio 1675, pues expresa con mayor nitidez el ánimo de lucro y no olvida el reparto de los beneficios obtenidos. Por todo ello cabría concluir que esta concordancia entre la sociedad ganancial y la universal de ganancias ofrecería la base suficiente para reconocer, en la primera, un ánimo de lucro apropiado para poder calificarla como una

\(^4\) Según ECHEVARRIA (*La dinámica...,* cit., p. 75) si se examina "con atención el art. 1675, resulta que la sociedad universal de ganancias parece perfectamente aplicable a la sociedad de ganancias, porque aquélla comprende lo que adquieren los socios por su industria y trabajo durante la sociedad... resultando claro que se trata, al menos, de dos instituciones paralelas y muy afines... (de manera que si) a una sociedad civil universal de ganancias, la despojamos de su personalidad jurídica... nos encontramos ante la sociedad de ganancias como sistema productor de ganancias". Por su parte, BEAUS CODES (*Sociedad de ganancias y sociedades mercantiles*, A.A.M.N., T. XXVI, 1985, p. 240) tiene una visión especial, pues opina que la sociedad de ganancias, "sin dejar de ser una comunidad de tipo germánico, o sea sin cuotas, en cuanto a los cónyuges se refiere, es algo más que una simple comunidad, en cuanto transcien de del ámbito conjugal, comportándose frente a terceros como una verdadera sociedad universal de ganancias, sin personalidad jurídica".
auténtica sociedad.\textsuperscript{55}

2.2.3.2. Puntuallizaciones a esta visión.

No obstante, como ya se dijo al estudiarla la \textit{affectio societatis}, estas consideraciones referidas al ánimo de lucro en la comunidad conyugal, si bien ciertas, no pueden descartar la idea intrínseca de todo régimen ganancial que consiste en la satisfacción de los fines familiares del matrimonio. Esta idea se refuerza al comprobar la trascendencia familiar que tienen los arts. 1362 y 1368 del Cc., cuando instituyen como cargas de la sociedad de gananciales, las obligaciones económicas cardinales de la familia\textsuperscript{56}.

\textsuperscript{55} Así lo cree, MAGARIÑOS (Sociedad..., cit., p. 322) quien apunta que: "... frente a los que consideran que el fin básico de la sociedad de gananciales es hacer posible la realización del matrimonio, me parece más cierto que lo relevante en ella es el deseo o voluntad de los cónyuges de obtener una ventaja económica, derivada de un esfuerzo común, suficientemente definida para darle el carácter de sociedad".

\textsuperscript{56} MAGARIÑOS (Sociedad..., cit.), matiza en este punto que frente "a los que consideran que el fin básico de la sociedad de gananciales es hacer posible la realización del matrimonio, me parece más cierto que lo relevante en ella es el deseo o voluntad de los cónyuges de obtener una ventaja económica, derivada de un esfuerzo común, suficientemente definida para darle el carácter de sociedad" (p. 322); por lo que los arts. 1362 y 1368 del Cc. "constituyen una interferencia en el esquema de la sociedad de gananciales (interferencia lógica por lo demás teniendo en cuenta su carácter universal y, por tanto, receptora de la práctica totalidad de los ingresos), pero no constituyen su esencia, ya que se trata de normas conectadas con el régimen primario, al que le resulta indiferente en principio el régimen económico que los... (continda...)"
A nuestro juicio no puede afirmarse, como hacen algunos autores, que el ánimo de lucro consustancial a toda sociedad, no entre absolutamente en los esquemas de una comunidad familiar e íntima como lo es la sociedad de gananciales. El hecho de que en la comunidad ganancial se comuniquen los beneficios obtenidos por los esposos, revela la existencia de un, porque no llamarlo así, ánimo de lucro. Sin embargo, la especialidad del consorcio conyugal, como patrimonio destinado a satisfacer las necesidades familiares, produce modificaciones específicas respecto al sistema puro de la sociedad civil, tanto en

56 (...continuación)

cónyuges establezcan (como se deduce de la lectura del artículo 1318, aplicable a cualquier régimen económico, y del artículo 1438, que regula la misma materia en régimen de separación)" (p. 323).

57 En el Derecho italiano, DE MARCHI (Natura e oggetto della comunione legale, Il nuovo Diritto di Famiglia, Contributi notarili, Quaderni della Riv. Not., Milano, 1975, p. 540), parte de que la comunidad conyugal se distingue "de la sociedad (también irregular o de hecho), porque falta el fin de lucro y porque no puede continuar con los herederos de uno de los cónyuges". En relación con el Code, DE JUGLART (Op. cit., p. 149) niega la relevancia del lucro en la comunidad familiar: "Una sociedad necesita, -dice- en principio, la búsqueda de beneficios, y tal no es el objeto que los esposos tratan de lograr adoptando el régimen de comunidad". En nuestro Derecho parten también de esta idea, por ejemplo, O’CALLAGHAN (Op. cit., p. 114) y LACRUZ (En torno a la naturaleza... cit., pp. 21-22) que advierte que en la sociedad de gananciales "el fin de lucro está excluido por consideraciones de índole muy superior; fines del matrimonio son la procreación, el mantenimiento y educación de la prole y el mutuo auxilio de los cónyuges... La existencia o no de ganancias es accidental: lo importante es que los intereses familiares estén bien atendidos".

133
relación con el objeto social\(^{18}\), como respecto del régimen del reparto de ganancias y pérdidas\(^{19}\); etc.

2.2. CONCLUSIONES FINALES.

A nuestro juicio, la tesis clásica que configuraba a la sociedad ganancial como una auténtica sociedad civil dotada de personalidad, es rechazable ya que, en el consorcio, aunque exista un embrión societario, falta una verdadera persona jurídica titular de los gananciales. No obstante, nos parece aprovechable parte de la tesis moderna que concibe a la sociedad ganancial como un centro referencial de derechos y obligaciones, como un núcleo subjetivo de imputación de activo y de pasivo, dotado de autono-

\(^{18}\) Así, para HERNANDEZ-ROS (Op. cit., p. 509) es obvio que: "Las sociedades ordinarias nacen para diversidad de fines, y en cada caso se moldean a los que pretenden realizar; los fines de la sociedad conyugal son conocidos de antemano, por lo cual la moldea el ordenamiento jurídico". En Italia, DE PAOLA y MACRI (Op. cit., p. 85), aun sin negar la existencia de un cierto ánimo de lucro en la comunidad legal, advierten que éste no sirve para dotarla de "una particular calificación, dado que la misma se caracteriza, en cambio, por un objeto suyo propio constituido por el destino de los bienes al sostén de la familia nacida del matrimonio".

\(^{19}\) Respecto de los beneficios, señala HERNANDEZ-ROS (Op. cit., p. 509) cómo en la comunidad ganancial, "las utilidades no se prorratean a su división en proporción a las respectivas aportaciones, sino que se dividen por mitad". Y, en cuanto a las pérdidas, BLANCHER (La idea..., cit., p. 142) observa que: "Un cónyuge sufre la pérdida del otro en cuanto absorban los bienes gananciales y quepan en la ganancia, pero las pérdidas... sufridas por un socio (en la sociedad) actúan en su nombre no se comunican en manera alguna a los otros miembros de la sociedad".
mía, que no de personalidad, suficiente.

A nuestro criterio, si despojamos a esta moderna tesis de ciertos elementos extraños e incompatibles con la especial naturaleza de la comunidad conyugal, creemos que estamos en vías de llegar a desentrañar su índole peculiar. Esto se lograría evitando una sobrevaloración de la affectio societatis y del ánimo de lucro existentes en el consorcio, y centrándonos en su carácter y funcionamiento marcadamente societario, y en el dato esencial de que el patrimonio común, por su configuración particular, por su régimen singular de administración, disposición y responsabilidad, y por su específica vinculación a una finalidad familiar, tiene un ámbito autónomo, y por tanto, es susceptible de que le sean imputados derechos y cargas. En definitiva, no pueden descartarse íntegramente las ideas expuestas por los autores que modernamente han retomado la tesis societaria de la comunidad conyugal, pues, prudentemente tamizadas, y suprimiendo las posibles contradicciones a que darían lugar, podrían servirnos para intentar disipar la profunda niebla que se cierne sobre esta materia.

Por último, una vez expuestas las similitudes existentes entre la sociedad de gananciales y la civil, hay que recordar que los autores que más las
destacan, y no sólo ellos, añoran la antigua remisión que, a las normas del contrato de sociedad, hacía el art. 1395 CC. en sede del régimen ganancial. Esta derogada referencia demostraba que, para los redactores del Código Civil, la comunidad ganancial era una sociedad, aunque se negara su personalidad jurídica, y por tanto, en todo lo no previsto en su regulación propia, se aplicaría lo dispuesto en materia de sociedad civil. Por ello, a pesar

40 Para ECHEVARRÍA (La dinámica..., cit., p. 67) la supresión de la remisión al art. 1395 es "uno de los errores... más graves de la reforma". Por otra parte, partiendo de la escasez normativa del régimen ganancial, algunos autores sienten la aplicación supletoria de las normas societarias aunque no mantengan el carácter societario de la comunidad ganancial: así, ALBALADEJO ("Derecho de Familia", Curso de Derecho Civil Español, vol. IV, Barcelona, 1989, pp. 169-170), LACRUZ (Elementos..., IV, 20, cit., p. 428; para quien "la supresión del viejo art. 1395 no impide recurrir, a falta de regla específica en el sistema de los arts. 1344 y siguientes, a la normativa y principios de las sociedades civiles, a lo cual apunta el propio nombre de nuestro instituto, que no ha dejado de llamarse sociedad"); etc. En cambio, GUILARTE (La naturaleza de la actual sociedad de gananciales, A.D.C., Jul.-Sep., 1992, p. 921) señala que: "... suprimida expresamente la referencia del viejo art. 1395, parece que persistir en la idea societaria puede resultar un tanto anacrónico y carente de todo interés práctico"; y ello a pesar de que reconoce que: "... al analizar las exposiciones de los modernos eréctitas que asumen la tesis societaria... (se ponen de manifiesto) las dificultades para rebatir sus concretas argumentaciones".

41 ECHEVARRÍA (La dinámica..., cit., p. 71) asegura que: "... la remisión del art. 1395 se establecía porque la sociedad de gananciales, como su propio nombre indica, es una sociedad, por supuesto civil, dada su naturaleza y fines, regulada en el Código Civil y a la que le eran y le son de aplicación determinadas disposiciones de la sociedad civil, complementadoras de la regulación propia de la sociedad de gananciales". GARRIDO DE PALMA (Op. cit., p. 173) escribe: "Por qué se suprimió en la reforma de 1981 la remisión societaria? Parece claro que la causa se debe a la creencia doctrinal mayoritaria de que no estamos ante una auténtica sociedad; y en (contínua...)

136
de la eliminación que la reforma de 1981 hizo de la norma de remisión del 1395, sustituyéndola por la del art. 1410 que reenvía a las reglas de partición de la herencia, se sigue reiterando por la doctrina que, dada la enorme fuerza societaria que tiene la sociedad ganancial, sería admisible la aplicación analógica de numerosos preceptos societarios.\textsuperscript{61}

\textsuperscript{61}(\ldots continuación)

Verdad no lo estamos si por ello se entiende sociedad «persona jurídica», pero si «a mi parecer» en cuanto el fondo (affectio societatis) de su finalidad y de su dinámica». En cambio, en Italia, INNIO (Op. cit., pp. 325-326) sostiene la inaplicabilidad de las normas societarias a la comunidad legal, pues "la disciplina societaria está dictada para una finalidad extraña a la propia de la comunidad conyugal, en cuanto que, mientras en la sociedad los bienes aportados por las partes vienen utilizados para el desarrollo de una actividad económica con objeto de lucro, en la comunidad legal el goce de los bienes comunes por parte de los cónyuges no es necesariamente instrumentado al ejercicio de una actividad de empresa, sino que es la lógica consecuencia, sobre el plano patrimonial, de la comunidad de vida y de afectos realizada con el matrimonio".

\textsuperscript{62} MAGARIÑOS (Sociedad..., cit., pp. 330-331) indica qué normas del contrato de sociedad podrían aplicarse a la sociedad de gananciales: "... la del 1689.2 (precepto aplicado a la sociedad de gananciales por la D.G.R. en R. de 4 de mayo de 1978), cuando dispone que la sociedad no queda obligada respecto a terceros por actos que un socio haya realizado sin poder de la sociedad, pero quedará obligada para con el socio en cuanto dichos actos hayan redundado en provecho de ella. También puede ser útil la aplicación del 1682 para resarcir a la sociedad de gananciales de las cantidades de dinero tomadas por un cónyuge en beneficio particular, y el 1684 para cuando existan créditos vencidos en favor del cónyuge y de la sociedad, y también el 1686 (responsabilidad del socio por daños a la sociedad), 1688 (responsabilidad de la sociedad por cantidades anticipadas por un socio) y 1691 (muñida del pacto que excluya a uno de toda la participación en ganancias o pérdidas)...". En relación con el Codice, DI MARTINO (Gli acquisti in regime di comune legale fra coniugi, Milano, 1987, pp. 186-187), considera "fundada la pretensión de traer luz de la disciplina societaria para establecer cómo va aplicada la regla de la subsidiariedad (de la responsabilidad por deudas) en el ámbito de la comunidad legal".
Según nuestro criterio, la especial naturaleza del consorcio conyugal y el vínculo personal que surge entre los cónyuges no impiden que en su fondo exista un embrión societario. En la sociedad ganancial, se ha visto, existe una ineludible colaboración entre los consortes y un ánimo de puesta en común de bienes, de manera que su índole familiar no fuerza, en absoluto, a excluir de ella el carácter de sociedad con el que clásicamente se la viene denominando legal y doctrinalmente. En la comunidad ganancial existe un substrato societario que influirá decisivamente en su régimen jurídico. Así, las lagunas que surjan en materia de gananciales podrán integrarse con una aplicación subsidiaria de los preceptos societarios susceptibles de adaptarse a las especialidades del consorcio conyugal.

Por todo ello, la actual remisión que el art. 1410 Cc. hace a las normas de partición y liquida-

---

6) En este punto podría acudirse a la siguiente idea de PANTALEON (Asociación y sociedad. (A propósito de una errata del Código Civil), A.D.C., Ene.-Mar., 1993, p. 46): "... el de sociedad contractual o sociedad en sentido estricto no es un mero concepto doctrinal ordenador, sino un prototipo normativo, configurado por los elementos característicos, presentes en todos los tipos legales, de las sociedades de personas -el origen negocial, el fin común, la comunidad de contribución, la estructura personalista-, y cuya disciplina... se halla en las normas regulatorias de la sociedad civil, exceptuadas aquellas que responden a los restantes elementos configuradores del tipo legal de la sociedad civil..., esto es, la actividad común no mercantil, el ánimo de lucro, el carácter externo (la personalidad jurídica) y el patrimonio común. Dicha disciplina es el "Derecho común" de las agrupaciones organizadas según esquemas personalistas...".
ción de las herencias, es muy criticable, no sólo por su manifiesta vaguedad, sino porque, sobre todo, la comunidad hereditaria, tanto en su presupuesto como en su vocación, es absolutamente diferente a la comunidad ganancial, por lo que no parece apropiada esta solución legal.

3. LA TESIS PREDOMINANTE: LA COMUNIDAD GANANCIAL COMO COMUNIDAD GERMÁNICA O EN MANO COMÚN.

Los partidarios de esta teoría fundan su po-

44 En relación con el Codice, INGO (Op. cit., p. 329) entiende que: "Respecto a la comunidad hereditaria... la comunidad legal se diferencia por ser sobre todo un régimen patrimonial, destinado a operar respecto a las adquisiciones efectuadas sucesivamente para el matrimonio, y no sólo sobre el complejo de bienes objeto de cotitularidad por parte de los cónyuges".

sicción en el evidente paralelismo que existe entre los caracteres y finalidades de la sociedad gananci
cial y los de la comunidad zur gesamme Hand⁶⁴. En ambas existe un condominio sobre unos bienes atribu-
uidos a los partícipes, no de manera separada, sino indivisa⁶⁵. Estos comuneros, a su vez, están liga-

⁶⁴ (...continuación) comunidad romanística; SOCCORSI ALIPORNI (Il regime legale della comunione tra coniugi, Il nuovo Diritto di Famiglia, Contributi notarili, Quaderni della Riv. Not., Milano, 1975, p. 43), que habla de la existencia de un patrimonio separado que se tiene por los cónyuges en comunidad "que se aproxima a la de tipo germánico"; GAZZONI (Manuale di Diritto Privato, Roma, 1987, p. 363); etc.

⁶⁶ La R. de 30 de junio de 1927 dice: "... entre las distintas construcciones jurídicas con que la técnica moderna trata de explicar la situación jurídica de la llamada sociedad de gananciales, parece ajustarse a los dictados de nuestro Derecho más la que admite una especie de mancomunidad de bie-

⁶⁷ Así, CASTAN (Dogmática de la sociedad de ganan-

ciales. Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos, R.G.I.J., 1929, pp. 234-235), dice que: "En el fondo, la sociedad de gananciales no es más que una propiedad en mano común o de tipo colectivista, ya que marido y mujer son, indistintamente, titulares de un patrimo-

...
dos por una relación personal tan estrecha que no pueden enajenar su parte por sí solos, sino que sólo pueden ejercitar sus derechos de modo colectivo.

3.1. LA POSIBLE APLICACIÓN DE LAS NOTAS DE LA COMUNIDAD GERMÁNICA A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES, Y SU RÉPLICA.

Para esta doctrina analizada, de las notas generales mencionadas surgen los tres rasgos esenciales de la comunidad germánica que serían trasladables, sin dificultad, al consorcio conyugal. Vea mos si es posible esta asimilación de caracteres:

3.1.1. La inexistencia de cuotas.

3.1.1.1. Planteamiento dogmático.

La característica fundamental de la comunidad

---

GARCIA-GRANERO (Op. cit., pp. 511-512) los resume: "a) En la comunidad conyugal no hay cuotas, entendidas éstas en el propio sentido del término. El patrimonio pertenece conjuntamente a los cónyuges, éstos son cotitulares del mismo... b) La comunidad de gananciales y, en general, las comunidades matrimoniales de bienes, son indivisibles, de modo que los cónyuges mientras no desaparezca el vínculo que los une, no pueden pretender la disolución de la sociedad y la división del líquido ganado partible. c) Del mismo modo que los comuneros en la gesamte Hand, los cónyuges están ligados por un vínculo personal y estrechísimo de economía única, de vida común, de cohabitación, de unidad espiritual y sexual, que los liga íntimamente y que origina en titulares personalísticos y conjuntos del patrimonio comunal". Estos mismos caracteres los señala MARTINEZ VÁZQUEZ DE CASTRO: Op. cit., p. 52.

141
zur gesamte Hand, según la doctrina, radica en la ausencia de cuotas de los comuneros en los bienes comunes, de lo que deriva su diferencia primordial con la comunidad romana o por cuotas. Ahora bien, el hecho de que en la comunidad en mano común no pueda hablarse de cuota, no significa que no exista una participación de los comuneros en el derecho o cosa común, sino sólo que se impide una asignación a cada partícipe de una porción separada en su disfrute o disposición. En definitiva, la idea de cuota tiene una aceptación y un efecto jurídico diferente en la comunidad romana y en la germánica. En la primera, la cuota supone la participación concreta del condómino en el disfrute de la cosa común, de modo que dicha porción se integra en su patrimonio privativo, pudiendo disponer libremente de ella. Por contra, en la comunidad germánica, la cuota sólo evidencia que se es partícipe, pero no que se tenga un derecho de-limitado respecto de los bienes comunes, por lo que sólo significa la proporción en que éstos se compartirán a la finalización del régimen, y también, si

---

69 Es el parecer, entre otros, de MESSINEO: *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, 1920, pp. 44-45.

70 Como sostiene GIERKE (*Deutsches...*, I, cit., pp. 676 ss.), la cuota-parte -*quotenteilung* - debe existir en toda situación de cotitularidad, y la comunidad germánica la ca. En toda relación en la que varios sujetos confluyen con derechos antagónicos sobre un mismo bien o derecho, la idea de cuota es una exigencia conceptual, o más bien institucional.
las hay, las ganancias que resultaren.\footnote{Como explica GARCÍA GRANERO (Op. cit., pp. 230-231): "La cuota, en la comunidad germana, significa tan sólo que su titular forma parte de ésta, que es copartícipe; pero sin atribuirle una porción, siquiera sea abstracta, del derecho común, ni ser tampoco un módulo o criterio determinativo de la medida o proporción en que ha de gozar de la cosa común, ya que el aprovechamiento se hace en forma colectiva e indeterminada. La cuota viene a ser, simplemente, a modo de expectativa para el caso de disolución o ruptura del vínculo personal...". Es también la idea de ROCA SASTRE (Op. cit., p. 170), y, en Alemania, de GIERKE: Deutsches..., I, cit., pp. 679-680.}

3.1.1.2. Adaptación de esta doctrina al régimen legal de gananciales y sus reparos.

Las ideas anteriores parecen observarse en la regulación legal de la sociedad ganancial, pues no se fija parte alguna entre los cónyuges\footnote{La R. de 12 de diciembre de 1935 califica a la sociedad ganancial como una "mancomunidad de bienes entre marido y mujer, en la que no hay atribución de cuotas ni facultad para pedir la división". Además, el art. 1373 Cc. parece dar carta de naturaleza a la tesis de la comunidad germánica pues, como dice GOMEZ DE LA ESCALERA (Las obligaciones "extracontractuales" de un cónyuge y el nuevo régimen de "responsabilidad" de los bienes gananciales, La Ley, 1985, p. 1196), "únicamente desde la idea de que la sociedad de gananciales es una comunidad sin cuotas, puede justificarse el que para efectuar el simple embargo de la porción que corresponda al cónyuge deudor en la comunidad conjugal, sea necesario disolverla".}, y los derechos de éstos se refieren a la totalidad del patrimonio común. Además, el legislador difiere la participación por mitad de los cónyuges en los ga-

\footnote{De este modo, mantiene LACRUZ (Elementos..., IV, 22, cit., p. 426), que en la sociedad de gananciales "la cuota existe sólo sobre el conjunto, y por eso podemos calificar a esta comunidad de universal". Niégan este carácter universal de la comunidad, entre otros, TORRENTE Y SCHLESINGER: Manuale di Diritto Privato, Milano, 1985, p. 907.}
nacionales hasta el momento de la disolución del régimen (art. 1344 en relación con el 1404 del Cc.)\textsuperscript{14}. Y aún más, examinado minuciosamente el articulado legal, se podría concluir que la idea de cuota no es aplicable a los gananciales, pues, conforme a los artículos 1353 y 1355, 20 del Cc., a contrario sensu, parece deducirse que si se configuran cuotas en una adquisición, lo adquirido no tiene, en principio, carácter consorcial\textsuperscript{15}.

Durante la vigencia de la comunidad, los esposos no tienen una participación definida y privativa\textsuperscript{16} en el patrimonio común que determine sus facultades de goce y aprovechamiento; sólo intervienen conjuntamente sobre aquél como cotitulares del mismo, requiriéndose el concurso de ambos para disponer de los gananciales. Ni siquiera el hecho de que sólo

\textsuperscript{14} También en el Derecho italiano, PINO (Il Diritto di Famiglia, Padova, 1984), parte de que, en la "comunidad legal no hay cuota. Aquí sólo hay la indicación de la proporción en la que van divididos activo y pasivo y no hay posibilidad alguna durante la comunidad sino hasta la división de disponer de la proporción de activo reconocida a cada cónyuge".

\textsuperscript{15} Afirma el art. 1353 Cc. que: "Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges, conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales..." Y el art. 1355, 20; Cc. que: "Si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes".

\textsuperscript{16} Como dice la S. de 11 de abril de 1972: "... es precisa la previa liquidación... (pues hasta entonces) no tiene ninguno de los cónyuges una propiedad exclusiva y excluyente"; sino sólo, como afirma la S. de 29 de diciembre de 1987, "un derecho expectante".

144
puedan existir dos comuneros en el consorcio (por lo que su cuota sería por mitad)\textsuperscript{17}, supone la posibilidad de conocer la medida concreta, ni aún intelectual, de cada consorte en el patrimonio común\textsuperscript{18}. La razón de ello está en que, si la porción de los cónyuges en los gananciales estuviera delimitada, formaría parte de su patrimonio privativo, y podrían disponer de ella\textsuperscript{19}, lo cual, a la luz de la regula-

\textsuperscript{17} GIMÉNEZ DUART (Op. cit., p. 262) advierte que: "... en la comunidad ganancial sólo hay dos sujetos, sin que pueda haber ni más ni menos, por lo que cada uno sabe qué "cuota" en el conjunto le corresponde... Un patrimonio de dos que "sólo puede ser de dos" no es un patrimonio en mano común, sino un patrimonio "por mitad", lo que implica "cuota" por definición. Que luego cada uno de los comuneros pueda o no disponer de su cuota es una cuestión puramente accidental". En esta misma línea, ECHEVARRÍA (La contratación..., cit., p. 217) razona que: "si existe comunidad germánica ganancial, por muy abstractos y sin delimitar que sean los derechos de cada cónyuge sobre los bienes concretos comunes, no puede negarse que entre los dos esposos suman y reúnen todos los derechos que puedan recaer sobre la comunidad y sobre cada uno de los bienes que la componen".

\textsuperscript{18} Como señala GARCÍA GRANERO (Op. cit., p. 229): "Cada comunero aparece, pues, investido de todas las facultades de goce y aprovechamiento sobre la cosa entera, pero sin que esto determine la exclusión de los demás, sino más bien un armónico concurso de todos ellos. Todos pueden usar de la cosa por entero, más sin que ninguno pueda pretender para sí una cuota o porción exclusiva, ya que el disfrute de la cosa es colectivo, está destinado no a los fines particulares de los miembros, sino a los fines solidarios del grupo. Por eso el aprovechamiento se hace en forma indeterminada, es decir, sin que estén prefijadas las cuotas o porciones que cada conduceño tiene derecho a obtener; cada uno de éstos saca aquella utilidad de que tiene necesidad, indiferentemente de si los otros gozan más o menos".

\textsuperscript{19} Así lo manifiesta GARCÍA GRANERO (Op. cit., pp. 511-512), quien observa que, si la parte de los consortes en la sociedad de gananciales "efectivamente se tratará de una cuota, considerada en su sentido romanístico, o sea como porción fija y determinada, constituiría un derecho que formaría parte (continúa...)"
ción legal, no es posible, como deriva claramente de los arts. 1375, 1377 y 1378 del Cc.

Sin embargo, a la argumentación anteriormente expuesta se le opone que la negación de la cuota, que tan decididamente se defiende, no puede ser tan absoluta como se pretende, ya que ello llevaría a la imposibilidad de negociación entre los cónyuges. Además, si se elimina la idea de cuota, la sociedad ganancial quedaría configurada como una comunidad solidaria, en la que el derecho pertenecería por

79 (...continuación)
integrante del patrimonio particular de cada uno de los cónyuges (como ocurre en la comunio romana), los cuales podrían disponer del mismo (disposición entendida como trasferencia real actual), incluso por actos inter vivos; y esto no es así, puesto que hasta el mismo disfrute se efectúa en forma colectiva e indiferenciada".

80 ESCHEVARRIA (La contratación..., cit., p. 217), observa que: "Después de la reforma de 1981, si se sigue la teoría de la comunidad gerárquica ganancial, la apertura y liberalización contractual, pretendida fundamentalmente a través de los arts. 1323 y 1458, resultará casi totalmente ilusoria e impracticable, pues las posibilidades de contratación, en especial con efectos traslativos, quedan reducidas al campo de los bienes privativos, igual que antes de la reforma, ya que resulta jurídicamente imposible configurar un contrato con transmisión de dominio entre cónyuges de bienes gananciales, pues uno de los esposos, concretamente el adquirente, se transmite a sí mismo una parte (la que sea, aunque no esté deslindada), que ya es suya...".

81 Como sostiene LACRUZ (En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código Civil, R.G.L.J., Ene., 1950, p. 56), siguiendo a Messineo, el "concepto de cuota intelectual es absolutamente necesario para no caer en el extremo de configurar la titularidad común como una especie de titularidad solidaria... Las cuotas son el índice del futuro reparto, pero son también la medida aritmética del derecho de cada comunero en todo momento". Asimismo, OSBACH (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, vol. II, I. V, Jena, 1924, p. 2), apunta que en la Gemeinschaft zur gesamten Hand todo partíc-
(continúa...)
entero a cada uno de los comuneros y, por tanto, éstos podrían disponer separadamente del mismo, lo que operaría la extinción de la comunidad\textsuperscript{81}.

De otro lado, tampoco puede sustentarse que, dada la inexistencia de una cuota definida de los cónyuges en los bienes comunes, éstos deban actuar siempre conjuntamente\textsuperscript{82}, ya que el legislador establece casos de legitimación individual de los consorcios para actuar sobre los gananciales (arts. 1381, 1384, 1385, 1386, etc.; del Cc.)\textsuperscript{84}. Igualmen-

\textsuperscript{81}(...continuación)

pe tiene también una parte propia en el derecho común, ya que de otra manera no sería comunero, si bien lo que pasa es que el indicado derecho parcial no puede, por lo ordinario, ser ejercitado por el participe de forma independiente.

\textsuperscript{82} En esta misma línea, se alega por los detractores de la teoría de la comunidad gessante Hand aplicada a la ganancial una tesis, que no compartimos, consistente en destacar que el hecho de la calificación de un bien como consorcial, no implica siempre la cotitularidad del mismo por parte de ambos cónyuges. Así, se advierte cómo en los casos de bienes adquiridos por uno solo de los esposos, aunque el consorte no adquiere, puede ejercer todos los derechos y acciones derivados de la consideración ganancial, que legalmente se le atribuya al bien mercado, ello no significa que se establezca el condominio de éste en favor de los cónyuges. En concreto, BLANCHER (Reflexiones..., cit., p. 26), piensa que, en estos casos, "el cónyuge no titular no se convierte en cotitular, ni participa de alguna manera en la titularidad misma, siquiera participe, en cuanto miembro de la relación de gananciales determinante en el ejercicio de las facultades y potestades que integran el derecho o la relación determinada". En este mismo sentido, se pronuncia MARTINEZ SANCHIZ: Casos dudosos..., cit., p. 362.

\textsuperscript{84} PÉREZ GONZÁLEZ Y CASTÁN (citados por GARCÍA GRANERO: Op. cit., p. 514), aseguran que "la propiedad en mano común en su forma más pura y genuina... exigiría la gestión conjunta de los dos cónyuges".

\textsuperscript{84} PARA ECHEVARRÍA (La dinámica..., cit., p. 70), la propia "cogestión del art. 1375 Cc. y sus excepciones o casos (continúa...)\textsuperscript{84}

147
te, se observa cómo en los supuestos de adquisiciones individuales de bienes comunes, la tesis de la comunidad germánica, referida a la ganancial, no sirve para explicar porqué el consorte adquirente tiene mayor legitimación que el otro, para realizar determinados actos sobre el bien comprado (arts. 1384 y 1385 del Cc. y 94 del R.H.)

3.1.2. El vínculo personal entre los partícipes.

3.1.2.1. Configuración doctrinal.

Otra nota básica de la comunidad zur gesammte Hand aplicable a la sociedad ganancial, sería la existencia de una relación personal entre los comunes, de manera que, frente a la comunidad roma-


14 (...continuación)
de gestión individual, que nosotros denominamos solidaria y contenidas en los artículos siguientes al citado, derivan claramente de una situación de sociedad y no de comunidad".

15 MAGARÍNOS (Sociedad..., cit., pp. 324-325) señala que: "... la tesis de la comunidad germánica, aparte de su estrechez para comprender el supuesto de inexistencia de bienes, no resuelve los problemas derivados de la titularidad individual de derechos con matiz personal acusado (como el de socio de sociedad cerrada), y tampoco los relativos al plus de legitimación, consecuencia de dicha titularidad individual, por aplicación de los artículos 1384 y 1385 del Código Civil y 94 del Reglamento Hipotecario".

16 ROCA SASTRE (Op. cit., p. 165) argumenta que: "... la reglamentación de los bienes de la sociedad de gananciales no hace de un simple hecho de tenencia, sino de un estatuto legal o convencional, que liga personalmente a los titulares de un grupo de bienes"; por lo que, siguiendo a Wieland, debe ha-

(continúa...)
na donde el vínculo es sólo patrimonial, en la germánica tendría un carácter íntimo y familiar. Como consecuencia de ello, en la comunidad romana, las obligaciones que surjan sólo afectan a los partícipes como deudas de índole real o propter rem, ya que emanan exclusivamente de la relación de los comuneros con la cosa común, por lo que la obligación de éstos cesa si salen de la comunidad. Este vínculo patrimonial de los partícipes consiente, también, la delimitación de su cuota, así como el que su titular pueda enajenarla, transmitirla o renunciarla.

En cambio, la comunidad germánica supone un lígamen personal (personenrechtliche Gemeinschaft) entre los comuneros, vínculo estrecho que impregna y cualifica cualquier acto que afecte al patrimonio común. Este enlace singular entre los condóminos impide la determinación de su parte, porque, por

\[\text{...continuación}\]

blase de una titularidad personalísima (p. 167). Por su parte, GARCÍA CRANEIRO (Op. cit., pp. 512-513) asegura que en la sociedad de ganancias se da "aquel especial carácter de la gesamte Hand de ser, preferentemente, una comunidad personal que repercute y trasciende a la esfera patrimonial. Los cónyuges realizan una vida común de afectos, de sentimientos y de relaciones sexuales; lógico es, pues, que esta completa comunidad de vida en el orden moral y personal se amplíe al ámbito de lo patrimonial, originándose así una comunidad económica por consecuencia y repercusión de una comunidad personal preexistente". También DE LOS MOYOS (La renuncia... cit., p. 115) pone de manifiesto que las características especiales de la comunidad germánica sólo se explican "en consideración a la vinculación de tal forma de comunidad a un fin superior, no sólo como manifestación del principio de solidaridad que domina toda esta materia, sino de la mayor entidad ética que el mero disfrute de los derechos nacidos de esa especial forma de estar como titular".
encima de su interés particular, está el de la comunidad, debiendo cumplirse, ante todo, el destino especial al que está afecta. Además, esta nota personal de la comunidad zur gesamte Hand, aclara el porqué los comuneros responden necesariamente de las deudas comunes sin que puedan eximirse de ellas renunciando a su parte, pues sólo aquéllos son los que justifican la existencia de la comunidad.

3.1.2.2. Inclusión de esta nota en el sistema ganancial y su crítica.

Según la posición doctrinal que exponemos, el ligamen personal característico de la comunidad en mano comuda, se daría también en la ganancial, y explicaría la obligación de los cónyuges de actuar en el interés de la familia, la carga de atender a las necesidades de ésta, etc\(^7\). La condición de comunero, también en la comunidad ganancial, es personalísima, los cónyuges no son simples cotitulares de

\(^7\) La R. de 13 de septiembre de 1922 establece que aunque "los bienes de la sociedad conyugal pertenecen al marido y mujer conjuntamente, no es posible confundir la comunidad de gananciales con una copropiedad de tipo romano; en primer lugar, porque la relación personal de los cónyuges es, en aquel supuesto, tan íntima que modifica su estado civil, mientras que en la copropiedad por cuotas los partícipes se hallan ligados por una relación patrimonial; en segundo término, porque el régimen jurídico del matrimonio impone normas de disposición, uso y administración de los bienes, así como especiales relaciones de responsabilidad, subrogación y distribución que no tienen razón de ser en la copropiedad ordinaria".
un conjunto de bienes, sino que están obligados a
destinarlos a conseguir un propósito común. De ahí
que nuestro Código Civil, en numerosos preceptos
(arts. 1366, 1389, 1390, etc.), exija la adecuación
de la actividad de los consortes con el interés fa-
miliar, único dato que legitima, intachablemente,
cualquier gestión de aquéllos. En definitiva, la
especialidad de la comunidad conjugal de bienes no
sería más que una prolongación de la singular comu-
nidad de vida que supone el matrimonio. La actividad
económica conjunta es la consecuencia inevitable de
la estrecha unión que, en la esfera familiar, debe
existir entre los esposos.

No obstante, a pesar de la aparente similitud
existente entre el vínculo personal derivado de la
comunidad germánica y el que nace del consorcio con-
yugal, la doctrina advierte que aquél no puede com-
pararse con el enlace familiar y tendencialmente
permanente nacido del matrimonio\footnote{De esta manera, VAZQUEZ Iruzubieta (Régimen económico
del matrimonio, Madrid, 1982, p. 189) expone que la "sociedad
conjugal que tiene su fundamento en el matrimonio, es una
unión de dos personas que en principio se vinculan indefinida-
mente, aunque de hecho pueda no ocurrir así. Es en este senti-
do que la llamada "comunidad en mano común" se aleja del sen-
tido íntimo y voluntario que tiene la sociedad conjugal."}. Los integrantes
de una comunidad germánica están ligados por intere-
es comunes y por un vínculo particular, pero, de
ningún modo, de naturaleza tan estrecha y trascenden-
tal como el que brota entre los cónyuges. Así,
puede concluirse que la intimidad del vínculo y la superioridad del interés familiar, marcan peculiarmente el régimen de gananciales respecto del modelo de la comunidad zur gesamten Hand.

3.1.3. La indisponibilidad particular de la participación en la comunidad y la individualidad de ésta durante su vigencia.

3.1.3.1. Razonamiento doctrinal.

La última nota de la comunidad germánica que sería adaptable a la ganancial, sería la imposibilidad para los condóminos de disponer individualmente de su participación en los bienes communes\(^9\), y la inescindibilidad de la comunidad durante su existencia. Ambas limitaciones serían consecuencia de la carencia de una cuota delimitada de cada partícipe en la masa común, y de la existencia de una relación personal entre los comuneros sobre la que gravita la

\(^9\) Incluso ECHEVERRIA (La contratación..., cit., pp. 230-231), que no acoge esta tesis, sostiene que en la sociedad de gananciales la "cuota ganancial" no es transmisible ni total ni parcialmente, ni en abstracto ni en concreto sobre ningún bien ganancial, por la simple razón... de que no existe porque para nosotros la comunidad ganancial nace en la fase de liquidación de la sociedad... y esta cuota resulta intransmisible durante la vigencia de la sociedad de gananciales, porque ya se configure como una comunidad, ya como una sociedad sin personalidad ni patrimonio, el haber partible no queda fijado hasta el momento de la disolución."
comunidad misma\textsuperscript{90}.

En el consorcio conyugal, ningún cónyuge puede disponer, por sí solo, de su parte, ni \textit{inter vivos}, ni \textit{mortis causa}; ni tampoco le está permitido subrogar a un tercero en ella. La no atribución a cada consorte de una porción fija de bienes, vedas, de un lado, su facultad dispositiva individual, siendo la comunidad la única que puede disponer de los bienes comunes; y, de otro, impide reclamar la división de la comunidad durante su vigencia, para hacer efectiva una cuota que no tiene virtualidad. Además, esta exclusión de la \textit{actio communi dividundo} deriva del singular vínculo que surge entre los cónyuges, de modo que, sólo una vez agotado el mismo, podrá procederse a la partición, ya que faltará el cimiento personal que sustentaba a la comunidad.

3.1.3.2. Negación de esta asimilación.

A esta tesis expuesta se le objeta que no es

\textsuperscript{90} De este modo, ROCA SASTRE (Op. cit., p. 169), HERNANDEZ-ROS (Op. cit., p. 510); GARCIA GRANERO (Op. cit., pp. 231-232); etc. En Italia, NATUCCI (\textit{Gli atti di amministrazione straordinaria del coniuge in regime di comunione legale}, Quadrimestre, Riv. Dir. Priv., 1988, 1, p. 124, nota 20) escribe que: "La imposibilidad de enajenación de la cuota no está, en verdad, establecida por ninguna norma, sino que deriva del ligamen que la comunidad tiene con el \textit{status} de cónyuge, el cual no es, evidentemente, cedible. La atribución al cónyuge de la cuota de comunidad sobre ciertos bienes sucede, en efecto, por obra de la ley y en favor de un sujeto, no en cuanto tal, sino en cuanto cónyuge".
pacífica la total inalienabilidad de la parte de cada cónyuge en el haber común. Aunque no exista una cuota determinada de los consortes en los gananciales, los propios defensores de la tesis de la comunidad ganancial como comunidad germánica, reconocen que, dada la adscripción necesaria de la mitad del patrimonio común a cada cónyuge, es admisible la posibilidad de enajenar el valor económico de dicha participación\(^1\). El propio Código Civil parece aco- ger dicha doctrina en los arts. 1379 (relativo a la disposición "morta causa "de la mitad de los bienes gananciales"), y 1380 (referido a la disposición del "valor" de la parte de cada cónyuge en la comunidad conyugal). Interpretando literalmente estas normas se deduce que existe una cuota de los consortes en los gananciales, cuota que, bien referida a cosas concretas, o bien integrada por su valor económico, es disponible a través de testamento\(^2\). Esta misma


\(^2\) En contra, GARCIA GRANERO (Op. cit., p. 511), quien en relación con el antiguo art. 1414 CC. (que también indicaba que el "marido no podrá disponer por testamento sino de la mitad de gananciales"), argumenta que: "La literalidad de dicho precepto da por sentado que el marido tiene un derecho actual, o sea, una cuota en los gananciales. Más, en realidad, esto no es así, pues el marido lo único que puede hacer es disponer testamentariamente del derecho indeterminado e incierto que tiene sobre lo que en su día pueda corresponderle (continúa...
La sistematización... 

solución se sostiene, en relación al art. 1373 Cc., relativo a la ejecución de bienes gananciales por deudas privativas de un cónyuge. 

3.2. CONSIDERACIONES CRÍTICAS FINALES.

A pesar de los argumentos expuestos, la tesis de la sociedad ganancial como comunidad germánica, aún siendo la más acogida doctrinal y jurisprudencialmente, no está exenta, como hemos visto, de variadas y fundadas críticas que desvirtúan su aparente rotundidad. En general, los autores que rechazan esta orientación alegan que, además de su complejidad y la imposibilidad de aplicar correctamente sus notas esenciales al consorcio conyugal, debe destaca-

{...continuación} 


En los gananciales al operarse la disolución de la sociedad. En el fondo, el referido artículo 1414 responde a la característica función que a la cuota-parte está atribuida en la gesamte Hand... es decir, ser una simple determinación hipotética establecida eventualmente en previsión de que la comunidad llegue a disolverse". Por su parte, GIMÉNEZ DUART (La gestión de la comunidad de gananciales, A.D.C., 1982, p. 580) puntualiza que: "no es cierto, pese a la dicción legal, que los cónyuges puedan disponer de una mitad, sino de aquello que en su momento se les adjudique en la liquidación". 

Así, GUILARTE (La naturaleza..., cit., p. 914) sostiene que: "... donde con más claridad se recoge hoy la idea de cuota es en el art. 1373 del Código Civil que expresamente menciona el que se podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes conyugales por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal. Incuestionablemente tal denominada parte no es sino la cuota que se concreta en unos determinados bienes... En este sentido, al menos desde el prisma de la responsabilidad, la idea de cuota se encuentra perfectamente delimitada...".

155
carse su escasa conexión con nuestro Derecho histórico, y la falta de consagración legal en nuestro ordenamiento jurídico de figuras similares a la comunidad zur gesammte Hand4.

4 DE COSSIO (Tratado..., T. 50, vol. 19, cit., p. 41) estima razonable preludir de "una fórmula carente de contornos precisos, y sin trascendencia legal alguna, como es la llamada comunidad de derecho germánico para la explicación de un régimen tradicional del derecho castellano, ajeno en todo momento a tan oscuras elucubraciones". Por su parte, GUILARTE (La naturaleza..., cit., p. 904) expone que el antecedente alemán de esta figura "surge en función de unas causas económicas y sociales absolutamente ajenas a las que hoy determinan la atribución común de los bienes gananciales". En el mismo sentido, REYES MONTERREAL (Op. cit., p. 59) parte de que: "Aunque hubiera grandes semejanzas con esa comunidad germánica, a fuerza de contradecir el concepto del Código... llegaríamos al absurdo de traer prestadas, del extranjero, normas de una institución, por ello, exótica". También en Italia, TAMBURINO (Op. cit., p. 235), niega la tesis de la comunidad germánica porque, se trata ésta, de "un instituto del todo contrario a nuestras tradiciones jurídicas y sociales".

5 No obstante, existe un supuesto especial: la normativa de los montes vecinales en mano común, que, como afirma BOCA-NEIRA SIERRA (Los montes vecinales en mano común, Madrid, 1986, p. 137), los "organiza expresamente en comunidades de tipo germánico o en mano común..., en coincidencia con la configuración que tradicionalmente la jurisprudencia y la doctrina les había venido asignando". Así, la Ley de 11 de noviembre de 1980 rige los montes de naturaleza especial pertenecientes a agrupaciones vecinales, y que sean aprovechados consuetudinariamente en mano común, por los miembros de aquéllas, en su condición de vecinos; montes que pertenecen, sin atribución de cuotas, a la agrupación vecinal respectiva. El aprovechamiento comunal de estos montes es inseparable del carácter de vecino de la respectiva comunidad, de manera que los componentes de ésta no tienen una cuota concreta de goce, sino únicamente una atribución de derechos derivada, precisamente, de la cualidad de residente. Como consecuencia también de lo anterior, no es conceivable un disposición de los derechos de disfrute que no esté conectada con la adquisición contemporánea, por parte del adquirente, de la condición de vecino de la comunidad. Sin embargo, hay que advertir que, sólo en estos supuestos, y por su identidad de razón con los casos típicos de la comunidad germánica, se comprende la adaptación de dicho mecanismo a figuras de nuestro Derecho patro. Intentar trasladar este expediente a una institución, como la sociedad de

(continúa...)
Por otra parte, se evidencia que esta tesis no sirve para aclarar dos problemas esenciales que emergen en la sociedad ganancial: quién ostenta la titularidad de los gananciales y por qué responde esta masa patrimonial de ciertas deudas.

Respecto de la primera incógnita, es obvio que, mientras no se concrete la titularidad de los bienes comunes, no puede determinarse el régimen de administración y disposición de los mismos. En el consorcio conyugal, surge el problema de compatibilizar la titularidad formal de los gananciales, que se encuentran siempre a nombre de uno o ambos cónyuges, con la autonomía de que goza el patrimonio consorcial. Esta difícil dualidad no encuentra solución bajo el expediente de la comunidad germánica, ya que ésta tiene un carácter estático, y no posee autonomía respecto de los partícipes. Por contra, la sociedad ganancial tiene un aspecto dinámico, de modo que los gananciales sólo pertenecen formalmente a los consortes, ya que, funcionalmente, dichos bienes están afectos al consorcio para el cumplimiento de los fines sociales. Esta afección especial de los gananciales, si bien no implica una titularidad para la sociedad, porque ésta no tiene personalidad jurídica, sí que le concedes una cierta autonomía fun-

§{...continuación)
gananciales, supone tergiversar la esencia de la misma, sin añadirle, por otra parte, beneficio práctico alguno.
cional, explicando la indisponibilidad individual y la indivisibilidad de la cuota de cada cónyuge, así como la especial responsabilidad de los gananciales por las deudas comunes.

El expediente de la comunidad zur gesammte Hand pura, parte, además, de que ninguno de los partícipes tiene una legitimación preferente respecto de los bienes comunes\(^{16}\). Por contra, la regulación de la sociedad ganancial, aunque instaura la igualdad de los cónyuges respecto del patrimonio común, reconoce una legitimación individual para realizar actos dispositivos sobre gananciales, cuya adquisición o posesión actual es personal (arts. 1384, 1385, etc.), lo que oscurece la pretendida similitud entre el sistema germánico y el consorcial\(^{17}\).

\(^{16}\) Así, GARCIA GRANERO (Op. cit., pp. 227-228), expone que como "toda situación de cotitularidad, la gesammte Hand implica una pluralidad de sujetos en la titularidad de las mismas facultades. Al igual de lo que ocurre en el condominio romano, el sujeto es plural; pero mientras en éste el titular está constituido por varias personas aisladamente consideradas, en aquélla, por el contrario, el sujeto es una reunión o conjunto de individuos colectivamente considerados. De aquí que todos los comunes constituyan una colectividad en la que desaparece su individualidad como titulares independientes, siendo aquélla la que ostenta la titularidad de los poderes jurídicos. Titulares son todos en su conjunto, en su reunión, no de por sí en su autónoma individualidad". Estas consideraciones, aun ciertas, no resuelven las situaciones especiales que pueden darse en el régimen ganancial (bienes adquiridos o que estén en posesión de uno solo de los cónyuges, etc.), que dan lugar a una confusa titularidad y, por tanto, a una singular legitimación de un esposo frente a terceros.

\(^{17}\) Para SORB (Instituciones de Derecho privado romano, Madrid, 1936, p. 411), el derecho de los partícipes de una comunidad gesammte Hand está conectado a la colectividad, por (continúa...)}
En cuanto a la insuficiencia de la tesis de la comunidad germánica para explicar porqué responden los gananciales de ciertas deudas, hay que reiterar que el ligamen personal de los cónyuges produce desviaciones importantes en la genuina aplicación del sistema germánico, por lo que es necesario acudir a otros expedientes más acertados. Además, el especial destino del patrimonio ganancial a la satisfacción de las cargas familiares, hace que se originen unas deudas específicas que no pueden explicarse, sino reconociendo la singularidad del consorcio conjugal frente al esquema germánico.

97 (...continuación)
eso sólo en mancomún puede decidirse y disponerse acerca de los bienes comunes. También GUILARTE (La naturaleza..., cit., p. 907), manifiesta que la "recuperación por los cónyuges de la capacidad de gestión individual de sus intereses patrimoniales, incluso en el ámbito de la sociedad de gananciales, resulta altamente contradictoria con la configuración colectiva y solidaria que la idea de comunidad germánica conlleva".

98 Por la insuficiencia de esta tesis para explicar algunos temas, algunos autores, como por ejemplo, LACRUZ (Elementos..., IV, 20, cit., pp. 427-428), sustentan el complemento de la misma con la aplicación subsidiaria de las normas de la sociedad civil.
4. NUESTRA PROPOSICIÓN: LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO PATRIMONIO SEPARADO, SUSCEPTIBLE DE SER CONSIDERADO COMO CENTRO DE IMPUTACIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES.

4.1. LÍNEAS INTRODUCTORIAS.

A nuestro criterio, el patrimonio ganancial tiene entidad suficiente (por los fines a los que se dirige, por los intereses que protege, por las normas que regulan su administración, endeudamiento y disposición, etc.), para ser tenido como base pasiva o soporte objetivo de la responsabilidad por las deudas contraídas para la satisfacción de las necesidades familiares y que están sintetizadas, en

99 Para OLIVARES (Op. cit., p. 309), es evidente que la "autonomía de que goza el patrimonio ganancial frente a los privativos de cada cónyuge, ... le permite ser centro de referencia de negocios jurídicos y contratos, lo mismo que lo es de deudas y responsabilidades". También PEÑA (Derecho de Familia, Madrid, 1989, p. 248) parte de que el "patrimonio ganancial es, como todo patrimonio, una unidad abstracata de bienes a la que se atribuyen como propios derechos y obligaciones. Derechos propios del patrimonio ganancial (elemento activo) son los bienes gananciales. Deudas propias del patrimonio ganancial (elemento pasivo) son las deudas de la sociedad de gananciales". En Italia, ATTARDI (Profilo processuali della commozione legale dei beni, Riv. Dir. Civ., 1978, p. 46), a pesar de las objeciones existentes, concluye admitiendo que "la comunidad de bienes se ponga como un patrimonio autónomo respecto a los personales de los cónyuges, idóneo para ponerse como centro unitario de relaciones jurídicas".

100 Como afirma LACRUZ (En torno a la naturaleza..., cit., p. 57), el "Derecho no obra caprichosamente cuando ins-

(continúa...)
tituye un patrimonio autónomo y distinto de los bienes privativos de los cónyuges; al contrario, se muere por poderosas razones de política legislativa y, principalmente, por la existencia de unos intereses familiares que han de resultar mejor servidos por medio del patrimonio en cuestión. En este sentido, puede decirse, con verdad, que tal patrimonio está destinado a un fin. También GARRIDO DE PALMA (Op. cit., p. 174), considera que el "conjunto de elementos que componen la comunidad constituyen un patrimonio: los mismos están ordenados con vistas a un fin, el sostenimiento de la familia, y tienen por ello una responsabilidad prefijada, la de las deudas y cargas comunes, las familiares". Para DE CUPIS (Il Di- ritto di Famiglia, Padova, 1988, p. 91), dado "su destino familiar, el complejo de bienes comunes, en cuanto atañe a la responsabilidad patrimonial correspondiente al derecho de garantía de los acreedores, está sometido a un régimen especial sobre el que influyen el objeto y el origen de las obligaciones (arts. 186-190): es, por tanto, bajo el perfil de la responsabilidad, un patrimonio autónomo, que desempeña una propia y específica función de garantía, conexa a su destino". En esta línea, también, DE PAOLA y MACK: Op. cit., p. 93.

101 En Italia, OPPO (Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica, Riv. Dir. Civ., 1989, parte 18, p. 279), considera "suficiente" la autonomía de la comunidad, pues "el patrimonio común responde prioritariamente de sus obligaciones, esto es, de las obligaciones surgidas de conformidad a su destino familiar (al interesse, no sólo a las necesidades de la familia: art. 18, c); responde de las obligaciones de los cónyuges sólo por las cuotas de cada uno de ellos, siempre respetando la prelación de los acreedores de la comunidad; los cónyuges, a su vez, responden sólo subsidiaria- mente y pro cuota de las obligaciones de la comunidad". Inclu- so en el Derecho alemán, que parte de un régimen legal de separación, DI MAJO (Dovere di contribuzione e regime dei beni nei rapporti patrimoniali tra coniugi, Diritto di Famiglia, Scritti in onore di R. Nicolò, Milano, 1982, p. 344), advierte que el § 1420 establece, para la satisfacción de las necesida- des familiares, la aplicación prioritaria de los réditos y capitales comunes y, después, la de los pertenecientes al patrimonio de cada cónyuge; indicando que el "fundamento de la escala de prioridad, ... viene individualizado en la mayor cercanía a las necesidades familiares (der Familie naher ste- hend) que caracteriza la condición de los bienes comunes". CORNU (Op. cit., p. 403), indica que la autonomía patrimonial se ve clara en el art. 1415 Code, pues establece "de una par- te, que la fianza unilateral no obliga a la comunidad, (y) de otra parte, que un esposo no obliga sus bienes propios cuando se limita a dar su consentimiento a la obligación de caución tomada por el otro".

161
están afectos (el art. 1318 Cc. dice, más concretamente, "están sujetos"), al levantamiento de las cargas familiares, en la línea de la teoría del patrimonio de destino acogida inicialmente por la doctrina extranjera, y seguida después por la nuestra.

Manteniendo primeramente por MESSING (La natura..., cit.; cuya tesis podría resumirse así: la comunidad convivial es un patrimonio de destino, que tiene autonomía propia, aunque dicha autonomía no es tan plena que dé lugar a una auténtica persona jurídica), y seguido, entre otros, por BUSNELLI (La "comunione legale" nel Diritto di Famiglia riformato, Riv. Not., 1976, I, p. 40); DE PAOLA Y MACRI (Op. cit., pp. 87 ss.); TAMURRINO (Op. cit., p. 231), para quien la "nueva ley considera la comunidad... como un patrimonio autónomo que responde autónomamente (o al menos primariamente) de las obligaciones contraídas para su administración o para alcanzar la finalidad para la cual es constituido"; etc; y negada, por ejemplo, por ACONE (Spunti critici e ricostruttivi in tema di espropriazione dei beni della comunione legale conviviale, Rass. Dir. Civ., 1980, p. 10; que niega que la comunidad convivial de "lugar a la existencia de un sujeto distinto a los cónyuges, ni tampoco a un verdadero y propio patrimonio separado de destino"); BERNARDI (Op. cit., p. 781); GRASSO (Op. cit., p. 800); SCHLESINGER (Op. cit., p. 368); etc. En Portugal, esta teoría es asumida por ANTUNES VARELA (Direito da Família, Lisboa, 1987, p. 394, nota 2), para quien el patrimonio convivial es "un patrimonio colectivo, porque de él son simultáneamente titulares, en su integridad, marido y mujer. Y es un patrimonio de afectación especial, porque el complejo de bienes que en cada momento lo integra se encuentra adscrito a satisfacer las necesidades de la sociedad convivial".

Así, OLIVARES (Op. cit., p. 296) defiende que: "...la esencia de la sociedad de gananciales está en la conservación de ciertos bienes especialmente destinados al levantamiento de las cargas del matrimonio, lo que se traduce, frente a terceros, en la preferente responsabilidad de estos bienes al cumplimento de las obligaciones derivadas de dichas cargas". Comparten esta tesis, MIRALLES (Op. cit., p. 599) para quien "los bienes gananciales soportan las cargas (art. 1362, 19, Cc.), e irán a su cargo las deudas que se contraigan en interés común. En este sistema económico los cónyuges aportan y constituyen un patrimonio separado, un patrimonio ganancial, a cuyo cargo irán las obligaciones que los cónyuges contraigan..."; DIEZ-PICAZO Y GULLON ("Derecho de Familia", Sistema (continúa...)

162
Según nos parece, ésta sería la mejor forma para explicar el carácter de la comunidad ganancial, ya que la afección básica del patrimonio común al cumplimiento de las exigencias familiares (admitida por la jurisprudencia y por la doctrina mayoritaria)\textsuperscript{103}, es tal que clarifica la posibilidad de configurarlo como un patrimonio especial\textsuperscript{105}, con

\textsuperscript{103}(...continuación)
de Derecho Civil, vol. IV, Madrid, 1989, p. 174), GARRIDO CERDA (Op. cit., p. 153); REYES MONTERREIAL (Op. cit., p. 61); etc. Incluso ECHEVARRIA (Sociedad..., cit., pp. 13-14), reconoce que la sociedad ganancial supone "una masa de bienes destinada... al levantamiento de las cargas del matrimonio...; masa integrada en, o por, dos patrimonios separados gananciales, el del marido y el de la mujer".

\textsuperscript{104} De este modo, el T.S., en la significativa S. de 17 de abril de 1967, mantuvo ya la consideración de la comunidad ganancial como un patrimonio especial vinculado a los fines del matrimonio. También, la R. de 19 de octubre de 1927, estableció que: "La sociedad de gananciales, sin constituir una verdadera persona jurídica, funciona como una masa patrimonial afecta a fines particulares del matrimonio...". Incluso, en el período liquidatorio de la comunidad conyugal, la R. de 25 de abril de 1986 indica que, respecto de las deudas comunes, los bienes gananciales se configuran como una masa autónoma de responsabilidad que no resulta afectada ni por la disolución de la sociedad, ni por la adjudicación de bienes gananciales a uno u otro cónyuge como consecuencia de la liquidación. El propio HERNÁNDEZ-ROS (Op. cit., p. 512), desde la perspectiva de la tesis germánica, advierte la importancia de la finalidad singular del patrimonio ganancial cuando afirma que: "La propiedad en mano común es forma más apta que la copropiedad por cuotas o proindivisa para la estructuración del patrimonio que mediante la sociedad se agrupa, haciendo de él un patrimonio puesto al servicio del fin social". En contra de la finalidad familiar básica del patrimonio ganancial se halla, señaladamente, GUIARTE LA naturaleza..., cit., p. 910.

\textsuperscript{105} En este punto, DE COSSIO (Tratado..., T. 50, vol. 19, cit., p. 33), aunque parte de la tesis societaria, manifiesta que la "denominada sociedad de gananciales no es una mera suma de bienes, sino... un patrimonio con su activo y su pasivo propios, en cuanto se halla afecto a las responsabilidades que su finalidad específica -sostenimiento de las cargas matrimoniales..." (continúa...)

163
del patrimonio ganancial. entidad adecuada para que le puedan ser imputadas las deudas, aunque objetivamente, como propias. 

4.2. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN ESTA POSICIÓN.

Nosotros pretendemos demostrar que el patrimonio ganancial debe considerarse como separado, pues goza de especificidad respecto de los patrimonios privativos de los cónyuges. No obstante, como quiera que la institución del patrimonio separado no es una calificación homogénea y alternativa a la de la sociedad, o a la de la comunidad romana o germánica

105 (...continuación)
(pues una y otras vendrán a constituir patrimonios separados frente al privativo de los esposos), el problema está en explicar el *quid* y el *quare* de la identidad jurídica especial del patrimonio común frente al personal de los consortes. Por tanto, es preciso comprobar si el patrimonio genancial tiene los rasgos suficientes para ser incluido en la categoría jurídica de los patrimonios separados\(^\text{107}\). A nuestro juicio, la singularidad del patrimonio genancial surge no sólo porque está compuesto de bienes legalmente calificados como comunes, así como sus incrementos o cosas que los sustituyen\(^\text{108}\) (aunque la falta de personalidad del consorcio le impida

\(^{107}\) DE CASTRO Y BRAVO (Temas de Derecho Civil, vol. II, Madrid, 1976, reimpresión de la ed. de 1972, p. 58) esboza los requisitos de los patrimonios separados: "... dada la importancia de la separación, han de quedar bien delimitados... Mientras subsisten, gozan de propia vida (subrogación real) y separación... Entre ambos patrimonios existirán o subsistirán relaciones jurídicas..."

\(^{108}\) Así, FERRARA (Op. cit., p. 881) expone que: "Por principio, al patrimonio separado pertenecen: 1) Todos los objetos que forman un *incremento económico* de los bienes originarios de aquél. Por tanto, la utilidad que del patrimonio se nace (frutos). 2) Los objetos, los cuales por consecuencia de un principio jurídico vengan a sustituir... un derecho a aquél perteneciente... 3)... (cuando por) el principio de subrogación... (se produce) la enajenación de un elemento patrimonial y su sustitución por un valor pecuniario (y viceversa)... por negocio jurídico". Nuestro Cc. recoge expresamente estos supuestos: así, al primer punto se refieren los arts. 1347, 22; 1349, 1350, 1359, 1360, etc.; al segundo, los arts. 1347, 40; 1351, etc.; y al tercero, los arts. 1347, 30 y 59; 1352, 20; 1354, etc. Por todo esto, como apunta TRAMARCHI (Istitutioni di Diritto Privato, Milano, 1989, p. 829) puede decirse que el "patrimonio común coexiste con aquellos personales del uno y del otro cónyuge".

165
ser titular de los mismos; sino también porque aquél está adscrito a un fin primordial, por el que se encuentra sometido a específicas normas de administración y responsabilidad. Una vez comprobada la autonomía del patrimonio ganancial, y dando un paso más, no habría inconveniente para configurarlo como un ente autónomo susceptible de derechos y obligaciones propias, aunque sin personalidad, pues no existe un sujeto distinto a los cónyuges que sea titular formal de los bienes comunes.

Para SCHLESINGER (Op. cit., p. 367), los bienes comunales "pertenecen, cabalmente, a los cónyuges, y no a una nueva entidad -persona jurídica, sujeto de derechos, centro autónomo de imputación de efectos, o como quiera llamarsela- distinta de aquéllos: la comunidad, por tanto, es una noción objetiva y no subjetiva". En relación al B.G.B., GERNHEUSER (Lehrbuch des Familienrechts, Munchen, 1971, p. 399) niega cualquier subjetividad de la Gütergemeinschaft.

Así, entre otros, LACRZU: En torno a la naturaleza..., cit., p. 46. También en Italia, SANTOSOSSO (Op. cit., p. 275), afirma que el "legislator ha querido, dentro de ciertos límites, una cierta separación de los patrimonios y de las respectivas responsabilidades"; SCHLESINGER (Op. cit., p. 367) admite que "los bienes en común están contrapuestos a los bienes personales, sea a los fines de la administración (arts. 180-184 del Codice Civile), sea a los fines de la responsabilidad por las obligaciones que recaen sobre los cónyuges (arts. 186-190 del Codice Civile)"; y DOGLIOTTI (Il Regime patrimoniale della famiglia, Riv. Dir. Civ., 1984, parte 28, p. 199) manifiesta que el "deber de contribución introduciría un vínculo general de destino de las rentas y bienes de los cónyuges para la satisfacción de las necesidades del grupo y de todo singular componente".

En este sentido, FERRARA (Op. cit., p. 875), para quien, además, el "patrimonio separado es un centro autónomo que no tiene otra relación con el patrimonio que le es próximo, que el ligamen extrínseco de tener el mismo sujeto". Por lo tanto, ocurre que en "manos del mismo titular, se hallan dos esferas jurídicas separadas: el patrimonio general de la persona y otro centro patrimonial con propios derechos y deberes..." (p. 878).
4.2.1. El destino familiar básico del patrimonio común.

4.2.1.1. Significado y vigencia en el régimen ganancial.

La primera nota básica de un patrimonio separado consiste en la alección preferente de éste a la realización de un fin delimitado, lo que hace que el legislador\(^\text{112}\) le otorgue autonomía respecto del patrimonio privativo del dueño de ambos. Este destino especial del patrimonio separado provoca que sea insensible, originariamente, a las relaciones jurídicas que afecten al resto del patrimonio del mismo propietario, así como también, que los bienes que lo integran, si bien no se consideran, jurídicamente, propiedad del indicado patrimonio, por no poseer suficiente personalidad, sí que le pertenecen funcionalmente.

\(^\text{112}\) FERRARA (Op. cit., p. 869) señala que: "Depende del derecho positivo reagrupar las relaciones jurídicas en una masa única, unificación que tiene lugar por fines especiales y en los límites de estos fines". Por ello, para dotar de especificidad a un patrimonio el "ordenamiento jurídico está movido por un fin especial, ... (que le hace) recoger ciertos elementos patrimoniales en un único todo, sometiéndolo a un tratamiento unitario... (ya que, sobre todo, el) patrimonio separado es un patrimonio hacia un fin" (p. 876). También DE CASTRO (Tomás..., cit., p. 58), considera que: "... está fuera del poder de la autonomía de la voluntad el crear nuevos tipos de patrimonios separados (numerus clausus); y los admitidos por las leyes sólo son válidos cuando reúnen los requisitos por ellas exigidos".

167
Pues bien, esta nota del patrimonio separado se refleja en la regulación de la sociedad ganancial, pues el legislador dota de una fuerte cohesión al patrimonio común por su destino prioritario a la satisfacción de las necesidades familiares, reconociéndole un régimen propio\(^3\) y un efecto esencial: su responsabilidad por las deudas contraídas para dicho fin\(^4\). Aunque el consorcio no pueda tener formalmente bienes a su nombre, por no tener perso-

\(^3\) GARRIDO DE PALMA (La sociedad de gananciales y el régimen de participación en las ganancias. Notas sobre un estudio comparativo, R.G.L.J., Marzo, 1985, p. 418, nota 6), sostiene que la "titularidad sustantiva del bien adquirido a costa del caudal común (art. 1347, 3º) es clara: del o de los cónyuges adquirientes... y la titularidad registral exactamente igual... Pero en tanto el bien sea ganancial... forma parte de un patrimonio, con un régimen ad hoc, el de la sociedad de gananciales". En Francia, DE JUGLART (Op. cit., p. 151) también conceptúa a la comunidad legal como "una masa autónoma formada por aquellos bienes del marido y de la mujer que están especialmente afectos a la familia. Es esta afectación la que explica las reglas especiales a las que les somete el legislador". Y en Italia, DE MARCHI (Op. cit., p. 540) entiende que la comunidad legal es un "instituto de carácter excepcional y, por tanto, definido y sostenido sólo por las normas legales que lo disciplinan", y DE PAOLA y MACRI (Op. cit., p. 88), apuntan que la existencia de una "especial disciplina lleva, por tanto, a calificar la comunidad legal como un patrimonio autónomo respecto a los patrimonios personales de los cónyuges, destinado a hacer frente a las necesidades de la familia nacida del matrimonio y elevado a la unidad por el ordenamiento legal". A los fines de la garantía y de la responsabilidad por los débitos de la comunidad, en conexión con su destino\(^5\).

\(^4\) En Italia, ZATTI y COLUSSI (Lineamenti di Diritto Privato, Padova, 1989, p. 804) advierten que los "bienes, que son objeto de la comunidad, (se integran) en un complejo unitario, que tiene una cierta autonomía patrimonial en relación con los patrimonios personales de los cónyuges. Este efecto se puede observar leyendo la disciplina de la responsabilidad por débitos asumidos por los cónyuges". Y en el Derecho francés, DE JUGLART (Op. cit., p. 151) también estima que los bienes comunes "forman un todo sometido a reglas comunes que les son particulares, puesto que... están afectos a la familia".

168
nalidad, el legislador le imputa separadamente dere-
chos y obligaciones\textsuperscript{113}, encuadradas en el exclusivo
ámbito de la finalidad social; e, incluso, en ciert-
os casos, parece establecer la insensibilidad, aun-
que restringida, de los gananciales respecto de de-
terminadas obligaciones personales de los cónyuges.

De otra parte, esta afección del patrimonio
común al logro de su familiar propósito, viene a
sustituir la titularidad formal de los gananciales,
que siempre será de uno o ambos cónyuges\textsuperscript{114}, por
una titularidad funcional de los mismos que podría
reconocerse al consorcio. Esta \textit{propiedad funcional}
de la sociedad ganancial justifica (si los ganancia-
les corresponden formalmente a un solo cónyuge, lo
que le concede una acentuada legitimación individual
respecto de los mismos), la existencia de una norma-

\textsuperscript{113} Para MAGARIÑOS (\textit{El órgano}..., cit., p. 448), la comu-
nidad cónyugal constituye "un centro de referencia de derechos
y obligaciones", pues "la sociedad de gananciales está dotada
de autonomía y organicidad suficientes... para que puedan
referirse a ella los derechos y obligaciones, aunque carezca
al final de idoneidad para ser titular formal de los mismos"
(pp. 405-406). En cambio, ECHEVARRÍA (\textit{Sobre la naturaleza}..., 
cit., p. 395) mantiene que: "Hasta el momento de la comunica-
ción de los bienes, tanto el activo como el pasivo ganancial,
se encuentran incorporados al patrimonio del cónyuge contra-
tante, sin que, con carácter necesario, se forme ningún pa-
trimonio separado, ni ninguna comunidad..."; por ello, el "no
existir patrimonio ganancial independiente y autónomo, todas
las relaciones y movimientos se producen entre los patrimonios
de los cónyuges" (\textit{Sobre el embargo}..., cit., pp. 167-168).

\textsuperscript{114} GARRIDO CERDA (Op. cit., p. 159) asegura que en "el
régimen de gananciales la titularidad de los bienes pertenece
callos cónyuges, individual o conjuntamente en proindivisión,
guén quien haya sido el que ha aportado al consorcio
tiva especial para la protección del patrimonio co-
mún: así, el derecho de reintegro del consorcio (ar-
tas. 1364, a contrario sensu, 1397, 29 y 39; etc.;
del Cc.), la ineludible prestación del consentimien-
to del esposo no titular, registralmente, para rea-
lizar actos trascendentes sobre el bien ganancial
adquirido sólo por el otro (arts. 94, 30 y 40; etc.;
del R.H.); etc.

4.2.1.2. Mecanismos específicos para su virtua-

El destino familiar de los gananciales, impone
que éstos queden sujetos a unas restricciones deri-
vadas de la superposición de la utilidad comunal a
la personal de los cónyuges\[17\], estableciendo el
legislador, entre otros, dos importantes mecanismos:
la presunción de ganancialidad y el principio de la
subrogación real\[18\].

\[17\] DE LA CAMARA (Actos..., cit., p. 122) pone de mani-
fiesto que: "... independientemente de que el bien en concreto
haya sido adquirido por la mujer, por el marido o por ambos
conjuntamente, en tanto se trate de un bien que efectivamente
es común a los dos esposos, cualquiera de ellos que pretenda
ejercitar el poder de disposición que sobre dicho bien le
corresponde podrá recurrir al juez y solicitar su autoriza-
ción...

\[18\] OLIVARES (Op. cit., p. 296) asevera que: "El interés
de la familia (requiere)... una perfecta delimitación de los
bienes respectivos de cada cónyuge y del patrimonio ganancial.
Al servicio de esta idea están... El principio de subrogación
real como medio de mantener la identidad y el equilibrio entre
(continúa...)"
En efecto, merced al primer postulado, contenido básicamente en el art. 1361 Cc., se presume que pertenece al patrimonio común todo bien cuya titularidad privativa no conste expresamente, con lo que se ampara al patrimonio ganancial frente a la actividad separada de los cónyuges, actuación que se considera encaminada, en principio, a la obtención de beneficios comunes.

De otro lado, pensando también en el interés familiar, el legislador parte del principio de subrogación real, de manera que (conforme fundamentalmente al art. 1347, 3º Cc.) se prejuzga que, se tenga o no la intención de actuar en provecho de la comunidad, lo adquirido a costa de los bienes comu-

111 (...continuación)
los patrimonios... La presunción de ganancialidad respecto de aquellos bienes cuyo carácter privativo no se prueba". También DE LOS MOZOS (La nueva sociedad..., cit., p. 230), considera que si bien las normas de reintegro y subrogación real tratan de "mantener el simple equilibrio entre los diversos patrimonios... (favorecen), por la propia lógica del sistema en que se desenvuelven, al patrimonio común, a través de la presunción (de ganancialidad)". En contra, RANS (La subrogación real en la sociedad de gananciales, R.D.N., Jul.-Dic., 1984, p. 314), para quien el principio de subrogación real es "uno de los elementos básicos del mantenimiento del equilibrio real entre las distintas masas patrimoniales, especialmente para la preservación de los privativos".

112 Sin olvidar que, a la vez, se protege a los terceros, pues como dice DE LA CANARA (El régimen económicodel matrimonio, A.R.A.J.L., nº 21, 1989, pp. 349-350), la presunción es fundamentalmente un medio de prueba... y tiene por objeto... favorecer a los terceros, especialmente a los acreedores por razón de obligaciones que son de cargo de la sociedad". También GARRIDO DE PALMA (El matrimonio..., cit., p. 181), indica que el "que la ley presuma la ganancialidad, salvo prueba en contrario, garantiza los derechos de los acreedores para dirigirse sobre lo no probadamente privativo".

171
nes es ganancial.

4.2.1.3. Ventajas de esta concepción.

El destino familiar de los gananciales, como elemento imprescindible del patrimonio ganancial y como dato aclaratorio de la que hemos llamado *tutela*aridad funcional de la sociedad ganancial, explica que los cónyuges no tengan una cuota delimitada en ésta, ni puedan disponer particularmente, ni pedir la división de los gananciales. La razón de estos impedimentos no debe buscarse en la existencia entre los consortes de la compleja institución de la comunidad germánica, sino, más bien, en la idea de que, si se permitieran incontroladamente dichas actuaciones individuales, correría grave peligro el logro de los intereses comunes, que deben siempre prevalecer sobre los personales\(^\text{12}^\text{0}\).

\(^{12}\text{0}\) La S.T.S. de 17 de abril de 1967 configura el patrimonio ganancial como un "patrimonio especial, vinculado al cumplimiento de los fines del matrimonio, sobre todo al levantamiento de las cargas comunes, siendo titulares del mismo conjuntamente y por partes iguales... el marido y la mujer, vinculación que impide su división, así como los actos dispositivos de la propia parte". Incluso ROCA SASTRE (Op. cit., p. 171), aun manteniendo la tesis germánica, llega a reconocer que los bienes gananciales forman un patrimonio "adscrito a un fin (el levantamiento de las cargas matrimoniales), y cual fin, mientras subsista, impone forzosamente la indivisión".
4.2.2. La existencia de una regulación particular.

4.2.2.1. Sistema singular de administración y disposición.

Junto a la nota de su afección preferente a un fin especial, el patrimonio jurídicamente separado se caracteriza, también, por tener un sistema específico de administración y disposición frente al resto del patrimonio de su titular. Aunque los bienes que componen un patrimonio separado no pertenezcan propiamente a éste, como entidad diferente, no se confunden con los bienes privativos de su titular o titulares, pues la ley se encarga de encuadrar a cada uno en su esfera correspondiente. Del mismo modo, la plenitud del goce y de la disponibilidad de los bienes que deriva de la normal propiedad, no es tal en el supuesto de que los mismos formen parte de un patrimonio separado, ya que el destino prioritario de éste a unos fines determinados, impone una serie de limitaciones, entre ellas, un singular régimen de administración y disposición de

---

111 Para GARRIDO DE PALMA (Matrimonio y régimen económico hoy. Perspectivas de futuro, R.D.N., Abr.-Jun., 1985, p. 120), en la concepción de un patrimonio destaca "la eumisión a un régimen unitario de gestión y administración de determinados conjuntos de bienes que sin tal configuración armónica aparecerían disgregados".
los objetos integrantes del mencionado patrimonio separado.

Pues bien, estas mismas consideraciones son transladables al patrimonio ganancial. Los bienes gananciales, por su marcada afición a la satisfacción de los intereses familiares (de cuyas deudas son preferentemente responsables), están sujetos a unas restricciones de tal trascendencia, que el legislador consideró conveniente fijar no sólo un sistema particular de administración y disposición, sino, en general, una normativa adaptada a los mismos. Es el Derecho objetivo el que dota a los distintos patrimonios separados de su configuración como tales, lo que hace a la luz de los contornos

112 En Italia, DE PAOLA y MACRI (Op. cit., p. 93) ponen de manifiesto cómo "la comunidad, estando formada y existiendo en función de su objeto institucional, está sujeta, ... a un régimen jurídico particular...". En este mismo sentido se pronuncian SOCCORSI ALIFORNI (Op. cit., p. 43), SCHLESINGER (Op. cit., p. 367) que reconoce la existencia de un "estatuto especial"; etc. En nuestro Derecho, LACRUZ (En torno..., cit., p. 50), advierte cómo la ley establece que "desde la celebración del matrimonio ciertas categorías de bienes constituyen un patrimonio común de los cónyuges y ciertas categorías de deudas sean igualmente comunes y se paguen con aquellos bienes, y a la vez dict(e) normas para organizar la administración y disposición sobre tal patrimonio". Incluso, GARCIA GARCIA (El deber de actuar en interés de la familia, B.D.P., 1984, p. 260) manifiesta que el destino familiar de los gananciales se mantiene en los casos extraordinarios de administración y disposición de los mismos: "El cónyuge en quien recae la administración del consorcio en virtud de lo dispuesto en los arts. 1387 y 1388 ... tiene facultades plenas salvo que el juez establezca cautelas o limitaciones... (pero) su poder no es absoluto porque el patrimonio ganancial no es sólo suyo y está destinado a los fines familiares". En Francia, CARBONNIER (Droit Civil, T. II, París, 1989, p. 154), deduce la entidad especial del patrimonio común de su régimen igualitario y específico de administración y disposición.
característicos de cada uno de ellos, destacando la entidad singular, que no la verdadera personalidad, de ciertos conjuntos patrimoniales. El patrimonio ganancial, señaladamente, por su preferente dedicación a un fin propio, es considerado por el legislador como un supuesto típico de patrimonio separado, por lo que cuenta con una regulación particular que contrasta con la reglamentación general del patrimonio privativo de sus propietarios.\textsuperscript{123}

4.2.2.2. Régimen especial de responsabilidad.

A) Fundamento y aplicación en el esquema ganancial.

Otro rasgo definitorio de un patrimonio separa-

\textsuperscript{123} GARRIDO DE PALMA (La sociedad..., cit., pp. 416-417), observa que los cónyuges "son titulares de un patrimonio que integrado por los bienes gananciales está afecto a un régimen de gestión, administración, disposición y responsabilidad típico, legalmente regulado y configurado, y en todo caso distinto y separado del régimen aplicable a los bienes privativos de cada uno de los cónyuges". En cambio, GRASSO (Op. cit., p. 800), afirma que: "La idea del patrimonio separado, en cuanto quiere subrayar que un complejo de bienes está, más o menos transitoriamente, sometido a un régimen diverso de aquel propio del remanente patrimonio del titular, se revela estéril en cuanto a aplicaciones significativas que trasciendan la específica disciplina positiva". En esta misma línea, IÑINO (Op. cit., p. 325) piensa que: "... si es verdad que la particular disciplina normativa señala una cierta distinción del patrimonio común respecto a los patrimonios personales de los cónyuges, debe, por otro lado, reconocerse que la comunidad legal no presenta un grado de autonomía tal para justificar la creación de un verdadero y propio sujeto de derechos, o, de otro modo, un centro de imputación de relaciones jurídicas distinto de los propios cónyuges."
do lo constituye el que, como consecuencia de su afición prioritària a un fin concreto, está sujeto a una responsabilidad propia por las deudas contraídas en el cumplimiento del mismo[14]. Esta nota tiene una significación trascendental, a saber: que en estos casos, la imputación objetiva de afición por los débitos asumidos adquiere relevancia propia y autónoma frente a la subjetiva que derivaría de la consideración del sujeto que la contrae. Aunque el patrimonio separado en cuestión, por no tener entidad jurídica suficiente, no pueda considerarse como verdadero sujeto pasivo, sino que lo será el individuo que efectivamente contrajo la deuda, no obstante, si este débito se encuadra en el ámbito del destino singular del mencionado patrimonio, puede entenderse que éste sea sujeto objetivado de imputa-

[14] Para Ferrara (Op. cit., pp. 876-878), es el dato básico, pues "no basta un especial destino... (ni tampoco) la separada administración del patrimonio, para darle una individualidad propia... El único criterio seguro para reconocer la existencia del patrimonio separado es el de la responsabilidad por débitos. Patrimonio separado es aquel patrimonio que tiene débitos propios, en los que se localizan las obligaciones y responsabilidades que de aquél nacen, y que no suporta los efectos de deberes diversos del sujeto del patrimonio". Igualmente, OPO (Op. cit., pp. 273-274) entiende que a los efectos de determinar la existencia de un patrimonio separado, es "suficiente constatar un destino cualificado del patrimonio y la relevancia jurídica de este destino: relevancia no sólo en el plano de la gestión, en el sentido de la presencia de reglas propias gestoriales, sino también y sobre todo en el plano de la garantía y de la responsabilidad, en el sentido de que el patrimonio responda -al menos prioritariamente si no exclusivamente- de las obligaciones contraídas de conformidad a su mismo destino".
ción de la deuda\textsuperscript{125}.

Este mismo esquema es susceptible de aplicación a la sociedad ganancial. Los gananciales soportan las deudas, y su consiguiente responsabilidad, cuan
do tales débitos hayan sido el resultado de una ges-
tión ordenada y encaminada a satisfacer los objeti-
vos familiares. Es cierto que la sociedad conyugal,
por carecer de personalidad jurídica, no puede con-
traer, por sí misma, deuda alguna, sino que serán
los cónyuges, uno o ambos, los que materialmente la
contraigan. Ahora bien, la relevancia del destino
familiar del patrimonio ganancial, como centro de
gravedad al cual debe tender toda la actividad con-
yugal, es tal que permite otorgar al consorcio una
cierta entidad para que se le atribuyan (no subjeti-
va sino objetivamente), como propias, todas las ob-
bligaciones contraídas en dicho ámbito\textsuperscript{126}.


\textsuperscript{126} Así, DE PAOLA y MACRI (Op. cit., p. 94) defienden que, por su especial destino, la comunidad legal "resulta, pues, considerada por el ordenamiento como autónomo centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas". En contra de esta idea se hallan, entre otros, BERNARDI (Op. cit., p. 782), para quien de todas las deudas, sean personales o de la comu-
nidad, son responsables "siempre los cónyuges con sus patrimo-
nios, de los cuales forman parte por cuota los bienes comu-
nos"; CORRI (Op. cit., p. 153) quien apunta que por carecer la
comunidad conyugal de subjetividad, "las reglas particulares relativas a la responsabilidad de los bienes comunes no son
otra cosa que una regulación de las relaciones recíprocas entre los patrimonios de los cónyuges, dirigida a la tutela de
quien "la misma disciplina del régimen de comunidad reconoce a
(continúa...)"
B) Réplica a esta visión, y su contrarréplica.

En este punto del discurso aparece una aparente objeción fundamental: si el patrimonio ganancial tiene autonomía propia, entonces, ¿por qué no es insensible a las deudas personales de los consortes, de las que también responde?; y, a la inversa, ¿por qué, a veces, los patrimonios privativos responden también por deudas de carácter ganancial? 117. Por

114 (...continuación)
los cónyuges el poder conjunto de contraer obligaciones tam- bién por objetos extrados a las necesidades de la familia, sin vínculo alguno, (art. 186, d), por el que, precisamente, es suficiente que, en la estipulación de obligaciones semejantes, intervenga el consenso de ambos. Esto significa que los bienes comunes no están dotados de específico objeto, sino de todos los objetos que la iniciativa (concorde) de los cónyuges que- rrá asignar a aquéllos; etc. Por su parte, BLANQUER (La idea ..., cit., p. 93) asegura que: "... la comunidad no tiene una existencia autónoma e independiente, sino que se manifiesta como elemento material u objetivo de una situación más comple- ja, el entramado de relaciones entre los cónyuges en que cons- tiste la sociedad de gananciales". Asimismo, CUTILLAS TORNES (La disolución de la sociedad legal de gananciales. Efectos jurídicos y posición de los acreedores frente a la misma, La Ley, 1991-2, p. 1241), comparte la idea de que la "ganancialidad significa una afectación especial de los bienes (cargas del matrimonio, tutela de acreedores,..., etc.) dentro del patrimonio privativo. La formación de una masa ganancial autó- noma tenía sentido en un régimen de unidad de administración, pero carece de sentido en un sistema que reconoce la autonomía y libertad patrimonial de ambos cónyuges".

117 Así lo advierten MARTINEZ SANCHIZ (Influencia..., cit., p. 264), para quien, siguiendo a CORSI, la autonomía del patrimonio común se resquebraja al hacerse "responsable de las deudas personales de los cónyuges"; RICCIARRA (Sobre la naturaleza..., cit., pp. 349-350), que argumenta: "Mal puede hablarse de comunidad y existencia de patrimonio separado independiente de los cónyuges, si además de los bienes gananciales, para abonar el pasivo de igual clase, hay que recurrir al patrimonio privativo del cónyuge deudor y en ocasiones, subsidiariamente al del no deudor, sin perjuicio de las com- (continúa...)
tanto, dichas interferencias entre las deudas personales y las gananciales desmoronan la posible entidad separada del patrimonio ganancial.

(...continuación)

pensaciones entre cónyuges"; etc.; y en Italia, CARLUCCI (Op. cit., pp. 19-20), para quien "no es posible encontrar la existencia de un patrimonio propio de la comunidad en cuanto, si así fuera, los cónyuges no deberían responder con los bienes propios de los débitos contraídos en la gestión común... y, sobre todo, el patrimonio común debería ser insensible a las obligaciones personales"; ACONE (Op. cit., p. 11), quien explica que la existencia de normas que relacionan la responsabilidad de los cónyuges y la de la comunidad se basa en la "falta de una posible entificación de la comunidad conjugal"; BERNARDI (Op. cit., p. 781), el cual alega que: "Por lo menos, bajo el aspecto de la responsabilidad, debe rechazarse... la tesis de la existencia de una subjetividad de la comunidad, visto que responden de las obligaciones de ésta siempre y directamente los patrimonios de los cónyuges, sobre los cuales, por tanto, recaen directamente los actos de gestión por ellos realizados conjunta o disjuntivamente"; FALZEA (Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia, Riv. Dir. Civ., 1977, p. 626); etc. Esta argumentación se advierte en Portugal por DOS SANTOS: Op. cit., pp. 325-326.

Así, GUILARTE (Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales, Valladolid, 1991, pp. 174-175), pone de manifiesto cómo el art. 1373 CC. "se revela como de gran interés para alterar... una concepción de la comunidad legal... en cuya virtud se afirma que esa comunidad, sea del tipo que sea, recae sobre un patrimonio separado... ya que no cabe imaginar que ese patrimonio separado tenga un específico régimen de responsabilidad, exclusivo y hermético, y que sólo responda de las obligaciones que legalmente se le puedan atribuir...(de modo que se) hace posible que se irradién sobre el patrimonio común deudas que, en principio, alcanzan a la esfera de responsabilidad de patrimonios diferentes, como lo son los patrimonios privativos de los cónyuges". En Italia, GAZZONI (Op. cit., p. 365) argumenta también que: "El patrimonio de la comunidad está destinado a proveer las necesidades de la familia, pero aquél no constituye un patrimonio separado, sobre el cual los acreedores deberían poder elevar pretensiones sólo por obligaciones contraídas precisamente en el interés familiar...". Y DI MAJO (Op. cit., p. 348) apunta que: "... los bienes comunes no son insensibles, sea sólo en via subsidiaria y pro cuota, a la satisfacción de intereses individuales del cónyuge (art. 189 CC.) y que, análogamente, no lo son los bienes personales (de los cónyuges) respecto a la satisfacción de los intereses familiares, sea sólo en la medida de...

(continúa...)
A su vez, estas mutuas conexiones patrimoniales derivadas de la responsabilidad por deudas, parecen desvirtuar el criterio del destino específico del patrimonio común a la consecución de los fines familiares, lo cual encontraría su justificación en el dato evidente de que dicho patrimonio no es un patrimonio sin sujeto, que tenga posesión de sí mismo, sino, sobre todo, un conjunto de bienes perteneciente y gestionado por los cónyuges. Esta orientación serviría, finalmente, para clarificar el caso de que, conforme al 1367 Cc., los consortes puedan, de común acuerdo, vincular al consorcio conyugal cualquiera que fuere el fin de la obligación contraída; síntoma inequívoco de que los gananciales no

119 (...continuación)
la mitad del crédito (v. art. 190). Signo, éste, evidente de la permanencia del patrimonio que se reafirma vinculado (también) a la satisfacción de objetos diversos. Por todo ello, como concluye NELLI (Op. cit., p. 106) debe excluirse "la noción de patrimonio separado, porque no existe entre los bienes de la comunidad y los bienes personales de los cónyuges (arts. 189, 190) aquella recíproca insensibilidad que caracteriza las relaciones entre patrimonios separados".

129 Como entiende DE COSSIO (Tratado..., T. 50, vol. 19, cit., p. 33), la "especial afección" del patrimonio ganancial, "no impide que tenga sus titulares personales, que en definitiva no pueden ser otros que el marido y la mujer". Para GARRIDO CERDA (Reforma de la sociedad de gananciales, R.D.N., Abr.-Jun., 1981, pp. 371-372), la "Sociedad de Gananciales constituye un patrimonio especial y separado... (que pertenece) por mitad a ambos cónyuges. Pero ello no implica que ambos cónyuges hayan de ser necesariamente titulares por mitad de los distintos bienes, derechos o deudas que integran el patrimonio ganancial, ya que el titular puede ser -en perfecto plano de igualdad jurídica-, o sólo el marido, o sólo la mujer; pero no la Sociedad de Gananciales como tal, que por no tener personalidad jurídica no puede ser titular".
están vinculados a una determinada finalidad). A nuestro juicio, las objeciones apuntadas, aunque aparatosas, son inconsistentes, ya que una tal orientación parece desconocer qué es la autonomía patrimonial cuando se trata de un patrimonio no personalizado, esto es, un patrimonio que, como el ganancial, no pertenece a una entidad separada, sino a dos titulares: los cónyuges. Estos sujetos, por tanto, responden de sus obligaciones personales con todos sus bienes (art. 1911 Cc.), incluidos los que constituyen su cuota en los gananciales. Por tanto, lo que ocurre es que las obligaciones familiares, siendo carga de los gananciales son, simultáneamen-
te, obligación y responsabilidad de los consortes, lo que explica las relaciones y la permeabilidad del

13 De este modo, SCHLESINGER (Op. cit., p. 367), estima que los "bienes de la comunidad, por otro lado, no están vinculados y pueden, por tanto, ser destinados a satisfacer cual-
quier necesidad de los cónyuges, aunque extraña a los intereses de la familia (cfr., en efecto, el art. 186. let. a). No se puede, por tanto, hablar de un patrimonio destinado a un fin". En esta misma línea, se hallan CORSI (Op. cit., p. 157, nota 5), para quien esta posibilidad constituye "uno de los síntomas de la falta de subjetividad jurídica y de autonomía de objeto de la comunidad"; GRASSO (Op. cit., p. 800), que niega el carácter de patrimonio de destino de la comunidad legal "por la presencia de una causa familiar" pues ello lle-
varía al "complejo problema de los intereses tutelados"; NELLI (Op. cit., p. 107), que añade un argumento más a la des-vinculación de los bienes comunes, pues "los acreedores personales, en el sentido del art. 189, pueden proceder, aunque sea subsidiariamente sobre los bienes comunes, hasta el valor correspondiente a la cuota del cónyuge obligado, también por los créditos surgidos con anterioridad al matrimonio"; BERNAR-
DI (Op. cit., p. 782); etc.
Ahora bien, MAGARIOS (Cambio..., cit., p. 186, nota 64) pone de relieve que: "... la responsabilidad subsidiaria de los gananciales tiene dos excepciones: 1) la del art. 995 Cc. cuando dispone que si la herencia fuese aceptada sin beneficio de inventario, por persona casada y no concurra el otro cónyuge, prestando su consentimiento a la aceptación, no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal. 2) Y la del art. 6 del Código de Comercio, pues, tanto si la empresa es ganancial como privativa, habrá que entender que la limitación de responsabilidad a los gananciales que sean resultas del comercio, cuando el cónyuge del comerciante no preste el consentimiento, implicará la exclusión lógica de los demás gananciales". También en Italia, SOCCORSI ALIPORNI (Op. cit., p. 43) sostiene que el hecho de que los bienes comunes suponen un patrimonio separado lo demuestran:

"-la norma a que se refiere el art. 188 c.c., que prevé la exclusión de los bienes de la comunidad de la garantía por las obligaciones que gravan las donaciones y las sucesiones conseguidas por los cónyuges durante el matrimonio y no atribuibles a la comunidad (para CARLUCCI -Op. cit., p. 27-), este art. 188 convirtió la insensibilidad del patrimonio común a las obligaciones que gravan donaciones y sucesiones, configurándose estas últimas como obligaciones de un sujeto extraño a la comunidad);

-la norma del art. 189 c.c. que prevé la subsidiariedad de los bienes de la comunidad respecto a los bienes personales de los cónyuges en la satisfacción de los acreedores particulares (y también de los acreedores de la comunidad, en caso de que se trate de actos que excedan de la ordinaria administración, realizados sin el consenso de ambos cónyuges);

-la subsidiariedad de la responsabilidad de los bienes personales de cada uno de los cónyuges (limitada en todo caso a la medida de la mitad del crédito), cuando los bienes de la comunidad no son suficientes para satisfacer los débitos que gravan a aquéllos". Según ATTARDI (Op. cit., p. 43) esta "reducción a la mitad del débito de la comunidad de frente a cada uno de los cónyuges parece, ahora, significar que las obligaciones de la comunidad no sean, en algún caso, referibles directamente a cada uno de los cónyuges, y que sobre ellos grava una distinta obligación parcialaria ex lege"; y TRIMARCHI (Op. cit., p. 831) ve en ella "una cierta autonomía patrimonial, aun bastante atenuada". CORSI (Op. cit., p. 157), sin embargo, opina que estas normas se caracterizan "no sólo por su contradictoriedad e impresión, sino también, y sobre todo, por su total inutilidad". Estas hipótesis parecen reforzar una cierta objetividad del patrimonio comercial. Así, SANTOROSSO (Op. cit., p. 275), destaca cómo la doctrina advierte que la insensibilidad, aunque limitada, de las obligaciones personales de los cónyuges (continúa...)
dad, estas recíprocas interferencias confirman la especialidad de la sociedad ganancial en relación a otras cotitularidades de bienes. El estrecho vínculo personal y económico que se produce entre los cónyuges (como resulta del principio de gestión conjunta, ex art. 1375; del deber de información entre los cónyuges de sus respectivas actividades económicas, ex art. 1383; etc.), favorece, a menudo, la convergencia de las esferas ganancial y personal, pero no puede decirse que éstas se confundan.

Por último, en cuanto a la libertad de los cónyuges para emplear los gananciales en los objetivos que tengan por conveniente, incluso fuera de toda finalidad familiar, no impide que el destino cardinal de los bienes comunes sea la realización de las

111 (...continuación)

ges, respecto de la comunidad, es uno de los puntos decisivos para afirmar como cierta la subjetividad de ésta. También MAGARÍNOS (Sociedad..., cit., p. 318), escribe que: "La responsabilidad por deudas sociales no se comunica a los socios, ya que el cónyuge no interviniente no responde con sus propios bienes. Y tampoco responden los bienes gananciales por deudas privativas, pues la posibilidad que tienen los acreedores particulares de dirigirse directamente contra los gananciales, en base al art. 1373 no es más que un resorte legal tendente a evitar la disolución (de la sociedad conyugal)".

132 Como indica LACRUZ (En torno..., cit., p. 47): "... el patrimonio conyugal es autónomo, aun cuando su autonomía no sea, ni de lejos, tan perfecta y absoluta como la de una sociedad anónima, cuyos bienes no pueden ser afectados en caso alguno por las deudas particulares de los socios, mientras que la fortuna de los socios está a salvo de las deudas contraídas por la sociedad. Se trata de una autonomía relativa y adaptada a la especial manera de ser de la sociedad conyugal, en la cual las esferas personales de sus miembros y la consorcial presentan numerosas interferencias".
exigencias familiares. Esta libre imputación de deudas al patrimonio ganancial no implica que las cargas comunes queden descuidadas, pues si los gananciales no bastan para atender las necesidades familiares, no se atendra la obligación de los conyuges respecto de las mismas, sino que el gravamen se atribuirá directamente a los patrimonios personales de los consortes. No se olvide que son los conyuges los que, en cada caso, deciden lo que es más favorable al interés familiar, existiendo en la regulación del régimen ganancial los instrumentos necesarios para preservar el patrimonio conyugal y su consustancial destino familiar, incluido el mecanismo del reintegro en favor de aquél, todo lo cual no hace sino confirmar la calificación como autónomo

---

111 DE LA CAMARA (Actos..., cit., pp. 118-119) puntualiza que el que "el fin último de la sociedad (aunque no el único ni siquiera el más principal) sea que los conyuges se repartan unas ganancias o beneficios, si los hay, no quiere decir que durante la vida de la sociedad no existan unos bienes que constituyen el activo de la sociedad y de los que resultará un remanente líquido al final, pero que, en el entretanto, están especialmente destinados al levantamiento de las cargas del matrimonio".

114 Por ello, VAZQUEZ IRUZUEITA (Op. cit., p. 191) considera que el patrimonio ganancial es "un patrimonio adscrito a un fin en el buen sentido de que esa finalidad consiste en existir como tal patrimonio adherido a un matrimonio. Su finalidad es permanecer existiendo como patrimonio, constante matrimonio, pero no es que la ley o la doctrina pretendan señalarse un fin a los actos jurídicos que en función de ese patrimonio o en su beneficio se realicen".
del patrimonio común\textsuperscript{135}.

4.3. CONSIDERACIONES ULTERIORES.

Una vez calificada la sociedad ganancial como un patrimonio jurídicamente separado, están sentadas las bases para dar un paso más, permitiendo concebirla como un ente autónomo, como un centro objetivo de imputación de derechos y deudas. Así, hay que partir de la idea fundamental de que el consorcio conyugal, aunque no tiene un sujeto titular distinto a los cónyuges, no por ello deja de constituir un embrión societario, que lo configura, si no como una auténtica persona jurídica\textsuperscript{136}, sí como una entidad autónoma susceptible de que le sean imputados, no subjetiva, sino objetivamente, derechos y obligacio-

\textsuperscript{135} En concreto, CIAN (Commentario alla riforma del Diritto di Famiglia, vol. 1, Padova, 1976, pp. 54 ss.), señala que el derecho de reembolso de la comunidad legal, respecto de los cónyuges, en las relaciones intersubjetivas, impone el reconocimiento de una cierta subjetividad. También se pronuncia en este sentido, entre otros, ATTIARDI: Op. cit., p. 45.

\textsuperscript{136} CARLUCCI (Op. cit., p. 19) afirma que la "comunidad entre cónyuges no aparece construida como persona jurídica", pues el relevo que aquélla hace de los cónyuges en determinadas relaciones jurídicas "no lleva a la supresión de las posiciones individuales por un nuevo sujeto que las comprenda y unifique", y DE PAOLA y MACRI (Op. cit., p. 89), consideran que el hecho de que la comunidad conyugal constituya "un centro jurídico independiente de referencia de una serie de relaciones jurídicas, no (la) eleva, ciertamente, a persona jurídica". Así, también, DELGADO ECHEVERRÍA: Sentencia de 2 de julio de 1984, C.C.J.C., Sep.-Dic., 1984, nº 6, p. 1939.
El patrimonio ganancial no está revestido de personalidad, pero cuenta con una serie de elementos unificadores idóneos para ser considerado como una unidad patrimonial autónoma: así, esencialmente, su especial destino a la satisfacción de los intereses familiares, del que surge una responsabilidad particular por las deudas derivadas del cumplimiento de tales objetivos, y su régimen jurídico propio de administración y disposición.

La autonomía patrimonial del consorcio conyugal se consolida en la regulación de esta materia, ya que el propio Código Civil reconoce la relación entre el patrimonio ganancial y los privativos como masas separadas e independientes, lo que se comprueba con el nacimiento de créditos de los esposos con-

---

177 El propio GARCIA GRANERO (Op. cit., p. 234), aun manteniendo la tesis germánica, reconoce que la sociedad ganancial pudiera ser "una especie de sociedad o ente corporativo sin personalidad, esto es, una especie de tertium genus colocado entre la copropiedad romana... y la persona jurídica". También BLANQUER (La idea..., cit.), aunque parte de la falta de autonomía del patrimonio ganancial (pp. 93, 141, etc.), confiesa que: "...el régimen económico de la sociedad de gananciales hace surgir una realidad patrimonial diversa de la propia e individual de cada cónyuge, es la realidad común, dotada de activo y de pasivo y articulada según diversos principios..." (p. 120); y LACRUZ (Los bienes conyugales y el Registro de la Propiedad tras la reforma del Reglamento Hipotecario, A.A.M.N., T. XXVI, 1985, p. 335), observa que: "Hay, pues, en la sociedad de gananciales, un principio social; hay un patrimonio autónomo, pero falta personalidad". En Italia, FERRARA (Op. cit., pp. 880-881) argumenta que: "...el patrimonio hacia un fin se aproxima a una persona jurídica, a un ente con fin de liquidación, pero, en realidad, no surge un nuevo ente, porque se trata de un patrimonio vinculado a un destino que conserva siempre su sujeto, al cual se devuelve, una vez agotada su tarea".

---
tra la sociedad, y de ésta contra aquéllos: arts. 1352, 1358, 1359, etc., del Cc. Esta desconexión entre patrimonios no debe entenderse frustrada porque los consortes sean, a la vez, titulares de sus bienes propios, y cotitulares del patrimonio común, porque, a pesar de ello, la masa ganancial conserva su perfil peculiar, lo que se confirma con la propia autonomía de los bienes privativos que no quedan eclipsados por los gananciales.

5. RECAPITULACIÓN FINAL.

A nuestro juicio, y como ya ha quedado explica-

131 DE LOS MOZOS (Comentarios..., XXVIII, 20, cit., p. 59), considera que esta cotitularidad de los gananciales supone que, si bien la sociedad de gananciales puede ser un patrimonio separado, "no es un patrimonio autónomo, porque no es el titular exclusivo de los bienes gananciales que lo componen, al no tener personalidad jurídica independiente".

139 En este punto, RAMS (La subrogación..., cit., pp. 316-317) indica que: "... la subrogación real... conduce a que la autonomía en la gestión, administración y disposición por cada cónyuge de su patrimonio privativo no se convierta en una declaración legal vacía de contenido...". Y en el Derecho italiano, PITrone (La natura giuridica della partecipazione del coniuge all'acquisto di un bene personale, Rass. Dir. CIV., 1989, p. 814) declara que: "... la preeminencia de los valores comunitarios respecto a los personales no es, sin embargo, tan neta y absoluta como para desvirtuar la dimensión individual de cada sujeto: por esto, el legislador se ha preocupado de reservar expresamente determinados espacios a la autonomía privada y a la esfera patrimonial de cada cónyuge".
do, la sociedad ganancial tiene los requisitos intrínsecos para conceptuarse, no sólo como un patrimonio jurídicamente separado y distinto a los patrimonios privativos de los cónyuges\(^{140}\), sino, más aún, como una sociedad sin personalidad, como un núcleo objetivo de imputación de activo y de pasivo, dotado de autonomía suficiente, que no de personalidad jurídica\(^{141}\). A esta configuración puede llegarse si eliminamos de la tesis societaria moderna los datos inusuales e inarmonizables con la peculiar naturaleza del consorcio conyugal. Así, prestando de una consideración exageradamente económica de la comunidad conyugal (que pondere en exceso el dato del ánimo de lucro)\(^{142}\), y valorando en su justa me-

\(^{140}\) En este sentido se ha pronunciado, recientemente, la D.G.R.N. en R. de 14 de septiembre de 1992 que afirma: "Es característica de la sociedad de gananciales la constitución de un patrimonio común autónomo que está escindido de los patrimonios meramente personales de uno y otro cónyuge, de modo que caben relaciones jurídicas entre el patrimonio común y cada uno de los patrimonios personales".

\(^{141}\) En cambio, PANTALEÓN (Op. cit., p. 56), se pregunta agudamente "si no es hora ya de dejar de inventarse comunidades germánicas con relaciones externas y sostener que la sociedad de gananciales es una verdadera sociedad con personalidad".

\(^{142}\) Según PANTALEÓN (Op. cit.), la "única articulación del derecho de asociaciones (y sociedades) apta para seleccionar adecuadamente la disciplina aplicable a los fenómenos asociativos atípicos es la que se vertebra sobre el llamado criterio estructural; y... tal criterio reclama un concepto de sociedad desprovisto del elemento del ánimo de lucro" (p. 26); ya que, en definitiva, "el ánimo de lucro en sentido propio no es un requisito conceptual de la sociedad, sino un rasgo de caracterización de los tipos legales de las sociedades civil, colectiva y comanditaria" (p. 45).
dida la existencia de una affectio societatis, no habría inconveniente para calificar a la sociedad ganancial como su nombre indica, esto es, como una sociedad; eso sí, sin personalidad. El patrimonio ganancial, por su conformación particular, por su régimen singular de administración, disposición y responsabilidad\(^{14}\), y por su específica vinculación a una finalidad familiar\(^{14}\) (de la que emerge una especie de propiedad funcional de los gananciales), da lugar a un ente jurídico especial susceptible de que le sean imputados, objetivamente, derechos y obligaciones.

Pero nosotros queremos dar un paso más, pues la mayoría de los autores que responsabilizan al

\(^{14}\) CIAN y VILLANI (Op. cit.) señalan que la subjetividad "de una masa patrimonial... representa un fenómeno que se manifiesta en... ciertos casos, bajo el perfil de la organización, de la responsabilidad, de la titularidad de los derechos, y así sucesivamente" (pp. 342-343); así, concibiendo la "comunidad legal como entidad subjetiva distinta de la de los cónyuges" (p. 412), estiman que "la comunidad puede adquirir bienes o derechos, como cualquier otro sujeto, mediante actos negociales realizados en su nombre y por su cuenta... (de modo que) la comunidad deviene adquirente directa del bien del tercero, en cuanto parte de la relación translativa o constitutiva del derecho, sea en sus aspectos activos, sea en los pasivos" (pp. 349-350).

\(^{14}\) En el Derecho italiano, BUSNELLI (Op. cit., pp. 40 ss.), mantiene que el patrimonio común tiene un vínculo de destino por su objeto y, por tanto, tiene autonomía. Y una S. de casación de 16 de noviembre de 1976, citada por DE PAOLA y MACRI (Op. cit., p. 91) admite que junto a las personas físicas y jurídicas existen "otros sujetos de derecho..., siempre que un patrimonio, que provenga de patrimonios de varias personas, sea destinado a la consecución de un fin común, considerado merecedero de una particular tutela y como tal elevado a centro autónomo de referencia de situaciones jurídicas".

189
patrimonio ganancial por mor de las exigencias familiares, se contentan con calificar la afección, con mucha frecuencia, como provisional, mientras que, a nuestro juicio, cuando el Código Civil determina una responsabilidad ganancial (art. 1365, etc.), es porque hay una deuda ganancial, y, correlativamente, cuando el legislador invoca una carga ganancial (art. 1362, etc.), indudablemente subyace una afección de los gananciales de matriz definitiva.\[145\]

Obviamente, para demostrar esta conexión de los elementos deuda y responsabilidad en las obligaciones gananciales, primero es preciso analizar y desvirtuar la postura doctrinal que parte de una idea contraria, a saber: ... la separación de dichos componentes en los débitos de carácter consorcial. A esta cuestión dedicaremos, íntegramente, el próximo Capítulo.

\[145\] Como defiende GORDILLO (El pasivo de la sociedad de gananciales: un ensayo de sistematización, Homenaje al prof. J. Roca Juan, Universidad de Murcia, 1989, p. 355), también "en materia de pasivo ganancial: donde hay deuda debe seguirse responsabilidad, y donde se produce la responsabilidad es porque previamente se produjo la deuda".
CAPÍTULO III. LA TEORÍA DE LA SEPARACIÓN

ENTRE DEUDA Y RESPONSABILIDAD EN LA OBLIGACIÓN GANANCIAL.

1. DIRECTRICES FUNDAMENTALES.

1.1. LA PRETENDIDA ESCISIÓN ENTRE CARGO DEFINITIVO Y RESPONSABILIDAD PROVISIONAL EN LA OBLIGACIÓN GANANCIAL.

1.1.1. Su configuración doctrinal y legal.

Hemos visto ya en el Capítulo I, cómo la doctrina mayoritaria se inclina por mantener la existencia de un vínculo estrecho entre deuda y responsabilidad en la obligación en general. Pero ello no es lo relevante; lo que resulta sorprendente es que se olvide ese esquema básico al estudiar la relación obligatoria ganancial. Surge así la teoría que sepa-
ra el cargo definitivo y la afección provisional de la sociedad ganancial mantenida, en la actualidad, por la casi generalidad de los autores. Con arreglo a esta pujante orientación doctrinal, se fija, por un lado, la presencia de la deuda, carga o responsabilidad definitiva de la comunidad conyugal1, también llamada pasivo común o cargo del consorcio2; y de otro, la existencia de una denominada responsabilidad provisional3, directa o prima facie4.

De acuerdo con esta tesis, la indicada respon-

1 ALBALADEJO: Curso..., IV, cit., p. 170.

3 DE LOS MOZOS: Comentarios..., XVIII, 29, cit., p. 48.
sabilidad definitiva de la sociedad ganancial, no hace referencia a las relaciones de la misma con sus acreedores, sino sólo al enlace *inter partes*, entendiéndose como el resultado de un mecanismo dirigido a determinar la carga del patrimonio común, una vez comprobada la utilidad social de la deuda en cuestión. De esta forma, quedarían determinados, por lo general, a la finalización del régimen, los desembolsos que el patrimonio común debe soportar, exclusiva y necesariamente, con independencia de la actuación individual o conjunta de los cónyuges que haya provocado la obligación⁵.

En cambio, la responsabilidad provisional ganancial estaría referida a las relaciones externas, es decir, a las pretensiones de los acreedores frente a la comunidad cónyugal, fijando las deudas de las que responde transitoriamente el patrimonio común⁶. Además, esta afección provisional tiene como

⁵ GIMENEZ DUART (Cargas..., cit., p. 542), afirma que en esta materia, lo que se resuelve es la concreción del "patrimonio o patrimonios que finalmente habrán de soportar el gastato". CHAMPION (Op. cit., p. 106) sostiene que: "... entre esposos, hace falta saber qué patrimonio será en definitiva sujeto por la deuda, y que no será siempre el que la ha adquirido: es la cuestión de la contribución que surge a la disolución del régimen..."; y CORNU (Op. cit., p. 370), expone que la expresión contribución se refiere a "las deudas cuyo pago por la comunidad abre para ella un derecho a recompensa".

⁶ DE LA CAMARA (La sociedad..., cit., p. 477) manifiesta que: "Obligaciones de la sociedad, o para decirlo más exactamente, deudas de las que responde el patrimonio social, son las contraídas por los cónyuges siempre que concurren determinadas circunstancias o requisitos". DIEZ-PICAZO y GULLON (Sis-(contínua...)
presupuesto, si se trata de obligaciones contraídas por un solo cónyuge, que éste haya obrado dentro del ámbito de legitimación legalmente acotado. Sin embargo, si el débito ha sido producido por la actuación de ambos cónyuges, la afección transitoria de la sociedad ganancial tendrá lugar cualquiera que sea el carácter privativo o ganancial de aquél.

De otra parte, la posición doctrinal que estudiamos considera que la distinción entre cargo definitivo y la simple responsabilidad provisional de la sociedad ganancial tiene consagración legal. Dicha opinión se funda, básicamente, en el tenor literal de los artículos 1362 Cc. (que habla de que serán de cargo) y 1365 Cc. (que se refiere a que los bienes gananciales responderán directamente). Así, el primer precepto se referiría a los gastos comunes definitivos, que deberán ser dilucidados en las relacio-

---

(...continuación)

toma... IV, cit., p. 185), estima que en este punto se delimita "qué patrimonio (el ganancial o privativo de los cónyuges) puede ser objeto de agresión en caso de incumplimiento de la deuda". CHAMPION (ibidem) dice que en "las relaciones de los esposos y los acreedores... es necesario determinar sobre qué (o cuáles) patrimonio (o patrimonios) éstos podrán hacerse pagar: es la cuestión de la obligación"; y CORNU (ibidem) entiende que dicha expresión alude a "las deudas cuyo pago puede ser perseguido sobre los bienes comunes".

1 BLANQUER (Reflexiones..., cit., p. 68), se fija en el art. 1366 Cc.: "... este precepto permite distinguir la cuestión de responsabilidad, referente a la composición del patrimonio responsable sujeto a la acción de los acreedores, de la cuestión de cargo de la pérdida que supone, o puede suponer, la obligación. Este aspecto de cargo se refiere a aspectos de liquidación de la sociedad conjugal, como cuestión en la que interviene el interés particular de los cónyuges...".

194
nes interconyugales, y, por tanto, sin relación alguna con el derecho de los acreedores para dirigirse contra el patrimonio común. En cambio, el art. 1365 sería una norma dirigida a disciplinar la responsabilidad transitoria del patrimonio conyugal respecto de los terceros⁸. En estos casos, la afección prima-

⁸ Así, GUILARTE (El tratamiento..., cit., p. 99) considera que el "art. 1362 establece las obligaciones que van a ser de cargo de la masa consorcial con total independencia de la existencia o intervención de terceros acreedores para nada tenidos en cuenta. Por el contrario en el art. 1365... se establecen los supuestos en los cuales los terceros van a poder agredir el patrimonio consorcial sin valorarse el que definitivamente sean de cargo de los bienes comunes o, por el contrario, en la esfera interna, puedan repercutirse sobre alguno de los patrimonios privativos de los conyuges". RAGEL (Ejecución..., cit., p. 33) asegura que el "art. 1362 es aplicable únicamente a la relación interna entre los conyuges, mientras que los arts. 1365 y siguientes contemplan únicamente la relación externa, frente a los acreedores". Los RUEDA PEREZ (Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del CC. de 13 de mayo de 1981. R.D.P., 1982, p. 578), parten de que la "diferencia de planteamiento (entre ambos arts.) es clara: el art. 1362 regula la responsabilidad definitiva de los gananciales, en tanto que el art. 1365 establece los casos en que los acreedores podrán dirigirse contra los bienes gananciales por deudas contraídas por uno solo de los conyuges...". Por su parte, VAZQUEZ IRUZURIETA (Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil, Madrid, 1989, p. 2368), hace una interpretación especial de los arts. citados: "En el art. 1362 se detallan las cargas básicas de la sociedad de gananciales; es decir, aquellas obligaciones de carácter permanente y fundamentales, que constituyen la razón de ser de la existencia del patrimonio consorcial. En el art. 1365, en cambio, se detallan las obligaciones contingentes contraídas por los conyuges durante la convivencia conyugal...". No obstante, puede oponerse a esta consideración que no hay nada en el art. 1365 que abone la tesis de su contingencia, pues el gasto contemplado en el mismo puede ser tan necesario como el del 1362. Finalmente, DE JUGLART (Régimes..., cit., pp. 158-159) en relación al art. 1409 del Code, también sostiene que: "Es necesario, en todo caso, distinguir la obligación a la deuda, que fija aquellos bienes de cada esposo que están sometidos a la acción ejecutiva de un acreedor, y la contribución a la deuda, que establece, en las relaciones entre los esposos, aquel que debe soportar la deuda definitivamente".
ría de la comunidad conyugal no implicaría la existencia de una deuda ganancial, sino la legitimación especial de los sujetos que contrataron con uno (en los excepcionales casos establecidos por el legislador), o ambos esposos (en todo caso, ex art. 1367 Cc.), para proceder contra la sociedad de gananciales. Ahora bien, si la deuda fue contraída por uno solo de los cónyuges, para que sea factible la persecución de todos los gananciales por los acreedores es preciso que sea probada, por éstos, la naturaleza común de la obligación en cuestión.

Llegados a este punto, la postura doctrinal analizada entiende que, como consecuencia de la subsistencia de estos distintos planos de responsabilidad (definitiva o provisional), pueden producirse interferencias entre el patrimonio ganancial y los privativos. En efecto, puede ocurrir que, contraída una deuda que sea de cargo de la sociedad ganancial, sea satisfecha a costa de un patrimonio privativo, o, al contrario, que deudas personales de los esposos sean abonadas por el patrimonio común. En estos casos, para evitar un enriquecimiento injusto de un patrimonio a costa de otro, tendrá lugar el debido

---

9 Así, entre otros, TORRALBA (Op. cit., p. 1687) para quien no "existe una presunción legal del carácter ganancial de la deuda; por lo tanto, el acreedor tendrá que probar cuando la deuda no haya sido contraída por los dos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro el carácter ganancial de la misma".

196
reembolso a la masa patrimonial que inicialmente afrontó una carga cuya satisfacción no le corresponde definitivamente.

1.1.2. La distinción entre débito y afección como fundamento de la especialidad de la deuda ganancial.

1.1.2.1. Razonamientos esenciales.

Vistas las premisas anteriores, parecería indiscutible, según la dirección doctrinal que estudiamos, que la alteración de la teoría de la deuda y la responsabilidad en la obligación general, al referirla a la ganancial, se debería a la cualidad especial de ésta, que brota desde el momento en que, por carecer la sociedad ganancial de personalidad

---

11 Se distingue así, también, llamado pasivo definitivo, que tendría lugar cuando coincidieran la naturaleza del débito y la cualidad de los recursos empleados para su cumplimiento, y el denominado pasivo provisional que se daría cuando la deuda es soportada por una masa patrimonial distinta a la que finalmente ha de atender al gasto realizado. CHAMPION (Op. cit., p. 106) observa que: "Si un acreedor agreda un patrimonio distinto a aquel que tendrá la carga definitiva de la deuda, el patrimonio agredido está gravado por un pasivo provisional!". También TERRE y SIMLER (Op. cit., p. 347), advierten que puede ocurrir que deudas "que incumbiendo personalmente a un esposo sean satisfechas por medio de bienes comunes o que, inversamente, deudas que debiendo ser soportadas por la comunidad lo sean con fondos propios. En estas hipótesis, la deuda no pesa más que provisionalmente sobre la masa de bienes que la ha satisfecho y que se convierte en acreedora de una indemnización. Se habla así de pasivo común provisional, por oposición al pasivo común definitivo".

197
jurídica, toda deuda común debe ser contraída, necesariamente, por los cónyuges. Esta ausencia de entidad subjetiva de la comunidad conjugal, impide que le sean imputadas subjetivamente las deudas, aun originadas en su beneficio, por lo que habrá interferencias entre las responsabilidades correspondientes al patrimonio ganancial y a los privativos. Así, pues, se deduce que dada la posibilidad de que, en las deudas gananciales, coexistan un pasivo provisional y un pasivo definitivo, podrían disociarse los elementos débito y responsabilidad, a diferencia de lo que ocurre en la obligación general donde dichos componentes son esencialmente inescindibles.

De todo esto se derivaría que, en principio, y en las relaciones externas con los acreedores comunitarios, la deuda contraída por un solo cónyuge sería privativa del mismo. Por tanto, se daría aquí una responsabilidad transitoria personal del esposo frente a los terceros, de modo que éstos únicamente contarían con el patrimonio privativo de aquél y su parte en los gananciales. No obstante, queda a salvo la eventualidad de que, los acreedores demuestren el carácter consorcial de la deuda, en cuyo caso podrán ejecutar el íntegro patrimonio común.

En cambio, en la esfera interna o entre cónyuges, el consorte interviniente que hizo frente individualmente al gasto, puede probar, igualmente, la
cualidad común del débito adquirido, demostrando la finalidad familiar del mismo, en cuyo caso, será la sociedad ganancial la que afronte el cargo definitivo, restituyéndose al esposo actuante, a costa del patrimonio común, las cantidades satisfechas.

1.1.2.2. Ideas que desvirtúan esta orientación.

A nuestro juicio, la innegable particularidad de las obligaciones gananciales, que no puede negarse, no es tan enérgica como para desmontar la conexión de los elementos deuda y responsabilidad en la estructura de la relación obligatoria. Para fundar esta tesis podemos acudir, de momento y sin perjuicio de su posterior confirmación, a una serie de razones que, creemos, son suficientemente reveladoras de la inconsistencia y artificiosidad de la tesis que separa débito y afección en la obligación ganancial, pues debe partirse de que, también en este género de deudas, estos componentes de la relación obligatoria son inseparables.

A) La autonomía del patrimonio ganancial le permite una imputación objetiva de derechos y cargas.

En primer lugar, podemos partir de la idea e-
de que el patrimonio ganancial tiene los elementos esenciales (por su destino prioritario al levantamiento de las necesidades familiares, por su régimen propio de administración y responsabilidad, etc.), para calificarse, no sólo como un patrimonio separado y distinto a los patrimonios privativos de los cónyuges, sino, más todavía, como un efectivo centro de referencia de derechos y obligaciones (los débitos contenidos en los arts. 1362 y siguientes del Cc.), y ello aunque le falte la personalidad jurídica. Por tanto, la deuda consorcial, aunque se enfrente a la eventualidad de que, subjetivamente, no pueda ser más que de uno o ambos esposos, es una deuda que, objetivamente, puede atribuirse a la comunidad conyugal. Cuando el débito se haya contraído dentro del ámbito de legitimación que los arts. 1362 y siguientes del Cc. conceden a los cónyuges, inclusive actuando aisladamente, la imputación de la deuda debe hacerse objetivamente (atendiendo al interés familiar de la deuda y no a la persona que la produce), al consorcio mismo.

B) La actuación individual de los cónyuges no implica una deuda privativa de los mismos.

A nuestro criterio, no pueden desconectarse

11 Ya expuesta en el apartado 4. del Capítulo II.
débito y afección en la deuda ganancial, ni siquiera en las hipótesis de intervención individual de los cónyuges. En cambio, la dirección doctrinal que estamos objetando, para demostrar esa pretendida distorsión parte, en estos casos, de una supuesta equi-paración existente entre la obligación personal del cónyuge que actúa\textsuperscript{12}, y la obligación privativa del mismo\textsuperscript{13}.

\textsuperscript{12} Es cierto que, subjetivamente, toda deuda conjugal es deuda personal de uno o ambos cónyuges. Así, BLANQUER (La idea..., cit., p. 125, not. 118) opina que: "Hay que entender que el Código, cuando habla de deudas de la sociedad, se refiere a aquellas deudas de los cónyuges (únicos sujetos de derecho y, por tanto, únicos posibles deudores) que se contabilizan o computan como cargas de la sociedad"; CUTILLAS (Op. cit., p. 1277) añade que "cuando hablamos de acreedores de la sociedad, éstos son a la vez acreedores personales del cónyuge que haya actuado en base a los arts. 1365 y 1369 del Código"; y RAGEL (Comentario a la S. 20 de febrero de 1987, cit., p. 4395) escribe que: "El deudor es únicamente el cónyuge que contrae el débito. Cualquiera que fuere el régimen económico a que estuviera sometido el deudor, el débito contraído por él tiene siempre carácter personal...". También MALAURIE y AYNES (Op. cit., p. 219) advierten que: "... jamás una deuda es exclusivamente común, toda deuda común es, al menos por el derecho de persecución, la deuda de un espozo"; y BERNARDI (Op. cit., p. 791, not. 27) expresa que la "obligación inherente a los bienes de la comunidad es, en todo caso, una obligación directa y principal de los cónyuges que responden con su patrimonio del que forman parte, tanto los bienes de la comunidad por cuotas, como los otros bienes personales".

\textsuperscript{13} No es correcto que deuda personal de un consorte se entienda, por norma, como privativa del mismo. Así, RAGEL (Comentario a la S. 20 de febrero de 1987, cit., p. 4399) parte de que toda "deuda contraída por un solo cónyuge deberá reputarse como propia, mientras que el acreedor no pruebe que es de carácter consorcial"; esto es, que "quede probado que la deuda contraída por un solo cónyuge es una de las actuaciones comprendidas en los arts. 1365, 1366 ó 1368 Cc" (Comentario a la S. de 3 de junio de 1988, C.C.J.C., nº 17, 1988, p. 588). También DE LA CAMARA (La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia, B.I.C.N.G., Mayo, 1986, p. 82) considera que las deudas propias a las que alude el 1373

\(\text{(continda...)}\)
A nuestro juicio, el dato de que la sociedad ganancial carezca de una auténtica personalidad jurídica, y que toda deuda consorcial, será siempre producida personalmente por uno o ambos consortes, no significa, ni que técnicamente los cónyuges contraigan una responsabilidad por débito ajeno, ni que deba mantenerse una correlación necesaria entre la cualidad privativa del débito y la actuación aislada de aquéllos. Las deudas contraídas por un solo cónyuge en la gestión ordinaria del consorcio (que comprende las actuaciones contenidas en los arts. 1362 y siguientes del Cc.), aunque sean propias del consorte actuante, no deben considerarse siempre como privativas del mismo. La razón de esta idea está en el dato de que, atendiendo a su origen o a su destino, pueden existir obligaciones ocasionadas por un cónyuge que sean, además, deudas gananciales, pues así lo reconoce el art. 1369 Cc.¹⁴.

¹¹(...continuación)

Cc., abarcan no sólo las particulares del esposo de que se trate, sino, en general, todas aquellas que, contraídas por un cónyuge sin la intervención del otro, no puedan realizarse sin más sobre el patrimonio ganancial; ya que todas ellas son, rigurosamente, deudas propias del cónyuge.

¹⁴ De esta manera, T. TORRES (La administración de los bienes comunes en la sociedad de gananciales, R.D.P., p. 754), en relación con las deudas contenidas en el 1369, hace las siguientes consideraciones: "¿Debe entenderse que son de un cónyuge por haber sido realizadas por él sólo? Esto no hay la menor duda de que pueden ser así calificadas todas las deudas por él contraídas, pues tal dato servirá para considerar a una deuda como propia, pero para que se produzca la equiparación que el precepto establece es preciso acudir a otros criterios.

(continúa...)
La sistematización...

En este punto surge una posición doctrinal que establece la originaria naturaleza privativa de las deudas contraídas individualmente por los consortes en su gestión de la sociedad, aunque sean, subjetivamente, deudas propias de éstos. Esta postura, invirtiendo el punto de partida, argumenta que, si en la esfera del activo consorcial existe una presunción de ganancialidad (art. 1361), no sería desacertado y sí muy justo, que dicha presunción se bilateralizaría también en relación con el lado pasivo de la obligación ganancial. Además, esta tesis se apoya en el dato de que la regla general del art. 1911 resulta, en los supuestos de actuación aislada de un cónyuge en su gestión de la comunidad, modalizada por los arts. 1318 y 1319 del CC. En base a estas normas, puede sustentarse que la deuda contraída por un consorte para satisfacer las exigencias

11(...) continuación) y éstos los podemos encontrar en la propia naturaleza de la necesidad que la obligación trata de satisfacer...

11 El principal valedor de esta dirección doctrinal es ECHEVARRIA, quien sostiene que: "La presunción no puede ser en favor de la privacidad. 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 presuncia sea la contraria" (Sociedad..., cit., pp. 21-22). También en Bélgica, RAUCENT (Les régimes matri moniaux, Louvain -la- neuve, 1986, p. 185), advierte que, conforme al art. 1408, 79; las deudas contraídas "por un solo esposo se presumen comunes... (esto es) se presumen deudas comunes perfectas... (de modo que corresponde al otro cónyuge) intentar establecer que la deuda es propia del esposo deudor". Ahora bien, hay que subrayar que dicho precepto se refiere sólo a las deudas domésticas, pero ahí está el dato legal.
familiares, no debe entenderse perseguible sólo sobre el patrimonio de éste (incluyendo su cuota en los bienes gananciales), por reputarse privativa del mismo; sino sobre el íntegro patrimonio común. Debe partirse de que, cuando una persona casada actúa en el tráfico jurídico, no puede hacerse abstracción de su condición de tal, y por ende, conforme a los citados arts. 1318 y 1319, las obligaciones ocasionadas son cónyugales como postulado general, pues, en principio, todo cónyuge actúa movido por la búsqueda del interés familiar. Esta tesis tendrá consecuencias muy importantes en orden a la protección del tráfico jurídico, pues los acreedores

---

16 No obstante, PERA (Comentario..., cit., p. 690) estima que: "Parece que la regla es que todas las deudas que contrae uno solo de los cónyuges son de carácter privativo mientras la ley no disponga otra cosa (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".

17 Para STANZIONE (Obligazione contratta dal coniuge separatamente su bene proprio -destinazione del bene al bisogno della famiglia- responsabilità della comunione, Questioni di Diritto patrimoniale della famiglia, Padova, 1989, p. 291), es "indiscutible que el derecho de familia es parte del derecho civil, así que también en sede interpretativa resulta esencial su armonización,... (siendo), por otro lado, verdad que el uno y el otro se mueven en un ordenamiento jurídico unitario,... que funciona inspirado y empujado por los principios constitucionales: el primero entre ellos, en esta materia, el de la solidaridad familiar".

18 No obstante, esta cuestión resulta muy problemática, ya que, como advierten TERRE y SIMLER (Op. cit., p. 343) existen dos principios que parecen oponerse: de un lado "la efectividad de los poderes (de los cónyuges), en las relaciones con los terceros, exige que la seguridad de estos últimos esté asegurada por la atribución de una garantía lo más extensa (continúa...)"
sociales quedarían eximidos de cualquier prueba del carácter consorcial de la deuda para poder dirigirse contra todos los gananciales.

Por otra parte, siguiendo con esta línea doctrina, debe entenderse que, cuando un cónyuge actúa frente a terceros en el ejercicio normal de sus facultades cónyugales, lo hace en calidad de gestor del consorcio, produciendo efectos en la esfera.

11(...continuación)

posible; de otra parte, (y en cambio) la autonomía relativa de los esposos no está asegurada más que si los actos del uno no pueden, por naturaleza, obligar, respecto de terceros, más que los bienes dependientes de los poderes reservados al otro.

Así, ECEVARRIA (La ganancialidad..., cit., p. 11) afirma que: "...si se aplica como regla general el art. 1911, el acreedor deberá probar el carácter matrimonial de la obligación para conseguir subsidiariamente la garantía del patrimonio del cónyuge no contratante, a través de los arts. 1318 y 1319, en conexión con el 1911. Si por el contrario, en la persona casada la regla general aplicable es la derivada de los arts. 1318 y 1319 el acreedor no tendrá que probar nada para obligar indirectamente el patrimonio del otro cónyuge, y serán los no contratantes (cónyuge, acreedores de éste, legitimarios, etc.) los que tendrán que probar el carácter privado o no matrimonial de la obligación, para reducir la responsabilidad patrimonial a lo establecido en el art. 1911". En la misma línea, pero en relación al art. 1365 CC., QUINONERO CERVANTES (Notas sobre el deber de contribución a las cargas de la familia, Homenaje al prof. J. Roca Juan, Universidad de Murcia, 1989, p. 701) opina que dicho precepto está dictado "en beneficio de los acreedores, por lo que difícilmente puede establecerse que éstos tengan que probar la naturaleza del gasto, para poder exigir responsabilidad por él. En este terreno la apariencia tiene un notable valor, bastando con que aparezca como adecuado al uso y a la circunstancia familiar el acto de que se trate".

10 En concreto, ECEVARRIA (Los límites..., cit., p. 1667) considera evidente que: "... en la mayor parte de las ocasiones, el cónyuge gestiona negocios y contratos gananciales y por ello resulta en la práctica siempre gestor de la sociedad, independientemente de la intervención del otro cónyuge..., pues las relaciones jurídicas privativas siempre (continúa...)
común, tanto desde el punto de vista del activo (pues se tratará de bienes o derechos que ingresarán en el patrimonio común, ex art. 1361 CC.), como, lógica y equitativamente, desde el punto de vista del pasivo (habrá deuda y responsabilidad ganancial ex art. 1369 CC.)

No obstante, a esta tesis se le opone la objeción primordial de que el Código Civil no establece, explícitamente, ninguna presunción de ganancialidad de las deudas contraídas separadamente por un con-

---

(continuación)

serán la excepción... (de modo que) la regla general será la de actuar en alguno de los supuestos comprendidos en los art. 1362 y 1365 si se trata de pasivo ganancial...". También TERRE y SIMLER (Op. cit., p. 380) manifiestan que: " Parece normal considerar que las obligaciones asumidas por los esposos, (siendo) hoy los dos gerentes de la comunidad, son en el interés del ménage"; y todo ello, no se olvide, aunque la actuación de un cónyuge no se conciba como verdadera representación de la comunidad: así, RAVAZZONI (Lo scioglimento della comunione legale per il fallimento di uno dei coniugi, Il diritto fallimentare e delle società commerciali. 1975, 1, p. 79), para quien la imputación a la comunidad del acto realizado individualmente por un esposo no se produce por voluntad de éste, sino ipso iure, esto es, con independencia de una expresa determinación del sujeto actuante. En contraria, entre otros, MARTINEZ SANCHIZ (Influencia..., cit., p. 266) que declara que: "... el art. 1365, para que la gestión de un cónyuge responsabilice a la sociedad, precisa que aquélla le competa por ley o por capítulos, por lo que, reputaría gestora y vinculante por sí sola equivaldría a presumir que se hallaba autorizado por la Ley o por los capítulos para llevarla a cabo; no se puede presumir lo uno sin lo otro, y esto último tropieza claramente con el art. 1375 del CC.".

DE MARTINO (L’acquisto dei crediti in regime di comunione legale tra i coniugi. Quadriennale, Riv. Dir. Priv., 1965, 1, p. 50), piensa que, de no ser así, se rompería la "unidad de la relación contractual", lo que ocurriría si se sostiene que al "patrimonio común se transfieren los elementos activos de la relación misma, mientras la obligación gravaría sólo sobre el patrimonio personal del cónyuge conyugante".

206
sorte, aunque haya obrado pretendidamente en beneficio de la sociedad\textsuperscript{11}. Sin embargo, a esta crítica puede replicarse que, si bien la presunción de gananciales pasivas no encuentra apoyo legal concreto, tampoco lo tiene una presunción inversa, esto es: que son en principio privativas las obligaciones contraídas por un solo cónyuge. Por ello, la obligación contraída por un único esposo puede ser, y de hecho así sucederá en la generalidad de los casos, objetivamente (no se olvide), deuda de la sociedad ganancial\textsuperscript{11}. De no ser así, se concluye, se estaría fomentando desde el propio Código Civil, la existencia de un manifiesto desequilibrio entre el patrimonio ganancial (que goza de la presunción de ganancialidad activa, ex art. 1361), y los patrimonios privativos de los consortes (que deberían soportar

\textsuperscript{11} Para CARANILLAS SANCHEZ (Comentario a la S. de 17 de noviembre de 1987, C.C.J.C., n° 15, 1987, p. 5173) es "sin duda exacta la afirmación de la D.G.R.N. de que no existe en nuestro Derecho una presunción de que la deuda contraída por el cónyuge es ganancial... Ciertamente, no existe una presunción de ganancialidad pasiva, ya que no tiene apoyo en ningún precepto legal (al contrario de lo que acontece con la ganancialidad activa: art. 1361 Cc.) y por eso no puede admitirse una presunción que ninguna norma establece". En este mismo sentido, DE LA CAMARA: La sociedad..., cit., p. 492.

\textsuperscript{11} Así, MANRIQUE (Op. cit., p. 32) critica la tesis que "trata de equiparar totalmente deuda propia con deuda privativa... (partiendo de) que toda deuda contraída por un cónyuge es privativa, salvo prueba, cuando, (lo que debe prevalecer)... es exactamente lo contrario".
la presunción de privatividad de la deuda). 

2. LOS FALLOS DE LA TESIS SEPARACIONISTA.

La teoría que defiende la separación entre deuda y responsabilidad en la obligación ganancial es, así lo estimamos, cuestionable y, por qué no decirlo, rebatible en muchos de sus postulados. Al igual que ocurre en el Codice, cuyo art. 186 sólo recoge lo que son auténticas obligaciones de la comunidad legal, sin distinguir controvertidas cuestiones.

24 Para ECHEVARRIA (Sobre el embargo..., cit., p. 106), es difílma la "existencia de la ganancialidad pasiva porque la norma general en el sistema ganancial es la ganancialidad, y parece absurdo aceptarla para el activo y para el pasivo rechazarla y sustituirla por la presunción contraria de privatividad". Además, para este autor, la tesis de que la presunción de privatividad de las deudas contraídas por un cónyuge, deriva del principio de gestión conjunta ex arts. 1367 y 1375 del Cc., encuentra un escollo insalvable en la presunción del 1361 ya que, este precepto "difumina y borra los contornos de la gestión conjunta del art. 1375, pues a todas las excepciones admitidas, remitiendo a los artículos siguientes, hay que añadir las adquisiciones de cualquiera de los cónyuges, que resultan gananciales por aplicación del art. 1361, pues no cabe duda que si la adquisición es ganancial, la intervención del cónyuge fue en interés de la sociedad y, por tanto, como gestor, dicho de otro modo, gestionando negocios o intereses del consorcio ganancial" (Los límites..., cit., p. 166).

25 Así, PITTER (Le obbligazioni tributarie dei coniugi in regime di comunione legale con riferimento alla distinzione tra obbligazioni della comunione e obbligazioni personali, Riv. Dir. Civ., 1991, nº 2, p. 97), apunta que la "disciplina de la comunidad legal de bienes... conoce, como es sabido, la (continúa...)
de débito y afectación, hemos de acabar en nuestro Derecho, con la pretendida dicotomía deuda (relación interna o inter partes), y responsabilidad (relación externa o frente a terceros), que se suele dibujar por los autores a la vista de los arts. 1362 y siguientes del Cc.

Un estudio, que hemos pretendido sea exhaustivo y minucioso, de la susodicha tesis, nos revela la existencia en ella, tal como la exponen sus partidarios, de algunas incoherencias fundamentales que vamos a ir analizando separadamente:

11 (...)continuación

distinción entre obligaciones de la comunidad y obligaciones personales de los cónyuges: el art. 186 Cc. contiene las hipótesis de obligaciones de la comunidad, así que es posible individualizar, argumentando a contrario, cuáles son las obligaciones personales”. También en este sentido se pronuncian, BOTTARO (Comunione legale del bene e solidarietà familiare. La riforma del Diritto di Famiglia dieci anni dopo, Padova, 1986, p. 263); CIAN y VILLANI (Op. cit., p. 370); CATTANEO (Op. cit., p. 91), que estima obligaciones personales las conllevadas “por un solo cónyuge que no se encuentren en (el art. 186)”; etc. En Francia, aunque el art. 1409 Code distingue entre “la obligación al pasivo” y “la contribución al pasivo” (CORNU: Op. cit., p. 370), MALAURIE y AYNES (Op. cit., p. 218) entienden que “en general coinciden... (pues) la comunidad... (es) la banca de los esposos... que a fin de responder de las necesidades del ménage y aumentar su crédito consiste a menudo anticipos y recibe depósitos”; CARBONNIER (Droit ..., cit., p. 154), admite como postulado que “son deudas comunes todas las nacidas durante la comunidad, sea en la persona del marido o en la de la mujer (a. 1413,4)”; y Fournier (La nouvelle étape dans la réforme permanente du droit des régimes matrimoniaux: la loi du 23 décembre 1985, Rev. Trim. D. Civ., n° 3, 1989, p. 485), concluye que: “Después de la reforma de 1985, reserva hecha de dos notables excepciones... todos los acreedores (comunes) sean por la mujer, sean por el marido, tendrán derecho a realizar su garantía sobre el conjunto de los elementos del activo que componen la comunidad...".

209
2.1. LA EXCLUSIÓN DEL INNEGABLE ENLACE EXISTENTE ENTRE LOS ARTÍCULOS 1362 Y 1365 DEL CÓDIGO CIVIL.

Donde, a nuestro juicio, se evidencia con más claridad la paradoja en que incurren los autores que mantienen la escisión entre débito y afección en la deuda consorcial, es en el modo en que interpretan la relación entre los arts. 1362 y 1365 del CC., que, en principio, debería fundarla. En efecto, estimamos que la fortuna no acompaña a esta orientación doctrinal, ya que, después de dividir, afanosamente, entre cargo ganancial (recogido en el 1362 y referido a la relación interna), y responsabilidad ganancial (contemplada en el 1365 y con relevancia en la esfera externa), no tiene más remedio que reconocer la afinidad, cuando no la equivalencia,

De este modo, BLAQUER (Reflexiones..., cit., p. 37), entre otros, expone que: "... el Código, al regular las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales señala separadamente: 1) los gastos que serán a cargo de la sociedad de gananciales (arts. 1362 y 1363); 2) la responsabilidad directa de los bienes gananciales frente al acreedor... por las deudas contraídas por un cónyuge (arts. 1365 y 1368)...."

En este sentido, GIMÉNEZ DUART (Cargas..., cit., p. 545); LACRUZ (Elementos..., IV, 29, cit., p. 469), que habla de "notables semejanzas"; RAGEL (Ejecución..., cit., p. 33) que observa una "gran semejanza"; etc. GUIARTE (Gestión..., cit., p. 344) llega a reconocer que: "Tales normas presentan una cierta similitud por lo que, a veces, no se entiende con claridad el que nuestro Código haya partido de la distinción indicada como pilar básico para estructurar la responsabilidad de los bienes comunes". ¿Y no será, más bien, -preguntamos nosotros- que el Código no admite la separación como regla?
entre ambos preceptos. Así, dicha doctrina, disimulada o abiertamente, admite la identidad de fondo de los arts. 1362 (norma de cargo según dicen) y 1365 (norma de afección según manifiestan); pues se observa que los supuestos que contemplan están íntimamente relacionados, por lo que viene a mantener, aunque sea por vía indirecta, que donde hay cargo existe responsabilidad y viceversa. Y resulta evidente que es absurdo separar primero débito y afección en la deuda ganancial, apelando res-

22 Los RUIEDA (Op. cit., p. 576) llegan a preguntarse: "Llegados, pues, a la conclusión de que... los supuestos del art. 1365 equivalen a los del art. 1362, ¿no habría sido más sencillo una norma de remisión en bloque?...".

21 Así ocurre, por ejemplo, con TORRALBA (Op. cit.), quien parte de la distinción entre cargo, recogido en los arts. 1362 (pp. 1661-1664) y 1363 (pp. 1663 y 1673), y responsabilidad, fijada en los arts. 1363 a 1374 (p. 1664), si bien, en el estudio del art. 1368 habla de que en este caso "todos los bienes gananciales van a continuar respondiendo en los términos señalados en los arts. 1362 y 1365" (p. 1711), lo que parece der a entender que, si hay cargo (art. 1362), habrá también responsabilidad (art. 1365).

20 Así, ABELLO (Op. cit.) coloca dentro de lo que llama "cargas comunes de modo incondicional" tanto al 1362 (p. 804) como al 1365 (p. 806). DIEZ-PICAZO y GULLON (Sistema..., IV, cit.), estudiando el 1365 en relación con el 1369 (aunque la edición de 1983 más explícita hablaba de "cargo y responsabilidad", p. 236), hablan de deuda porque se "atiende al levantamiento de las cargas de la sociedad de gananciales" (p. 188). Y señaladamente, LACRUZ (Elementos..., IV, 20, cit., p. 469), reconoce que: "... una vez demostrado que una deuda debe ser cargo 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 art. 1363, para evitar un rodeo innecesario..."; tesis que comparte PUIG BRUTAU (Op. cit., p. 149); etc.

21 Que como dice CRISTOBAL MONTES (Op. cit., p. 25) "no son otra cosa que simples aspectos o facetas de una sola situación".

21
pectivamente a los arts. 1362 y 1365 del Cc., para admitir, posteriormente, la estrecha conexión entre estos preceptos. De esta forma, se acabará confirmando la teoría que nos parece más adecuada y conforme a la cual, definida una carga ganancial (art. 1362), debe derivarse naturalmente la afección de la misma, y que, si responde el patrimonio común en algunos supuestos (art. 1365), es porque subyace en ellos una verdadera deuda social.

2.1.1. La inconsistencia del dato terminológico para negar la conexión indicada.

Para hacer frente a nuestras objeciones, no creemos que sea suficiente el mero dato terminológico, a cuya virtud se pretende deducir la separación entre el cargo del consorcio, a que se refiere expresamente el 1362, y la responsabilidad a la que alude el 1365 (norma que en concreto emplea el término responden). A nuestro criterio, este simple dato literal no es convincente, porque el propio le-

---

III Así, MANRIQUE (Op. cit., p. 31) afirma que la "distinguición entre el art. 1362 (y el 1365)... es superflua, pues si los comparamos detenidamente veremos que hay responsabilidad directa prácticamente en los mismos casos en los que hay carga ganancial; las diferencias son tan pequeñas que no... (puede) defenderse una divergencia acusada entre ambos preceptos"; e, incluso, BLANQUER (Reflexiones..., cit., p. 38), admite que la "deuda u obligación se califique como ganancial (bien por contrase por gastos a cargo de la sociedad, bien por estar establecida la responsabilidad de los bienes gananciales". 212
gislador desconoce la pretendida distinción entre deuda y responsabilidad gananciales, incluso desde este punto de vista terminológico\(^3\). Y esta afirmación no es gratuita, ya que puede comprobarse que nuestro Código Civil en otros muchos preceptos, o bien parte, explícitamente, como regla general, de la necesaria dualidad deuda y responsabilidad (art. 1366)\(^4\), o bien se refiere, sin más distinciones, a la existencia de un débito del consorcio (arts. 1369, 1399, 1401, 1402, 1403, etc.)\(^5\). Además, esta diferenciación literal existente entre los arts. 1362 y 1365 del Cc., puede comprenderse mejor en el

\(^3\) Así lo confiesa GUILARTE; cfr. nota 24 del Capítulo II.

\(^4\) GUILARTE (Gestión..., cit., pp. 373-374), admite que el 1366 "sanciona el que son, en definitiva, obligaciones a cargo de la sociedad de gananciales y que, paralelamente, responde el consorcio en todo caso frente a terceros... A propósito de lo anterior debe destacarse que no resulta en absoluto anómalo el que se regulen indistintamente ambos tipos de responsabilidad... (pues) si bien ambas esferas de responsabilidad son perfectamente deslindables, en la práctica lo más frecuente es que frente a supuestos de responsabilidad provisional de los bienes comunes sea el propio consorcio el que asuma tal carga".

\(^5\) Por ejemplo, RAMS (La sociedad..., cit., p. 329), reconoce que de limitarse el art. 1362 Cc. a la esfera interna y el 1365 Cc. a la externa, "el art. 1369 Cc. además de inútil no pasaría de ser una mala (por no decir pésima) reproducción del art. 1319 Cc.". También CIAN y VILLANI (Op. cit., p. 369), manifiestan que los que mantienen la simple responsabilidad de la comunidad ex art. 186 del Codice se basan "en la incertidumbre del dato normativo (la rúbrica del art. 186 habla de obligaciones que gravan los bienes de la comunidad, mientras su texto establece los bienes de la comunidad responden, etc.)"; lo cual no convence pues "el art. 188 usa la misma fórmula para distinguir débitos... (que son) de la comunidad, y el art. 190 habla de débitos que gravan a (la comunidad)".

213
sentido de que, de un lado, cuando el 1365 determina la afección directa de los gananciales frente a terceros, es porque subyace en los casos por él regulados, una deuda social, aunque haya sido contraída por un solo cónyuge\textsuperscript{36}. Y de otro, cuando el 1362 establece un débito cónyugal, debe derivarse, como consecuencia lógica del mismo, una responsabilidad del patrimonio común para hacer frente a su cumplimiento, pues, no parece que resulte coherente dibujar una deuda social definitiva, desconectándola de la afección para hacerla efectiva.

En definitiva, si se reconoce que los arts. 1362 y 1365 son prácticamente idénticos, y que, por lo común, cuando hay responsabilidad de la sociedad existe una carga de la misma que la justifica\textsuperscript{37}, ¿para qué montar la artificiosa distinción entre

\textsuperscript{36} Así BONILLA ENCINA (El art. 144 del R.H. y la Dirección General de los Registros, R.C.D.I., Sep.-Oct., 1990, p. 96), aunque dice que el 1365 contempla un poder individual excepcional concluye que como "la deuda no puede ser personal sino del matrimonio, aunque actúe uno solo de los cónyuges, se debe compaginar esa actividad aislada con la corresponsabilidad, de ahí que: ... (ya que) se trata de deudas del matrimonio, los gananciales responden de modo directo".

\textsuperscript{37} Para LOPEZ SANCHEZ (La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13-5-1981, R.J.C., 1983, p. 595), aunque parte de la distinción, es obvio que en "la sociedad de gananciales... el patrimonio consocial se halla gravado con las obligaciones contraídas en beneficio común o para atenciones familiares por ambos cónyuges mancomunadamente, o por uno de ellos en los supuestos en que puede endeudar a la comunidad. Es ésta una responsabilidad erga omnes, pero también definitiva: no se trata sólo de que los acreedores por deudas comunes (art. 1362) pueden agredir directamente el patrimonio de la comunidad; es que, además, tales deudas han de quedar, finalmente, a cargo de ese patrimonio".

214
débito y afección en la obligación ganancial? ¿No sería más coherente mantener que el criterio normal lo constituye la conexión entre deuda y responsabilidad, también en las deudas consorciales? La respuesta a esta cuestión debe ser de todo punto afirmativa por varias razones. En primer lugar, porque, como hemos intentado demostrar, el propio Código Civil dota al patrimonio común de una autonomía suficiente, para que le sean imputadas objetivamente como propias las deudas que redundan en su beneficio, y de las cuales responderá autónomamente frente a terceros. Y en segundo lugar, porque el legislador también contempla y permite la actuación individual de los consortes con efecto vinculante de los gananciales (como se comprueba, entre otros, en los arts. 1347, 39; 1356, 1370, etc.).

2.1.2. El ámbito concordante de los preceptos estudiados.

Dada la escasa virtualidad del mero dato terminológico para sustentar la escisión entre deuda y responsabilidad en la obligación ganancial, la doc-

RAYNAUD (Les régimes matrimoniaux, Droit Civil, de Mart Y Raynaud, París, 1986, p. 465), conforme al art. 1413 del Code, según el cual "el pago de las deudas de las que cada esposo está obligado, por cualquier causa que sea, durante la comunidad, puede siempre ser perseguido sobre los bienes comunes", considera que ello significa que la comunidad se coloca como "el objeto de la deuda".
trina que la defiende, se funda en el distinto ámbito de aplicación de los preceptos que, aparentemente, recogen la mencionada diferenciación. De este modo, se sostiene que el art. 1362 se apoya en la existencia de un efectivo beneficio de la sociedad ganancial, por lo que se produce un cargo definitivo que sólo es comprobable en la relación entre cónyuges. El 1365, en cambio, contempla una serie de supuestos tasados que aparentemente aprovechan a la comunidad, por lo que, en principio, en defensa de terceros, los gananciales responderán directamente, afección transitoria del consorcio que quedará finalmente desvirtuada, en la esfera interna, si se prueba la nula utilidad familiar de la actuación.

No obstante, estas razones no nos parecen adecuadas, ya que el postulado esencial en esta materia, debe ser, así lo creemos, que habrá deuda y

---

39 GUILARTE (Gestión... cit.) expone que: "si en la esfera interna no se puede desligar gasto de beneficio, la esfera externa del pasivo ganancial se mueve bajo otras pautas. Y ello porque, evidentemente, el acreedor no tiene a menudo los medios necesarios para conocer si un determinado bien adquirido por un cónyuge pasa o no a engrosar el acervo común o si determinada deuda asumida por un esposo lo fue en el ámbito de actuación internamente permitido a cada uno de los cónyuges" (p. 367); ahora bien, "el legislador no ha dejado al albur de la improvisación del intérprete, o en su caso de los terceros acreedores, la averiguación de cuándo se da esa actuación individual aparentemente extralimitada. Muy al contrario ha sancionado un completo sistema de legitimación externa en la gestión de los bienes comunes... que determina la responsabilidad de esos bienes frente a terceros acreedores al margen de las relaciones internas. A ello atienden los arts. 1365 y siguientes cuyo fundamento último se encuentra en la apariencia que tales actuaciones revelan para el tercero" (p. 370).
responsabilidad ganancias y en todos los casos en los que un cónyuge intervenga dentro del ámbito de normalidad que la ley determina, lo cual se produce, precisamente, en la relación de supuestos contemplados en los arts. 1362 y 1365 del CC. Por ello, los acreedores que confiaron en la existencia de una actividad normal del cónyuge interviniente, no están obligados a averiguar cuál es el origen o la finalidad de la deuda contraída para asegurarse la garantía del íntegro patrimonio ganancial.

Es más, en nuestra interpretación, cabe hablar, incluso, de una responsabilidad provisional ganancial, que tendría lugar cuando el cónyuge extralimita sus funciones y el tercero no tiene datos suficientes para comprobarlo, en cuyo caso la defensa de este impone la responsabilidad global de los gananciales, pero la deuda, siempre que no haya habido un comprobado beneficio ganancial, será del cónyuge actuante. No obstante, obsérvese que, en estos

---

40 El propio DE LA CAMARA (La sociedad..., cit., p. 400), admite que cuando "se trate de administrar bienes comunes son de cargo de la sociedad todos aquellos conceptos que encajen dentro de la administración... Si se relacionan los resultados a que lleva en este punto la interpretación del art. 1362 con el art. 1365, 1 no es difícil llegar a esta conclusión".


42 LOPEZ SANCHEZ (Op. cit., pp. 595-596) advierte que por "exigencias del tráfico jurídico, también las obligaciones contraídas en interés y beneficio exclusivo de uno de los cónyuges pueden hacerse efectivas sobre los bienes gananciales, sin perjuicio de los reembolsos que luego procedan en la (continúa...)

217
casos, el carácter transitorio de la afección consorcial se produce porque, traspasándose los límites normales en la gestión del consorcio, se exceden también los contornos del 1365, ya que si se actúa conforme a éste, la responsabilidad ganancial será siempre definitiva.

Finalmente, nuestra tesis de que deuda y responsabilidad están relacionadas en la deuda ganancial, puede completarse con una última idea primordial: no resulta lógico entender el 1362 como norma de cargo y el 1365 como norma de responsabilidad, cuando comparando el tenor literal de ambos, puede observarse, sin dificultad, que el contenido de este último es más limitado que el del 1362. Por tanto, no sería correcto, ni justificable, establecer en la gestión individual del consorcio conyugal, una afección ganancial transitoria con un ámbito de aplicación más reducido que el del cargo definitivo consorcial.\(^4\)

\(^{4}\) (...continuación) relación inter partes. Esta última es, por tanto, una responsabilidad provisional del patrimonio común porque habrá de ser el privativo del cónyuge en cuyo beneficio redundó la deuda el que deberá soportarla definitivamente, abonando al consorcio lo que este adelantó.\(^4\)


218
2.1.3. La relación entre cargo y afección aclara el sentido de la regulación legal.

Por otra parte, no creemos que nuestra opinión pueda refutarse porque deje sin sentido, pretendidamente, lo dispuesto en los arts. 1365 y siguientes del Cc.⁴⁴, ya que, cada una de estas normas tiene su propio alcance y significado⁴⁵. Así, y sin perjuicio del estudio particular que de estos preceptos haremos más adelante⁴⁶, podemos anticipar el ámbito de alguno de ellos. En cuanto al 1365, éste delimita la legitimación individual de los cónyuges para obligar a la sociedad ganancial. Ahora bien, como resulta que esta intervención se presume por el propio legislador en interés social, la afección que surge no es sólo provisional, sino definitiva; de manera

⁴⁴ En concreto, GUILARTE (Gestión..., cit., p. 368) explica que al "universalizar el art. 1362 como precepto determinante en exclusiva del criterio objetivo de ganancialidad pasiva, deja no sólo sin virtualidad el art. 1365, sino también otros varios artículos en los que se sanciona la responsabilidad del consorcio frente a actuaciones individuales... (normas innecesarias) porque se encuentran subsumidas ya en los genéricos criterios del art. 1362 válido tanto si la actuación es común como individual". Estas normas aludidas serían los arts. 1366, 1368, 1370 y 1371 Cc.

⁴⁵ Para GORDILLO (El pasivo..., cit., p. 362), "cada precepto (tiene) su propia razón de ser: el art. 1362 es la norma indicadora de la ganancialidad pasiva objetiva o intrínseca... A su vez, los arts. 1365, 1366, 1368, 1369, 1370 y 1371, manteniéndose en dicho ámbito objetivo... vienen a indicar que la responsabilidad ganancial, incluso definitiva, no exige la actuación conjunta".

⁴⁶ En el Capítulo V de este trabajo.

219
que hay responsabilidad consorcial (1365), porque hay cargo ganancial (1362). Respecto del art. 1366, podemos decir que el Código Civil entiende que si un cónyuge endeuda y responsabiliza a la sociedad ganancial, en su ordinaria actividad contractual, dicha consecuencia se puede trasladar, también, a la actividad extracontractual del mismo, con tal que se realice en interés del consorcio, en cuyo caso, como dice el 1366 acertada y textualmente, las obligaciones contraídas serán de la responsabilidad y cargo de la comunidad conjugal. Por su parte, el art. 1368 establece que la ordinaria legitimación individual que, en caso de separación de hecho, viene a sustituir al ejercicio dual de la patria potestad, tiene entidad suficiente para gravar definitivamente el patrimonio ganancial. Esta norma trata de evitar las dudas, acerca del alcance obligatorio para la sociedad ganancial de la intervención aislada de un esposo, en una situación del matrimonio, como es la separación de hecho, en la que, por faltar la convivencia, cesa la presunción de que un consorte actúa con el consentimiento del otro. Respecto del art. 1370, no pensamos que el mismo encierre ninguna sanción a la gestión individual de los cónyuges47, ya que, por principio, la adquisición separada de ga-

nanciales es válida y comprometedora del patrimonio común. Por ello, la razón de este precepto, radica en la idea del legislador de que era conveniente dejar claro que, por haberse adquirido un bien común por un consorte, sin consentimiento del otro, éste último precisaba una protección especial, consistente en la responsabilidad prioritaria del bien comprado respecto de terceros. Este amparo se estima tan preciso que justifica una regla preferente de responsabilidad, que impide a los acreedores, en principio, proceder indistintamente contra los gananciales, y ello a pesar de que el bien así adquirido, sea tan ganancial como los demás.

2.2. LA PRETENDIDA IRRELEVANCIA DEL INTERÉS FAMILIAR COMO FACTOR DETERMINANTE DEL CARGO DEL CONSORCIO.

Una nueva incoherencia de la tesis que sostiene la separación entre deuda y responsabilidad en la obligación ganancial, se observa en la negación de la virtualidad del interés familiar como dato concluyente para la calificación, como consorcial, de las deudas contraídas por los cónyuges separadamente. Para intentar explicar esta discutible opinión,
se alegan unos datos que parecen confirmarla:

2.2.1. La supuesta falta de reconocimiento legal expreso de la virtualidad del interés familiar.

Para la orientación doctrinal estudiada, es evidente que, si bien la idea del interés familiar está presente en la regulación de los derechos y deberes de los cónyuges (art. 67 Cc.), no obstante, no se recoge expresamente en sede ganancial. Por tanto, para que dicha figura fuera el eje central de la actividad gestora del patrimonio consorcial, se requeriría una norma concreta como, por ejemplo, la del art. 186, c) del Codice italiano, o la del art. 1691, 19, c) del Código Civil portugués, que,

41 Un argumento de menor trascendencia para negar la relevancia vinculadora del interés de la familia en el seno de la sociedad ganancial, se fija en el hecho de que, a virtud del 1367 Cc., los cónyuges pueden, obrando conjuntamente, obligar en todo caso al consorcio, con independencia de la finalidad, familiar o no, perseguida por la obligación así contraída. Esta cuestión ya fue afrontada en el punto B) del apartado 4.2.2.2. del Capítulo II.

42 El precepto italiano indicado determina el débito de la comunidad por "todas las obligaciones contraídas por los cónyuges en interés de la familia, aunque lo hayan sido separadamente", reconociendo GUILARTE (Gestión..., cit., p. 173), que esta norma supone "responsabilidad tanto interna como externa", si bien después (p. 179) afirma que "el interés de la familia sólo juega en la esfera interna...". Para CORSI (Op. cit., pp. 159-160), las "obligaciones en cuestión, en cuanto contraídas en el interés de la familia, gravan los bienes comunes también si asumidas separadamente por los cónyuges. El precepto, prescinde totalmente del carácter de ordinario..."

222
aparentemente, no encuentran paralelo explícito en nuestro Código Civil. Por tanto, una pretendida intervención individual de los esposos en aras del beneficio familiar, no tendría relevancia, ni a los efectos del activo ganancial, por lo que no estarían permitidas las adquisiciones gananciales separadas de marcada importancia; ni del pasivo consocial, de modo que el patrimonio consocial no quedaría obligado por dicha actuación.

Ahora bien, esta tesis nos parece infundada, ya

49 (...continuación) naria o extraordinaria administración del acto". También se pronuncian así, AOVNE (Op. cit., p. 11), que ve aquí un "principio de solidaridad en el interior de la familia, (y) una obligación también del otro cónyuge"; TRIMARCHI (Op. cit., p. 831); ZATTI y COLUSSI (Op. cit., p. 804), que hablan de la existencia en estos casos de una obligación de la comunidad; los FINOCCHIARO (Op. cit., p. 1102) quienes declaran que los "bienes de la comunidad responden en vía directa e ilimitada... (pues) un solo cónyuge, actuando no para la satisfacción de intenciones propias egoístas, sino para hacer frente a las exigencias familiares obliga también al otro cónyuge, pero no ilimitadamente..., sino relativamente en relación a su cuota de bienes, objeto de comunidad legal"; etc. El art. 1691, 10, c) del Cc. portugués establece la comunicación a la comunidad de las deudas contraídas por un solo cónyuge contraídas en provecho común de la pareja, lo que, como da a entender GUI-LARTE (Gestión..., cit., p. 214), supone la identidad entre la esfera externa e interna de las deudas familiares.

50 Así lo cree GUILARTE: Gestión..., cit., p. 48.

51 Así, GUILARTE (La naturaleza..., cit., p. 910), defiende que en "la nueva sociedad conyugal en la que se busca, como medio de alcanzar la igualdad, el desarrollo del particularismo patrimonial de los cónyuges dentro del consorcio... (se ha producido el hecho de) que quede relegado a un segundo plano la idea del interés familiar, pues si bien éste sigue presidiendo la esfera personal de los cónyuges (art. 67 del Cc.) expresamente ha sido omitido en sede de régimen de gananciales". Esto no parece cierto pues el 1366 se refiere explícitamente al beneficio de la sociedad conyugal.
que, en una lectura pausada del articulado legal, se descubre que el interés familiar es el hilo conductor, no sólo del régimen de gananciales, sino de toda la regulación matrimonial. De este modo, se advierte la manifiesta relevancia del indicado interés familiar en relación con la propia sociedad ganancial: así, el 1366, que, como se ha visto, deriva la deuda, y la responsabilidad, de los gananciales de su conexión con el beneficio familiar; el 1377 que conduce al Juez la facultad de permitir a un consorcio la realización de actos dispositivos sobre los bienes comunes, cuando lo considere de interés para la familia; el 1398, 20, que pone a cargo del consorcio el importe de los bienes privativos gastados o deteriorados en interés o beneficio de la sociedad; etc. De otra parte, también puede afirmarse que la entera regulación matrimonial está presidida por la protección de la aludida utilidad familiar: como se deduce del 1318 Cc., que impone a los cónyuges el deber inexcusable de contribuir a las cargas

52 GARCÍA GARCÍA (El llamado interés supraindividual o familiar, R.G.L.J., 1982, p. 400), precisa que debe hablarse de "un interés público en materia familiar como sinónimo de un interés social no individual, sino supraindividual, distinto y superior al meramente individual de los particulares que exige la subordinación de los móviles o fines individuales y egoístas de los particulares a deberes y fines de utilización general"; confirmando MIRÓ ALMÁS (Notas en torno a un concepto de cargas familiares en el Cc. español, R.D.P., Dic., 1986, p. 1024), que se "trata de atender fines comunes o individuales pero no egoístas. Precisamente por ello el legislador recurre a normas vagas, como el interés de la familia".

224
2.2.2. La dificultad de concretar el alcance vinculante del interés familiar.

Para desvirtuar la trascendencia obligatoria ganancial del interés familiar, se alega, también, que se trata de un concepto abstracto difícil de determinar, y la dificultad que para los acreedores tendría intentar averiguar, a priori, si el acto realizado por un solo cónyuge persigue, o no, el provecho de la comunidad conjugal. Ahora bien,

---

13 En relación al art. 1320 Cc., dice CARCABA FERNANDEZ (La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1320 del Cc., R.C.D.1., 1987, p. 1435), que su "ratio y finalidad última... es la protección del interés de la familia" (idea que comparte CAMI SANCHEZ-CANETE: Protección legal de la vivienda familiar, R.C.D.1., Sep.-Oct., 1988, p. 1583); de manera que esta finalidad protectora de la comunidad de la norma, como advierte LUCINI CASALES (La vivienda familiar en el régimen del Cc. reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma, R.C.D.1., Ene.-Feb., 1990, p. 106), puede excluir su aplicación cuando así lo exija "el respeto al interés familiar".

14 Para RAGEL (Ejecución..., cit., pp. 41-42), nuestro "legislador no ha querido consagrar la regla de actuar en interés de la familia, imprecisa de por sí, como criterio decisivo a la hora de configurar la responsabilidad directa con el patrimonio ganancial, ... (sino más bien) ha optado por reglamentar unos supuestos concretos de actuación individual de un cónyuge, que desencadenan la responsabilidad directa con el patrimonio común".

15 Por ello, GUILARTE (Gestión..., cit., p. 444), expone que: "El criterio del interés familiar no debe considerarse (continúa...)"

---

225
partiendo de esta base común, la doctrina se divide acerca del alcance obligatorio que, para el patrimonio ganancial, tiene la actuación separada de un cónyuge pretendidamente dirigida a procurar la utilidad de la familia:

2.2.2.1. La tesis de la ineficacia obligatoria del interés familiar.

Para algunos autores, la vigencia del beneficio familiar debe ceder, en las intervenciones individuales de un consorte, ante los criterios legales que impedirían la vinculación de los gananciales en tales actuaciones, como ocurriría, señaladamente, en los casos de extralimitación de la ordinaria admi-

\[\ldots\text{continuación}\]

válido porque, en la práctica, su universalidad no permite alternativa posible, dando siempre lugar a una vinculación de los bienes comunes que haría vano el principio de cogestión y codisposición... (de lo que derivaría además) que el art. 1365, de exégesis tan compleja, resultaría absolutamente superfluo". A nuestro juicio, esto no es así por varios motivos. Primero, porque el principio de cogestión no impide la actuación individual de los cónyuges, y ejemplo claro de ello es el propio 1365 Cc. Segundo, porque el interés familiar se objetiva en dicho precepto, por lo que es lógico que determine la obligación de la sociedad ganancial. Y tercero, porque el 1365 no es, por tanto, superfluo, pues responde a la intención del legislador de dejar claro que las obligaciones asumidas por un esposo, en aras del provecho social, vinculan a la comunidad. Como señala QUILEZ (Op. cit., pp. 400-401): "Ante la gran extensión objetiva con que la ley habla de gastos, administración ordinaria, ejercicio ordinario, parece claro que el acreedor estará suficientemente protegido... sin más que atender al carácter del gasto y, en su caso, a la titularidad del administrador".

226
nistración\textsuperscript{46}; adquisiciones de bienes gananciales de considerable magnitud, etc.)\textsuperscript{57}. Por tanto, no habría responsabilidad del patrimonio común frente a terceros, por las deudas contraídas por un cónyuge separadamente, aunque éste hubiese obrado aparentemente en provecho común\textsuperscript{58}, sino sólo una carga ganancial, si aquél demostrara en la relación interna, la existencia efectiva del interés familiar en la

\textsuperscript{46} Así, GUIARTE Gestión..., cit., p. 49. En Italia, FILANTI (Op. cit., p. 653) puntualiza que: "La relevancia puramente eventual e indirecta... de la necesidad de la familia es del todo coherente con la idea de que el interés de la familia no pueda justificar el compromiso directo para la comunidad del acto de gestión extraordinaria realizado por un solo cónyuge": criterio que comparten ACQUARONE (Op. cit., pp. 553-554); BIANCA (I rapporti..., cit., pp. 82-83); etc. En contra, entre otros, se halla STANZIONE (Op. cit., p. 285), para quien la actuación en interés de la familia no está limitada a los actos de ordinaria administración. En Bélgica, RAVCENT (Op. cit., pp. 181-182), manifiesta que según el art. 1408 son deudas comunes las contraídas por un solo esposo en interés común, pero sólo las que tengan un carácter ordinario.

\textsuperscript{57} Según FULCHERIS (Op. cit., p. 119), siendo "el instituto de la comunidad entendido prevalecientemente para la tutela de los intereses de los cónyuges y no de la familia en sentido lato", resulta que "uno de los cónyuges podrá realizar el acto considerado necesario en el interés de la comunidad, también si se trata de adquisición y por tanto de acto que incrementa la masa común, sólo previa autorización del Tribunal".

\textsuperscript{58} DE LA CAMARA (La sociedad..., cit., pp. 479-480) afirma que: "Son también deudas propias aquellas que aun contraídas en interés común no desatan, sin embargo, la responsabilidad incondicionada e indistinta de los gananciales. Por ejemplo, la obligación de pagar el precio aplazado de una compraventa efectuada por un cónyuge sin el consentimiento del otro, o la que se contraiga, también por uno solo de los esposos, para atender a una necesidad de la familia extraordinaria y no urgente".

227
operación realizada\textsuperscript{a}.

Conforme a esta tesis, pues, para que la intervención individual de un consorte obligue a la comuni-
nidad conyugal frente a terceros, no hay que atender al dato de si dicha actuación está encaminada o no a la consecución del interés familiar, sino más bien, a la comprobación de si está o no incluida en los supuestos de los artículos 1365 y siguientes del Código Civil\textsuperscript{b}.

\textsuperscript{a} Para RAGEL (Ejecución..., cit., p. 42), es "indudable que el deber de actuar en interés de la familia... no tiene relevancia en el momento de calificar el débito, sino en un momento posterior, en la relación inter partes, sirviendo de módulo para decidir si el cónyuge que realizó un acto de admi-
nistración o de disposición debe reintegrar a la comunidad". En Italia, sostienen esta tesis, QUADRI (Obblighi..., cit., p. 758), que si bien parte de que el "tejido conjuntivo de la categoría de las obligaciones que gravan la comunidad viene, en general, individualizado en la existencia (y consecuente relevancia) de un interés común de los cónyuges" (en relación con el art. 186 Codice), no obstante, refiere el párr. c de dicho precepto, "al momento contributivo"); o como dice NELLI (Op. cit., p. 107), a los "fines internos de los reembolsos previstos por el art. 192"; SANTOSUOSO (Op. cit., p. 277), que opina que los "actos que exceden la administración ordinaria, aunque referidos a cargas en el interés de la familia, exige(n) el consenso de ambos cónyuges. Será, eventualmente, en sede de reembolsos y restituciones (art. 192) cuando el cónyuge podrá exonerarse de la obligación prevista en el párr. 20 de dicha norma, demostrando que el acto de extraordinaria administración por él realizado había satisfecho una necesidad de la familia"; SCHLESINGER (Op. cit., p. 430), para quien interés de la familia o necesidad de la familia son "fórmulas al solo fin de regular los reembolsos internos entre cónyu-
ges"; etc.

\textsuperscript{b} De este modo, GUIARTE (Gestión..., cit., p. 437), DE LA CAMARA (El embargo..., cit., p. 75); RAGEL (Ejecución..., cit., p. 42; quien apunta que el Cc. "se limita a recoger unos supuestos taxativos, en los que considera que la actuación individual de un cónyuge es útil para la comunidad ganancial. Fuera de estos casos -continúa-, la actuación de un solo cónyuge dará lugar al nacimiento de una deuda privativa, aunque (continúa...)
2.2.2. La teoría que deriva del interés familiar una mera responsabilidad provisionnal ganancial.

Una segunda teoría dentro de la línea de pensamiento que exponemos, admite la afectación provisional de la sociedad ganancial por la actuación personal de un cónyuge en aparente utilidad de la familia, pues así lo exigiría la protección de la buena fe de los terceros. Por otra parte, esta responsabilidad transitoria del patrimonio común se convertiría en definitiva, si se llega a probar, ya en la relación inter partes, por el propio consorte actuante, el efectivo interés social de la operación.

---

41 (...continuación) pretendiera beneficiar a la familia"; etc. En especial, GUILARTE (El tratado ..., cit., p. 990), concreta que los terceros "sólo podrán perseguir el patrimonio común en los casos de los arts. 1365 y concordantes, pero no en los del grupo de normas que preside el art. 1362 ya que la distribución interna de las cargas familiares para nada les afecta... (por ello) para agredir el patrimonio conjugal el acreedor ha de probar que su crédito se encuentra en alguno de los casos del art. 1365". Igualmente, REBOLLEDO (Deuda..., cit., p. 598), considera que no es el interés familiar sino la ley, la que establece los supuestos de responsabilidad del patrimonio común, de ahí que el "Código Civil en algunos casos permita que un cónyuge unilateralmente pueda obligar directamente frente a terceros todos los bienes gananciales: son los supuestos de los arts. 1365, 1366 y 1368".

46 Es la tesis, entre otros, de ABELLO (Op. cit.) que parte del criterio del interés familiar como determinante de responsabilidad provisional en relación con el art. 1365 Cc. (pp. 803 y 807), y el art. 1369 Cc. (p. 810).
2.2.2.3. La doctrina de la trascendencia endebil dante del interés familiar para el consorcio conyugal.

A nuestro juicio, cabe sostener que el quehacer de un esposo, precisamente por desenvolverse dentro del ámbito de legitimación y normalidad aparente de la gestión de los gananciales, y que se traduce en una verdadera presunción de provecho para la familia, da lugar a una responsabilidad no simplemente provisional, sino definitiva. La razón de ello está en el dato esencial de que, en la relación externa o ad extra, allí donde la deuda se produce, la obligación definitiva de la sociedad conyugal debe entenderse objetivamente justificada en estas concretas hipótesis. En consecuencia, no es que los acreedores deban comprobar, para poder dirigirse contra el íntegro patrimonio ganancial, si existe o no interés de la familia en la actuación individual.

---

61 Los RUEDA (Op. cit., p. 557) parten de que 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". CARBONNIER (Droit..., cit., p. 135) considera obvio que los proveedores de la familia deben confiar "en el tren de vida aparente del ménage" y no obrar de mala fe para poder dirigirse contra los bienes de la comunidad.

43 De este modo, GORDILLO: El pasivo..., cit., p. 363.
de un cónyuge\textsuperscript{44}, sino que, más bien, lo que sucede es que el propio legislador está determinando los supuestos en los que brota, natura sua, la ajudía utilidad familiar. En realidad, este beneficio conyugal puede entenderse contenido en los casos de los artículos 1362 y siguientes del Cc., que pretenden recoger las actuaciones más importantes en la vida

\textsuperscript{44} Causa una cierta perplejidad la tesis que parte de que el legislador civil reconoce que, en principio, toda intervención conyugal, también la individual, se realiza en aparente utilidad del consorcio —así, RAGEL (Ejecución..., cit., p. 42); BLANQUIER (La idea..., cit., p. 128); DORAL GARCÍA (El interés de la familia, D.J., 1982, p. 21); LACRUZ (Elementos..., IV, 20, cit., p. 450; y en La economía del matrimonio, El nuevo régimen de la familia, T. II, Madrid, 1981, p. 162; donde aperciba que cada cónyuge tiene "el poder de obligar a los bienes comunes por sí (por las deudas)... que aparentemente (al acreedor le debe bastar la apariencia) se contraigan en interés, mediato o inmediato, pero manifiesto, de la comunidad"; etc.—; para después exigir que para que los terceros, que confiaron en dicha apariencia, puedan dirigirse contra todos los gananciales, deben probar el carácter consorcial de una obligación, que, de suyo, parece común. Así, esta exigencia es compartida por LACRUZ (Elementos..., IV, 20, cit., p. 455), RAGEL (Ejecución..., cit., p. 251; quien parte de que toda "deuda contraída por un solo cónyuge deberá reputarse propia, mientras que el acreedor no prueba que es de carácter consorcial"); BLANQUIER (La idea..., cit., p. 133; que en relación al 170 opina que para que respondan los gananciales, "el acreedor habría de probar que la actuación del cónyuge comprador ha sido en beneficio de la sociedad conyugal, sin que el mero hecho de la compra de un bien ganancial merezca este trato"); DE LA CAMARA (El embargo..., cit., p. 88; para quien si "la obligación ha sido contraída por uno de los cónyuges, es el cónyuge que se obligó el que tiene que responder de la deuda con su patrimonio... en tanto el acreedor no demuestre el origen de la deuda y que, en virtud de ese origen, debe responder el patrimonio ganancial"); etc. En Portugal, DOS SANTOS (op. cit., p. 338) sostiene que: "El provecho común del matrimonio es una noción de derecho... (y no se presume). Por consecuencia, tendrá que ser probado... (de modo que) el fin buscado por el deudor ha de ser objetivamente válido, y no sólo subjetivamente válido, esto es, ha de ser apreciado a la luz de las reglas de la experiencia normal y común de las personas, y no sólo en la mera intención del agente". 

231
de una familia\textsuperscript{55}, por lo que, todo lo que aprovecha a la sociedad, debe quedar también a cargo y responsabilidad de la misma\textsuperscript{66}, y ello aunque la obli-

\textsuperscript{55} En Italia, STANZIONE (Op. cit., p. 284) observa que el problema de determinar cuáles son las obligaciones contraídas en el interés de la familia podría resolverse objetivizando la cuestión, lo que "se deduce fácilmente de la observación de que toda obligación, en la abigarrada tipología ofrecida por el ordenamiento, está en condiciones de satisfacer abstractamente el interés de la familia". Por su parte, dentro de las actuaciones familiares esenciales deben comprenderse, particularmente, la adquisición de bienes comunes (art. 1362, 20 CC.), indicando DI MARTINO (Gli acquisti..., cit., p. 181), que parece "simple, práctico y conforme a la exigencia de no obstaculizar el tráfico jurídico, considerar el interés de la familia en abstracto y sostener que a aquél corresponde la obligación asumida por un cónyuge singularmente para efectuar cualquier adquisición que entre a formar parte del patrimonio común".

\textsuperscript{66} No obstante, GUILARTE (Gestión..., cit.) niega esta idea en base a dos argumentos:

19. En relación con la defensa judicial de la comunidad ordinaria, pues en ella, la "actuación de un comunero en nombre de la comunidad beneficia a ésta en lo que le resulte favorable, a la vez que las consecuencias desfavorables no perjudican sino al comunero que dió lugar a las mismas" (p. 443). Sin embargo, este fundamento nos parece inadecuado, básicamente, por dos razones. Primero, porque resulta obvio que no puede equipararse el interés patrimonial relevante de la comunidad ordinaria, con el interés familiar que preside la sociedad ganancial, ya que este va más allá del aero beneficio económico y puede pretender el aero bienestar de la familia, pues como dice HENRICH (Op. cit., p. 75), todo "miembro de la comunidad es responsable del bienestar de los otros participes y del bienestar de la comunidad". Y segundo, porque el legislador, en sede ganancial, objetiviza el interés familiar en las actuaciones comprendidas en los arts. 1362 y siguientes, por lo que existe un ámbito legítimo de actuación que derivará deuda y responsabilidad coesencial, ya que la ley ve en dichos actos un evidente beneficio social.

20. En función de los arts. 1371 y 1372 CC., pues "mientras en el... (art. 1371) se disciplina la ganancialidad activa de lo que se obtenga como consecuencia del juego, en el segundo no se sanciona la solución contraria: es decir, la de que lo perdido deba gravar a la sociedad de gananciales, sino que se afirma la privacidad pasiva de este tipo de obligación" (p. 443). No obstante, tampoco creemos que sea correcta esta interpretación, porque olvida una consideración esencial: (continúa...)
gación se haya contraído individualmente por un solo consorte67. Sin embargo, hay que advertir que esta consecuencia no tiene un carácter absoluto, ni respecto de los acreedores, ni en relación al consorte no actuante. En cuanto a los primeros, porque si tuvieron conocimiento evidente de la desviación del acto respecto del correcto beneficio familiar no quedarán protegidos68. Y por lo que se refiere al

66(continuación)
que el citado 1372 se refiere a la actuación extralimitada de un cónyuge en una actividad que excede la normal gestión familiar, por lo que no está justificado, objetivamente, el interés familiar y de ahí que se establezca la irresponsabilidad de los gananciales por dicha deuda.

67 Así se pronuncia ALVAREZ CAIROCHIPI: Op. cit., pp. 255-256. Igualmente, ECHEVARRIA (Los límites..., cit., p. 183) expone que todas "las deudas contraídas en beneficio de la sociedad son gananciales, como así lo dispone el art. 1366 para las extracontractuales, y para las deudas pueden considerarse en el art. 1362, que, lógicamente, abarca todo lo beneficioso para la sociedad". Y SCHLESINGER (Op. cit., pp. 372-373), sostiene que, tratándose de compras individuales de los cónyuges, la comunidad "no queda de ningún modo obligada por los débitos eventualmente contraídos por el adquirente, a menos que entren en los extremos del art. 186, c) Cc.".

68 Como apunta QUIÑONERO (Op. cit., p. 701), la responsabilidad de los gananciales por la actuación de un cónyuge "favorece los intereses de los acreedores, los cuales, en principio, no tienen porqué probar la naturaleza o finalidad del gasto, le bastará con su buena fe y su confianza en la apariencia; aunque estas circunstancias pueden desaparecer cuando el gasto sea manifiestamente excesivo". Por ello, debería trasladarse también a la mujer el pensamiento que antes de la reforma de 1981 tenía BLANQUIER (Acerca..., cit., p. 217) respecto de la actuación del marido: "La concepción del marido como cabeza de familia, en quien se concentran facultades y quien se encomiendan las actividades normales fuera del hogar parece que exige, de suyo, la sujección de los gananciales a las responsabilidades contraídas por el marido, sin calificación acerca de la conducta del marido, tanto las contraiga en interés de la familia o no". Para BERNARDI (Op. cit., p. 788), es necesaria una "tutela del tercero contrayente, el cual a (continúa...)

233
cónyuge no interviniente, porque podrá demostrar, en la relación conyugal, el provecho personal del otro en la operación 69, o la existencia de una actuación perjudicial para la misma 70 y, por ende, exigir el reintegro de las cantidades empleadas o el menoscabo causado a la comunidad conyugal.

Finalmente, resulta de justicia que no pueda olvidarse tampoco el amparo del consorte que contrae la obligación separadamente, protección que se concreta en el traslado de la prueba del nulo interés familiar de la actuación, al cónyuge que no intervino, pues aquí goza de la presunción de que

---

69 (...continuación) menudo no estará en condiciones de distinguir si el cónyuge trató por sí o para la comunidad, o de saber cuáles son los bienes pertenecientes a la comunidad o los personales”.

70 MALAURIE y AYRES (Op. cit., p. 233) parten de que un “gasto que no presente interés para la comunidad no es por ello una deuda personal. El esposo que pretenda imputarlo sobre los propios del otro debería demostrar positivamente el interés personal que tenía aquí en el gasto”.

71 DE LOS MOZOS (Comentario... XVIII, 29, cit., p. 49), subraya que la “idea de extralimitación se halla siempre presente como control o limitación de toda actuación separada, en relación con el carácter provisional o definitivo de la atribución de la deuda”. Respecto de esta idea nosotros podemos puntualizar que, respecto de la responsabilidad provisional, habrá que ver si el acreedor tenía o pudo, objetivamente, tener conocimiento del exceso (pues como asegura SANTORO-PAS- SARELLI: Poteri e responsabilità patrimoniali dei coniugi per i bisogni della famiglia, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1962, 1, p. 12; la "confianza del tercero puede justificar que sea tutelado también cuando sea exorbitada la actuación del poder por parte del cónyuge"); y en cuanto a la afección definitiva, será el cónyuge no actuante el que deberá demostrar el exceso.
actuó en beneficio de la sociedad.\(^7\)

Por tanto, debemos concluir que si la intervención particular de un consorte está incluida dentro de los supuestos legales en los que existe una objetiva utilidad familiar (arts. 1362 y siguientes del Cc.), la afección consorcial debe entenderse de

\(^7\) Para algunos autores la protección del esposo actuante consiste, también, en el hecho de que a éste debe exigirsele, únicamente, una actuación encaminada a obtener un beneficio cualquiera, aunque no fuere económico. Así, en relación con el 1366 Cc., los RUEDA (Op. cit., pp. 570-571) deducen que el beneficio social no tiene por qué tener "sentido económico, no es necesario -dicen- que el acto tenga una finalidad patrimonial, los beneficios pueden también ser de otro orden. Que dan incluidos todos los actos realizados por los cónyuges dentro de la vida familiar". En esta línea, STANZIONE (Op. cit., pp. 285-286), mantiene que de la relación del art. 186, c) del Codice "con el deber de contribución y más en general con el principio de solidaridad familiar, se saca que son obligaciones en el interés de la familia también aquéllas que objetivamente realizan la dirección familiar". Incluso se sostiene que basta la intención de beneficiar a la sociedad, que no un resultado efectivamente provechoso para ella. Así lo entienden ALBALADEJO (Curso..., IV, cit., p. 174); RAGEL (Ejecución..., cit., p. 94); etc. Por su parte, GOMEZ DE LA ESCALERA (Op. cit., p. 1191) declara que: "En qué consiste (una) actuación en beneficio de la sociedad conyugal, es algo que no puede determinarse a priori, puesto que encierra un concepto jurídico indeterminado...". No obstante, ha de decirse que la interpretación de este concepto debe hacerse partiendo de un criterio amplio y flexible, que equipare y relacione la actuación en beneficio de la sociedad conyugal con la idea de la actuación en interés de la familia a que obliga el estado matrimonial (art. 67 Cc.).\(^8\) ANTUNES VARELA (Op. cit., pp. 386-387) escribe que en el Derecho portugués responden ambos cónyuges de las "deudas contraídas en provecho común de la pareja, por el cónyuge administrador, dentro de sus poderes (art. 1691)... Para saber si la deuda fue o no contraída en provecho común de la pareja, lo que cuenta es la intención con que la deuda fue asumida (la aplicación de ella) y no su resultado práctico efectivo". No obstante, nos parece que dar relevancia a un puro voluntarismo sería excesivo y destruiría la base que estamos invocando: la existencia de una justificación objetiva, o sea, *ubi emolumentus, ibi onus.*
partida, como definitiva\textsuperscript{11}, ya que, de otro modo, podría incurrirse en la contradicción patente de calificar como transitoria una afección que, igual y simultáneamente, se considera definitiva\textsuperscript{11}.

2.3. LA SUPUESTA EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO DEL ART. 1365 CC. DE LA ADQUISICIÓN DE BIENES GANANCIALES, CONTENIDA EN EL ART. 1362, 20.

2.3.1. Líneas introductorias.

Para salvar la evidente contradicción que supo-

\textsuperscript{12} DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (Sistema..., IV, cit.) estiman como cargo de la sociedad la deuda contraída "en atención" a la misma, viéndola así en los casos del 1365 (p. 185) y por ello el acreedor queda liberado de la carga de la prueba "para que haya responsabilidad directa del patrimonio ganancial" (p. 189); y TORRALBA (Op. cit., p. 1716) señala que: "... cuando un cónyuge contrae la deuda el solo, ..., para que la sociedad quede vinculada es necesario que la deuda se haya contraído en beneficio de la misma, tal sucede en los arts. 1365, 1366 y 1368". Más firme, GARCÍA GARCÍA (El deber..., cit., p. 276) concluye que: "... las obligaciones contraídas en interés de la familia son a cargo de la sociedad de gananciales aunque sean contraídas por uno solo de los cónyuges y no se refieran estrictamente a los llamados gastos familiares".

\textsuperscript{11} Así, por ejemplo, DE LOS MOZOS (Comentarios..., XVIII, 20, cit.), que si bien al estudiar el art. 1365 habla de afección provisional y externa (pp. 274-276), no obstante, vemos indicios bastantes en su exposición para deducir que admite, aunque sea indirectamente, una carga de la sociedad: 10 Porque en la actuación dibujada por el 1365 supone el autor un "interés común manifiesto" (p. 23). 20 Ya que considera el 1365 como "criterio objetivo" de responsabilidad ganancial (p. 275). 30 Pues entiende el art. citado como facultad de un esposo para "endeudar a la sociedad" (p. 274). 40 Porque estima que la obligación asumida conforme al 1365 es por su "finalidad" una "carga de la sociedad" (p. 274). 50 Ya que el autor admite abiertamente la conexión entre el art. 1362 y el 1365 (pp. 257, 276, 278, 281...).
ne fundamentar, de un lado, la escisión entre deuda y responsabilidad en la obligación ganancial en base a los arts. 1362 y 1365, y, de otro, tener que admitir la igualdad esencial de ambas normas, la posición doctrinal, que estamos intentando rebatir, ale-ga que entre dichos preceptos existe una diferencia cardinal: el cargo por la adquisición de bienes comunes, al que se refiere el art. 1362, 29; no está incluido en la gestión individual de gananciales, de la que habla el art. 1365, 19. Esta idea, que se quiere argumentar en los antecedentes legislativos de los preceptos indicados, explicaría la exis-

74 De esta profunda contradicción es consciente GUILLARTE (El tratamiento..., cit.), quien, si bien parte de que "ambos preceptos (contienen) supuestos prácticamente idénticos" (p. 991), sin embargo, funda "la duplicidad normativa" (p. 1001) en "la adquisición de los bienes comunes, integrada en el tipo del art. 1362 pero no en el del art. 1365" (p. 991), ya que, de otro modo, habría "inutilidad de establecer dos normas" (p. 993). Este criterio lo confirma en Gestión..., cit., pp. 354 ss. También RAGEL (Ejecución..., cit., p. 145), apunta que el 1365 no incluye entre los débitos consorciales a aquellos que provienen de la adquisición de bienes comunes de donde se infiere que cabe la posibilidad de que no se responda directamente con los bienes comunes, en su conjunto, por los débitos que tengan su origen en la adquisición de bienes gananciales. Por su parte, los RUEDA (Op. cit., p. 578), matizan que el 1365 "omite toda referencia a los gastos de adquisición de bienes gananciales, que sin embargo, cita el art. 1362 pero ello... es más aparente que real, y en rigor habrá que entender que sólo las deudas derivadas de la adquisición onerosa de gananciales están excluidas del art. 1365".

75 Así, GUILLARTE (Gestión..., cit., pp. 355-356), explica que el legislador suprimió la "primitiva redacción del art. 1365... (en la que) los bienes gananciales respondían de las obligaciones contraídas unilateralmente por uno de los cónyuges cuando las obligaciones sean consecuencia de los actos de gestión o administración que... puedan ser realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro o se hubiese (continúa...)

237
tencia de una norma especial (el art. 1370 Cc.), para regular la responsabilidad por las deudas procedentes de las adquisiciones onerosas realizadas por un cónyuge sin el consentimiento del otro\textsuperscript{16}.

Igualmente, esta pretendida particularidad de las compras de gananciales hechas individualmente por los consortes, se quiere asentar en el peligro que, para la propia sociedad ganancial, puede suponer la posibilidad de que aquéllos puedan obligarla

\textsuperscript{15}(...continuación)\contrasto para hacer frente a los gastos que refieren los apartados 20 y 30 del art. 1359. Acudiendo a tal remisión encontrábamos que tal apartado 20 del art. 1359 coincidía exactamente con el correlativo del hoy vigente artículo 1362\textsuperscript{2}. De modo que, habiéndose suprimido dicha remisión expresa hoy "va a resultar más complejo el encaje de las adquisiciones en esa gestión que por ley le corresponda" (p. 357); también en este sentido, los RUEBA: Op. cit., p. 578. Sin embargo, este argumento, a pesar de ser interesante, no deja de ser insuficiente, primero, porque los términos del actual art. 1365 pueden también interpretarse en el sentido de que queden incluidas las adquisiciones, pues la expresión, gestión de los gananciales, puede comprenderlas; y segundo, porque, como el propio GUILARTE (Ibidem) reconoce, existen otras normas "que sancionan y permiten tal posibilidad gestora".

\textsuperscript{16} Para GUILARTE (Gestión..., cit., p. 357), el 1370 "instaurara un régimen de responsabilidad para tales casos que debe conjugarse con los arts. 1356 y 1365". No obstante, el 1370, aunque suponga la especialidad de la adquisición individual de los cónyuges, la está permitiendo expresamente, considerándola válida, por lo que no está pensado para destacar la especialidad de la intervención exclusiva de un esposo, sino más bien, para subrayar la preferente afición del bien adquirido en beneficio del consorte no actuante. Además, como destaca GINEZ DUART (La adquisición..., cit., p. 281) si "del art. 1356, 29; se deduce que el gasto de adquisición de un bien común es cargo o responsabilidad definitiva de la comunidad, lógico es que la responsabilidad provisional también sea de la propia comunidad".

238
ilimitadamente en tales actuaciones\textsuperscript{77}, por lo que sólo serían vinculantes las adquisiciones de escasa trascendencia\textsuperscript{71}, sin que pueda alegarse que toda adquisición, por suponer un inicial incremento para el patrimonio común, envuelva un necesario beneficio para el mismo\textsuperscript{79}.

\textsuperscript{77} Según FILANTI (Obbligazioni contratte separatamente da un coniuge, La comunione legale, a cura di Bianca, T. I, Milano, 1989, pp. 650-651), admitir la legitimación individual de los esposos para obligar a la comunidad "perjudicaría... al cónyuge excluido y, en definitiva, al mismo interés de la familia. Tal cónyuge se encontraría en la hipótesis de deber responder, en cuanto cotitular de los bienes en comunidad, de obligaciones contraídas para satisfacer necesidades sólo superfluas, sin que hayan sido satisfechas necesidades primarias; las cuales, de otro lado, podrían resultar definitiva-mente perjudicadas a causa, verdaderamente, de la debilitación del patrimonio común utilizado para satisfacer las primeras".

\textsuperscript{79} Esta opinión está muy extendida en Italia: así, QUADRI (Op. cit., p. 768), quien afirma que "prevalece, en efecto, la tesis orientada en el sentido de que el ingreso entre los bienes de la comunidad de aquellos adquiridos separadamente por uno solo de los cónyuges no vale para calificar como comunes las obligaciones contraídas (separadamente) en relación con la adquisición misma... El díscolo, por tanto, está destinado, propiamente, en las adquisiciones de mayor relevancia, a ser personal... aun entrando el bien adquirido a formar parte de la comunidad"; DE ROBERTIS (L'acquisto immobiliare compito da un solo coniuge in regime patrimoniale legale, Base. Dir. Civ., 1986, p. 889), que sostiene que de "la disciplina de la comunidad legal resulta que algunos actos de adquisición (aquellos que entran en la ordinaria administración) pueden ser realizados por un solo cónyuge... (en cambio) son anulables todos los actos de adquisición de bienes inmuebles o muebles registrables realizados por un solo cónyuge"; etc.

\textsuperscript{78} Así, GANDOLPO (Op. cit., p. 225) piensa que la "afirmación de que la comunidad venga comúnmente incrementada por la adquisición y que, por tanto, la misma es siempre una ventaja para la comunidad misma, no es exacta, cuando la adquisición es efectuada con bienes comunes. En efecto, en caso de adquisición incauta o no ventajosa, el patrimonio común resultará disminuido"; por ello, la compra debe hacerse con bienes propios (p. 228). Para RIZZI (citado por los PINOCHETARO: Op. cit., p. 1035, nota 13), precisamente porque la adquisición (continúa...)
A nuestro juicio, las adquisiciones de gananciales realizadas por los cónyuges individualmente, no sólo son plenamente válidas (con independencia de su importancia y a pesar de la falta de consentimiento a las mismas del otro esposo), sino que también obligan a la comunidad conyugal. Ahora bien, esta orientación requiere un soporte argumental que desglosaremos, a su vez, en una serie de puntos:

2.3.2. ¿Puede un esposo adquirir separadamente para su comunidad ganancial, vinculándola?

Para responder afirmativamente a esta pregunta hay, a su vez, que analizar primero una sucesión de interrogantes esenciales. Sin embargo, debemos anticipar que nosotros vamos a partir de la validez y de la eficacia comprometadora, para la sociedad, de la adquisición de gananciales por uno solo de los cónyuges. Nuestra tesis, aunque puesta en duda por la doctrina en una interpretación demasiado general del

\[\text{(...continuación)}\]

individual de bienes comunes implica disponer de dinero común, es por lo que se necesita el consentimiento de ambos cónyuges.

\[\text{(...p. 344) puntuiza que: "... la adquisición indiscriminada de los bienes comunes que si bien será, en definitiva, carga de la sociedad de gananciales no siempre permite la agresión directa del patrimonio comunal cuando su origen está en la actuación unilateral de uno de los cónyuges". ¿Y no es lógico que se reconozca el cargo comunitario (porque hay incremento común), y se niegue, en cambio, la responsabilidad de la comunidad frente a terceros?}\]
novedoso criterio de cogestión, instaurado por el art. 1375 CC., es una hipótesis con la que la ley cuenta, evidentemente, siendo muestra de ello, entre otros, los artas. 1347, 30; 1356, 1370, etc. Ahora bien, de estos preceptos no sólo debe deducirse la indudable validez de la compra individual de bienes consorciales, sino también la obligación y la responsabilidad del patrimonio ganancial por las resultas de dichas adquisiciones.

2.3.2.1. ¿El principio de igualdad de los consortes afecta a su libertad de actuación individual, en general?

En principio, hay que destacar que el postulado de la igualdad de los consortes no impone la absoluta cogestión, sino que permite la actividad individual en condiciones de igualdad. Cuando el legislador, al dictado del principio constitucional de i-

---

En estos artículos se basa DE LA CAMARA (La sociedad ..., cit., p. 460) cuando sostiene que cada "uno de los esposos puede, no obstante estar casado bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales, celebrar contratos adquisitivos sin contar con el otro, según el propio Código admite expresamente". También SANZ VIOLA (La gestión de los bienes gananciales y las adquisiciones a título oneroso y a costa del caudal común, realizadas por uno de los cónyuges por separado, R.C. D.I., Nov.-Dic., 1987, pp. 1754-1755) confirma que el "nuevo texto del Código Civil presupone la validez de las adquisiciones de bienes gananciales a título oneroso, hechas por uno solo de los cónyuges (arts. 1347, 30; 1356, 1365, 1367, 1370 y 1384), al igual que el R.H. tras la reforma de 1982 (arts. 93, 49 y 94, 19)".
gualdad de sexos (arts. 14 y 32 de la Constitución), equiparó las facultades de los cónyuges, no lo hizo para que se ejercitaran, necesariamente, de forma conjunta. Más bien, debe interpretarse que la intención legal fue extender estas facultades, concediendo plenamente a la mujer las que, hasta entonces, eran exclusivas del marido. El resultado, no será, pues, la necesidad de actuación conjunta sino la igual posibilidad de ejercicio indistinto y separado. De no ser así, estaríamos dificultando la normal vida familiar, sustituyendo la intolerable incapacidad originaria de la mujer, por una incómoda cogestión forzosa, provocadora de innumerables pro-

---

81 Es el criterio de la D.G.R.N. en R. de 28 de marzo de 1983: "... en base al principio constitucional de igualdad se han extendido a los dos cónyuges las facultades que antes sólo ostentaba el marido"; y criticado por RONILLO (Op. cit., p. 55) pues "eleva a regla general los supuestos de actividad individual que son las excepciones del Código"; y en Italia, por DE RUBERTIS (Op. cit., p. 879) que opina que la "unidad de la familia y la igual dignidad de sus miembros están garantizados, en materia patrimonial, sobre todo con la regla del acuerdo"; QUADRI (Problemi attuali di Diritto privato, Napoli, 1990, p. 15) quien advierte que en "las legislaciones más recientes... (la) igualdad de los cónyuges... ha puesto por doquier en la base del desarrollo de la vida familiar la regla del acuerdo"; etc. En cambio, en Francia, CHAMPION (Op. cit., p. 109), mantiene que el "principio es simple, los dos esposos son iguales en su capacidad de obligar a la comunidad"; y en Italia, GIUSTI (Paritá ed autonomia tra i coniugi nell'amministrazione dei beni della comunione legale, Riv. Dir. Civ., 1987, 1, p. 177), afirma que el "respeto de la libertad individual, (es) condición necesaria para una efectiva actuación del principio de igualdad". Además, este principio de igualdad inspira en la actualidad todo el Derecho Privado: cfr. BERCOVITZ. RODRÍGUEZ-CANO: Principio de igualdad y Derecho Privado, A.D.C., Abr.-Jun., 1990, pp. 369 ss.
biemas. No obstante, esta tesis encuentra una oposición radical en un pujante sector doctrinal:

A) La teoría que asimila cogección y coendeudamiento ganancial.

La consagración en nuestro Derecho del principio de cogección ganancial (ex art. 1375), ha llevado a alguna doctrina a fijar como postulado paralelo, en materia de producción de deudas consorciales

1) Es decir, como dijo BOULANGER (citado por GARRIDO DE PALMA: Adquisición a título oneroso de bienes por un cónyuge, sociedad de gananciales y Registro de la Propiedad, R.D.N., Ense.-Mar., 1988, p. 381), creáramos "dos incapaces donde antes sólo había uno". Ya advertía LACRUZ (La reforma del régimen económico del matrimonio, A.D. C., 1979, p. 351), los inconvenientes de una gestión individual excesiva: "... si la exigencia del doble consentimiento amenaza con paralizar la vida del patrimonio consorcial, al no poder actuar un consorte sin el otro en ningún momento, la colación, a cada uno, de un poder omnímodo e igual sobre los bienes y asuntos comunes, podría acarrear ese mismo resultado al neutralizarse las gestiones y los contratos dispares y aun contradictorios". Si bien nos parece más adecuada la idea de los FINOCCHIARO (Op. cit., p. 1034, nota 13), de que cuando se equiparan igualdad y actuación conjunta, "el principio constitucional está, manifiestamente, mal invocado. Igualdad no quiere decir paridad de recursos". Por ello, FILANTI (Op. cit., p. 644) subraya que: "Si por un lado la plena actuación del principio de igualdad requeriría el consenso de ambos cónyuges para el cumplimiento de los actos de disposición o de los que comunmente comprometen los bienes comunes, de otro lado, la misma conducción de la vida económica de la familia requiere a menudo una temperantividad que mal se concilia con el mecanismo del consenso". Esta idea es compartida en Francia por FOURNIER (Op. cit., p. 499); PATARIN y MORIN (La réforme des régimes matrimoniaux, 1, Paris, 1977, p. 169, que consideran que un poder conjunto de administración supone un peligro para la rapidez del tráfico jurídico y la tutela de los terceros); etc.
relevantes, el de coendeudamiento en función del 1367\textsuperscript{4}, esto es, es preciso una intervención conjunta de ambos cónyuges o bien de uno de ellos con el consentimiento expreso del otro. Así, si la actividad gestora del patrimonio común se funda en los criterios de igualdad y de actuación conjunta de los esposos, la regla general para obligar a los ganan-

\textsuperscript{4} En este sentido, DE LA CAMARA (El embargo de bienes gananciales, A.R.A.J.L., nº 16, 1986, p. 88), quien expone que la "regla general, como sabemos, en sede de responsabilidad del patrimonio común, es que para que la misma nazca es menester que la obligación haya sido contraída por los dos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, regla que rima perfectamente con la establecida para los actos de administración y de disposición que también exigen, salvo los casos exceptuados, el consentimiento de los dos esposos"; REBOLEDO (Deuda y responsabilidad en la sociedad de gananciales, La Ley, 1986, 11, pp. 598-599), que deduce como "principio general, en relación con el art. 1375" el que "para obligar los bienes gananciales han de actuar conjuntamente ambos cónyuges"; GUILARTE (El tratamiento..., cit., p. 997); DE LOS MAZOS (La reforma..., cit., p. 117); PERA (Comentario... cit., p. 693); RAGEL (Ejecución..., cit., p. 25); etc. Esta idea se acogida en Italia, por BIANCA (Gli atti di straordinaria amministrazione, La comunione legale, a cura di BIANCA, T. 1, 1989, p. 605), para quien se "imponen más bien una interpretación conforme a la razón de fondo de la disciplina normativa de la gestión de la comunidad, dirigida a confiar a ambos cónyuges las decisiones en orden a los actos de gestión importantes, que pueden alterar la consistencia del patrimonio y las condiciones de vida de la familia"; FILANTI (Op. cit., p. 652); DE PAOLA y MACRI (Op. cit., p. 193); DE RUBERTIS (Il nuovo regime patrimoniale della famiglia e la trascrizione immobiliare, Vita Notarile, 1976, p. 25), quien el principio constitucional de igualdad impide que cada cónyuge separadamente pueda realizar actos de adquisición de inmuebles para la comunidad; etc. CARRASCO PERERA (La reforma francesa de los regímenes económicos matrimoniales por la Ley de 23-12-85, A.D.C., Civil, 1986, p. 582), advierte que el sistema francés de "gestión concurrente e indistinta de ambos cónyuges sobre el patrimonio común" queda atenuado, ya que "los actos más importantes de la economía del consorcio no son de ejecución individual, siendo precisa la concurrencia de ambos cónyuges (arts. 1424, 1425)"; criterio que confirman RAYNAUD (Op. cit., p. 465); FOUCHIER (Op. cit., p. 477); etc.
ciales no puede ser otra que la formulada en el indi-
cicado art 1367 Cc. precepto que estaría basado en
la misma idea\textsuperscript{15}. Por tanto, se indica que la actua-
ción individual de los cónyuges frente a terceros,
 aunque obren por cuenta de la comunidad conyugal no
implica, por sí sola, una deuda para el consorcio
conyugal\textsuperscript{16}, sino en los supuestos excepcionales es-

\textsuperscript{15} Así, DE LA CAMARA (El régimen..., cit., p. 379) mani-

fiesta que como "resulta del art. 1367... que es aplicable por
igual a ambos cónyuges, aunque el marido se haya obligado para
atender a alguna de las cargas que debe soportar la sociedad
de gananciales (y lo mismo ocurre si la que se obligó fue la
mujer) sólo responde su patrimonio privativo, excepción hecha
de aquellos casos en que, según la ley, de las obligaciones
contralidas por uno solo de los esposos deba responder directa
e incondicionalmente el patrimonio común"; pues como señala
RACEL (Ejecución..., cit., pp. 25-26), el legislador comple-
menta la regla del 1367 "con la regulación tasada de unos
supuestos donde la actuación individual de un cónyuge compro-
mete directamente a los bienes comunes (art. 1365, 1366 y 1368
del Cc)". Respecto de las adquisiciones, GUILARTE (Gestión...
, cit., p. 355) añade que: "... si fuera posible unilateralmente
vincular el patrimonio común para la adquisición de cualquier
bien ganancial, sin atender a la apariencia, finalidad o des-
tino de tal adquisición, el principio de cogestión y disposi-
ción conjunta podría llegar a quedar en gran medida desvirtua-
que, de otro modo, "aceptando la opinión contraria se igno-
raría del todo el principio de la paritás conyugal, que está
en la base de todo el nuevo sistema del derecho de familia"

\textsuperscript{16} En esta línea, CABANILLAS (Comentario a la S. de 6
diciembre de 1989, C.C.J.C., nº 22, 1990, p. 100), quien sostie-
tiene que toda "deuda contraída por un solo cónyuge debe repu-
tarse propia, mientras que el acreedor no pruebe que es de
carácter ganancial"; DE LA CAMARA ALVAREZ (La sociedad...,
cit., p. 492); CARRASCO PERERA (Op. cit., p. 605) quien apunta
que, a diferencia de lo que ocurre en España, el Derecho fran-
cés parte de que "todas las deudas contraídas durante la comu-
nidad, constituyen al menos pasivo provisional de la sociedad
concluye que: "... los bienes de la comunidad no responden de
las obligaciones asumidas por un cónyuge por sí solo para la
adquisición de un bien que entra en comunidad... (pues a pesar
de ello) la obligación del pago del precio y toda otra obliga-

(continúa...)
tablecidos por el legislador. Fuera de estos casos singulares, los acreedores de un consorte, que además lo fueran de la sociedad de gananciales, por tratarse de un débito contraído, aparentemente, en beneficio de ésta, deberán probar el carácter común de la deuda para dirigirse contra el íntegro patrimonio común.

En definitiva, según esta línea doctrinal, para que la sociedad conyugal quede comprometida frente a

---

H (...continuación) ción asumida en el acto de la adquisición constituye un débito personal del adquirente.

H BONILLA (Op. cit.) observa que el Cc. como "regla general... proclama e impone la actividad conjunta de los dos cónyuges a la hora de disponer y obligar los bienes de la sociedad conyugal... Por respeto a la individualidad de cada cónyuge dentro de la sociedad conyugal se admite la actividad separada... ya fuere invocando la potestad doméstica u otros supuestos excepcionales" (p. 42); contenidos en los arts. "1365, 1368, 1370, 1371 y 1384" (p. 50). En relación con la aludida potestad doméstica, BIANCA (I rapporti personali nella famiglia e gli obbligui di contribuzione. La riforma del Diritto di Famiglia dieci anni dopo, Padova, 1986, p. 82) escribe que: "El significado de los actos de ordinaria gestión familiar como actos que entran en la competencia de cada cónyuge... resuelve el problema de la corresponsabilidad externa de los cónyuges en cuanto que la asunción de débitos para satisfacer las necesidades de la familia se pone como acto de ejercicio de una gestión común."

H Así, DE LA CAMARA (El régimen..., cit., p. 393) advierte que: "La no presunción de ganancialidad sólo implica una alteración en la carga de la prueba; es decir, no será el cónyuge no deudor quien tendrá que probar que la deuda no desata la responsabilidad de los gananciales sino el acreedor el que deberá demostrar lo contrario". En cambio, RAMS (La sociedad..., cit., p. 331), reconoce que la prueba corresponde al cónyuge no deudor.
terceros, los actos trascendentales para la economía familiar, teniendo en cuenta el concreto nivel de vida del matrimonio, deben ser realizados por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento.

9 Para ESPIN (La igualdad cónyugal en la reforma del Código Civil, El nuevo Derecho de Familia español, Madrid, 1982, p. 20), es claro que la "gestión conjunta ha de referirse a aquellos actos que excedan de la esfera ordinaria del poder doméstico, que cada cónyuge puede ejercer separadamente". En Italia, BIANCA (F rapperti..., cit., p. 82) declara que de "la disciplina de la comunidad no resulta seguramente que las asunciones de débito son actos que vinculan a ambos cónyuges... (por ello) la competencia de ambos cónyuges para concluir disyuntivamente actos de gestión para satisfacer las normales necesidades de la familia (sólo es un dato de la realidad social); FILANTI (Op. cit., p. 652) apunta que el "mismo art. 186, d) según el cual la comunidad responde de toda obligación contraída conjuntamente por los cónyuges, dicta una disposición residual a la cual puede bien ser reconducida también la hipótesis de la gestión extraordinaria"; y QUARRI (Obblighi..., cit., p. 769, nota 148), cita una S. de la Corte de cassazione de 29 de noviembre de 1986 que establece que las adquisiciones extraordinarias no obligan a la comunidad.

9 Indica FILANTI (Op. cit., p. 658) que: "El criterio para establecer si un acto pertenece a la gestión ordinaria debería ser ahora el de la normalidad de la carga en relación al tenor de vida de la familia. Cuando la carga excede de la normalidad, así entendida, la comunidad es comprometida sólo si se da el consenso de ambos cónyuges".

10 CENDON (Comunione fra coniugi e alienazioni mobiliari, Padova, 1989, pp. 72-74) pone de relieve que: "... en los ordenamientos modernos (se admite) que cada uno de los cónyuges puede concluir eficazmente por sí solo todos los actos de menor importancia, mientras es requerido el consenso de ambos para las iniciativas destinadas a incidir más profundamente sobre el patrimonio de la familia. Casi por doquier, por ejemplo, vale el principio por el cual los terceros acreedores no encuentran límites a su actividad ejecutoria si la obligación, por estar asumida por uno solo de los esposos, entra en los actos corrientes del ménage, o corresponde a una necesidad efectiva de la familia; mientras si la obligación no tiene estos caracteres, la posibilidad de agredir los bienes de la comunidad o los personales de cada cónyuge variará sensiblemente según que, al haberla hecho surgir, lo hayan sido marido y mujer conjuntamente, o bien uno solo de los dos sin la in-

(continúa...)
expreso del otro. De no producirse dicho consenso conyugal, la obligación contraída se calificará como privativa del cónyuge actuante, y los acreedores no contará con la garantía del íntegro patrimonio ganancial\textsuperscript{92}, de ahí que, la práctica jurídica impone como ordinario el que aquéllos exijan la concurrencia de ambos consorts para la realización de actos de marcada importancia, asegurándose, así, la afectación de todos los gananciales\textsuperscript{93}.

\textsuperscript{91}(...continuación)

7) Terciación del otro. Este criterio se comparte en Francia por HAUSER y BRET-WEILLER (La Famille. Fondation et vie de la famille. Traité de Droit Civil, sous la direction de Ghestin, París, 1969, pp. 737-738), quienes afirman que: "... la vía de la autonomía de los esposos no está, por tanto, totalmente libre porque tropieza pronto con el irreductible núcleo comunitario del matrimonio... (nadie) puede casarse sin abdicar libremente a una parte de sus poderes, no ya por soportar la jerarquía del otro, sino por aceptar una obligación de comunidad que está en la naturaleza misma del estatuto matrimonial". En España, mantiene esta postura, entre otros muchos, LACRUZ: El régimen económico del matrimonio, La reforma del Derecho de Familia, Sevilla, 1982, p. 123.

9) Para RAGEL (Ejecución..., cit., p. 35), en "la actual redacción, la administración de los bienes gananciales corresponde, como regla general, al marido y a la mujer, con carácter conjunto (art. 1375) y, por tal motivo, las deudas contraídas por ambos cónyuges determinan la responsabilidad directa de éstos con los bienes de la comunidad (art. 1367); en tales casos, el acreedor se verá beneficiado por la presunción de ganancialidad pasiva... y no tendrá que demostrar que la actuación de los cónyuges está incluida en alguno de los supuestos contemplados en los arts. 1365, 1366 ó 1368".

9) CHAMPION (Op. cit., p. 28) señala que tratándose "de una compra de una cierta importancia, los terceros tendrían interés en obtener el acuerdo de los dos cónyuges, si no el acto -que permanecería válido- podrá ser ejecutado sólo contra el esposo que haya contratado" (p. 28). Por ello, MAZEAUD y BRETON (Op. cit., p. 57) resaltan que cuando "se trata de una fianza o de un préstamo, esto es, de un acto que hace correr riesgos excepcionalmente peligrosos, se concluye que cada uno (continúa...)

248
B) Crítica a esta orientación.

Para hacer frente a este riguroso dictamen doctrinal, otros autores han interpretado el principio de cogestión de una forma bien distinta. De este modo, se entiende que la actuación conjunta, a la que se refiere el legislador en los arts. 1375 y siguientes del Código Civil, no debe ser concebida como una exigencia de participación simultánea de los cónyuges en los actos de gestión de la sociedad ganancial sino más bien, como una facultad de obrar solidaria o indistinta de los mismos.

(...continuación)
de los esposos no tenga una libertad total de acción y de disposición, y que le falte el asentimiento de su cónyuge". En Bélgica, RAUCENT (Op. cit., p. 139) advierte que un cónyuge no puede adquirir por cuenta de la comunidad "un bien susceptible de hipoteca", ni siquiera "si el precio ha sido pagado al contado".

Como entiende ECHEVARRIA (La ganancialidad..., cit., p. 20), la "persona conjuntamente... puede interpretarse en el sentido de que la gestión se ejercerá por ambos cónyuges, ya que antes se ejercitaba por uno solo... (pues) en la práctica la gestión se convierte en solidaria". Así, también, ÁLVAREZ CAPIROCHIPI (Op. cit., pp. 256-257), MANRIQUE (Op. cit., p. 37); etc. Este es el criterio del art. 142 del Código: "Cada uno de los esposos tiene el poder de administrar solo los bienes comunes y de disponer de ellos..."; y del art. 80 del Código: "La administración de los bienes de la comunidad corresponde disyuntivamente a ambos cónyuges"; por lo que, como reconoce GUILARTE (Gestión..., cit.), el Código "establece como principio general el de la gestión indistinta de los bienes comunes... (siendo) excepcionales" (p. 146) las reglas de cogestión, y el "legislador italiano valora como principio general el de la gestión indistinta, y como excepción..., el de la gestión conjunta" (p. 167). CÍMEZ DUART (La adquisición..., cit., p. 348), confirma que: "En Italia la regla es la gestión solidaria, con excepciones; en España la regla es la gestión mancomunada, con excepciones también..."; mientras (continúa...)
Ahora bien, hay que advertir que esta concepción del postulado de la cogestión, es una posibilidad de interpretación muy atrevida y que encontraría serios obstáculos en el tenor de los arts. 1376 y 1377 del Cc. que, supuestamente, están concebidos en desarrollo del 1375, y hacen equivalente la expresión conjuntamente empleada por este último precepto, con la actuación consentida por ambos consortes en la gestión del consorcio conyugal. Sin embargo, y a pesar de estos inconvenientes, puede afirmarse que, lo que sí hay en nuestro actual Derecho, son supuestos muy amplios de legitimación individual de los cónyuges para actuar en la esfera comunitaria y con efectos respecto de terceros, casos que, si bien no eliminan totalmente, al menos, complementan y suavizan, la regla de actuación conjunta.

(...continuación)

que BISBAL (Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio, R.J.C., 1982, p. 355), critica que el "legislador español ha preferido la fórmula de la administración conjunta con excepciones. Se trata de una opción llena de inseguridades... que ni satisface el fin igualitario familiar ni contribuye a resolver, nítidamente, las exigencias del tráfico".

(...cit., p. 266) señala que: "... si se relaciona el art. 1375 con los artículos 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".


(continúa...)
La sistemización...

Por otro lado, podemos señalar que no es exacta la frecuente afirmación de que el Código Civil requiere, en todo caso, la cogestión, pues el propio art. 1375 parece oponerse a ello cuando permite expresamente el pacto en contrario⁸⁷, lo que se con-

⁸⁶(...continuación)

men de gestión concurrente, pero el legislador "le aporta algunos retoques para perfeccionarlo, (de modo que) este régimen realiza en contra de la cláusula de administración conjunta, una extensión de los poderes de cada esposo".

⁸⁷ Esta posible convención ha dado lugar a posturas doctrinales contradictorias respecto a la licitud o no de establecer una gestión unipersonal de los gananciales. En contra de esta posibilidad, por la exigencia de respeto a la igualdad de los esposos (ex art. 1328 CC.) se sitúan ÁLVAREZ-SALA (Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y adquisiciones a la libertad de estipulación capitular, R.D.N., Abr.-Jun., 1981, p. 12); AMOYOS GUARDIOLA (Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, vol. II, Madrid, 1984, p. 1545); DE LA CAMARA (El régimen..., cit., p. 343); CASTILLO TAMARIT (Op. cit., p. 37); GIMENEZ DUART (La responsabilidad de los gananciales por precio aplazado, la libertad de pacto en capitulaciones y otras controversias, A.D.C., 1986, pp. 821 ss); etc. Sin embargo, la doctrina parece decantarse por su admisión, así CERDA GIMENO (Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981, B.D., 1982, p. 271), que entiende que tal pacto no sería contrario al interés familiar; LACRUZ (Elementos..., IV, 20, cit., pp. 350 y 485), DE LOS MOZOS (Comentarios al Código Civil y Compendios Forales, dirigidos por Albarello, T. XVIII, vol. 19, Madrid, 1982, p. 206); PÉREZ SÁNCHEZ (Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales, A.A.M.N., T. XXVI, 1985, p. 17; para quien "la igualdad no puede quedar decir que el marido y la mujer hayan de desempeñar necesariamente idénticos papeles en el matrimonio. Por eso, la propia igualdad postula como complemento necesario la libertad, que permitirá a los cónyuges, en plano de igualdad, distribuir entre ellos las funciones y facultades que resultan del matrimonio mismo"); PRESA DE LA CUESTA (Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad, R.C.D.I., 1984, pp. 1225-1226); QUIJEZ (Op. cit., p. 372; que apunta: "Una administración unitaria capitular no presenta dificultad con el 1375; hacer prevalecer el 1328 sobre el 1375 es tan gratuito, al menos, como lo contrario"); etc. En Italia, BARRASSI (Rapporti patrimoniali fra coniugi -il nuovo regime (continúa...))
firma en el art. 1376 que habla de cuando fuere ne-
cesario el consentimiento de ambos cónyuges; lo
que parece indicar que, en relación a la gestión

97 (...continuación)

legale e i suoi rapporti con i regimi convensionali- La comu-
nione convensionale, Il nuovo Diritto di Famiglia, Contributi
FERRANDO (Rapporti personali tra i coniugi e regime patrimo-
niale della Famiglia, Giurisprudenza del Diritto di Famiglia,
Milano, 1983, p. 83), advierten que, conforme al art. 210
Codice, las convenciones matrimoniales no pueden modificar
"las normas de la comunidad legal sobre administración". Por
ello, GIUSTI (Op. cit., p. 200) observa que: "... el poder
conferido, durante el matrimonio, por un cónyuge al otro, no
comporta por parte del representado, una renuncia a sus pre-
rogativas, ya que éste conserva intacta la posibilidad de
retomar, cuando lo considere oportuno, el ejercicio de sus
atribuciones legales. De suerte que el principio contenido en el
art. 210, párr. 32 Cc., parece más correctamente interpre-
tado si referido a todas aquellas convenciones con las cuales,
pacticament, los cónyuges... (convienen), derogando el prin-
cipio de igualdad entre los cónyuges en el régimen legal, que
uno solo de ellos está habilitado para realizar los actos de
administración de los bienes que forman parte de la comunidad
legal, pero no ciertamente a la hipótesis en la que un cónyuge
deje el otro, un poder, aunque sea general, con tal que no
sea irrevocable". En Francia, antes de la reforma de 1985,
BENARREST (Op. cit., p. 148) señalaba que los esposos podían
"pactar a su manera sus poderes respectivos... aconsejar al
marido la administración de los propres de la mujer (cláusula
de unidad de administración) o prevé que los poderes serían
ejercitados conjuntamente (en mano común)". Sin embargo, tras
la reforma, FOURNIER (Op. cit., p. 489) subraya que la primera
cláusula indicada incurriría en "nulidad absoluta por contra-
riedad con el orden público".

98 En este sentido, CARRIDO CERDA (Derechos..., cit., p.
169), piensa que el 1376 "afirma claramente que ese conse-
ntimiento conjunto no es necesario siempre. Incluso parece des-
prenderse de este precepto que la cegestión no es la regla
37) mantiene que el "principio general de gestión conjunta
tiene... tal cantidad de excepciones que podemos considerar
que en la práctica sigue (el Cc.) un principio de gestión
30) concluye que, en definitiva, la "administración conjunta
que establece el Cc. adiante pacto en contra, es por tanto
suplementaria de los pactos capitulares, en los que podrá atri-
buirse la gestión a un solo cónyuge".

252
La sistematización...

societaria, no siempre dominará la intervención conjunta de los esposos.

Finalmente, puede declararse que el argumento de que el endeudamiento de la sociedad de gananciales sólo puede tener lugar por el concurso de ambos cónyuges, no encuentra acogida en el art. 1367. El fundamento de esta afirmación radica en el dato de que puede advertirse que este precepto únicamente declara la ganancia, en todo caso y no sólo en esos casos, de las deudas contraídas conjuntamente por los esposos o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro, pero para nada se refiere a las obligaciones derivadas de la actuación separada de un consorte99. En cambio, a esta hipótesis de intervención separada de los cónyuges en la gestión ganancial, sí que se refieren, admitiéndola explícitamente, otras normas, tales como el art. 1365 CC., que contempla la legitimación individual de los casados para vincular al patrimonio común; el 1369, que alude a las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad; el 1370, que permite la adquisición a plazos de gananciales por un cónyuge sin el consentimiento del otro; etc.

99 Argumento que extraemos de GIMENEZ DUART: La adquisición..., cit., p. 359.
C) Conclusiones en este punto.

En definitiva, partiendo de las premissas anteriores, el postulado general que debe sostenerse en esta materia sería el de que todo consorte, en su gestión ordinaria del patrimonio ganancial, y persiguiendo objetivamente una utilidad familiar, el poder de gestión atribuido a los cónyuges... representa la emisión de una finalidad que es intrínseca a la comunidad misma, y que puede identificarse con los objetos que han inducido al legislador a adoptarla como régimen legal a través de la equiparación de la aportación de los cónyuges a la vida común y la organización del régimen de los bienes en función del común interés.

Para Manrique (Op. cit., p. 32) "la realidad social es que la actuación individual del cónyuge es prácticamente corriente y que en toda norma de régimen económico conjugal subyace la relación que la sustenta y que no es otra que el matrimonio... (por ello) la legitimación debe derivar no sólo de la actuación gestora como tal, sino también de esa relación interna de confianza derivada del matrimonio". En relación con este tema, Kercovitz (Comentario a la Sentencia de 25 de enero de 1990, C.C.J.C., nº 22, 1990, p. 267), advierte que la S. comentada parte del principio de que para entender que la compra de inmuebles "ha sido para la sociedad de gananciales, no es preciso que hayan otorgado el contrato ambos cónyuges; basta con que uno de ellos haya actuado representando al otro, como ocurre cuando se dice expresamente que la compra es para la sociedad conjugal. Se trata de una doctrina jurisprudencial correcta...". Igualmente, en relación con el Codice Giusti (L'amministrazione dei beni della comunione legale, Milano, 1989, p. 19), pone de relieve que el "poder de gestión atribuido a los cónyuges... representa la emisión de una finalidad que es intrínseca a la comunidad misma, y que puede identificarse con los objetos que han inducido al legislador a adoptarla como régimen legal a través de la equiparación de la aportación de los cónyuges a la vida común y la organización del régimen de los bienes en función del común interés".

Falso (Op. cit., pp. 629-630) defiende que el "poder de administración disyuntiva puede ejercitarse... para el cumplimiento de toda obligación contraída por los cónyuges, también separadamente, en el interés de la familia. El cumplimiento de las obligaciones familiares con utilización de bienes comunes no es un acto que exceda la ordinaria administración y, por tanto, puede ser realizado por un cónyuge aunque separadamente". No hay que olvidar que el propio régimen comúnario tiene también como objetivo compensar el trabajo del cónyuge que se dedica al hogar, de ahí que, como dice Hoppe (Monale di Diritto Civile, Bari, 1986, p. 299), se le atribuye "un reconocimiento económico bajo la forma de participación en los recursos que entran en la familia durante el matrimonio, aunque sean adquiridos con dinero ganado (por el otro)".

254
(lo cual se supone en los casos de los arts. 1362 y siguientes del Código Civil), obliga y responzabiliza, en principio, a la sociedad ganancial.

Igualmente, las razones para fundar esta admisibleidad de la intervención individual de los cónyuges en los actos que van a obligar definitivamente a la comunidad, podrían encontrarse en la facilitación de la agilidad del tráfico jurídico y en la

---

10) En esta línea se encuentra el Código portugués, pues como apunta ANTUNES (Op. cit., p. 382), la "primera regla aplicable en materia de deudas de los cónyuges, consagrada en el art. 1690, es la de que tanto el marido como la mujer tienen legitimación para contraer deudas, sin necesidad del consentimiento del otro cónyuge". También en Francia, CORNU (Op. cit., p. 380) señala que en "favor de la acción individual (se establece el postulado de que) son en principio deudas de la comunidad, cualquiera que sea su naturaleza, el conjunto de deudas nacidas por la gestión de cada esposo". Y en Italia, PARADISO (La comunidad familiare, Milano, 1984, p. 426), observa la existencia de una "legitimación separada" para los esposos, que "promueve una solución individual, alternativa al modelo de la comunidad". De igual modo, DI MARTINO (L'acquisto..., cit., p. 50), mantiene que un "criterio de libertad y de equidad... consiste en que deba subsistir una cierta correspondencia entre el activo y el pasivo del patrimonio común, al menos en el sentido de sostener que el contrario de entrar a formar parte del activo del patrimonio aquellos derechos para la adquisición de los cuales se han asumido obligaciones en el interés de la familia... (y tienen este carácter) todas las obligaciones contraídas para adquirir prestaciones para la familia o derechos que incrementan el patrimonio común".

11) CUTFILLAS (Op. cit., p. 1240) escribe que: "La actuación mancomunada o conjunta es la meta de la igualdad de los cónyuges, si bien es una evidente traba y un grave entorpecimiento de la vida jurídica y económica, por lo cual el Código compensa la regla general de actuación conjunta con una serie de reglas de actuación individual, que puede llamarse indistinta o solidaria". En Francia, BLANC (Op. cit., p. 48) escribe: "Porqué el legislador no ha dado a la co-gestión un dominio todavía más extenso, notablemente en relación a ciertos actos de administración particularmente importantes? Se ha tenido una parálisis del régimen comunitario... (además) así el legislador ha elegido, simultáneamente, privilegiar la independencia... (continúa...)"
protección de los acreedores que contratan con un solo esposo[10]; dos fundamentos que tienen su origen último en la propia práctica social[10]. Pues bien, todos estos motivos serían suficientes para interferir el principio de cogestión de los gananciales, que se quiere imponer a toda costa, en base al postulado también esencial de la igualdad de los esposos apostando sobre la conciencia que cada uno debe tener de deber ejercer sus poderes en el interés de la comunidad".

10 Así, BLANC (Op. cit., p. 36) apunta que se "ha subrayado el peligro que hace correr al patrimonio familiar una tal extensión de la garantía de los acreedores. ¿Pero este riesgo no es más soportable que la situación anterior privilegiando los poderes del marido?"; y MALAURIE y AYNES (Op. cit., p. 220) dicen que: "Decidir que sólo los créditos consentidos por los dos esposos (la cogestión) conferirían un derecho a los acreedores sobre los bienes comunes... paralizaría el crédito e incitaría a los deudores casados a la trampa, la cogestión no tiene, pues, consecuencias sobre la persecutoriedad: esta regla es impuesta por las necesidades del crédito". También ECHEVARRIA (Sociedad..., cit., p. 11) señala que: "El tráfico jurídico y su seguridad, quedaría gravemente dañado, si la adquisición de un cónyuge fuese anulable por el simple desacuerdo del otro comunero, con la consiguiente confusión".

10 No hay que olvidar que en la vida real, a pesar de la igualdad de facultades de los cónyuges, todavía suele ser muy común que sea uno solo de los esposos (generalmente el marido), el que realice los actos que, en definitiva, afectan a la sociedad de gananciales. Así, en relación al Derecho alemán, pero exponiendo un criterio transplantable al nuestro, HENRICH (Diritto di Famiglia e giurisprudenza costituzionale in Germania: riforma del Diritto di Famiglia ad opera dei giudici costituzionali?, Trad. de Cubeddu, Riv. Dir. Civ., 1951, n°1, p. 54) piensa que: "Teoría y práctica son dos cosas distintas. ¿Qué representa hoy el principio de equiparación del hombre y la mujer en la familia? La respuesta es: en el derecho de familia la igualdad ha sido realizada plenamente... en la realidad social sólo parcialmente".
esposos en el matrimonio\textsuperscript{166}. Además, no se puede olvidar que existen numerosos preceptos en los que el legislador concede una amplia legitimación a los casados para actuar individualmente respecto del patrimonio consorcial, con eficacia respecto de terceros, tales como los arts. 1381, 1382, 1384, 1385, 1386, etc., del Ce\textsuperscript{177}.

\textsuperscript{166} En este punto, CUTILLAS (Op. cit., pp. 1241-1242) explica que: "... parece correcto hablar no sólo de cogestión y codisposición, sino de coafectación de los gananciales. Es decir, la configuración tradicional, al igual que ocurre con la cogestión y la codisposición, es la actuación conjunta y, por ende, la afectación conjunta de los bienes gananciales en los supuestos que así se determinan, y ello como consecuencia del principio de igualdad jurídica. Pero... no puede ni debe ser entendida en forma absoluta. Esto conduciría, obviamente, a la igualdad per se, pero que sin ningún género de dudas determinaría entorpecimientos y obstáculos en el tráfico jurídico-económico. De ahí que el Código permita o regule una serie de reglas de actuación individual, tanto para gestionar, disponer y afectar el patrimonio común". Por ello, ECHEVARRÍA (La contratación..., cit., p. 235), más exacto, considera que: "Si en tema de gestión ganancial, aceptáramos como regla general, siguiendo a la mayoría, la gestión conjunta, y en la gestión unipersonal el gestor sólo obliga a la sociedad de gananciales cuando la gestión le corresponde o le esté encomendada por ley o por capítulos, el resto de las actuaciones unipersonales de un cónyuge, o bien se entienden incluidas en la gestión de negocios ajenos y por tanto dentro de la gestión ganancial, o de lo contrario si no actúa como gestor de la sociedad de gananciales, su intervención será privativa y la adquisición se calificará también como privativa, con expreso incumplimiento de la presunción del art. 1361...".

\textsuperscript{177} Así se pronuncian, entre otros, DE LOS MOZOS (La nueva sociedad..., cit., pp. 242-243); PRETEL SERRANO (Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, T. II, Madrid, 1993, pp. 712-713); etc. LACRUZ (El régimen económico matrimonial, Las reformas del Código Civil por leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, Madrid, 1983, p. 78) expone que: "El legislador español... tanto en atención a la seguridad y agilidad de las transacciones como a la gobernabilidad del consorcio y a la conservación de una suficiente área de autonomía para cada esposo en la gestión de sus propios bienes, negocios y asuntos, ha concedido a éstos facultades individuales de (continúa...)

257
2.3.2.2. La concreta facultad adquisitiva individual de los esposos y su alcance obligatorio para el consorcio conyugal.

Una vez determinada la posibilidad de los cónyuges de actuar individualmente con eficacia vinculante para el consorcio conyugal, hay que comprobar si dicha posibilidad es trasladable, también, a la específica cuestión de la adquisición de bienes gananciales. Según nos parece, esta posibilidad está avalada, además de por las consideraciones comunes expuestas en el apartado anterior, por fundamentos especiales, que, a su vez, pueden ser de índole puramente doctrinal o de carácter legal:

A) Razones dogmáticas o de técnica-jurídica.

Para fundamentar la legitimación individual de los esposos para adquirir gananciales, obligando con ello a la sociedad conyugal, hay que partir de un argumento de indudable consistencia: es incorrecta la apreciación de que, partiendo del principio de cogestión ganancial, puedan equipararse las facul-

\[10^7\] (...continuación)
administración sobre determinados bienes gananciales o la de disponer y servirse de ellos, o cobrar ciertas deudas, todo lo cual permite a un comadero relacionarse erga omnes sin invocar en cada momento el asenso de su pareja, y da mayor agilidad a la administración de los bienes gananciales".

258
La sistematización...

tades de disposición y endeudamiento (por adquisición de bienes comunes) del patrimonio común, pues se trata de actividades notoriamente diferentes\textsuperscript{108}, tanto en relación a la capacidad necesaria para realizarlas, como en cuanto a sus efectos. Si el acto adquisitivo individual de gananciales puede gravar definitivamente a la comunidad conyugal (en cuanto al pago del precio, cargas, etc.), también le proporciona nuevos recursos (ya que el bien ingresa en el patrimonio común\textsuperscript{109}), por lo que parece lógico que la legitimación para estos actos corresponda a

\textsuperscript{108} LACRUZ (Algunos aspectos..., cit., p. 551), aunque no se refiere concretamente a los actos de adquisición, recoge la distinción general entre los actos de disposición de gananciales y los de endeudamiento del patrimonio común: "... la regla de disposición conjunta del art. 1375, que impide enajenar un cónyuge por sí solo bienes y derechos gananciales..., no prohibe contraer individualmente ciertas deudas que, por su naturaleza, podrán hacerse efectivas sobre el patrimonio conyugal... El cónyuge, al contraer deudas de las que, conforme al art. 1365, debe responder la masa común, no ensajena ningún bien a ella perteneciente...".

\textsuperscript{109} Así, ALVAREZ BEJIGA (Op. cit., p. 769) antes de la reforma de 1981, exponía que: "Los actos de adquisición son aquellos mediante los cuales se obtiene un aumento del patrimonio conyugal, por lo que pueden ser realizados indistintamente por ambos cónyuges por sí solos los que, sin duda alguna, pueden adquirir para la sociedad conyugal toda clase de bienes tanto muebles como inmuebles...". En la actualidad, advierte ECHEVARRIA (Sobre el embargo..., cit., p. 121), que "las adquisiciones no tienen que ser hechas necesaria y obligatoriamente por ambos cónyuges para que resulten gananciales... (pues no existe) ningún paralelismo exclusivo o excluyente, entre disposición y endeudamiento". También ATLÁNTE (Il nuovo regime patrimoniale della famiglia alla luce della prima esperienza professionale notariale, Riv. Not., 1976, p. 9), admite que los actos de gestión serían "justamente definidos, con expresión vulgar, actos de salida en contraposición a los actos de entrada (que serían los de adquisición)".

259
los cónyuges separadamente\textsuperscript{110}. Esta innegable facultad de los esposos explica, por ejemplo, que, a pesar de la intrínseca validez de las adquisiciones individuales de gananciales, el 1370, en defensa del esposo no comprador, coloque, en primer grado de responsabilidad, el bien comprado.

En cambio, es evidente que la actividad dispositiva de gananciales, engendra un mayor riesgo para la comunidad, ya que, a través de la disposición se priva a ésta de alguno de sus componentes, sustituyéndose, normalmente, por una contraprestación (dinero) fácil de distraer. Ante este evidente peligro para el consorcio conyugal, es explicable que, ahora sí, se requiera por el legislador el obligatorio concurso de ambos consortes para realizar la enajenación onerosa o gratuita de los bienes comunes, de manera que, faltando, lo actuado por un solo cónyuge es anulable o nulo radicalmente (arts. 1322, 1377 y

\textsuperscript{110} GIUSTI (La pubblicità nei rapporti patrimoniali tra coniugi. Profili critici ed analisi ricostruttiva, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1986, p. 397), opina que sería "absurdo que el cónyuge, en régimen de comunidad, pierda o vea aminorada la propia capacidad de adquisición. El, simplemente, no tiene la plena capacidad de realizar actos de extraordinaria administración de los bienes de la comunidad, que presupone la existencia de bienes y el vínculo de la comunidad legal, y significa que el cónyuge no puede disponer por sí solo de tales bienes en cuanto forman parte de la comunidad, pero no significa, en efecto, que él no pueda adquirir por sí solo". Y FILANTI (Op. cit., p. 644) advierte que la "exigencia de tute-la de los terceros contratantes (con un solo cónyuge)... es más intensa para las adquisiciones que para las enajenaciones".
B) Fundamento legal.

En esta materia pueden citarse numerosos preceptos en los que el legislador faculta explícita-

III Este distinto ámbito de los actos de gestión y de adquisición, cobra especial relieve en Derecho italiano, pues si el art. 177, a) Codice permite adquisiciones separadas de los cónyuges, el 180 demanda para la actividad de gestión extraordinaria un obrar conjunto. Por ello, un sector doctrinal requiere consenso conjugal para las adquisiciones comunes: así BIANCA (Gli atti..., cit., p. 605), CATAUDELLA (Ratio dell’istituto e ratio della norma nella comunione legale tra coniugì, Diritto di Famiglia, Scritti in onore di R. Nicolò, Milano, 1982, pp. 306-307); PULCHERIS (Regimi patrimoniali tra coniugi nel Codice e nella legge no 151, Il nuovo Diritto di Famiglia, Contributi notarili, Quaderni della Riv. Not., Milano, 1975, p. 119); NAVARRE (L’intervento dell’altro coniuge negli acquisiti di beni personali immobili o mobili registrati, Riv. Not., 1977, p. 1062; que requiere la intervención conjunta de los cónyuges para adquirir inmuebles o muebles registrados); DE ROBERTIS (L’acquisto..., cit., pp. 886-887; para quien "el acto de adquisición de bienes para la comunidad... es siempre un acto de administración de la comunidad... (por lo que) para la realización de tales actos deben observarse las reglas dictadas por el art. 180 Cc., y que, por tanto, los cónyuges deben actuar conjuntamente"); etc. En cambio, la mejor doctrina admite la adquisición individual por ser ésta un presupuesto de la actividad de gestión, así AQUARONE (Amministrazione e responsabilità dei beni della comunione. Il nuovo Diritto di Famiglia, Contributi notarili, Quaderni della Riv. Not., Milano, 1975, p. 552), NATUCCI (Op. cit., p. 126); DE PAOLA Y MACRI (Op. cit., pp. 163-164); SOCCORSI ALFONSO (Op. cit., p. 45); etc. Valga, por todos, la exposición de los FINOCCHIARO (Op. cit., pp. 1037-1038) que establecen varios argumentos:

-El "art. 177, a) no hace más que repetir cuanto ya era previsto para la comunidad convencional del art. 217 Cc. de 1942: son objeto de la comunidad... las adquisiciones hechas durante la comunidad por uno u otro cónyuge; -el art. 180 disciplina, como se expresa en la misma rúbrica, la administración de bienes de la comunidad, y no contempla, por tanto, la fase anterior a aquélla, esto es, en la que los bienes ingresan en la comunidad, que está sujeta a la norma contenida en los arts. 177 y 178...".

261
mente a los cónyuges, para la adquisición individual de gananciales. Así, existe un conjunto de normas (arts. 1347, 30; 1356, 1370, etc., del Cc.), que cuentan con la compra separada de bienes consorciales, gravando el 1362, 20, definitivamente, a la comunidad conjugal por dichas adquisiciones\footnote{Así, los Rueda (Op. cit., p. 561) escriben que: "La adquisición incluye todos los gastos que se hayan ocasionado, como el precio de adquisición, escrituración, impuestos... etc. Y ello en toda clase de bienes gananciales, bien sean adquiridos por ambos cónyuges conjuntamente (regla general del art. 1375) o por uno solo de ellos (admitido en los arts. 1365, 1367, 1370, 1384, etc.)." Incluso Torralba (Op. cit., p. 1668) reconoce que una tal adquisición "grava de manera definitiva el patrimonio consorcial", por lo que nos parece lógico que admitiendo el cargo, después niegue, en tales casos, la responsabilidad de los gananciales frente a terceros.} \footnote{DE LOS MOJOS (La nueva sociedad..., cit., p. 223), afirma que: "La adquisición aislada de bienes gananciales por un cónyuge, aun sin el consentimiento del otro, o sin su conocimiento, es perfectamente posible, puesto que ambos cónyuges tienen plena capacidad para adquirir, y para obligar a la sociedad de gananciales (art. 1369), la titularidad del bien corresponderá al cónyuge adquirente, pero su carácter ganancial vendrá determinado por disposición legal (art. 1347, 30 Cc.), si se adquiere con dinero al contado, además, la disposición del dinero viene amparada por el art. 1384, y si se adquiere con precio aplazado, el carácter ganancial vendrá determinado por el art. 1356 Cc".}, sin exigir que sean realizadas por ambos cónyuges de forma conjunta\footnote{Así, los Rueda (Op. cit., p. 561) escriben que: "La adquisición incluye todos los gastos que se hayan ocasionado, como el precio de adquisición, escrituración, impuestos... etc. Y ello en toda clase de bienes gananciales, bien sean adquiridos por ambos cónyuges conjuntamente (regla general del art. 1375) o por uno solo de ellos (admitido en los arts. 1365, 1367, 1370, 1384, etc.)." Incluso Torralba (Op. cit., p. 1668) reconoce que una tal adquisición "grava de manera definitiva el patrimonio consorcial", por lo que nos parece lógico que admitiendo el cargo, después niegue, en tales casos, la responsabilidad de los gananciales frente a terceros.}. Asimismo, no puede olvidarse en esta materia, el fundamental dato de la procedencia ganancial (o presuntivamente consorcial, ex art. 1361 Cc.), del dinero empleado en la compra individual de gananciales, pues éste es el criterio decisivo derivado del 1356 Cc. para configurar la calidad ganancial de la adquisición (si el primer desem-
bolso tuviera tal carácter, dice el mismo), lo que supone una aplicación muy particular del principio de subrogación real\footnote{No hay que olvidar, como apunta OLIVARES (Op. cit., p. 300), que la "ley sigue atribuyendo la calificación de ganancialidad o privacidad de ciertos bienes, en base a determinados criterios objetivos y (al)... principio de subrogación real ...". Y SOCCORSI ALIFORMI (Op. cit., p. 35), indica que en "el nuevo sistema es la ley la que, fuera de cualquier declaración de las partes... sujeta el bien adquirido (aun por un solo cónyuge) el régimen de comunidad... y no subordina de ningún modo la operatividad plena de tal régimen, y, por tanto, tampoco su oponibilidad a los terceros, de ninguna actividad de las mismas partes".}

\footnote{De este modo, LACRUZ (Algunos aspectos..., cit., p. 539), asegura que la "unilateralidad de la compra no es obstáculo para que los bienes adquiridos ingresen en la masa común por exclusiva voluntad del cónyuge adquirente, resultado que se produce por no ser la comunidad una persona jurídica, de modo que las compras a nombre de un solo esposo y con intervención sólo suya, por prescripción legal valen como hechas para el consorcio, en tanto el adquirente no haga prueba de ser dueño del dinero". SCHLESINGER (Op. cit., p. 372), parte de que si "un cónyuge, actuando exclusivamente en nombre propio, adquiere un bien separadamente, la falta de participación en el acto del otro cónyuge no impide, en efecto, la adquisición automática a favor de la comunidad ex art. 177, a) Cc"; y ZATTI y CULUSI (Op. cit., p. 802) sostienen que si "uno de los cónyuges adquiere, por sí solo, un bien cualquiera, por naturaleza este bien deviene objeto de propiedad común".}

Partiendo de esta calificación consorcial a priori del bien adquirido en tales circunstancias, y en línea con el art. 1347, 3° Cc. (que no exige la actuación conjunta ni la puesta a nombre de ambos esposos para adquirir bienes gananciales)\footnote{De este modo, LACRUZ (Algunos aspectos..., cit., p. 539), asegura que la "unilateralidad de la compra no es obstáculo para que los bienes adquiridos ingresen en la masa común por exclusiva voluntad del cónyuge adquirente, resultado que se produce por no ser la comunidad una persona jurídica, de modo que las compras a nombre de un solo esposo y con intervención sólo suya, por prescripción legal valen como hechas para el consorcio, en tanto el adquirente no haga prueba de ser dueño del dinero". SCHLESINGER (Op. cit., p. 372), parte de que si "un cónyuge, actuando exclusivamente en nombre propio, adquiere un bien separadamente, la falta de participación en el acto del otro cónyuge no impide, en efecto, la adquisición automática a favor de la comunidad ex art. 177, a) Cc"; y ZATTI y CULUSI (Op. cit., p. 802) sostienen que si "uno de los cónyuges adquiere, por sí solo, un bien cualquiera, por naturaleza este bien deviene objeto de propiedad común".}, y los determinantes arts. 1370 y 1384, se obtiene una sólida fundamentación legal de la posibilidad de adquisición individual de bienes comunes con eficacia vinculante de la sociedad de gananciales. Por tanto, hay que destacar que lo pri-
mordial en esta sede no es sólo la posibilidad legal de que los esposos puedan comprar separadamente bienes comunes, sino también que de dichas adquisiciones el legislador derivará, originariamente, la deuda y la responsabilidad del consorcio conyugal. En efecto, para justificar, tanto la ganancialidad activa como la pasiva, de los bienes comunes adquiridos por un solo cónyuge, los autores suelen destacar, por su relevancia, una serie de artículos. Así, el art. 1347, 30
del pasivo ganacial. que establece el carácter ganancial de los bienes adquiridos a costa del caudal común aunque se haga la compra para uno solo de los esposos. El art. 1356, que especifica la ganancialidad de lo adquirido a plazos por un consorte, 
si el primer desembolso tuviera tal carácter. El art. 1366, que establece la responsabilidad y cargo de la sociedad ganancial por la actividad extracontractual de un cónyuge, incluso obrando de forma ne-

116 Así, AVILA (El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil, R.C.D.I., 1981, p. 1398), DE LA CAMARA (La sociedad..., cit., p. 460, nota 236); GARRIDO DE PALMA (Adquisición..., cit., p. 370); etc. En concreto, MARTI-
NEZ CALZERRADA (Op. cit., p. 227) observa que el "propio contenido patrimonial de la sociedad comporta que la misma cargue con... (la) adquisición de bienes comunes, como vía onerosa de incorporación de bienes que remite al art. 1347, 30". En el Codice existe una norma paralela, el art. 177, a) de ahí que, como señala ROCCA (Appunti sul nuovo Diritto di Famiglia, Milano, 1976, p. 58), sean objeto de la comunidad "las adquisiciones realizadas por los cónyuges, sea junta o separadamente, durante el matrimonio".

117 De este modo, DE LA CAMARA (Ibidem); GARRIDO DE PALMA (Ibidem), GIMENEZ DUART (La gestión..., cit., p. 583); etc.

264
ligente (pues sólo se excluyen los casos de dolo o de culpa grave), pero siempre que se desenvuelva en beneficio común\textsuperscript{118}, luego, ¿no es también evidente que ha de suceder lo propio con las obligaciones contractuales y, en concreto, con las adquisiciones de gananciales\textsuperscript{119}. No sería de recibo negar el débito y la afección de la comunidad conyugal cuando, dándose las mismas circunstancias del 1366 (en los casos del 1362, 20 la utilidad familiar estaría cifrada en la adquisición), sólo varía el carácter

\textsuperscript{118} TORRALBA (Op. cit., p. 1723), aunque refiriéndose sólo al plano de la responsabilidad, reconoce que: "...produce una certa perplejidad el que las obligaciones extracuotrales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad... sean de responsabilidad de los gananciales según el art. 1366, y, sin embargo, no respondan los bienes gananciales por el precio aplazado de la adquisición ganancial realizada por un cónyuge sin el consentimiento del otro, pues, en principio, hay que entender que la adquisición de un bien ganancial es algo que parece que ha de beneficiar a la sociedad".

\textsuperscript{119} Así, parece admitirlo GÓMEZ DE LA ESCALERA (Op. cit., p. 1192), pues deduce como criterio del legislador que los "arts. 1362, 20 y 1365, 20... no diferencian entre obligaciones contractuales y extracuotrales, por lo que abarcarían a ambas...". En contru, entre otros, PERA: Comentario..., cit., p. 703. En Italia, PERESO (Se, in regime di separazione dei beni, un coniuge risponda per le obbligazioni contratte dall’altro nell’interesse della famiglia, Rass. Dir. Civ., 1987, p. 357), apunta que el "régimen de la comunidad legal comprende todas las adquisiciones hechas por los cónyuges aunque separadamente durante el matrimonio, excluyendo los solos bienes personales. Toda adquisición en comunidad comporta por norma la asunción de una obligación de la que los adquirentes deben responder solidariamente; el art. 186, párr. c) Cc. limita esta solidaridad a las adquisiciones hechas en el interés de la familia eximiendo al otro cónyuge de la responsabilidad solidaria por las adquisiciones de la comunidad no realizadas conjuntamente y teniendo un fin diverso".

265
del pasivo ganancial.

contractual de la obligación 120. Incluso, cabría mantener esta tesis en los casos de contratación extralimitada, pues si el ilícito extracontractual obliga y responsabiliza al patrimonio común fuera de los casos de dolo, culpa grave o de actividad no encaminada al interés familiar, ¿porqué no también el ilícito producido en la contratación extratimés, en la que tampoco concurran dichas salvedades?. Observese además que, en materia de adquisiciones individuales de gananciales, la utilidad familiar es más fácilmente comprobable que en otras actividades realizadas separadamente, puesto que el aludido pro- vecho se objetiviza en la propia compra 111. Por tanto, si en la esfera del activo existe un aumento del patrimonio común, es legítimo que, en el ámbito

120 De este modo, ECHEVARRIA (Los límites..., cit., p. 169); GORDILLO (El pasivo..., cit., p. 353, nota 7); VÁZQUEZ IRUZURIETA (Doctrina..., cit., p. 2376) que concluye: "El fundamento último de la norma dicta que el patrimonio común debe responder por las obligaciones contractuales derivadas de la actividad de uno de los miembros que trabaja a favor de su patrimonio"; etc. También parecen mantener esto los RUEDA (Op. cit., pp. 571-572) cuando observan que el 1366 "hay que interpretarlo acudiendo al estudio de los restantes de esta misma sección, de manera que si en el seno de las obligaciones contractuales, a las que indudablemente se refieren los arts. 1362 y siguientes, con independencia de su aplicación exclusiva o no a ellas, hay una serie de obligaciones que repercuten sobre el patrimonio ganancial, la misma solución parece adecuada en materia extracontractual, por lo que debemos considerarlas comprendidas en el art. 1366".

111 OPPO (Responsabilità patrimoniale e nuovo Diritto di Famiglia, Riv. Dir. Civ., 1976, p. 115), considera vinculada la comunidad por la adquisición de un cónyuge en interés de la familia, teniendo en cuenta que debe partirse de tal interés, en cuanto que "toda adquisición está naturalmente destinada... a incrementar la comunidad entre cónyuges".

266
del pasivo consorcial, sean los gananciales los que hayan de soportar las obligaciones que se deriven de la adquisición.

Otro precepto que demuestra el cargo ganancial por las compras individuales de gananciales es el art. 137011, que parte de la cualidad común de los bienes comprados por un cónyuge aun sin el consentimiento del otro. Y el 138412, que considera válida la disposición de dinero ganancial, y por lo tanto, las adquisiciones efectuadas con el mismo, hechas por un cónyuge en cuyo poder se encuentre dicho metaílico. En esta norma podemos reconocer un doble

11 Entre otros, BONILLA (Op. cit., p. 89), DE LA CAMARA (Ibidem); DE LOS MOZOS (Comentarios..., XVIII, 20, cit., p. 255), quien entiende que: "Por lo que a la adquisición se refiere, es natural que los gastos de adquisición de los bienes gananciales, precio,... etcétera, sean de cargo de la sociedad de gananciales. No sólo cuando los dos cónyuges actúan de común acuerdo, sino también en todos aquellos casos en que un solo cónyuge adquiere para la sociedad, según se deriva del sistema de libertad que gozan los cónyuges, y como reconocen más o menos directamente diversos preceptos legales (arts. 1365, 1367, 1370"; etc.

12 GIMENEZ DUART (Cargas..., cit., p. 546), DE LOS MOZOS (Ibidem); T. TORRES (Op. cit., p. 762), para quien no "hay duda que el esposo con dinero en su poder puede llevar a cabo negocios de adquisición en base a esta doble premisa. Que tiene capacidad suficiente para ello, ya que el matrimonio no se la ha restringido y además tiene en su poder dinero, el único condicionamiento que se le impone es que el acto de adquisición tenga lugar con el dinero que jurídicamente esté poseyendo"; etc. Por su parte, LACRUZ (El régimen..., cit., p. 127) respecto de la cuestión de si un cónyuge puede adquirir individualmente bienes comunes obligando a la comunidad distingue: "En cuanto a terceros, la solución afirmativa se desprende inequívocamente del art. 1384. Mas inter partes,... cuando declara válidos los actos de disposición de dinero ganancial por el esposo que lo posee, debe interpretarse restrictivamente frente a la regla general del art. 1375, de disposición conjunta de los bienes gananciales...".

267
plano de eficacia. De una parte, porque a su amparo cabe la válida adquisición de gananciales, individualmente y con fondos comunes\textsuperscript{124}, lo que se permite por el legislador para evitar que una aplicación excesivamente rigurosa del principio de cogestión ganancial pueda dificultar el gobierno de los intereses familiares\textsuperscript{125}, o provoque una incertidumbre en el tráfico jurídico\textsuperscript{126}. De otra parte, el 1384

\textsuperscript{124} LACRUZ BERDEJO (Algunos aspectos..., cit., p. 539) apunta que: "... si el cónyuge, para pagar el precio debido, ha empleado bienes realmente gananciales, habrá dispuesto de cantidades no exclusivamente suyas y sobre las que no debía disponer, pero ello no atañe a la validez de la compra, tanto más cuanto que, a diferencia de la disposición de dinero ajeno sin derecho, en este caso el esposo tendrá al menos una legitimación formal para hacer uso de los fondos comunes en su poder, dada la potestad amplísima que le confiere frente a terceros el art. 1384" y SANZ VIOLA (Op. cit., p. 1754) manifiesta que en "la práctica, las adquisiciones hechas por uno solo de los cónyuges se suelen realizar con numerario ganancial o, más exactamente, presumiblemente ganancial (art. 1361 Cc.), en poder del adquirente y, por tanto, se trata de un supuesto en que se reconoce la disposición por separado de uno de los cónyuges de bienes comunes (art. 1384 Cc.)."

\textsuperscript{125} Como manifiesta AVILA (Régimen económico matrimonial y Registro de la Propiedad, R.C.D.I., Ene.-Feb., 1987, p. 30), la "regla de administración conjunta aplicada a rafstysa seria insuperable... Por eso el art. 1384 del Cc. dispone que serán válidos los actos de... disposición de dinero realizados por el cónyuge a cuyo nombre figure o en cuyo poder se encuentra. Luego si ese cónyuge, maladavemente, puede disponer del dinero que se halle en su poder, cabe que la disposición consista en la adquisición de bienes inmuebles".

\textsuperscript{126} Así, OROZCO: La protección..., cit., p. 1152. En esta línea, GARRIDO DE PALMA (El matrimonio..., cit., p. 171), que indica que el 1384 contempla "la vertiente de actuación cara a terceros, la esfera legitimadora ad extra, en aras a la seguridad del tráfico jurídico, que evita no sólo la exigencia de pruebas de titularidad de bienes o de la utilidad de los actos, sino la impugnación por el consorte del que figura con los bienes a su nombre o en su poder (serán válidos, comienza diciendo el citado 1384)"; T. TORRES (Op. cit., pp. 758-759). (continúa...)
revela claramente la conexión existente entre los arts. 1362, 29 y 1365, 19 del Cc., que venimos manteniendo\textsuperscript{117}. En efecto, puede interpretarse que la trascendencia endeudante del caudal común, por la adquisición individual de bienes comunes (1362, 29), vendría dada por suponer esta actividad un supuesto de 
\textit{disposición de gananciales} (ya que el dinero integrante del haber común es, o se presume, consorcial), que correspondería al adquirente, \textit{ex art. 1365, 19}; por prescripción de la ley: el propio art. 1384 CC.\textsuperscript{111}

En definitiva, la obligación del patrimonio ganancial, por las adquisiciones de gananciales real-

\textsuperscript{115}(...continuación)

que interpreta que la "finalidad que el legislador ha perseguido con la introducción de esta norma de legitimación frente a los terceros... se proyecta tanto en interés del esposo que realiza el acto... (a quien) no se le debe exigir que demuestre la titularidad exclusiva del bien ni la utilidad del gasto, y en favor de tercero, que no tendrá que comprobar la legitimidad de la actuación del cónyuge"; el propio MAGARÍTOS (\textit{El órgano...}, cit., pp. 417-418), aunque considera preciso para "vindicar la sociedad de gananciales... el consentimiento del otro cónyuge (aun tácito)" (p. 437); etc.

\textsuperscript{117} También OCAÑA RODRÍGUEZ (\textit{Deudas y sociedad de gananciales. Su proyección práctica en los procesos civil y penal}, Madrid, 1992, p. 28), reconoce que en los casos del art. 1365, 19 "se trataría de una deuda común en la relación interna a tenor del 1362, 29".

\textsuperscript{111} Idea acogida por GIMENEZ DUART: \textit{Cargas...}, cit., p. 546; \textit{La gestión...}, cit., p. 583); etc. En contra, sin embargo, están los RUEDA (Op. cit., p. 577): "... es indudable la validez de la disposición unilateral de dinero ganancial que está en poder del cónyuge disponente, \textit{ex art. 1384}, pero esa disposición no es causa del nacimiento de la obligación del resto del precio; el art. 1384 legítima para disponer del dinero, pero no para comprometer el patrimonio ganancial". 

269
lizadas separadamente por un cónyuge, debe mantenerse tanto en la órbita de la responsabilidad frente a terceros (la legitimación ad extra del consorte actuante y la seguridad del tráfico jurídico así lo exigen)[12], ex art. 1369 Cc., como en la esfera de la deuda social[13] (por la aplicación combinada de los arts. 1362, 22 y 1365, 19)[14], ya que no debe considerarse contratación extralimitada la adquisi-

[12] DI MARTINO (O,i acquisi... cit., p. 184) dice que la "exigencia de salvaguardar la agilidad del tráfico jurídico sugiere valorar en abstracto el interés de la familia, en el sentido de sostener que aquél subsiste cada vez que una obligación sea asumida para adquirir un derecho objeto de comunidad; (por lo que) se debe sostener que, al menos, en su relevancia externa los actos de adquisición, también si efectuados sirviéndose de bienes comunes, deben considerarse siempre de ordinaria administración, en cuanto que un cónyuge por sí solo puede comprometer el patrimonio común para cumplirlos".

[13] En Italia, PEREBSO (Op. cit., p. 360), señala que la deuda común "puede ser acreditada en estos casos cuando existan los presupuestos para la aplicación del principio de la apariencia del derecho en relación al cónyuge que no ha contraído la obligación. Cuando, en base a la apariencia, el tercero pueda considerar que el cónyuge con el cual ha contratado haya actuado también como representante del otro. Bajo este último aspecto puede asumir relevancia el destino del bien para cuya adquisición ha sido contraída la obligación".

[14] FERNANDEZ VILLA (El pasivo de la sociedad de gananciales: en torno al art. 1369 Cc., A.D.C., Abr.-Jun., 1993, p. 696), en relación con el 1370 sostiene que: "... en estos casos nos encontraríamos con una deuda de un cónyuge de la que responde con sus bienes privativos, pero que, además, es deuda de la sociedad, porque el art. 1362, 2 Cc. pone a cargo de la misma todos los gastos de adquisición de bienes gananciales, y entre éstos se cuenta el precio pagado o a pagar por el bien adquirido, por lo que también responderá el deudor, además, con los restantes bienes gananciales, de forma indistinta (art. 1369 Cc.)".

270
ción individual de bienes comunes\textsuperscript{111}.

Por último, no cabe duda que estas ideas expuestas, que agilizan la gestión ganancial, deben completarse con una doble defensa de los intereses en juego. De una parte, no puede descuidarse la necesaria protección de los terceros que contratán con un solo cónyuge, lo que exige que aquéllos, para que puedan agredir el íntegro patrimonio común, no estén obligados a comprobar el carácter familiar de la operación\textsuperscript{111}. Y de otra, tampoco puede olvidarse la

\textsuperscript{111} Esta tesis que propugnamos para nuestro Derecho, está muy extendida en el Derecho italiano. Así, los FINOCCHIARO (Op. cit., p. 1103, nota 10), que se basan en que el art. 180 CC. "Relativo a la contraposición entre actos de ordinaria y extraordinaria administración es de estricta aplicación y puede invocarse únicamente con referencia a los actos de administración de bienes comunes y no ya a la asunción de obligaciones (incluyendo la adquisición de bienes comunes)... para el interés de la familia": NATUCCI (Op. cit., p. 127, nota 26), que parte de que la "ley admite la adquisición separada (también de bienes inmuebles) por parte de los cónyuges, considerándola así presupuesto de la comunidad misma"; OPO (Acquisiti alla commuione coniugale e pregiudizio dei creditori personali, Diritto di Famiglia, Scritti in onore di R. Nicolò, Milano, 1982, p. 397) para quien la "adquisición para la comunidad no puede considerarse anormal, ya que la ley la hace normalmente derivar de la relación de matrimonio, como normal reflejo de la colaboración entre los cónyuges"; etc.

\textsuperscript{111} En nuestra doctrina mantienen esta idea, entre otros, GIMENEZ DUART (Cargas..., cit., p. 547), O’CALLAGHAN (Op. cit., p. 128); etc.; se oponen, en cambio, DE LA CAMARA (El régimen..., cit., p. 393), CARANILLAS (Comentario a la S. de 6 de diciembre de 1989..., cit., p. 100); etc. En Italia, defienden esta tesis CATAUDELLA (Op. cit., p. 307), DI MARTINO (L’acquisto..., cit., p. 180); etc.; y en contra, se hallan INTERSIMONE y PARMEGIANI (La tutela dei terzi, Il nuovo Di- ritto di Famiglia, Contributi notarili, Quaderni della Riv. Not., Milano, 1975, p. 212) que proponen que deberá "estar al cuidado del acreedor la demostración de que la obligación ha sido asumida en el interés de la familia, a menos que tal obligación haya sido asumida por ambos cónyuges". Cfr. notas 19, 64 y 88 de este Capítulo.
defensa del consorte no adquirente, lo que se logra, básicamente, en el art. 1370, que establece la afec-
ción preferente de la cosa comprada frente a los acreedores.\(^{14}\)

Por lo que se refiere al Derecho comparado, los autores italianos se decantan por la tesis de la vinculación de la comunidad conyugal por las compras individuales de bienes comunes, en base a los arts. 177, a) y 186, c) del Codice.\(^{15}\) El argumento bási-
co de esta idea se funda en el dato de que dichas adquisiciones constituyen el presupuesto esencial de la existencia del propio consorcio, por lo que deben ser consideradas realizadas, en principio, en evi-
dente interés de la familia, pues ésta va a experi-
mentar un incremento en su haber. Por tanto, a no ser que se compruebe el beneficio particular del esposo adquirente, no procede reembolso alguno en

---

\(^{14}\) También en Italia reconocen los derechos del cónyuge no actuante, PINO (Op. cit., p. 113), que entiende necesario coordinar dos principios contrapuestos "ya que el matrimonio no suprime la individualidad del propio cónyuge y esta última no puede prescindir de los límites que derivan para cada uno de una vida en común"; CARLUCCI (Op. cit., p. 29), para quien, si bien las "adquisiciones realizadas separadamente son, de cualquier modo, válidas, queda a salvo para el cónyuge que no ha consentido la posibilidad de hacer valer... los remedios" establecidos por la ley; y en relación expresa con nuestro Derecho, PERLINGIERI (La familia en el sistema constitucional español, R.D.P., Feb., 1988, p. 113), advierte que el Derecho de Familia está "fundado sobre la libertad y sobre la respon-
sabilidad respecto de las consecuencias que el ejercicio de la libertad puede producir a los demás..."; etc.

\(^{15}\) Cfr. nota 111 de este Capítulo.
favor del patrimonio común. En el Derecho francés, aunque el art. 220 del Code descarta expresamente la solidaridad de los esposos por las deudas procedentes de las adquisiciones separadas de bienes comunes a plazos, sin embargo, existen numerosos autores que mantienen, también en estos casos, la obligatoriedad de la adquisición para la comunidad conyugal. Así, esta orientación doctrinal indica que este aparente obstáculo legal tiene una réplica contundente: la aludida negación de la solidaridad entre los cónyuges, por los débitos derivados de las indicadas adquisiciones, sólo se refiere al patrimonio privativo del consorte no adquirente (los llamados propres), pero no a la imprescindible vinculación del patrimonio común. Y todavía más, también se producirá la responsabilidad de los propres del esposo no comprador, si se trata de una deuda de las

136 Podemos añadir también aquí los argumentos de PALZEA (Op. cit., p. 630), que escribe: "Un ulterior apoyo textual puede encontrarse en el art. 192. En el párrafo 10 se dice que cada uno de los cónyuges debe reembolsar a la comunidad las sumas retiradas del patrimonio común para fines diversos del cumplimiento de las obligaciones previstas por el art. 186; y entre estas obligaciones están... aquellas contraídas por los cónyuges, aunque separadamente, en el interés de la familia. Del párrafo 10, por tanto, se deduce el derecho de cada uno de los cónyuges de retirar del patrimonio común las sumas necesarias para cumplir las obligaciones contraídas en el interés de la familia..."; y los FINOCCHIARO (Op. cit., pp. 1035-1036), señalan que la adquisición separada de bienes comunes se confirma por el art. 32 de la Ley de 8 de agosto de 1977 que regula la inscripción de adquisiciones realizadas por un solo cónyuge; criterio que comparten GIUSTI (La pubblicità..., cit., p. 398); OBERTO (Comunione legale, regimi convensionale e pubblicità immobiliare, Riv. Dir. Civ., 1988, 11, p. 208); etc.
llamadas domésticas, o sea, las correspondientes a las necesidades primordiales del ménage. 

3. CONCLUSIONES AL CAPÍTULO.

Ante las deficiencias y contradicciones de que adolece la repetidamente mencionada teoría de la separación de la deuda y la responsabilidad en el pasivo ganancial, ésta se resiente y surgen voces dispares a las que nos adherimos. Esta contradecía

137 En este sentido, existen autores que mantienen la validez de las compras a plazos hechas por un solo cónyuge (CHAMPION: Op. cit., p. 30), incluso con carácter endebiente del íntegro patrimonio común si se pretendió el provecho familiar, así, COLOMÉR (Régimes matrimoniaux, Droit Civil, París, 1988, pp. 376-377) TERRE Y SIMLER (Op. cit., p. 360) que afirman: "Incluso una deuda excesiva o, a fortiori, una compra a plazos pueden tener por objeto satisfacer las necesidades esenciales del ménage. Que una deuda tal, a pesar de su objeto doméstico, no obligue solidariamente al cónyuge es fácilmente justificable. Que sea dejada a cargo exclusivo del esposo que la ha contratado por las necesidades comunes no lo sería tanto. Las deudas domésticas no solidarias deben, pues, ser comprendidas entre aquellas que el art. 1409 pone a cargo definitivo de la comunidad, siendo debida recompensa, ocurriendo el caso, al esposo que las ha satisfecho por medio de sus propios medios"; el mismo SIMLER (Loi no 85-1372 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, Juris-cl. civil, n° 3, 1986, p. 46) que entiende que las adquisiciones a plazos obligan también las ganancias y salarios del cónyuge no comprador; etc. Menos claro resulta VOIRIN (Manuel de Droit Civil, T. 1, edition par Goubeaux, París, 1989, p. 104), para quien, en "estas hipótesis, sólo el esposo que ha contratado está obligado y el acreedor no puede perseguir los bienes de su cónyuge", con lo que parece negar sólo la solidaridad por la deuda, que no la responsabilidad de los bienes comunes.

274
La sistematización...

inclinación doctrinal (que, por otro lado, no es tan nueva)[13], se basa en la rechazable distorsión que deriva de la indicada división entre los integrantes esenciales de la relación obligatoria[19]. En realidad, como hemos comprobado a lo largo de este Capítulo, esta pretendida escisión nada aporta al esclarecimiento del problema de la ganancia/idad pasiva y sí oscurece, al par que complica, el ya de por sí a sistemático criterio legal[40].

13 Pues la doctrina que aludimos invoca un principio básico en el régimen de la obligación, aplicado a la ganancia, ya por MANUESA (Comentarios al Código Civil Español, T. IX, Madrid, 1930, p. 541), en la redacción primitiva del Cc.: "Todas las cargas u obligaciones impuestas a la sociedad deben ser soportadas por ella...", y recogido en la Ley de Estilo: "ibi un.lumentum, ibi onus".

19 Como dice GORDILLO (El pasivo..., cit., p. 352), la "distinción entre... cargo definitivo y la responsabilidad provisional... ha llevado más a la desorientación que a la claridad... (debiendo) entenderse la responsabilidad derivada del cargo en forma tal que, afirmado éste, deba seguirse aquélla tanto provisional como definitivamente". Quizás por ello ALVAREZ CAVERCHIPI (Op. cit., pp. 253 ss.), evita cualquier alusión a la mencionada distinción.

40 La inutilidad de la separación entre cargo definitivo y responsabilidad provisional en la obligación ganancial se detecta, entre otros, por GOMEZ DE LA ESCALERIA (Op. cit., p. 1194), quien, a pesar de sostener su existencia, reconoce en el estudio del 1366 que: "...el nuevo art. 1366 distingue... dos tipos de obligaciones extracontractuales: aquellas de cuyo cumplimiento responde el patrimonio ganancial, tanto frente a los acreedores (responsabilidad provisional) como en el aspecto interno (responsabilidad definitiva); y aquellas otras que, por el contrario, están excluidas de la responsabilidad y del cargo de la sociedad de gananciales. El hecho de que el Código se limite a formular esta dicotomía para las obligaciones extracontractuales, trae consigo el que la distinción entre el aspecto externo o provisional y el aspecto interno o definitivo de la responsabilidad ganancial, pierda gran parte de su interés práctico, ya que bastará comprobar que, con arreglo al art. 1366, una obligación extracontractual debe ser asumida (contínua...
Asimismo, esta oposición a la tesis de la separación, podemos fundarla en el derrumbamiento de la dualidad deuda y responsabilidad en las deudas consorciales, que resulta del reconocimiento que los mismos autores que la mantienen hacen de la evidente identidad existente entre los arts. 1362 y 1365 del CC, que, supuestamente, tendrían que basarla[*].

Pero, además, los cimientos de la indicada teoría de la escisión entre débito y afección en la obligación ganancial cimbran cuando los autores recientes admiten la frecuencia con que deuda y responsabilidad, también en las obligaciones gananciales, están conectadas, por lo que su separación sería excepcional[*]. Y todavía más, puede comprobar-

[*] (...continuación)

por el consorcio matrimonial, para que los bienes gananciales tengan que responder *provisional* y *definitivamente* de su cumplimiento. Haciendo que el centro del problema no sea ya tanto el de resolver si la deuda debe ser provisional o definitivamente asumida por la sociedad cónyugal, sino el de determinar las reglas bajo las cuales, en cada caso, los acreedores de uno de los cónyuges pueden atacar los bienes gananciales para satisfacer su derecho de crédito". Y, preguntamos nosotros, ¿este criterio no puede trasladarse a todas las obligaciones gananciales?[*]

[*] Lo que hemos comprobado en el apartado 2.1. de este Capítulo. Baste citar aquí la siguiente reflexión de GUARATE (Gestión..., cit., p. 348): "... cuando se contrastan los supuestos de una y otra norma (arts. 1362 y 1365) lo que parece de gran interés pierde parte de su trascendencia al contenerse en ambos preceptos supuestos prácticamente idénticos. De tal manera que lo que afecta a la esfera externa también va a ser determinante de la atribución definitiva de la carga y viceversa".

[*] Así, O'CALLAGHAN (Op. cit., p. 126) parte del presupuesto de que la "responsabilidad de los bienes gananciales... (continúa...)"
La sistematización...

se cómo los autores paladines de la tesis separacionista que negamos vienen, además, a sopesar las ventajas de la posición que defendemos. Este reconocimiento demuestra que nuestra visión puede ser también admitida por razones poderosas tales como facilitar a los acreedores comunitarios el cobro de sus créditos, pues éstos no están obligados a probar

14[...continuación]
normalmente coincidirá con las obligaciones a cargo de la misma”. También ECHEVERRIA (La contratación..., cit., p. 244), admite que la “adquisición ganancial, supone gestión ganancial, y cargo y responsabilidad ganancial, aunque todo sea presuntivamente y a través del resultado final ganancializador del art. 1361”.

14 Así, GUILARTE (Gestión..., cit., p. 168), RAGEL (Ejecución..., cit.), que advierte que muestra opinión “favorece extraordinariamente a los acreedores de uno o ambos cónyuges, ya que aquéllos no tienen que soportar la carga de demostrar la naturaleza del débito” (p. 24) y que de otro modo se “entorpece gravemente el tráfico jurídico, al imponer al acreedor la necesidad de contar con el consentimiento del marido y de la mujer, si quiere tener la garantía del patrimonio ganancial” (p. 25); etc. Además, creemos que la tesis de este autor de que hay que proteger a la familia frente a “la actuación indiscriminada y quizás egoísta de uno de los consortes” (p. 25) está contemplada en otros arts. (como el 1370, etc.), sin olvidar que el esposo perjudicado puede impugnar los actos del otro contraídos fuera “del giro o tráfico de la sociedad de gananciales” (MANRIQUE: Op. cit., p. 32); o lejos de lo que GIUSTI (L'amministrazione..., cit., p. 9) concibe como “legitimación... que se caracteriza por su normalidad (y que) corresponde, sea a la exigencia de aligerar al máximo la gestión cotidiana del menage, atribuyendo un ámbito de concreta autonomía responsable a los cónyuges en sus recíprocas relaciones, sea a la necesidad de tutelar la confianza del tercero en la titularidad del poder de disponer del cónyuge, en una prospectiva de general protección del tráfico jurídico”. En definitiva, como dicen HAUSER Y HUET-WEILLER (Op. cit., p. 729): “La vida de la pareja casada es también normalmente la vida autónoma de cada esposo, sea en cuanto a su persona como también en cuanto a la dirección del menage”, (de modo que) le parece al legislador que la autonomía individual concedida a cada esposo podría ser una garantía de dinamismo para el conjunto y, porqué no, un factor de estabilidad de la familia”.

277
el carácter ganancial de la obligación contraída por un cónyuge en su gestión de la sociedad[14], siempre que éste actúe dentro de su aparente ámbito de legitimación[15]. En realidad, puede entenderse que la necesaria protección de la rapidez[16] y de la seguridad del tráfico jurídico[17], y la obligatoria de-

[14] Como entiende ALBALADEJO (Curso..., IV, cit., p. 171), no “es razonable forzar a todo acreedor a tener que discriminar si el derecho que adquiere es para la otra parte una obligación contraída en exclusiva utilidad suya o... en provecho de su familia”.

[15] De este modo, GORDILLO: Op. cit., p. 362. También se observa esto en la Exposición de Motivos del Proyecto de ley de Reforma que reconoce que se “ha tenido muy en cuenta la necesidad... de salvaguardar el interés... de los terceros que contratan exclusivamente con el marido o con la mujer” (Código Civil (Reformas 1978-1983), Trabajos Parlamentarios, I, Cortes Generales, Madrid, 1985, p. 171). En esta línea, FERNANDEZ VILLA (Op. cit., pp. 691-692), afirma que frente a la comunidad... que las deudas propias de un cónyuge son aquellas que han sido contraídas por él personalmente, de las cuales, por no estar comprendidas en los arts. 1365, 1367 y 1369 (teniendo presente que en este último se incluyen las deudas de los arts. 1362, 1366 y 1368), responderá únicamente con sus bienes privativos”. Por ello nos parece excesiva la idea de GUILARTE (Gestión..., cit., p. 155) de que nuestro Derecho “protege el interés familiar en detrimento de la agilidad del tráfico y de las expectativas de los terceros”.

[16] Considere CASADO COCA (La interpretación del art. 144 del Reglamento Hipotecario en relación con la ejecución de bienes gananciales. La Ley, 1984, p. 1174), que impone en este punto la actividad conjunta de los cónyuges dificultaría “la rapidez del tráfico y la toma de decisiones para tal tráfico”. También en Italia, FILANTI (Op. cit., p. 650) asegura que: “... si se sostuviese aplicable la regla de la gestión disyuntiva cuantas veces el acto es idóneo para satisfacer cualquier necesidad de la familia, el tercero contrayente estaría suficientemente tutelado y la misma actividad económica de la familia ganaría por ello en soltura y rapidez”.

[17] Una especial forma de amparar el tráfico jurídico se pretende lograr también en el Derecho Italiano, por CIAN y VI- LLANI (Op. cit., pp. 357-359), quienes si bien parten de que no “es reconocible en nuestro sistema jurídico una carga para (continúa...
fensa que el ordenamiento jurídico debe hacer de la aparición que el devenir normal de la actividad conyugal supone, no puede producirse más convenientemente que de ese modo y manera.

(...continuación)

el tercero de informarse sobre la situación conyugal de la propia contraparte contractual y sobre la finalidad (si por intereses individuales o de la comunidad) del acto por la misma realizado", consideran bastante para que un negocio adquisitivo no comprendido en el art. 186 obligue a la comunidad, que se haya realizado a nombre y por cuenta de la comunidad, inteligencia que favorece "la certeza y agilidad del tráfico jurídico", sobre todo teniendo en cuenta que la referencia a la comunidad "no significa deber de una declaración formal al respecto... (pues la) indicación de que se actúa para la comunidad podrá resultar... de diversos modos: podrá ser deducida de circunstancias concluyentes... (etc., incluso) la referencia a la comunidad podrá ser implícita". Esta tesis es acogida por la jurisprudencia, pues como indica DOLLOTTI (Regime patrimoniale della famiglia, 1984-1988, Riv. Dir. Civ., 1989, II, p. 159), una S. del Tribunal de Monza de 25 de octubre de 1983 establece que si un cónyuge actúa en nombre propio, aunque la adquisición entre en la comunidad, el otro cónyuge permanece extraño a la relación obligatoria con el tercero (en cuanto al pago del precio, derecho a la entrega); en cambio ambos cónyuges forman parte de la relación si aquel de ellos que estipula el acto afirma actuar como partícipe de la comunidad.

En Francia, esta legitimación aparente se quiere fundar, bien en la idea de que las reglas legales "tienen por objeto, por un juego de presunciones de poder... impedir una absorción demasiado completa de la personalidad de uno u otro (cónyuge)... en la unidad conyugal" (CARBONNIER: Droit..., cit., p. 133); bien en beneficio de terceros, pues dice COLUMBER (Op. cit., p. 390) que: "...poco importa... que, en efecto, el esposo no haya sido movido por el cuidado de los intereses comunitarios, sino más bien al contrario haya actuado para su beneficio personal... Tendrá lugar, en su momento, la recompensa para la comunidad, pero el acto no será menos válido, en principio, y la masa común no estará por ello menos expuesta a los golpes de los acreedores".

En esta línea, MANRIQUE (Op. cit., pp. 32, 37-38) concluye que: "la comunidad de vida que surge del matrimonio produce una aparición social que legitima frente a terceros... toda actuación de un casado en su concepto de gestor del patrimonio ganancial...", lo que deriva, de "la absoluta pri-

(continúa...)
Finalmente, esta tendencia doctrinal de equiparar deuda y afección en la obligación ganancial, y que sostenemos, resulta tan objetivamente fundamentada que no sólo está consagrada en nuestro Derecho, sino que es también la que está en la base de la regulación contenida en el Derecho comparado. Así, en el Codice italiano, como advierte la mayoría de sus comentaristas, se obvia la separación entre débito y responsabilidad en las deudas comunitarias, pues su art. 186 habla al mismo tiempo de las obligaciones que gravan los bienes de la comunidad, y

144 (...continuación)

ridad que debe darse a la seguridad en el tráfico jurídico" (ECHEVARRÍA: Sociedad..., cit., p. 9), y del "carácter de derecho necesario (que el 1365 tiene)... en lo afectante a terceros" (GIMENEZ DUART: La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981, R.D.N., Jul.-Dic., 1981, pp. 79-80). Por todo ello, entiende ALVAREZ-SALA (Aspectos..., cit., p. 32) que: "No sería oponible a terceros un pacto capitular que, v.gr., en atención a la utilidad familiar del acto, liberase de responsabilidad el patrimonio privativo del cónyuge que lo otorga... (del mismo modo, cuando) ambos cónyuges intervienen formalmente como parte en la obligación con el tercero -cualquier ambos cónyuges son deudores-, todos los bienes del matrimonio, comunes y privativos, responden, sin que los capitulares puedan recortar la extensión objetiva de esta responsabilidad frente a terceros...". En Italia, CATADELLA (Op. cit., p. 307) sostiene que: "El preeminente interés del tercero... (hace que sea) excesivo imponerle, sea cuando un cónyuge declare actuar en el interés de la familia, sea cuando los cónyuges actúen conjuntamente, la carga de asegurarse sí efectivamente subsiste semejante interés".

150 CIAN Y VILLANI (Op. cit., p. 370) teniendo en cuenta la "probable visión y voluntad en sentido histórico del legislador" abogan "por la tesis según la cual el art. 186 disciplina categorías de débitos de la comunidad, y no una simple responsabilidad patrimonial de esta última"; precepto que, como advierten los FINOCCHIARI (Op. cit., p. 1100), no está pensado "contrariamente a toda apariencia, para la tutela de los cónyuges, sino del tercero acreedor".

280
de que los bienes de la comunidad responden, lo cual es sintomático del concepto unitario que de la deuda común tiene el legislador italiano\textsuperscript{151}. Incluso, puede apuntarse que esta visión unitaria de los débitos de la comunidad conyugal es la que inspira el régimen legal francés, a pesar de que el art. 1409 del Code si que distingue entre obligación y contribución a la deuda, pues la conexión entre pasivo provisional y pasivo definitivo se considera como la regla general en las obligaciones comunes\textsuperscript{152}. Por último, también el Derecho portugués parte de la facultad de cada cónyuge para obligar los bienes comunes en sus actuaciones en beneficio del matrimonio, cuestión que no afecta a los acreedores, pues

\textsuperscript{151} Como creen, entre otros, MANRIQUE (Op. cit., p. 20), quien observa que en el art. 186 del Codice "se utilizan como sinónimos los conceptos de carga y de responsabilidad y resulta que todas las obligaciones contraídas por los dos cónyuges son deudas comunes y que las contraídas por uno en interés de la familia son también deudas comunes"; TORRALBA (Op. cit., p. 1661); etc.

\textsuperscript{152} Así, COLOMER (Op. cit., p. 404) opina que: "... en el ejercicio de los poderes que, sobre los bienes comunes, detenta, cada esposo, se reputa que obra en el interés de la comunidad; también el pasivo que contrata es normalmente soportado por ella a título definitivo". CORNU (Op. cit., p. 381) advierte que: "... salvo excepción, cada esposo tiene el poder de obligar a la comunidad por todas sus deudas" cualquiera que sea su naturaleza, o su causa (CHAMPION: Op. cit., p. 110), ya que el "pasivo común" las engloba en principio. Finalmente, TEREDE y SIMLER (Op. cit., p. 365) apuntan que: "... las otras deudas nacidas durante la comunidad (que no sean alimenticias o del ménage que siempre son definitivas) son siempre comunes en cuanto a la obligación y en principio en cuanto a la contribución"; y GIUSTI (Paritá..., cit., p. 189), en un estudio del Derecho francés concluye que en el mismo "cada cónyuge... puede ahora hacer responder la totalidad de los bienes comunes en correspondencia a los actos realizados".
éstos no tendrán que comprobar su existencia, pero que sí debe tenerse en cuenta entre los esposos los efectos de los oportunos reintegros. Es por ello por lo que en la regulación legal no se destaca la inútil separación entre deuda y responsabilidad en las obligaciones de la comunidad conyugal[153].

[153] Estas premisas desvirtúan, pues, las consideraciones de GUILARTE (Gestión..., cit., p. 220), que critica este sistema por "la falta de diversificación entre aspecto externo e interno de las deudas que se configuran como comunes o privativas al contemplarse exclusivamente la cuestión desde la óptica de las relaciones entre esposos. Sin embargo, para nada se hace referencia a cómo juegan esos supuestos en la relación con terceros acreedores".

282
CAPÍTULO IV. PROPUESTA DE SISTEMATIZACIÓN

DEL PASIVO GANANCIAL.

1. DIFICULTAD DEL TEMA PROPUESTO.

Después del análisis que hemos realizado en los Capítulos anteriores, no descubrimos ahora nada nuevo si decimos que el tratamiento legal, e incluso doctrinal, del pasivo ganancial es confuso y equívoco; ni tampoco parece exagerado indicar que nos hallamos ante el problema clave del régimen de gananciales1. La dificultad para comprender esta materia, y mucho más para intentar sistematizarla, deriva, en primer lugar, de que se trata no sólo de desvelar

---

1 Para MANRIGUE (Op. cit., p. 17) se trata de "uno de los problemas generales más controvertidos del régimen económico matrimonial tras la reforma del Código Civil en 1981". En el Derecho italiano, SANTORO-PASSARELLI (Op. cit., pp. 3-4), considera que es el "problema... quizá más importante en la disciplina legal del gobierno de la familia, porque atañe a la fiabilidad de los cónyuges frente a los terceros"; y DOGLIOTTI (La riforma del Diritto di Famiglia: bilanci e prospettive, Quadrimestre, Riv. Dir. Priv., 1985, I, p. 108), explica que el interés de la doctrina por esta materia deriva de "varias razones concurrentes: la relevancia de los intereses económicos en juego, la preferencia por los perfiles patrimoniales, tradicionalmente privilegiados por la cultura civilística, la incertidumbre y ambigüedad de algunas normas, que ha dado paso a interpretaciones encontradas".
una cuestión terminológica, sino de enfrentarse ante un régimen legal oscuro y complejo, y, por ello, extraordinariamente problemático. Asimismo, los obstáculos para clarificar el tema tratado resultan de razones de muy diversa índole, pero, fundamentalmente, de la discutida naturaleza jurídica.

1 Díez-Picazo y Gilión (Sistemas..., IV, cit., p. 185), hablan en este punto de la existencia de una “terminología variada que conviene aclarar”.


3 En este punto, Manrique (Op. cit., p. 18), concluye que: “La complejidad... de esta materia (surge)... de tres fuentes: 1. La controvertida naturaleza jurídica de la sociedad de ganancias. 2. La socorrida imprecisión técnica y terminológica de nuestro Cc. 3. La amalgama de diversos principios generales absolutamente dispares entre ellos”. Palazea (Op. cit., p. 610) escribe que la “actividad hermenéutica de la ciencia jurídica es puesta a dura prueba por la imperfección de los textos legislativos: una imperfección que no sólo es estilística, porque gravemente defectuosa es la coordinación entre las propias disposiciones, y entre éstas y la restante disciplina del Codice Civile; y sobre todo, porque no están suficientemente definidos los mecanismos jurídicos de la reforma y no está perfectamente graduada la acentuación de los principios en relación a su jerarquía sustancial. Esta situación normativa requiere que el trabajo sistemático del intérprete acentúe la necesaria actividad exegética y su búsqueda lógica no se deje condicionar por factores extrínsecos, de léxico”.
de la sociedad de gananciales, de la falta de una adecuada sistemática legal en la regulación de su pasivo, y de la separación entre deuda y responsabilidad en las obligaciones gananciales que la doctrina se empeña en mantener.

Los autores admiten, por lo general, que el criterio de nuestro Código Civil en este punto es difícil de captar y asistemático, aunque no faltan voces discrepantes. Así, algunos ven un avance técnico respecto de la regulación anterior y una más adecuada sistematización. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, pues aunque mejorando la disciplina antigua, basta con una pausada lectura de los preceptos legales para comprender que el legislador no hiló fino en esta materia y olvidó tecnificarla y sistematizarla. Tampoco, a nuestro criterio, puede alegarse que la mayor nitidez en la separación entre los elementos débito y afección en la

1 Así, por ejemplo, para VÁZQUEZ IRUZUBIETA (Régimen..., cit., p. 50), en “nuestro Derecho las cosas están bastante claras”.


3 También en el estudio del Código, DOGLIOTTI (Il regime..., cit., p. 198), denuncia “la escasa elaboración técnico-formal (que caracteriza... en medida más o menos amplia toda la normativa familiar)... (y) la oscuridad y ambigüedad de algunos enunciados”; y SCHLESINGER (Il regime patrimoniali della famiglia, La riforma del Diritto di Famiglia dieci anni dopo, Padova, 1986, p. 123), no deja de reconocer "el carácter inútilmente barroco de la disciplina... y (los) enigmas que una mala técnica legislativa ha creado".
obligación ganancial, que el Código Civil parece establecer frente al régimen anterior, refleja un atisbo de mejora sistemática. No obstante, los partidarios de la tesis de la escisión ven, normalmente, en la supuesta consagración legal de la misma, un esfuerzo técnico del legislador.

Frente a esta inteligencia nosotros creemos que, a fuerza de separar entre cargo definitivo y responsabilidad provisional en la obligación ganancial, no llegaremos a comprender mejor el sistema legal. Más bien nos parece que ocurrirá lo contrario, pues la indicada separación, lo hemos visto ya, produce contradicciones insalvables que no facilitan la labor sistematizadora de las normas que regulan esta materia. Del mismo modo, se observa cómo al procurar adaptar a los preceptos legales una distinción que no conoce el propio texto legal, se tergi-

---

1 Así, RAGEL (Ejecución..., cit., p. 23) manifiesta que: "Aunque en la nueva redacción se formulan numerosas impercisi-

2 nes, de sus normas se deduce una mayor perfección técnica que la redacción anterior, resaltando una más nítida distinc-

3 ción entre los gastos de cargo de la comunidad ganancial y las deudas de responsabilidad directa de la misma....". También LOPEZ PEREZ (Op. cit., p. 753, nota 15) afirma que la diferencia-

4 ciación sirve "para la adecuada sistematización de la mate-

5 ria". Y TORRALBA (Op. cit., p. 1661) aporta que nuestro "legislador parece haber tenido una mayor preocupación sistema-

6 tica y ha procurado acertadamente separar la cuestión rela-

7 tiva a las realizaciones internas de los cónyuges de aquellas otras referentes a la responsabilidad frente a terceros".

8 Como reconoce GUILARTE: Gestión..., cit., p. 344.
versa el entendimiento de los mismos. En efecto, y según venimos tratando de demostrar, sólo partiendo de que deuda y responsabilidad, también en la sociedad de gananciales, están conectadas, son interdependientes, puede afrontarse con garantía (y con la certeza, además, de estar protegiendo la agilidad y la seguridad del tráfico jurídico), la tarea explicativa del régimen legal ganancial. En realidad, la idea que estamos manteniendo es la que se recoge en el Derecho comparado, ya que se observa en las legislaciones extranjeras la inexistencia de

10 Para GORDILLO (El pasivo..., cit., p. 352), la "distinción entre la esfera interna de las relaciones entre los cónyuges, y la esfera externa de las relaciones de éstos con los terceros acreedores... ha contribuido más que a mejorar la confusa sistemática legal a desenfocar el sentido de no pocos de sus preceptos". Incluso REBOLLED (Deuda..., cit., p. 598), aunque partiendo de la indicada separación, reconoce que la misma "da lugar a un sistema de responsabilidad un tanto complicado". También MALAURIE y AYNES (Op. cit., pp. 217-218), consideran el tema del pasivo conyugal "más complejo que (la del) activo", precisamente por la "dificultad" que supone la separación entre "pasivo provisional y pasivo definitivo".

11 ECHEVARRIA (Sobre el embargo..., cit., p. 103), piensa que si no se parte de la ganancialidad pasiva se produciría un "grave perjuicio para terceros y acreedores y para el tráfico jurídico en general". También aquí podría trasladarse a nuestro Derecho la siguiente idea de CIAN y VILLAN (Op. cit., p. 369): ",... la alternativa para el intérprete es la siguiente: o el art. 186 es norma que disciplina verdaderos y propios débitos de la comunidad, esto es, es norma que hace a la comunidad coobligada por determinadas categorías de débitos, que según las reglas del derecho común no serían suyos, con el efecto de hacer recargar sobre la comunidad misma también los efectos de eventuales incumplimientos; o bien el art. 186 es norma que no disciplina, ni siquiera parcialmente, obligaciones de la comunidad, sino que se limita a someter esta última a una responsabilidad patrimonial por débitos ajenos... La posición del tercero viene –evidentemente- mucho mejor tutelada cuando se accede a la tesis que ve la comunidad coobligada...".

287
un deslín de concreto entre las esferas interna y externa de responsabilidad conyugal. Así sucede en el Derecho italiano (art. 186 Cc.) y en el portugués (arts. 1690 y 1691 del Cc.)11, e, incluso, a pesar de la aparente objeción legal, en el Derecho francés. En efecto, si bien el art. 1409 del Code parece partir de la mencionada distinción (en concreto se divide entre obligación a la deuda y contribución a la deuda), sin embargo, después el art. 1413 del mismo texto legal establece el principio de la obligación de los bienes comunes por la actuación de uno solo de los cónyuges13. Por ello, nos parece incorrecta la visión de algún autor cuando critica la falta de técnica jurídica de los ordenamientos jurídicos aludidos, por no contemplar explícitamente la compleja separación entre deuda y responsabilidad en las obligaciones comunes14. ¿No será, más bien, un adelanto técnico-jurídico partir de la normal conexión entre débito y afección en las deudas del con-  

11 Respecto de la regulación portuguesa, GUILARTE (Ges- tión..., cit., p. 214), critica que el “deslín de las esferas de responsabilidad interna y externa de los bienes conyu- gales... brilla por su total ausencia en el derecho positivo portugués”.

13 En este sentido, por ejemplo, CARBONNIER (Droit..., cit., p. 154); FOURNIER (Op. cit., p. 485); etc.

14 En especial, GUILARTE (Gestión..., cit., p. 179), apunta que no “favorece nada la clarificación del sistema la escasa precisión con que se tratan las esferas interna y exte- rna de la responsabilidad de los bienes comunes, prácticamente fundidas en una normativa indistinta”.

288
socio conyugal? Ciertamente, la tesis que debe prevalecer es justamente la contraria de la que vejamos antes, es decir, la sistematización del pasivo de la sociedad de gananciales no se logra separando los elementos deuda y responsabilidad en las obligaciones consorciales, sino trasladando a éstas el criterio que en el Capítulo I hemos confirmado que existe para las obligaciones generales, a saber: no hay débito sin afección, ni puede darse ésta sin aquél, si queremos hablar de la existencia de una auténtica obligación jurídica.\footnote{Este postulado se acoge certeramente por CRISTOBAL MONTES (Op. cit., p. 27), cuando asegura que: "La deuda supone la responsabilidad tanto como la responsabilidad supone la deuda, son partes complementarias de un todo, cuya presencia es precisa si se quiere que la relación obligatoria no pierda su sustancia jurídica". Por ello, respecto de las deudas gananciales, ECHEVARRIA (Sobre el embargo..., cit., pp. 151-152) asevera que si "la gestión propiamente dicha... puede ser unilateral o solidaria y en algunos casos, uno solo de los cónyuges está obligando a la sociedad de gananciales, la responsabilidad ganancial derivada de estas actuaciones se extenderá, sin distingos, a todos los bienes gananciales".}

Por todo ello, nos proponemos modestamente aportar un poco de luz a esta oscura materia, aunque reconocemos que la labor es ardua y complicada, y que podría parecer pretenciosa nuestra afirmación de que es posible sistematizarla.\footnote{Así, GORDILLO (El pasivo..., cit., p. 351) escribe que: "... el tratamiento de las nuevas normas reguladoras del pasivo de la sociedad de gananciales (arts. 1362 a 1374) viene siendo de lo más variado y desconcertante... el criterio de sistematización cuando se le busca y explicita, no siempre parece corresponderse con los preceptos que deberían fundamentarlo...". En el Derecho italiano, FILANTI (Op. cit., p. (continúa...))}
yados en la más reciente doctrina y Jurisprudencia, tanto española como extranjera\textsuperscript{17}, así como en los postulados que pueden deducirse de la regulación contenida en el Derecho comparado\textsuperscript{18}, destacaremos en el presente Capítulo los que nos parezcan ser los grandes principios del régimen legal consorcial, e intentaremos desentrañar el verdadero significado del pasivo de la sociedad de gananciales, sistematizando a través de unas líneas generales.

Una vez realizada esta tarea, dedicaremos el último Capítulo de este trabajo (V) al estudio y a la explicación (según los principios esenciales que extrayamos de la regulación legal de las deudas consorciales), de los distintos preceptos legales

\textsuperscript{16}(...continuación)
643), cree también que existe una "desconcertante variedad de opiniones (que) encontraría explicación en la extrema desorganización y fragmentación de las disposiciones relativas a la administración, y más ampliamente, al instituto de la comunidad legal".

\textsuperscript{17}En Italia, INGINO (Op. cit., p. 317), pone de relieve la dificultad que supone en esta materia "la escasa elaboración jurisdiccional del entero sector del régimen patrimonial de la familia". Algo parecido podría decirse, al respecto, para nuestro Derecho, ya que la jurisprudencia en este punto es exigua y ambigua.

\textsuperscript{18}Fundamentalmente nos centraremos en el estudio de los Derechos italiano, francés y portugués. En cuanto al Derecho alemán, estamos de acuerdo con GUILARTE (Gestión..., cit., p. 183), que advierte que el "interés del derecho alemán es un tanto relativo desde el momento en que el régimen legal de participación se configura como un régimen que, constante matrimonio, descansa sobre la absoluta separación de bienes de marido y mujer... Esta premisa trae como consecuencia la inexistencia de deudas comunes de la misma forma que no es posible hablar de un patrimonio común que deba hacer frente a esas cargas".

290
que regulan esta compleja materia.

2. LOS CRITERIOS SISTEMATIZADORES DEL PASIVO GANAN-
CIAL.

2.1. INTRODUCCIÓN.

A la vista de las notables deficiencias que
tiene la tesis que separa deuda y responsabilidad en
la obligación ganancial, como hemos intentado demos-
strar en el Capítulo anterior, hay que prescindir de
ella si se quiere lograr una más coherente visión
del esquema legal en esta materia. Pero no basta con
señalar posibles defectos, pues, como quiera que
toda crítica debe ser constructiva, nos proponemos
resaltar la existencia, en el articulado legal, de
dos esenciales principios sistematizadores del cargo
de la sociedad de gananciales: el objetivo y el sub-
jetivo. Así, mientras el primer postulado se funda-
ría en la finalidad consorcial de la deuda contraída,
la segundo se basaría en el acuerdo de los cóñ-
yuges para determinar la cualidad ganancial de una
obligación. El establecimiento de estos criterios
fundamentadores del pasivo ganancial nos permitirá
enfocar con otra perspectiva el desolador paisaje que parece ofrecer el Código Civil en este punto. A nuestro juicio, sólo así, y no ahondando en la artificiosa separación entre débito y afección en las obligaciones gananciales, puede descifrarse de una manera conveniente el contenido de los arts. 1362 a 1374 del Cc.

2.2. EL CRITERIO OBJETIVO: SUS MANIFESTACIONES.

2.2.1. Líneas generales.

En primer lugar, como inicial principio informador de la ganancialidad pasiva, propugnamos el que la nueva orientación doctrinal viene denominando el criterio objetivo15 y que se encuentra formulado

15 De este modo, GORDILLO (El pasivo..., cit., pp. 353-354), lo llama el "criterio intrínseco u objetivo". También DE LOS MOZOS (Comentarios..., XVIII, 29, cit., pp. 236 y 242), parece acogerlo, aunque, sin embargo, lo hace con un sentido distinto al que nosotros proponemos: 10. Porque si bien lo complementa con el de la "determinación legal" (pp. 50 y 282), se trata de un criterio confuso pues unas veces lo refiere a la relación externa (p. 46) y otras a la interna (p. 240). 29. Ya que lo relaciona con la tesis que separa deuda y responsabilidad en la obligación ganancial (p. 236) lo cual que rechazamos. 30. Pues establece su predominio sobre el que él llama "criterio subjetivo" (pp. 237-238), lo cual no es admisible, como más adelante veremos. Por su parte, GUILARTE (Gestión..., cit., p. 376), reconoce igualmente la existencia de este criterio, pero con una eficacia sólo interna: "... (el art. 1362 Cc.) utiliza un criterio exclusivamente objetivo en orden a configurar el pasivo definitivo del consorcio. Ello hace que sea importante destacar que resulta absolutamente indiferente, a estos efectos internos, que sea uno u otro esposa quien realice las actuaciones encaminadas a satisfacer tales nece-

(continúa...)
legalmente en el art. 1362 CC. A virtud del mismo, deben entenderse deudas gananciales y, por tanto, con responsabilidad también consorcial, todas las mencionadas en el citado artículo y aquellas otras que, aun habiéndose producido por la actuación exclusiva de uno solo de los consorte, por conside-rarse realizadas en utilidad de la sociedad de gan-nanciales determinan un débito de la misma. En

11 (...continuación)

idades pues en todo caso van a poder cargarse en el patrimo-nio común". Ahora bien, cabe preguntarse que, si hay cargo, ¿qué impide que haya responsabilidad de los bienes gananciales frente a terceros?

12 En el Derecho italiano este criterio estaría recogido en el art. 186 del Codice, pues como manifiestan CIAN y VILLA-MI (Op. cit., p. 370), el legislador en este precepto "parece haber considerado lógico adosar también a la comunidad los débitos de los que se trata, en cuanto contraídos por intereses objetivos de esta última"; confirmando BOTTARI (Op. cit., p. 263) que conforme al art. 186 del Codice son débitos de la comunidad legal "las obligaciones contraídas en el interés de la familia". En Francia, como advierte CORNU (Op. cit., p. 372), es la regla del art. 1409, 10 del Code la que "esboza una suerte de pasivo objetivo por naturaleza o por origen".

11 Como apunta GORDILLO (El pasivo..., cit., p. 352), debe tratarse de obligaciones que "contraídas en interés del consorcio... al mismo tiempo que personales de quien las con-trae, (son)... además gananciales por su finalidad... (gene-rando) responsabilidad solidaria de los bienes privativos del cónyuge deudor y de los bienes gananciales (arts. 1365, 1366, 1368, 1369, 1370, 1371)". También en este sentido, GARRIDO CERDA (Derechos..., cit., p. 173), afirma que: "... cada cón-yuge tiene derecho a comprometer los bienes del otro, de natu-raleza ganancial: ... Cuando se trate de obligaciones contraí-das en interés del consorcio conyugal, en los términos de los arts. 1362, números 2, 3 y 4; 1365, 29; 1366 y 1386". Por otro lado, la Audiencia Territorial de Barcelona en S. de 17 de marzo de 1986 (recogiendo el criterio de las SS del T.S. de 28 de junio de 1963, 4 de mayo de 1968 y 6 de octubre de 1980), establece que serán de cargo de la sociedad conyugal "todas las atenciones y obligaciones de la familia, que por su ori-gen, carácter y finalidad no deben ser imputadas particular-

(continúa...)
este punto es importante recordar que, como ya se 
vio\textsuperscript{11}, si bien toda deuda contraída por uno de los 
cónyuges es siempre personal del mismo, a los efec- 
tos de su imputación subjetiva, ya que la comunidad 
conjugal no tiene personalidad jurídica, no obstan- 
te, no siempre será \textit{privativa} de aquél, pues la deu-
da producida por la actuación individual de uno de 
ellos, puede ser ganancial (ex art. 1369 Cc.). Y 
todavía más, debe admitirse como regla general que, 
siempre que la intervención singular de un casado se 
haya desenvuelto dentro de los límites normales de 
gestión de las necesidades familiares, la obligación 
así producida se reputará débito de la sociedad con-
yugal\textsuperscript{12}. En concreto, en los supuestos contemplados 
en los arts. 1362, 1365, 1366, 1368, 1369, 1370 y 

\textsuperscript{11}(...continuación)

\textsuperscript{12} En el apartado 1.1.2.2., punto B) del Capítulo III.

\textsuperscript{13} De nuevo puede citarse aquí a ECHEVARRIA (Sobre el 
embarco..., cit., pp. 106-107), quien sostiene que: "En el 
régimen ganancial la calificación de \textit{propio} o \textit{propia} no tiene 
significación alguna (también lo concibe así GOMEZ DE LA ESCA-
LERA: Op. cit., p. 1195, nota 22), si no se le añade la marca 
de ganancial o privativo, pues toda adquisición es propia del 
cónyuge adquirente y toda deuda es propia del cónyuge obliga-
do, pero las repercusiones derivadas de estos actos propios 
son totalmente distintas, según se los califique de privativos 
or gananciales... (siendo postulado esencial la ganancialidad 
de las deudas, pues la actividad de los cónyuges) resulta, en 
la práctica, ganancial en la mayor parte de las actuaciones, 
al estar éstas comprendidas entre las cargas de la sociedad de 
 gananciales (art. 1362 y concordantes). Así, pues, la actua-
ción ganancial será la regla general y la privativa, la excep-
ción".
1371 del Cc., el legislador parece admitir que existe un beneficio de la comunidad conyugal, de manera que dicho resultado beneficioso objetiviza el criterio de imputación ganancial o de responsabilidad de los bienes gananciales.

2.2.2. La virtualidad del interés familiar como elemento determinante del cargo ganancial: argumentos que justifican esta posición.

A favor de la consideración del criterio objetivo como definitivo para determinar el pasivo ganancial puede aducirse un argumento esencial: toda actuación que pretenda favorecer a la sociedad de gananciales o que vaya dirigida a saldar las exigencias de la familia obliga y responsabiliza a la comunidad conyugal. En este sentido nos encontramos, además de con la existencia de una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, con los autores que se ha estimado que el contrato que concertó el marido, origen de la deuda... no tenía fuerza para vincular los bienes gananciales, por haberse contraído en exclusivo interés del marido...", lo cual deriva de la consideración hecha por el Tribunal de instancia que negaba la ganancialidad de la deuda por no poder "apreciarse que el marido obrase en el interés de la familia, soporte ético de sus facultades para obligar los bienes gananciales...". También la S. de 16 de febrero de 1987 parte del criterio asumido por otra S. de 6 de octubre de 1980, según el cual, en la actuación de un solo cómputo se produce la "responsabilidad del patrimonio ganancial... cuando las obligaciones o deudas contraídas por aquél redunden en interés de la familia o hubieran sido asumidas en defensa o (continúa...)"
que hacían coincidir ganancialidad con interés familiar y que hemos citado ya. Por otra parte, este principio primordial de la conexión entre la utilidad de la sociedad de gananciales y el cargo de la misma, que puede encontrarse ya en la ley 207 del Estilo se fundamenta en una serie de argumentos básicos que podemos sintetizar, básicamente, en los

44(...continuación)
beneficio de la misma porque ese es, en definitiva, el destino propio de los bienes de la sociedad conjugal y ese debe ser el principio general y criterio que ha de seguirse en la apreciación de la conducta y gestión marital, mientras no se demuestre que las obligaciones o deudas se hayan contraído con manifiesto perjuicio de la mujer o con ánimo de sustraer del patrimonio conjugal familiar bienes o productos que disminuyan ilicitamente su cuantía. Esta orientación se confirma por otras numerosísimas SS. tales como la de 20 de febrero de 1987, la 12 de mayo de 1989; las de 6 de junio y 2 de julio de 1990; etc. Conforme a esta última Sentencia, señala GUILARTE (Gestión..., cit., pp. 441-442) las "obligaciones no contraídas por los cónyuges deudos en beneficio de la comunidad o para atenciones familiares... (son) externamente privativas mientras que, sensu contrario, las contraídas en beneficio de la comunidad o para atenciones familiares serán las externamente consorciales. Con una formulación tan sencilla llega a reconocer este autor - se sustituye el complejo pero equilibrado sistema del pasivo conjugal que venimos examinando".

45 Cfr., en particular, el apartado 2.2.2.3. del Capítulo III de este trabajo.

46 Dicha Ley establecía que: "... Et como quiere parte en las ganancias, así se debe parar a las deudas...". Asimismo, en el Derecho francés, COLOMER (Op. cit., p. 380), indica que: "Fundada sobre el adagio ubi emolumentum ibi onus, fue ya recibida en el antiguo derecho francés, la correlación entre activo y pasivo (de la comunidad conjugal)...". En la actualidad, como dice ALVAREZ CAPECHIPO (Op. cit., p. 256), este postulado debe traducirse, en nuestro Derecho, en el sentido de que si "los gananciales se lucran con los provechos, es lógico que corran también con los gastos". En Portugal, ANTUNES (Op. cit., pp. 390-391), considera que es por consecuencia de ese postulado esencial, por lo que responden ambos cónyuges de las deudas "que gravan bienes comunes (art. 1694, 10) o tengan por causa la percepción de rendimientos comunes (art. 1694, 20)".
dos siguientes puntos:

2.2.2.1. El interés familiar es un dato que cuálifica al patrimonio ganancial.

Para justificar que la actuación individual de un cónyuge en beneficio de la comunidad conyugal tiene una evidente relevancia comprometedora de la misma, hay que acudir, una vez más, a la concreta configuración que hemos sostenido acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales. Así, hay que partir, nuevamente, de que se trata de un patrimonio separado, que, por estar destinado a la satisfacción de las necesidades esenciales de la familia, o como dicen algunos, por estar conectado con los imperativos más apremiantes del consorcio conyugal\(^\text{17}\), tiene autonomía suficiente para que le sean

\(^{17}\) MARTINEZ CALCERRADA (Op. cit., p. 224) habla, en estos supuestos, de "gastos por normal desenvolvimiento de la sociedad". En Italia, FALESA (Op. cit., p. 627) justifica el cargo de la comunidad no ya sólo en el interés de ésta, sino más aún, en el deber de contribución de los esposos al sostenimiento de la familia: "Entre los deudas que gravan a la comunidad están aquellos contraídos por los cónyuges incluso separadamente en el interés de la familia, de suerte que a cada uno de los cónyuges le es reconocido el poder de obligar al otro cónyuge mediante actos de extraordinaria administración, siempre por las necesidades familiares... Este poder no encuentra, ciertamente, su título en el régimen de la comunidad... (sino en el) deber de contribución"; criterio que comparte, entre otros, PARADISO (Op. cit., pp. 429-430), para quien el art. 186, c) del Código (relativo a las obligaciones contraídas en interés de la familia), no está destinado "a operar exclusivamente en el plano externo", pues tiene, también, relevancia interna, siendo expresión del principio de (continúa...)
imputados, como propios, pero objetivamente, derechos y obligaciones. Por consiguiente, debe seguirse de tal consideración, que habrá, en principio, deuda y responsabilidad de la sociedad de gananciales, cuando en la actividad gestora de ésta se persigan intereses comunes aunque sea en actuación realizada por uno solo de los esposos\textsuperscript{11}. En esta línea argumental, no debe olvidarse que esta imputación objetiva de las cargas comunes está conectada con el patente pensamiento del legislador de que toda ac-

\textsuperscript{11} (...continuación)

contribución de los cónyuges a las cargas familiares, de ahí que queden obligados "los bienes de la comunidad, que pertene-
cen a los cónyuges por cuotas iguales". En el Derecho francés, MALAURIE y AYNES (Op. cit., p. 232), defienden que una "deuda doméstica excesiva, como toda otra deuda, es común desde el momento en que no pertenece al pasivo propio por naturaleza; pues ella no ha sido, necesariamente, contraída en el interés personal de uno de los esposos".\textsuperscript{12}

\textsuperscript{12} Esta visión se sustenta comúnmente en el Derecho ita-
iano. De este modo, entre otros, CARLUCCI (Op. cit., p. 28), afirma que en los casos "de obligaciones contraídas en el interés de la familia, como ese interés es el que en cierto modo unifica, o mejor cualifica, el patrimonio común, cada miembro de la comunidad puede comprometer no sólo los bienes comunes, sino también el patrimonio personal del otro cónyu-
ge"; DE CUPIIS (Indirizzo della vita familiare e responsabilità patrimoniale, Riv. Dir. Civ., 1985, II, p. 1), apunta que exis-
tienen regímenes como el de la "comunidad legal... que com-
portan el específico destino de determinados bienes a las necesidades de la familia: este destino es, por sí mismo, apto para someter tales bienes a ejecución por débitos asumidos, incluso separadamente por uno de los cónyuges, en el interés de la familia", (lo cual no ocurre en los de separación en los que no puede mantenerse que con independencia "de un acuerdo director de la vida familiar, la voluntad de uno solo de los cónyuges pueda obligar también al otro": Alcune considerazioni in materia di Giurisdizione ecclesiastica e civile, di simulazione matrimoniale e di responsabilità patrimoniale dei coniugi, La riforma del Diritto di famiglia dieci anni dopo, Pado-
va, 1986, p. 198); etc.

298
La sistemización...

tuación singular de un esposo está encaminada, y así debe presumirse, a la satisfacción de las finalidades de la familia, aunque cabe desvirtuar esta presunción mediante la prueba en contrario. Incluso, el propio Código Civil hace derivar la deuda y la responsabilidad de los bienes gananciales, de la existencia de una actuación en beneficio del consorcio conyugal. Así sucede, por ejemplo, cuando se trata de obligaciones extracontractuales procedentes de las intervenciones separadas de un cónyuge en utilidad de la sociedad ganancial (ex art. 1366). A nuestro juicio, nada impide que este mismo criterio

19 En nuestro Derecho se viene aceptando esta consideración por la moderna doctrina: así, DORAL GARCIA (Op. cit., p. 10), asegura que las "obligaciones asumidas durante el matrimonio se presume que repercuten en utilidad de éste, de no probarse otra cosa, es en interés y beneficio de la familia. Así lo hace notar la Sentencia de 6 de octubre de 1980"; ECHEVARRIA (Sociedad..., cit., p. 23), quien respecto de las compras de bienes comunes declara que las "deudas que contraiga un cónyuge, generalmente lo son para atender las necesidades familiares, por lo que resulta correcta la calificación de ganancialidad de dicha adquisición..., y como consecuencia, la responsabilidad patrimonial del deudor frente al acreedor debe abarcar la totalidad de ambos patrimonios, el del marido y el de la mujer"; GARCIA GARCIA (El deber..., cit., p. 273), que cita como ejemplo la S. de 28 de junio de 1963; etc. También en el Derecho italiano, entre otros, GABRIELLI (I rapporti patrimoniali tra coniugi, Trieste, 1981, p. 208), piensa que la creación de una especial comunidad entre cónyuges por el régimen legal "comporta que ahora la adquisición de la propiedad exclusiva llevada a cabo por persona casada constituya la excepción; mientras que la regla es que toda adquisición, aunque separadamente realizada por un solo cónyuge, redunde en beneficio de ambos". Finalmente, en relación con el Code, TERRE y SIMLER (Op. cit., p. 380, nota 2), señalan que una S. del Alto Tribunal francés de 31 de marzo de 1987 estableció que los "préstamos hechos por el marido en relación a su familia deben presumirse haber sido empleados en beneficio de la comunidad, más que de sus bienes propios, en ausencia de prueba contraria".
debido considerarse aplicable, también, por existir el mismo fundamento, a las deudas resultantes de las obligaciones contractuales contraídas por un único consorte en su gestión ordinaria de la comunidad conyugal.

2.2.2.2. Una razón de equidad exige que si existe beneficio social debe haber deuda y responsabilidad del consorcio conyugal.

La relación entre el débito de la sociedad de gananciales y la producción de un provecho para ésta, puede entenderse como una consecuencia necesaria del principio general del Derecho *ubi emolumentum, ibi onus*, a virtud del cual, no se debe producir un enriquecimiento sin causa de un patrimonio a costa

---

3. En este sentido, como ya sabemos, se pronuncia, señaladamente, ECHEVARRÍA (*Los límites...,* cit., p. 170), quien admite que los bienes comunes quedan vinculados por "toda actuación de uno de los cónyuges que resulte beneficiosa para la sociedad; así, en el caso de obligaciones extracontractuales, según el art. 1366, esquema que se puede trasladar a los contratos, en cuanto produzcan beneficios para la sociedad, y dentro de ellos, por aplicación de la presunción de gananciaabilidad activa del art. 1361, toda adquisición resultará beneficiosa para la sociedad de gananciales si no se prueba la privacidad y parece lógico que las obligaciones asumidas en dichas adquisiciones sean también gananciales y encuadrables claramente en el art. 1362, y todo ello sin perjuicio de las responsabilidades directas del art. 1365". Cfr., además, respecto de esta cuestión, el apartado 2.1.3. del Capítulo III de este trabajo.
de otro. Ciertamente, este resultado injusto se produciría si determinada objetivamente una carga de la comunidad conyugal (como ocurre, por ejemplo, en los arts. 1362, 1363, 1366, 1368, 1370, etc.; del CC.), no se encuadrara ésta como una deuda definitiva a cargo de los bienes gananciales y, por tanto, no produjera una responsabilidad directa del íntegro patrimonio común frente a los acreedores (art. 1365 CC.).

Además, esta conexión ineludible entre el interés de la sociedad de gananciales y el cargo de la misma, se debe mantener en aquellas actividades individuales de los cónyuges dirigidas a la obtención de rendimientos gananciales. Y ello, ya se trate de ganancias derivadas de la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u

---

31 En esta línea, CUTILAS (La liquidación de la sociedad de gananciales, La Ley, 1986, 3, p. 899), manifiesta que el "principio general del equilibrio entre los diversos patrimonios (el ganancial y los privativos de los cónyuges)... tiene como consecuencias fundamentales que... ningún patrimonio pueda enriquecerse a costa de otro, como disponen los arts. 1358 y 1364, concretándose en fase de liquidación en los arts. 1397 y 1403".

31 De este modo, entre otros muchos, MARTINEZ CALCERRADA (Op. cit., p. 215), GIMENEZ DUART (Cargas..., cit., p. 547); etc.

31 Tratándose de deudas contraídas en el ejercicio del comercio, LOPEZ SANCHEZ (Op. cit., p. 596) advierte que: "Se trata, en efecto, de deudas que repercuten positivamente, que benefician al consorcio... (por ello es) el patrimonio de la comunidad el que debe hacerse cargo definitivamente de las deudas mercantiles contraídas por uno de los cónyuges, de acuerdo con la vieja regla qui sentit commodum, sentire debet (contínua...)

301
oficio de cada cónyuge (ex art. 1362, 49 Cc.) o, en
general, de cualquier gestión efectuada en aras de
satisfacer un interés de la familia. La razón de
estas consideraciones es meridiana: toda interven-
ción conjugal encaminada a producir un incremento en
el patrimonio común, debe endeudar y responsabilizar
da la sociedad de gananciales. En particular, ha
de aplicarse este criterio en los supuestos en los

11 [...continuación]

.. _*incommodus*_. La S. del T.S. de 12 de junio de 1985 estableció
que no "es gratuito, a los efectos del régimen de gananciales,
el aval o fianza mercantil prestado por el marido, con motivo
de una póliza de crédito suscrita por una compañía de la que
era socio, pues se derivan beneficios para el matrimonio, a
cuyas cargas atendían los rendimientos de la sociedad". Igual-
mente, en el Derecho italiano, OPPO (Regimi patrimoniali della
53), refiriéndose al ejercicio de una empresa familiar conclu-
ye que: "... la actividad de la empresa, en cuanto común a los
cónyuges y productora de resultados de los que se beneficia la
comunidad, parece en todo caso, referible a ésta última: no se
puede admitir que la comunidad aproveche ventajas y no soporte
las cargas de una actividad común de los cónyuges".

14 Para DI MARTINO (Oli acquisti..., cit., p. 179), re-
sulta del todo "lógico sostener que las obligaciones asumidas
para la obtención de (ventajas)... deben ser consideradas en
el interés de la familia y gravar, por consecuencia, en vía
principal el entero patrimonio común".

15 Así lo entienden, entre otros, ALBALADEJO (Curso..., IV, cit., p. 175), GARRIDO CERDÁ (Derechos..., cit., p. 173);
etc. En concreto, DE LA CAMARA (La separación de hecho y la
sociedad de gananciales, A.D.C., 1969, p. 293), antes de la
reforma de 1981 ya propugnaba esta idea en relación con la
actividad de la mujer: "... resulta evidente que el patrimonio
ganancial, si se ha enriquecido como consecuencia del acto de
la mujer, tendrá que responder, frente al tercero que contrató
con ella, en la medida del enriquecimient... La sociedad de
gananciales se enriquece si su activo experimenta un incremen-
to... y también si la mujer destinó la prestación recibida a
satisfacer un gasto que legalmente debe ser soportado por el
patrimonio común".
que los cónyuges, separadamente, realizan adquisiciones para su consorcio conyugal. Dichas compras están incluidas en el art. 1362, 20 Cc., considerándose por el legislador como gastos a cargo de la sociedad ganancial, lo cual es muy razonable, pues si ésta se va a nutrir de nuevos bienes, es de justicia que afronte los desembolsos que surjan de las mencionadas adquisiciones³⁶. Pero, todavía hay que dar un paso más, pues debe partirse de que esta obligación de la comunidad conyugal no sólo debe exigirse en la relación interna o entre cónyuges, y en el momento final de la liquidación de la misma, sino, más bien, desde el instante en el que la cosa adquirida ingresa en el patrimonio ganancial. La justificación de este compromiso inmediato y directo de los bienes gananciales nace del hecho de que, si desde el principio la sociedad de gananciales disfruta de unos bienes que a ella pertenecen, es equitativo que también desde el primer momento sea el propio consorcio conyugal quien deba responder frente a terceros de las deudas ocasionadas por las alu-

³⁶ Para un estudio en profundidad de esta cuestión, cfr. apartado 2.3.2.2. del Capítulo III. Por su parte, en Italia, DI MARTINO (Gli acquisti..., cit., p. 180), defiende que en estos casos "parece, pues, conforme a la equidad sostener que el riesgo del incumplimiento de la obligación asumida por un solo cónyuge para efectuar una adquisición objeto de comunidad grave, en vía principal, el patrimonio común".
2.2.3. Conclusiones que pueden derivarse de la admisión de este criterio objetivo de sistematización del pasivo ganancial.

Según nuestro criterio, este principio objetivo sistematizador de las obligaciones gananciales, en cuanto permite fundamentar objetivamente la ganancialidad pasiva de las actuaciones en interés del consorcio familiar, tiene una manifiesta utilidad. En efecto, dicho criterio sirve, no sólo a los efectos de acreditar la deuda y la responsabilidad de la sociedad de gananciales en los supuestos contenidos en el Código Civil, sino también para comprender las hipótesis que, si bien no se encuentran contempladas expresamente en aquel, están fundadas en la misma identidad de razón. De este modo,

37 Como mantiene AVILA (El régimen..., cit., p. 1389): "... es de alabar la inclusión en el art. 1362, entre los gastos a cargo de la sociedad de gananciales, los de adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes; porque si desde ahora (es decir, sin esperar a la disolución) se hacen comunes las ganancias brutas de un cónyuge..., es lógico que sea la comunidad la que satisfaga los gastos realizados para la obtención de esas ganancias".

38 También QUADR (Obblighi..., cit., p. 773) señala que, respecto de la concreción del interés familiar, "cualquier criterio que se intente adoptar para la calificación de la obligación (caso de interés para la familia) no podrá más que adecuarse a una exigencia de objetiva reconocibilidad, en el momento mismo en el que la actividad de la cual deriva viene realizada".
el criterio objetivo sistematizador que exponemos, sustituye, con evidente ventaja, el pensamiento de algunos que ven en nuestro Código Civil una simple relación de supuestos aislados o extraordinarios de responsabilidad ganancial\(^{39}\), cosa que dejaría huérfana de criterio regulador a la riqueza de supuestos que pueden darse en la vida real. Por consiguiente, podría concluirse que sólo fijando un dato objetivo de sistematización del pasivo ganancial, es como únicamente podrían cubrirse las hipótesis que se salieran de esa pretendida rigidez del Código Civil\(^{40}\), rechazando la solución de que, en estos ca-

\(^{39}\) Por ejemplo, y señaladamente, RAGEL habla de la existencia de un mero "casuismo legal" (Ejecución..., cit., pp. 41-42); de modo que la "deuda contraída por un solo cónyuge será calificada como ganancial o consorsial cuando sea una de las enumeradas en los arts. 1365, 1366 ó 1368 del Co.; dada la existencia del sistema de cogestión y codisposición, instaurado por la Ley de 13 de mayo de 1981, la actuación individual de un cónyuge sólo en casos contados podrá dar lugar a la ejecución directa sobre el acervo común por parte del acreedor" (El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales, Centenario del Código Civil, T. II, Madrid, 1990, p. 1670). También se pronuncian en este sentido, entre otros muchos, BONILLA (Op. cit., pp. 42, 49, etc.); DE LA CAMARA (Actos..., cit., p. 146, nota 63); GUILARTE (Gestión..., cit., pp. 48-49); PEÑA (Comentario..., cit., p. 690), para quien hoy "el Co. sigue un método casuístico para determinar qué deudas son privativas y qué deudas son de la sociedad de gananciales"; VAZQUEZ IRUZUBIETA (Doctrina..., cit., p. 2360), que estima que el "Código adolece de una definición que pueda ser tomada como punto de referencia de lo que debe entenderse por cargas y obligaciones. Simplemente, se limita a desarrollar una larga enumeración de supuestos y situaciones atribuibles a estos conceptos"; etc.

\(^{40}\) Confirmar esta tesis apuntada en la moderna doctrina ALVAREZ CAVERCHIPS (Op. cit., p. 254; quien asegura que: "... definida una carga matrimonial -art. 1362 del Co.-, responden de la misma los bienes comunes -art. 1369- y a falta de masa (continúa...)"

305
se produciría sólo una responsabilidad personal del cónyuge que actúa separadamente.

Del mismo modo, este aludido criterio ordenador del cargo ganancial que proponemos, facilita, además, la consecución de un doble resultado. De una parte, ayuda a simplificar el complicado sistema establecido por la tesis de la separación entre deuda definitiva y responsabilidad provisional en la obligación ganancial. De otra, nos permite desentrañar con mejor técnica el sentido de los preceptos legales, lo que posibilitará la sistematización de los mismos y evitará su configuración como supuestos excepcionales establecidos por la ley.

Finalmente, una vez expuestas, en líneas generales, las ventajas del criterio objetivo de sistematización del pasivo de la sociedad de gananciales, pasemos a determinar, concretamente, cuáles son las principales consecuencias que se derivan de su admisión. Pero, ante todo, debemos apuntar que todas ellas tienen unas notas comunes esenciales, a saber:

4(continuación)

...continuación)

común o por insuficiencia de la misma, también los bienes privativos de ambos cónyuges”; ECHEVARRÍA (La ganancia
dad..., cit., p. 25; que sustenta que: “...la ganancialidad pasiva de primer grado, se deduce del examen atento del art. 1362 que enumera las cargas gananciales y que abarca la casi totalidad de la posible actividad jurídico económica de los cónyuges, por lo que la regla general será la de obligaciones comprendidas en dicho precepto y la excepción, las excluidas y por tanto sujetas a prueba”; criterio que repite en Sobre el embargo..., cit., p. 115); GORDILLO (El pasivo..., cit., p. 354), etc.
están fundadas en el respeto a la seguridad del tráfico jurídico y parten del postulado primordial y equitativo del *ubi emolumentum, ibi onus*. Veamos, pues, el alcance del principio objetivo que invocamos, y que sintetizaremos en cuatro puntos esenciales:

2.2.3.1. La existencia de cargo objetivo consorcial implica la responsabilidad directa de los bienes gananciales.

La virtualidad del criterio objetivo para obligar a los gananciales tiene, en primer lugar, una consecuencia substancial: donde existe una carga objetiva definitiva de la sociedad de gananciales, debe seguirse, necesariamente, la responsabilidad directa del patrimonio consorcial frente a los acreedores comunitarios⁴. No parece coherente que

⁴ En este punto, O’CALLAGHAN (Op. cit., pp. 127-128), manifiesta que de las "obligaciones que son a cargo de la comunidad de gananciales (... arts. 1362, 1363, 1366 y 1371) (tanto si) se contraen por ambos cónyuges... (como) por uno solo... responden los bienes gananciales frente al acreedor y definitivamente entre los cónyuges". Y en este mismo sentido se pronuncian, entre otros, ALVAREZ CAPECHOPI (Op. cit., p. 254), MANRIQUE (Op. cit., p. 31), T. TORRES (Op. cit., p. 753; que deriva la responsabilidad de los bienes gananciales, del gasto necesario incluido en el art. 1362 Cc.); etc. También en el Derecho italiano, STANZIONE (Op. cit., p. 291), advierte que en los casos de obligaciones contraídas en el interés de la familia (art. 186, c) del Codice), verdaderamente "no tendría importancia práctica ni jurídica atribuirse una mera relevancia interna al reparto de la responsabilidad patrimonial", realizado por el legislador italiano en el art. 190 del Codice.
si la comunidad conyugal ha de hacer frente, definitivamente, a una serie de deudas, por disposición expresa de la ley, no quede responsable de ellas, ya desde el principio, respecto de terceros\(^4\). Si el propio legislador reconoció que la reforma iba dirigida a aumentar el crédito de los cónyuges frente a terceros\(^4\), no puede mantenerse, como lo hacen los partidarios de la tesis de la separación entre deuda y afección en la obligación ganancial, la existencia de un área de responsabilidad externa o frente a acreedores (art. 1365 Cc.), menor que la del cargo definitivo (art. 1362 Cc.). El resultado de esta visión no puede ser otro que el de la insuficiente cobertura ganancial de su propio ámbito de interés y de actuación: se respondería por menos de lo que se debe, lo cual es, a todas luces, contradictorio. Por tanto, nos resulta incongruente, en este sentido,

\(^4\) Obsérvese, incluso, autores reacios a nuestra tesis recogen esta inclinación, pues su lógica aplastante no permite otra consecuencia que la apuntada por nosotros. Así, MAGARÍNOS (Cambio..., cit., p. 169, nota 28) reconoce que: "... (cuando) la deuda contraída es de cargo de la masa común, resulta difícil distinguir nítidamente los aspectos débito y responsabilidad, para escindir su tratamiento y atribuir el primer ámbito al cónyuge o cónyuges que se han obligado, y la responsabilidad al patrimonio ganancial. Los arts. 1362, 1363, 1365 a 1368 Cc. emplean los términos carga o responsabilidad, refiriéndose a las deudas que deben soportar los gananciales.". Por su parte, el propio LACRUZ (Elementos..., IV, 20, cit., p. 451), admite que "responden los bienes gananciales... cuando la deuda (es)... común, es decir, una que por su naturaleza es carga de la comunidad"; y también, en este sentido, DE LOS MOZOS: Comentarios..., XVIII, 20, cit., pp. 256, 278 y 281.

\(^4\) Cfr. nota 145 del Capítulo III.
que se niegue a los supuestos contenidos en los arts. 1362, 1370, etc., del Cc., la eficacia de establecer la responsabilidad directa de los bienes gananciales frente a aquellos que contrataron con los esposos\(^4\), pues si en dichos casos existe un gasto a cargo del consorcio conyugal, debe haber, consecuentemente, una afección inmediata de los bienes comunes (art. 1365 Cc.)\(^4\). Igualmente, ha de

\(^4\) Mantienen, sin embargo, esta opinión, DE LA CAMARA (Actos..., cit., p. 199), quien asegura que: "... el problema relativo a determinar de qué obligaciones responde el patrimonio común no puede resolverse en función del art. 1362 (que se refiere únicamente a las cargas y no a las obligaciones)..."; GUIALARTE (Gestión..., cit., p. 347), que entiende que: "... tal norma no afecta para nada a los terceros quienes no podrán alegar que su crédito se encuentra incluido en los supuestos del art. 1362 para con ello perseguir bienes comunes"; MARTINEZ SANCHEZ (Influencia..., cit., p. 266); etc. En cambio, RAMS (La sociedad..., cit., p. 356), advierte que hubiera sido más conveniente que en "el art. 1362 se hubiera hecho mención a que los gastos que allí se enumeran son de cargo y responsabilidad de la masa común, sin tener que acudir ni a la semireproducción de supuestos con que se plantea el art. 1365 Cc..., ni a la declaración de responsabilidad que se efectúa en el art. 1369".

\(^4\) En esta línea, CASADO COCA (Op. cit., p. 1169) apunta que suele ocurrir que: "... uno de los cónyuges contrae deudas que, bajo el principio general civil de las cargas del patrimonio ganancial, deben ser atendidas con cargo a tal patrimonio ganancial. Tal es el principio general previsto por el art. 1365 del Cc." Igualmente, ECHEVARRIA (Sobre el embargo..., cit., p. 127), estima incompleto el "argumento de que el art. 1362 no trata tema alguno de responsabilidad y se reduce a dilucidar la existencia o no entre los cónyuges de un derecho de reintegro". Incluso MAGARIÑOS (Cambio..., cit., p. 182, nota 56), reconoce que el art. 1365 Cc. "comprende una serie de supuestos que coinciden con la mayoría de los del art. 1362"; y CARRASCO (Op. cit., p. 584) percibe en el "Código Civil... un paralelismo casi total entre lo que constituye pasivo provisional y pasivo definitivo". Por otra parte, el vínculo estrecho entre los arts. 1362 y 1365 del Cc., ya se defendió supra en el apartado 2.1. del Capítulo III de este estudio.
entenderse que, si el Código Civil hace responder directa e inmediatamente al patrimonio ganancial respecto de los acreedores societarios (arts. 1365, 1368, 1369, etc.), es porque va implícita en ellos una auténtica deuda social. No parece, por consiguiente, razonable diseñar una deuda definitiva de la sociedad de gananciales, desconectándola de la responsabilidad directa e íntegra de los bienes gananciales para hacerla efectiva, ni, a la inversa, describir una afección consorcial inmediata que no se apoye en la existencia de un débito social, ni siquiera en los casos en los que se haya producido dicho cargo por una actuación individual de cualquiera de los cónyuges.

Asimismo, junto a la relación entre los arts. 1362 y 1365 del Cc., existe otro argumento, deducible de la regulación legal de esta materia, para

---

**Nota**: En este punto, a FERNANDEZ VILLA (Op. cit., pp. 648-649), le parece muy extraño que se pueda mantener que "determinados acreedores, los que lo sean por deudas de pasivo definitivo de la sociedad (esencialmente las del art. 1362 Cc.) pero que no son deudas de pasivo provisional del patrimonio ganancial (esencialmente las comprendidas en los arts. 1365, 1366 y 1368 Cc.), ... (no cuenten) con la garantía del patrimonio ganancial... sino que deberán acudir a la vía indirecta del art. 1373 Cc. Resulta difícil comprender por qué si las deudas en uno y otro caso van a ser definitivamente a cargo de la sociedad (las del art. 1365 porque en su mayor parte están comprendidas en la enumeración del art. 1362, y las de los arts. 1366 y 1368 porque expresamente así lo indican),... se concede a algunos acreedores el privilegio de poder agredir, en caso de incumplimiento, directamente los bienes gananciales, mientras otros acreedores, para obtener la garantía del patrimonio ganancial, deben acudir a la vía indirecta del art. 1373 Cc.".
confirmar la conexión evidente que, como regla general, se produce entre débito y afectación del patrimonio ganancial en las obligaciones contraídas en la gestión ordinaria de la sociedad ganancial. En efecto, aun en las hipótesis en las que el legislador, pretendidamente, se limita a instituir un simple cargo del consorcio conyugal y con eficacia meramente interna entre los cónyuges en la fase de liquidación del régimen matrimonial, puede defenderse también la producción de una responsabilidad directa de los bienes gananciales frente a terceros. El fundamento de esta idea, se atisba, paralelamente a la conexión entre los arts. 1362 y 1365 del Cc., en el nexo evidente que resulta entre los preceptos 1369 (que se considera de responsabilidad provisional) y el 1362 (que se entiende de cargo definitivo) del Cc. A tenor del art. 1369 Cc. la sociedad conyugal responde solidariamente de las obligaciones que, contraídas por un cónyuge, sean, además, deudas de

47 El propio TORRALBA (Op. cit., p. 1718), aunque defiende la separación entre cargo definitivo y responsabilidad provisional en la obligación ganancial, reconoce que no cabe "duda que el art. 1369 haya que relacionarlo con el 1362", pues "si la deuda contraída por (un) cónyuge es una de las que se puede calificar de carga de la comunidad, podrán (los acreedores) agredir el patrimonio ganancial". Y en esta línea, se sitúan, también, ALVAREZ CAPEROCHIPI (Op. cit., p. 255), DIEZ-PICAZO y GULLON (Sistema..., IV, cit., p. 188); GIMENEZ DUART (Cargas..., cit., p. 547); etc.
la sociedad. Por tanto, según el propio Código Civil, basta comprobar que una deuda está incluida en los supuestos legales en los que existe carga de la sociedad de gananciales, para que los acreedores comunitarios puedan agredir, primeramente, a su elección, bien el patrimonio privativo del consorte deudor, bien el íntegro patrimonio ganancial, por existir una afección definitiva de éste.

Esta interpretación del texto legal no es forzada, pues resulta lógico que, calificada una deuda

---

43 No nos parece correcta la tesis de RAGEL (Ejecución..., cit., p. 153), para quien el art. 1369 Cc. "pretende expresar que toda deuda consorcial es, además, una deuda personal del cónyuge que la contrae; en consecuencia, el deudor responde de la misma con su patrimonio privativo (art. 1911 del Cc.) y con el patrimonio ganancial (arts. 1365 a 1368 del Cc.). El art. 1369 viene a añadir que se suman los bienes que sirven de garantía"; pues como también objeta FERNÁNDEZ VILLA (Op. cit., pp. 631-642): "... no es intención del art. 1369 establecer la responsabilidad de los bienes privativos del cónyuge deudor por las deudas que enumeran los arts. 1365 a 1368, pues la responsabilidad de aquéllos por éstas la da por supuesta, en correcta aplicación del art. 1911 Cc. Además, el art. 1369 fija como supuesto de hecho la deuda contraída por un cónyuge que, además de ser deuda propia -y lo son absolutamente todas las que contraiga-, es deuda de la sociedad. Es éste el verdadero supuesto de hecho de la norma, las deudas de la sociedad, no las deudas de un cónyuge, de modo que queden excluidos de él todas aquellas deudas que contraiga un cónyuge que, aunque sean deudas propias, no lo sean, sin embargo, de la sociedad".

44 En este punto, ECHEVARRÍA (Sobre el embargo..., cit., p. 107), destaca que: "La solidaridad en la responsabilidad, solidaridad real o solidaridad en los bienes gananciales para garantía de las deudas de igual clase... (supone) una correcta correlación entre activo y pasivo ganancial...". Por otro lado, el argumento se cierra con una idea que reconoce el propio LACRUZ (Elementos..., IV, 2d, cit., p. 469), de modo que habría un rodeo inútil si se niega ahora el cargo ganancial, cuando se trata de un débito que, finalmente, habrá de imponerse inter cónyuges.
como consorcial por el legislador, deban responder también los bienes gananciales de su cumplimiento, sin tener que esperar al periodo de liquidación del consorcio, o ni siquiera a un momento anterior, pero entendiéndose como una mera cuestión interna entre los cónyuges. Todo lo cual, a la postre, viene a demostrar, una vez más, la inutilidad de la separación que se viene manteniendo por la doctrina entre los elementos deuda y responsabilidad en las obligaciones gananciales 10.

Finalmente, puede advertirse que esta objetividad ganancial de las deudas que estamos sosteniendo, y, como consecuencia necesaria, la responsabilidad por ellas del entero patrimonio consorcial, se traslada por el Código Civil más allá del periodo liquidatorio de la sociedad de gananciales. Así, con arreglo al art. 1401 Cc., en protección de los acree-

10 En realidad, como dice ECHEVARRIA (Sobre el embargo..., cit., p. 107), todo deriva de que el "art. 1369 (como todos los que se refieren al pasivo ganancial) determina el área de responsabilidad, una vez sabido el carácter de la deuda". En esta línea, FERNANDEZ VILLA (Op. cit., pp. 666-667), pone como ejemplo las deudas derivadas del art. 1366 Cc., las cuales "serían deudas de un cónyuge, porque las obligaciones extracontractuales derivan de su actuación..., que, además, son deudas de la sociedad, por que el art. 1366 imputa las mismas al pasivo definitivo del patrimonio ganancial, de las que, precisamente por ello, también responde el cónyuge deudor, además de con sus bienes privativos, con los bienes gananciales (art. 1366) y de forma indistinta (art. 1369). Es decir, ... la afección de los bienes gananciales deriva precisamente del hecho de que se trate de deudas de pasivo definitivo del patrimonio ganancial".
dores\textsuperscript{51}, se establece una especie de afección real de los bienes gananciales por las deudas objetivamente\textsuperscript{51} comunes, incluso una vez adjudicados aquéllos al cónyuge que no contrajo personalmente la deuda. Esta subsistencia de la responsabilidad de la sociedad de gananciales por las deudas calificadas legalmente como consorciales, deriva, ineludiblemente, del equilibrio lógico que debe existir entre el cargo objetivo de la comunidad conjugal y la consiguiente afección de los bienes comunes que la componen. Asimismo, la prolongación por la ley de dicha responsabilidad de la sociedad de gananciales, confirma la consideración que venimos manteniendo del patrimonio común como un conjunto de bienes afecto a la consecución de las necesidades y finalidades de

\textsuperscript{51} Como entiende CABANILLAS (Comentario a la S. de 13 de junio de 1986, C.C.J.C., n\textsuperscript{o} 11, 1986, p. 3765), en la S. indicada, la "tesis defendida por el Tribunal Supremo es plenamente protectora del acreedor, puesto que, en virtud de lo dispuesto en el art. 1401, existirá una responsabilidad real de todos los bienes que antes de la disolución formaban la sociedad de gananciales y que esta responsabilidad real no desaparece por el hecho de que tales bienes hayan sido adjudicados al cónyuge no deudor". Igualmente, la R.D.G.B.N. de 28 de octubre de 1987 establece que: "Con posterioridad a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, los bienes adjudicados a uno y otro cónyuge siguen respondiendo de las deudas de la sociedad, aun cuando fueran contraídas por uno sólo de ellos (arts. 392.2, 405, 1003, 1021, 1023, 1084, 1369, 1401, 1402 y 1410, todos ellos Cc.)".

\textsuperscript{51} Para CUTILLAS (La liquidación..., cit., p. 897), el art. 1401 Cc. se explica en el sentido de que en "cualquier bien ganancial depende de las deudas comunes... existe una cierta transmisión objetiva de responsabilidad".

314
la familia.

2.2.3.2. La responsabilidad definitiva ganancial no requiere la actuación conjunta de los cónyuges.

Otra consecuencia que emana del criterio objetivo de responsabilidad definitiva ganancial, consiste en que no se precisa intervención conjunta de los esposos para producirla, es decir, cualquiera de ellos puede obligar los bienes gananciales sin el concurso del otro. Basta, por tanto, que el cónyuge actúe normalmente frente a terceros, dentro

5) En esta línea, entre otros, MAGARIÑOS (Cambio de régimen..., cit., p. 169), quien considera que el art. 1401 Cc. se enmarca en un sistema "en el que se configura la masa ganancial como un patrimonio destinado a soportar las cargas del matrimonio y responder de las deudas contraídas en interés común".

54) Cfr. el apartado 2.3.2.1. del Capítulo III de este estudio. En este mismo sentido, en relación con el art. 1362 Cc., CORDILLO (El pasivo..., cit., p. 356), disiente de la afirmación de que en el art. 1362 subyace la idea de actuación conjunta de los cónyuges... (pues) la inspiración decididamente objetiva... del art. 1362 deja completamental al margen la cualificación subjetiva de la actuación generadora de la deuda".

55) En este punto, la doctrina extranjera se refiere al "efectivo tenor de vida de la pareja que aparece al terce" (así, CATTANEO: Op. cit., p. 89); o había de "tener a la vista el tren de vida de la casa" (como lo hace COLOMER: Op. cit., p. 377). Más concretamente, en Italia, FRAZZINI (La riforma del diritto di famiglia: luci ed ombre sui rapporti patrimoniali tra coniugi, Diritto Familiare, 1975, p. 1567), señala que, para determinar la concreta legitimación del cónyuge frente a terceros, habrán de tenerse en cuenta "los precedentes, la situación económica y otros aspectos de toda familia (continúa...)"
del ámbito de legitimación legalmente establecido, para obligar y responsabilizar a la sociedad de gananciales. La razón de esta postura se encuentra en el dato de que la gestión de un consorte podría entenderse enmarcada, dentro de la actividad familiar, como una actuación en representación de la comunidad conyugal, y, por ende, de su propio cónyuge, o mejor dicho, como una intervención en condiciones de órgano de la comunidad conyugal, aunque partiendo de la base de que la sociedad conyugal ca-

55 (...continuación)
singular, en cuanto que acciones que para una pueden revestir carácter excepcional o de particular compromiso, para otras constituyen la regla”; y SANTORO-PASSARELLI (Op. cit., p. 11) afirma que el “poder externo de cada uno de los cónyuges... (tiene como límite las) cargas manifiestamente excesivas, en relación al tenor de vida de la familia”.

56 FERNANDEZ VILLA (Op. cit., p. 688) mantiene que la intervención de un cónyuge vinculadora de “los bienes gananciales, debe ser de aquellas que en las relaciones internas entre los cónyuges van a quedar a cargo de los gananciales, una deuda de pasivo definitivo del patrimonio ganancial (arts. 1362, 1366 y 1368...); o de aquellas que, no siendo de cargo definitivo de los gananciales, la ley faculta al acreedor para agredir directamente los bienes gananciales, en protección a la apariencia creada como resultado de la legitimación para actuar que tiene el cónyuge (las del art. 1365,1 que exceden del art. 1362”.

57 GARCIA CANTERO (Notas sobre representación legal en el Derecho de Familia, Homenaje al prof. Juan Roca Juan, Universidad de Murcia, 1989, p. 291), en base a los arts. 1385 y 1386 del Cc. concluye que "... la representación ex lege de un cónyuge por el otro, no ha desaparecido pese al art. 71 Co.”; pues la "comunidad de vida que supone el estado matrimonial significará, en muchas ocasiones que cada uno de los esposos sea el que mejor conozca y pueda defender en una situación concreta los intereses particulares del otro. No parece que deba medirse por el mismo rasero al gestor sin mandato de asuntos de un tercero, con el que no tiene vinculación alguna por convenio ni por ley, que el que protege los intereses de la persona con quien está unido en matrimonio".
rece de auténtica personalidad jurídica. Aunque un esposo actúe en nombre propio, si no demuestra, fehacientemente, que interviene utilizando recursos privativos y para una finalidad también personal, se considerará que gestiona intereses comunes, tanto en los casos de actuación necesariamente individual, pero de inevitable derivación ganancial (ejercicio de la profesión o actividad laboral, administración de bienes privativos, etc.), como, también, cuando se trate de adquisiciones individuales de bienes gananciales. Esta conclusión que proponemos está

---

58 En el Derecho italiano, GANDOLFO (Op. cit., p. 225) matiza en esta sede que: "... la comunidad legal que se establece entre los cónyuges, aun no siendo computable en la ordinaria relación de comunidad... conocida en nuestro ordenamiento, no tiene una suficiente autonomía para elevarla a la personalidad jurídica. Por tanto, el cónyuge no actúa nunca cual representante de la comunidad. Aquel actuará junto al otro cónyuge porque el legislador ha establecido, para determinadas hipótesis, una forzosa administración conjunta".

59 En esta materia es obligado traer de nuevo a colación la sugestiva tesis de ECHEVARRIA (Sobre el embargo..., cit., p. 107), para quien se "supone en toda contratación unipersonal, al actuar cada cónyuge por separado, que se interviene como gestor de la sociedad de gananciales, pero al carecer ésta de personalidad jurídica independiente, la intervención es siempre en nombre propio y resulta absurdo que se contrate en el plano activo se presume ganancial (art. 1361) y en el plano pasivo se presume privativo, porque no diga nada el Código de forma expresa". En el Derecho italiano, SOCCORSI ALIPORNI (Op. cit., p. 36) asegura que cuando el art. 177 a) del Codice permite la adquisición separada de bienes comunes, la expresión separadamente debe ser entendida "no sólo como hecho físico, sino también como elemento determinante de la calificación jurídica, de la individualización y de la plena legitimación del sujeto agente", de lo que derivará un verdadero débito para la comunidad.
del pasivo ganancial.

contemplada no sólo en el Derecho comparado, sino que también puede defenderse en nuestra legislación, y así lo ha confirmado tanto la D.G.R.N., como la jurisprudencia del T.S. En efecto, así se pronuncia también el legislador en numerosas ocasiones, bastando recordar los supuestos en los que se permite la intervención separada de un consorte en la compra de cosas comunes y, a pesar de ello, se determina legalmente el carácter consorcial de lo adquirido: de este modo, en los arts. 1356 y 1370 del Cc., y 93, 42; y 94, 10; del R.H.

60 Así, esta idea esencial está recogida expresamente en el Derecho francés, cuyo art. 1413 dispone que: "El pago de las deudas a las que cada esposo se haya obligado, por cualquier causa, durante la comunidad puede ser siempre perseguido sobre los bienes comunes, a menos que haya habido fraude del esposo deudor y sea fe del acreedor y a salvo de la recompensa debida a la comunidad si hubiera lugar a ello". GUILARTE (Ostión..., cit., p. 149) interpreta este precepto del modo siguiente: "...sienta no una presunción, sino una afirmación de ganancialidad pasiva externa o provisional frente a la actuación de cualquiera de los esposos, con independencia de que, interna o definitivamente, sea después debida recompensa a la comunidad. De tal manera que, en principio, los terceros, al contratar con uno de los cónyuges, no tienen que preocuparse de su eventual legitimación para tal acto ni de cuál sea la naturaleza y finalidad del gasto, pues, como regla general, siempre van a poder intentar la traba de los bienes comunes ante la universalidad con que se establece la responsabilidad externa de los mismos". Esto mismo puede aplicarse, creemos, pues existe base para ello, en nuestro Derecho.

61 La R.D.G.R.N. de 28 de marzo de 1983 (comentada por DE CASTRO FERNANDEZ: Ganancialidad y tercera de dominio, R.I.C., 1987, pp. 1011 ss.), dice que: "...cuando la ley establece que uno de los cónyuges como órgano social puede obligar los bienes gananciales hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias... (lo que supone) la responsabilidad anejada de... (los) gananciales...". Este mismo criterio se reitera literalmente en las RR. de 27 de mayo y 24 de noviembre de 1986, y en la STS de 26 de septiembre de 1986.
Por último hay que señalar que esta objetividad fundamentadora del criterio que estamos exponiendo debe entenderse no sólo en su objetividad real, sino también en su objetividad aparente, en la línea de la tesis de la presunción de ganancialidad pasiva formulada por la doctrina moderna. No obstante,

4) En relación con el Código. FAJARDO (Op. cit., p. 611), estima que no puede olvidarse que toda esta formulación deriva del principio fundamental de que "en el fondo" de toda esta materia "está... el interés de los terceros que realizan relaciones con la familia".

4) Esta tesis, como ya vimos en el apartado 1.1.2.2., punto B) del Capítulo anterior, tiene como expositor principal a ECHEVARRÍA, que establece el siguiente postulado: "... toda deuda u obligación que no sea probadamente privativa debe ser ganancial, exactamente igual que por aplicación del art. 1361 y en el lado activo se establece la ganancialidad de toda adquisición no probadamente privativa" (La ganancialidad..., cit., p. 22). Esta presunción es acogida, entre otros, por ALVAREZ CAPIROCHIPI (Op. cit., pp. 258-260), MANRIQUE (Op. cit., p. 31), y por la ya aludida R.D.G.R.N. de 28 de marzo de 1983. El T.S. también recoge este principio en las SS de 26 de enero de 1985 ("de todas las deudas y obligaciones contraídas por el marido durante el matrimonio se ha de responder con cargo a la sociedad de gananciales"), 13 de marzo de 1987 ("la presunción de ganancialidad pasiva... abona la responsabilidad de los bienes... gananciales, en cualquier obligación contraída por el marido durante el matrimonio"), y 30 de abril de 1987. Igualmente, en Francia mantienen esta presunción COLOMER (Op. cit., p. 404), MALAUDET y ATYES (Op. cit., p. 234) que ponen de relieve cómo "la jurisprudencia deduce... una especie de presunción: toda deuda es en principio común, salvo si uno de los cónyuges demuestra que ha sido contraída en interés personal del otro", lo que resulta "en el fondo, el inverso de la presunción de adquisiciones, justificado por el viejo principio de correlación entre el activo y el pasivo"; TERRE y SIMLER (Op. cit., p. 380) quienes exteriorizan que: "... a la presunción de adquisición desde el punto de vista del activo responde una presunción simétrica desde el punto de vista del pasivo". No obstante, esta presunción también encuentra opositores como CABANILLAS (Comentario a la S. de 6 de diciembre de 1989,... cit., p. 100) DE LA CAMARA (El embargo,... cit., p. 87), GUILARTE (Gestión..., cit., p. 433), quien alega que: "... no existe presunción alguna ni favorable ni contraria a la ganancialidad de las deudas contraídas por uno solo de los (contínua...)
nosotros debemos matizar que lo verdaderamente esencial en este punto no es tanto el juego de una suposición o de una cuestión de prueba, como el dato (que hay que objetivizar lo más posible) de la actividad del cónyuge dentro de su esfera normal de legitimación frente a terceros\textsuperscript{44}. La seguridad del tráfico jurídico no admite mejor defensa que permitir que el tercero acreedor pueda confiar, a salvo de todo sobresalto\textsuperscript{45}, en la apariencia que refleja cónyuges... De tal forma que quien pretenda hacer valer la ganancialidad de una deuda deberá acreditar(lo)...\textsuperscript{28}; MAGARIPOS (\textit{El órgano...}, cit., p. 410); MARTINEZ SANCHEZ (\textit{Influencia...}, cit., p. 267); FERIA (\textit{Derecho...}, cit., p. 256); RAGEL (\textit{Ejecución...}, cit., pp. 34-35); etc. Igualmente, la D.G.R.N. se opone reiteradamente a esta presunción en las RR de 16 de febrero, 24 de septiembre y 28 de octubre de 1987 ("Si bien es cierto que la actuación individual de un cónyuge puede comprometer no sólo su patrimonio personal, sino también el ganancial -art. 1365 Cc.-, no lo es menos que no existe ninguna presunción de que las deudas de un cónyuge sean además deudas de la sociedad, lo que es conforme con el principio de que las deudas de una persona no afectan a otra -arts. 1827 y 1911 Cc.-"); 18 de marzo de 1988, 3 de junio de 1991, etc.\textsuperscript{44}

\textsuperscript{44} Cfr. GORDILLO: \textit{El pasivo...}, cit., p. 364). Por su parte, MAGARIPOS (\textit{El órgano...}, cit., p. 417) habla de la existencia de una "actuación individual suficiente" para obligar los gananciales; y en la doctrina italiana, esto es lo que SANTORO-PASSARELLI (Op. cit., p. 7) llama el "poder del uno u otro cónyuge de frente al tercero". En esta línea, FAZIA (Op. cit., p. 628) concreta que el "poder externo de los cónyuges (frente a terceros)... alcanza todo el área de las necesidades familiares -y no encuentra limitaciones en las solas necesidades corrientes- siempre que se trate de efectivas necesidades familiares... (y siempre que el acreedor no conozca la extrañeza respecto de las necesidades de la familia de los débitos contraídos por uno solo de los cónyuges".\textsuperscript{45}

\textsuperscript{45} En esta línea, GORDILLO (\textit{El pasivo...}, cit., p. 363) considera que: "Ciertamente no sería adecuado imponer al acreedor como carga habitual, en situaciones de aparente normalidad, el entrar a comprobar si la actuación del cónyuge se (continúa...)"
la intervención del cónyuge dentro del ámbito regular u ordinario que, a nuestro juicio, la ley trata de determinar. Siempre que la actuación se mantenga dentro de estos cauces, se traducirá, no sólo en una responsabilidad provisiona\textsuperscript{64} de la sociedad de ganancias en hipótesis aisladas o excepcionales\textsuperscript{65}, sino, más aún, en una auténtica legitimación indi- 

\textsuperscript{64}(...continuación)

atíene en la realidad a dicha normalidad, está sobradamente justificado que cada cónyuge oblige externamente a los bienes comunes cuando aparentemente actúa en interés de la comunidad". La defensa del acreedor incluye, además, la imposibilidad de que puedan afectarle ciertos pactos capitulares restrictivos de la responsabilidad del consorcio conyugal, pues como advierte ALVAREZ-SALA (Aspectos..., cit., p. 32), los "capítulos no pueden reducir objetivamente la responsabilidad frente a terceros que afecta —según intervenga formalmente en la obligación como deudor un cónyuge u otro, o ambos— a las distintas masas de bienes del matrimonio, pero sí pueden los capítulos, sin recortar su alcance objetivo, organizar esa responsabilidad para que se haga efectiva sobre las distintas masas patrimoniales según criterios de solidaridad o subsidiariedad, que serán oportunos al tercero, pues esto ya no contradice al art. 1911".

\textsuperscript{65} LOPEZ PEREZ (Op. cit., p. 750) indica este carácter primario y garantizador de los derechos de terceros, de la responsabilidad de la comunidad conyugal cuando escribe que: "... en las relaciones externas de los cónyuges, por las obligaciones que contraigan con un tercer acreedor, ... se protege en principio ese interés del acreedor, con una responsabilidad general y provisional de los bienes de los cónyuges, tanto de los privativos como de los gananciales".

\textsuperscript{65} De este modo piensan, a nuestro juicio erróneamente, entre otros, BLANQUEJ (La idea..., cit., pp. 125-126), para quien una "deuda de un cónyuge que sea, además, deuda de la sociedad en la deuda contruida unipersonalmente por un cónyuge en el ámbito de actuación que le resulta reservado, mediante cuya actuación vincula a la sociedad de ganancias"; BONILLA (Op. cit., p. 70), que parte de que si "uno de los cónyuges actúa aisladamente y contrae una obligación, no hay duda de que sus propios bienes responden, pero para que respondan los bienes gananciales, es necesario que ... la deuda, además, sea de la sociedad de gananciales (casos, por ejemplo, de los arts. 1319 y 1365, entre otros)"; etc.
vidual para vincular definitivamente a la comunidad conyugal\textsuperscript{48}.

En definitiva, puede comprobarse, por último, cómo la aplicación de un criterio objetivo de pasivo ganancial facilita, en esta materia, la conexión necesaria entre deuda y responsabilidad en la obligación ganancial. Efectivamente, desde esta especial posición, queda justificado el débito de la sociedad ganancial porque existe un evidente enlace entre la naturaleza común de la obligación contraída por un consorte (por ser una de las establecidas por el legislador), y el interés de la familia pretendido por el interviniente en dicha gestión (por tratarse de un supuesto que, objetivamente, se presume por la ley en provecho del matrimonio\textsuperscript{49}). Por consiguiente, y por una razón lógica, demostrada la deuda de la comunidad conyugal, debe entenderse procedente la

\textsuperscript{48} Como sucede en el Derecho francés, donde, como advierte CARRASCO (Op. cit., p. 584), se parte del trascendental "principio de que todo cónyuge vincula a la sociedad por cualesquiera deudas contraídas con las salvedades de los arts. 1414 y siguientes". En concreto, CORNU (Op. cit., p. 381), considera que la posibilidad de obligar los bienes comunes por la actividad individual de los cónyuges "constituye la cara pasiva de la unidad de la comunidad, en la que el poder de administración \emph{lato sensu} constituye la cara activa. Paralelo coherente. Al igual que tiene el poder de gestionar todos los bienes comunes sin distinción de origen, cada esposo tiene el poder de obligar el conjunto de estos bienes. La gestión pasiva y la gestión activa reposan sobre el mismo asiento global".

\textsuperscript{49} En este sentido, DORAL-GARCIA (Op. cit., p. 18) apunta que la "naturaleza de la obligación familiar lleva inherente un modo específico de actuar el \emph{interés de la familia}, interés o criterio objetivo".
La sistematización...

correlativa responsabilidad de los bienes gananciales en estas hipótesis.

2.2.3.3. La prueba del carácter no consorcial de la obligación corresponde al esposo que así lo mantenga.

Una ulterior consecuencia del criterio de sistematización objetivo del pasivo ganancial radica en el hecho de que, la carga de la prueba de la naturaleza ganancial de la obligación, contraída por uno solo de los cónyuges, no corresponde al acreedor que contrató con éste (como pretenden algunos)\(^7\), ni al

---

\(^7\) Así, por ejemplo, LACRUZ (Elementos..., IV, 20, cit., p. 455), en relación con el art. 1365, 20, cree que la "normativa actual se muestra menos generosa en cuanto a la posibilidad de comprometer cada cónyuge el patrimonio del colectivo, si se la compara con la anterior y su absoluto voto de confianza al marido y sus acreedores. Ahora tendrán éstos que demostrar que la deuda de su cocontratante casado nació en el curso del ejercicio ordinario de la profesión o empresa, y no es gasto fuera de lo normal, corriente y cotidiano"; RAGEL (Ejecución..., cit., p. 36) entiende que: "Cuando uno de los cónyuges actúe en esferas distintas de aquellas para las que está especialmente legitimado, no responderá directamente con los bienes gananciales. El acreedor no tendrá que pormenorizar para agredirlos los bienes privativos del deudor; pero si quiere agredir directamente los bienes gananciales, deberá probar que el cónyuge estaba legitimado para obligar al patrimonio ganancial, circunstancia que..., no puede presumirse"; (este criterio lo confirma en Comentario a la S. 20 de febrero de 1987..., cit., p. 4399); etc. También la D.G.R.N. en RR 16 de febrero, 29 de mayo, 24 de septiembre, 6 y 12 de noviembre, todas de 1987, parece partir de esta inteligencia. En el Derecho italiano, BARDIERA (Tratato di Diritto privato, diretto per Rescigno, Torino, 1982, p. 488) mantiene que si el cónyuge no deudor niega que el acreedor lo sea de la comunidad, éste debe probar la calificación de su propio débito.

323
propiio esposo deudor (como opinan otros)\textsuperscript{11}, sino que será el esposo no actuante el que en el plano interno o \textit{inter partes}, tenga que demostrar que el otro, en su actividad comprometadora de los bienes gananciales, sobrepasó su zona normal de intervención\textsuperscript{12}. En definitiva, debe probarse que la intervención de un casado no persiguió el interés familiar, sino el suyo propio, o, incluso, la censurable intención de perjudicar a la comunidad conyugal de cualquier forma\textsuperscript{13}. En todos estos supuestos, por razones de justicia, la deuda no será común, por lo que, de hacerse efectiva en bienes del consorcio conyugal, procederá la oportuna compensación al pa-

\textsuperscript{11} Así, en relación con el \textit{Codice}, ATTARDI (Op. cit., pp. 33-34), sostiene que el art. 192, 20 "excluye la obligación de reembolso del cónyuge si, tratándose (incluso) de un acto de extraordinaria administración realizado sin el necesario consenso del otro, el mismo cónyuge demuestra que el acto ha sido ventajoso para la comunidad o había satisfecho una necesidad de la familia..."; lo cual trata de evitar "un injustificado desequilibrio entre la responsabilidad de los cónyuges frente a obligaciones que se revelan haber sido asumidas en el común interés de ambos...". En esta misma línea se pronunciaron INTER-SIMONE y PARME\textsc{\textsc{g}i}AN: Op. cit., p. 212.

\textsuperscript{12} De este modo, ALBALADEJO (Curso..., IV, cit., p. 171); DIEZ-PICAZO y GULLON (Sistemas..., IV, cit., p. 189); GIMENEZ DUART (Cargas..., cit., p. 547); O'CALLAGHAN (Op. cit., p. 128) que asegura que por las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges hay responsabilidad de los gananciales "si realmente se corresponden a las obligaciones de la comunidad, lo que el acreedor no tiene porque comprobar en cada caso"; etc.

\textsuperscript{13} En este punto, los FINOCCHIARO (Op. cit., pp. 1102-1103) aseguran que: "El otro cónyuge, que no ha asumido propiamente la obligación, deberá, si es el caso, probar, positivamente, que el tercero tenía conocimiento de que las cargas en cuestión, aun en el interés de la familia, habían sido asumidas contra la dirección concordada entre las partes...".
trimonio común. Una vez más, debe retomarse aquí el postulado primordial que preside toda esta materia, según el cual todo consorte, en su gestión corriente de la sociedad ganancial, debe pretender, (y, de hecho, se presume legalmente que así lo hace), el beneficio de aquélla, de manera que la protección de esta apariencia exige que, a prio-


75 Para BLANC (Op. cit., p. 39), la "condición de obrar en el interés de la familia constituye, por otra parte, una obligación legal implícita consagrada por todas las reglas que sancionan su inobservancia... (ahora bien) esta obligación está sometida a la buena voluntad de cada uno de los cónyuges".

76 De este modo, DORAL GARCIA (Op. cit.) declara que: "El interés de la familia enlaza con los elementos de prueba, con el mecanismo procesal de las presunciones" (p. 10), de ahí que exista "la presunción de que las obligaciones contraídas lo sean en interés de la familia... presunción normal que, sin embargo, admite prueba en contrario" (p. 15). Y ECHEVARRIA (La ganancialidad..., cit., p. 16), confirma que: "... toda deuda u obligación se presume ganancial, en principio dirigida al sostenimiento de las cargas matrimoniales y por ello el carácter privativo de la contraprestación pasiva, no tiene que probarlo el acreedor, sino la contraparte o el tercero, para reducir la responsabilidad patrimonial a los límites del art. 1911".

77 Así, GORDILLO (La protección..., cit., p. 1151), en relación con el art. 1365 concluye que: "La apariencia, pues, termina por legitimar al cónyuge en beneficio de los terceros que en ella confían para actuaciones que comprometen los bienes comunes". En Italia, CORSI (Op. cit., p. 42) parte de que los datos referidos a que, en la actuación individual de un cónyuge, se ha perseguido una necesidad de la familia y que dicho obrar no es desproporcionado, "a falta de más precisos elementos, deben ser valorados por el tercero en relación a (continúa...)"
ri, se endeude y responzabilice inter cónyuges y
respecto de terceros al íntegro patrimonio común,
sin que éstos tengan que comprobar la efectiva uti-
lidad familiar de la operación. Exisitendo una
objetiva y aparente ventaja del consorcio conyugal
en las hipótesis señaladas por el legislador (arts.
1362, 1365, 1366, 1368, 1370, etc., del Cc.), no
parece oportuno ni tampoco equitativo, que se
exija a los terceros acreedores la prueba del cará-
ter consorcial de las obligaciones que surjan en di-
chos supuestos.

77(…continuación)
aquello que le resulta del exterior: el género y el tenor de
vida de la familia”. Para RAMS (La sociedad…, cit., pp. 334-
335), en cambio, no "hay una razón específica de valor dogmá-
tico para que el acreedor de uno de los cónyuges se constituya
en centro del pasivo de la sociedad de gananciales, menos aún
para que una situación de privilegio, resultante de otro inte-
rés protegido, se propague en todas las direcciones”.

78 Para FERNANDEZ VILLA (Op. cit., p. 735), el "acreedor,
en el momento de agredir los bienes de su deudor, no deberá
andar probando si la deuda contraída es deuda del patrimonio
ganancial, pues ello, en principio, le es indiferente. La
única distinción que cabe en el plano de la deuda es si la
misma es carga de los gananciales, por estar precisamente
vinculada a ellos o a los fines que con los mismos se pretende
subvenir, o si, por contra, es carga de los bienes privativos
del deudor por carecer de esas características. Y esta distin-
ción importa tan sólo a los cónyuges, porque el régimen econó-
mico que disciplina esas especificidades lo es de su matrimo-
nio, y para los terceros ello debe ser en una primera impresión,
indiferente”.

79 Esto deriva, como piensa CASADO (Op. cit., p. 1173) de
"la incuestionable dificultad de llegar a conocer siempre por
el acreedor el verdadero destino del crédito".

80 Desde un punto de vista procesal, CARRASCO PERERA
(Comentario a la S. de 26 de septiembre de 1986, C.C.I.C.,
1986, n° 12, p. 4015) llega a reconocer que: "Si la naturaleza
(contínua…)

326
Por otra parte, no se puede ignorar que la protección del cónyuge no actuante no queda, ni mucho menos, descuidada por el legislador, pues, además de poder desvirtuar, en la relación interna, el aparente carácter consorcial de la obligación contraída por su esposo, ahí están también los específicos arts. 1370 (que determina, frente a terceros, la afección primera del bien ganancial adquirido por un solo cónyuge sin el consentimiento del otro), 1390 y 1391 (que permiten impugnar los actos individuales perjudiciales o hechos en fraude de la sociedad de gananciales), etc.

2.2.3.4. Cabe una responsabilidad provisional en la esfera externa, pero del cónyuge que actuó separadamente.

Finalmente, una postrera consecuencia del criterio objetivo sistematizador del pasivo de la sociedad de gananciales consiste, supuesta la responsabilidad solidaria del cónyuge actuante, en la posibilidad de mantener la existencia de una afección transitoria del patrimonio privativo del cónyuge que

\[ \text{...continuación}\]

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".

327
separadamente contrae la obligación ganancial. Esta afirmación, sin embargo, no supone, de ninguna manera, una capitulación ante la tesis de la separación de la deuda y la responsabilidad en la obligación ganancial, ya que si bien es factible la aludida afección provisional de los bienes propios de un esposo, nosotros negamos la existencia de una responsabilidad ganancial sólo transitoria y en la relación externa, tal y como es concebida por la indicada tesis de la escisión. Lo que sucede cuando un consorte contrae, por sí solo, obligaciones para su sociedad conyugal, es que se da una acumulación de patrimonios responsables (el privativo del cónyuge y el ganancial, ex art 1369 CC.), y, supuesto que la deuda es objetivamente consorcial, se debe reintegrar al esposo que la pagó con sus bienes propios, en aplicación del criterio **ubi emolumentum, ibi onus.** En definitiva puede darse en la práctica una responsabilidad privativa provisional y definitivamente ganancial, lo que es, evidentemente, contrario a la tesis que sostiene la posibilidad de una afección ganancial sólo provisional y externa\(^\text{11}\).

Como consecuencia de lo anterior, la verdadera responsabilidad provisional en la obligación ganancial es la que se da, a nuestro modo de ver, en la

---

\(^{11}\) Respecto a la responsabilidad ganancial transitoria que se produce por la actuación extralimitada de un cónyuge, cfr. apartado 2.1.2. del Capítulo III.

328
relación externa cuando el cónyuge que actúa, por ser personalmente deudor, puede sufrir la agresión inmediata de los terceros acreedores en su masa patrimonial privativa. En realidad, esta responsabilidad transitoria del consorte actuante por una deuda que, objetivamente, es consorcial, es consecuencia directa e inmediata del tenor literal del art. 1369 C.c.\textsuperscript{1}, que lo hace corresponsable con el patrimonio de la sociedad de ganancias, de la deuda contraída por aquél en su espacio propio y ordinario de legitimación\textsuperscript{2}. Es más, es precisamente por esta causa por la que el específico art. 1364 C.c. permite al esposo interveniente, y que padeció esa injusta disminución patrimonial (obsérvese que la norma citada menciona, significativamente, al "cónyuge que hubiere aportado bienes privativos" y no a la comunidad conyugal), el derecho de reembolso frente al

\textsuperscript{1} GORDILLO (El pasivo..., cit., p. 361), indica que, con arreglo al art. 1369, "la deuda derivada de la actuación individual es personal de quien la contrae; pero con ello no está suficientemente calificada: atendiendo a su objeto o fin, la deuda... (puede ser) ganancial". En este mismo sentido, ECHEVARRÍA: Sobre el embargo..., cit., p. 107.

\textsuperscript{2} CIAN y VILLANI (Op. cit., p. 367) explican esta idea en el sentido de que la comunidad ha de actuar por medio de los cónyuges, pero ello no impide que existan débitos propios de aquélla, en cuyo caso su responsabilidad por ellos "se añade y no sustituye a la del sujeto que en propio nombre, ha realizado el acto: los principios generales relativos a la tutela de la confianza de los terceros no consiuenten, en efecto, solución diversa".

329
2.3. EL CRITERIO SUBJETIVO.

2.3.1. Consideraciones iniciales.

Este segundo hito sistematizador del pasivo de la sociedad de gananciales, que proponemos, viene a consistir, básicamente, en la siguiente idea fundamental, a saber: que conforme a los arts. 1363 y 1+367 del CC, la voluntad concorde de los cónyuges debe considerarse suficiente para obligar definitivamente a la comunidad conyugal. No se trata, co-

---

4 En este sentido, GORDILLO: _El pasivo..., cit., p. 365_. También BLANCHER (La idea..., cit., p. 127) expone que: "... siendo el pago de la deuda a cargo de la sociedad si la ejecución se hubiese realizado sobre bien privativo del cónyuge deudor procederán los abonos pertinentes en liquidación si antes no se hubiese reintegrado el patrimonio ejecutado (arts. 1398, 30; 1400 y 1403 del CC)...". En el Derecho portugués, existe una norma análoga a la del art. 1364 CC., pues establece el art. 1697, 12, 18 parte que: "Cuando por deudas de responsabilidad de ambos cónyuges hayan respondido bienes de uno sólo de ellos, éste se convierte en acreedor del otro por lo que haya satisfecho más allá de lo que le correspondía satisface".

5 También llamado de "ganancialidad pasiva ex voluntate", así, GORDILLO: _El pasivo..., cit., p. 356_; pues se trataría, en estos casos, de una "responsabilidad (que) se proyecta ahora sobre los bienes gananciales, no por la naturaleza o fin de la deuda, sino por voluntad de los cónyuges... voluntad que resultará del común acuerdo o de la actuación conjunta de uno de los cónyuges con el consentimiento expreso del otro: arts. 1363 y 1367"); o "ganancialidad de segundo grado" (como la denomina ECHEVARRÍA (Sociedad..., cit., p. 18).".

6 Para ECHEVARRÍA (Sobre el embargo..., cit., p. 102) el 1367 "establece la ganancialidad de determinadas deudas...", (continúa...)
mo entienden algunos, de que nos hallemos aquí ante una mera prescripción general en sede de pasivo ganancial, conforme a la cual la actuación común de los consortes es la regla general de vinculación de los gananciales. De otra parte, tampoco este postulado subjetivo comprometedor del patrimonio ganancial, al que aludimos, debe considerarse como una

8(continuación)

Pues dicho precepto "dice que dichas obligaciones son de cargo de la sociedad de gananciales". En Italia, SANTOSOSSO (Op. cit., p. 278) afirma que lo "relevantes en esta categoría no es tanto la causa del débito como el hecho que en la obligación hayan participado ambos cónyuges; lo que hace, en cierto sentido, presumir la existencia... (de un) interés común"; y por ello, TRIMARCHI (Op. cit., p. 831) concluye que el "pasivo del patrimonio común... comprende además toda obligación contraída por los cónyuges conjuntamente". Idea que confirma, en el Derecho francés, CHAMPION: Op. cit., p. 30. Igualmente, el art. 1691, I, a, del Código Civil portugués, determina la responsabilidad de ambos cónyuges por las obligaciones contraídas "por los dos cónyuges, o por uno de ellos con el consentimiento del otro", de manera que, como interpreta DOS SANTOS (Op. cit., p. 337), en este punto, "el legislador se abstiene del fin para que fueron contraídas las deudas".

9 En el sentido que rechazamos, DE LA CAMARA (Actos..., cit., p. 110, nota 7), apunta que el "patrimonio común sólo queda vinculado frente al acreedor cuando se cumplen los requisitos del art. 1367, abstracción hecha de que la obligación se haya contraído o no en interés de la familia o para levantar una carga de la sociedad"; criterio que reitera en El régimen..., cit., p. 379); GUILARTE (Gestión..., cit., p. 418), que sostiene que el "art. 1367 es, en materia de responsabilidad externa, heredero del principio general en cuya virtud se debe gestionar conjuntamente por ambos esposos la sociedad conyugal"; PENA (Comentario..., cit., p. 690), para quien, conforme al art. 1367, "se entiende, como regla, que la obligación contraída por uno solo de los cónyuges no es deuda de la sociedad mientras no conste expresamente el consentimiento del otro"; etc. También RENABENT (Op. cit., p. 136) parte de que: "... el endeudamiento es un proceder peligroso e imprudente, que exige el acuerdo previo de los dos esposos. Es por esto que la solidaridad (por las deudas familiares) reaparece si los dos esposos han hecho la adquisición juntos".

331
exigencia necesaria del tráfico jurídico diario\[^{18}\]; es otra cosa: es el otro modo esencial de responsabilizar invariablemente los bienes gananciales\[^{19}\] y,

\[^{18}\] En relación con el Codice, SCHLESINGER (Commentario..., cit., p. 431), declara que el principio de actuación conjunta “tendrá como efecto práctico el de impulsar a cualquiera contratar fuerte... a pretender que toda obligación en sus relaciones (con los cónyuges) sea asumida siempre, y en vía principal, por ambos cónyuges, aun cuando la obligación sea contraída, en realidad, en el interés exclusivo de uno solo de aquéllos”. En Francia, MALAURIE y AYNÉS (Op. cit., p. 225), piensan que: “Es posible que, en la práctica, los acreedores exijan normalmente el endeudamiento solidario de los esposos, desde el momento en que la deuda es un poco importante... Las ideologías que animan a la ley son, en efecto, contradictorias: la igualdad, la independencia y el crédito se concilian mal. A fin de asegurar la igualdad de los esposos, la ley prevé que todas sus deudas pueden ser perseguidas sobre sus bienes comunes (a. 1413). Pero, a fin de asegurar la independencia de los esposos, la ley prevé que, por la casi totalidad de sus deudas, las ganancias y salarios del cónyuge no pueden ser embargadas (a. 1414); lo que arruina la igualdad, pues el marido tiene, generalmente, ganancias y salarios más importantes y también un crédito más elevado. 30 Igualmente, a fin de asegurar su garantía, los acreedores intentarán tal vez exigir la solidaridad, lo que arrinaría la independencia cónyugal”. Por su parte, FERNÁNDEZ VILLA (Op. cit., p. 649), observa que supondría un inconveniente “para el normal funcionamiento del tráfico jurídico”, el que los terceros se vieran “forzados a exigir que ambos cónyuges contraten conjuntamente o que el cónyuge no contratante preste su consentimiento expreso a la actuación realizada o que va a realizar su consorte, con el fin de conseguir el amparo del art. 1367...”. En este mismo sentido, PUIG BRUTAU (Op. cit., p. 145) considera que la regla de actuación conjunta de los cónyuges “es la más incómoda y difícil de observar en la vida diaria, hasta el punto de que su rigurosa aplicación sería un entorpecimiento para la normal vida del matrimonio”.

\[^{19}\] Así, ABELE (Op. cit., p. 808), coloca dentro de lo que él llama cargas comunes de modo incondicional, que serían las que tendrían un carácter definitivo para el consorcio, las obligaciones contraídas al amparo del 1367. T. TORRES (Op. cit., p. 739) afirma que: “... cuando la deuda surge como consecuencia de la gestión conjunta de ambos esposos, el principio general es la responsabilidad en todo caso de los bienes gananciales según el art. 1367 del Cc.”. También VÁZQUEZ IRU- ZURIETA (Doctrina..., cit., p. 2379), estima que el art. 1367 “está basado en la circunstancia de que dos personas unidas en (continúa...)}
además, los privativos de los esposos90. Resulta lógico, a nuestro juicio, que sea una fuente primordial del cargo ganancial la voluntad de los cónyuges91, consenso que se manifiesta claramente en el obrar conjunto de los mismos92. En este punto resulta conveniente retomar nuestra apreciación, antes

90 (...continuación)
matrimonio deben atender a cargas comunes que son estrictamente familiares, de suerte que obligándose ambos obligan a la masa consorcial, en razón de que la sociedad de gananciales carece de personalidad propia".

91 BERNARDI (Op. cit., p. 790), en el estudio del Codice, señala que en estos casos, también deben responder los patrimonios personales de ambos cónyuges, pues tratándose de "obligaciones contraídas conjuntamente por ambos cónyuges... (deben) responder los cónyuges por el entero débito con los bienes propios... según la regla general de la responsabilidad patrimonial, solidaria (art. 1294 Cc.) e ilimitadamente".

92 De este modo, en Italia, CORSI (Op. cit., p. 160) advierte que: "Por el solo hecho de que la obligación haya sido asumida conjuntamente... la ley prescribe que, en primera instancia, sean alcanzados los bienes comunes; que es el modo mejor para distribuir la carga entre los cónyuges en régimen de comunidad"; e, incluso, SCHLESINGER (Comentario..."), cit., p. 430) entiende indudable "que los cónyuges sean libres de disponer de su patrimonio con tal que estén concordes, sin necesidad de justificar su decisión".

92 En este punto debe acogerse la idea de los RUEDA (Op. cit., p. 573), de que el 1367 Cc. exige "no sólo que las obligaciones se contraigan por ambos cónyuges, sino que lo sean conjuntamente; este término no supone una especial forma de contraer la deuda en el sentido normal de la pluralidad de deudores (solidaridad o mancomunidad), sino más bien una conjunción en el acto de contraer la deuda; lo que se está exigiendo que ambos cónyuges contraigan la deuda juntos, y ello es lógico, para llegar al resultado de que de la deuda así contraída respondan el patrimonio ganancial (eso sí, añadimos nosotros, definitivamente) y los dos privativos". También sugiere CORSI (Op. cit., p. 392) que los "dos esposos obligan los bienes comunes y sus bienes propios... por las obligaciones que contraten juntos, incluso sin estipulación de solidaridad".

333
expuesta\textsuperscript{31}, de que si los consortes pueden, de común acuerdo, comprometer a la comunidad conyugal, cualquiera que fuere la finalidad procurada con la obligación\textsuperscript{34}, ello no impide configurar al patrimonio ganancial como un patrimonio vinculado a la satisfacción de las exigencias familiares. La razón de esta idea consiste en que el interés de la familia se desprende, normalmente, de la intervención concorde de los esposos\textsuperscript{35}, quedando a salvo las nece-

\textsuperscript{31} Cfr. el apartado 4.2.2.2., punto B) del Capítulo II.

\textsuperscript{34} La aplicación del 1367 fuera de toda finalidad familiar de la deuda es mantenida, por ejemplo, por DE LA CAMARA: Actos..., cit., p. 110, nota 7. También en el Derecho italiano, OPPO (Responsabilitá..., cit., p. 113) advierte que, cuando el art. 186, d) del Codice establece la vinculación de los bienes de la comunidad legal por las obligaciones contraídas conjuntamente por los cónyuges, sin referirlas a una finalidad familiar, "es claramente reconocida la libre disponibilidad por parte de los cónyuges... (de los bienes de la comunidad) fuera de todo vínculo de destino". En este mismo sentido, por ejemplo, los FINOCCHIARDO: Op. cit., p. 1104.

\textsuperscript{35} Este dato del interés familiar de la actuación conjunta hace reconocer a DE LA CAMARA (Ibidem) la justicia de la responsabilidad del patrimonio común en estas hipótesis, y ello a pesar de mantener la separación entre cargo definitivo y responsabilidad provisional en la obligación ganancial y, por tanto, el carácter transitorio de la afección que deriva del 1367: "Parece que si la obligación consentida se ha contraído en interés de la familia y concretamente para levantar alguna de las cargas de la sociedad ganancial es más justo que respondan los tres patrimonios". Ahora bien, donde se acoge con más fuerza la concordancia entre el indicado interés de la comunidad conyugal y el obrar conjunta de los esposos, es en el Derecho italiano. Así, ATTARDI (Op. cit., p. 42) afirma que en la disciplina de la comunidad conyugal tiene "una preeminente relevancia el interés (común) de los cónyuges como sujetos de la comunidad, y que tal interés... ciertamente se realiza cumplidamente cuando aquéllos obran conjuntamente"; CARLUCCI (Op. cit., p. 27) entiende que, por lo general, "el interés de la familia parece coincidir con el de los cónyuges"; CATAUDIELLA (Op. cit., p. 307, nota 15) quien parte de (continúa...)}
sidades familiares, pues, en defecto de gananciales para satisfacerlas, los cónyuges deberán afrontarlas con sus patrimonios privativos (ex art. 1318)\(^6\).

No obstante, a pesar de estas consideraciones iniciales, hay que señalar que, en esta materia, la doctrina mayoritaria, partiendo de la discutible separación entre cargo definitivo y responsabilidad provisional en la obligación ganancial, contempla en el art. 1367 Cc. una hipótesis de afección inmediata o transitoria de los gananciales\(^7\). Como consecuen-

\(^6\) (...continuación)
que: "...el actuar juntos implica, por norma, un actuar en el interés de la familia, de la cual los cónyuges son componentes esenciales"; etc.

\(^6\) Igualmente, tampoco puede olvidarse que, cuando los consortes descuidan el interés de la familia mediante la realización de actos que pongan en peligro manifiesto el sustento familiar, existen en nuestro ordenamiento jurídico los mecanismos suficientes para evitar que la dilapidación sea irreversible: así, el art. 158, 10; Cc. (que faculta al Juez para adoptar las medidas oportunas para asegurar las necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por los padres); el art. 1318, 20; Cc. (que también permite al Juez acordar las medidas necesarias para levantar las cargas familiares, cuando uno de los cónyuges incumpliere su deber de contribuir; norma que debe entenderse, igualmente, referida al supuesto de que dicha obligación sea incumplida por ambos cónyuges), etc. También, en relación con el Codice, DE PAOLI y MACRI (Op. cit., p. 88) apuntan que: "La distracción de los bienes de la comunidad de su natural destino puede integrar los extremos de la mala administración y, como tal, llevar a la sanción, por violación de la relativa obligación, de la separación judicial de los bienes (art. 93), hipótesis que ocurre precisamente cuando sean ambos cónyuges, con la conducta realizada en la administración, quienes pongan en peligro el interés de la comunidad y, por tanto, perjudiquen el destino de los bienes prefiijado por la ley".

\(^7\) En esta línea se encuentran, entre otros, ALBALADEJO (Curso..., IV, cit., p. 172); GUILARTE (Gestión..., cit., pp. 420-421), que advierte que dicho precepto es "una norma que...

335
cia de esta orientación, se mantiene también que la responsabilidad provisional de la sociedad ganancia, en estos supuestos, no prejuzga el carácter de la deuda así contraída, pues ésta, no obstante haberse producido por la intervención de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento expreso del otro, no tiene por qué ser, forzosamente, común. De esta manera, sólo habría una afección inicial del patrimonio consorcial frente a los acreedores, o sea, en la llamada esfera externa de la responsabilidad ganancia, mientras que en la relación inter par-

(...continuación)

exclusivamente afecta a la esfera externa de las relaciones económico-matrimoniales y, más concretamente, a la esfera externa del pasivo ganancia; PUIG BRUTAU (Op. cit., p. 145), para quien la actuación conjunta de los cónyuges es "la forma más indiscutible de obligar a los bienes comunes, en el sentido de sujetarlos a responsabilidad"; RAMS (La sociedad..., cit., p. 333); RAGEL (Ejecución..., cit., pp. 101-103, nota 16); etc.

De este modo, GIMENEZ DUART (Cargas..., cit., p. 544) piensa que la responsabilidad inicial de la comunidad cónyugal se produce "con absoluta independencia de la naturaleza del gasto que puede, en la relación interna, ser privativo (por ejemplo, ambos cónyuges contrataron las obras de transformación agrícola o de elevación de un edificio pertenecientes a uno solo de ellos). Luego este artículo cumple... una función de garantía respecto de terceros que saben que siempre que contraten con ambos cónyuges podrán hacer efectivos sus créditos sobre la totalidad de los bienes del matrimonio: los gananciales, porque así lo establece el precepto... y los privativos de uno y otro porque quien contrata compromete siempre su patrimonio".

Defienden esta tesis, por ejemplo, los RUEDA (Op. cit., p. 573) quienes aseguran que, en los casos dibujados por el art. 1367 CC., sólo habría una "responsabilidad frente a terceros o en la esfera externa" de los bienes gananciales, "como resulta no sólo del contenido y colocación del precepto, sino también del término responderán"; DE LA CAMARA (La sociedad..., cit., p. 478); etc.
tes podría probarse la cualidad personal de la obligación, por lo que tendría lugar un reembolso a favor de la comunidad conyugal.

Sin embargo, a pesar de lo indicado anteriormente, creemos que es defensible, en los casos del 1367, la existencia, no de una simple responsabilidad provisional, sino, más bien, de un auténtico débito de la sociedad de ganancias, como ocurre en la comunidad legal del Derecho italiano a virtud del art. 186, d) del Codice. Para intentar confirmar esta opinión, creemos necesaria la exposición de una serie de argumentos primordiales, lo que realizaremos a continuación:

2.3.2. La argumentación del principio subjetivo del pasivo ganancial.

A nuestro juicio, la regla general en esta materia, como también ocurría en relación con el cri-

10 Este precepto establece que: "Los bienes de la comunidad responden: ... d) De todas las obligaciones contraídas conjuntamente por los cónyuges". Para Di Martino (L'acquisito..., cit., p. 47), la "obligación asumida por la adquisición (hecha por ambos cónyuges) grava, en línea de principio, el patrimonio común"; idea que acepta, por ejemplo, Bonilini (Nozioni di Diritto di Famiglia, Torino, 1987, pp. 75-76); etc. Y en nuestra doctrina, defienden esta tesis, entre otros, Cordillo (El pasivo..., cit., pp. 353 y 356-358), para quien "la voluntariedad sería un criterio, tan definitivo como el objetivo, de ganancialidad pasiva"; Echevarría (Sociedad..., cit., p. 20), para quien el 1367 establece "la responsabilidad de los bienes gananciales, y por tanto la ganancialidad de la deuda u obligación, en caso de actuación conjunta"; incluso el propio Bonilla Encina (Op. cit., pp. 87, 95,...); etc.
terio objetivo de sistematización del pasivo ganancia
cial, debe ser que la obligación contraída conjunta-
mente por ambos cónyuges debe considerarse como una
carga definitiva de la sociedad ganancial. Ahora
bien, esta tesis de principio no impide que, en cada
caso concreto, los consortes en su relación interna
puedan establecer los instrumentos de reintegro que
tengan por conveniente, cuando la obligación se hu-
biera contraído en interés personal de uno solo de
los esposos[11]. Puede decirse, pues, que el art.
1367 CC. permite, pero no impone, esa virtualidad de
la voluntad concorde de los cónyuges: esto es, que
los mismos, al endeudarse conjuntamente, comprometan
los bienes gananciales, pero que su voluntad puede
llegar hasta comprometerlos definitivamente (ganan-
cialidad pasiva voluntaria definitiva), o quedarse
en hacerlo sólo inicialmente, en la relación exter-
na, reservándose el no favorecido el derecho a ser
reintegrado en la liquidación final (ganancialidad
pasiva voluntaria provisional). De este modo, la

satisfacer necesidades familiares, es lógico que sean deudas
de ambos esposos, y por ello adscritas al pasivo de la comuni-
dad, y no hay duda de que los bienes comunes deban responder
en primer lugar de su cumplimiento"; así lo expone T. TORRES:
Op. cit., p. 751. Si se trata de obligaciones que, aun con-
traídas en beneficio de un cónyuge, son consentidas expresa-
mente por el otro, nos hallaríamos ante una figura próxima a
la fianza (art. 1822 CC.), ya que se estaría ofreciendo como
garantía la parte de gananciales correspondiente al consorte
no favorecido por la operación e, incluso, el patrimonio pri-
vativo de éste, por una obligación que, en definitiva, no es
propia del mismo.
consecuencia normal de la intervención conjunta de los consortes es la vinculación por entero del patrimonio ganancial[102]. Estas ideas básicas nos llevan, además, a una consecuencia trascendental que no está contemplada por los autores que mantienen la simple responsabilidad provisional de los gananciales en los casos del 1367: como quiera que la obligación se califica como ganancial, la prueba en contrario corresponderá al esposo que alegue el interés personal del otro en la operación (y ello en el caso de que el cónyuge que se avinio a coenfeudarse se hubiese reservado el derecho a reintegro), de modo que se presumirá siempre que la deuda es común. Estas consideraciones iniciales no son gratuitas, pues podemos destacar una serie de fundamentos que servirán para ratificarlas:

2.3.2.1. La relación existente entre el art. 1363 y el 1367 del Código Civil.

A nuestro juicio, el primer soporte básico que demuestra la factible existencia de un criterio sub-

[102] Esta inteligencia nos parece más adecuada que la aparente antinomia en la que incurre GUILARTE (Gestión..., cit., p. 421), cuando escribe que: "... debe afirmarse que estamos ante una regla (la del art. 1367 CC.) que carece de utilidad alguna en orden a determinar la producción de una deuda a cargo definitivo para el consorcio que pueda derivarse del hecho de la actuación conjunta. Lo cual no es óbice para que, normalmente, esta actuación conjunta también producirá una deuda definitiva para el consorcio".
jetivo sistematizador del pasivo ganancial, se halla en el dato de que no es posible diferenciar la responsabilidad derivada de los supuestos contemplados en los artículos 1363 y 1367 del Cc., porque, como intentaremos acreditar, existe, evidentemente, el mismo fundamento en uno y otro precepto. En este sentido, como se observa en una simple lectura pausa de las normas indicadas, es la voluntad común de los esposos\(^1\) la que determina el débito en los supuestos del 1363\(^2\), y, del mismo modo, es el obrar conjunto o de uno de los cónyuges con el consentimiento expreso del otro, el presupuesto de la norma del 1367. Así entendidos los preceptos, la responsabilidad ganancial que se predique en cada uno de ellos, bien definitiva (como sostenemos nosotros), o bien provisional (como mantienen los partidarios de la tesis de la separación deudor-responsabilidad en la obligación ganancial), debe ser, lógicamente, del mismo carácter en las hipótesis de ambos artículos. El argumento que se baraja es simple:

\(^1\) Para LOPEZ PEREZ (Op. cit., p. 754) el art. 1363 se funda en el acuerdo de los esposos, de manera que con ello se "viene a ratificar el principio de la voluntad de los cónyuges, como regla que determina su régimen económico".

\(^2\) De este modo, ECHEVARRIA: La ganancialidad..., cit., p. 27. También GIMENEZ DUART (La adquisición..., cit., p. 352) pone de relieve que el art. 1363 establece que la "donación de metálico hecha de común acuerdo se supone realizada por ambos cónyuges con cargo a los fondos gananciales, aun en el hipotético caso de que no hubiera tales fondos comunes al tiempo de la donación".

340
¿no se está contemplando la actuación por ambos cónyuges de común acuerdo como criterio de cargo en el 1363? ¿Entonces porqué no se deduce lo mismo de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso (y sólo así) del otro, a las que se refiere el 1367? Ciertamente, y siguiendo el axioma clásico, donde existe la misma razón (intervención conjunta de los cónyuges), debe existir la misma norma (cargo de la sociedad ganancial); es decir, en el art. 1367, como ocurre en el 1363, los bienes gananciales responden inmediatamente frente a los acreedores societarios porque existe una verdadera deuda de la comunidad conyugal\textsuperscript{105}.

Puesta de relieve la identidad de fondo existente entre los arts. 1363 y 1367, juzgamos, como mínimo incoherente, el que pueda verse en cada una de las normas citadas una forma distinta de responsabilidad de la comunidad conyugal. Este contrasentido se observa, no obstante, en los autores que, quizás distraídos por la complejidad resultante de la tesis que separa deuda y responsabilidad en la obligación ganancial, afirman el matiz provisional de la afección derivada del 1367, para después cali-

\textsuperscript{105} Así, ECHEVARRÍA (La ganancialidad..., cit., p. 29) quien reconoce que: "En todo caso la deuda es ganancial (pues) ... es un caso de gestión conjunta (de cargo)... ciertamente ganancial".
ficar la responsabilidad como definitiva en relación con los supuestos contemplados en el art. 1363 CC.164. Ante esta evidente contradicción, existe una serie de autores167 que, advirtiendo esa manifiesta identidad de fondo entre dichas normas, consideran al 1363, al igual que ocurriera con el 1367, como una norma que regula una afección simplemente inmediata o externa de los gananciales frente a terceros. Sin embargo, esta posición doctrinal al inten-

164 De este modo, ALBALADEJO (Curso..., IV, cit., pp. 172 y 175), BLAQUER (Reflexiones..., cit., p. 37); DIEZ-PICAZO y GULLÓN (Sistemas..., IV, cit., pp. 187 y 190); GUILARTE (Ges-
tión..., cit., p. 343); etc. En concreto, DE LOS MOZOS (Comen-
tarios..., XVIII, 20, cit.) después de mantener el carácter externo de la afección derivada del 1367 (pp. 47, 48, 300, 301) afirma que: "... siguiendo un criterio subjetivo, la ac-
tuación conjunta (hace nacer)... el carácter común de la deuda y de la propia responsabilidad..." (p. 237). Tampoco es feliz su concepción del 1363 CC., pues considerándolo primero como norma de "carga" (p. 263) y revelador de un "criterio obje-
tivo" de responsabilidad consorcial (p. 236), termina admis-
tiendo que, por basarse en el acuerdo cónyugal (pp. 250, 264, 267), refleja un "criterio subjetivo" de responsabilidad ga-
anciales (p. 263). Parecida suerte corre TORRALBA (Op. cit.) quien después de entender el 1363 como norma de cargo (p. 1663) por fundarse en el "común acuerdo" de los cónyuges (p. 1673), ya que éste es determinante de la deuda ganancial (así lo reconoce en el estudio del art. 1362, 19; (p. 1665), re-
fiere el art. 1367 únicamente a la esfera externa (pp. 1695 y 1702), lo cual nos parece paradójico, teniendo en cuenta que, según este mismo autor, habrá que atender en este punto al dato de cuál de los cónyuges puso mayor interés (p. 1665) en una obligación que, de suyo, es conjunta.

167 Señaladamente, LACRUZ (Elementos..., IV, 20, cit., p. 460), sostiene que el 1367 "regula únicamente la responsabili-
dad de los bienes consorciales ante los acreedores: en la relación interna o pasivo definitivo la deuda bien puede ser propia de uno solo de los cónyuges, y por tanto, sí se paga el importe de fondos comunes, habrá de reembolsarlo el cónyuge realmente deudor. Una repetición del art. 1367, es el 1363... También aquí responden prima facie -salvo pacto- los bienes gananciales".

342
tar salvar la patente contrariedad que supone diferen-
rencia las consecuencias emanadas de dos preceptos
que tienen identidad de fondo, incurre, por otro
lado, en otra paradoja, incluso más grave. Cierta-
mente, al calificar de mera afección provisional la
responsabilidad que brota del 1363, la aludida co-
rriente doctrinal olvida que la propia norma habla
expresamente de cargo del consorcio conyugal, y que
es sentir general de la doctrina que, consiguientem-
ente, la responsabilidad que deriva del mismo es,
inmediata y definitivamente, del patrimonio ganan-
cial18.

2.3.2.2. La analogía evidente que existe entre
los arts. 1363 y 1367 del Cc. de un
lado, y el 1355 Cc., de otro.

Este segundo fundamento del criterio subjetivo
sistemaizador del pasivo ganancial, podría enun-
ciarse del siguiente modo: si a virtud del art. 1355
Cc. los consortes pueden ganancializar el activo

afección "directa y definitivamente" de la sociedad de ganan-
ciales. Igualmente, en esta línea, VAZQUEZ Iruzubieta (Doctri-
na... cit., p. 2379) afirma que: "Siguiendo el criterio lógi-
co del legislador, es también una manera de favorecer el trá-
fico comercial, ya que los terceros contratantes no se ven
precisados de indagar acerca del régimen patrimonial del ma-
trimonio, ya que ambos cónyuges quedan obligados en razón de
la celebración de tales actos jurídicos".
social cualquiera que sea su origen\textsuperscript{109}, a través de los arts. 1363 y 1367 están facultados, correlativamente, para gravar definitivamente a la comunidad ganancial\textsuperscript{110}, pues la razón es la misma, a saber, el poder soberano de los cónyuges sobre el patrimonio que comparten\textsuperscript{111}.

En esta materia hay que observar, además, que, conforme al 1355, por la simple voluntad común de los consortes, se produce un reforzamiento de la ganancialidad de los bienes que integran el patrimo-

\textsuperscript{109} En esta línea, entre otros, ECHEVARRIA (Sociedad..., cit., p. 18), que indica que el "art. 1355 regula la ganancialidad pactada por ambos cónyuges, incluso cambiando el carácter de la contraprestación"; GABRIEL DE PALMA (El matrimonio..., cit., pp. 182-183); RIBERA FONTE (La atribución de ganancialidad del art. 1355 del Código Civil, R.C.D.I., Nov.-Dic., 1983, pp. 1428-1429), quien asegura que el art. 1355 "sirve no sólo para ratificar la presunción de ganancialidad del art. 1361, sino además para modificar la calificación privativa o ganancial, derivada de la procedencia de los fondos invertidos en la adquisición"; etc.

\textsuperscript{110} Argumento expuesto por CORDILLO (El pasivo..., cit., p. 358), que escribe: "No resulta claramente perceptible el paralelismo entre los arts. 1363 y 1367 y el art. 1355. Si en el último se admite la posibilidad de una ganancialidad activa voluntaria, los primeros pueden entenderse con la expresión legal de una ganancialidad pasiva voluntaria; tan ganancial como puede serlo la objetiva o intrínseca: no sólo, por tanto, provisionalmente y ad extra, sino definitivamente y ad intra".

\textsuperscript{111} Como advierte ECHEVARRIA (La ganancialidad..., cit., p. 25), en estos supuestos, por basarse en la voluntad común de los cónyuges, "el carácter ganancial de la deuda o carga queda probado". En Italia, GIORGIO DONO (Op. cit., p. 54) subraya que: "... (es) absolutamente coherente con la lógica interna de la comunidad legal que una obligación grave los bienes de la comunidad por el solo hecho de que haya sido asumida conjuntamente por los cónyuges...”; posición que comparte SCHLESINGER (Commentario..., cit., p. 429) cuando admite que las obligaciones así contraídas, "estén” consideradas... a cargo de la comunidad".

nio conyugal. Efectivamente, por efecto de dicha intervención conjunta y concorde\textsuperscript{112}, la presunción de ganancialidad activa del art. 1361 CC., se consolida\textsuperscript{113} como consecuencia de la voluntad de ambos esposos\textsuperscript{114}. Es más, esta voluntad se presume por el legislador favorable al carácter ganancial de los bienes adquiridos, si los cónyuges actúan conjuntamente y no determinan participación específica alguna en ellos, ex art. 1355, 2° CC.

Por otra parte, también hay que advertir, que el efecto ganancializador de los bienes adquiridos, como resultado de la actuación conjunta de los consortes, en nada perjudica a los acreedores de la sociedad ganancial sino que, muy al contrario, quedan favorecidos por ello. En efecto, y como quiera que los cónyuges no pueden ir contra sus actos propios,

\textsuperscript{112} Es más, de acuerdo con el párrafo 2° del art. 1355, la ganancialidad de los bienes adquiridos en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se determina automáticamente, como piensa ECHEVARRÍA: Sociedad..., cit., p. 18.

\textsuperscript{113} Para OLIVARES (Op. cit., p. 311), se trata de una ganancialidad cierta, pues es obvio que la atribución ganancial del bien adquirido, hecha por los cónyuges, "fija con carácter definitivo la naturaleza ganancial del bien objeto de adquisición, que de no existir tendría carácter meramente presuntivo conforme al art. 1361".

\textsuperscript{114} En esta línea, por ejemplo, RIBERA PONT (Breves reflexiones sobre el reformado art. 1324 del Código Civil, R.C. D.I., 1962, p. 754), quien asegura que: "En el régimen del art. 1355 es suficiente la aseveración de los cónyuges para que a un bien se le atribuya con carácter definitivo naturaleza ganancial. Y ello responde, en perfecta lógica jurídica, a la presunción de ganancialidad del art. 1361"; ECHEVARRÍA (La contratación..., cit., p. 258); etc.
los bienes se considerarán como gananciales también respecto de terceros acreedores, de manera que éstos podrán dirigirse, a la hora de satisfacer sus créditos, contra el íntegro patrimonio consorcial, del cual forman parte dichos bienes.

Por lo que respecta a los acreedores privativos de cada uno de los cónyuges, podemos entender, igualmente, que su posición tampoco se ve afectada esencialmente por la trascendencia ganancializadora activa de la voluntad concorde de los esposos. Esta idea se basa en el dato de que, en todo caso (ex art. 1361)\textsuperscript{115}, los acreedores no societarios deberán probar, para sustraer cualquier bien de la comunidad conyugal, que dicho bien pertenece, exclusivamente, al consorte sobre cuyo patrimonio se pretenden ejercitar los derechos correspondientes. Esta posibilidad ejecutoria de los acreedores privativos de un cónyuge, por tanto, ni debe entenderse favorecida por la existencia de una confesión de privacidad (ex art. 1324 CC.)\textsuperscript{116} del bien pretendido,

\textsuperscript{115} Entiende GAVIDIA SÁNCHEZ (Comentario a la Sentencia de 10 de noviembre de 1986, C.C.J.C., nº 13, 1987, p. 4225), que, como quiera que la ley presume "el carácter ganancial de los bienes de la sociedad conyugal... no es la ganancialidad lo que está necesitado de prueba, ya que es lo que se presume, sino la privacidad para desvirtuar tal presunción".

\textsuperscript{116} GIMÉNEZ DUART (La organización..., cit., p. 118) expone que los acreedores privativos de los cónyuges "no podrán hacer valer la confesión, porque frente a ella (prevalecerá la presunción del art. 1361 que otros)... terceros (los acreedores de la comunidad), sin duda, alegarán por... (serie (continúa...))
ni, de otra parte, debe quedar obstaculizada por el hecho de que exista la indicada atribución de ganancialidad, hecha por ambos esposos, conforme al citado art. 1355 CC.\textsuperscript{117}.

En definitiva, trasladando el mismo argumento deducido del 1355, a los supuestos comprendidos en los arts. 1363 y 1367, la deuda debe reputarse ganancial\textsuperscript{118}, porque así lo quieren los esposos. Ahora bien, esta autonomía de los cónyuges para establecer, de común acuerdo, el cargo del consorcio no impide que éstos, después, en la relación interna o \textit{inter partes}, puedan, ateniéndolo a la concreta causa

\textsuperscript{116} (...continuación) favorable\textsuperscript{115}. En esta misma línea, RIBERA PONT (Breves reflexiones..., cit.), asegura que: "La confesión opera como un simple medio de prueba \textit{inter partes}, insuficiente, por tanto, para atribuir carácter privativo de manera definitiva" (p. 754); de ahí que serán "los cónyuges los que deberán probar... que el carácter del bien no se corresponde con la naturaleza de la deuda" (p. 761).

\textsuperscript{117} De esta manera, GARRIDO DE PALMA (El matrimonio..., cit., p. 184), indica que, respecto de los acreedores de un solo cónyuge, "si se prueba que (los bienes) son privativos de uno de los cónyuges, deben seguir siendo considerados de esta naturaleza sin más; el pacto atributivo de ganancialidad no les afecta y se tiene por no celebrado...". Sin olvidar, como puntualiza OLIVARES (Op. cit., p. 313), que a los acreedores privativos de un consorte "en último caso siempre les queda el recurso de acudir a la vía del art. 1373 que permite el embargo de bienes gananciales por deudas propias, si los bienes privativos no fuesen suficientes para hacerlas efectivas".

\textsuperscript{118} El propio MATA (Op. cit., p. 336) habla de que en estas hipótesis concretas, "ambos cónyuges quedan sujetos en el doble plano de la deuda y de la responsabilidad".

347
de la obligación\textsuperscript{119}, modalizar este primitivo carácter consorcial del débito. Así pues, sin negar la posible corrección que los consortes pueden realizar en su relación interna, cuando proceda o lo estimen conveniente, afirmamos que puede tener virtualidad de criterio definitivo de responsabilidad de la sociedad de gananciales la actuación concorde de los esposos\textsuperscript{120}.

2.3.2.3. La expresión legal en todo caso empleada en el art. 1367 CC.

Un último argumento a favor del criterio subjetivo sistematizador del pasivo ganancial, podría consistir en el dato terminológico legal, ya que el art. 1367 dispone que si los cónyuges actúan conjuntamente o uno de ellos con el consentimiento expreso del otro, los bienes gananciales responderán en todo

\textsuperscript{119} Que puede ser causa donandi, solvendi o credendi, así MARTINEZ SANCHIZ (Casos dudososs..., cit., p. 401); de modo que, como dice ALBALADEJO (Curso..., IV, cit., p. 172), "en su momento, el cargo que sea deba asumirlo quien corresponda y reembolsar a los gananciales el monto de que se trate".

\textsuperscript{120} En nuestra doctrina, ALVAREZ CALEROCHIPI (Op. cit., p. 254) considera "la iniciativa en contraer la deuda" del 1367 como criterio de ganancialidad pasiva, aunque sólo con carácter provisional (p. 265). En cambio, en la doctrina italiana, QUADRI (Obblighi..., cit., p. 774), acierta cuando funda la deuda de la comunidad conyugal en "la mera circunstancia que la asunción de la obligación sea fruto del obrar conjunto de los cónyuges, simplemente sobre la base de su estado, y, por tanto, independientemente de toda referencia, en la actividad negocial, a la comunidad".

348
caso de la obligación así contraída. Pues bien, la expresión en todo caso, podría equivaler a decir que "en todo caso la deuda es ganancial"[1] porque, precisamente, dicha obligación se basa en el consen-
timiento común de marido y mujer.

No obstante, no ignoramos que dicha expresión del legislador es entendida de diverso modo por la doctrina[2], y, fundamentalmente, se comprende en el sentido de que, aunque se fije una afección nece-
saria de los bienes gananciales cualquiera que sea la finalidad pretendida por la obligación[3], se

[1] En este sentido se pronuncian, por ejemplo, ECHEVA-
RRI (La ganancialidad..., cit., p. 29) y GORDILLO (El pasi-
vo..., cit., p. 357).

[2] BLANQUER (Reflexiones..., cit., p. 30) la interpreta como una sujeción de los "bienes gananciales, sean objeto del acto o contrato, o sean componentes del patrimonio responsable a sus consecuencias"; para DE LA CAMARA (Actos..., cit., p. 110, nota 7), dicha expresión legal significa que la "respon-
sabilidad de los gananciales es inquestionable si el consenti-
miento se prestó expresamente, mientras que para responsabili-
zar los gananciales en otro caso, será preciso demostrar, pre-
viamente, la existencia de hechos concluyentes que prueben la existencia del consentimiento tácito"; MAGARITOS (El órga-
no..., cit., p. 439), la relaciona con el "principio de ges-
tión (conjunta) de gananciales... (por lo que) queden vincula-
dos los bienes gananciales como consecuencia natural del mismo funcionamiento de la sociedad"; los RUEDA (Op. cit., p. 573), la entienden en el sentido de que "el acreedor podrá dirigirse contra los gananciales con absoluta seguridad"; TORRALBA (Op. cit., p. 1702), considera que el en todo caso puede compren-
derse como cualquiera que sea la finalidad de la deuda; etc.

[3] Así, ALBALADEJO (Curso..., IV, cit., p. 172) declara que: "Lo de responder en todo caso de esas obligaciones, signi-
ifica que por haberlas contraído los dos esposos o uno con la conformidad del otro, no importa, para que los gananciales respondan de ellas, que se hayan contraído o no para cubrir las atenciones propias de los gananciales...". En esta misma línea, FERNANDEZ VILLA (Op. cit., pp. 677-678) sostiene que,
trata de una responsabilidad de carácter simplemente provisional o transitoria; pero, sin embargo, ahí está el dato legal.

Finalmente, es en el Derecho italiano donde la regulación legal sí que es expresiva, pues el art. 186, d) del Codice (que se refiere a las obligaciones que gravan los bienes de la comunidad), recoge expresamente este criterio subjetivo de responsabilidad definitiva de la comunidad conyugal, determinando el compromiso directo de los bienes conyugales en estas hipótesis. Este criterio del legislador se confirma en el art. 192 de ese mismo cuerpo legal, ya que exime de reembolso las obligaciones

11) (...continuación)
con la expresión en todo caso, "el art. 1367 fija la sujeción de los gananciales con independencia de la finalidad perseguida por el deudor o los deudores al obligarse, esto es, sin considerar si la deuda contraída es o no carga de la comunidad, que puede serlo, pero que también puede tratarse de una deuda de pasivo definitivo del patrimonio privativo de uno de los esposos. En definitiva, si la deuda la contraen los dos cónyuges conjuntamente o uno de ellos con el consentimiento expreso del otro, responderán los bienes gananciales en todo caso, es decir, tanto si se trata de una deuda de pasivo definitivo de la sociedad, como si lo es del patrimonio privativo de alguno de los cónyuges".

14) Este precepto dice que: "Los bienes de la comunidad responden:... d) De todas las obligaciones contraídas conjuntamente por los cónyuges". GUILARTE (Gestión..., cit., p. 173) entiende que este artículo establece en el Derecho italiano "un criterio estrictamente subjetivo en cuanto que con absoluta independencia de la causa y finalidad de la obligación contraída, el hecho de ser concertada por ambos cónyuges determina la responsabilidad común frente a terceros... (por lo que se trata de una) norma de responsabilidad exclusivamente externa", pero, después, no tiene más remedio que reconocer que, la obligación así contraída, "participa de la presunción de tratarse de una deuda común tal y como deriva del hecho de la actuación conjunta".

350
previsitas en el art. 186, por lo que, evidentemente, al impedir la existencia de un derecho de reintegro en favor de la comunidad legal, se está consagrando un pasivo definitivo derivado del obrar común de los consortes, deuda consorcial que nosotros proponemos también para el Derecho español.\footnote{En relación con el art. 186, d) del Codice, DI MARTINO (Di acquisti..., cit., p. 167), afirma que: "La norma, poniendo a a cargo del patrimonio común la obligación asumida por los cónyuges conjuntamente sirve sólo para establecer que si los cónyuges (o uno de ellos) cumplen con bienes personales, tienen derecho a ser rembolsados, porque la obligación era de la comunidad (art. 192 último párr. Cc.); opinión que comparte BOTIARDO: Op. cit., p. 263. Del mismo modo, en el Derecho francés, RAYNAUD (Op. cit., p. 466) admite que las "deudas conjuntas o solidarias de los esposos obligan a la comunidad y los propres de los dos esposos"; tesis que confirma CARBONNIER (Op. cit., p. 134); mientras que TERRE y SIMLER (Op. cit., p. 371) señalan también que: ". . . es necesario admitir que si (los cónyuges) se obligan los dos, el acreedor tiene por garantía el patrimonio familiar íntegro". Igualmente, en el Derecho belga, RAUCENT (Op. cit., p. 185) pone de manifiesto que, conforme al art. 1408, 70 del Código Civil de ese país, las "deudas contraídas por los dos esposos son comunes... (de modo que), son siempre deudas comunes perfectas".}

En efecto, la doctrina italiana mayoritaria descubre en el art. 186, d) del Codice una efectiva obligación, y su respectiva responsabilidad, de la comunidad legal, deuda que, como hemos visto anteriormente, se independiza de cualquier punto ob-

\footnote{ZATTI Y COLUSSI (Op. cit., p. 804) hablan de cargo "por todo débito asumido por los cónyuges conjuntamente". Deuda que, por otra parte, es, solidariamente, de los propios cónyuges, pues como mantiene OPP (Regim. patrimoniali..., cit., p. 54), es "difícil, en efecto, admitir que sea consentido a los cónyuges hacer subsidiaria y parcial la propia responsabilidad por cualquier obligación (prestando de la causa del débito), contrayéndola conjuntamente".}
jetivo o causal de partida\textsuperscript{117}. En este sentido, los autores se inclinan por entender que la carga producida por común acuerdo de los esposos, es definitivamente del consorcio conyugal, con independencia de la específica naturaleza de la relación obligatoria así producida (que ni siquiera debe atender al efectivo interés de la familia)\textsuperscript{118}. Este necesario carácter consorcial de la deuda se establece en beneficio de la seguridad del tráfico jurídico, evitando a los terceros acreedores la prueba, casi siempre diabólica, de la naturaleza de una obligación que, por haberse contraído por ambos cónyuges, o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro, debe presumirse, en principio, de la comunidad con-

\textsuperscript{117} Pues como defiende CORSI (Op. cit., p. 160), en estos casos, "se prescinde totalmente de la naturaleza de la obligación o de su causa"; criterio que comparten, entre otros, QUADRI (Obblighi..., cit., p. 774); PINO (Op. cit., p. 123); etc.

\textsuperscript{118} BERNARDI (Op. cit., p. 782) expone que: "... vienen a gravar la comunidad obligaciones contraídas conjuntamente por los cónyuges aunque nada tengan que ver con el interés de la familia..."; y en la misma línea se encuentran, entre otros, CATTANEO (Op. cit., p. 89) quien declara que si "el marido y la mujer contraen un débito juntos, no es pues necesario verificar si habían actuado por un interés de la familia o por otro objeto: la obligación grava en todo caso los bienes de la comunidad"; FILANTI (Op. cit., p. 655, nota 46); los FINOCCHIARO (Op. cit., pp. 1104-1105); PACIA DEPINDUENTE (Autonomía dei coniugi e mutamento del regime patrimoniale legale, Riv. Dir. Civ., 1980, II, p. 553); GAZZONI (Op. cit., p. 365), que admite que la obligación contraída esté "fuera de toda finalidad familiar"; etc.
yugal\textsuperscript{129}.

Pues bien, esta solución que tan decididamente se defiende por la indicada doctrina es la que, pensamos, puede trasladarse a nuestro Derecho por las razones antes explicadas\textsuperscript{130}.

\textsuperscript{129} De este modo, DE PAOLA Y MACRI (Op. cit., p. 88) señalan que el "hecho de que en el último párrafo del art. 186 no se haga mención del... interés (familiar), se justifica con la nota que la ley no ha querido endosar a los terceros la carga de la relativa prueba que, por su extrema dificultad, sería realmente peligrosa para la rapidez y la certeza del tráfico jurídico". También ATTARDI (Op. cit., p. 40) observa otro resultado beneficioso para los acreedores en la aplicación del art. 186, d) del Código, pues, según este autor, este precepto tiene como consecuencia "que el acreedor pueda vincular válidamente... todos los bienes de la comunidad provocando la intervención conjunta de ambos cónyuges... (asegurándose) una posición paritaria con los otros acreedores de la comunidad, visto que la causa familiar no vale tampoco para crear una razón de preferencia o postergación entre los acreedores de la comunidad".

\textsuperscript{130} Abiertamente recoge nuestra tesis, aunque en el Derecho italiano, DI MARTINO (Gli acquisti..., cit., p. 175) que especifica: "Para establecer cuándo una obligación grava el patrimonio común, el legislador ha elegido dos criterios: uno subjetivo (es común la obligación asumida por los dos cónyuges conjuntamente) y uno finalístico (es común la obligación asumida por un solo cónyuge en interés de la familia)". También la intuye MACARRINOS (Cambio..., cit., p. 183, nota 56), quien reconoce que: "... quizás convenga distinguir entre aquellas deudas que por su propia naturaleza y finalidad son cargas de la sociedad (ex art. 1362) y aquellas otras que por voluntad de ambos cónyuges afecten a la masa común (conforme al 1367)".

353
3. CONCLUSIONES AL CAPÍTULO.

3.1. LA VIRTUALIDAD DEL CRITERIO OBJETIVO DE SISTEMATIZACIÓN DEL PASIVO GANANCIAL.

De conformidad con el indicado principio, deben considerarse deudas de la sociedad de gananciales, generadoras de responsabilidad también consorcial, aquellas que, aun producidas por la actuación exclusiva de uno solo de los cónyuges, se entiendan legalmente realizadas en utilidad del consorcio conyugal, como ocurre en los supuestos contenidos en los arts. 1362, 1365, 1366, 1368, 1369, 1370 y 1371 del CC.

En estos casos, el legislador objetiviza el aprovechamiento de la comunidad conyugal, de modo que parece justificado que, paralelamente, por los débitos derivados de tales hipótesis, queden comprometidos frente a los acreedores, desde el momento que se contrae la deuda, todos los bienes gananciales. En realidad, configurado el patrimonio ganancial como un conjunto de bienes especialmente afecto al levantamiento de las cargas de la familia, debe concluirse que toda actuación que pretenda favorecer a la sociedad de gananciales, o que vaya dirigida a saldar las exigencias familiares obliga y responza-
biliza a la propia comunidad conyugal.

Por otra parte, la conexión objetiva entre la obligación ganancial y el beneficio del consorcio conyugal, no es más que un efecto ineludible del postulado general del Derecho según el cual, ubi emolumentum, ibi onus, por lo que no se debe producir un enriquecimiento sin causa de un patrimonio a costa de otro (en estos casos, del patrimonio común en perjuicio del patrimonio privativo de los cónyuges. Efectivamente, esta consecuencia injusta se produciría si, establecida objetivamente por el legislador una carga de la sociedad de gananciales (como ocurre, por ejemplo, en los arts. 1362, 1363, 1366, 1368, 1370, etc.; del Cc.), no se produjera una responsabilidad directa e inmediata del íntegro patrimonio común frente a terceros acreedores. No sería coherente, por tanto, que si el consorcio conyugal queda obligado, definitivamente, en ciertos casos, por mandato legal, no queden afectos, ya desde el principio y hasta el final, los bienes gananciales respecto de terceros.

Del mismo modo, y a la inversa, si el legislador hace responder directamente, en algunas hipótesis, al patrimonio ganancial respecto de acreedores comunitarios (en los arts. 1365, 1368, 1369, etc.; del Cc.), es porque va implícita en ellas una auténtica deuda social.
Asimismo, puede afirmarse que este postulado objetivo comprometedor del pasivo ganancial, no requiere para su efectividad, una actuación conjunta de los cónyuges. Basta, en cambio, que el consorte intervenga normalmente frente a terceros, dentro del ámbito de legitimación legalmente establecido, para obligar y responsabilizar a la sociedad de gananciales. La seguridad y celeridad del tráfico jurídico no admite mejor defensa que permitir que el tercero acreedor pueda confiar, a salvo de todo sobresalto, en la apariencia que refleja la intervención del cónyuge dentro del ámbito regular u ordinario que, a nuestro juicio, la ley trata de determinar. Como consecuencia de ello, los acreedores consorciales quedan relevados de la carga probatoria de la naturaleza ganancial de la obligación así contraída, para poder dirigirse contra el entero patrimonio ganancial.

No podemos dejar de admitir, de otro lado, que puede producirse una auténtica responsabilidad provisional en la deuda ganancial, pero a diferencia de lo que sostienen los partidarios de la separación entre deuda y responsabilidad en esta clase de obligaciones, dicha afección transitoria se daría respecto del patrimonio privativo del cónyuge actuante y en la relación externa o frente a terceros, ya que por ser siempre aquél personalmente deudor, y a te-
nor del art. 1369 Cc. ser corresponsable con su pa-
trimonio personal de la obligación contraída, puede
suffer la agresión inmediata de los acreedores en su
masa patrimonial privativa. En estos supuestos, el
específico art. 1364 Cc., para restaurar el equili-
brio patrimonial roto, permite expresamente al con-
sorte que aportó bienes propios para satisfacer dé-
bitos gananciales, un derecho de reembolso frente al
consorcio conyugal. Es más, también desde nuestra
posición cabe hablar, incluso, de una afección pro-
visional consorcial, que tendría lugar cuando el
cónyuge extralimita su ámbito legítimo y ordinario
de actuación, y el tercero, por no tener datos obje-
tivos suficientes para comprobarlo, se limita a con-
fiar en la apariencia de licitud de la operación. En
estos casos, la defensa de los acreedores impone la
responsabilidad íntegra de los bienes gananciales,
pero la deuda, a menos que haya habido un efectivo
beneficio ganancial, será del cónyuge actuante. No
obstante, obsérvese que, en estos supuestos, el ca-
rácter transitorio de la afección consorcial se pro-
duce porque, traspasándose los límites normales en
la gestión del consorcio conyugal, se exceden tam-
bién los contornos de actuación ordinaria o regular
del art. 1365 Cc., ya que si se actúa conforme a
éste, la responsabilidad ganancial será siempre de-
finitiva.
Finalmente, podemos concluir que este criterio objetivo sistematizador del pasivo ganancial, que exponemos, permite la simplificación del complejo sistema establecido por la tesis de la escisión entre cargo definitivo y afección provisional en la obligación ganancial, así como también sirve (completado por el criterio subjetivo), para analizar con mejor técnica el sentido de las normas legales, lo que facilita la sistematización de éstas y evita su configuración como supuestos especiales o excepcionales establecidos por la ley.

3.2. LA EFICACIA DEL PRINCIPIO SUBJETIVO SISTEMATIZADOR DEL PASIVO GANANCIAL.

De acuerdo con los arts. 1363 y 1367 del Cc., puede sostenerse, como segundo postulado regulador de las obligaciones gananciales, que la voluntad concorde de los cónyuges debe considerarse suficiente para obligar definitivamente a la sociedad de gananciales.

Esta libertad de disposición de los bienes gananciales, concedida a los esposos, y, como consecuencia, su poder de endeudamiento del patrimonio ganancial, se basa, de un lado, en la identidad de fondo existente entre los artículos 1363 y 1367 del Cc. De esta manera, en los casos del primer precepto
señalado, es la voluntad común de los consortes la que determina el cargo consorcial, como expresamente establece el art. 1363 Cc.; y, del mismo modo, es el obrar conjunto o de uno de los cónyuges con el consentimiento expreso del otro, el presupuesto de la norma del art. 1367 Cc., por lo que, la responsabilidad de la sociedad ganancial que surja conforme a este último precepto debe entenderse también, lógicamente, por existir idéntico fundamento, como definitiva.

Por otra parte, debe afirmarse, igualmente, que si conforme al art. 1355 Cc. los cónyuges pueden determinar el carácter consorcial del activo comunitario, cualquiera que sea su origen o procedencia, a través de los arts. 1363 y 1367 del Cc. están facultados, correlativamente, para gravar definitivamente a la comunidad ganancial, pues la razón es la misma, a saber: el poder soberano de los cónyuges sobre el patrimonio que comparten, siempre que no lesionen los intereses de terceros.

Un ulterior apoyo de la virtualidad del principio subjetivo de sistematización del pasivo ganancial, podría encontrarse en el dato legal, ya que el propio art. 1367 Cc. dispone literalmente que, si los cónyuges se obligan conjuntamente o uno de ellos con el consentimiento expreso del otro, los bienes gananciales responderán en todo caso, lo que equi-
valdría a decir que "en todo caso la deuda es ganancial" porque, precisamente, dicha obligación se basa en el consentimiento común de marido y mujer.

Ahora bien, finalmente hay que advertir que el 1367 consiente, pero no impone, una obligación ganancial. Por ello, los cónyuges al obrar conjuntamente, pueden comprometer el patrimonio común, bien definitivamente (ganancialidad pasiva voluntaria definitiva), o sólo inicialmente, en la relación externa, reservándose el posible no favorecido el derecho al oportuno reintegro (ganancialidad pasiva voluntaria provisional).
CAPÍTULO V. SISTEMATIZACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DEL PASIVO GANANCIAL:

ARTS. 1362 A 1374 DEL CC.

1. CONSIDERACIONES INICIALES.

Una vez expuestos y justificados los dos grandes postulados que, a nuestro juicio, sirven para sistematizar el pasivo ganancial, vamos a aplicarlos a los distintos preceptos (arts. 1362 a 1374 del CC.) que regulan esta complicada materia. De este modo, ubicado cada uno de los artículos dentro de su correspondiente principio informador, llegaremos a la conclusión de que están conectados unos con otros, respondiendo a una solapada, pero inherente sistemática que los informa.

Comenzaremos por analizar las normas que pueden incluirse dentro del que hemos denominado principio objetivo de sistematización del pasivo ganancial, o sea, aquel postulado por el que existe deuda y responsabilidad de los bienes gananciales en los casos
de débitos que, aun contraídos por uno solo de los cónyuges, producen un resultado beneficioso para la sociedad de gananciales, lo que permite objetivizar el criterio de imputación de la obligación. En el ámbito de esta pauta sistematizadora se encuentra, en primer lugar, el fundamental art. 1362 Cc. que sirve de inspiración al legislador para establecer una serie de preceptos que, sin perder su entidad y significado propios, están relacionados con aquél, esto es, los arts. 1365, 1366, 1368, 1370, y 1371 del Cc.

Posteriormente, estudiaremos los preceptos que responden al que hemos llamado criterio subjetivo o ex voluntate de sistematización del pasivo de la sociedad de gananciales, en concreto, el art. 1367 Cc., que lo consagra legalmente, en el sentido de que son consorciales las deudas (y la correspondiente responsabilidad que de ellas surja), contraídas por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento expreso del otro, y el art. 1363, que se funda en idéntico principio.

Finalmente, destacaremos la existencia en el

---

1 La función básica que en nuestro ordenamiento jurídico cumple el art. 1362 Cc., queda cubierta en el Derecho Italiano por el paralelo art. 186 del Codice, pues, como afirma CATTA-LEDO (Op. cit., p. 91): “El art. 186, estableciendo de cuáles obligaciones responden los bienes de la comunidad, dispone no sólo que por tales obligaciones los acreedores pueden agredir estos bienes, sino además que aquéllas se deben tener en cuenta en la averiguación final de la consistencia de la comunidad, en cuanto que aquéllas constituyen el pasivo de ella”.
La sistematización...

articulado legal, de unas normas complementarias que
cierren el sistema normativo, referidas, fundamen-
talmente, a la responsabilidad de los bienes ganan-
ciales por las deudas, tanto comunes como privativas
de los consortes (arts. 1369 y 1373 del Cc., respec-
tivamente), y al reintegro debido al cónyuge que
abonó débitos comunes con recursos propios (art.
1364). No se olvidará una referencia a las conse-
cuencias del embargo de bienes consorciales por in-
suficiencia del patrimonio privativo de un esposo
para hacer frente a sus deudas propias, contenidas
en el art. 1374 Cc.

2. PRECEPTOS QUE APLICAN EL CRITERIO OBJETIVO SIS-
TEMATIZADOR DEL PASIVO GANANCIAL.

2.1. INTRODUCCIÓN.

En este apartado vamos a contemplar aquellos
supuestos en los que, determinada objetivamente una
carga de la sociedad de gananciales, se va a produ-
cir, como consecuencia, una responsabilidad de los
bienes consorciales; o bien, a la inversa, aquellos
casos en los que, por establecerse legalmente una

363
afección del consorcio conyugal, se deriva la existencia de un débito ganancial que la funda. Aquí radica la esencia de nuestro discurso, pues no parece lógico que si la sociedad conyugal ha de afrontar, con carácter definitivo, un conjunto de obligaciones, no tenga responsabilidad respecto de ellas, ya desde el primer momento, frente a terceros. Si uno de los objetivos de la reforma era potenciar la actividad de cualquiera de los cónyuges frente a terceros, protegiendo la seguridad del crédito, no puede sostenerse, como pretende la tesis que separa deuda y responsabilidad en la obligación ganancial, la existencia de un ámbito de afección externa o frente a acreedores, menor que el del cargo definitivo. De compartir esta idea, se produciría el paradójico efecto de establecer una responsabilidad ganancial de menor alcance que el que tiene el débito consorcial, tal y como está configurado por la ley.

Pues bien, para intentar lograr una estructuración adecuada de los preceptos que deben entenderse incluidos dentro del criterio objetivo sistematizador del pasivo ganancial, partiremos de los criterios esenciales que se deducen del primordial art.

---

1 Como manifiesta CORDILLO (El pasivo..., cit., p. 355), la "más elemental lógica recomienda, en evitación de un innecesario rodeo, entender abierto en favor del acreedor el camino hacia los bienes comunes cuando la deuda se demuestre ser cargo de los bienes comunes, esto es, ser deuda recogida en la enumeración del art. 1362".
La sistematización...

1362 Cc\(^1\). Así, iremos distinguiendo dentro del contenido de la indicada norma, unas reglas que la inspiran, y observaremos cómo cada una de éstas determina una carga objetiva de la sociedad (y, por tanto, una afección de los gananciales a su cumplimiento), débito que justificará el hecho de que, en posteriores artículos (1365, 1368, 1370, etc., del Cc.), el legislador hable, en paralelo perfecto, de responsabilidad ganancial.

En concreto, vamos a destacar las dos grandes hipótesis por las que se produce, objetivamente, la deuda y la responsabilidad de la sociedad de gananciales, a saber: por las llamadas cargas familiares y por las denominadas cargas económicas del patrimonio ganancial. Las cargas de la familia consisten, como ocurre en la generalidad de los regímenes económico matrimoniales, en los gastos destinados al levantamiento de las necesidades esenciales de los componentes del grupo familiar (art. 1362, 1o en conexión con los arts. 1365, 1o, 1o parte y 1368 del Cc.).

En cambio, las cargas económicas del patrimonio

---

\(^1\) Coincidimos con GORDILLO (El pasivo..., cit., p. 356), cuando entiende que el art. 1362 "es la norma básicamente indicadora del criterio intrínseco u objetivo de ganancialidad pasiva...".

\(^4\) Como indica PEÑA (Derecho..., cit., p. 244), son las cargas que, en "siníntesis, vienen constituidas por los gastos que se originen para el sostenimiento de la familia...".

365
genacional son específicas de éste, estando formadas, a su vez, por tres supuestos básicos: las deudas deri-
vivadas del patrimonio común (art. 1362, 20 en rela-
ción con los arts. 1365, 19, 2ª parte, y 1370 del
Cc.)5, los gastos de administración de los bienes
privativos de los consortes (art. 1362, 3º en co-
rrespondencia con el art. 1365, 20, 2ª parte del
Cc.): y los gastos que sean inherentes a la activi-
dad económica desplegada por cualquiera de los có-
yuges (art. 1362, 4º que enlaza con el art. 1365,
20, 1ª parte y último párr. del Cc.)6. A su vez,
dentro de la actuación de cada esposo con eficacia
vinculante del patrimonio común, hay que hacer refe-
rencia a dos casos especiales, a saber: las obliga-
ciones extracontractuales generadas en actuaciones
en beneficio de la sociedad (art. 1366), y las deu-
das procedentes del juego (arts. 1371 y 1372 del

5 Como también indica PESA (Derecho..., cit., p. 245), son las cargas "cuya causa se origina en el patrimonio común. Nada más lógico, entonces, que el gasto sea de cargo de la sociedad de ganancias. Así ocurre con los gastos que se originen por la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes...; por ejemplo, precio de su adquisición..., responsabilidad por daños causados por las cosas, etc."

6 En estos dos últimos casos se trata, señala PESA (Ibi-
dem), de cargas "cuya causa se origina en el ámbito personal de uno u otro cónyuge, pero que, por su índole, deben conside-
rarse económicamente gastos de producción o gravámenes de los frutos o, en general, gastos para la obtención de ganancias y
cuya detracción previa es exigida para obtener los rendimien-
tos líquidos. Como los frutos de los bienes privativos y las
ganancias obtenidas por el trabajo o la industria de cada cón-
yuge corresponden a la sociedad de ganancias, es lógico que
esos gastos sean de cargo de la misma".
Pasemos a un estudio pormenorizado de cada uno de estos supuestos:

2.2. GASTOS DERIVADOS DE LA ATENCIÓN DE LAS CARGAS FAMILIARES.

En primer lugar, hay que subrayar que una cosa son las cargas familiares, que existen en todos los regímenes matrimoniales, y otra distinta las cargas económicas consorciales, características del régimen de gananciales¹. Por ello, cuando se habla, en general, de cargas de la familia, o del matrimonio si se quiere (pues el legislador no se caracteriza en esta materia por un adecuado rigor de léxico)², en el

¹ De este modo, MIRALLES (Op. cit., p. 594) estima que: "... es necesario distinguir entre... dos tipos de cargas: las del matrimonio (ius cogens) y las del patrimonio. Mientras que las primeras, las cargas del matrimonio, son transportables a los otros regímenes matrimoniales, las segundas definen, exclusivamente, el régimen de gananciales...". En este mismo sentido, Mоро (Op. cit., p. 1022) concluye que no es posible "que pueda identificarse absolutamente gastos a cargo de los gananciales con cargas familiares".

² Efectivamente, como apunta QUIÑONERO (Op. cit., p. 691): "No parece tarea sencilla la precisión de un concepto de cargas del matrimonio, el 1318 no hace más que mencionarlas, pero no dice en qué consisten. La cuestión se complica si se tiene en cuenta que, entre otros preceptos (1319, 1362, 1438 ...), el Código, acaso para referirse a un mismo concepto, utiliza diversas expresiones: cargas del matrimonio, sostenimiento de la familia, cargas de la familia...". También ECHEVARRÍA (La ganancia... cit., p. 33), observa que se refieren a cargas familiares el "art. 1319 sobre necesidades ordinarias, el 1362. 19 sobre el sostenimiento de la familia, el 1365 sobre la potestad doméstica, el 1366 sobre actuaciones (continúa...)".

367
ámbito de la sociedad ganancial, hay que coordinar los particulares arts. 1362, 19; 1365, 19, 18 parte y 1368 del Cc. (contenidos en sede consorcial), con los preceptos generales contenidos en el llamado régimen matrimonial primario (en especial, los arts. 1318 y 1319 del Cc.): sin olvidar la existencia de otras normas que, referidas al mismo deber de contribución, se encuentran en la regulación de otros regímenes matrimoniales (así, el art. 1438 Cc. en el régimen de separación, etc.).

En cambio, cuando se trata de las que hemos denominado cargas económicas del régimen ganancial (arts. 1362, 20, 30 y 40; 1366, 1370, etc.), habrá de estar un perjuicio, que no se puede “atribuir al legislador de la reforma un destacado rigor de léxico”, porque unas veces habla de “exigencias de la familia” con más específica referencia a los intereses de naturaleza personal (como en los arts. 140, 145, 316) y, con más específica referencia a los intereses de naturaleza patrimonial, de necesidades de la familia (como en los arts. 186, c. 315 y 321).
cargas alimenticias que el matrimonio conlleva. El deber de alimentos entre cónyuges y respecto de los hijos es uno más de los que configuran las cargas de la familia, pues éstas comprenden, además, otras muchas necesidades de los miembros del grupo familiar, idea ésta que parece pacífica, tanto en nuestra doctrina, como en la extranjera.

En este punto, un Arrêt de la Sala 18 de lo Civil de la Cour de Cassation francesa de 20 de mayo de 1981 estableció que la contribución de los esposos a las cargas del matrimonio es distinta, por su fundamento y por su objeto, de la obligación alimenticia, y puede incluir gastos de recreo, tal como la adquisición de una residencia secundaria.

Así, para MIRALLES (Op. cit., p. 594) la expresión cargas del matrimonio "se puede decir que incluye todo lo que es necesario para la vida diaria de los cónyuges e hijos y, sólo para servirnos de la ejemplificación, diremos que abarca todas aquellas necesidades integradas en los alimentos: habitación, sustento, vestido, asistencia médica. Por tanto, todo aquello que deba comprenderse dentro de una razonable gestión de la economía doméstica". Más aún, PISA (Derecho..., cit., p. 163) entiende que las cargas del matrimonio van "más allá de los alimentos, aun entendidos en el sentido amplio que señala el art. 142. Los deberes conjugales de vivir juntos, ayudarse y actuar en interés de la familia y el deber de velar por los hijos y de prestarles asistencia de todo orden determinan que entre las cargas del matrimonio se incluyan necesidades de la familia... o gastos de la casa que no son propiamente alimentarios y cuya concreción depende de los usos y circunstancias: gastos de ocio y recreo u otros determinados por las relaciones sociales, regalos de uso (a miembros de la familia o a extraños)."

En Italia, SANTORO-PASSARELLI (Op. cit., p. 9) sostiene que la obligación de atender a las necesidades de la familia no puede reducirse "al mero deber alimenticio,... se trata de un deber de mantenimiento, comprensivo de varias exigencias materiales, culturales, espirituales, que pueden ser satisfechas en relación a la condición económica y social de cada familia". En Francia, BRENERT (Op. cit., p. 139) apunta que la obligación de contribución a las cargas del matrimonio "se distingue de una simple obligación alimenticia pues traspasa la satisfacción de las estrictas necesidades alimenticias y no está subordinada al estado de necesidad del cónyuge. Aquélla (continúa...)"
Ahora bien, en todo caso, la satisfacción de las necesidades familiares (entre las que deben incluirse las exigencias normales de todo componente, aunque sean personales de éste)\textsuperscript{12}, está en conexión con el nivel de vida del matrimonio. Por tanto, habrá de atenderse a las posibilidades económicas de la familia para determinar, super casum, el contenido de aquellas necesidades\textsuperscript{13}, por lo que el propio

\textsuperscript{11} (...continuación)
tiende a asegurar las cargas del sostenimiento del ménage y de la educación de los hijos, en las que la jurisprudencia engloba todos los gastos del tren de vida, comprendidos entre ellos los gastos de puro recreo (vacaciones, viaje, o todavía los gastos relativos a la instalación del alojamiento familiar)\textsuperscript{12}. Y en Portugal, ANTUNES (Op. cit., p. 384-385) manifiesta, también, que están a cargo del patrimonio común, conforme al art. 1691, 19, b) las deudas destinadas a atender los encargos normales de la vida familiar, tanto "los gastos del gobierno doméstico (alimentación, vestuario, calzado...), como otros que lo trascienden (renta de la casa, propinas escolares de los hijos...)"

\textsuperscript{12} De este modo, en Italia, FILANTI (Op. cit., p. 656) señala que: "Las obligaciones serán familiares, o sea de gestión económica de la familia, cuando beneficiario de la contraprestación es precisamente un familiar o, de cualquier modo, tales prestaciones, aunque sea beneficiario el cónyuge contrayente, pueden resultar útiles a toda la familia"; y CORSI (Op. cit., p. 26) confirma que: "... las necesidades de cada miembro devienen automáticamente necesidades del grupo y como tales tienen título para ser satisfechas (a costa del patrimonio común)"

\textsuperscript{13} Como advierte MIRALLES (Op. cit., p. 594), la "satisfacción de dichas necesidades (las de la familia) ha de estar en correspondencia con los recursos económicos y el nivel de vida de la familia, dato que hará que un mismo gasto para una misma necesidad sea en ocasiones carga del matrimonio y en otras no". Igualmente, en el Derecho italiano, TORRENTE y SCHLESINGER (Op. cit., p. 904) aseguran que las "necesidades de la familia no constituyen un dato objetivo, sino que son todas aquellas (actuales y futuras, colectivas e individuales) que los rúditos y bienes de la pareja pueden ordinariamente satisfacer".
deber de contribución de los cónyuges a la realización de las mismas dependerá del habitual estilo de vida de la familia, dentro de sus recursos económicos.\(^{14}\)

En la sociedad de gananciales, no obstante, existe una peculiaridad importante en orden a la obligación de atender a las cargas familiares, que deriva de la propia naturaleza del patrimonio ganancial. Efectivamente, configurado el patrimonio común, como lo venimos haciendo a lo largo de este estudio, como un patrimonio destinado especialmente a la satisfacción de las necesidades de la familia, los gananciales serán los que afronten, en primer término, dichas exigencias. Así, sólo cuando falten bienes comunes, se aplicará lo dispuesto en el art. 1318 Cc., que sujeta los bienes de los consortes (entiendiendo por éstos, en estos casos, los pertenecientes a sus respectivos patrimonios privativos),

\(^{14}\) En este sentido, FALZEA (Op. cit., p. 636) entiende que, respecto de las relaciones entre necesidades de la familia y deber de contribución es "evidente que los dos fenómenos se influencian reciprocamente: cuanto mayor es la capacidad contributiva de los componentes de la familia tanto más elevado puede ser el tenor de vida familiar y tanto mayor por consecuencia las necesidades de la familia; y, reciprocamente, cuanto mayores son las necesidades de la familia tanto más elevada es la medida de la contribución de sus componentes"; y, también, PARADISO (Op. cit., p. 908), concluye que: "... ahora los criterios orientativos en la determinación de las necesidades de la familia serán, ante todo, las condiciones económicas de ambos cónyuges y de los hijos convivientes, según la entidad de los ríditos derivados del trabajo o del capital y de los recursos patrimoniales....".
El levantamiento de las cargas del matrimonio.

Fuera de dicha especificidad, se tendrán en cuenta las reglas generales relativas al deber de contribución de los cónyuges (y, en su caso, de los hijos) a las cargas familiares. En esta materia hay que destacar, por su trascendencia, las notas de la imperatividad del deber de contribución (de manera que los consortes no pueden prescindir del mismo), aunque sí pueden pactar la manera de hacerlo...

15 En esta línea, GARCIA CANTERO (Notas sobre el régimen matrimonial primario, D.J., 1982, p. 304) afirma que: "... el artículo 1362 pone a cargo de los bienes comunes (una serie de gastos)... No habiendo gananciales, se aplicará plenamente el artículo 1318"; y GIMENEZ DUART (La organización..., cit., p. 85), apostilla que en "el régimen de gananciales..., las cargas del matrimonio deben ser sufragadas en primer término con los bienes comunes hasta su agotamiento, tal como resulta de los arts. 1362 y siguientes... De haberse agotado los bienes comunes, ambos cónyuges sufragarán el gasto con cargo a su patrimonio privativo en proporción a sus respectivos recursos econópicos".

16 Pues como advierte GARCIA CANTERO (Notas sobre el régimen..., cit., p. 504): "En todo caso habrá de tenerse en cuenta el deber de contribución que la ley pone a cargo de otros miembros de la familia (para los hijos convivientes, el art. 155)"; concluyendo ALVAREZ CÁPERCHACIPI (Op. cit., p. 220), que a las cargas de la familia "también están afectos los bienes de los hijos". En Italia, PASETTI (L'obbligo di contribuzione dei figli al mantenimento della famiglia. La reforma del Diritto di Famiglia dieci anni dopo, Padova, 1986, p. 260), en relación con este punto contesta afirmativamente a la cuestión de si "... los progenitores (pueden) negarse a cumplir sus deberes respecto a los hijos si éstos no contribuyen con su trabajo (estando capacitados para ello) al mantenimiento de la familia".

17 De este modo piensan la generalidad de los autores, por ejemplo, LACRUZ ("Derecho de Familia", Elementos de Derecho Civil, T. IV, fascículo 19, Barcelona, 1989, p. 83) que lo califica como de orden público; VÁZQUEZ IRUZUBIETA (Régimen..., cit., p. 49), para quien el deber de contribución a las cargas familiares "carece de disponibilidad y, por ende, no puede ser renunciado"; etc.
efectivo), y su carácter proporcional a los recursos económicos de los esposos, a falta de cualquier estipulación que otra cosa disponga.

1 Como entiende ALVAREZ-SALA (Aspectos..., cit., pp. 24-25): "... los capítulos podrán distribuir las cargas del matrimonio singuladamente entre los esposos, atribuyendo a uno u otro los gastos que se originen por determinado concepto... El art. 1319, 1 prevé, en efecto, que las diversas necesidades ordinarias de la familia puedan quedar encomendadas al cuidado de cada uno de los cónyuges. Los capítulos podrán, por tanto, hacer un desglose de los gastos familiares imputables a cada cónyuge...". No obstante, esta libertad de pacto tiene límites que, como escribe PEREZ SANZ (Op. cit., p. 23), "derivarán de la existencia del deber mismo de contribuir ambos al sosténimiento de las cargas familiares, de tal forma que sería nulo el pacto que excluyera a alguno de esta contribución".

1 Así, PEREZ SANZ (ibídem) declara que, por aplicación analógica del art. 1438 Cc., el deber de contribución se rige, en primer término, por "el convenio y sólo a falta de pacto entra en juego el criterio de la proporcionalidad"; criterio que responde, como apunta ALVAREZ-SALA (Aspectos..., cit., p. 24), a "la paritaria vinculación de los cónyuges, en orden al sosténimiento de las cargas del matrimonio...". En este mismo sentido, el art. 143. 35 del Codice establece que: "Ambos cónyuges están obligados, en proporción con su propia fortuna y su propia capacidad de trabajo profesional o doméstico, a contribuir a las necesidades de la familia". CATTARO (Op. cit., pp. 43-44), indica que en cuanto a la fortuna, es claro que con este término la ley alude a los bienes de cada uno de los cónyuges es propietario... En cuanto a la capacidad de trabajo profesional o doméstico, se observa que las dos especies de trabajo aquí mencionadas contribuyen en modo diverso a satisfacer las necesidades de la familia. El cónyuge que realiza un trabajo profesional... aporta como contribución el dinero ganado. En el caso del trabajo doméstico, en cambio, la contribución está constituida por el trabajo mismo, que tiene, precisamente, la función de realizar directamente un interés familiar". Por su parte, CORSI (Op. cit., p. 28) asegura que: "Por lo que respecta al parámetro de la fortuna y de la capacidad de trabajo, es evidente que el criterio conduce a hacer gravar el peso de la familia en proporción diversa sobre los dos cónyuges, según que la fortuna o la capacidad de trabajo de uno sean superiores a las del otro. En el límite, a falta de la una y de la otra, uno de los cónyuges puede entenderse directamente exento de contribución".
2.2.1. El art. 1362, 19 Cc.: El deber de proveer a las necesidades de la familia.

Dice el art. 1362, 19 Cc.: "Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por algunas de las siguientes causas:

19. El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de prevención acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia.

La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación.

Se contemplan en esta norma una serie de obligaciones que quedan a cargo de la sociedad ganancial. Por lo que, de nuevo, hemos de indicar que, configurado un débito de la comunidad conjugal, es necesario mantener la existencia de una responsabilidad directa de los gananciales frente a terceros para hacerlo efectivo. Aquí no nos hallamos, por tanto, ante una norma con eficacia únicamente interna o inter partes, sino ante un precepto que recoge unas deudas que, por contraerse objetivamente en
beneficio del consorcio, originan una carga para éste (aspecto interno) y, por ende, una afección inmediata y también definitiva de los bienes comunes frente a los terceros acreedores (aspecto externo o erga omnes)\textsuperscript{13}.

2.2.1.1. El sostenimiento de la familia.

El primer problema que se plantea en esta materia es el de determinar qué se entiende por familia a estos efectos. Así, existen autores que mantienen una interpretación estricta de este término, de manera que únicamente se referiría a la familia legítima, basada en la existencia de un matrimonio\textsuperscript{11}, y comprendiendo, junto a los cónyuges, sólo a los hijos comunes de éstos\textsuperscript{12}.

No obstante, a nuestro juicio, la tesis que debe prevalecer es la que extiende el derecho al

\textsuperscript{13} En esta línea, GORDILLO (El pasivo..., cit., p. 355), critica aquellas "manifestaciones doctrinales, ahora más extendidas, que terminan por minimizar el sentido y alcance del art. 1362, sobre la base de interpretarlo como una norma referida sólo a la relación intra-conyugal, no a la externa con los acreedores, y limitada en su efectividad al momento final de la liquidación de la sociedad de gananciales".

\textsuperscript{11} Según DORAL (Op. cit., p. 8), la "referencia al término familia en el Código Civil responde todavía a una concepción de familia bien precisa: la familia fundada en el matrimonio".

\textsuperscript{12} En este sentido, DIEZ-PICAZO (Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, vol. II, Madrid, 1984, p. 1500), GUIARTE (Gestión..., cit., p. 378), siguiendo a los RUEDA y a TORIALBA; QUIÑONERO (Op. cit., p. 692); etc.
sostenimiento a todos los integrantes del grupo familiar, considerando como tales, no sólo a los hijos comunes sino también a los que no lo son\textsuperscript{11}, pero que convivan en el hogar familiar. Esta idea puede extraerse de una interpretación lógica de la norma, pues si ésta establece que quedan a cargo del consorcio los hijos no comunes cuando convivan con los consortes, parece evidente que el dato básico a tener en cuenta es la existencia de la convivencia, y no la relación de parentesco.

En cuanto al contenido de la obligación de levantar las cargas familiares, baste señalar que, como ya apuntamos\textsuperscript{14}, hay que darle una extensión amplia, comprendiendo las necesidades esenciales de sus componentes\textsuperscript{15} (incluidas las particulares de...

\textsuperscript{11} GARCÍA GARCÍA (El deber..., cit., p. 248), entiende por familia, además de los cónyuges los "hijos comunes o no en cuanto convivan en ella": incluidos, como señala PÉNA (Derecho..., cit., p. 163), los "hijos que, no obstante estar emancipados, carecen de autonomía económica y conviven en el hogar familiar". Este mismo autor (ibídem) incluye también los "menores extraños acogidos", e, incluso, LOPEZ PEREZ (Op. cit., p. 756), habla de "otros parientes, suyos, etc., y servicio doméstico".

\textsuperscript{14} Así, DE LOS MOZOS (Comentarios..., XVIII, 26, cit., p. 245), LOPEZ PEREZ (Op. cit., p. 756); etc.. Por ejemplo, REBOLO, LLEDO (La vivienda..., cit., p. 507), asegura que, sin duda, "la vivienda familiar y el contrato de arrendamiento concertado, constituye una necesidad ordinaria o la satisfacción del sostenimiento de la familia, de la que responden, por las obligaciones para ello contraídas, los bienes gananciales...": lo que resulta, como afirma FONSECA (La vivienda familiar habitacional en arrendamiento y la sociedad de gananciales, R.D. P., 1983, p. 264), de la conexión entre el art. 1319 y el art. 1362, 10 del Coc.

376
cada miembro, abarcando todas las que sean acordes con los usos y circunstancias de la familia.

2.2.1.2. Alimentación y educación de los hijos comunes.

Constituye una obligación fundamental para los progenitores (art. 154 CC.), satisfacer las necesidades básicas de los hijos de ambos, de modo que...

31 De este modo, CATTARO (Op. cit., p. 88) afirma que, cuando el art. 186, c) del Código habla de cargo de la comunidad por las deudas contraídas en interés de la familia, se refiere a las obligaciones "que se contraen para obtener la satisfacción de una necesidad colectiva, común a los miembros del grupo familiar: así, por ejemplo, la obligación de pagar el precio de la adquisición (o bien la renta del arrendamiento) de la casa familiar, o del alojamiento para las vacaciones de la familia, o bien el precio de los muebles o de los aparatos necesarios para el ménage familiar. Pero se puede tratar también de necesidades que son en primer lugar individuales, y que además van calificadas al mismo tiempo de familiares, en cuanto que su satisfacción responde a un interés común del grupo, o al menos de la pareja conjugal. Son, pues, comunes... las obligaciones contraídas para asegurar el mantenimiento y la educación de los hijos. Además, deben entenderse tales también los débitos contraídos para las normales necesidades de los cónyuges (alimento, vestido, etc.)." En este mismo sentido FALLEA (Op. cit., p. 617), mantiene que: "Si un cónyuge se dirige al otro por las propias necesidades de relevancia familiar no hace valer una exigencia meramente individual, sino un interés de la familia, por cuenta de la cual hace la pretensión de contribución; y aquello que el otro cónyuge da para responder a la reclamación entra en la disponibilidad del reclamante por el trámite de la familia". Este mismo criterio puede trasplantarse también a nuestro Derecho.

31 Para LACRUZ (Elementos..., IV, 29, cit., p. 465), en "general, en el sostenimiento de la familia han de entenderse incluidas todas las atenciones legítimas de los cónyuges, aun cuando no sean necesarias".

31 ÁLVAREZ-SALA (Aspectos..., cit., p. 29) apunta, en esta materia, que es "claro que algunas cargas del matrimonio (continúa...)"

377
incomplido este deber básico, pueden ser compulsados judicialmente a su levantamiento (art. 156 Cc.). La cuestión trascendental que se suscita en este punto es la de determinar, si el legislador, cuando habla de alimentación y educación de hijos comunes, se está refiriendo exclusivamente a las cargas alimenticias y educativas estrictas, o también quiere comprender las demás necesidades primordiales de aquellos. Aunque la literalidad del precepto pueda inducir a confusión en una primera lectura del mismo, procede aquí, también, una interpretación lógica de la norma, pues no sería coherente mantener un criterio amplio de cargas familiares respecto de los cónyuges, y restringirlo cuando se trate de las necesidades de los hijos. Por ello, debe concluirse que se entenderán comprendidas aquí todas las exigencias de los hijos contenidas en el 1362, 19 y

(...continuación)

cualquier otro, pues como advierte MOSSINI (III nuovo art. 147 del Codice Civico, Quattro studi di Diritto di Famiglia, Padova, 1989, p. 13): "Sería difícil aportar un ejemplo de un ordenamiento jurídico que no se haya cuidado de sancionar, a cargo de los progenitores, una precisa, una positiva obligación de educar a los hijos. Y sería, por otro lado, difícil aportar un ejemplo de un ordenamiento jurídico que, al hacer esto, se haya atrevido a dar cualquier concreto contenido a esta obligación aun solemnemente...".
adecuadas al nivel de vida de la familia\textsuperscript{10}. Respecto a la duración de esta obligación de los padres respecto de los hijos, hay, de nuevo, que acudir al criterio de la convivencia, punto de referencia establecido por el legislador para determinar la existencia de las cargas familiares\textsuperscript{11}.

2.2.1.3. Alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges.

El deber de satisfacer las necesidades esencia-

\textsuperscript{10} A favor de esta tesis se encuentra la generalidad de la doctrina, valga por todos, DE LOS MOZOS (Comentarios..., XVIII, 29, cit., p. 251), quien sostiene que alimentación y educación "han de ser entendidos en sentido amplio, comprendidos y amparados en el término de gastos familiares o en el de sostenimiento de la familia". Por su parte, MIRALLES (Op. cit., pp. 20-21) indica que, incluso los gastos que son colonizables ("gastos de colocación y carrera", art. 1041 CC.), pueden incluirse dentro de este deber: "En tanto los gastos para darles una carrera a los hijos no sean desproporcionados con los medios económicos de los obligados a proporcionarlos, pueden entenderse incluidos entre los gastos de educación y comprendidos entre las cargas del matrimonio. Podemos, de alguna manera, vincularlos con los alimentos en el sentido de ser posible su inclusión si las posibilidades de quien los proporciona son suficientes". En cambio, los RUEDA (Op. cit., p. 560), niegan la extensión de las necesidades de los hijos a las atenciones de previsión de las que trata el 1362, 10 CC. En Italia, FERRI (Diritto al mantenimento e doveri dei figli, Diritto di Famiglia, Scritti in onore di R. Nicolò, Milano, 1962, p. 368) defiende que, en relación con los hijos, la "función del mantenimiento consiste... en la satisfacción de las necesidades generales de la prole".

\textsuperscript{11} Véase el apartado 2.2.1.1. de este Capítulo. También TORRALBA (Op. cit., p. 1665) considera que la regla contenida en este precepto no se limita "a los hijos menores de edad, lo cual da a entender que mientras los hijos no se independicen los gastos que ocasionen serán de cargo de la sociedad de gananciales".
les de los hijos de cada uno de los consortes plantea una doble interrogante. De un lado, hay que resolver cuál es su contenido y, de otro, establecer cuándo dicha obligación es a cargo de la sociedad de gananciales y cuándo a costa del solo progenitor.

Respecto de la primera cuestión, parece obvio que la amplitud del deber de asistir a un hijo pro-

32 En Francia, en principio, los gastos derivados de los hijos de uno solo de los cónyuges quedan a cargo del patrimo-
io común, pues como entiende CORNU (Op. cit., pp. 373-374), cuando el art. 1409 del Code pone a cargo definitivo de la comunidad los "alimentos debidos por los esposos", se refiere tanto a los debidos por ambos ("por ejemplo a un hijo mayor o a un ascendiente"), como a los debidos por uno solo de ellos (porque el "matrimonio no abole las solidaridades familiares). Es natural que las cargas alimenticias respectivas de los esposos pesen, en total reciprocidad, sobre el presupuesto del ménage. También en Bélgica, como señala RACCENT (Op. cit., p. 183), son deudos comunes las producidas por las deudas alimenticias debidas "a un hijo tenido de otro matrimonio". En cambio, como observa ALVAREZ-SALA (Aspectos..., cit., p. 30, nota 5), el "contenimiento de los hijos no comunes no constituye, en el Derecho Civil alemán, carga matrimonial (§ 1360 a) del B.G.B.); el cónyuge no tiene, respecto de los hijos menores privativos de su consorte (Stiefkinder), ninguna obligación legal de proveer a su sustento".

380
Por lo que se refiere al criterio de determinación de cuándo estas cargas deben ser soportadas por la sociedad de gananciales, y cuándo por el consorte progenitor, el legislador ha establecido el de la convivencia en el hogar familiar. Esta regla sustituye otras consideraciones acerca de si se trata, por ejemplo, de hijos habidos en anterior matrimonio, o durante el actual enlace y, por tanto, extramatrimoniales, etc.\[^{31}\]; y tiende a fijar un módulo determinante del cargo ganancial, que algunos consideran discriminatorio\[^{34}\] y otros, en cambio, razona-

\[^{31}\] En el Derecho francés, por contra, sí que se distingue entre los hijos no comunes adulterinos y los que, simplemente, son de un matrimonio anterior del cónyuge, existiendo sólo en este último caso una obligación de la comunidad conyugal. Así, MALAURIE y AYNES (Op. cit., p. 232) advierten que: "... cuando los alimentos son debidos a un hijo adulterino concebido en el curso del matrimonio, la deuda resulta de la violación de los deberes del matrimonio y debe, pues, ser soportada por el esposo adultero (a. 1417, 20); la comunidad, en este caso, tiene derecho a recompensa por razón de los reversiones de los que ella ha sido, en su caso, privada". En este mismo sentido, TERREY y SIMLER (Op. cit., p. 363) escriben que: "La calificación de pasivo común definitivo que confiere el art. 1409 a las deudas de alimentos, sin distingui después si ellas son debidas por los dos esposos o por uno sólo, no autoriza ningún debate. Ninguna recompensa puede, pues, ser reclamada en provecho de la comunidad si ésta ha satisfecho la deuda alimenticia de un esposo. Recíprocamente, la comunidad debe recompensar al esposo deudor que ha satisfecho su deuda por medio de dineros propios"; con una excepción, que se trate de deuda de un cónyuge ocasionada en desprecio de los deberes que le imponía el matrimonio, como ocurre en el caso de "alimentos debidos a hijos naturales concebidos durante el matrimonio..." (p. 364).

\[^{34}\] Así, por ejemplo, VAZQUEZ IRUZBIEETA (Régimen..., cit., p. 238), lo considera discriminatorio respecto del régimen de los hijos comunes, pues éstos no pierden su derecho aunque se encuentren permanentemente fuera del hogar familiar.

381
A nuestro juicio, el criterio de la convivencia de los hijos no comunes en el seno de la sociedad ganancial, debe someterse a una doble puntualización. De una parte, dicha regla debe ser entendida de una manera flexible, es decir, considerándose subsistente la convivencia siempre que exista una relación efectiva, más o menos permanente, con el hogar familiar, eliminándose la exigencia de una cohabitación física. De otra parte, creemos que el requisito de la convivencia es adecuado para engendrar una duda de la sociedad ganancial, tanto porque supone un dato objetivo efectivo para ello, como también, porque puede fundarse en el criterio de ganancialidad pasiva voluntaria, ex art. 1367. En cambio, si no se da ese enlace mínimo del que hablamos, no existe convivencia (fundamento objetivo del cargo ganancial), y, por tanto, el legislador se limita a desencadenar la responsabilidad de los bienes gananciales frente a terceros, pero existiendo...

---

15 En concreto, los RUEDA (Op. cit., p. 560) estiman que el fundamento del criterio de la convivencia "quizá estriba en que si viven (los hijos no comunes) dentro del hogar familiar, a pesar de ser de uno solo de los cónyuges, están en una situación, respecto del otro cónyuge de afectividad, o por lo menos de tolerancia, y por lo tanto, a efectos patrimoniales se deben incluir en el régimen general".

16 En esta línea, LOPEZ PEREZ (Op. cit., p. 757) sostiene que, comprendido en sentido amplio, "el requisito de la convivencia... puede darse aunque el hijo no viva físicamente en el hogar, por ejemplo, internado en un Colegio".
el deber del progenitor de reembolsar los gastos realizados por el patrimonio común (envés del art. 1364 Cc.). Obsérvese que se trata de una especialísima hipótesis de responsabilidad provisional de la sociedad de gananciales\textsuperscript{37}, por una deuda que es personal de uno de los cónyuges\textsuperscript{38}. Ahora bien, esta consideración no implica un reconocimiento de la viabilidad de la tesis de la general separación deuda-responsabilidad en la obligación ganancial, sino, muy al contrario, un reforzamiento de nuestra tesis, por dos razones esenciales. En primer lugar, porque se advierte cómo el legislador, cuando establece un supuesto particular de responsabilidad transitoria del consorcio, lo indica expresamente, determinando, correlativamente, el deber de reintegro del esposo favorecido. Y en segundo lugar, y lo que es más importante, porque si estos casos en los que, aun no

\textsuperscript{37} Así, Giménez Duart (Cargas..., cit., p. 543), pues, como entiende Abeló (Op. cit., p. 815), la carga es privativa del progenitor. En esta línea, Guízar (Gestión..., cit., p. 381), piensa que: "... estamos en presencia de una norma de responsabilidad externa y, a la vez, también se contempla el cargo definitivo, en este caso su exoneración, del consorcio. Lo primero deriva de que se permite que el favorecido por ella haga provisionalmente responsable al consorcio de los gastos de educación y alimentación de forma tal que tiene derecho a hacer efectivos los apuntados gastos a costa del caudal común. Lo segundo porque la deuda que propiamente se origina y de la que prima facie responde el patrimonio común no será, en definitiva, cargo de esta sino del patrimonio privativo del cónyuge progenitor".

\textsuperscript{38} Para López Pérez (Op. cit., p. 757), en cambio, en este caso también existe una carga de la sociedad de gananciales.
existiendo una carga definitiva de la sociedad, se permite a los terceros dirigirse contra el patrimonio ganancial, porque, objetivamente, les parece que existe una obligación de éste, tanto más ocurrirá cuan-do nos hablemos ante un auténtico caso de débito común. Esto es, también en este precepto se establece la responsabilidad de los gananciales respecto de los acreedores comunes, por lo que no puede concluirse, como lo hacen los partidarios de la tesis de la separación, que el art. 1362 sea una norma que se limita a regular las relaciones internas conyugales.

2.2.1.4. Atenciones de previsión.

A diferencia de lo que ocurre, en general, en sede del pasivo de la sociedad ganancial, no ofrece excesivas dudas la materia tratada en este epígrafe, ya que la generalidad de los autores coincide en señalar que, cuando la ley emplea la expresión aten-ciones de previsión, se está refiriendo a cualquier clase de aseguramiento dirigido a salvaguardar la esfera física y moral, así como la solvencia económica de los miembros de la familia.\(^3\)

\(^3\) De este modo, significativamente, LACRUZ (Elementos..., IV, 20, cit., p. 466), seguido por la entera doctrina, como, por ejemplo, MARTINEZ CALCERRADA (Op. cit., p. 225; que habla de cualquier tipo de medida de aseguramiento del futuro (continúa...))
No obstante, sí que ha surgido la cuestión acerca de si son cargas familiares las atenciones de previsión referidas a todos los componentes del grupo familiar, o sólo las relativas a los propios cónyuges. Pues bien, aunque existe alguna voz discrepante que mantiene esta última idea\textsuperscript{16}, debemos concluir con la doctrina mayoritaria que no existe justificación alguna para excluir a los restantes miembros de la familia. En efecto, entendido el derecho de alimento y educación a que se refiere el art. 1362, 19, en un sentido amplio, como venimos defendiendo, debe comprender también los gastos de prevención, tanto respecto de los hijos comunes\textsuperscript{40}, como en relación a los hijos no comunes, pero convivientes\textsuperscript{41}.

2.2.1.5. Trascendencia en esta materia de los usos y circunstancias de la familia.

En principio, una interpretación literal del

\textsuperscript{16} (...continuación) o bienestar material o moral\textsuperscript{35}); MIRALLES (Op. cit., p. 595), etc. También en Francia, un Arrêt de la sala 18 de lo civil de la Cour de Cassation de 8 de febrero de 1978, estableció que los seguros relativos a un inmueble común constituyen una carga de la propiedad y forman parte del pasivo común.

\textsuperscript{40} Valgan por todos, los RUEDA: Op. cit., p. 560.

\textsuperscript{41} Cfr. apartado 2.2.1.2. de este Capítulo.

\textsuperscript{42} Cfr. apartado 2.2.1.3. de este Capítulo.
art. 1362, 1º CC., que habla de las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia, pudiera llevar a la impresión equivoca de que el legislador sólo quiere referir dicho módulo ponderador a estos gastos de previsión señalados\textsuperscript{4}. Sin embargo, de nuevo la doctrina mayoritaria es partidaria de interpretar unitariamente el precepto, enlazando estos usos y circunstancias de la familia con todos los gastos contenidos en este párrafo\textsuperscript{4}.

Ahora bien, nosotros queremos puntualizar que la actividad de un consorte, siempre que se desenvuelva dentro de la esfera de legitimación y normalidad aparente de la gestión del patrimonio ganan-

\textsuperscript{4} En esta línea se encuentran, por ejemplo, los RUEDA: Op. cit., p. 559.

\textsuperscript{4} Así, LACRUZ (Elementos..., IV, 1º, cit., p. 82), afirma que: "En realidad, a los usos y circunstancias se han de acomodar, no sólo las atenciones de previsión, sino el nivel de alojamiento, vestido, alimentación, educación, esparcimiento, vacaciones y, en general, la vida familiar"; ya que se trata, como confirma MARTINEZ CALCERRADA (Op. cit., p. 225) de un "módulo de normalidad para calificar el gasto efectuado por (todas las)... necesidades (familiares)\textsuperscript{4}; eso sí, relativas a cualquier miembro de la familia. En este sentido, por lo que respecta a los hijos, PARADISO (Op. cit., pp. 398-399) sostiene que: "... el principio que establece que los familiares, en cualquier modo, coparticipen de las fortunas económicas recíprocas debe entenderse extendido también a los hijos. Por tanto, parece que debe excluirse, sin más, la eventual pretensión de los progenitores de mantener a los hijos en un tenor de vida en conjunto inferior al que se reserva a aquellos mismos".

386
cial, obligará a los bienes comunes\textsuperscript{45}. Esta idea se basa en el dato esencial de que, en la llamada relación externa o respecto de terceros, allí donde la deuda se produce, la indicada obligación de la sociedad de gananciales debe entenderse \textit{objetivamente justificada} en estas hipótesis. En consecuencia, los acreedores del consorcio, que confiaron de buena fe en la legitimación del esposo interviniente, no deben quedar afectados, para poder dirigirse contra el íntegro patrimonio ganancial, por el hecho de si existió o no una actuación extralimitada\textsuperscript{46}. Por tanto, el propio legislador determina una serie de casos en los que surge, \textit{natura sua}, un provecho familiar, de manera que, aunque se hayan traspasado los límites fijados por los usos y circunstancias de la familia, deben quedar protegidos los acreedores comunes. Si un cónyuge se extralimitó en sus funciones, y obtuvo un beneficio particular o causó un daño a la sociedad (art. 1390), u obró en fraude de los derechos del otro (art. 1391), éste, además de poder impugnar el acto, tiene derecho al reintegro


procedente en la relación intercónyugal\footnote{En el Derecho francés, COLOMER (Op. cit., p. 390) considera que, en caso de actuación extralimitada, el exceso no invalida el acto, pero da lugar al reintegro correspondiente.}

2.2.2. El art. 1365, 10, 1\textdegree\ parte Cc.: Las obligaciones gananciales derivadas de la potestad doméstica.

Dice el art. 1365, 10, 1\textdegree\ parte Cc.: "Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge:

10. En el ejercicio de la potestad doméstica...

La potestad doméstica, como, en general, toda potestad, implica un doble contenido: uno positivo, o de facultad, y otro negativo, o de deber. En efecto, la potestad doméstica supone, de una parte, el genérico poder que la ley concede a cada uno de los cónyuges\footnote{En la actualidad, la igualdad de marido y mujer en el seno familiar, determina una facultad puritaria de ambos para afrontar las exigencias familiares, de manera que, como assegura QUADRI (Problemi..., cit., p. 10), se ha producido una "superación del rígido reparto de papeles en el interior del grupo familiar y de toda concreta subordinación de uno de los cónyuges al otro, hasta (llegar) a la afirmación del principio según el cual la efectiva paridad no tolera ninguna institucionalizada diversificación de funciones". También en el Derecho alemán, BRITZKE (Familienrecht, München, 1981, p. 67), indica que el § 1357 del B.G.B. reconoce a cualquiera de los cónyuges el poder de realizar los negocios destinados a satisfacer las necesidades vitales de la familia, responsabilizando al otro cónyuge a través de los negocios realizados con ese fin.} para realizar cuantos actos sean necesa-}

388
arios para atender las necesidades familiares. Pero, de otra parte, dicho poder está conectado, intrínsecamente, con un deber, para cuyo cumplimiento se otorga aquél: la atención de las necesidades ordinarias de la familia.

Ahora bien, el principal problema que surge en este punto es el de determinar cuál es el ámbito de la potestad doméstica a la que alude el art. 1365, 10, 1ª parte Cc. Para los partidarios de la tesis de la separación deuda-responsabilidad en la obligación ganancial, todas las obligaciones contenidas en el art. 1365 (includidas las derivadas de la potestad doméstica), implican sólo una afección meramente externa o provisional, que no una carga del consorcio, que estaría referida a la relación interna o entre cónyuges (art. 1362), y que quedaría postergada al momento de la liquidación. Por ello, se

49 En este sentido, el art. 1365, 10, 1ª parte Cc. debe completarse con el art. 1319, 10 Cc. que establece: "Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma". Para ALVAREZ-SALA (Aspectos..., cit., p. 35), esta posibilidad de actuación separada y vinculante de la comunidad conjugal, se basa en un consentimiento presunto, pues tal "puede conseguirlo en los casos en que cualquiera de los cónyuges, indistintamente, solidariamente legitimados, puede comprometer el patrimonio consorsial. Este consentimiento, que subyace sin duda, en la norma del art. 1365"; para BEITZKE (Op. cit., p. 67), se trata no de un derecho de representación, sino más bien de una especie de posición funcional en el interés de la familia.

50 Mantienen esta posición, entre otros, DONILLA (Op. cit., p. 88), que sostiene que del art. 1365, 10 en relación (contínua...
parte de que el alcance de las cargas del matrimonio es más amplio que el de la potestad doméstica\textsuperscript{51}, y que ésta supondría una actividad encaminada, únicamente, a atender las necesidades ordinarias de la familia\textsuperscript{51} a las que se refiere el art. 1319, 19 Cc\textsuperscript{51}.

\textsuperscript{50}(...continuación)
con el art. 1319 del Cc., surgen dos tipos de responsabilidades, una externa o "frente a terceros", y otra interna, "lo cual significa el derecho a ser reintegrado por el otro cónyuge cuando el cónyuge actuante ha aportado caudales propios para satisfacer tales necesidades" (las ordinarias de la familia): RAGEL (Ejecución..., cit., p. 59, nota 27), para quien es conveniente "diferenciar, aunque sea someramente, los conceptos de que potestad doméstica y cargas del matrimonio. El ejercicio de la potestad doméstica se desenvuelve frente a terceros y, por tanto, las deudas que dimanan del mismo provocarán la responsabilidad directa y solidaria con los bienes comunes y los bienes privativos del cónyuge actuante (párr. segundo del art. 1319 del Cc.)"; etc.

\textsuperscript{51}Para DE LOS MOZOS (Comentarios..., XVIII, 20, cit., p. 278), es obvio que el "ámbito del art. 1365, 1, inciso primero, es más reducido que el del art. 1362, 1, ya que éste se desenvuelve siguiendo un criterio rigurosamente objetivo, mientras que el art. 1365, 1, hace referencia a una valoración objetiva: la actuación separada de los cónyuges y que hay que integrar con otros preceptos, como los arts. 1369 y 1367\textsuperscript{51}. Por su parte, RAMS (La sociedad..., cit., p. 338), indica que la diferencia entre potestad doméstica y carga familiar "es puramente funcional", pues en tanto que en la potestad doméstica sólo entran aquellos desembolsos que tienen como finalidad primera y última las atenciones habituales de la familia... en el de carga familiar entran, además de éstas, otras atenciones igualmente necesarias pero de carácter extraordinario".

\textsuperscript{51}De este modo, RAGEL (Ejecución..., cit., p. 59, nota 28), manifiesta que: "El contenido de las cargas del matrimonio es más amplio que el de la potestad doméstica, porque no se limita a las necesidades ordinarias y, por lo tanto, puede estar referido a necesidades extraordinarias...". En esta misma línea, GUILARTE (Gestión..., cit., p. 448), declara que: 
"... en todo caso el ejercicio de esta potestad ha de permanecer siempre vinculado a la satisfacción de necesidades ordinarias de la familia entendidas como cotidianas o periódicas y, a la vez, de trascendencia económica corriente, es decir, que no afecte a la integridad de los bienes básicos integrados del patrimonio comunal. Sin que sea válido... el cri-

(continúa...)
La sistematización...

A nuestro juicio, debe sostenerse que, en efecto, la potestad doméstica tiene la extensión expresamente determinada por la Ley: la del art. 1319 Ce. 14 Pero, una vez dicho esto, hay que subrayar


52(...)continuación) terio genérico de que toda actuación de los cónyuges que se inscriba en el marco de la potestad doméstica redunde potencialmente en beneficio de la masa común originando esa responsabilidad externa del patrimonio”. También en Francia, CORNU (Op. cit., p. 374) advierte que la solidaridad, a la que se refiere el art. 220 de Code, es aplicable sólo a las deudas del ménage derivadas de “compras a plazo (si) han sido concluidas con el consentimiento de uno y otro (esposo)…” En cambio, una teoría intermedia parece sostenerse por LACRUZ (Elementos..., IV, 20, cit., p. 453; seguido por CANO TELLO: La nueva regulación de la sociedad de gananciales, Madrid, 1981, p. 89), cuando expone que: “Seguramente ordinarias no quiere decir... simplemente normales con arreglo a su nivel de vida, sino, en cierto modo, cotidianas o periódicas, y a la vez, de transcendencia económica corriente, ordinaria, de modo que la compra a crédito de un vehículo, o acaso... de un electrodoméstico necesario, u otros bienes de equipo del hogar representan un gasto extraordinario que... (requiere) para obligar a los gananciales, la necesidad y utilidad del gasto y su condición familiar: en definitiva, que sea carga de la comunidad”. En efecto, si el gasto se encuadra en las necesidades objetivas de la familia, aunque sea gasto extraordinario puede gravar a la comunidad conyugal.

53) Así, por ejemplo, DE LOS MOZOS (Comentarios..., XVIII, 20, cit., p. 278), que manifiesta que: "... la posibilidad de obligar a los gananciales queda limitada al ámbito estricto de reconocimiento de esta potestad y de su ejercicio, es decir, limitado a la satisfacción de las necesidades ordinarias de la familia, según dice el art. 1319, 10”; BONILLA (Op. cit., p. 88) quien apunta que: "La potestad doméstica consiste en la posibilidad atribuida de forma indiscriminada a cualquiera de los cónyuges de poder actuar individualmente, sin contar con el otro cónyuge, para atender las necesidades ordinarias de la familia, siempre que se den las circunstancias que proclama el párrafo primero del art. 1319…”; etc.

54 No obstante, existen también autores que extienden el alcance de la potestad doméstica. Así, GARCÍA CANTERO (Notas sobre el régimen..., cit., p. 306), que advierte “la flexibilidad con que el precepto aparece regulado, relativo a necesidades ordinarias de la familia y a gastos usuales, sin que haya una limitación taxativa de actos y negocios jurídicos en (continúa...)”
que este alcance de la potestad doméstica viene a confirmar la esencia de nuestra tesis. En primer lugar, porque si se parte de que el alcance de las cargas familiares (art. 1362, 19 Cc.) es más amplio que el de la potestad doméstica (art. 1365, 19, 1a parte), no parece coherente que se establezca una simple responsabilidad provisional o transitoria donde, necesariamente, existe cargo definitivo de la sociedad conyugal[1]. Ello evidenciaría el absurdo de una pretendida responsabilidad externa más limi-

(...continuación)

que tal potestad se concreta"; GIMENEZ DUART (La organiza-
ción..., cit., p. 86) afirma que: "En cuanto al ámbito de esta
potestad (la doméstica), debe ser el que recoge el núm. 19 del
art. 1362, esto es, el sostenimiento de la familia, la alimen-
tación y educación de los hijos y las atenciones de previ-
sión de la familia, cuya norma, pese a estar dictada para la
comunidad de gananciales, entendemos que traduce el sentido
del art. 1319; los RUIEDA (Op. cit., p. 575), que admiten que
la "expresión potestad doméstica... también parece el mismo
concepto expresado con más detalle en el art. 1362, 19º; T.
TORRES (Op. cit., p. 747); etc. También en Francia, BENABER
(Op. cit., p. 136) aboga por una ampliación de los gastos que
puede comprender el ejercicio del ménage, de ahí que puedan
incluirse, entre otros, los de "alimentos, calefacción, eléctri-
cidad, enseñanza; (igualmente) la jurisprudencia ha inclui-
do entre éstos la conclusión de un arrendamiento en vista de
la instalación de la casa".

estos casos "responden los bienes comunes porque en ejercicio
de la potestad doméstica siempre hay cargo de la comunidad". A
esta misma conclusión parece llegar DE LOS MOYOS (Comenta-
rios..., XVIII, 29, cit.) cfr. Capítulo III, nota 77; e., in-
cluso, GUILARTE (Gestión..., cit., p. 448) reconoce que: ". . .
la posibilidad de responsabilizar externamente el acervo común
surge cuando uno de los cónyuges contrae las obligaciones que
se describen en el párrafo 10 del art. 1319... En tales tér-
minos ha de entenderse la referencia a la potestad doméstica
contenida en este inciso primero del art. 1365, 19, lo cual no
supone obstáculo alguno para que dichas actuaciones individua-
les, normalmente, constituyan asímismo un cargo definitivo del
consorcio por poder encuadrarse en el art. 1362, 19º.
tada que la definitiva e interna.

En segundo lugar, nuestra tesis queda consolidada porque el art. 1319, 30 CC. claramente indica que los gastos derivados del ejercicio de la potestad doméstica son de cargo definitivo del patrimonio común. Por tanto, no puede decirse que el art. 1365 sea norma sólo de responsabilidad provisional y externa.

En definitiva, lo esencial en esta materia es que si se satisface una necesidad objetiva de la familia, habrá cargo (art. 1362, 10) y responsabilidad (art. 1365, 19, 18 parte) de los gananciales, siempre que así lo demande el beneficiario familiar. Así, queda a salvo, en primer lugar, la protección de los terceros, a los que les debe bastar la apariencia de la normalidad del acto realizado por uno solo de los cónyuges, sin que pueda afectar-


57 Como dice MIRALLES (Op. cit., p. 612), respecto de terceros, las "necesidades serán ordinarias o no, con independencia de su efectivo valor económico, según que esa cantidad sea aceptada por la sociedad conjugal como ordinaria y no excesiva, tanto por el nivel económico del matrimonio en sí como por el nivel o status que su situación social -circunstancias sociales- hace habitual según el uso del lugar".

58 En este sentido, CORDILLO (La protección..., cit., p. 1151) escribe que: "... hacia fuera, en relación con terceros, la actuación del cónyuge en ejercicio de la potestad doméstica, compromete los bienes comunes, e incluso subsidiariamente los privativos del otro, si externamente aparece adecuado al uso y circunstancias de la familia, por más que ad intra el acto pueda resultar excesivo o extralimitado". Según QUINXERO (Op. cit., pp. 701-702), a los terceros les basta, en estos

(continúa...)

393
les el posible pacto de éstos por el que se restrin-
ja el contenido de la potestad doméstica o se dis-
tribuya su ámbito entre los esposos. En segundo
lugar, queda, también, garantizada la defensa de la
sociedad, que tendrá derecho a recompensa si se ac-
tuó en notorio fraude o perjuicio de la misma.

(...continuación)

Sustitución de los gastos excesivos, habida cuenta del tren de vida de la fami-
ilia, la utilidad o inutilidad de la operación, y la buena o mala fe del tercero contratante". En contra, sin embargo, TORRALBA (Op. cit., p. 1686) entiende que, si en el ejercicio de la potestad doméstica, un cónyuge excede su ámbito de legi-
timación, no quedan obligados los bienes gananciales. No obs-
tante, esta idea cabe oponele que parece justo que el exces-
so no sea oponible a los terceros, sino que, más bien, dé
lugar a un reintegro en favor de la comunidad conyugal.

De este modo, ALVAREZ-SALA (Aspectos..., cit., pp. 38-39) afirma que: "El tercero ha de poder conferir en la aparente
legitimación de cada cónyuge para atender a las necesidades
ordinarias de la familia, conforme al uso del lugar y las cir-
cunstancias de la misma: todos los bienes del matrimonio debe-
drán responder, frente al tercero, por los actos que cualquiera
de los cónyuges realice en la esfera de la potestad doméstica.
Cualquier distribución de funciones entre los cónyuges,
mediante capitulaciones matrimoniales, en esta esfera de la po-
testado doméstica no trascenderá de su relación interna. La
posibilidad, que prevé el art. 1319, 1, de que ciertas necesi-
dades domésticas estén encomendadas al cuidado de uno de los
cónyuges, no quita al otro legitimación frente al tercero para
atenderlas igualmente, comprometiendo la responsabilidad de
todos los bienes del matrimonio, sean comunes o privativos".
Igualmente, MIRALLES (Op. cit., pp. 611-612), concluye que:
"... con referencia a terceros y por tanto en el ámbito de
actuación externa, estos no pueden quedar perjudicados por el
desconocimiento de las distintas atribuciones que, en el ámbi-
to competencial, hayan asumido los cónyuges. Son acuerdos
intempos que no tienen por qué formar parte de los capítulos
matrimoniales y que además no afectan ni al régimen ni a los
efectos patrimoniales".
Finalmente, y en relación con el art. 1319, 29 Cc., que establece los patrimonios responsables con ocasión de las obligaciones contraídas en el desempeño de la potestad doméstica, podemos plantear la cuestión de que si, dado que dicha potestad tiene un ámbito distinto al de los gastos familiares, fuera de la estricta potestad doméstica se da también la responsabilidad subsidiaria del cónyuge que no actúa. Según nuestro criterio, siempre que se trate de los gastos que venimos denominando como familiares, además de los bienes comunes, responden solidariamente los bienes privativos del consorte que contrajo la deuda y, subsidiariamente, los bienes pertenecientes al esposo que no intervino en la operación.

Siguiendo la línea argumental que venimos propugnando, debemos indicar que la prueba del carácter familiar de estas obligaciones no corresponde a los acreedores (en contra, por ejemplo, RAGEL: Ejecución..., cit., p. 66), sino que, en todo caso, será el cónyuge que niegue dicha naturaleza del débito el que haya de aportar la prueba correspondiente. MIRALLES (Op. cit., p. 613), aunque parte de que "el carácter doméstico del gasto" supone una "prueba que corresponde al acreedor", admite que esta comprobación puede "determinarse a través de presunciones", admitiendo finalmente en nota que: "A mi entender, bastante presunción es el gasto mismo y el objeto que causa el gasto".

Mantienen esta tesis, entre otros, DIEZ-PICAZO (Comentarios..., II, cit., p. 1501), que, en estos supuestos, es partidario de que frente "a los acreedores es responsable el patrimonio del cónyuge que contrajo la obligación y subsidiariamente el del otro cónyuge; GARRIDO CERDA (Derechos..., cit., p. 173), quien considera que: "... cada cónyuge tiene derecho a comprometer los bienes del otro, de naturaleza gannicial: a) En el ejercicio de los deberes de sostenimiento de la familia y potestad doméstica, en los términos de los arts. (continúa...)"
La responsabilidad subsidiaria\(^1\) del patrimonio privativo del cónyuge no actuante, cuya naturaleza jurídica es, por otra parte, discutida\(^1\), se

\(^1\) (...) continuación)

1362, 10, 1365, 10, y 1368... Es una consecuencia del régimen económico-matrimonial primario, tal como señala el art. 1319, y este derecho podrá afectar, subsidiariamente, incluso a los bienes privativos del consorte"; etc.

\(^1\) Quizá hubiese sido más oportuno, en beneficio de los acreedores, haber establecido una responsabilidad también solidaria de los bienes propios del cónyuge no deudor como ocurre, por ejemplo, en el Derecho francés. Así, entre otros, fundamentan esta solidaridad, CARBONNIER (Op. cit., p. 133), que explica que la solidaridad por las deudas del ménage es "un caso de solidaridad legal (a. 1202, 2): cuando uno de los esposos, cualquiera que sea, realiza un contrato para el sosténimiento del ménage o la educación de los hijos, las obligaciones de él resultantes van a pesar no sólo sobre él (cónyuge) sino también sobre su cónyuge, solidariamente entre ellos" (a. 220)"; COLONER (Op. cit., p. 393), quien manifiesta que las "deudas que se inscriben en el campo de las cargas del matrimonio y que obligan a los esposos solidariamente incluso si han sido contraídas por uno solo de los dos, son ejecutables sobre el conjunto de bienes de los esposos, sin restricción"; FOURNIER (Op. cit., p. 485), que en relación con el art. 1414 del Code afirma que si "se trata de una deuda del ménage, esta última obliga entonces solidariamente a los esposos, de suerte que el patrimonio propio del cónyuge del deudor se encuentra expuesto de la misma manera a (ejecución)... como las mismas ganancias y salarios"; WOIRIN (Op. cit., p.), quien señala que "toda deuda así contraída (deuda del ménage) por el uno, obliga al otro solidariamente; esto significa que el acreedor puede reclamar el total de la obligación indiferentemente a uno u otro de los cónyuges"; etc.

\(^1\) No obstante, prevaleta la idea de que la responsabilidad del cónyuge del que contraen la deuda puede configurarse como una especie de fianza. Así, DIEZ-PICAZO (Comentarios..., II, cit., p. 1505), escribe que: "Puede discutirse en pura técnica jurídica cuál es su posición. No es obviamente un codeudor. Dado el carácter subsidiario de su responsabilidad, más parece un garante o fiador. El carácter subsidiario de su responsabilidad significa que ésta sólo entra en juego cuando no existen bienes comunes y cuando no existan tampoco bienes del cónyuge deudor directo o tales bienes no sean suficientes para hacer frente al pago". En esta misma línea, GUILARTE (Gestión..., cit., p. 449) defiende que: "... la responsabilidad subsidiaria del otro cónyuge... implica el colocar a éste (continda...)
La sistematización...

justifica por el hecho de que ambos esposos están obligados, necesariamente, a contribuir a las cargas del matrimonio (art. 1318). De este modo, la deuda contraída por uno solo de los cónyuges, si tiene carácter consorcial (arts. 1362 y siguientes del Cc.), es imputable, objetivamente, a la sociedad ganancial, pero, subjetivamente, es débito del consorte actuante, si bien se trata de una deuda a cuya satisfacción también está sujeto, legalmente⁴⁴, el que no intervino en la operación, de ahí que sus bienes propios estén también afectos⁴⁵, aunque sólo finalmente o en forma subsidiaria.

⁴⁴{(...continuación)

en una posición similar a la de un garante o fiador pues sólo podrá ver agredido su patrimonio ante la falta o insuficiencia tanto de bienes comunes como privativos de quien contrajo la obligación".

⁴⁴ Según ECHEVARRÍA (Sobre el embargo..., cit., p. 102), "la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no deudor, deriva de la ley sin posibilidades de discusión".

⁴⁵ En este sentido, DIEZ-PICAZO (Comentarios..., II, cit., p. 1505), indica que: "... respecto de la responsabilidad del esposo actuante, se trata de una regla enteramente lógica y deriva de que frente al acreedor éste es el deudor y tiene que responder de sus obligaciones"; en cuanto a la obligación del otro consorte, la "razón no es difícil de entender. Dado el origen de la deuda se trata de materia en que el otro cónyuge tenía también una idéntica obligación hacia la familia -atender las necesidades-, por lo cual el hecho no es para él irrelevante. Asimismo, MANRIQUE (Op. cit., p. 24), concluye que la responsabilidad subsidiaria de los bienes "del otro cónyuge, (es una) norma que encierra un doble aspecto: -De un lado, protección al acreedor, que puede cobrar sobre patrimonio distinto del obligado en principio. -De otro lado, esta responsabilidad deriva del deber de contribución al levantamiento de las cargas que consagra el 1318".

397
2.2.3. El art. 1368 CC.: Las cargas familiares en la separación de hecho.

Dice el art. 1368 CC.: "También responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, provisión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales".

A pesar de su aparente especialidad, en este precepto se ven confirmadas las ideas que hemos venido manteniendo a lo largo de este trabajo. Así, en primer lugar, se observa cómo el legislador determina, en caso de separación de hecho, un ámbito de legitimación individual de los cónyuges frente a tareas que es más amplio que la potestad doméstica, y que se concreta en los gastos establecidos...

64 Así, RAGEL (Ejecución..., cit., p. 64), asegura que: "... será más correcto interpretar el mencionado artículo en el sentido de que, con la separación de hecho, y en lo que se refiere a las atenciones relativas a los hijos, la potestad doméstica no sólo permanece vigente -aunque en manos del cónyuge que tiene los hijos a su cuidado-, sino que se amplía en la esfera de los hijos, que ya no va a estar ceñida a la satisfacción de las necesidades ordinarias, sino que comprenderá aquellas atenciones que, una vez pagadas, serán de cargo de la sociedad de gananciales...". En este mismo sentido, FERNANDEZ VILLA (Op. cit., p. 671), entiende que: "... la potestad doméstica subsiste en caso de separación de hecho, pero su ámbito ya no se contrae a lo que se tenga por necesidades ordinarias de la familia conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma, sino que se amplía a lo que se entiende en la doctrina por cargas del matrimonio,... esto es, a los gastos que enumera el párrafo primero del art. 1362. Es ésta la que podría denominarse potestad doméstica extraordinaria o (continúa...)"
en el art. 1362, 1º Cc. Por tanto, si las obligaciones contenidas en el art. 1368 están incluidas entre las cargas de la familia, la responsabilidad derivada de las mismas no puede ser provisional, sino definitiva. No parece lógico, creemos, que tratándose de deudas del consorcio, se predique una afectación simplemente provisional del mismo. La intención del legislador fue indicar que, en una situación anómala del matrimonio como es la separación de hecho, subsistía la atención de las cargas familiares, manifestación que tiene una gran trascendencia, tanto en relación a los esposos (respecto de...

(...continuación)
potestad doméstica en caso de separación de hecho". También se encuentran en esta línea. CANO TELLO (Op. cit., p. 90); PEÑA (Comentario..., II, cit., p. 701), quien afirma que: "En el caso de separación de hecho, esta potestad (la doméstica) automáticamente... se amplía, porque no se distingue entre necesidades ordinarias y extraordinarias y si son o no urgentes"; etc.

En este punto, los RUEDA (Op. cit., p. 579), concluyen que: "En nuestra opinión, el contenido de estos términos (sostenimiento, provisión y educación de los hijos) viene a coincidir con los expresados en el art. 1362, 1º". También en Francia, BERAVENT (Op. cit., p. 141), sostiene que, en estos casos de crisis matrimonial, "el deber de socorro tiene el mismo contenido y juego que la contribución a las cargas del matrimonio... (pues), en caso de separación de hecho, el deber de socorro subsiste ya que el sólo efecto de la separación de hecho es hacer desaparecer el deber de cohabitación...". Así, también, entre otros, CARBONNIER (Op. cit., p. 130); CHAMPION (Op. cit., p. 26); etc. Y en Italia, DOGLIOTTI (La separazione dei coniugi: rapporti personali e patrimoniali, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1985, pp. 199-200, not. 29), cita una S. de la Corte di cassazione de 24 de noviembre de 1978 que estableció que el "contenido del derecho (de mantenimiento) no está limitado a la satisfacción de las necesidades fundamentales de la vida, sino que comprende todo cuanto sea necesario para un tenor de vida adecuado a la posición económico-social de los mismos cónyuges". 399
los cuales continúa el deber de contribuir a las mismas), como respecto de terceros, que podrán seguir confiando en la apariencia que genera la actuación individual ordinaria de los cónyuges.

Otra cuestión que hay que aclarar es si el art. 1368 CC. se refiere sólo a los hijos comunes del matrimonio, o, también, a los hijos de uno solo de los cónyuges. Para algunos autores, parece obvio que únicamente

---

54 Como apunta GIMENEZ DUART (Cargas..., cit., p. 551): "... el art. 1368 no es una norma excepcional, sino especial. No altera para nada la afección de los bienes al pago, ni incluso la aplicación en su caso del art. 1319 (pues el mandaño del art. 1318, párrafo 19, continúa vigente) como dice BAYEUX (Op. cit., p. 125). también en periodos de crisis matrimonial (separación de hecho, etc.) subsiste la "obligación de contribuir a las cargas del matrimonio", sino sólo pretende disipar cualquier duda respecto de la solvencia del cónyuge que continúa al frente de la familia y de los hijos". En definitiva, se trata de "un dotar de credibilidad en el tráfico", respecto de los gastos familiares, al cónyuge cuya especial situación podría dar lugar a dudas en lo relativo a la facultad de afectar a los gananciales (La responsabilidad..., cit., pp. 810-811). Por VÁZQUEZ IRUZUBIETA (Regimen..., cit., p. 272), habría bastado, "si se pretendía una mayor claridad dentro de la coherencia del sistema, decir simplemente que los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por cada cónyuge si se encuentren separados de hecho, porque, constante matrimonio (como sucede en una separación de hecho), se mantiene constante la sociedad de gananciales". En la doctrina extranjera, TERRÉ y SIMÉON (Op. cit., p. 56) apuntan que: "Derivada del matrimonio, la obligación de contribución a las cargas que de él resulten no implica, necesariamente, una comunidad de vida; en otros términos, puede haber separación de hecho entre los cónyuges".

55 Por ejemplo, RASSEL (Ejecución..., cit., pp. 64-65), quien sostiene que: "En nuestra opinión, los hijos a que se refiere el art. 1368 del CC. serán únicamente los hijos comunes... cuando falta la convivencia entre los cónyuges y, por lo tanto, entre el hijo de uno de ellos y el cónyuge progenitor (porque ha de faltar, nos preguntamos, necesariamente, dicha (continúa...)

400
puede tratarse de los hijos comunes, ya que dan por sentado que, en caso de separación de hecho, no puede existir la convivencia precisa para comprender, entre los gastos familiares, los ocasionados en favor de los hijos de uno solo de los consortes.

A nuestro juicio, tal concepción es errónea, ya que la convivencia de los hijos no comunes, a los efectos de gravar a la sociedad ganancial, debe entenderse referida, no a la convivencia entre los cónyuges, sino a la efectiva integración en el hogar familiar, aunque queden bajo la potestad del esposo no progenitor. No es inverosímil que la familia integrada por un cónyuge y sus hijos, comunes o no, permanezca unida a pesar de que falte la concurrencia del otro consorte, ni parece justo, ni permitido por la intencionalidad del legislador de la reforma, que la separación de hecho pueda alterar el

\[\text{(...continuación)}\]
convivencia?]. Las deudas emanantes de la alimentación y educación de tales hijos serán consorciales, en virtud del art. 1362, *in fine*, pero no serán deudas domésticas, porque las necesidades atendidas son más limitadas que en el caso de los hijos comunes y porque, por otro lado, no parece justo que el cónyuge no progenitor responda subsidiariamente con su patrimonio privativo*; así, también, entre otros, TORRALBA: Op. cit., p. 1713. Para MANRIQUE (Op. cit., p. 34), esta "forzada interpretación es... la idónea, pero no hay que dejar de reconocer que no es lo que textualmente dice el artículo".

\[\text{(...continuación)}\]
7) Pues como dice ISAC AQUILAR (Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: el uso de la vivienda conjugal, R.C.D.I., 1986, p. 1730), el legislador está movido en esta materia por la defensa de los hijos, de manera que, como deriva de la propia Exposición de Motivos del texto legal, es "la protección de los hijos..., (el dato), que la reforma ha tomado como eje y presupuesto de la misma".

401
régimen de los hijos que, aun no siendo comunes, *convivan* en el hogar familiar*1. Basta, por tanto, que se produzca una carga familiar referida a cual-
quiera de los hijos indicados, para que se determine el débito y la responsabilidad de la que trata el
art. 1368 CC.*2

Con ello llegamos, de nuevo, a la idea básica de todo nuestro discurso: si se produce una carga ganancial (ex art. 1362, 19), se desencadenan, lógi-
camente, una responsabilidad de los bienes comunes (art. 1368). De ahí que el propio art. 1368 hable expresamente de que *responderán los bienes ganancias, por los gastos... que estén a cargo de la so-
ciedad de ganancias*2.

---

*1* En este sentido se pronuncian, por ejemplo, MARTINEZ CALCERRADA (Op. cit., p. 233), para quien el art. 1368 está referido a los "gastos de sostenimiento, prevención y educación de los hijos -comunes o no, pero convivientes-"; PERA (Comen-
tario..., II, cit., p. 701), que asegura que deben "entenderse incluidos los gastos relativos a los hijos de uno solo de los cónyuges cuando sigan conviviendo en el hogar familiar (cfr. art. 1362, 1), hogar que sigue con este carácter a pesar de la separación (cfr. arts. 96, 1 y 103, 2 a fortiori) y aunque haya dejado de ser vivienda común..."; etc.

*2* Así, DIEZ-PICAZO (La reforma de 1981 y el régimen eco-
nómico conyugal, Familia y Derecho, Madrid, 1984, p. 167), establece que, con arreglo al art. 1368 CC., los "bienes gananciales responden siempre de las obligaciones contraídas... por uno sólo de (los cónyuges)... en los casos de separación de hecho, siempre que haya sido para atender al sostenimiento de los cargas del matrimonio y a las atenciones de prevención y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad".

*3* En este punto, LOPEZ PEREZ (Op. cit., pp. 757-758), mantiene que: "En íntima relación con los gastos familiares y de los hijos de la 18 regla del art. 1362, está el contenido del art. 1368 del CC... La norma complementa a la regla 18 del (continda...)
Ahora bien, cabe preguntarse si, además de la responsabilidad de todos los gananciales, se produce la afección subsidiaria del patrimonio privativo del cónyuge no actuante. En este punto hay que distinguir si el gasto entra o no en la potestad doméstica. En el primer supuesto, es obvio que, por no producir la separación de hecho ningún efecto inmediato que alcance al régimen de gananciales, debe mantenerse dicha responsabilidad subsidiaria a virtud del art. 1319, 29 Cc. En efecto, de acuerdo con la regulación de esta materia, para que queden revocados los poderes domésticos de un cónyuge con efi-

11 (...continuación)
art. 1362, regulando las relaciones internas de los cónyuges, y garantizando el crédito del tercero, con la responsabilidad de los bienes gananciales, aparte de la responsabilidad de los bienes propios del cónyuge actuante. Más concreto, MARTÍNEZ CALDERÓN (Op. cit., p. 233), expone que: "... la coherencia entre el 1362, 19 y el 1368 es completa: no sólo porque son las mismas necesidades las así satisfechas, sino porque, especificada ya que éstas constituyen una carga de la sociedad -art. 1362-, el 1368 deriva la lógica afección de los bienes de ésta". Incluso DE LOS MOZOS (Comentarios..., XVIII, 20, cit.), reconoce que el art. 1368 constituye un precepto de carga (p. 306), comprendido dentro del ámbito del art. 1362 (p. 250). Por su parte, los RUEDA (Op. cit., p. 579) subrayan que: "La expresión final (que estén a cargo de la sociedad de gananciales) se refiere a los gastos, no a los hijos, como una lectura apresurada del precepto pudiera dar a entender...". En contra, por supuesto, RUDEL (Ejecución..., cit., p. 64), para quien "la redacción del precepto es censurable, pues mezcla indebidamente la responsabilidad directa y la contribución, que se plantean en momentos distintos y respecto a personas diversas".

12 Para DE LOS MOZOS (Comentarios..., XVIII, 20, cit., p. 307), el ámbito de la responsabilidad que surge del art. 1368 Cc., está delimitado, sin más, por el art. 1319 Cc., esto es, alcanza, además de los bienes del cónyuge actuante, tanto a los bienes gananciales como a los privativos del otro.
cacia vinculante de los bienes propios del otro. es necesario que se produzca la sentencia de separación (art. 83 Cc.), o que se admita la demanda correspondiente (art. 102, 26 Cc.); sin que baste la mera separación de hecho para desmantelar el ámbito general de responsabilidad dimanante de la potestad doméstica.

En cambio, si el gasto excede del ámbito de la potestad doméstica, el alcance de la carga familiar estará regido por el art. 1369 Cc., a cuyo estudio

---

7) Así, entre otros, ALVAREZ-SALA (Manuel... cit., p. 40, nota 6), que afirma: "En nuestro Derecho, en la actual reforma del Título IV del Libro I del Cc. se expresó (arts. 83 y 102, 26, 2) que, dictada sentencia de separación personal de los cónyuges o admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio del matrimonio, cesa la posibilidad de vincular los bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica... Parece lógico pensar que, al desaparecer la comunidad de bienes por la separación de hecho definitiva... del matrimonio, no tiene ya tampoco fundamento la potestad doméstica..."; MARQUE (Op. cit., p. 34), que se cuestiona que: "... si con esta actuación unipersonal obliga subsidiariamente los bienes del otro cónyuge, pues las deudas aduanadas entran dentro de la potestad doméstica. La solución es dudosa, pues está sólo un caso en caso de interposición de demanda de nulidad o divorcio conforme al art. 102, pero no en los casos de separación de hecho"; RAGEL (Ejecución... cit., p. 63), que indica que: "Mientras subsista la separación de hecho, los bienes privativos del cónyuge que no tiene hijos a su cuidado, pueden ser agendidos subsidiariamente por las deudas domésticas dimanentes de la alimentación, previsión y educación de aquellos hijos... Si siquiera la modificación del régimen de gannancias por el de separación de bienes, al amparo de la circunstancia de haber transcurrido un año desde que se produjo la separación de hecho, produce la extinción de la garantía subsidiaria de los bienes privativos del cónyuge que no tiene a los hijos en su compañía, ya que el art. 1319, en su párrafo segundo, es aplicable a todos los regímenes económico-matrimoniales"; etc. También en Francia, CHAMPION (Op. cit., p. 28), declara que: "Una simple separación de hecho no hace cesar este poder (el de la potestad doméstica) respectivo de los cónyuges y la solidaridad que de él se deriva".
nos remitimos\textsuperscript{16}.

Por todo lo expuesto podemos concluir que el art. 1368 Cc. no es una norma inútil, sino que sirve para reforzar la posición de los consortes frente a los terceros en los supuestos de separación de hecho\textsuperscript{17}, de modo que los acreedores, conozcan\textsuperscript{18} o

\textsuperscript{16} Cfr. apartado 4.2. de este Capítulo.

\textsuperscript{17} Para ALVAREZ CAPELLOCHIPI (Op. cit., p. 258), el art. 1368 supone "un ámbito de autonomía gestora, donde no existe derecho de veto previo". Igualmente, BONILLA (Op. cit., p. 88), considera que el art. 1368 es una aplicación concreta de los casos en los que se permite una "excepcional actividad individual". Por su parte, FERNANDEZ VILLA (Op. cit., p. 673), declara que: "En definitiva, y como concluyen numerosos autores, la finalidad del art. 1368 es reforzar la solvencia de los cónyuges, separados de hecho, en el tráfico jurídico (pues la responsabilidad directa de los gananciales, según el art. 1365, 10, se transforma en responsabilidad solidaria con los bienes propios), (no hace falta, ya está el art. 1369 Cc. que así lo establece para los supuestos, éste lo es, de deuda de la sociedad de gananciales), y la de reforzar la confianza de los proveedores de la familia a extender el ámbito de los centornos normales de la potestad doméstica -los definidos en el apartado primero del art. 1319 Cc.- a los que delimitan el concepto más amplio de las cargas del matrimonio, los del apartado primero del art. 1362 Cc.".

\textsuperscript{18} Para GIMENEZ DUART (Cargas..., cit., p. 551) el sentido del art. 1368 Cc., "no puede ser otro que el de reforzar la solvencia del cónyuge separado de hecho que contienda al cuidado del hogar y de los hijos... Se dirá entonces que este artículo es inútil, pues de las obligaciones de este tipo siempre responderán los bienes comunes a través del art. 1365 y, efectivamente, desde una perspectiva puramente técnica es así. Mas desde el punto de vista práctico, la solvencia que en el tráfico confiere el art. 1368 puede ser muy interesante. Es una norma dirigida a proveedor de la familia... para que (sepa), sin lugar a dudas, que aun estando los cónyuges físicamente separados, el consorcio sigue respondiendo de las obligaciones de uno solo...". Igualmente, MANRIQUE (Op. cit., p. 33), advierte que: "Tras una primera lectura, la sensación es de perplejidad, pues no se entiende muy bien que pueda cambiar el régimen de responsabilidad por una para situación de hecho como es la separación".

405
dicha situación de hecho (que no provoca, en principio, la disolución del régimen), podrán seguir contando con la afección del patrimonio gananciar.

Para GIMENEZ DUART (Legaz... cit., p. 551), "la separación de hecho... no produce la disolución de la sociedad conyugal, sino sólo concede acción para provocar ésta a instancia de parte, y sólo de perduar más de un año la situación... Luego a una situación que pertenece a la intimidad de la familia, que incluso el legislador minusvalora interpuestas si no dura un año al menos. (no puede dársela)... beligerancia respecto de terceros..." PAJARDI (Op. cit., p. 497), cita una S. de la Corte di cassazione de 6 de marzo de 1979 que considera "distinta la situación del mero alejamiento injustificado de uno de los cónyuges (art. 146 Ce.) -en la cual se suspende el derecho a la asistencia moral y material, de la hipótesis de separación de hecho", en la que subsisten dichos derechos: confirmando una S. del Tribunale di Milano de 22 de mayo de 1985, que permanecen también los efectos patrimoniales del régimen de comunidad, pues la separación de hecho no la disuelve, a diferencia de lo que sucede con la separación judicial o consensual homologada (p. 501). En este mismo sentido, SANTORO-PASSARELLI: Op. cit., p. 16.

Así, VAZQUEZ IRUREBIA (Régimen..., cit., p. 271), manifiesta que: "Se debe tener presente... que la sociedad de gananciales persiste hasta tanto se disuelva por el trámite judicial de la separación o de una causa disolvente del matrimonio. Esto quiere decir que persiste como acontecimiento jurídico más allá del concepto abstracto; persiste realmente como consecuencia jurídica cotidiana que resulta de la actividad económica de los dos cónyuges, aun cuando estén separados de hecho".

A los terceros, por otra parte, no les pueden afectar los convenios establecidos por los cónyuges en sus relaciones internas. De este modo, indica LOPEZ PEREZ (Op. cit., p. 738), que: "... parece que no afectan al alcance del precepto, los pactos internos que puedan tener los cónyuges, para regular la separación de hecho, al menos por lo que se refiere a la protección del tercer acreedor, con independencia de las relaciones internas de los cónyuges".
2.3. CARGAS ECONÓMICAS DEL PATRIMONIO GANANCIAL.

Como ya quedó indicado\(^1\), por cargas económicas de la sociedad ganancial podemos entender todas aquellas deudas que derivan de su especial naturaleza jurídica, esto es, las procedentes de la conformación, mantenimiento y uso del patrimonio ganancial (art. 1362, 2º en relación con los arts. 1365, 1º, 2º parte, y 1370 del Cc.), de la administración de los bienes propios de cada cónyuge (art. 1362, 3º en correspondencia con el art. 1365, 2º, 2ª parte del Cc.), y de la actividad económica ejercida por cualquiera de los cónyuges (art. 1362, 4º que enlaza con el art. 1365, 2º, 1ª parte y último párr. del Cc).

Sin olvidar, por último, los casos especiales de las obligaciones extracorporales (art. 1366 Cc.) y las procedentes del juego (arts. 1371 y 1372 del Cc.).

Todos estos débitos son característicos de la comunidad conyugal y responden, también, al criterio objetivo de responsabilidad que estamos analizando. Veamos, pues, el régimen de cada una de estas hipótesis:

---

\(^1\) En el apartado 2.1. de este Capítulo.
2.3.1. Las deudas derivadas de la existencia de un patrimonio ganancial: el art. 1362, 29 en relación con los arts. 1365, 19, 28 parte y 1370 del CC.

Dice el art. 1362, 29 CC.: "Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas:

29. La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes.

A nuestro juicio, como ha quedado ya estudiado\(^1\), el patrimonio correspondiente a la sociedad ganancial debe comprenderse como un patrimonio separado, ya que tiene especificidad respecto de los privativos de los cónyuges. Esta singularidad del patrimonio común generaba, además de su especial destino a la atención de las necesidades familiares, la existencia de unas normas propias de administración y responsabilidad. Por tanto, como patrimonio separado, el patrimonio ganancial debe soportar todas las cargas u obligaciones derivadas de su propia composición y gestión:

\(^{1}\) Cfr. el Capítulo II de este estudio, especialmente, el apartado 4.
2.3.1.1. La adquisición de bienes comunes.

Una vez admitida la legitimación de los cónyuges para adquirir separadamente bienes para su consorcio conyugal, con eficacia vinculante del mismo, sólo nos resta estudiar el supuesto especial de la compra a plazos, contenido en el art. 1370 CC.

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

La doctrina mantiene que si existe una norma confusa en sede del pasivo ganancial, ésa es la del art. 1370 CC., de manera que se discrepa acerca del sentido y alcance de todos sus términos.

La primera cuestión que surge es la de si cabe la hipótesis del importe totalmente aplazado. En principio, podría alegarse que de la conexión entre

---

84 Cfr. apartado 2.3. del Capítulo III de este estudio.

85 Para un estudio en profundidad de los problemas que plantea este precepto, véase mi trabajo: La sistematización del pasivo ganancial y el art. 1370 del CC., R.D.P., Junio, 1993, pp. 539 ss.; en especial, pp. 558 ss.

86 Así, por ejemplo, GIMENEZ DUART (La responsabilidad ..., cit., p. 811); LOIS FUENTE (Comentario al art. 1370 del CC., La ley, 1988-2, p. 1150); DE LA CAMARA (Actas..., cit., p. 197); etc.
el art. 1370 y el 1356 del CC\textsuperscript{17}, resulta que si la
cantidad total de la adquisición queda diferida no
habría dato objetivo alguno para la calificación de
la cosa comprada, ya que el 1370, al limitarse a la
compra de bien ganancial, estaría indirectamente
exigiendo el pago de un inicial desembolso. No obsta-
tante, pensamos que esta argumentación tiene una
réplica viable: la presunción de ganancialidad del
art. 1361 CC. es tan amplia que puede y debe englo-
bar todo supuesto confuso que, en materia de carac-
terización de bienes, pueda darse en el seno de la
sociedad\textsuperscript{18}. Pero, a esto también podría objetarse
que el art. 1356 evita la confusión, pues según él
es claro que sin un primer pago ganancial, el bien
no puede considerarse consorcial. Sin embargo, esto
sería tanto como establecer que el 1356 es el único
o decisivo dato fundamentador de la ganancialidad
(en relación al 1370), y nos parece que no es así.

\textsuperscript{17} El art. 1356 CC. hace depender, en las compras a pla-
zos, su carácter privativo o ganancial, de la naturaleza del
primer pago.

\textsuperscript{18} Como indica AVILA (Régimen económico..., cit., p. 30),
hay "bienes, como el dinero o los bienes muebles, en que es
muy difícil determinar unas veces el cuño, otras el como y
otras el cuño y el cómo de la adquisición. Y para estos
bienes parece lo más justo establecer no una regla absoluta de
pertenencia a ambos cóyuges por mitad o de su carácter común
o ganancial, sino una presunción juris tantum de este carácter
que no impida la prueba posterior de su carácter de privati-
vos, en su caso. Así lo dispone el art. 1361 del CC.". En
Francia, CARBONNIER (Op. cit., p. 154) entiende que: "... la
fuera de atracción de la comunidad... se traduce en la pre-
sunción muy práctica de que, hasta la prueba en contrario,
todos los bienes son comunes (a. 1402)".
El art. 1356 facilita la aplicación del 1370 fijando un criterio base para concretar la cualidad del bien, pero no supone un a priori indispensable para su virtualidad

Otro punto esencial que hay que resolver en este precepto es el relativo a si por bien ganancial, debe entenderse aquél que indubitadamente lo sea o basta con que sea presuntivamente consorcial

A nuestro juicio, la ganancialidad del bien es presupuesto de aplicación de la norma y sirve para revelar su sentido. Si la ley se hubiera limitado a decir que responde el bien, habría dicho po-

85 El fundamento de nuestra tesis deriva de la propia ratio del 1356: éste trata de evitar "una inicial incertidumbre" (GIMENEZ DUART: Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 1981, R.C.D.L., 1982, p. 137), acerca de la condición privativa o ganancial de los bienes, hasta tal punto que rompe la equitativa regla de proporcionalidad del 1354 CC. Esto es así, porque el legislador pensó que no convenía a la seguridad del tráfico jurídico esperar a que el precio estuviera totalmente satisfecho, para especificar la índole del bien o, en definitiva, para que entrara en juego el art. 1370 CC. Y por todo ello, creemos factible completar el criterio del 1356 con la presunción del 1361, ya que su finalidad sería idéntica: ganancializar la adquisición (sin a guardar hasta el primer pago) para salvaguardar las relaciones jurídicas.

10 Esta interrogante no es inútil (Como entiende LOIS - Op. cit., p. 1154-, que considera que nada importa que el bien sea ganancial o no, pues lo básico es la adquisición a plazos, ya que "el propio bien responde siempre"), pues como veremos después, la naturaleza ganancial del objeto adquirido justificará la responsabilidad de todos los bienes gananciales

81 También opina así, por ejemplo, DE LA CAMARA: La sociedad..., cit., p. 465. Por su parte, VAZQUEZ Iruzubieta (Régimen..., cit., p. 279) mantiene que "ha de tratarse de un bien ganancial, sea que se adquiera con pagos de fuente integralmente ganicial o sólo en parte, siempre que el primer desembolso hubiera tenido el carácter de ganancial (art. 1356 CC.)".

411
co, pero menos aún, si el bien fuera privativo, ya que en este caso nada le iría en ello al otro cónyuge. La norma cobra relieve si la acción del acreedor puede dirigirse contra aquellos bienes en los que está interesado el otro consorte, esto es, contra los consorciales. Y así se explica, creemos, que se califique, inicialmente, en el precepto, la cosa adquirida como consorcial\(^2\): y más aún, que la expresión según las reglas de este Código esté encaminada a responsabilizar tras el bien concreto los demás gananciales.

Por lo demás, la ganancialidad de lo comprado dependerá de la forma de actuación de los cónyuges pero, en general, basta que el bien sea presuntivamente ganancial por aplicación de la presunción del art. 1361 CC., para que entre en juego el art. 1370\(^3\).

\(^2\) En este sentido cabe apuntar el cambio significativo experimentado en el iter legislativo del art. 1370 CC. Pues si en el art. 1363 del Proyecto de 1978 se hablaba de la adquisición de bienes con dinero ganancial que obre en su poder (del cónyuge adquirente), hoy el precepto se refiere sólo a un bien ganancial. Con esto nos parece que el legislador pretendió esclarecer, de entrada, un dato objetivo: que nos hallemos ante un bien ganancial.

\(^3\) Así, si la adquisición se efectúa con un primer desembolso ganancial, el bien será consorcial ex art. 1356. Como apunta GUILARTE (El tratamiento..., cit., p. 1001), es obvio que la "propia finalidad del precepto... (es) determinar el carácter ganancial o privativo de los bienes adquiridos... ". No obstante, no hay que olvidar la excepción que supone el art. 1357 CC., en cuyo caso, como manifiesta RAMS (Comentario a la SSTS de 31 de octubre de 1989, C.C.J.C., n°. 22, 1990, p. 19), el T.S. parte de que los plazos pagados "para la adquisición... (continúa...)"
La sistemización...

1/) (...continuación)

dición de vivienda familiar tienen, aunque el primer desembo-
só y la escrituración de la finca sean indubitablemente priva-
tivos, carácter y naturaleza ganancial, por lo que debe produ-
cirse para con ellos la subrogación real transformando la
titularidad privativa inicial en condominio ordinario entre la
masa privativa del adquirente y la masa ganancial sobre la que
han gravitado (los citados págs). Incluso, nosotros pensamos
que, aunque el primer desembolso sea probablemente privativo,
el cónyuge puede adquirir para la comunidad conjugal. Ahora
bien, esta idea tropieza con el obstáculo del art. 1346, 30
Cc. que, al par que positiviza un postulado de justicia, evita
el juego de la presunción de ganancialidad, mediante la con-
sideración privativa de todo bien adquirido a costa o en sus-
titución de otro privativo. No obstante, entendemos que la
subrogación no actúa ipso iure cuando el esposo, a cuyo favor
está aquélla pensada, renuncia a su derecho (ex art. 6, 20
Cc.) a través de la declaración expresa de que compra para su
sociedad ganancial. Así, RAMS (La subrogación..., cit., p.
328) que habla de "un derecho potestativo a subrogar". En con-
traposición, por ejemplo, GARRIDO DE PALMA (Adquisición..., cit., p.
372) manifiesta que si "la adquisición se realiza de modo pa-
tente a cambio de bienes claramente privativos... la subro-
gación real juega su papel jurídicamente calificador"; sin que
quepa, advierte LACRUZ (Los bienes conjugales..., cit., p.
342), atribuir en este caso la ganancialidad por la exclusiva
voluntad del adquirente; ya que como también mantiene GARRIDO
CERDA (Reforma..., cit., p. 377), para que un bien sea ganan-
cial, con independencia de la actuación de la subrogación
real, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges... Ni-
gún cónyuge puede, por sí solo, imponer la titularidad de una
adquisición al otro; las adquisiciones para la comunidad por
uno de los cónyuges -de estimarse posibles- no producirían tal
cotitularidad-. Igualmente, nuestro Código Civil concibe que
un cónyuge pueda adquirir gananciales utilizando dinero o bie-
nes propios, puesto que según el art. 1364 pueden aportarse
éstos para los gastos o pagos que sean de cargo de la socie-
dad, y la compra de comerciales lo es, a tenor del 1362, 29.

No obstante, a nuestra argumentación podría oponérsele una
traba más: deben inscribirse como privativos los bienes que
legalmente tengan este carácter (art. 95, 10 R.H., de modo que
GARRIDO DE PALMA -Adquisición..., cit., p. 376- y LACRUZ -Los
bienes conjugales..., cit., p. 346-, indican que esta norma se
remite a la regulación sustantiva de los bienes privativos), y
según el 1356 son privativos los bienes cuyo primer plazo
pagado sea privativo (señalando MARTÍNEZ SANCHEZ -Casos dudos-
os..., cit., p. 384- que la declaración de un cónyuge de que
adquiere para la comunidad "no podrá prevalecer (frente a) un
primer desembolso privativo"). Sin embargo, a ello podemos
alegar que respecto del 95, 10 R.H. su expresión los que le-
(contiña...)

413
La naturaleza del bien adquirido se complica, no obstante, cuando la compra se verifica sin realizar desembolso alguno o con un primer pago no probadamente ganancial, y nada se indica acerca de si se compra para la sociedad. Sin embargo, en este último caso, mayoritariamente se sostiene una configuración ganancial presuntiva de lo adquirido, bien por vía del art. 1361 CC.¹⁴, bien por el específico 94, 19

³) (...continuación)

gualmente sean privativos sólo debe comprender los privativos "por declaración legal inmediata... sin necesidad de acreditar el carácter del precio o contraprestación ..." (AVILA: Inscripción de bienes de ausentes, de los cónyuges y de la sociedad convugal, R.C.D.I., 1983, p. 2981, ya que de no ser así, no tendría sentido el párr. 20 que establece la prueba de la privatividad de la contraprestación, pues en las adquisiciones gratuitas no la hay. No debe olvidarse que lo importante es que un esposo puede obligar los gananciales al adquirir para su comunidad convugal, bien empleando recursos gananciales, bien utilizando medios propios. No es inexorable pensar casos donde tenga lugar esta hipótesis: así, cuando no existen hubo res comunes y realmente se desea adquirir para el consorcio, cuando el interés que mueve al esposo comprador para su comunidad, de que quede probada la privatividad de la aportación, radica en facilitar después su derecho de reembolso (art. 1364), etc. En Italia, los FINOCCHIARO (Op. cit., p. 1034, nota 13) confirman esta tesis, indicando que no "se comprende, realmente, porqué cada cónyuge, como se admite pacíficamente, es libre de consumir sus propios recursos en el modo que tenga por oportuno, y no pueda, en cambio, emplearlos, a su elección, en bienes que caigan en comunidad".

¹⁴ Así, ECHEVARRIA (La contratación..., cit., p. 244); MAGARIÑOS (Sociedad..., cit., p. 328); MANRIQUE (Op. cit., pp. 26-27); OCANA RODRIGUEZ (Op. cit., p. 23; quien admite que si "no consta la procedencia del dinero, dado que se presume ganancial... el bien también lo sería"); TORRALBA (Op. cit., p. 1723); T. TORRES (Op. cit., p. 763; que añade los arts. 1347, 70 y 30; y el art. 1384 como fundamento de la ganancialidad del bien adquirido en estos casos); etc. En Italia, DE RUBERTIS (L'acquisto..., cit., p. 877) observa que "el efecto real de la adquisición se produce inmediatamente y directamente a favor de ambos cónyuges... en caso de adquisición efectuada por un solo cónyuge y aún en caso de falta de mención de la comunidad".
La cuestión se hace más laboriosa si falta un primer desembolso, ya que no hay indicio alguno para especificar la índole del bien. Según nuestro criterio, adquirido un bien por cualquiera de los cónyuges, debe entenderse consorcial mientras no se

---

55 Así lo indica AVILA: Inscripción..., cit., p. 295. En el Derecho italiano existe una norma especial, establecida por el art. 30 de la Ley de 8 de agosto de 1977 que dispone: "Si la adquisición de un derecho está sujeta a la comunidad de bienes entre cónyuges, la inscripción en el libro inmobiliario debe, en todo caso, ser demandada a este título por el solo cónyuge que ha efectuado la adquisición, en favor de ambos cónyuges, también si se trata de adquisición realizada separadamente por uno de aquéllos sin mención de la comunidad". Por ello, SCHLEISINGER (I régim... cit., p. 125) considera que la nueva normativa "facilita la conclusión que la adquisición a favor de ambos cónyuges -si bien efecto ex lege de un acto estipulado separadamente por uno solo de ellos- vaya registrando a favor de ambos". No obstante, como pone de manifiesto OBERTO (op. cit., p. 209), en estos casos debe prevalecer la tesis, confirmada "por una resolución del Ministerio de gracia y justicia (de 7 de julio de 1983) (de que la registración debe hacerse) a favor del solo cónyuge interviniente en el acto, a menos que en este último se diga expresamente que la adquisición tiene lugar a favor de ambos cónyuges en régimen de comunidad, aun siendo realizada por uno solo de ellos".

56 Ante ello, algún autor, en concreto, MAGARIROS (El órgano..., cit., pp. 427 ss.), niega el juego de la presunción de gananciaabilidad y considera la adquisición como privativa mientras no haya aportación. Este autor se basa en la pretenida claridad de la procedencia del bien y en la implicabilidad del art. 94, 19 R.H. (por no darse la compra "a costa del causal común" del 1347, 30 Cc.) para fijar la privacidad de lo adquirido hasta que sobrevenga el primer desembolso. A nuestro juicio, la compra individual no supone una tendencial privacidad de lo mercado, pues, a diferencia de la gananciaabilidad, que se presume, aquélla debe probarse (art. 95, 20 R.H.). De otro lado, debe observarse que si bien no ha habido adquisición con pago ganancial (ex 1347, 30 Cc.), tampoco la ha habido privativa, por lo que nos parece inviable interferir la presunción del art. 136 por una actuación unipersonal que, como sabemos, no es sintomática de la naturaleza del bien adquirido.
demuestre su privacidad (lo cual difícilmente tendrá lugar en tanto no haya desembolso)\(^7\). Esta presentación ganancialidad no queda eliminada por la simple declaración hecha por el adquirente de que compra para sí\(^8\), pues, incluso si se entregó una cantidad

\(^7\) Además, como quedó dicho, la aplicación del art. 1361 elimina la indefinición eventual del objeto adquirido: así, DE LA CAMARA (La sociedad... cit., p. 466) estima necesario "una calificación provisional hasta tanto se produzca el pago... (que será) ganancial a la vista de la presunción del art. 1361"; y MARTINEZ SANCHEZ (Casos dudosos...", cit., pp. 383-384) habla de "conjetura" que implica una "calificación transitoriamente" ganancial. En Italia, DE MARCHI (Op. cit., p. 541) indica que sí "un cónyuge realiza la adquisición por sí solo, pero sin mencionar al otro cónyuge... se verifica en tal caso una transmisión ipso iure (de aquélla) a la comunidad". Para OPPU (Acquisti alla comunione coniugale e pregiudizio dei creditori personali. Diritto di Famiglia. Scritti in onore di R. Niccolò, Milano, 1902, p. 384), también la falta de indicación por el cónyuge adquirente de que emplea bienes propios en la adquisición hace que lo adquirido "caiga, a todos los efectos, en la comunidad... (lo que deriva del) comportamiento omisivo... del cónyuge adquirente". Con todo ello se protege la seguridad jurídica y, también, se impide que el art. 1356 pueda considerarse como premisa del 1370.

\(^8\) Esta es la tesis mayoritaria, mantenida, por ejemplo, por LACHUZ (Los bienes comuagales... cit., p. 343); LOPEZ LIS (Adquisición, administración y disposición de bienes inmuebles en la sociedad comuagal, R.J.C., 1989, p. 599) para quien este caso es lo único "situación" a la que "ha quedado circunscrita" la presunción de ganancialidad; GAVIDIA (Op. cit., p. 4226) que piensa que aunque "el adquirente manifiesta que compra con dinero privativo, esta declaración no desvirtúa en modo alguno la presunción de ganancialidad, pues poco valer probatorio cabe reconocer a una manifestación favorable al propio autor"; GIMENEZ DUART (Los bienes privativos... cit., pp. 138-139); etc. En el Derecho italiano, el art. 179, último párr. del Código establece que tratándose de inmuebles o muebles registrables adquiridos para un cónyuge, "queda excluida la comunidad... cuando tal exclusión resulte del acto de adquisición si en él ha sido parte también el otro cónyuge". RECATTI (La pubblicità del regime patrimoniale della famiglia, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1987, p. 673) interpreta que dicha "participación tiene sólo la función de permitir al cónyuge que no adquiere controlar la subsistencia de los presupuestos que legitiman, no obstante la vigencia del régimen (continúa...)"
sin indicación de procedencia, se produce una verdadera concatenación de presunciones, ya que, conforme a los arts. 1361 y 1347, 30 del Cc., puede defenderse que, a falta de prueba en contra, debe presumirse el empleo de fondos comunes en las compras individuales96.

Otro tema discutible es el relativo al significado del no consentimiento de un cónyuge a la adquisición del otro. En este punto hay que partir de que si un casado consiente explícitamente la compra hecha por el otro, entramos de lleno en la esfera del 1367 Cc., lo que provoca, necesariamente, la inspi-

96 (...) continuación)
patrimonial legal, la exclusión del bien de la comunidad y de confirmar la declaración de exclusión hecha por el adquiriente... (de modo que) la ausencia de la confirmación susodicha... (trae como) consecuencia la imposibilidad de efectuar la registración... a cargo del cónyuge titular del bien excluido". Incluso una S. de la Suprema Corte de 2 de junio de 1989 (citada por FUSARO: Op. cit., p. 228) establece que el consentimiento del cónyuge no adquirente, impide que el bien entre en la comunidad, incluso fuera de los casos en los que la ley deriva dicha consecuencia.

95 Así, GARRIDO DE PALMA (Adquisición..., cit., p. 370); ECHEVARRÍA (La contratación..., cit., p. 243); QUILEZ (Op. cit., p. 366); TORRALBA (Op. cit., p. 1667); etc. No hay que olvidar que el citado art. 1347, 30 determina la ganancia a pensar de que la compra se haga para si si se usan fondos no probadamente privativos: acoge esta idea. ECHEVARRÍA (La contratación..., cit., p. 243. No obstante, MAGARIÑOS (El órgano..., cit., p. 431) alega que en estos casos, aunque "por el juego del art. 1361, en relación con el 1356, se presumirá que el bien adquirido es ganancial,... no existe un elemento referencial que desencadene la entrada de la sociedad de ganancias ni su funcionamiento orgánico, pues un solo cónyuge no está, en principio, legitimado para obligarla, su legitimación es insuficiente y la representación orgánica no se produce". 417
cación del 1370 Cc. De otro lado, tampoco puede incluirse el consentimiento tácito en el art. 1370, en el sentido de colmar la hipotética falta de legitimación del cónyuge adquirente[10], y evitar la aplicación de la norma. En efecto, estando este precepto dirigido a proteger al esposo no interviniendo, no bastaría una actuación pretendidamente favorable de éste a la adquisición, para impedir la ejecución prioritaria del bien comprado que el casado no actuante puede exigir a los terceros. Únicamente un consentimiento expreso a la adquisición, evitaría el juego del 1370 por ser de aplicación, entonces, el art. 1367 Cc.

Respecto a la posibilidad de oposición de un consorte a la compra hecha por el otro[12], es claro

[10] Asf, entre otros, DIEZ-PICAZO Y CULLEN (Sistema..., IV, cit., p. 191), los RUEDA (Op. cit., p. 581); etc.
[11] En particular, MAGARIÑOS (El órgano..., cit., p. 438) piensa que la "configuración orgánica de la sociedad de ganancias... permite resolver el problema... de la admisión del consentimiento tácito para completar la legitimación necesaria para obligar la sociedad de gananciales, pues... cuando un cónyuge gestiona intereses comunes no es aplicable el art. 1367, que habla en su inciso final de consentimiento expreso, sino el esquema general de funcionamiento de aquélla, delimitado por los arts. 1375, 1376, 1377, 1301 y 1322 del Código Civil, en base a los cuales cabe el consentimiento posterior y tácito".
[12] Tesis encabezada por GIMENEZ DUART: La responsabilidad..., cit., pp. 816 ss.; La adquisición..., cit., pp. 285 ss.; etc. En concreto, GUILARTE (Gestión..., cit., p. 389) argumenta que "... la legitimación para realizar actuaciones adquisitivas de bienes comunes deriva exclusivamente de la distribución interna de facultades asumida por los cónyuges... (de modo que la actuación individual) que suponga una extralimitación..."
que dicha hipótesis no afecta a nuestra interpretación del art. 1370 CC., pues éste supone la ganancialidad del bien adquirido. Sólo cuando el bien adquirido a plazos por uno sólo de los cónyuges es consorcial (presupuesto del artículo), la norma de responsabilidad aplicable es la del 1370. Ahora bien, no creemos posible que un consorte pueda oponerse a los criterios objetivos y legales de ganancialidad, sobre todo, por la inmediatez con que opera el principio de subrogación real, tratándose de adquisición de bienes comunes[10]. Sin embargo,

[10] (...continuación)


[12] Si se trata de adquisición de bienes privativos, cfr. la nota 43 de este Capítulo. En cuanto a la compra de gananciales, DE LA CAMARA mantiene que el rechazo de un esposo a la adquisición del otro, "en razón del automatismo que imprime a la adquisición el juego de la subrogación real" (Actos de disposición..., cit., p. 211), no afecta ni "a su validez... ni al carácter ganancial del bien" (La sociedad..., cit., p. 346, nota 85). En Italia, OPPO (Responsabilità..., cit., p. 115) niega que la adquisición de bienes suponga un acto de extraordinaria administración, por lo que, "aunque importe anulación de obligación, no puede en ningún caso considerarse anulable". Igualmente, DE PAOLA y MACRI (Op. cit., p. 164) advierten que por esa misma razón, ninguna "sanción está prevista... por los actos de adquisición separada realizados por un solo cónyuge e igualmente ningún poder de impugnación al respecto está reconocido al cónyuge no interviniente en el acto de adquisición". Sin embargo, en el Derecho belga, como indica RAUCENT (Op. cit., p. 133) si un cónyuge ha realizado una intervención aislada que requería gestión conjunta, el
el cónyuge no comprador sí que podría efectuar una eventual contradicción en los casos de los arts. 1390 y 1391 del Cc.\textsuperscript{14}, esto es, probando el fraude o daño doloso producidos a la comunidad.

Por lo que respecta al régimen de responsabilidad derivado del art. 1370, lo primero que hay que destacar es que el adverbio \textit{siempre} determina una afición preferente\textsuperscript{15} del bien comprado, responsabilidad primordial que se dibuja en protección del consorte no comprador, que ve cómo sin su intervención ingresa en el haber común otro elemento, de modo que es justo que, si algún objeto debe responder primeramente de la deuda resultante, sea ese mismo. Efectivamente, esta defensa del cónyuge no actuante es la llave maestra para abrir la puerta de los secretos que guarda el art. 1370 Cc., pues, así entendido, cobra un propio y especial sentido. De

\textsuperscript{[14]}(...)continuación

otro "puede pedir al tribunal la nulidad del acto... (probando) que el acto incriminado le causa perjuicio o daña los intereses de la familia".

\textsuperscript{[15]}En esta línea. GARRIDO DE PALMA (Adquisición..., cit., p. 371), BLAQUE (La idea..., cit., p. 134); etc. Ahora bien, como advierte VAZQUEZ IRUZUBIETA (Doctrina..., cit., p. 2385), el art. 1370 no se está refiriendo, per se, al "caso de un acto fraudulento o realizado en beneficio o lucro exclusivo para el cónyuge otorgante, como prevé el art. 1390".

este modo, no se trata de una sanción a la adquisición individual, ya que, en principio, la adquisición es válida; ni tampoco se penaliza al acreedor, pues éste cuenta, además de con el bien adquirido, con la afección derivada del 1369 Cc.; y, ni siquiera, al adquirente, porque éste, supuesto el incremento patrimonial, tendrá derecho de reembolso (art. 1364) si aportó caudal propio en la operación. El art. 1370 se basa en el dato de que la defensa del consorte no comprador exige la responsabilidad primera del bien adquirido sin su consentimiento, imponiendo por ello al acreedor la necesidad de dirigirse contra el mismo si a ello le obliga el esposo no adquirente.

Finalmente, hay que resolver la cuestión de qué bienes responden con ocasión de esta deuda aplazada, debiendo apuntarse que aquí sí que existe un verdadero rosario de opiniones encontradas. En primer término, se encuentra la tesis de que el vendedor-acreedor sólo puede hacer efectivo su derecho dirigiéndose contra el propio bien vendido y contra los

---


117 Tal como lo afirma VAZQUEZ IRUZUBIETA (Doctrina..., cit., p. 280), quien mantiene que tratándose la adquisición de bienes comunes "de un acto que beneficia a la sociedad de gananciales, la ley no prevé la facultad de anularlo a favor del otro cónyuge, sino que impone una suerte de castigo al acreedor, totalmente inocente y apartado de estas cuestiones conjugales, consistente en el derecho-obligación de intentar el cobro judicial mediante la realización del propio bien objeto del contrato".

421
bienes privativos del cónyuge adquirente. Lógicamente, esto no puede ser así, de un lado, porque si el acreedor contara básicamente con la cosa comprada, el legislador hubiera articulado un sistema de reipersecuridad (dejando a salvo a terceros de buena fe) para evitar la burla de sus intereses; sin tener que acudir a la complicada acción de rescisión por fraude.

Por otra parte, el mismo 1370 determina junto a la afección prioritaria del bien enajenado, la responsabilidad de otros bienes, vinculación que no puede, creemos, referirse sólo al patrimonio privativo del consorte comprador, pues la responsabilidad de éste resulta ya de la regla general formulada por el art. 1911 Cc., sin que fuera necesario recordarla. Lo que sí parece más lógico, es que la norma, después de establecer la afección primera de una cosa, que es ganancial, advierte que, además y subsidiariamente, están vinculados los bienes del 1369: privativos del actuante y restantes gananciales.

De otro lado se encuentra la posición doctrinal que mantiene que, de la deuda derivada del art. 1370, responden junto al bien adquirido y al haber...

---

101 Así, ALBALADEJO (Curso..., IV. cit., pp. 174-175), LOIS (Op. cit., p. 1151); etc. En Italia, ROCORSI ALIFORN (Op. cit., p. 54) sostiene que respecto de la obligación de la comunidad por todas las cargas con que se encontraran gravados los bienes comunes en el momento de la adquisición [art. 186, c) del Codice], “los bienes de la comunidad responden... hasta la concurrencia del valor del bien adquirido”.

422
propio del adquirente, sólo la parte de éste en los consorciales. La razón de ello radica en considerar dicha obligación, si se actúa fuera de los casos de legitimación contenidos en los arts. 1365 y 1368 del Cc., como privativa del comprador, por lo que se aplicaría el 1373. En este sentido, los autores que mantienen la tesis de la separación, consideran que la afección por entero de los consorciales con arreglo al art. 1370, sólo tiene lugar en los supuestos dibujados por los arts. 1365 y 1368 del Cc.; eso sí, tratándose de una vinculación meramente pro-

19 GARRIDO DE PALMA (Matrimonio y régimen..., cit., pp. 129-130) escribe que: "... si un cónyuge adquiere constante matrimonio algún bien a costa del caudal común, debe responder por el precio aplazado del mismo, con ese mismo bien y con su participación en la sociedad conjugal (actuales arts. 1370 y 1373 adecuadamente combinados)"; BEBOLLEDO (Duda..., cit., p. 601) considera que si el cónyuge adquirente "no estaba legitimado para ello (esto es, para adquirir conforme a los arts. 1365 y 1368)... será aplicable únicamente el art. 1370 y la responsabilidad personal (teniendo en cuenta el art. 1373)". En esta misma línea se hallan, entre otros, BLANQUER (La idea..., cit., p. 132), DE LA CAMARA (La sociedad..., cit., pp. 467-468), GULARTE (Gestión..., cit., pp. 354 ss.); RACEL (Ejecución..., cit., p. 146); etc. En Italia, NATUCCI (Op. cit., pp. 126-127, nota 25) considera que las "cargas (y las obligaciones) relativas a una adquisición realizada separada-mente por un cónyuge gravan ante todo el singular bien adqui-rido... En segundo lugar, la cuota del cónyuge que ha actuado"; y DE PAOLA y MACRI (Op. cit.) piensan que dichas adquisiciones, aunque válidas, sólo obligan a la comunidad "en los límites fijados por el art. 189" (p. 164), esto es, respecto de la cuota correspondiente al esposo actuante; ya que este precepto contempla, principalmente, "las obligaciones asumidas por un solo cónyuge en conexión con el acto de adquisición de un bien inmueble o mueble registrado en favor de la comunidad, como por ejemplo, la obligación de pago aplazado del precio" (p. 196). Y en Francia, la regla general es que de las compras a plazos no respondan las ganancias y salarios del casado no deudor, así; Fournier (Op. cit., p. 485), Malaurie y Avynes (Op. cit., pp. 224 y 229); etc.
visional[10]. Precisamente, para este sector doctrinal, el 1370 justifica la dualidad de normas (arts. 1362 y 1365 del Cc.), pues al no contemplar el 1365 el caso de la adquisición de bienes comunes en los términos del 1362, era necesaria una norma (el propio 1370) que determinara la responsabilidad exclusiva de la cosa adquirida si el cónyuge comprador actuaba indiscriminadamente, esto es, fuera de los límites marcados por los arts. 1365 y 1368 Cc.

A nuestro juicio, dicha posición doctrinal carece de fundamento, pues la ganancialidad de la deuda surgida del 1370 deriva, explícitamente, del 1362. 20 que grava a la sociedad por la compra de bienes comunes sin exigir que sea efectuada por ambos cónyuges. Por tanto, entendido el 1370 como un precepto de cargo ganancial[11] es obvio que, junto


[11] Así, CABALLERO GEA (Régimen económico matrimonial en los Tribunales y Registros, Madrid, 1991, pp. 301-302); ECHEVARRÍA (La contratación..., cit., p. 244); GIMENEZ DUART (Cargas..., cit., p. 547); MANRIQUE (Op. cit., pp. 26-27); etc. Por otro lado, DE LOS MOZOS (Comentarios..., XVIII, 20, cit., p. 315), aunque, curiosamente, niega que la responsabilidad de todos los bienes comunes que produce el art. 1370 derive del art. 1362. 20, pues esta norma "juega únicamente en la relación interna", o del art. 1365 que "se refiere únicamente a la responsabilidad por deudas de disposición"; reconoce que el citado 1370 "se refiere a la adquisición de un bien ganancial... luego la deuda no puede ser más que ganancial, ya que el cónyuge que ha podido obrar en interés propio obra en interés de la comunidad. Por tanto, no veo por qué en el caso del art. 1370 haya que aplicar el art. 1373" (pp. 317-318).
al bien comprado, respondan el patrimonio privativo
del adquirente y el resto del haber común, ex art.
1369, al cual debe referirse el último inciso del
1370.

A virtud del criterio objetivo del pasivo ga-
nancial que hemos propuesto, la calidad consorcial
de la cosa adquirida determina, paralelamente, la
condición ganancial de la deuda, pues todo incremen-
to ganancial debe completarse con una responsabili-
dad común. Y por esto mismo, el cargo es defini-
tivo, incluso, en la esfera intraconyugal. Aquí ra-
dica la novedad de nuestra tesis frente a la posi-
ción tradicional. Y es que donde hay cargo, natura
sua, debe entenderse que hay también responsabilidad
definitiva ganancial. No sería coherente deducir una

112 GIMENEZ DUART (Cargas..., cit., p. 547) apunta que:
"No es lógico que un bien pase a formar parte de un patrimonio
separado y que tal patrimonio no asuma las responsabilidades
derivadas del ingreso del bien"; MARTINEZ CALCERRADA (Op.
cit., p. 235) aclara que primero "responde el propio bien
adquirido, y después o en su defecto, la misma masa ganancial
cuyo patrimonio se incorpora"; y VÁZQUEZ IRUZÚBIEA (Régis-
men..., cit., pp. 280-281) concluye que: "... una vez exitado
el valor del objeto del contrato, el acreedor debe atacar a
los bienes gananciales, porque proponer otra solución sería
injusto, ya que si debieran responder los bienes privativos
del cónyuge contratante se operaría un enriquecimiento injusto
o indebido o incausado a favor de la sociedad de gananciales".
En Italia, DI MARTINO (Gli acquisti..., cit., p. 183, nota 23)
considera también que responde "a la equidad el hecho de que
si iguales son las ventajas que derivan de la cotitularidad de
bienes, en idéntica medida deben, pues, ser soportadas las
relativas cargas". Así, igualmente, OPPO (Responsabilità...,
cit., pp. 115-116) que deduce el interés familiar del "incre-
mento" producido en el patrimonio común, de lo que se deriva
el "vínculo de la comunidad y la responsabilidad subsidiaria y
parcialia de ambos cónyuges".

425
responsabilidad meramente provisional cuando el cargo es claramente ganancial.

2.3.1.2. La tenencia, disfrute, gestión y disposición de bienes gananciales.

Conforme al art. 1362, 20° Cc., el legislador estima justo que, si todos los aprovechamientos derivados de los bienes comunes pertenecen al consorcio conyugal (art. 1347, 20° Cc.), todos los gastos originados por el mantenimiento, administración y uso de aquellos, queden a cargo del patrimonio ganancial[1]; de ahí que, como consecuencia, el art. 1365, 10° parte establezca que: "Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge:

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

De nuevo se reitera por la ley el criterio básico, que venimos manteniendo, de que donde existe beneficio del consorcio, debe haber cargo del mismo, y que, determinado un débito de éste, ha de surgir,

[1] En este sentido, GIMENEZ DUART (Cargas..., cit., p. 543); LOPEZ PEREZ (Op. cit., p. 758); RAMS (La sociedad..., cit., p. 366); etc. Por su parte, los RUEDA (Op. cit., p. 561), incluyen dentro de estos gastos los relativos a la disposición de bienes gananciales, lo cual también resulta del art. 1365, 10° Cc.
la afectación de los consorciales.\footnote{STS de 2 de julio de 1990 establece el cargo y la afectación del consorcio, por existir beneficio del mismo, en los "gastos que origina la tenencia y disfrute de los bienes comunes" (art. 1362, 2o). Este criterio también se observa en el Derecho comparado. Así, en el Derecho francés, COLOMER (Op. cit., pp. 383-384), señala cómo las "obligaciones -no necesariamente de carácter contractual- asumidas por un esposo en el curso del régimen, en ocasión o en razón de la propiedad de un bien, propio o común, y que, por ser generalmente periódicas, son pagadas normalmente con los reversiones... se las califica tradicionalmente de cargas usufructuarias... Desde el punto de vista del derecho de persecución, estas deudas caen en comunidad (art. 1413). E incluso, el art. 220 se aplica cuando la deuda entre en la esfera de las deudas domésticas. En lo que respecta a la contribución... (la comunidad) no tiene derecho a recompensa, desde el momento en que aquellos (gastos) han sido realizados en su provecho...", igualmente, en el Derecho belga, RAUCENT (Op. cit., p. 182), indica que, conforme al art. 1408 CC. son comunes "las deudas relativas a los bienes comunes, es decir, aquellas que son debidas en razón de la adquisición, la conservación o mejora de un bien común..."; y en Portugal, DOS SANTOS (Op. cit., p. 340) advierte cómo a tenor del art. 1694, 1 CC., las deudas que gravan los bienes comunes son siempre responsabilidad de ambos cónyuges.}

Ambos términos deben entenderse como sinónimos. Así, T. TORRES (Op. cit., pp. 738-739), asegura que, cuando el legislador utiliza los términos gestión, por un lado, y administración, por otro, "se ha hecho sin querer establecer entre ellos diferencia cuantitativa alguna".

\footnote{Cfr. apartados 2.3.2.1. del Capítulo III y 2.2.3.2. del Capítulo IV de este trabajo.}
moderado por la existencia de multitud de casos de legitimación individual de los cónyuges para intervenir en la esfera comunitaria. Por tanto, supuesta la determinación legal de dicho ámbito, toda actuación endebamente en él producida, genera cargo y responsabilidad ganancial.

En este caso concreto, los arts. 1362, 29 y 1365, 10 del Cc., establecen la legitimación particular de los esposos para obligar a la sociedad ganancial en la gestión de la masa común, sin que sea siempre necesario el obrar común. Basta, en efecto, que el consorte actúe normalmente frente a terceros, dentro del amplio ámbito de legitimación legalmente establecido[17], para obligar y responsabilizar a la

[17] Mantienen una extensión vasta del poder de gestión de los cónyuges respecto de los gananciales, entre otros, ECHEVARRÍA (La dinámica..., cit., pp. 86-87), quien siguiendo a DE LA CANARA admite la sustitución de los términos administración ordinaria y administración extraordinaria, "por los de administración conservativa y administración plena: mientras la primera es eminentemente estática, la segunda tiene un signo dinámico; y por fuera de ambos tipos de administración están los actos de riguroso dominio. Parece admisible que la administración ganancial se considere como plena..."; LACRUZ (El régimen..., cit., p. 78); QUILEZ (Op. cit., pp. 400-401); etc. Por su parte, ABELLO (Op. cit., p. 805), admite que también "serán cargas comunes... (las) reparaciones mayores o menores que (los bienes gananciales) exijan (pues) (el anterior texto del Cc., en el art. 1408, 49, ponía a cargo de la sociedad de gananciales las reparaciones mayores o menores de los bienes gananciales).". Por tanto, sólo para los actos de disposición sería necesaria la intervención conjunta de los esposos: así, T. TORRES (Op. cit., p. 743), afirma que "cuando intentamos poner en relación el acto de administración con el patrimonio ganancial hemos de traer a colación (dos postulados)...:

a) Que todo acto de administración viene destinado a la explotación normal de un patrimonio, así como a la percepción y utilización de sus productos, sin comprometer en ningún (continúa...) 428
momento la existencia de bienes en el patrimonio a que pertenecen.

b) Que no se trata de una administración de bienes ajenos, sino propios -ambos esposos son administradores-, y, en consecuencia, el concepto de administración debe entenderse en un sentido amplio".

Es en el Derecho italiano donde se produce una mayor problemática respecto de la obligación de la comunidad por los actos de administración extraordinaria de los bienes comunes. En este punto, mientras autores como GARGANO (La pubblicità dei rapporti patrimoniali tra coniugi nel nuovo diritto di famiglia. Diritto di Famiglia, 1976, p. 319), mantienen que son de ordinaria administración "los actos que tienen una razonable proporcionabilidad cuantitativa y una razonable relación de dependencia con el movimiento económico que se desarrolla en la familia", otros, como los FINOCCHIARO (Op. cit., p. 1031), se muestran contrarios a esta tesis por ser "extremadamente aleatoria: en concreto la naturaleza del acto, realizado por un solo cónyuge, podrá ser determinada por el juez, únicamente con un juicio ex post, evaluadas las condiciones económicas de la familia", por tanto serán de "ordinaria administración todos los actos dirigidos a la conservación del singular bien, objeto de comunidad, o a regular el uso o la mayor utilidad de la que sea capaz la cosa, dejando inalterada la identidad sustancial y jurídica de la misma, mientras será de extraordinaria administración, y será, por tanto, necesario el actuar conjunto de ambos cónyuges, todo acto de disposición del bien" (1032-1033). Consecuencia de la discusión anterior, alguna doctrina niega la carga de la comunidad por los actos de administración extraordinaria realizados por un solo cónyuge: así, CATTANEO (Op. cit., p. 87), que subraya que el art. 186, b) Codice se refiere "a las obligaciones contraídas a fin de proveer a la administración de los bienes de la comunidad..., pero si la obligación nace de un acto que excede la ordinaria administración, la norma aquí considerada se aplica sólo si el acto ha sido realizado con el consenso de ambos cónyuges... En este caso, la obligación es considerada personal, o sea grava sobre el solo cónyuge que ha realizado el acto"; DI MAJO (Op. cit., p. 347); QUADRI (Obblighi..., cit., p. 769), que declara que el 186, b) se refiere a "obligaciones derivadas de la gestión ordinaria de los bienes que constituyen el objeto de la comunidad, realizada separadamente por los cónyuges, como resulta demostrado por el art. 189, 19, que excluye del régimen de las obligaciones comunes aquellas contraídas por uno de los cónyuges sin el consenso del otro para el cumplimiento de actos que exceden la ordinaria administración"; SANTOSUSSO (Op. cit., p. 276); etc. En cambio, la mayoría de los autores admite la deuda de la comunidad si se persiguió el interés familiar: así, CORSI (Op. cit., pp. 159-160); FILANTI (Op. cit., pp. 642-643), que asegura que:

(continúa...)
comunidad conyugal. El legislador circunscribe la actuación endeudante en la administración ordinaria (1362, 39), o en la actuación que por ley o por capítulos (1365, 29) corresponda al cónyuge que la lleva a cabo. Por eso puede afirmarse que, de respetarse ese espacio regular u ordinario, el cargo definitivo se justifica en sí mismo objetivamente, y por ello, también en el art. 1365 puede hablarse de una deuda de la sociedad de gananciales. Ahora bien, si tal ámbito se excediera, habría afección externa y provisional en favor de los acreedores, pero no final inter cónyuges, porque de suyo la deuda en ese caso no sería ganancial. Pero, nótese que, en tal caso, hemos salido del supuesto del art. 1365, 29 Cc., que está circunscrito a la administración ordinaria, no a la que la excede. La defensa y agilidad del tráfico jurídico exigen que los terceros puedan confiar, sin sobresalto alguno, en los criterios

[117] (...continuación)

"... entra en juego la responsabilidad directa de la comunidad todas las veces en que el acto de administración extraordinaria sea contrario en el interés de la familia"; los FINOCCHIARIO (Ibidem); GIUSTI (l'amministrazione..., cit., pp. 16-18), que manifiesta que, en el régimen de comunidad legal, la distinción entre acto de ordinaria y extraordinaria administración no debe atender tanto al dato de la conservación o transformación o disposición de los bienes, sino, más bien, a la satisfacción de los intereses de la familia y a la concepción de un poder efectivo de gestión a ambos cónyuges; DE PAOLA y MARCHI (Op. cit., p. 167), si bien sólo en la esfera interna; STANZIONE (Op. cit., p. 285); etc.

[118] La doctrina francesa es especialmente sensible en este punto, salvaguardando el superior interés de los tercera...
externos o usuales sobre el carácter ordinario o no de un concreto acto, de ahí que deban quedar e-

11 [{...continuación...}]
ros: así, CARBONNIER (Droit..., cit., p. 135); COLOMER (Op. cit., p. 390); CORNU (Op. cit., p. 381); etc.

11 PERE (Comentario..., II, cit., p. 693), trata de determinar los casos a los que se refiere el legislador cuando habla de gastos derivados de la gestión o disposición de gananciales que por ley o por capítulos corresponda al cónyuge: "... en el sistema del Cc. hay numerosos supuestos en que de la actuación individual de un cónyuge, en la gestión o disposición de los bienes gananciales, resultan obligaciones de las que también responderán directamente frente al acreedor estos bienes...

10. Actos de administración y actos de disposición a título oneroso para los que, en defecto del exigido consentimiento del otro cónyuge, se haya obtenido previamente la oportuna autorización judicial...

20. Actos realizados por uno solo de los cónyuges en los supuestos en que es posible tal actuación individual por estar estipulado en las capitulaciones que la correspondiente potestad de gestión o de disposición que comprenda tales actos corresponda individualmente o indistintamente al cónyuge autor del acto (cfr. arts. 1315, 1365, 19, 1375). - Respecto de esta posibilidad, PEREZ SANZ (Op. cit., p. 31), indica que "este tipo de pactos no obstante su validez inicial, hay que reconocerles las siguientes limitaciones:

18 El carácter imperativo del principio de codisposición a título gratuito de los bienes gananciales que resulta de los arts. 1378 y 1322, párr. último...

28 El idéntico carácter de derecho necesario que tienen las normas que regulan los supuestos de transferencia legal o judicial de la administración (arts. 1387, 1388... Cc.).

38 Y como normas protectoras de la seguridad del tráfico jurídico las contenidas en los arts. 1384, 1385 y 1386, de tal forma que los pactos capitulares que las alteraran no perjudicarían a terceros."

39. Actos de gestión o de disposición realizados por uno solo de los cónyuges en cuanto administrador del propio patrimonio privativo y que afecten a los frutos de sus bienes privativos o a las propias ganancias (cfr. art. 1381).

40. Actos de administración de los bienes gananciales realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren (cfr. art. 1384).

50. Actos de administración o de disposición de dinero ganancial o de títulos valores de carácter ganancial, realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren (cfr. art. 1384).

69. Actos realizados por un cónyuge en ejercicio de los (continúa...)

431
xentes de la prueba del carácter ganancial de la obli-
gación así contraída, para poder proceder contra el íntegro patrimonio consorcial.

2.3. Los gastos originados por la administra-
ción de los bienes privativos de los consor-
tes: art. 1362, 30 en conexión con el 1365, 29, 28 parte del Cc.

Dice el art. 1362, 30 Cc.: "Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas:

38. La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges.

Este precepto tiene su consecuencia en el art. 1365, 29, 28 parte Cc. que establece: "Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge:

(...continuación)

derechos de crédito de carácter ganancial que aparezcan cons-tituidos a nombre de ese cónyuge (cfr. art. 1385).

70. Actos realizados por un solo cónyuge en los supues-
tos en que la potestad de gestión de los bienes gananciales le haya sido transferida por ministerio de la Ley o por decisión de los Tribunales (cfr. arts. 1387 y 1388), siempre que, en su caso, guarde las caustelas o limitaciones impuestas por el Juez (cfr. art. 1389, 10) o por la Ley (cfr. art. 1389, 20)."

Además, afirma T. TORRES (Op. cit., p. 737), que deben incluirse los gastos urgentes de carácter necesario aun cuando sean extraordinarios, art. 1386 Cc. Ahora bien, observese que, en todos estos casos especiales configurados por el legislador, se produce una responsabilidad directa del patrimonio ganancial, porque, además, suponen una deuda de la sociedad ganancial por encuadrarse, básicamente, dentro de los supues-
tos incluidos en el art. 1362.
29. ... en la administración ordinaria de los bienes propios.

En la relación existente entre las normas expresadas se observa, una vez más, la coherencia que supone el hecho de que, determinado el cargo de la sociedad de gananciales (art. 1362), se derive la responsabilidad directa del patrimonio ganancial (art. 1365) frente a terceros. Esta correlación no es sino reflejo del postulado esencial que venimos manteniendo, según el cual, donde existe beneficio social (los frutos de los bienes privativos son gananciales -art. 1347, 29-), debe haber, en contrapartida, un cargo común[10], y, por ende una afec-

[10] Así, ALVAREZ-SALA (Aspectos..., cit., p. 29), indica que algunas "veces la calificación legal de determinados debitos como cargas del matrimonio viene impuesta por la propia coherencia interna del régimen matrimonial..., cuya adopción exige el mantenimiento de aquel concepto (la ganancialidad indiscriminada de los frutos exige, por ejemplo, que sean gananciales los gastos de conservación de cualesquiera bienes)". Criterio que comparten, entre otros, AVILA (El régimen..., cit., p. 1389); GUARDE (Gestión..., cit., p. 390); etc. También en Portugal, ANTUNES (Op. cit., p. 393), advierte que conforme a los arts. 1692, c) y 1694, 29, las deudas que "gravan bienes propios... serán de cargo del patrimonio común cuando su causa residan en la percepción de rendimientos de los bienes propios, cuando tales rendimientos sean comunes". En Francia, CORNU (Op. cit., p. 401), expone que, en principio, "la comunidad no está sujeta a contribuir a los gastos hechos sobre los propres, incluso si se trata de gastos de conservación... (pues los gastos de conservación de los propres son la contrapartida de los revenues de los propres; pero, precisamente, los revenues de los propres no consumidos caen en la comunidad (a. 1403). Esta vocación... debería conducir al principio de que la comunidad no tiene derecho a recompenso por los gastos de conservación (de los propres) que ella ha asumido". Y en Bélgica, RAUCENT (Op. cit., p. 183) señala que, con arreglo al principio ubi emolumenta, ibi onus, la comunidad haciendo suyos los revenues debe soportar sus cargas... (continúa...)
ción de los bienes gananciales. Se consagra aquí también, por tanto, el principio básico de *ubi omo-lumentum, ibi onus*; principio que, en materia de frutos, se plasma en una norma fundamental que debe inspirar toda esta cuestión: la del art. 356 Ce. que pone a cargo del que percibe los frutos, los gastos realizados *para su producción, recolección y conservación*.

Ahora bien, el legislador advierte que, tanto para que exista débito del consorcio conyugal (art. 1362. 3º), como para que se produzca la responsabilidad de los gananciales (art. 1365. 2º, 2ª parte), debe tratarse de un gasto ocasionado en el ejercicio de una administración *ordinaria* de los bienes privativos. Con esta limitación, la ley vuelve a insistir en el dato que venimos manteniendo, esto es, que sólo la obligación producida en una actuación conyugal *regular u ordinaria*, por serlo y en cuanto lo sea, es carga y responsabilidad de la sociedad ganancial. No obstante, el legislador no indica, ni podría hacerlo satisfactoriamente, qué deuda es de ordinaria administración y cuál no. A nuestro modo de ver, cuando la ley habla de administración *ordinaria* de los bienes privativos, se está refiriendo, 

[...continuación]

( tales como) los gastos de mantenimiento y de reparación de los bienes propios de los esposos; la amortización de utensilios e instrumentos de trabajo propio". 

434
La sistematización...

no a la trascendencia económica del gasto\[11\], sino, más bien, a una gestión regular o conforme a los usos y circunstancias de la familia\[11\]. Esta idea puede deducirse claramente del art. 1382 CC., según el cual un cónyuge puede disponer del numerario ganancial preciso, de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia, para la administración ordinaria de su patrimonio privativo. Dentro de este ámbito normal de legitimación, al acreedor le debe bastar la apariencia de que se trata de un acto de administración ordinaria, y así la comunidad quedará, en principio, obligada. Sin embargo, si se excedió dicha esfera regular de actuación, dejan de aplicarse los arts. 1362 y 1365, y se derivará una simple responsabilidad provisional del patrimonio común frente a terceros.

\[11\] En cambio, ABELLO (Op. cit.) asegura que entre los gastos derivados de la administración ordinaria de los bienes privativos no están incluidos los de reparaciones mayores (p. 805), ni los "gastos o mejoras útiles" (p. 806); o sea, como dice GIMENEZ DUART (Cargaz..., cit., p. 543), quedan fuera los gastos "extraordinarios"; criterio que comparte, también, LA CRUZ: Elementos..., IV, 20, cit., p. 454.

\[11\] Cfr. en este punto lo indicado en el apartado 2.2.1. 5. de este Capítulo, respecto de la trascendencia frente a terceros de los actos realizados por un cónyuge dentro de su ámbito de legitimación. Por su parte, RAMS (La sociedad..., cit., p. 345), no cree que la determinación del cargo de la sociedad de gananciales se funde "a partir de la distinción entre administración ordinaria y administración extraordinaria".
2.3.3. Los débitos inherentes a la actividad económicadelegada por cualquiera de los cónyuges: art. 1362, 49 en correspondencia con el art. 1365, 29, 1ª parte y último párr. del Cc.

2.3.3.1. La explotación de negocios o el ejercicio de profesión, arte u oficio.

Dice el art. 1362, 49 Cc.: "Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por algunas de las siguientes causas:

48. La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.

En lógica correspondencia con el anterior, el art. 1365, 29, 1ª parte, establece que: "Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge:

29. En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio...

De nuevo el legislador confirma la idea central de todo nuestro trabajo: definido un débito del consorcio, los gananciales responden directamente frente a los acreedores para garantizar...
su cumplimiento\textsuperscript{13}. Y ciertamente, hay cargo por-
que, \textit{ubi emolumentum} (todo lo conseguido por el tra-
bajo o industria de los cónyuges es ganancial -art. 1347, 19 Cc.-). \textit{ibi onus}\textsuperscript{14}.

Dos cuestiones importantes, sin embargo, plan-

\textsuperscript{13} Ante la evidencia de la correlación entre cargo (art. 1362, 40) y responsabilidad (art. 1365, 20, 18 parte) gananciales, parece un tanto compleja la siguiente afirmación de GUILARTE (Gestión..., cit., p. 393): "... parece inviable considerar que los terceros puedan proceder a la agresión del patrimonio consorcial ante deudas que encuentren su origen en el supuesto que describe el número 4 de este art. 1362. Por definición, y al margen de que tal agresión encuentre otros causas en los preceptos que disciplinan la responsabilidad externa, ha de rechazarse desde un punto de vista dogmático el encuadre de este artículo como norma de responsabilidad externa". Si es el propio legislador el que establece la correspondencia entre deuda y afección, ¿cómo es posible negar la eficacia vinculante del patrimonio consorcial frente a terceros, en los casos del art. 1362, 40 Cc., y como consecuencia de este mismo? Por ello, el T.S. en S. de 20 de marzo de 1990 establece que, por existir cargo del consorcio, los "bienes gananciales responden directamente de las deudas contraídas por un cónyuge en la explotación regular de los negocios y en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio (arts. 1362, 40 y 1365, 20)\textsuperscript{14}". Criterio que reitera en las ss. de 6 de junio, 2 de julio y 22 de octubre de 1990; 15 de marzo de 1991, 14 de diciembre de 1992 (respecto de obligación tributaria nacida del ejercicio de actividad profesional), etc.

\textsuperscript{14} La justicia de esta equivalencia entre beneficio y deuda consorciales es reconocida, entre otros, por AVELLO (Op. cit., p. 806): el propio GUILARTE (Gestión..., cit., p. 391); en Bélgica, por RAVENT (Op. cit., p. 183); en Italia, por OPO (Pari, cit., p. 286), quien declara que si "la comunidad hace propios los resultados útiles de la empresa parece justificando que responda por la empresa"; etc. En concreto, la STS de 2 de julio de 1990 pone a cargo de la sociedad ganancial la deuda derivada de un aval prestado por un cónyuge, porque "este actuó en favor de la explotación regular de los negocios, pues en tal concepto ha de entenderse el aval prestado a una sociedad cuyas acciones son propiedad de la sociedad cónyugal y cuyos beneficios son beneficio para el consorcio". Y la STS de 15 de marzo de 1991 indica que se trata de "buscar el necesario equilibrio, ante los beneficios que para la sociedad de gananciales se derivan de (la actividad profesional)".

437
toan los preceptos estudiados. En primer lugar, la aparente contradicción que supone que, mientras conforme a los citados arts. 1362, 49 y 1365, 20, 18 parte del Cc., hay deuda y responsabilidad del patrimonio ganancial por la actividad económica desplegada por los cónyuges, en cambio, el art. 1346, 89 Cc. determina la privacidad de los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión o oficio, de modo que, si se emplearon fondos comunes para su adquisición, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho.

A nuestro juicio, no existe en este punto ninguna situación paradójica, pues no puede confundirse el carácter de las distintas deudas que pueden producirse en estos supuestos. Así, la adquisición de instrumentos para el desempeño de la profesión de un cónyuge, por ser aquéllos bienes privativos del mismo (art. 1346, 89), determina una deuda propia del consorte propietario. En cambio, las deudas originadas en el ejercicio de la actividad profesional, por estar destinadas a incrementar el patrimonio ganancial, serán de cargo y responsabilidad de éste último (arts. 1362, 49 y 1365, 29, 18 parte del Cc.).

Esta es, por otro lado, la regla básica que opera en esta materia, pues, como sabemos, los frutos y ren-

---

111 Esta cuestión se pone de manifiesto, por ejemplo, por BLANCO (La idea..., cit., p. 63); GIMÉNEZ DUART (Cargas..., cit., p. 543); GUILARTE (Gestión..., cit., p. 392); etc.

438
dimentos de los bienes privativos de los cónyuges son gananciales (arts. 1347, 29 y 1381 del Cc.), mientras que los gastos de adquisición de dichos bienes estarán a cargo de su titular.

No obstante, hay que destacar que el derecho de reintegro que la comunidad conyugal tiene, como consecuencia de la privacidad de la cosa, o bien debe eliminarse, lógicamente, si ésta se gastó en el desempeño de la actividad, o bien debe suavizarse en cuanto que pudiera haberse producido una verdadero amortización del bien por su continua aplicación en el ejercicio de la empresa, profesión, arte u oficio.

La segunda cuestión trascendente que surge en esta sede consiste en concretar, como también ocurrió en el apartado anterior, el alcance de las ex-

134 Para GIMENEZ DUART (La responsabilidad..., cit., p. 810), la compensación en favor de la sociedad ganancial sólo tendrá lugar “en tanto en cuanto los instrumentos no hayan sido consumidos en el ejercicio de la actividad”; opinión que comparte GUILARTE (Gestión..., cit., p. 394), que considera que el indicado reintegro “sólo cobra cierto sentido si tales bienes persisten en el patrimonio privativo en el momento de la liquidación del régimen y que dificilmente lo encuentra si esos útiles se consumieron en utilidad del acervo común”.

137 En este sentido BLANQUE (Ibidem), entiende que: “… parece razonable deducir del valor satisfecho, como importe a liquidar, la amortización correspondiente al tiempo transcurrido de uso profesional del instrumento de tal actividad cuya adquisición se liquida”. De modo que, como apunta GUILARTE (Ibidem), sólo habría derecho a reintegro a favor de la comunidad conyugal “si los útiles necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio van a permanecer en el patrimonio privativo sin originar ninguna rentabilidad para el patrimonio común que los sufragó”.

439
presiones explotación regular y ejercicio ordinario, utilizadas, respectivamente, en los arts. 1362, 40 y 1365, 20, 18 parte del Cc. Pues bien, por existir aquí el mismo fundamento que en los casos de la administración ordinaria de los bienes privativos, debe mantenerse la misma consecuencia, esto es, si todo beneficio obtenido es ganancial, también debe serlo el gasto realizado para obtenerlo, pero salvo que el ejercicio imprudente y temerario (con consecuencias catastróficas) debe vincular sólo a su irresponsible autor.

En definitiva, el carácter de regular u ordinario no debe entenderse referido al gasto, sino a la actividad desarrollada por el cónyuge (cfr. art. 1382)\(^{13}\), actuación que, si se mantiene dentro de

\(^{13}\) Así, GIMÉNEZ DUART (La responsabilidad..., cit., p. 809), sostiene que: "Los gastos de explotación regular del negocio son a cargo del consorcio, pero ello no significa que sólo sean cargo los gastos ordinarios... Aquí el término regular tiene un sentido más económico que jurídico, de modo que explotación regular se contrapone a explotación irregular, pues el adjetivo no viene referido al gasto, sino a la explotación en sí, al modo de llevarla. Por ello dicho término no equivale necesariamente a administración ordinaria, sino a la administración necesaria en orden a la adecuada producción, aunque ello pueda dar lugar a algún desembolso extraordinario... (Del mismo modo,) todos los gastos del profesional o artista son a cargo de la comunidad, sean ordinarios o extraordinarios...". También en esta línea se encuentran, por ejemplo, ROCHEVARIA (La dinámica..., cit., p. 87); GUILARTE (Gestión..., cit., p. 395), quien, incluso, observa que: "... lo que no es posible, a pesar de la literalidad del precepto, es descoordinar la idea de gasto -aunque se efectúa en el ámbito de la explotación regular- respecto de la de beneficio o ganancia. De tal forma que nunca será viable el incluir en el activo las ganancias y excluir del pasivo los gastos ocasionados para obtenerlas... (a virtud del) viejo principio... (continúa...)
esos límites, obliga definitivamente a la sociedad
ganancial. Sin embargo, si se excede dicho ámbito,
no habría base para no imputar a la ligerosas de
quien así actúa las consecuencias de su conducta. Lo
destacable, sin embargo, es que el mismo límite que
se impone al cargo se señala también a la responsa-
bilità pretendidamente sólo provisional y externa,
lo que demuestra que si se respetan los límites in-
dicados la afección será, igualmente, definitiva.

Otra cosa, en cambio, es la apariencia de regu-
laridad respecto a los acreedores, ya que a éstos

13) (...continuación)
ubi emolumen tum, ibi onus". Si esto es así, ¿por qué no ex-
tiende este autor el indicado postulado a toda la materia del
pasivo ganancial? En el derecho francés, FOURNIER (op. cit.,
p. 482), pone de manifiesto cómo "el nuevo art. 1421 considera
la hipótesis donde uno de los esposos ejerce una profesión
separada. Este último, entonces, tiene por sí solo el poder de
realizar los actos de administración y de disposición necesa-
rios para aquélla. Una competencia exclusiva que sustituye en
este caso a la concurrencia por principio (de los esposos)").
Para RAGEL (Ejecución..., cit., p. 89), en cambio, el cónyuge
dueño responde de forma directa con los bienes gananciales,
únicamente cuando el débito dimana del ejercicio ordinario de
la profesión, arte u oficio, es decir, cuando la deuda con-
traída es rigurosamente necesaria para obtener ingresos en las
actividades profesionales...". Por su parte, EGEA IBÁÑEZ (Em-
presa o establecimiento mercantil. Bienes gananciales o priva-
tivos. Reformas del Cc., R.C.D.1., 1982, p. 1306) matiza que:
"... una inversión extraordinaria de fondos comunes en un
establecimiento privativo, y se entiende por inversión extra-
ordinaria la que va más allá de lo que supone una explotación
regular de un negocio, produce que la sociedad de gananciales
aparezca como acreedor por el aumento de valor que adquiere el
establecimiento mercantil privativo al tiempo de su enajena-
ción o de la disolución de dicha sociedad". Ahora bien, según
RAMÍ (La empresa en la sociedad de gananciales, Homenaje al
prof. J. Rocamora, Universidad de Murcia, 1989, p. 723), la
inversión extraordinaria sólo da derecho a reintegro cuando se
trata de una reinversión de excedentes, en cuyo caso se apli-
ca, sin más, el art. 1360 Cc.

441
les basta con que la actuación aparezca como normal u ordinaria para contar con la responsabilidad de los gananciales, con independencia de que, en realidad, se haya trasladado la esfera de los arts. 1362 y 1365 del Cc. En estos casos, por no tener virtuad estos preceptos, procederá el reintegro en favor del consorcio conyugal.

2.3.3.2. El ejercicio del comercio por persona casada.

El art. 1365, último párrafo, Cc. establece que: "Si el marido o la mujer fueron comerciantes se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio".

Surge, así, la espinosa cuestión de cohonestar el régimen de responsabilidad total de los gananciales en el caso de que la actividad sea civil (arts. 1362, 49 y 1363, 29, 1ª parte del Cc.), con el de la afección limitada a los bienes que sean resultado del ejercicio del comercio, si se trata de una actuación mercantil (art. 6 del Cco.). La contradicción se plantea desde el momento en que, tratándose de una actividad regulada por las normas civiles, por haber

---

131 Este precepto dice que: "En caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas... Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges".

442
cargo del consorcio (art. 1362, 40 Cc.), existe responsabilidad global de los bienes comunes (art. 1365, 20 Cc.), mientras que, si nos hallamos ante un ejercicio mercantil, para que se produzca dicha afecção total de los consorciales es preciso el consentimiento del cónyuge del empresario.

Este diferente tratamiento de las deudas sociales, según nos encontremos en el ámbito civil o mercantil, ha llevado a la doctrina a mantener que, en definitiva, se produce un empeoramiento en la posición del consorte del profesional o trabajador civil, en beneficio de los acreedores civiles, pues aquél, en la esfera de una misma actividad, vería obligados todos los gananciales sin su consentimiento. Por tanto, la indicada doctrina mantiene que las deudas provenientes del ejercicio del comercio por una persona casada en régimen de gananciales, realizado sin el consentimiento de su cónyuge, serían deudas privativas de aquél o sólo parcialmente gananciales, al quedar afectos a ellas los bienes obtenidos a resultas de tal ejercicio, de manera que

De este modo, por ejemplo, BLANQUE: La idea..., cit., p. 117. Otros, en cambio, opinan que el provecho se deriva en favor de los acreedores ex commercio, así, GUILARTE (Gestión..., cit., p. 469), para quien "la universalidad con que se disciplina en el art. 7 del Código de Comercio la presunción de consentimiento conjunto y, asimismo, el que no ha de tratarse del ejercicio ordinario del comercio -a diferencia de lo que establece para la profesión, arte u oficio (art. 1365, 2)- dan lugar a un evidente trato de favor a los acreedores ex commercio difícilmente justificable".
los acreedores ex commecio pueden dirigirse, únicamente, contra el restante patrimonio ganancial por la vía del art. 1373 CC[1].

A nuestro juicio, a pesar de esta disparidad, el régimen establecido por el legislador mercantil no difiere, sustancialmente, con el fijado en el Código Civil, y ello por varias razones. En primer lugar, porque también en el ejercicio del comercio realizado por un solo cónyuge, bajo el sistema de

[1] Así, BISBAL (Op. cit., p. 364), para quien el "ejercicio del comercio por un cónyuge es un supuesto del art. 1373, que establece la previa extinción del patrimonio personal del cónyuge que ha contraído la deuda (deuda derivada del ejercicio del comercio)"; DE LA CAMARA (El ejercicio del comercio por personas casadas bajo el régimen de la sociedad de gananciales, A.A.N., Homenaje a F. Manrique Romero, Madrid, 1989, p. 292), quien manifiesta que, en estos supuestos, "el acreedor en todo caso puede exigir a determinados bienes gananciales al amparo del art. 1373, aunque el cónyuge (del comerciante) podrá hacer uso del derecho que aquél artículo le concede"; QUILARTE (Gestión..., cit., p. 469), que opina que, conforme al art. 1373, habrá que estar a lo que derive de la estricta literalidad del título ejecutivo y, de proceder ejecutivamente, será normalmente necesario plantear el procedimiento como si de una deuda privativa normal se tratase"; PEÑEZ-JOYRE ESTEBAN (El cónyuge comerciante con oposición de su consorte y la sociedad de gananciales, A.A.M.N., t. XVII, 1987, p. 228); RAGEL (Ejecución..., cit., p. 141), aunque considera que la deuda ex commecio no es estrictamente privativa; etc. En contra de esta posición se halla, entre otros, LOPEZ SANCHEZ (Op. cit., pp. 597-598), que escribe: "... y cómo responde erga omnes el patrimonio ganancial: en primera línea, o previa extinción de los bienes privativos del cónyuge contra la obligación? Según el art. 1373 del CC., subsidiariamente si la deuda es exclusivamente personal; directamente, en cambio, si la deuda es común. Y este último es lo que acontece con las deudas ex commecio... (pues) deudas de la sociedad... son no sólo las mencionadas en el art. 1362, causas 10, 28, 38 y última parte de la 48 -a que alude el art. 1365, primer párrafo-, sino también las que resulten de la explotación regular de los negocios de cada cónyuge, según el art. 1362, 48, primera parte".

444
gananciales, existe una deuda del consorcio conyugal, en base al principio ya reiterado de *ubi emolumentum, ibi onus*. No sería justo que, siendo gananciales todos los beneficios producidos por la actividad mercantil de un consorte, el débito, y la consiguiente afección de la comunidad, quedaran reducidas, en perjuicio de terceros y por la sola voluntad de los esposos, a una sola parte de los bienes comunes: los derivados de la propia ocupación mercantil. \[11\] Obsérvese que aquí sucede como en el supuesto del art. 1370 Cc.: sin el consentimiento del otro cónyuge, responden prioritariamente sólo los bienes obtenidos a resultas del comercio, pero

\[11\] Aunque el no consentimiento de un cónyuge al ejercicio del comercio por el otro prioritize la responsabilidad de los bienes obtenidos a resultas, GIMÉNEZ DUART (*Cargas...,* cit., p. 549), parte de que la "responsabilidad primaria por ejercicio del comercio es prácticamente idéntica a la correspondiente al ejercicio de cualquier actividad civil" (del mismo modo que la responsabilidad definitiva también es igual: art. 1362, 49), afectando la totalidad de los bienes gananciales". De esta manera, también, LOPEZ SANCHEZ (*Op. cit.,* p. 598, nota 26), quien, para estos supuestos, escribe: "En lo que concierne a la responsabilidad de los gananciales por deudas ex comercio... baste con indicar que el art. 1362, 49, del CC. pone de cargo de la sociedad... todos los gastos que se derivan de la explotación regular de los negocios de cada cónyuge". Aunque sólo sea por referencia y de modo complicado, así también parece admitirlo BISBAL (*Op. cit.,* p. 364), quien, considera que, en estos casos, expresa "la regla mercantil el mismo principio respecto de los bienes comunes que el art. 1362 del CC. reformado".

\[11\] Como repite GIMÉNEZ DUART (*Cargas...,* cit., p. 548), lo "que no parece muy normal, (es) que un patrimonio (el ganancial) se lucre con los beneficios (que se harán gananciales) y, en cambio, no esté a las pérdidas".

445
los demás gananciales responderán subsidiariamente.

Por otra parte, la asimilación de los regímenes civil y mercantil de responsabilidad ganancial, se infiere de la simplicidad del proceder a cuya virtud el propio legislador entiende prestado el consentimiento, del cónyuge del comerciante, a la actividad mercantil de éste (pues basta el conocimiento y la no oposición expresa), consenso necesario para que se produzca la vinculación global de los gananciales. Efectivamente, y en general, dado el juego de presunciones establecido por el Código de Comercio, la hipótesis que prevalecerá en la práctica será la de que, también en el ejercicio del comercio por persona casada, se originará la responsabilidad.


134 En este sentido, una STS de 21 de marzo de 1988 estableció que en las actividades mercantiles de un cónyuge los acreedores "no quedan desamparados", pues la responsabilidad de aquél recae sobre "los bienes comunes de la sociedad conjugal de gananciales".

135 En este sentido, GIMENEZ DUART (Cargas..., cit., p. 548), declara que si "profundizamos en las normas veremos que no existen disfarraces ni diferencias de trato. En efecto, nótese que los gananciales in genere quedan afectos cuando el comerciante cuenta con el consentimiento de su cónyuge, y que este consentimiento se presume cuando se ejerva el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo (art. 7 del C. de C.)." Igualmente, GARCIA VILLAVERDE (El ejercicio del comercio por persona casada, R.D.M., 1982, p. 511), observa que los "arts. 7 y 8 del Código de Comercio establecen la presunción de que existe el consentimiento a que se refiere el art. 6". En definitiva, como indica LACRUZ (Algunos aspectos..., cit., p. 548), de "hecho, lo único preciso es la no oposición del no comerciante al ejercicio del comercio por su consorte, su pasividad, sea al casarse (art. 8), sea después (art. 7), de la que se deduce un consentimiento puramente presunto".
de todos los bienes comunes.\(^\text{16}\)

En definitiva, de todo ello resulta, de un lado, que habrá que aquilatar al máximo\(^\text{17}\) la posible oposición del cónyuge del comerciante a la afección

\(^{16}\) PEREZ-JOFRE (Op. cit., pp. 231-232), concluye que sería mejor aplicar en esta materia las "reglas generales de los gananciales reformados, a la gestión y responsabilidad; lo que, ... lleva a resultados más sencillos y justos": pues así quedarían protegidos los acreedores, ya que "respondrian -sin necesidad de prueba ni de 1373- todos los gananciales". QUI- LARTE (Gestión..., cit., pp. 474-475), reconoce que la "presunción, casi universal, de consentimiento conjunto sancionada por los arts. 7 y 8 del Código de Comercio... (da lugar a que), en la práctica, la actividad mercantil individual se considera como actuación conjunta con el evidente riesgo que para el consorcio (ello supone)... Evidentemente ello es así porque el legislador de 1975 intenta potenciar la seguridad del tráfico en detrimento de los intereses del otro cónyuge".

¿Y no será, tal vez, -preguntamos- que el legislador considera que es lógico que si la familia se nutre del ejercicio del comercio hecho por un cónyuge, deban responder todos los bienes comunes de tal actividad?. Este autor advierte también que el T.S. va proteger a los acreedores presumiendo el consentimiento del cónyuge del comerciante mientras no exista una manifestación fehaciente en contra: así, por ejemplo, las ss. de 16 de febrero de 1987 (que destaca la responsabilidad de todo el patrimonio común por las deudas contraídas por un esposo en el ejercicio del comercio), 27 de junio de 1989, etc. (pp. 479-480). En este mismo sentido se pronuncia, recientemente, la STS de 10 de junio de 1993, que determina el cargo y la responsabilidad ganancial si no queda "probado que se hubiera dado oposición expresa al ejercicio" de la actividad mercantil.

\(^{17}\) Así, LOPEZ SANCHEZ (Op. cit., pp. 600-601), entiende que el art. 6 del Código de Comercio "constituye una excepción a la regla general de responsabilidad erga omnes ilimitada de los gananciales por deudas contraídas por un cónyuge, sin necesidad del consentimiento de su consorte, en el ejercicio de su profesión (art. 1365), por lo que se impone una interpretación teleológica restrictiva. En efecto, la ratio del art. 6... no parece ser otra que la de excluir de toda eventual responsabilidad ex commercio sólo los bienes ajenos a la explotación mercantil, cuando el cónyuge del comerciante desconoce la actividad profesional de éste o lo niega el consentimiento para su ejercicio".
Integra del patrimonio consorcial, evitando que dicha oposición se convierta en un mero mecanismo de fraude para terceros; y, de otra parte, que en el hipotético caso de que tal restricción tuviera...

Giménez Duart (Cargas..., cit., p. 549), considera que el legislador mercantil se refiere a una oposición al ejercicio del comercio y no a la vinculación global de los gananciales, de ahí que sostenga que: "... la oposición a la actividad mercantil no puede ser ni cómoda (para excluir bienes de la agresión de los acreedores) ni caprichosa (por mera diferencia de criterio), sino justificada en alguna de las causas que facultan para limitar la libertad o capacidad civil de la persona, esto es, la deficiencia mental o la prodigalidad". También como oposición al ejercicio del comercio el ente DISBAL (Op. cit., p. 364); RAGEL (Emancipación..., cit., p. 132), quien afirma que la "oposición al ejercicio del comercio sólo tendrá trascendencia cuando pueda justificarse que el patrimonio ganancial se nutre de ingresos diferentes a los beneficios empresariales"; etc. Por contra, otros autores mantienen que la oposición lo es a la responsabilidad total del patrimonio común: así, PEREZ-JOFRE (Op. cit., p. 202), asegura que no "hay oposición al comercio ni del marido ni de la mujer, sino a que afecte a todos los gananciales"; GILARTE (Gestión..., cit., p. 477); etc. Por ello, sigue diciendo PEREZ-JOFRE que se equivocan los que relacionan la oposición con el ejercicio del comercio y no con la vinculación del patrimonio consorcial, de manera que, es obvio que, dicha oposición "no ha de ser motivada ni, por supuesto, puede invalidarse judicialmente"; criterio que comparte, además, LOPEZ SANCHEZ: Op. cit., p. 602.

GILARTE (Gestión..., cit., p. 476), advierte que: "... cabe imaginar que la oposición se intentará normalmente con la única finalidad de eludir la agresión del patrimonio consorcial ante situaciones de quebranto económico. Con ello, en definitiva, el legislador está creando un precepto cuya única finalidad real sería la de servir como cobertura de posibles fraudes a acreedores". Igualmente, PESA (Comentario..., cit., pp. 694-695), defiende que: " Parece que se trata de presunciones que tienen por finalidad sobre todo dar seguridad al tráfico (lo que es muy propio del C. de C.) y no, simplemente, facilitar la prueba en los pleitos. El acto de oposición es un acto que ha de constar a efectos de tercero, en escritura pública inscrita en el Registro mercantil...". La STS de 21 de marzo de 1988 establece que entender prestado el consentimiento "cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del otro... constituye suficiente garantía frente a terceros".
lugar, habrá que salvaguardar sobremanera la posición de los acreedores, por lo que todas las cuestiones probatorias (en especial la de determinar que los bienes agredidos no son, estrictamente, resultados del comercio), recaerán sobre los propios cónyuges, y no sobre aquéllos.

Finalmente, lo que resulta sorprendente en esta materia es que, siendo la actividad profesional-mercantil objetivamente endeudante del patrimonio ganancial, se añada la posibilidad de que, además y más extensamente, pueda endeudarse dicho patrimonio por vía voluntaria (art. 1367 Cc.). La explicación de esta especialidad podría buscarse en el dato de que el legislador considera arriscado el ejercicio del comercio, y por ello se da al matrimonio la posibilidad, más teórica que real, por el criterio presuntivo antes expuesto, de limitar sus consecuencias perjudiciales.

---

40 De este modo, GARCIA VILLAVEGUE (Op. cit., pp. 509-510), señala que el problema se plantea "cuando, por no existir el consentimiento necesario para la vinculación de los gananciales, la presunción de ganancialidad nada resuelve, porque de lo que se trata es de saber cuáles de entre los gananciales resultan afectos. Creo que, en este caso, debe propugnarse que la carga de la prueba recaiga sobre los cónyuges y no sobre los acreedores". En contra, sin embargo, PEREZ-JOFRE (Op. cit., pp. 226-227), siguiendo a Vicent Chuliá opina que: "La presunción de ganancialidad común o general (actual art. 1361 del Cc.) que favorece al cónyuge del comerciante (interés más evidente protegido por el art. 6) deberá prevalidar sobre la ganancialidad especial, resultados del comercio, que deberán probar los acreedores mercantiles del cónyuge comerciante para poder embargarlos y ejecutarlos". En esta misma línea se encuentra GUILARTE: Gestión..., cit., p. 479.
2.3.4. Supuestos especiales de cargo de la comunidad conjugal.

2.3.4.1. Las obligaciones extracontractuales:

art. 1366 Cc.

El art. 1366 Cc. dice: "Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conjugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fueran debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor."[4]

[4] En Portugal, como señala ANTUNES (Op. cit., pp. 392-393), en virtud al art. 1692, b) del Cc., serán de cargo del patrimonio privativo de cada cónyuge las deudas provenientes de crímenes u otros hechos imputables a uno sólo de los cónyuges, esto es, las deudas provenientes de hechos ilícitos extracontractuales (homicidio, injuria, ofensa corporal) o de hechos dañosos que envuelven responsabilidad objetiva..., (pero no las indemnizaciones procedentes de hechos extracontractuales realizados en servicio de interés común, siempre que no haya dolo por parte del cónyuge). En Francia, a falta de una regulación expresa, mientras algunos autores rechazan la obligación de la comunidad por las deudas extracontractuales de los cónyuges (así, CHAMPION: Op. cit., p. 29, que afirma: "... sujetos a la letra, el art. 220 no enumera más que las obligaciones suscitadas por uno u otro de los esposos, y no las deudas extracontractuales"); otros, en cambio, admiten tal vinculación por existir el mismo fundamento (COLOMER: Op. cit., p. 389, quien, en relación con el art. 1413 Code, mantiene que para determinar el cargo de la comunidad, "no es necesario tener en cuenta la causa de la deuda. Poco importa, pues, que ésta sea de origen contractual o de origen extracontractual". En el Derecho italiano, también por carecer de una norma específica, es la doctrina y la Jurisprudencia la que han de suplir el vacío legal. De este modo, QUADRI (OBBLIGI..., cit., pp. 770-771), concluye que, tratándose de obligaciones extracontractuales, "derivadas de la responsabilidad ligada a la posición del sujeto respecto a bienes objeto de la comunidad... se podrá, todo lo más, discutir si (tales obligacio-

(continúa...)
De acuerdo con este precepto, puede constatarse cómo el legislador parte, explícitamente, como principio básico, de la ineludible dualidad deuda y responsabilidad en la obligación ganancial[10]. Si ob-

nes)... se encuentran entre aquellas contenidas en el párr. d), más que en el párr. b) –del art. 156 CC–, pero parece verdaderamente difícil negar el carácter de obligaciones que gravan a la comunidad (con la consecuente aplicabilidad del relativo régimen). Per sobre todo, doctrina y jurisprudencia derivan la obligación de la comunidad por deudas extracontractuales, del dato de la copropiedad de los bienes y su afección a las necesidades de la familia: así, los FINOCCHIARI (Op. cit., p. 1105), que aceptan que en “el ámbito de las obligaciones que gravan a ambos cónyuges pueden comprenderse, en fin, las obligaciones derivadas de una particular relación, de los mismos cónyuges con un bien objeto de la comunidad, por ejemplo en tema de responsabilidad derivada de la circulación de vehículos. También en la hipótesis de vehículo adquirido por un solo cónyuge... es evidente que en caso de siniestro subsistirá la responsabilidad del otro cónyuge, como copropietario, y que, por tanto serán acreditables por el perjudicado, también otros bienes que pertenecen a la comunidad...”; GAZZONI (Op. cit., p. 366), para quien la “responsabilidad de la comunidad es, en efecto, exclusiva en el caso en que aquélla deriva de obligaciones... relacionadas intrínsecamente con ésta (la comunidad) como en el caso de responsabilidad extracontractual derivada de hecho ilícito ocasionado por un bien común (art. 2051). En esta hipótesis, efectivamente, encuentra aplicación el art. 190 y la garantía subsidiaria, parcial y limitada, de los bienes personales de los cónyuges”; PUTTER (Op. cit., p. 102, nota 9), quien cita una S. del Tribunale di Bologna de 27 de enero de 1986 que estableció que de los daños provocados por la circulación de un vehículo que forma parte del patrimonio común, aunque puesta a nombre de uno solo de los cónyuges, responde también el cónyuge del titular; SANTOSUSSO (Op. cit., p. 276); etc.

[10] FERNANDEZ VILLA (Op. cit., p. 663) observa que: “Si el legislador hubiese querido concretar en dos artículos las deudas que componen el pasivo definitivo del patrimonio ganancial y las deudas que forman su pasivo provisional (fundamentalmente el art. 1362 para las primeras, y el art. 1365 para las segundas), como erróneamente tienden a sintetizar algunos autores, se habría ahorrado el art. 1366 ...”. También advierten los RUEDA (Op. cit., p. 569), que el 1366 emplea “dos términos, uno de ellos (cargo) utilizado en los artículos anteriores, cuando se norma sobre la relación interna entre (contínua...)}
objetivamente puede haber beneficio para la sociedad en la actividad desplegada por los cónyuges, y, particularmente, en la administración de bienes, es lógico que se derive el débito y la afección de los bienes gananciales, tanto si se trata de obligaciones contractuales (art. 1362 Cc.), como extracontractuales (art. 1366 Cc.). Ciertamente, si conforme al art. 1366 un cónyuge puede obligar y responsabilizar a su comunidad conyugal (por fin el legislador proclama expresamente el criterio

13(...continuación)

los patrimonios conyugales, y el otro (responsabilidad) que se contiene en los destinados a la regulación con relación a los acreedores. Por lo tanto, ... debemos entender que el artículo es aplicable a ambos tipos de relaciones".

14 Para una visión completa de la trascendencia endemandante que tiene el interés familiar para la sociedad de gananciales, cfr. los apartados 2.2. y 2.2.2.3. del Capítulo III, y 2.2.2.1. y 2.2.2.2. del Capítulo IV de este trabajo.

14 En este punto la doctrina parece coincidir en el dato de que deben incluirse tanto los gastos de ordinaria, como de extraordinaria administración. Así, FERNÁNDEZ VILLA (Op. cit., p. 662), expone que: "El fundamento de la imputación del gasto al patrimonio ganancial (pasivo definitivo) estriba en estos casos en su origen familiar, y en que el beneficio de tales actuaciones (incluida la administración extraordinaria de bienes privativos) repercutirá en el patrimonio ganancial, en el sentido de que, en el caso concreto de los bienes privativos, tales actos seguramente provocarán un aumento en los rendimientos de dichos bienes, rendimientos que se concretan en frutos que tendrán carácter ganancial". En esta misma línea, reconocen este pasivo consorcial, GUILARTE (Op. cit., p. 403); RAGEL (Ejecución..., cit., p. 94); los RUEDA (Op. cit., p. 570), quienes aseguran que la "administración de los bienes se configura de forma muy global, muy general, aplicable tanto a los bienes privativos como a los gananciales, y a toda clase de actos de administración, ordinaria y extraordinaria"; etc. Obviamente, si ello es así para las obligaciones extracontractuales, no hay razón alguna para mantener un criterio contrario tratándose de obligaciones contractuales.

452
racional que proponemos), por su actividad extracontractual desarrollada en interés común, ¿no es también indiscutible que ha de ocurrir lo mismo con las obligaciones contractuales?\textsuperscript{(14)}

Una vez hechas las precisiones anteriores, la cuestión primordial que plantea el art. 1366 CC. es la de concretar los efectos de la existencia del dolo o de la culpa grave\textsuperscript{(15)} en la actuación del cónyuge deudor\textsuperscript{(16)}. A virtud del tenor literal del

\textsuperscript{(14)} Así, por ejemplo, EQUEVARRIA: Los límites..., cit., p. 183. Por otra parte, la aplicación del art. 1366 para fundar el cargo y la responsabilidad manancial en las obligaciones contractuales y, en concreto, en las adquisiciones de bienes comunes, ya fue tratada en el apartado 2.3.2.2., punto B) del Capítulo III.

\textsuperscript{(15)} Para concretar el significado del dolo y la culpa grave en esta materia, valgan las consideraciones realizadas por GÓMEZ DE LA ESCALEIRA (Op. cit., p. 1193), según el cual, habrá dolo "siempre que la obligación extracontractual sea debida a un hecho realizado por el cónyuge deudor con el conocimiento y la intención de dañar al perjudicado"; y se producirá la culpa grave "cuando el grado de imprudencia o negligencia en que haya incurrido el culpable, sea de tal entidad que no hubiera incidido en ella ni el menos cauto, precavido o diligente de los hombres". Por su parte, RACEL (Ejecución..., cit., p. 95), entiende que la actuación con dolo o culpa grave no debe referirse a la comunidad conyugal, sino, más bien, a la relación con el perjudicado. En este mismo sentido, por ejemplo, se pronuncia PERA: Comentario..., II, cit., p. 699. Por tanto, como señala CANO TELLO (Op. cit., p. 91), el art. 1366 queda referido únicamente a los casos de culpa leve.

\textsuperscript{(16)} También se discute acerca del alcance de la expresión obligaciones extracontractuales. Así, GUIARTE (Gestión..., cit., pp. 401-402), siguiendo a DE LOS MONES, considera que el art. 1366 sólo se refiere a las obligaciones nacidas de culpa o negligencia (art. 1902) y a las procedentes de responsabilidad objetiva (art. 1903), por tanto, recoge "las obligaciones que se describen en el art. 1903, de la misma manera que han de excluirse tanto las del art. 1901 como las del art. 1902 del Código Civil"; por lo que, hay que descartar las obliga- (continúa...)
precepto, parece claro que, si concurren cualesquiera de dichas circunstancias, deja de haber responsabilidad y cargo de la sociedad de gananciales. No obstante, a pesar del dato legal, algún autor ha mantenido que la virtualidad del dolo o

147 (...continuación)
ciones derivadas del delito o falta, criterio que comparten ADELLO (Op. cit., p. 811); LOPEZ PEREZ (Op. cit., p. 762); etc. En cambio, la doctrina parece decantarse por la tesis de incluir en este precepto todas las obligaciones que no tengan un origen contractual, esto es, las que surgen de la ley, cuasiscontratos y actos u omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia: de este modo, TERRALDI (Op. cit., p. 1693), y, más recientemente, GOMEZ DE LA ESCALERA (Op. cit., p. 1190); FERNANDEZ VILLA (Op. cit., p. 659, nota 29); etc.

148 En concreto, GIMENEZ DUART (Cargas..., cit., p. 550), quien niega que el dolo o la culpa grave del cónyuge actuante supongan la eliminación de la responsabilidad del consorcio conyugal, porque tal "interpretación obviamente es absurda, pues lleva a la conclusión de que a menos culpa más responsabilidad y viceversa... La interpretación correcta, para no incidir en el absurdo denunciado, está en considerar que la excepción por dolo o culpa grave sólo se refiere al cargo (relación interna entre cónyugues), mas no a la responsabilida (relación externa frente a acreedores). Lo cual es totalmente lógico si se piensa que los terceros no tienen por qué ver disminuida la afección por la circunstancia de ser gravemente culpable de la actuación del causante del daño, pero entre cónyugues, a la hora de hacer las cuentas definitivas, es de justicia que el cargo sea para quien actuó imprudentemente" (La adquisición ..., cit., p. 262, nota 68). En Francia, COLOMER (Op. cit.), interpreta en este mismo sentido el art. 1417, 10, del Código que establece que la "comunidad tiene derecho a recompensa, deducción hecha, en el caso procedente, del provecho obtenido por ella, cuando ha pagado las multas impuestas a un esposo en razón de infracciones penales, o las reparaciones y costas a las que haya sido condenado por delitos o cuasidelitos civiles". En efecto, según este autor, en estos casos, sólo hay pasivo provisional de la comunidad pues "sólo el cuidado de proteger a los terceros justifica la entrada de tales obligaciones en la comunidad;... (no obstante) habrá lugar de tener en cuenta el eventual provecho para la comunidad percibido del comportamiento defectuoso del esposo" (pp. 404-405). Una posición especial es la de MARQUE (Op. cit., p. 33), quien refiere el dolo o la culpa grave "a la responsa-

(continúa...)
la culpa grave quedan reducidas a la relación *inter partes*, es decir, a los efectos de configurar el pasivo definitivo ganancial. Por tanto, respecto de terceros, para evitar que puedan quedar desprotegidos si se prueba la existencia de esos elementos, siempre responderá globalmente la sociedad, eso sí, con carácter provisional.

A nuestro juicio, esta tesis no es admisible pues, interviniendo el dolo o la culpa grave, se tratará de una deuda que, además de contraída personalmente por un consorte, es *privativa* del mismo, ya que por exceder *objetivamente* el ámbito normal de actuación conyugal frente a terceros, se origina un *debito* que se sale del campo de la ganancialidad pasiva.\(^{16}\) Esta extralimitación comprobable es la que justifica la irresponsabilidad de la sociedad ganancial por las obligaciones así producidas, más que la evitación de la ruina de la misma por la ac-

\(^{16}\) (continuación)

bilidad derivada de delito, (y sólo) en este caso no habría responsabilidad ni carga de los bienes gananciales".

\(^{16}\) De este modo, CORDILLO: *El pasivo*..., cit., pp. 354 y 364. Comparten este criterio, por ejemplo, GOMEZ DE LA ESCALE-RA (Op. cit., p. 1193), para quien "la circunstancia de que la obligación extracontractual haya sido originada por una conducta dolosa o gravemente culposa del cónyuge deudor, producirá... el doble efecto de excluir la responsabilidad y cargo de la sociedad de gananciales": LOPEZ PEREZ (Op. cit., p. 762); etc. UnaSTS de 19 de febrero de 1992 establece que "las partidas correspondientes a (una multa tributaria)... que fueron motivadas por el impago (de deudas fiscales), tienen un componente punitivo de carácter personal que, en caso alguno, pueden imputarse a la responsabilidad de la sociedad de gananciales".
ividad separada de un cónyuge\textsuperscript{10}. Ahora bien, esta calificación como privativa de la obligación extracontractual dolosa o gravemente culpable, no implica ninguna desprotección de los derechos de los terceros, en primer lugar, porque la prueba de la concurrencia de las circunstancias indicadas corresponde al cónyuge del deudor\textsuperscript{15}, y, de otra parte, porque aquéllos, junto a los bienes propios del esposo deudor, podrán embargar la parte que a éste corresponde en los gananciales, ex art. 1373 CC\textsuperscript{12}.

\textsuperscript{10} En cambio, FERNANDEZ VILLA (Op. cit., p. 664), siguiendo a RAGEL, funda la inatacabilidad del patrimonio comercial en estas hipótesis, en el dato de que "igualmente merece ser tutelado el interés del cónyuge del obligado a que se evite que la actuación delictiva de su consorte pueda llevar a la familia a la ruina".

\textsuperscript{15} Como expone PEÑA (Comentario..., II, cit., p. 699), "la sociedad de gananciales asume como suyos los riesgos de la gestión, incluida la culpa más o menos próxima al caso fortuito, pero no más allá. Ante la demanda será el cónyuge del deudor el interesado en demostrar que el daño fue debido a dolo o culpa grave".

\textsuperscript{12} En esta línea, FERNANDEZ VILLA (Ibidem), resumiendo perfectamente la tesis de RAGEL, declara que: "... la redacción del art. 1366 excluye expresamente tanto la responsabilidad como el cargo de la sociedad cuando concurre dolo o culpa grave en el cónyuge deudor, y porque si se excluye el cargo, también debe excluirse la responsabilidad... Además de que tampoco se restringiría tanto el interés del lesionado si se salvó la responsabilidad del patrimonio ganancial, pues siempre podrá acudir a la vía del art. 1373 CC. para obtener la garantía de los bienes que lo componen". Asimismo, GUILARTE (Gestión..., cit., p. 405), sostiene que, existiendo dolo o culpa grave, el legislador "estima que el otro cónyuge no debe afrontar, ni tan siquiera provisionalmente, las consecuencias perjudiciales de esa actividad. Sin que ello represente perjuicio especial alguno para el tercero... (pues queda) la posibilidad que concede el art. 1373 de conformidad con la cual también la mitad de los gananciales que pertenecen a quien actuó dolosamente están sujetos al resarcimiento de los (continúa...)"
2.3.4.2. Las deudas procedentes del juego: arts. 1371 y 1372 del CC.

El art. 1371 CC. establece que: "Lo perdido y pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego no disminuirá su parte respectiva de los gananciales siempre que el importe de aquella pérdida pudiere considerarse moderada con arreglo al uso y circunstancias de la familia".

Asimismo, el art. 1372 CC. completa que: "De lo perdido y no pagado por alguno de los cónyuges en los juegos en que la ley concede acción para reclamar lo que se gane responden exclusivamente los bienes privativos del deudor".

De acuerdo con el tenor literal de los preceptos enunciados, hay que distinguir dos supuestos para determinar el cargo y la responsabilidad de los bienes gananciales o de los privativos del cónyuge deudor, en las deudas procedentes del juego. Así, si la obligación ya fue pagada, habrá cargo de la sociedad conyugal si la deuda era moderada con arreglo

\[\text{...continuación}\]

daños causados. Con todo ello parece que existe suficiente garantía para el acreedor de tal manera que resulta innecesario forzar la interpretación literal de un precepto cuya exégesis parece bastante clara".
al uso y circunstancias de la familia. En cambio, si el débito aún no ha sido satisfecho, no opera el criterio de la moderación de la obligación, sino únicamente el de la responsabilidad exclusiva de los bienes propios del consorte deudor, conforme a lo dispuesto en el art. 1372, de manera que la deuda siempre sería, frente a terceros, privativa del esposo jugador.

A nuestro juicio, esta distinción entre imputación de deudas pagadas y deudas por pagar, cada una de ellas con un régimen distinto, interfiere el criterio establecido de forma reiterada por el propio legislador: el de la moderación de la deuda, según el uso y circunstancias de la familia que aparece a

---

13) Fuera de estos casos, esto es, si la deuda era inmoderada, procederá el oportuno reintegro a la sociedad: de este modo, DIEZ-PICAZO y GULLON (Sistemas..., IV, cit., p. 192); RAGEL (Ejecución..., cit., p. 109); etc. No hay duda de que, si se aportaron bienes propios para satisfacer estas obligaciones, siendo moderadas, tendrá lugar el reembolso a favor del cónyuge aportante: así, BONILLA (Op. cit., pp. 88-89); O’CALLAGHAN (Op. cit., p. 126); etc. Obsérvese que éste sería un nuevo caso de responsabilidad provisional de un consorte respecto de deudas de la comunidad conjugal: cfr. apartado 2.2.3.4. del Capítulo III.

14) En esta línea, valga por todos, RAGEL (Ejecución..., cit., p. 103), quien, atándose de una deuda de juego impagada según el art. 1372 CC., sostiene que: “A nuestro juicio, la deuda de juego lícito tiene carácter privativo, en todo caso y, por lo tanto, el acreedor deberá proceder inexorablemente por la vía del art. 1373 del CC., aguijoneando en primer lugar los bienes privativos del cónyuge deudor. El art. 1371 del CC. sólo tiene eficacia inter partes y, por tal razón, no puede hacerse valer por el acreedor.”

458
los terceros\textsuperscript{155}.

Para la doctrina que mantiene la escisión entre deuda y responsabilidad en la obligación ganancial, lo que sucede es que el art. 1371 regula la relación interna\textsuperscript{156}, de ahí que si la deuda de juego \emph{pagada} es moderada, hay cargo del consorcio\textsuperscript{157}. En cambio,

\textsuperscript{155} Este criterio, además de recogerse expresamente en el art. 1371 Cc., es el que inspira, como venimos manteniendo, toda la materia del pasivo ganancial: cfr., en particular, el apartado 2.2.1.5. de este Capítulo. En este sentido, ABELLO (Op. cit., p. 815), considera que el art. 1372 "no es justo, porque, conforme al art. 1351, las ganancias obtenidas por el marido o la mujer en el juego... pertenecerán a la sociedad de ganancias, y habría sido más coherente el legislador si hubiera establecido que lo perdido en el juego sería a cargo de la sociedad de ganancias, añadiendo, como en el art. 1371, siempre que el importe de aquella pérdida pudiera considerarse moderada con arreglo al uso y circunstancias de la familia". Igualmente, DIEZ-PICAZO y GELON (Sistema..., IV, cit., p. 192), abogan por la tesis de que ha de "preconizarse una interpretación correctora que armonice ambos artículos, por lo que hasta la cifra cubierta por los criterios del art. 1371 debe existir responsabilidad de los bienes gananciales". Por su parte, PERA (Comentario..., II, cit., p. 704), asegura que tratándose de deudas de juego "que excepcionalmente puedan considerarse contralidas en el ejercicio de la potestad doméstica, en el ejercicio ordinario de la profesión o en la administración de los bienes... (regirán) entonces, para la obligación y para el cargo, las reglas de los arts. 1362 y 1365". ¿Y no se trata, en éste, del mismo criterio que el legislador establece, con carácter normal y no extraordinario, cuando habla de deudas de juego moderadas con arreglo al uso y circunstancias de la familia?

\textsuperscript{156} Así, por ejemplo, GUILARTE (Gestión..., cit., p. 407), para quien "no resulta contradictorio con el contenido del art. 1371 el que frente a deudas moderadas no pagadas se produzca una responsabilidad provisional privativa cuando, definitivamente, se establece una responsabilidad consorcial. Y ello porque... una y otra esfera de la responsabilidad de los bienes comunes pueden discurrir con total independencia". En este mismo sentido ya se pronunciaban RAGEL (Ejecución..., cit., pp. 106-107); TARRADE (Op. cit., p. 1733); etc.

\textsuperscript{157} De este modo se manifiesta la doctrina de forma unánime: así, GUILARTE (Gestión..., cit., p. 406); LÓPEZ PEREZ (continúa...)

459
tratándose de una obligación impagada, sólo habrá responsabilidad del cónyuge jugador porque el art. 1372 regula el ámbito externo o frente a terceros del débito\(^\text{158}\).

No obstante, a esta tesis se le podría oponer...\(^{157}\) Continuación... De los Mozos (Comentario..., XVIII, 20, cit., pp. 51, 236, 320...); RAGEL (Ejecución..., cit., p. 106), para quien "si se trata de una deuda moderada, aunque se haya contraído en juego prohibido, el art. 1371 considera válido tal pago, siendo la actuación llevada a cabo por marido o mujer de cargo de los bienes gananciales"; los RUEDA (Op. cit., p. 572), quienes entienden que si, de acuerdo con el art. 1371 CC., "al producirse la liquidación de los gananciales no hay disminución de la adjudicación del cónyuge jugador por el concepto de la deuda de juego pagada es porque esa deuda no es propia del mismo, sino ganancial"; etc.

\(^{158}\) Dentro de la tesis que mantiene, en la relación externa o frente a terceros, el carácter privativo necesario de la deuda de juego no pagada, existen dos posiciones encontradas. Así, están los que sostienen que la expresión exclusivamente del art. 1372 implica que los terceros no podrán atacar nunca los bienes gananciales, ni siquiera por la vía del art. 1373. En esta línea se encuentran, entre otros, BLANQUER (La idea..., cit., p. 131); FERNANDEZ VILLA (Op. cit., p. 683), quien apunta que el "legislador ha creído más oportuno preservar en estos casos el máximo el patrimonio ganancial, excluyéndolo de toda posible agresión por parte de los acreedores por juego, incluso aunque esa agresión sea en forma subsidiaria"; MARTINEZ CALCERRADA (Op. cit., p. 236); etc. Por contra, la mayoría de los autores abogan por la responsabilidad subsidiaria de los gananciales también en estos casos. Así, por ejemplo, GIMENEZ DUART (Cargas..., cit., p. 550); O'CALLACHAN (Op. cit., p. 129); LOPEZ PEREZ (Op. cit., p. 763); PERA (Comentario..., II, cit., p. 703), quien alega que el "art. 1372 quiere decir que la deuda no es además, deuda de la sociedad de gananciales. Pero como de cualquier deuda privativa, incluyendo que es más grave que las deudas de juego- de las derivadas de delito, responden los bienes gananciales en cuanto en los mismos hay bienes del deudor y, por eso, con el régimen del art. 1373"; RAGEL (Ejecución..., cit., p. 108), que defiende que el carácter privativo de la deuda "no impide que los acreedores por juego lícito utilicen el mecanismo del art. 1373 del CC. y puedan, por esa vía, agredir subsidiariamente los bienes gananciales, a falta o por insuficiencia de los bienes privativos del deudor"; etc.
La sistematización...

que, si se admite la existencia de un débito de la comunidad conyugal si la deuda de juego es moderada\textsuperscript{139}, ¿no sería más coherente mantener frente a terceros la responsabilidad del patrimonio consorcial? ¿No se observa cómo aquí, otra vez, la separación de las esferas interna y externa de responsabilidad ganancial no hace más que complicar una cuestión que se resuelve, sin más, aplicando el postulado esencial de que, donde hay deuda del consorcio, debe seguirse, necesariamente, la responsabilidad del mismo?\textsuperscript{140}

Así, el criterio más justo sería que si la deuda de juego es objetivamente moderada (art. 1371), los terceros pudieran dirigirse contra todos los gananciales, sin derecho de reembolso en favor de la comunidad conyugal. En cambio, si se sobrepasa el ámbito normal de legitimación conyugal frente a terceros (deuda inmoderada a la que se refería el

\textsuperscript{139} No se olvide que, conforme al art. 1351 Cc., las ganancias procedentes del juego son siempre gananciales, de ahí que, de nuevo, haya de partirse del postulado trascendental del \textit{ubi encollementum, ibi caus.}

\textsuperscript{140} Ciertamente, parece contradictorio que entendiendo aplicable analógicamente el criterio del art. 1371 al art. 1372 (así, por ejemplo, GUILARTE \textit{Gestión...}, cit., pp. 408-409-, que deriva de dicha relación analógica "el que sea deuda del consorcio lo gastado moderadamente y no pagado"), se niegue más tarde la afección de los gananciales en estas hipótesis. Todavía más imprecisa parece la idea de FERNANDEZ VILLA (Op. cit., pp. 683-684), para quien "las deudas de juego ilícito... son también deudas de la sociedad, pues en las relaciones internas entre los cónyuges se imputará con carácter definitivo al pasivo del patrimonio ganancial (art. 1371 Cc.), sin embargo, (en estos casos) en contra de la regla del art. 1369, no responderá el deudor con los gananciales, ni solidaria ni subsidiariamente".

461
art. 1372), debería haber sólo una responsabilidad provisional de los gananciales, o incluso, una obligación privativa del cónyuge jugador, si la deuda es manifiestamente desproporcionada, débito que, de no estar pagado, se ejecutaría por la vía del art. 1373 Cc.; y si ya lo estuviera, procedería el oportuno reintegro a favor del patrimonio común.

Ahora bien, esta solución que proponemos y que se corresponde con el criterio consagrado por el legislador en sede del pasivo ganancial, choca con la literalidad del art. 1372 Cc. que, sin advertir que la deuda de juego sea inmoderada, establece la responsabilidad del cónyuge jugador si dicha deuda no está pagada. Pues bien, de no aceptarse que en el fondo del art. 1372 lata el principio de la inmoderación de la deuda, la única razón que explicaría este extraño proceder del legislador radicaría en el tradicional trato desfavorable que éste ha dispensado a las deudas de juego (cfr. arts. 1798 y ss. del Cc.). En efecto, podría ser que, dado el peligro que para la sociedad pudieran tener las deudas impagadas procedentes de una actividad tan aleatoria como es el juego, el legislador haya querido salvaguardar al máximo el patrimonio ganancial, aun a costa de eliminar el postulado establecido por el mismo, de que los acreedores deben quedar protegidos si se trata de una deuda objetivamente moderada u ordinaria.

462
En definitiva, y a pesar de la incoherencia legal que supone considerar privativa la deuda del art. 1372, dado el art. 1351, todavía podría tener aquí aplicación la esencia de nuestra tesis, pues el legislador sigue sosteniendo el criterio de la moderación de la deuda como postulado determinante del cargo del consorcio. Por tanto, también en los casos del 1372, el consorte jugador, por aplicación del criterio deducido del 1371, debe quedar protegido si la deuda de juego es moderada con arreglo a los usos y circunstancias de la familia, por lo que podrá demostrar, *inter partes*, que la deuda es ganancial, en cuyo caso la deuda deberá imputarse a la sociedad.

Por otra parte, los acreedores no sólo contarán con el patrimonio privativo del cónyuge jugador, como parece inferirse del art. 1372, sino que, por tratarse de una *normal* deuda privativa del mismo, los terceros podrán acudir a la vía del art. 1373, de ahí que puedan agredir la parte de aquél en las gananciales, a falta o por insuficiencia de bienes privativos. No hay razón alguna para desfavorecer a los acreedores por deudas de juego, respecto a otros acreedores privativos del cónyuge deudor.
3. NORMAS QUE APLICAN EL CRITERIO SUBJETIVO DE SISTEMATIZACIÓN DEL PASIVO GANANCIAL.

3.1. LÍNEAS INTRODUCTORIAS.

De los arts. 1363 y 1367 del Cc., puede deducirse, como ya se vio<sup>161</sup>, el principio subjetivo de responsabilidad consorcial, según el cual, la obligación contraída por ambos cónyuges (o por uno con el consentimiento expreso del otro), debe entenderse, por fundarse en la voluntad común de los esposos, como una carga definitiva de la sociedad (y, por ende, originante de la afección global de los bienes comunes), lo cual no obsta para que, en casos particulares, el preeminente interés de un consorte en la operación, pueda obligarle a realizar el correspondiente reintegro. Con esto queremos decir que, como ya se vio<sup>162</sup>, el art. 1367 Cc. posibilita pero no impone, la eficacia vinculante del patrimonio ganancial por la voluntad común de los cónyuges; por tanto, éstos al endeudarse conjuntamente, obligan a los gananciales, pero su consenso puede llegar hasta comprometerlos definitivamente, o limitarse a obligarlos sólo en principio, en la relación exter-

<sup>161</sup> Cfr. apartado 2.3. del Capítulo IV de este trabajo.

<sup>162</sup> Cfr. apartado 2.2.3. del Capítulo IV.

464
na, reservándose el no favorecido el derecho a ser compensado en la liquidación final.

Pues bien, partiendo de esta premisa esencial, sólo nos quedan por resolver otras cuestiones que pudieran derivarse del tenor de los arts. 1363 y 1367[16]. Para realizar esta tarea, vamos a comenzar analizando el contenido del art. 1367, por ser la norma básica en esta sede, de manera que los criterios que extraigamos de su análisis serán trasladables a los supuestos del art. 1363. Igualmente estudiaremos aquí la norma especial del art. 995 Cc. que se inspira en el mismo criterio que venimos apuntando.

3.2. LAS DEUDAS CONTRAÍDAS POR AMBOS CÓNYUGES O POR UNO DE ELLOS CON EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DEL OTRO: ART. 1367 CC.

El art. 1367 Cc. establece que: "Los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del

[16] También se ha resuelto ya de forma negativa –cfr. apartado 2.3.2.1. del Capítulo III de esta obra– el problema de si el principio de actuación conjunta, que parece derivar del art. 1367 Cc., impide la vinculación de la sociedad de gananciales por la actuación individual de los cónyuges. Así mismo, ha sido analizada la expresión en todo caso, empleada en el art. 1367, concluyéndose que pudiera entenderse en el sentido de que en todo caso la obligación así contraída es ganancial, cfr. apartado 2.3.2.3. del capítulo IV. 465
Además de los problemas ya ventilados a lo largo de este trabajo, el art. 1367 plantea otras incógnitas relativas a las consecuencias jurídicas que para los cónyuges tiene la actuación conjunta. En primer lugar, se polemiza acerca de si en las hipótesis de obligaciones contempladas en el precepto aludido, responden, junto a los gananciales, los patrimonios privativos de los consortes. Pues bien, en esta cuestión hay que partir de que, si la actuación de los esposos es manifiestamente común164, entonces, la mayoría de la doctrina admite, sin dificultad, la responsabilidad de los tres patrimonios implicados165. Los autores se dividen, en cambio,

164 Algunos autores destacan que actividad conjunta no implica actuación simultánea: así, entre otros, FERNANDEZ VILLA (Op. cit., p. 674); los RUEDA (Op. cit., p. 573), quienes afirman que parece “admisible que un cónyuge contraiga la deuda, y el otro, en un momento posterior, la asumiera (con el consentimiento del acreedor); (pues) el resultado es el mismo”; TORRALBA (Op. cit., p. 1704); etc.

165 Así, BLANQUER (Reflexiones..., cit., p. 39), que sostiene que, a priori, “en todo caso de deuda contraída por los cónyuges, responde además del activo de la sociedad el patrimonio privativo de cada uno de ellos”; ECHEVARRIA (Sobre el embargo..., cit., p. 102), para quien el art. 1367 “al disponer que respondan los bienes gananciales... no quiere decir que queden fuera de responsabilidad los privativos, sino que con toda seguridad, por disposición de la Ley, están sujetos los primeros”; GUILARTE (Gestión..., cit., p. 424), que entiende que al “bien el Código no se ocupa de precisar en este art. 1367 la forma en que responderán los bienes privativos de los esposos, tal responsabilidad del patrimonio personal de uno y otro es evidente por derivar del incuestionable principio que informa el art. 1911 y que tiene una especial aplicación en el art. 1369”; etc. Algo parecido ocurre en el Derecho italiano, en el que, aunque no existe una norma análo-
si la obligación se contrajo por uno solo de los cónyuges, pero con el consentimiento expreso del otro. De este modo, para algunos es evidente que habrán de distinguirse las diferentes situaciones en las que puede colocarse el cónyuge del deudor por el consentimiento prestado. Así, si se limitó a aprobar lo hecho por el otro, por imposición legal, para evitar su posible anulación, se producirá la responsabilidad global de los gananciales y de los patrimonios privativos de ambos consortes, ya que, en caso contrario, se dará un tratamiento distinto a un mismo acto de gestión de gananciales, por el mero hecho de intervenir en él los dos o uno solo de los esposos. Por contra, en aquellos casos en los que el cónyuge del deudor consintió un acto en el que sólo se hubiese desatado la afección exclusiva del con-suerte actuante, responderá junto a los gananciales, únicamente el patrimonio privativo del esposo inter-viniente, quedando a salvo los bienes propios del

165 (...continuación)
g a al art. 1369 Cc., la doctrina se decanta por la tesis de que si "una obligación es contraída conjuntamente por los cónyuges, será considerada al mismo tiempo como débito de la comunidad y como débito personal de los coobligados, con la consecuencia de que el art. 190 Cc. (que establece la responsabilidad de los patrimonios privativos sólo por la mitad del crédito) no será aplicable a aquélla y el acreedor podrá ac-tuar en vía principal y por el todo tanto sobre el patrimonio común como sobre los patrimonios personales de ambos cónyuges" (SCHLESINGER: Commentario..., cit., p. 437).
esposo que se limitó a consentir de forma fehaciente\textsuperscript{166}.

\textsuperscript{166} Clásica es, en este punto, la distinción realizada por MATA (Op. cit., pp. 337 ss.; seguido, entre otros, por ALVAREZ-SALA -Aspectos..., cit., pp. 34 ss.; MANRIQUE -Op. cit., pp. 28 ss.; etc.), para quien debe distinguirse si se trata de un simple control de un acto ajeno (como, por ejemplo, en el art. 1320 Cc.), en cuyo caso sólo habría responsabilidad del cónyuge actuante; si de un consentimiento derivado de una exigencia legal (como en el caso del art. 1377 Cc.), donde se produciría una responsabilidad total de los gananciales y privativos de ambos esposos; o, finalmente, un consentimiento a un acto que daría lugar sólo a la responsabilidad exclusiva del consorte actuante (o sea, una actividad fuera de los supuestos de los arts. 1365, 1366 y 1368 del Cc.), hipótesis en la que se originaría una afección global de los gananciales, pero no de los bienes privativos del cónyuge que prestó el consentimiento. Una tesis especial es la de LA CAMARA (\textit{La sociedad...}, cit., p. 478), quien piensa que cabe "sostener una solución intermedia. Cuando la obligación se ha contraído en interés de uno solo de los cónyuges responderán, además de los bienes consortes, los de ese cónyuge pero no los del otro; contrariamente, si la deuda se contrae en interés común o de la familia responden los tres patrimonios". Más problemática es la tesis de ECHEVARRIA (\textit{La ganancialidad...}, cit.), quien, si bien parte de que cuando "uno de los cónyuges contrase la deuda y el otro contraje la misma, este último parece que actúa solo en su calidad de gestor de la sociedad, ya que no contrase obligación alguna, pero no puede deducirse de aquí que no comprometa su patrimonio sino que queda en principio claro el carácter ganancial de la obligación asumida" (p. 28); más tarde concluye que la "diferencia entre la intervención como contratante o simplemente consintiendo la contratación del otro cónyuge, sólo produce una especie de beneficio de excusión respecto del patrimonio privativo del cónyuge no contratante" (p. 30). En Francia, COLOMER (Op. cit., p. 402), advierte que el problema está en determinar cuándo ambos cónyuges son parte en la obligación, en cuyo caso responden de ella los bienes comunes y los privativos de los dos esposos, y cuándo un cónyuge se limita a prestar su consentimiento, de modo que se aplica el 1415 del \textit{Code} y no quedan obligados los propres del esposo que se limitó a consentir: "¿Cómo determinar el papel respectivamente jugado, en un caso concreto, por cada uno de los dos esposos? Habida cuenta de la paridad absoluta que hoy existe en el seno de la familia en el asunto de la gestión de la masa común, es normal presumir en ausencia de toda precisión expresa en el acto—que los esposos han tenido la voluntad de presentarse el uno y el otro en el acto como parte. El esposo que pretendiera lo contrario, por lo que le concierne, habría de hacer la prueba de la veracidad de sus declaraciones". Del mismo modo, CORNU (Op. cit., p. 388), asegura que si "los dos esposos se presentan en el (continúa...)
Frente a la posición anterior, se encuentran aquellos que consideran que siempre que un consorte consienta expresamente la obligación contraída por el otro, se derivará la afección de su patrimonio privativo, pues este esposo que consiente quedaría igualmente sujeto a lo dispuesto en el art. 1369 CC. A nuestro juicio, ello es así, porque el legislador, en el art. 1367, equipara los casos de obligación conjunta y los de obligación contraída por un cónyuge y consentida expresamente por el otro, por lo que, lógicamente, sus consecuencias jurídicas deben ser iguales[6]. Por tanto, se trata de una deuda de

164 (...continuación) acto como coprestatarios o cofiadores, obligan sus bienes propres y a la comunidad"; mientras que, como indica FOURNIER (Op. cit., pp. 486-487), si se trata de un simple consentimiento expreso del cónyuge a la fianza o préstamo hechas por el otro, quedarían afectos "en principio, los bienes comunes a la garantía de los acreedores de la comunidad", aunque sin comprender los revenues del cónyuge que consiente (así, también, MALAURIE y AYNES: Op. cit., p. 227). En Italia, para INTESTIME (Op. cit., p. 213, nota 18), es "claro que si el otro cónyuge ratifica la operación del cónyuge obligado, la previsión del art. 189 CC. no debería tener razón de ser y, por tanto, para responder de las obligaciones deberán quedar solamente los bienes de la comunidad"; y también para los FINOCCHIARO (Op. cit., p. 1105), es obvio que para que exista una responsabilidad de la comunidad y de los bienes propios de los cónyuges, "debe tratarse de obligaciones asumidas, por los cónyuges, por el mismo título,... (lo que no ocurre) por ejemplo, (cuando) un cónyuge esté obligado en vía principal y el otro sólo como garante". En este mismo sentido se pronuncia, entre otros, QUADRI: Obbligui..., cit., p. 775.

165 Debe advertirse que esta asimilación de efectos sólo es posible si se trata de un consentimiento expreso, sin que quepa incluir en el art. 1367 los supuestos de consentimiento tácito: así, por ejemplo, GUILARTE (Gestión..., cit., pp. 423-424), PENA (Comentario..., II, cit., p. 700); RAGEL (Ejecución..., cit., pp. 102-103, nota 16), quien asegura que el (continúa...)

469
la comunidad conyugal que es, además, débito de ambos esposos, de ahí que se aplique directamente el art. 1369 CC. De esta manera, atendida la seguridad del tráfico, los acreedores nada tendrán que averiguar acerca de si la participación del cónyuge que presta su consentimiento, lo convierte jurídicamente en un coobligado o no, pues a ellos les basta con el carácter fehaciente de la intervención.

Una vez aceptada la responsabilidad de los patrimonios privativos de los cónyuges en las hipótesis...

107 (...continuación)

"art. 1367, al especificar que el consentimiento es expreso, indica que no cabe otro tipo de consentimiento, que pueda inferirse de actuaciones llevadas a cabo por el cónyuge que no contrajo el débito"; etc. Por otra parte, para algunos autores (BLANQUE -Reflexiones..., cit., p. 66-, MATA -Op. cit., p. 343-; DE LA CAMARA -Actos..., cit., p. 213); etc.), la ratificación tácita de un cónyuge a la obligación contraída por el otro debe integrar la hipótesis del art. 1367, produciendo la afección global del haber ganancial, al igual que lo hacía el art. 1363 del Proyecto de 1978, origen del hoy 1370 CC. A nuestro criterio, esto no es así, pues el propio legislador comprendió que la actuación común de los esposos generadora de cargo consorcial debía ser, frente a terceros, incontestable, de modo que sólo la ratificación fehaciente (el 1367 habla únicamente de consentimiento expreso) podría dar lugar a la aplicación de la norma. También en Francia, CORNU (Op. cit., p. 307), advierte que un "consentimiento tácito no sería suficiente. En la práctica, el consentimiento será dado por escrito en el acto de endeudamiento".

108 Así, GUILARTE (Gestión..., cit., p. 428), siguiendo a DE LOS MOZOS, mantiene que debe "ampliarse la responsabilidad de los bienes privativos del cónyuge que se limitó a consentir... (pues) no parece adecuado someter al acreedor a complejas averiguaciones acerca de la naturaleza y modalidad de ese consentimiento que aparece prestado por ambos cónyuges". También DIEZ-PICAZO y GULLON (Sistema..., IV, cit., pp. 189-190), indican que: "Parece que habrá de aplicar el mismo principio del art. 1369 (solidaridad), porque también frente a terceros la deuda se considerará ganancial, aunque entre los cónyuges pueda discutirse si tiene ese carácter o privativo... a efectos de los reintegros pertinentes".

470
sis contenidas en el art. 1367 Cc., la segunda gran cuestión que se plantea es la de si dicha afección es solidaria por el total de la deuda, tanto respecto de los bienes gananciales, como para los bienes privativos de los cónyuges (ex art. 1369); o si, por el contrario, se trata de una responsabilidad global para el patrimonio consorcial, y una afección solidaria con aquélla, pero limitada a la mitad del débito, en relación con los patrimonios personales de los consortes (conforme a los arts. 1137 y 1138 del Cc.)\(^{143}\). Los partidarios de esta última tesis se

\(^{143}\) En Italia también se discute este tema en relación con el art. 186, d) del Codice que establece el cargo de la comunidad por todas las obligaciones contraídas conjuntamente por los cónyuges. Así, algunos autores defienden la responsabilidad total del patrimonio común y una afección de los patrimonios privativos limitada a la mitad del débito: por ejemplo, ATTARDI (Op. cit., p. 41), quien opina que estas obligaciones no son personales de ambos, sino de la comunidad, por lo que se aplica el art. 190, de modo que no se origina "una responsabilidad solidaria e ilimitada de los cónyuges, por la que el acreedor podría actuar en vía principal y por el todo tanto sobre el patrimonio común como sobre el patrimonio personal de ambos cónyuges"; ZATTI y COLUSSI (Op. cit., p. 804); etc. En cambio, la mayoría de la doctrina aboga por la obligación solidaria de los bienes comunes y de los propios de los esposos: de este modo, CATTANEO (Op. cit., pp. 90-91), que manifiesta que no "se llega en efecto a comprender porque dos personas, que, si no fueran casados, responderían solidaria mente por una determinada obligación, deben, en cambio, estar sujetos a una responsabilidad menos gravosa cuando estén unidos en matrimonio... Parece preferible, pues, sostener que, en caso de obligación contraída conjuntamente, la responsabilidad subsidiaria personal de cada uno se extienda al entero débito"; CORSI (Op. cit., p. 161), para quien la "obligación contraída conjuntamente" a la que se refiere el art. 186, d) "constituye la clásica expresión de la obligación solidaria"; GAIZZONI (Op. cit., p. 366); OPPO (Responsabilita..., cit., p. 117), quien declara que la "obligación conjunta de ambos cónyuges -art. 186, d)-... (es), ante todo, obligación de cada cónyuge, aunque esté garantizada (también) por la comunidad"; (continúa...)
fundan en el dato de que la actuación conjunta de los cónyuges, no basta, por sí sola, para originar una obligación solidaria de los bienes personales de aquéllos por la entera deuda, pues para ello es necesario que conste, claramente, la naturaleza solidaria de la relación obligatoria (ex art. 1137)\(^b\).

\(^{169}\) (...continuación) QUADR (Obli... cit., p. 759), quien apunta que ha sido muy criticada "la idea de que dos sujetos, sólo por ser cónyuges en régimen de comunidad (aunque sea legal), puedan en cualquier modo sustraerse al principio general del art. 1294 Cc. según el cual la obligación contraída conjuntamente conlleva su responsabilidad solidaria"; PINO (Op. cit., p. 125); etc. También en Francia, COLONER (Op. cit., p. 393), estima que las ganancias y salarios de los esposos quedan afectos en las obligaciones contraídas por ambos, pues "no hay, en contra, ninguna razón para sacrificar los intereses de los acreedores cuando los cónyuges han actuado en concierto y se encuentran obligados solidariamente o conjuntamente"; y TREME y SIMLER (Op. cit., p. 372) sólo a falta de solidaridad en las obligaciones contraídas por ambos cónyuges hay que tener en cuenta que si "el acreedor pretende embargar los bienes propios de uno o otro de los esposos, o de los dos, no puede hacerlo con la oposición de cada uno más que por la mitad de la deuda; en cambio, aquel puede obtener un pago íntegro sobre los bienes comunes, puesto que estos bienes responden de las dos mitades de su crédito".

\(^b\) De este modo, entre otros, MATA (Op. cit., p. 337), para quien la responsabilidad de los patrimonios privativos será, en estos casos, "mancomunada por aplicación del art. 1137, salvo consignación expresa del carácter solidario de la deuda"; SANTOS BRIZ (Op. cit., p. 224), que concluye que si "la deuda se contrae por ambos (cónyuges) conjuntamente responde cada uno por mitad, solidariamente con la masa ganancial que responde por el todo"; TORRALBA (Op. cit., p. 1707); etc. En Italia, sin embargo, la deuda contraída por dos personas conjuntamente se entiende solidaria (ex art. 1294 del Codice), por lo que los autores que mantienen la limitación de la responsabilidad de los patrimonios privativos, a la mitad del débito se fundan en consideraciones diversas. Así, por ejemplo, DE PAOLA y MACRI (Op. cit., pp. 198-199), indican que la limitación del 190 "vale para todos los acreedores de la comunidad, comprendidos aquellos que traen título de una obligación contraída conjuntamente por los cónyuges en el sentido del art. 186, c). La autonomía de los dos patrimonios no con-
No obstante, nos parece más adecuada la posición doctrinal que entiende que la afeción de los patrimonios privativos de los consortes, con ocasión de las obligaciones contraídas conforme al art. 1367, debe ser por el débito íntegro\(^1\). Esta tesis siente, en efecto, la aprehensión de los bienes personales por parte de los acreedores de la comunidad sino con las condiciones y con los límites puestos por el art. 190... (lo que confirma) que también la obligación contraída conjuntamente por ambos cónyuges es una obligación de la comunidad y no de los propios cónyuges, aunque sea en vía solidaria entre ellos"; mientras que SANTOSUSSO (Op. cit., p. 279), parte de la existencia de una separación entre los bienes comunes y los personales, para concluir que el "legislator, aun no estableciendo límites absolutamente insuperables entre estos patrimonios,... ha querido evitar que por débitos comunes respondiese el íntegro patrimonio de uno solo de los cónyuges (art. 190)".

\(^1\) En esta línea se encuentran, por ejemplo, BLANCHER (La idea..., cit., p. 121, nota 10); FERNANDEZ VILLA (Op. cit., pp. 679–680); GUILARTE (Gestión..., cit., p. 426), para quien "el art. 1369 irradia el principio de solidaridad sobre el supuesto en su conjunto -cumpliendo con ello la exigencia del art. 1137 en orden al origen de tal solidaridad- sin que sea posible efectuar esa conjunción de criterios, solidaridad por un lado (respecto de los bienes gananciales), mancomunidad por otro (respecto de los patrimonios privativos de los cónyuges), defendida por los autores (que mantienen la tesis contraria)... Hay que tener muy presente a tal fin las dificultades que para el acreedor ello supondría..., de tal manera que internamente, si uno de los esposos hace frente a la totalidad de una deuda que fuera a cargo, bien de su consorte, bien del patrimonio conjugal, surge a su favor el oportuno derecho de reembolso frente a aquéllos"; etc. Esta distinción de las esferas interna y externa de responsabilidad es también asumida en Italia, por DI MARTINO (Gli acquisti..., cit., p. 170), quien apunta que: "... parece, por tanto, necesario releer la disposición en cuestión coordinándola con el resto del sistema y, en particular, con el art. 2741 CC., en el sentido de que el acreedor se puede resarcir sobre todos los bienes de su deudor presentes o futuros... (de esto) se deduce que el art. 190 ha querido disponer que los cónyuges están llamados a satisfacer en igual medida las obligaciones asumidas, pero parece razonable atribuirle una relevancia meramente interna, (contínua...)"
debe fundarse en la idea de que la obligación contrapuesta por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso (y sólo así) del otro, es, además de una deuda de cargo de la sociedad, un débito personal de cada uno de los cónyuges, por lo cual puede desencadenar la responsabilidad del patrimonio privativo de ambos.

Finalmente, es oportuno recordar en este punto la existencia de una norma que, si bien no está contenida en sede del pasivo ganancial, regula un supuesto especial relativo al mismo: el art. 995 Cc. 171, el cual confirma el significado que hemos dado al art. 1367. En efecto, con arreglo al art. 995, basta el consentimiento de un cónyuge a la aceptación de la herencia privativa del otro, hecha sin beneficio de inventario, para que respondan los gananciales frente a terceros. A esta norma, por tanto, le son aplicables los criterios extraídos del  

171 (...) continuación) en el sentido de que aquéllas se dividirán entre ellos el débito por mitad para cada uno. El tercero, sin embargo, si podrá en vía subsidiaria resarcirse por el entero importe de su crédito también sobre el patrimonio personal de un solo cónyuge, cuando haya resultado infructuosa la ejecución sobre los bienes comunes".

171 Este "caso particular" del supuesto del art. 1367, como lo entiende ALVAREZ CAPIROCHE1 (Op. cit., p. 265, nota 77), dice: "Cuando la herencia sea aceptada sin beneficio de inventario, por persona casada y no concurra el otro cónyuge, prestando su consentimiento a la aceptación, no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal".  

474
art. 1367\textsuperscript{173}, debiendo entenderse, en primer lugar, que el consentimiento prestado por el consorte debe ser expreso, ya que en otro caso no procederá la virtualidad del 1367\textsuperscript{174}. Ahora bien, dándose los presupuestos de esta última norma, la consecuencia será la de su juego efectivo en la forma y con la extensión que hemos visto con anterioridad. No obstante, hay que advertir que lo normal debe ser que esta ganancia pasiva voluntaria sea sólo provisinal o frente a terceros, reservándose el consorte que consintió el derecho al oportuno reintegro\textsuperscript{175}.

Por otra parte, en caso de falta del indicado consentimiento, el problema que se plantea es si no responden nunca los gananciales, como parece deducirse del art. 995, o si, en cambio, por tratarse de una deuda privativa se podrá aplicar el art. 1373 Cc. y, por tanto, los acreedores podrán agredir la parte que en los consorciales corresponde al consor-

\textsuperscript{173} Así, GARRIDO CERDA (Derechos..., cit., p. 174), entiende que si “la aceptación de la herencia se produce con consentimiento del cónyuge, estaremos en presencia del art. 1367”.

\textsuperscript{174} Como indica RAGEL (Ejecución..., cit., p. 112), en “caso de que una persona casada adquiera unos bienes a título gratuito, concurriendo a la aceptación de tales bienes el consentimiento expreso del otro cónyuge, se responderá directamente con los bienes gananciales, por interpretación conjunta del art. 1367 y del 995 -a sensu contrario-”.

\textsuperscript{175} Cfr. en este punto el apartado 2.2.3. del Capítulo IV, y el 3.1. de este Capítulo.
te deudor. Aunque existe algún autor\textsuperscript{176} que mantiene la primera tesis, la doctrina mayoritaria, a la que nos unimos, sostiene la virtualidad en estos supuestos del art. 1373\textsuperscript{177}. La razón es obvia: al igual que ocurría con el art. 1372 relativo a la deuda de juego, el débito hereditario es privativo del consorte en cuestión, lo cual explica que los gananciales no respondan globalmente del mismo, pero en ningún caso puede eliminarse la aplicación del art. 1373 que está pensado, precisamente, para la ejecución de las deudas privativas de los cónyuges. Una interpretación contraria supondría una restricción de los derechos de los acreedores sin fundamen-
to alguno, pues las deudas hereditarias son tan privativas como las demás, ni más ni menos, sin que pueda justificarse un régimen de responsabilidad especial para las mismas.

3.3. LAS LIBERALIDADES REALIZADAS O PROMETIDAS POR LOS DOS ESPOSOS CON CARGO A LOS GANANCIALES:

ART. 1363 CC.

El art. 1363 CC. dice: "Serán también de cargo de la sociedad las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que hayan de satisfacerse con los bienes privativos de uno de ellos en todo o en parte".

Por existir el mismo fundamento o identidad de razón en los arts. 1367 y 1363 del Cc., son aplicables a este último todas las consideraciones.

138 BLANQUER (La idea..., cit., pp. 130-131), observa que parece "que las deudas hereditarias, aunque propias del cónyuge heredero aceptante según el art. 1003 del Co., no podrán dar lugar a intento alguno de traba de bienes gananciales por el procedimiento del art. 1373 del mismo, pues el art. 995... es de aplicación preferente al caso. Pero... ¿qué deuda más propia que la heredad?, ¿por qué excluir estas deudas del régimen general del art. 1373? ... A mi juicio nada justifica que los acreedores hereditarios de un cónyuge sean de peor condición que los demás acreedores por deudas propias".

139 Como ya se vió, cfr. apartado 2.3.2.1. del Capítulo IV de esta obra, si los arts. 1363 y 1367 del CC. se basan en un mismo supuesto de hecho, esto es, en obligaciones que surgen de la misma voluntad común de los esposos, han de disponer, lógicamente, las mismas consecuencias jurídicas.
realizadas en el apartado anterior, así como las remisiones que hicimos a Capítulos anteriores, referidas al significado del principio subjetivo sistematizador del pasivo ganancial, a cuya virtud, serán de cargo de la sociedad ganancial las obligaciones fundadas en el mutuo acuerdo de los cónyuges.

En efecto, el art. 1363 determina el débito de la comunidad conyugal por las donaciones realizadas por voluntad común de los cónyuges (o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro), de ahí que, por tratarse de una deuda común contraída por ambos esposos personalmente, responderán integralmente los patrimonios privativos de éstos, en la misma forma y extensión que vimos anteriormente en el estudio del art. 1367 Cc.

Una vez hechas estas puntualizaciones primordiales, hay que advertir que también el art. 1363 plantea específicos problemas de interpretación. En primer lugar, se cuestiona la utilidad de la norma, pues, en una adecuada técnica jurídica, el supuesto que contempla podría incluirse sin reparos en el ámbito del art. 1367. Los partidarios de la escisión entre cargo y responsabilidad en la obligación ganancial aunque parten, generalmente, de la inutilidad del art. 1363, o bien fundan la dualidad de preceptos en la distinción entre las esferas interna (art. 1363) y externa (art. 1367) de la responsabili-
lidad consorcial\textsuperscript{10}, o bien aventuran ideas originales poco convincentes\textsuperscript{11}.

Estas objeciones a la norma se agudizan desde nuestra posición, pues, negando nosotros la separación entre deuda y afección en la obligación ganancial y sosteniendo que el art. 1363 debe incluirse en la esfera del criterio subjetivo sistematizador del pasivo ganancial, contenido en el art. 1367, es obvio que nos sería más difícil justificar la existencia del primero. Pues bien, ante la carencia de un motivo trascendente que funde la virtualidad del 1363, nos parece que el mismo no es sino consecuencia del casuismo legal heredado de la anterior regulación de esta materia\textsuperscript{12}; eso sí, con la intención

\textsuperscript{10} Cfr., en especial, el apartado 2.3.2.1. del Capítulo IV de este trabajo.

\textsuperscript{11} Por ejemplo, GUILARTE (Gestión..., cit., p. 398), apunta que: "... parece que el precepto se encarga específicamente de resolver, como supuesto no disciplinado por otras normas, el que sean a cargo del consorcio las cantidades donadas por un cónyuge con dinero propio si prestó a ello su consentimiento el otro cónyuge, originándose entonces el oportuno derecho a ser reintegrado éste a cargo de la masa común". Sin embargo, en contra de esta opinión podemos alegar que existen dos preceptos que se podrían aplicar a este caso. De un lado, el art. 1367 Cc., basado en el principio apuntado de que las obligaciones contraídas por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento expreso del otro serán de cargo y responsabilidad del patrimonio ganancial. De otro, el art. 1364 Cc., que expresamente manifiesta que el cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tiene derecho al reintegro.

\textsuperscript{12} Así lo reconoce el propio GUILARTE (Gestión..., cit., p. 397), que ve en el 1363 el "deseo del legislador de no quedar sin regulación las casuísticas previsiones que sobre el particular establecía el derogado art. 1409 cuando indicaba (continúa...)"
del legislador de adaptar esta norma a las nuevas
directrices del Derecho de Familia, suprimiendo la
referencia al marido, fundando la norma en el común
acuerdo de los cónyuges, permitiendo cualquier tipo
de donación y que ésta pueda hacerse a cualquier
persona\(^{13}\).

Otra cuestión que surge del art. 1363 Cc. es la
relativa a su ámbito, esto es, si la donación o pro-
mesa de donar\(^{14}\), a la que se refiere la norma,

\(^{12}\) (...continuación)
que serían también de cargo de la sociedad de gananciales el
importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por el
marido, solamente para su colocación o carrera, o por ambos
conyuges, de común acuerdo cuando no hubiesen pactado que hayas
de satisfacerse con los bienes de la propiedad de uno de ellos
en todo o en parte" (p. 397). En este sentido ya se pronuncia-

\(^{13}\) En esta línea, por ejemplo, MARTINEZ CALCERRADA: Op.
cit., pp. 228-229.

\(^{14}\) En cuanto a la validez de la promesa de donar en
nuestro Derecho, valga, por todos, GUILARTE (Gesti\'on..., cit.,
p. 400), quien siguiendo a ALBALADEJO, admite la posibilidad
de un precontrato de donación, a cuya virtud, las partes con-
vienden una donación futura, supuesto contemplado en los arts.
1340 y 1363 del Cc. De manera que, "la propia existencia de
los mencionados preceptos parece argumento decisivo para conside-
rar la admitibilidad en nuestro ordenamiento jurídico de la
promesa de donar y que de la misma surgen efectos obligatorios
que, en este caso, se concretan en la posibilidad que tienen
los conyuges entre sí, así como el eventual donatario, de
comprometerse a perfeccionar la donación que, sea cual sea su
modalidad, será cargo definitivo de la sociedad de ganancia-
les". Igualmente, PÉRA (Comentario..., II, cit., p. 686),
considera admisible la figura de la donación obligacional o
"donación promisoria" que está incluida en el precepto. Igual-
mente parece que debe mantenerse el mismo criterio si lo pro-
metido no fuera una entrega gratuita, sino, por ejemplo, una
promesa de pago, de asunción de deuda, etc., pues el dato
esencial en este sentido consiste en la voluntad común de los
cónyuges y no en el objeto de la promesa.

480
comprende sólo cantidades\textsuperscript{185} (como expresamente señala), o si también pueden incluirse toda clase de bienes. Aunque existen autores\textsuperscript{186} que mantienen la limitación del art. 1363 a las liberalidades dinerarias, no nos parece adecuada esta opinión, pues lo fundamental en este precepto es la obligación definitiva de la sociedad ganancial en el caso de donaciones hechas por intervención de ambos cónyuges (o de uno de ellos con el consentimiento expreso del otro), o sea, por la aplicación del principio subjetivo del pasivo ganancial\textsuperscript{187}. Si ello es así, poco

\textsuperscript{185} En cuanto al ámbito cuantitativo de la liberalidad, no hay que olvidar que, de acuerdo con el art. 1378 Cc., cada uno de los cónyuges puede realizar liberalidades de uso con los bienes gananciales, sin necesidad del concurso del otro (AVILA: El régimen..., cit., pp. 1382-1383). La limitación de esta disponibilidad debe buscarse, de nuevo, en el dato de los usos y circunstancias de la familia, criterio moderador de cualquier actividad individual de los cónyuges. Por tanto, como declara BLANCER (La idea..., cit., p. 95), "la liberalidad de uso, en cuanto tal, es un factor acomodado al uso y circunstancias del cónyuge, que no deja de ser miembro de la familia, en principio y como tesis general (art. 1362, 18), y es un valor donado por un cónyuge legitimado por una circuns- tancia cuyo concurso es equivalente al consentimiento de ambos cónyuges (art. 1363)"

\textsuperscript{186} Así, GUILARTE (Gestión..., cit.), para quien "debe prevalecer la tesis que deriva de la literalidad del precepto consiguiente con los antecedentes del mismo, excluyendo así de su ámbito la donación de otro tipo de bienes que no sean propiamente dinero (p. 399). Comparten esta tesis, por ejemplo, DIEZ-PIEDAD y GULLON (Sistemas..., IV, cit., p. 187); ECHEVARRE (La ganancia o..., cit., p. 27), quien apunta que el carácter ganancial de la obligación que surge del 1363 es "lógica porque al tratarse de donación dineraria, la fungibilidad del dinero hace que todo él, resulte presuntivamente ganancial"; los RUECA (Op. cit., p. 566); etc.

\textsuperscript{187} De este modo, el propio GUILARTE (Gestión..., cit., pp. 398-399), declara que el art. 1363 tiene "escasa utilidad (continda...)"
importa que el débito propio de la comunidad conyugal consista, bien en cantidades dinerarias, bien en otros bienes; sin olvidar que la literalidad de la expresión cantidades no es un dato a tener en cuenta, ya que el propio precepto habla, más adelante, de que no se haya pactado que la liberalidad se haga con los bienes privativos de los cónyuges.\(^{18}\)

Finalmente, hay que reiterar que el criterio subjetivo sistematizador del pasivo ganancial, a cuya virtud, la obligación contraída por ambos cónyuges debe reputarse de cargo y afección definitiva de la sociedad (ganancialidad pasiva voluntaria definitiva), no impide que, en cada caso concreto, los consortes en su relación interna puedan establecer instrumentos de reintegro cuando la obligación derivada de la promesa se hubiera contraído en interés personal de uno solo de los esposos (ganancialidad pasiva voluntaria provisional). De ahí que el art. 1363 establezca la posibilidad de que los cónyuges, inter partes, puedan pactar que la obligación se práctica desde el momento en que el resto de bienes, aún excluyéndolos del ámbito del precepto cuestionado, tendrían una consideración jurídica similar que deriva fundamentalmente del art. 1367\(^{18}\).

\(^{18}\) También observan esta contradicción de términos, de LOS MOZOS (Comentarios..., XXVII, 28, cit., p. 268), para quien la referencia a bienes privativos se compagina con lo que sugiere la voz cantidades, (de ahí que) la donación o promesa puede referirse tanto a cantidades o sumas de dinero, como a otra clase de bienes o derechos; TORRALBA (Op. cit., p. 1674); etc.
satisfaga con los bienes privativos de uno de ellos en todo o en parte\textsuperscript{18}.

4. NORMAS DE ACUMULACIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTERNA Y DE REINTEGRO POSTERIOR EN LA RELACIÓN INTER CÓNYUGES.

4.1. INTRODUCCIÓN.

Una vez estructurados los preceptos del pasivo ganancial, conforme a los criterios objetivo y subjetivo de sistematización que venimos proponiendo, sólo quedan por analizar las consecuencias patrimoniales que derivan de la naturaleza consorcial o privativa de las deudas contraídas por los cónyuges. En este punto, el legislador distingue, claramente, entre la responsabilidad procedente de las obligaciones gananciales (art. 1369 Cc.) y la originada por los débitos de carácter privativo (arts. 1373 y 1374 del Cc.). En

\textsuperscript{18} Esta idea se recoge, entre otros, por ABELLO (Op. cit., pp. 810-811); BLANQUER (La idea..., cit., p. 90), quien señala que el art. 1363 permite la "posibilidad de que el negocio de disposición gratuita contenga pactos entre cónyuges acerca de la imputación de la liberalidad a uno u otro patrimonio de los indicados, o de la proporción del cargo por la liberalidad, o del modo de practicar el reintegro"; etc.
el estudio de estos artículos comprobaremos cómo se acoge el principio esencial que hemos sostenido a lo largo de este trabajo, según el cual, si existe una deuda de la comunidad conjugal, responderán los bienes de ésta, en cambio, si la deuda es privativa, será el patrimonio personal del cónyuge obligado el que quede afecto. Ahora bien, para facilitar a los acreedores el cobro de sus créditos, el legislador permite una responsabilidad provisional de los bienes privativos del cónyuge que contrajo separadamente una deuda de la sociedad, y, por otra parte, dada la titularidad compartida de los gananciales, también se faculta a los acreedores personales de un consorte, para dirigirse, subsidiariamente, contra el patrimonio común o, en su caso, contra la parte que el esposo deudor tiene en este patrimonio.

Finalmente, se dicta una norma, el art. 1364 Cc., dirigida a evitar el enriquecimiento del consorte a costa de los patrimonios privativos de uno u otro cónyuge, que se produciría cuando una deuda correspondiente a la sociedad hubiera sido satisfecha con bienes privativos. La corrección en sentido contrario también procede, pues, aunque no está contenida expresamente en el art. 1364, no sólo se deduce a contrario sensu de la misma norma, sino que también deriva de otros preceptos: arts. 1358, 1359, 1397, 30; etc., del Cc.
4.2. ACUMULACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS GANANCIALES CONTRAÍDAS SEPARADAMENTE POR UNO DE LOS CÓNYUGES: ART. 1369 CC.

El art. 1369 CC. establece que: "De las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad responderán, también, solidariamente los bienes de ésta".

A lo largo de este trabajo ya han sido estudiadas las grandes cuestiones que este precepto plantea. Así, ya quedó advertida la posibilidad de la existencia de deudas sociales contraídas individualmente por los cónyuges frente a los débitos puramente personales de los mismos. En esta materia mantuvimos que, al carecer la sociedad ganancial de personalidad jurídica, toda deuda consorcial será siempre producida personalmente por uno o ambos cónyuges, independientemente del que gozan ambos esposos y que en modo alguno queda limitada por el matrimonio.

196 Fundamentalmente, en el apartado 1.1.2.2., punto B) del Capítulo III, aunque también se apunta en el apartado 2.2.1. del Capítulo IV. Así, la STS de 2 de julio de 1990 pone a cargo de la comunidad conjugal la deuda contraída por uno de los cónyuges en "uso de su facultad de contratar, de la que gozan ambos esposos y que en modo alguno queda limitada por el matrimonio".

197 Así, la STS de 9 de julio de 1984 (recogiendo la tesis de otra de 26 de marzo de 1979), advierte que al no tener la sociedad ganancial personalidad jurídica, son los cónyuges "los que vinculan y fijan la responsabilidad de la sociedad".
éste, en la gestión ordinaria del consorcio, contrae obligaciones en las hipótesis comprendidas en los arts. 1362 y siguientes del CC., aunque sean personalmente propias del consorte actuante, no deben considerarse siempre como privativas del mismo. En efecto, ateniendo a su origen o a su destino, pueden existir obligaciones ocasionadas por un cónyuge que sean, además, deudas gananciales, pues así lo reconoce el propio Código, ex art. 1369[13]. En este mismo sentido también se examinaron dos temas importantes. De un lado, que la seguridad del tráfico jurídico y la protección de los terceros que confían en la apariencia de normalidad de la actuación de un cónyuge, exigen que la prueba del carácter privativo de la deuda contraída por este corresponda al esposo que así lo alegara[13]. Y, de otro, que la verdadera responsabilidad provisional que podría tener lugar en esta sede era la del cónyuge actuante que, como consecuencia del art. 1369, que lo hace corresponsable con su patrimonio privativo de las

[13] Siguiendo la línea marcada por las ss de 28 de junio de 1963, 4 de mayo de 1968 y 6 de octubre de 1980, la STS de 30 de noviembre de 1987 concluye que: "... gravan a la sociedad ganancial todas las atenciones y obligaciones de la familia que por su origen, carácter y finalidad no deben ser imputadas particularmente a la responsabilidad unipersonal de uno de los cónyuges...". Del mismo modo, la STS de 3 de diciembre de 1985 determina el cargo y la afección del patrimonio comercial, a virtud del art. 1362 CC., por las deudas contraídas por un cónyuge en régimen de gananciales.

[13] Para un análisis más profundo de esta tesis, cfr. apartado 2.2.3.3. del Capítulo IV de esta obra.
deudas comunes que contrae legítima e individualmente, hubiera sido compelido por los acreedores a cumplir con sus propios bienes.\[14\]

En definitiva, según el art. 1369, basta comprobar que una deuda está incluida en los supuestos legales de cargo de la comunidad conyugal, para que los acreedores puedan agredir, primeramente, a su elección, bien el patrimonio privativo del consorte personalmente deudor, bien el íntegro patrimonio ganancial. Por lo que se refiere a la afección del consorcio, esta consecuencia jurídica resulta lógica, ya que, calificada legalmente una deuda como consorcial deben responder los gananciales de su cumplimiento, sin tener que esperar al período de liquidación del consorcio. En cuanto a la responsabilidad del patrimonio privativo del cónyuge deudor, se trata de una opción del legislador tendente a favorecer el crédito de los consortes. En efecto, se atiende para la imputación de la deuda no sólo a su naturaleza o fin, sino al sujeto que la contrae, lo cual lleva a la acumulación de responsabilidad, ya que la sociedad al no ser sujeto, no puede actuar por sí sola.

Por otra parte, no presenta mayor problema la interpretación de la expresión solidariamente que se contiene en el art. 1369 Cc. En este punto, sorprende...\[14\] Cfr. apartado 2.2.3.4. del Capítulo IV.
dentemente, la doctrina se muestra casi unánime en sostener que no existe una verdadera y propia solidaridad en estos casos, pues la sociedad ganancial no tiene personalidad jurídica. Por ello, se asegura que más que solidaridad de deudores, lo que existe es una solidaridad de patrimonios o de masas responsables\(^{195}\) o, dicho de otro modo, una responsabilidad indistinta del patrimonio ganancial y del patrimonio privativo del cónyuge deudor\(^{196}\). A nuestro juicio, después de haber mantenido que la comunidad conjugal da lugar a una entidad autónoma susceptible de que le sean imputados, no subjetiva, sino objetivamente, derechos y obligaciones\(^{197}\), creemos que podemos ver en el art. 1369, más que una imprecisión

---

\(^{195}\) Así, por ejemplo, DIEZ-PICAZO (La reforma..., cit., p. 167); LACRUZ (Elementos..., IV, 20, cit., p. 432), que habla de solidaridad propia; RAGEL (Ejecución..., cit., pp. 153-154); etc.

\(^{196}\) De este modo, entre otros, DE LA CAMARA (El embargo..., cit., p. 73), quien señala que se "ha empleado la palabra solidaridad en sentido lato e impropio. Lo que quiere decir el precepto es que el acreedor puede dirigirse indistintamente contra los bienes comunes o contra los privativos del cónyuge deudor"; MANRIQUE (Op. cit., pp. 34-35); PERA (Comentario..., II, cit., p. 701); etc. Por contra, DE LOS MUZOS (Comentario..., XXVIII, 20, cit., pp. 23, 310, 312, etc.) y MARTÍNEZ CALCERRADA (Op. cit., pp. 233-234), consideran que hay una vinculación prima de los bienes privativos del cónyuge deudor y una segunda de los bienes gananciales. Esta tesis no tiene justificación posible, ni legalmente, pues aunque se mantenga la imprecisión de la expresión "solidariamente", el legislador quiere que respondan indistintamente los patrimonios en cuestión; ni doctrinalmente, ya que no hay razón para negar la agresión prima de los bienes gananciales, si así lo quieren los acreedores, pues se trata, no se olvide, de una obligación consorcial.

\(^{197}\) Cfr. apartado 4 del Capítulo II de esta obra.
La sistematización...

jurídica, un dato más para confirmar esta tesis, de
manera que puede considerarse obligado y responsable
objetivamente por las deudas contraídas en su ben-
eficio. No obstante, el resultado será el mismo: res-
ponden los bienes gananciales y los privativos del
cónyuge deudor a elección de los acreedores.

Una cuestión de mayor trascendencia que puede
plantearse a la luz del art. 1369, es la de si en
estos supuestos de obligación ganancial, además de
la responsabilidad de los bienes consorciales y los
privativos del consorte deudor, puede añadirse la
afección de los bienes privativos del casado no in-
terviniente en la operación. La doctrina mayoritaria
ha venido manteniendo que fuera de los casos de las
obligaciones contraídas en el ejercicio de la potes-
tad doméstica, en los que expresamente establece el
legislador una responsabilidad subsidiaria de los
bienes privativos del cónyuge del deudor (ex art.
1319, 20 CC.), no hay más afección del patrimonio
personal de éste\textsuperscript{19}.

\textsuperscript{19} Así piensan, entre otros, LACRUZ (Elementos..., IV,
20, cit., p. 432); MARTÍNEZ SANCHEZ (Influencia..., cit., p.
248), que afirma que el art. 1319 "constituye precisamente un
serio argumento disuasorio para cualquier tesis que, sobrepe-
sando sus cauces, desborde la responsabilidad de los bienes
privativos sobre supuestos distintos de la propia potestad de
llaves"; DE LOS MOZOS (Comentario..., XXVIII, 20, cit., pp.
50, y 309-310); RAGEL (Ejecución..., cit., p. 154), para quien
sólo cuando "la deuda consorcial haya sido calificada como
doméstica, además de la garantía del patrimonio privativo del
deudor y del patrimonio ganancial, el acreedor podrá dirigirse
subsidiariamente -a falta o por insuficiencia de los patrimo-
(continúa...)
del patrimonial.

Sin embargo hay que preguntarse si no ha llegado ya el momento de mantener, abiertamente, que, de las deudas que objetivamente sean de la sociedad de gananciales, responden, además de los patrimonios gananciales y privativo del esposo deudor, el patrimonio personal del cónyuge de éste\(^\text{19}\). En efecto, a

\(^\text{19}\) (...) continuación)

... mencionados contra los bienes privativos del cónyuge no deudor\(^\text{2}\); TORRALBA (Op. cit., p. 1718); etc.

\(^\text{19}\) Esta es la solución que prevalece en el Derecho comparado. Así, en Portugal, como indica ANTUNES (Op. cit., p. 394), conforme al art. 1695,1 del Cc. a "falta o por insuficiencia de bienes comunes, responden (subsidiariamente) por esas deudas (las comunes) los bienes propios de cualquiera de los cónyuges". En Italia, el art. 190 Codice establece que los "acreedores pueden actuar de modo subsidiario sobre los bienes personales de cada uno de los cónyuges, en la medida de la mitad del crédito, cuando los bienes de la comunidad no sean suficientes para satisfacer las deudas que graven sobre ella"; responsabilidad que se funda en el principio de igualdad, pues, como dice BERNARDI (Op. cit., p. 781), "la subsidiariedad expresa la exigencia del respeto de... (la) igualdad, dado que por las obligaciones de la comunidad los cónyuges deben en primer lugar responder con los bienes que forman parte de aquélla y sólo subsidiariamente con los bienes personales, cuando por la expropiación de los primeros el acreedor no haya sido plenamente satisfecho" (criterio que comparte SCHLESINGER -Commentario..., cit., p. 436). En Francia, como advierte RAYNAUD (Op. cit., p. 465), se establece como principio que los "bienes propios de un esposo no quedan obligados más que por los compromisos de éste", pues conforme al art. 1414 Code las ganancias y salarios de un cónyuge no pueden embargarse por deudas comunes contraídas por el otro salvo las del art. 220, o sea, las del ménage y las de educación de hijos. Para COLOMER (Op. cit., p. 392), esto se basa en la intención del legislador de "proteger el patrimonio cónyugal contra eventuales comportamientos irreflexivos o ferocemente egoístas de un esposo" (p. 393). En contraposición, TERRE y SIMLER (Op. cit., p. 360), para quienes parece preferible la interpretación de que las "deudas domésticas no solidarias podrían ser realizadas sobre las ganancias y salarios del cónyuge (del deudor)". Y también puede llegar a esta interpretación por la vía observada por MALAURIE y AYNES (Op. cit., p. 226), esto es, por la presunción de comunidad de los bienes que se encuentran en el matrimonio, ya que desde "que las ganancias y salarios no (continúa...)"
lo largo de este estudio se han ido perfilando argumentos suficientes para defender la tesis apuntada. Así, hemos comprobado cómo los cónyuges están obligados a actuar en interés de la familia (art. 67 Cc.), y que la actuación de los consortes en esta línea tiene un efecto vinculante para el patrimonio consorcial\(^{199}\), luego, si objetivamente existe un beneficio para todos los componentes de la sociedad, ¿no es injusto que sólo responda junto al patrimonio ganancial el patrimonio del cónyuge que actuó?

Igualmente, ambos cónyuges están obligados, ineludiblemente, a contribuir a las cargas del matrimonio (art. 1318 Cc.). Pues bien, este deber fundamental de los cónyuges podría servir de base suficiente para afirmar que, toda deuda contraída por uno solo de éstos que tenga carácter ganancial (arts. 1362 y siguientes del Cc.), es imputable, objetivamente, a la sociedad ganancial, y aunque, subjetivamente, es sólo débito del consorte actuante, se trata de una deuda a cuya satisfacción también

\(^{199}\)(...continuación) pueden ser identificados, son embargables por todo acreedor de la comunidad”.

\(^{199}\) Cfr. apartados 2.2. y 2.2.2.3. del Capítulo III, y 2.2.2.1. y 2.2.2.2. del Capítulo IV, de esta obra. En Italia, PARADISO (Op. cit., pp. 436-437), concluye que hay solidaridad y no se aplica el art. 190 Codice que limita la responsabilidad de los bienes propios de los cónyuges a la mitad del débito familiar, por todas las deudas contraídas por un cónyuge “por las necesidades o en el interés de la familia de que trata el art. 186, c) Cc.”.
está sujeto, legalmente, el no deudor, de ahí que sus bienes propios estén igualmente afectos al cumplimiento de la obligación\(^{101}\).

No hay que olvidar que esta tesis que propone, no sólo supone una protección del tráfico jurídico y, por ende, de los acreedores comunitarios\(^{101}\), sino que, además, no implica que la posición del cónyuge del deudor quede, en absoluto, ni desprotegida ni descuidada, por muy variadas razones. Primero, porque tiene un derecho básico de información que le permitirá estar al tanto de las actividades económicas realizadas por el otro (arts. 1383 y 1393, 40 del CC.). De otra parte, porque puede impugnar todas aquellas actuaciones de su consor-

\(^{101}\) Así razonan, entre otros, Echevarría (Sociedad..., cit., pp. 25-26), quien sostiene que, a virtud del art. 1318, "en caso de deuda ganancial (y todas lo serán salvo prueba en contrario), asumida por un solo cónyuge, el acreedor podrá dirigirse primero contra los bienes gananciales, después contra los bienes privativos del cónyuge deudor, o contra éstos y aquéllos indistintamente, y finalmente contra los bienes privativos del cónyuge no deudor. Todo ello sin perjuicio de las posibles repeticiones que puedan producirse entre los cónyuges"; Álvarez Caperochi (Op. cit., p. 254), que declara: "El principio fundamental relativo a la responsabilidad de los bienes en el matrimonio se formula en el art. 1318 del CC: los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio. Por ello, definida una carga matrimonial (art. 1362 del CC.), responden de la misma los bienes comunes (art. 1369) y a falta de masa común o por insuficiencia de la misma, también los bienes privativos de ambos cónyuges"; etc.

\(^{102}\) También en el Derecho italiano, Bugani (Op. cit., p. 656), defiende que la responsabilidad de los bienes privativos de ambos cónyuges es un "favor legislativo para los acreedores de la comunidad, o sea, para aquéllos frente a los cuales los cónyuges hayan asumido obligaciones para las necesidades de la familia".

492
te realizadas con fraude, dolo o culpa grave (arts. 1366, 1390 y 1391 del Cc.)\textsuperscript{101}. Además, porque si la obligación ganancial deriva de una adquisición individual de bienes comunes, se establece, legalmente, la responsabilidad prioritaria del objeto adquirido (art. 1370 Cc.)\textsuperscript{104}. Y, finalmente, porque la responsabilidad del patrimonio privativo del cónyuge no deudor sería subsidiaria, de manera que puede oponer a terceros el beneficio de excusión respecto del patrimonio ganancial y del privativo del consorte actuante.

Una vez justificada la responsabilidad subsidiaria del patrimonio privativo del cónyuge no actuante, cabría preguntarse si dicha afección lo será por el total del débito o por su mitad\textsuperscript{105}. A nues-

\begin{footnotesize}
\textsuperscript{101} Cfr. apartado 2.2.3.3. del Capítulo IV y 2.3.1.1. del Capítulo V de este trabajo.
\textsuperscript{104} Cfr. apartado 2.3.1.1. de este Capítulo.
\textsuperscript{105} En Portugal, conforme al art. 1695, 10 Cc., los bienes privativos "responden, no sólo por mitad de lo que falta por pagar; cada masa de bienes propios responde, en el régimen de comunidad, por la totalidad de lo que falta para saldar la deuda". En Italia, el art. 190 Codice establece la responsabilidad de los patrimonios privativos pero por la mitad del débito. Ahora bien, este régimen se interpreta de una forma favorable en favor de los terceros introduciendo la doctrina un doble elemento corrector. De un lado, porque se entiende que para que opere la afección subsidiaria es preciso que se oponga el beneficio de excusión respecto de los bienes comunes, ya que, en otro caso, los acreedores podrán dirigirse contra cualquier bien existente en el matrimonio. De este modo, DI MARTINO (Op. cit., p. 190), para quien "parece preferible sostener que la regla de la subsidiariedad vaya entendi da en el sentido de conceder al cónyuge interesado la posibilidad de pretender, a través del ejercicio del beneficio de (continúa...)"
(...continuación)

exclusión, que el acreedor ejecute en primer lugar los bienes del patrimonio sobre el que por ley la responsabilidad gravada en via principal; OFPO (Responsabilità..., cit., p. 112); SANTOSSOSSO (Op. cit., p. 287), que señala que queda "a cargo del cónyuge la carga de oponer el beneficio exclusionis, indicando los bienes sobre los cuales el acreedor deba satisfacerse con preferencia", etc. En cambio, DE PAOLA y MACRI (Op. cit., p. 198), sostienen que: "El dictado de la norma, si bien no suficientemente claro, lleva a sostener que la acción ejecutiva contra el patrimonio personal de cada cónyuge está condicionada a la preventiva infructuosa ejecución del patrimonio de la comunidad...". Por otra parte, se quiere favorecer a los terceros limitando la responsabilidad por la mitad del crédito al patrimonio del cónyuge no deudor, mientras que el deudor respondería con todos sus bienes. Así, BERNARDI (Op. cit., p. 790), quien apunta que en los tres primeros supuestos del art. 186 Codice hay que distinguir según que la obligación haya sido asumida por ambos cónyuges o por uno sólo de ellos; "en la primera hipótesis, los cónyuges responderán solidariamente por el todo con sus propios bienes. En el segundo caso, tendrá lugar, en cambio, la limitación parcial del débito para el cónyuge que no ha participado...", mientras que el otro cónyuge estará sujeto también con los bienes propios por el todo". Este criterio lo comparte la mayoría de la doctrina: BIANCA (I rapporti..., cit., p. 83); CATTANEO (Op. cit., p. 90), para quien si "el débito ha sido contralado por un solo cónyuge, la limitación de la responsabilidad subsidiaria personales se aplica sólo al otro cónyuge; el que ha concluido el contrato, en cambio, responde por la totalidad", pues "el tercero que hubiese estipulado un contrato con una persona casada, confiando en poder actuar, si fuese necesario, sobre los bienes de ésta por el íntegro crédito propio, podría en contrase frente a una amarga sorpresa cuando supiese que es aplicable la disciplina de la comunidad, y que por tanto aquél puede actuar sobre los bienes personales de dicha persona sólo por la mitad de cuanto le es devido"; DI MARTINO (Op. cit., p. 171), que asegura que tratándose de las obligaciones del art. 186 adquiridas por uno solo de los esposos, también parece "preferible atribuir un relevancia meramente interna a la limitación puesta por el art. 190 Cc.; así el tercero se podrá satisfacer por su entero crédito sobre todos los bienes personales del cónyuge con el que ha contratado, cuando no hayan resultado suficientes los bienes comunes; y el cónyuge que ha extinguido la obligación se podrá resarcir en sus relaciones con el consorte"; TRIMARCHI (Op. cit., p. 832), para quien "una diversa solución sería intolerable para el tráfico jurídico"; etc. No obstante, también existen voces discrepantes, así, por ejemplo, STANZIONE (Op. cit., p. 291), sostiene que más "coherente con lo establecido por la normativa citada se demuestra la solución de hacer gravar la responsabilidad sobre (continúa...)
tro juicio, las mismas razones expuestas para legi-
timar la indicada responsabilidad del consorte no
interviniente, serían suficientes para extender el
ámbito de la misma a la deuda por entero, sin olvi-
dar tampoco aquí, que este cónyuge cuenta con los
medios jurídicos suficientes para obtener la compen-
sación que proceda.

4.3. AFECCIÓN SUBSIDIARIA DE LOS BIENES GANANCIA-
LES POR LOS DÉBITOS PRIVATIVOS: ARTS. 1373 Y
1374 DEL CC.

El art. 1373 CC. establece que: "Cada cónyuge
responde con su patrimonio personal de las deudas
propias y, si sus bienes privativos no fueran sufi-
cientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá
pedir el embargo de bienes gananciales, que será
inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste
podrá exigir que en la traba se sustituyan los bie-
nes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deu-
dor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo
llevará consigo la disolución de aquélla.

Si se realicase la ejecución sobre bienes comu-
nes se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido
a cuenta de su participación el valor de aquéllos al

201 (...continuación)
los bienes de la comunidad y además sobre los bienes personales de ambos cónyuges, por la mitad del crédito".

495
tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal.

Como corolario de lo anterior, el art. 1374 C.c. dispone que: "Tras la disolución a que se refiere el artículo anterior se aplicará el régimen de separación de bienes, salvo que, en el plazo de tres meses, el cónyuge del deudor opte en documento público por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales."

La cuestión esencial, de la que depende la virtualidad del art. 1373 C.c. radica en determinar qué debe entenderse por deuda propia en estos supuestos. Como ha quedado reiteradamente expuesto, para que una deuda deba reputarse como propia de un cónyuge, no basta con que sea contraída separadamente.

Esta segunda norma no plantea mayor problema en este tema del pasivo ganancial (de ahí la escasa atención que le presta la doctrina), limitándose a establecer las consecuencias del embargo y consiguiente disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por deudas propias de un cónyuge. Bastaría, pues, con indicar que, como señala ABELLO (Op. cit., p. 814), al "cónyuge del deudor se le concede la opción de comenzar una nueva sociedad de gananciales en documento público en el plazo de tres meses, ya que la separación podía ser desventajosa para él si carece de bienes y el deudor tiene ingresos importantes"; y que, como concluyen los RUEBA (Op. cit., p. 591), no "se trata de una continuación del anterior régimen de gananciales, aun en el caso de que la opción por el nuevo se haya realizado en el mismo momento de la oposición al embargo y exigencia de sustitución; y ello en definitiva porque el primero queda disuelto, y su patrimonio se liquida, luego no puede hablarse de continuación; ello además carecería de sentido, pues en el caso expresado se imposibilitaría la liquidación, y en el de opción posterior, la continuación no sería posible".

Cfr., de nuevo, los apartados 1.1.2.2., punto B) del Capítulo III; 2.2.1. del Capítulo IV y 4.2. de este Capítulo.
por éste, sino que, además, debe constituir una obligación privativa por su objeto o finalidad, como ocurre en los casos de los arts. 1366, in fine y 1372 del Cc., esto es, que se se trate de un débito producido fuera del contexto del art. 1362 y concordantes del Cc.²⁸⁴.

²⁸⁴ En este sentido, valga por todos, GORDILLO: El pasivo..., cit., p. 364. Por otra parte, como ya se ha analizado -cfr., en particular, el apartado 2.2.3.3. del Capítulo IV de esta obra-, si un cónyuge actúa dentro del ámbito de legitimación legalmente establecido, la prueba del carácter privativo de la obligación contraída corresponde al esposo que así lo alegue; así, CARRASCO (Comentario a la S. de 26 de septiembre de 1986..., cit., p. 4015), para quien la "prueba de los hechos corresponde a quien alegue una pretensión (art. 1214 CC.)... Es al tercero que quiere sacar los bienes de la traba, y por su propia cualidad de actor procesal, a quien le corresponde cargar con la prueba de su título"; ECHEVARRIA (Sobre el embargo..., cit., p. 174), que afirma que lo "razonable es que el cónyuge no deudor, que ha de pedir la aplicación del art. 1373, sea el que deba probar el carácter privativo de la deuda del otro cónyuge..., por simple aplicación de las reglas generales de la carga de la prueba"; etc. En Italia, como manifiesta SANTOSOSSO (Op. cit., p. 284), también se entiende que la prueba del carácter familiar de la obligación contraída por un cónyuge corresponde a éste y no al acreedor. En Francia, un Arrêt de la Sala 1a de lo Civil de la Cour de cassation de 31 de marzo de 1987, estableció que corresponde al esposo que sostiene que una deuda debe ser excluida de la comunidad, la prueba de que aquélla ha sido contraída en el interés exclusivo del cónyuge.

Otro problema que se plantea es el del momento procesal, y la manera, en la que ha de quedar determinada la ganancialidad o la privacidad de la deuda. En este punto, la doctrina parece coincidir en que dicha concreción, de no ventílarse en el declarativo correspondiente (DE CASTRO FERNÁNDEZ: Op. cit., p. 1021), se efectuará una vez acordada la ejecución sobre los bienes gananciales, por el trámite de los incidentes (asi, CA-

RASCO -Comentario a la S. de 26 de septiembre de 1986..., cit., p. 4013-; ECHEVARRIA -Ibidem-; FERNÁNDEZ VILLA -Op. cit., p. 737-; etc.); y, por supuesto, con intervención del cónyuge no deudor, pues como indica GÓMEZ DE LA ESCALERA (Op. cit., p. 1197), por "lo que concierne à la determinación del carácter ganancial o privativo de los bienes sobre los que, en cada caso, deba satisfacerse la deuda, también debe darse intervención en ella al cónyuge no deudor para que pueda aí-

(continúa...)

497
Por tanto, debe partirse de que el art. 1373 sólo juega en las hipótesis de deudas estrictamente privativas, no en aquellas que, pretendidamente,

209 (...continuación)
gar lo que estime oportuno, bien mediante la notificación de la demanda, cuando el pleito tenga por objeto precisamente ese punto, o bien mediante la notificación del embargo recado sobre los bienes". En este punto, hay que señalar que, aunque al cónyuge del deudor no hay que demandarlo, sí que es necesaria la notificación del embargo: así, PEÑA (Comentario..., II, cit., pp. 706 y 707), advierte que no "basta la notificación genérica de que existe un juicio ejecutivo contra el cónyuge deudor, sino que es necesario notificar que por la autoridad judicial se ha acordado trar por el embargo precisamente el bien ganancial respecto del que se ordena la anotación (EDCR 24-IX-87)", aunque no "es necesario -a pesar de que el embargo va a proceder sobre los bienes gananciales- demandar al cónyuge del deudor. Ni siquiera sería procedente demandarlo: podría invocarse la excepción de falta de legitimación pasiva. Bastará con que le haya sido notificado el embargo (cfr. art. 144, 1 RH)".

209 Es por esta causa por la que la ejecución de gananciales es subsidiaria respecto de los bienes privativos del cónyuge deudor, de manera que el consorte de éste puede oponer a los acreedores el beneficio de exclusión del patrimonio ganancial, señalando bienes propios del esposo obligado. En esta línea se pronuncia la mayoría de la doctrina: así, BLANQUER (La idea..., cit., p. 123); GOMEZ DE LA ESCALERA (Op. cit., p. 1193); LACRUZ (Algunos aspectos..., cit., p. 553); PEÑA (Comentario..., II, cit., p. 706), para quien los "bienes gananciales no responden de las deudas privativas en el mismo plano que los bienes del cónyuge deudor; no responden directa (cfr. art. 1363) y solidariamente (cfr. art. 1369) sino sólo si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas"; etc. Este mismo criterio es el que se mantiene en Italia: de este modo, CIAN y VILLANI (Op. cit., p. 374), quienes estiman que el esposo a quien interese "podrá alegar la existencia de bienes individuales, sobre los que los acreedores estarán, en consecuencia, sujetos a proceder en vía preliminar"; CORSI (Op. cit., p. 163); GAZZONI (Op. cit., p. 367), que apunta que no "oportuno precisar que subsidiariedad no significa beneficio de exclusión en sentido propio. Los acreedores, por tanto, pueden agredir también directamente los bienes de la comunidad pero el cónyuge interesado podrá alegar la existencia de bienes personales del otro para agredir previamente. La excepción por otro lado no puede ser genérica, debiéndose indicar con precisión los datos idóneos para individualizar los bienes mismos"; etc. Ahora bien, también hay (continúa...)
no vinculan a los gananciales, es decir, como mantiene la tesis que separa débito y afección en la obligación ganancial, en los supuestos de deudas que, si bien puedan ser de pasivo definitivo conforme al art. 1362, se hayan contraído fuera del ámbito de los arts. 1365, 1366 y 1368 del CC. 110. Las ra-

10 (continuación)
que tener en cuenta que, en principio, los acreedores no tienen que probar que no hay bienes privativos bastantes, sino que, como señala DE LA CAMARA (El embargo..., cit., p. 76): "Es menester, para que el acreedor por una deuda propia pueda pedir el embargo de bienes gananciales que pruebe previamente la inexistencia o insuficiencia de bienes privativos del cónyuge deudor? En mi opinión... no cabe exigir a los acreedores la prueba de ese hecho negativo, ha de bastarles la manifestación de no haber hallado otros bienes... Parece más lógico que sea el cónyuge no deudor el que demuestre, en su caso, que su consorte cuenta con bienes suficientes, señalando cuáles sean éstos, si quiere liberar de la traba los bienes gananciales embargados". Igualmente, en Italia, BERNARDI (Op. cit., p. 792), considera que es "preferible sostener que sea exclusivamente carga del cónyuge indicar los bienes sobre los cuales los acreedores deben satisfacerse en vía principal. No mantenemos en efecto que pueda ser agravada la posición del acreedor, imponiéndole la carga de desarrollar una actividad de averiguación sobre cuáles sean los bienes en comunidad"; CAT-TAUDO (Op. cit., p. 92), también defiende que la prueba de la "existencia de bienes personales sobre los que el acreedor pueda satisfacerse en vía principal, parece (que no ha de gravar)... sobre el acreedor, y que la existencia de tales bienes vaya, en cambio, probada por el cónyuge del deudor, o sea, por aquel cónyuge que tiene interés de salvar los bienes comunes"; SCHLESINGER (Commentario..., cit., p. 434), admite que: "... los acreedores particulares de un cónyuge, cuando ignoren la existencia de bienes personales de su deudor, pueden, sin más, actuar simplemente sobre los bienes de la comunidad... (que dando) a cargo del cónyuge ejecutado, o del otro cónyuge, la carga de indagar la existencia de bienes personales que puedan ser sometidos a la acción ejecutiva con preferencia respecto de los comunes"; etc.

110 Así, por ejemplo, RAGEL (Ejecución..., cit., p. 198): "Puede ocurrir que una deuda sea considerada privativa, a los efectos del art. 1373 del CC., porque el acreedor no ha podido o no ha querido probar que se trata de un débito comprendido dentro de los arts. 1365, 1366 o 1368 del CC.; tal circuns- (continda...)
zones que fundan nuestra tesis no son sólo de carácter sustantivo, en el sentido de que, como venimos sosteniendo, si el legislador determina el cargo de la sociedad ganancial debe seguirse, también, la responsabilidad de los bienes comunes.311, sino, además, de índole procedimental, tanto si al hilo del art. 1373 se produce la disolución de la comunidad conyugal, como si se ejecutan directamente los gananciales. Respecto de esto último, sería absurdo que tratándose de una obligación que, en definitiva, será imputable a la sociedad (ex art. 1362), se instara el procedimiento derivado del art. 1373. En efecto, si se solicita la disolución del régimen por

311 (...continuación)
cia no impide que, una vez que el cónyuge del deudor haya solicitado la disolución del régimen de gananciales por la vía del art. 1373, el cónyuge deudor oponga a su consorte que la deuda es de cargo de los gananciales”. En esta misma línea, CABANILLAS (Comentario a la S. de 17 de noviembre de 1987..., cit., p. 2173), advierte cómo la D.G.R.N. parte de la aplicación del art. 1373 mientras no conste expresamente que la deuda contraída por un cónyuge es, además, deuda de la sociedad de gananciales (así, entre otras, las rr. de 24 de septiembre, 28 de octubre y 6 de noviembre de 1987).

311 Como indica GORDILLO (El pasivo..., cit., p. 365), si las deudas “gananciales del art. 1365, cuya ganancialidad no haya probado el acreedor, o las de cargo en la relación interna: art. 1362... se traen al mecanismo del art. 1373, se hace imperiosamente necesario violentar la expresión literal de su mandato; ni el cónyuge no deudor podrá optar por la disolución de la sociedad y la limitación del embargo, ni, si lo hiciera, el juez habría de plegarse a su solicitud, que no... exigencia”. También MANRIQUE (Op. cit., p. 36), considera “excesivo el recurso al art. 1373 por deudas gananciales; sería preferible entonces determinar previamente el carácter de la deuda y, si ésta es privativa, aplicar la vía del 1375; y si es común, agredir directamente el patrimonio ganancial y no provocar la disolución de la sociedad por impago de deudas”.

500
el cónyuge no deudor, antes de seguir con la ejecución, tendría lugar la liquidación del patrimonio común, y en esta fase ocurriría que, al ventilarse el débito en cuestión, por ser de cargo definitivo de la comunidad, habría que satisfacerlo con los bienes comunes (arts. 1398, 19 y 1399, 19 del CC.).

Por tanto, parece inútil acudir al complicado mecanismo del art. 1373 cuando, a la postre, la deuda se cumplirá a costa de los gananciales y, por ende, una vez liquidada la obligación, quedaría interrumpida la propia ejecución.111

De otra parte, también resulta improcedente recurrir al procedimiento del art. 1373, aunque no tenga lugar la disolución y consecuente liquidación de la sociedad ganancial, por ejecutarse di-

111 En esta línea, entre otros, FERNANDEZ VILLA: Op. cit., pp. 725-726. De nuevo resulta aquí oportuno recordar la idea de LACRUZ (Elementos..., IV, 20, cit., p. 469), de que se produciría un rodeo inútil si se niega la responsabilidad ganancial, cuando se trata de un débito que, finalmente, habrá de imponerse inter cónyuges, con lo que reconoce la inutilidad de una responsabilidad provisional y sólo ad extra.

113 Aunque existan voces dispares (así, por ejemplo, LACRUZ -Algunos aspectos..., cit., pp. 555-554-; MANRIQUE -Op. cit., p. 26-; etc.), la mayoría de la doctrina entiende que la disolución del régimen, en estos casos, lleva consigo la liquidación del patrimonio ganancial. Valga por todos, PENNA (Comentario ..., II, cit., p. 706), para quien, si el cónyuge del deudor opta por la disolución, el patrimonio consorcial "entra automáticamente en liquidación, pues en caso de tal sustitución de la traba el embargo -el que se efectúa sobre la parte del cónyuge deudor en la sociedad- llevará consigo la disolución de aquélla (comérense arts. 1699 y 1703, 30)". En Italia, la cuestión parece decantarse, en cambio, a favor de la subsistencia de la comunidad conyugal: así, ACOME (Op. cit., p. 9), que asegura que el "acreedor particular del cónyuge no (continúa...)"
rectamente todos los bienes comunes por la deuda que, aun contraída por un cónyuge, deberá quedar a

(continuación)
puede (y ni siquiera debe) provocar una liquidación de la cuota, en cuanto su acción ejecutiva es perfectamente compa-
ible con la plena permanencia en la comunidad de cónyuge de-
don, no interfiriendo aquélla sobre la comunidad sino en cuan-
to le sustraer el gozo y la disponibilidad de uno o más bie-
nes"; ATTARDI (Op. cit., p. 28), que sostiene que la inexpro-
piabilidad de la cuota (puede afirmarse)... a la luz de una

doble consideración: de un lado, sujetos necesarios de la
comunidad de bienes son los cónyuges, y que no es, por tanto,
posible un cambio de uno de tales sujetos sin que se determine
la disolución de la comunidad, de otro, que la acción ejecuti-
va individual de un acreedor personal no está prevista por el
art. 191 entre las causas de disolución de la comunidad de
bienes entre los cónyuges. Y que tal comunidad perdura aún
después que el acreedor particular de un cónyuge haya actuado
ejecutivamente sobre los bienes de la comunidad... (por dispo-
sición del art. 189), y que, por esto, la acción ejecutiva del
acreedor particular no pueda agredir la cuota del cónyuge
obligado en la comunidad está confirmado por el... art. 192
que prevé para tal cónyuge la obligación de reembolso de los
bienes expropiados"; GRASSO (Op. cit., pp. 808-809); etc. Sin
embargo, existen autores que se oponen a ello: de este modo,
CORSI (Op. cit., p. 168), quien ante la dificultad que supone
valorar la cuota de cada cónyuge vigente la comunidad y la
continuidad de la comunidad a pesar de la ejecución de la
cuota del cónyuge obligado personalmente, sostiene una so-
lición parecida a la de nuestro art. 1373, de modo que si "el
cónyuge no deudor quiere evitar el riesgo de que su cuota sea
sacificada, debe tomar la iniciativa de reclamar la separa-
ción judicial de los bienes, la cual lleva a la disolución de la
comunidad (art. 191) y a la aplicación del art. 192 (dere-
cho de reembolso)"; SANTOSSOSSO (Op. cit., p. 285), que admite
la "posibilidad de que los acreedores, sin reclamar la divi-
sión (ni de la comunidad, ni de los bienes singulares), actúen
sobre singulares bienes comunes, ejecutándolos por entero
hasta la satisfacción de su crédito. Estará a cargo del otro
cónyuge hacer valer el límite del valor de la cuota provocando
la disolución de la comunidad"; etc. En Portugal, ANTÚNES (Op.
cit., p. 395), indica que por "las deudas de exclusiva respon-
sabilidad de uno de los cónyuges responden, en primer lugar,
los bienes propios del cónyuge deudor. Subsidiariamente, res-
ponde la cuota del cónyuge deudor en los bienes comunes. Pero
ello, con una restricción importantísima: la de que el cumpli-
miento a costa de la cuota sólo puede ser judicialmente exigi-
do después de disuelto, declarado nulo o anulado el matrimo-
nio, o después de decretada la separación judicial de bienes
(art. 1696, 1)".

502
carga definitiva del patrimonio consorcial. La razón es simple: cuando se produzca la liquidación del régimen habrá que imputar el débito a los gananciales, de ahí que si la deuda fue satisfecha a costa de los bienes privativos del cónyuge que la contrajo, éste tendrá derecho al reintegro; mientras que si ya fue pagada con bienes comunes, entonces, nada podrá reclamarse por el consorte no deudor. Si esto es así, ¿no es incongruente seguir también aquí los trámites del 1373 para ventilar una obligación que, al final, tendrá que pagarse con los gananciales?\textsuperscript{114}

En definitiva, podemos concluir que únicamente si se trata de deudas exclusivamente privativas de uno de los cónyuges (las contraídas fuera del ámbito del art. 1362 Cc.), se podrá acudir al procedimiento del art. 1373, en otro caso, el recurso al mismo, además de improcedente, sería inútil y perturbador.

De otra parte, y pasando del ámbito al efecto previsto en el art. 1373 Cc., una vez decretada la disolución y liquidación de la sociedad, la porción correspondiente al cónyuge deudor en aquélla podrá ser objeto de embargo por sus acreedores, lo cual no es sino consecuencia de lo dispuesto en el art. 1911 Cc., ya que dicha concreción de la cuota forma parte

\textsuperscript{114} En este sentido, de nuevo, FERNANDEZ VILLA: Op. cit., p. 726.
del patrimonio del consorte obligado.  

Acoge esta idea, BLANQUER (La idea..., cit., p. 124), para quien el 1373 "viene a desarrollar el art. 1911 del Cc., considerando en definitiva patrimonio del deudor al formado por sus bienes propios y por su parte en la sociedad de gananciales, pero sin dar a esta solución traducción jurídica simplista por el camino de la comunidad ordinaria, sino por el camino más complejo, y quizá más perfecto y congruente, de la sociedad de gananciales como conjunto de relaciones entre los cónyuges". Así, también, DE LA CAMARA (El embargo..., cit., p. 75); DELGAJO ECHEVERRIA (Op. cit., p. 1939); PERA (Comentarios..., II, cit., p. 705), que apunta que si "procede, no obstante, el embargo de bienes gananciales, es porque en los bienes gananciales hay, indiferenciadamente, derechos que son del deudor y por eso queda por Ley a opción del cónyuge del deudor que el embargo en efecto se restrinje a lo que, en concreto y dentro del patrimonio ganancial, tiene carácter de bienes del cónyuge deudor"; etc. La STS de 8 de octubre de 1980 indica que los "acreedores podrán pedir el embargo de la cuota abstracta que su deudor tenga sobre el patrimonio común, que quedará especificada en bienes concretos, al producirse la división y adjudicación, pero no antes". No comprendemos la idea de GUILARTE (Gestión..., cit., pp. 523 y 524), para quien el 1373 "universaliza hasta límites absolutos la posibilidad de agredir inicialmente los bienes comunes, sea cual sea la naturaleza de la obligación, siempre que estemos en presencia de una persona casada y existan bienes gananciales", de modo que "la lógica importancia que debe darse a la distinción entre deudas privativas o comunes, (dentro del esquema básico para el entendimiento de todo el sistema), cede en gran medida desde el momento en que tanto para unas como para otras está posibilitada la agresión de los bienes comunes". Esta tesis no es correcta, pues el legislador no universaliza la facultad de perseguir inicialmente el patrimonio ganancial, ya que ahí entra la oposición del cónyuge no deudor, la prueba de la no gananciales del débito, etc. Así, la R.D.G.R.N. de 16 de febrero de 1987 establece que del 1373 "se desprende que el que el embargo haya de recaer sobre los bienes gananciales concretos o sobre la parte que al cónyuge deudor corresponda en el conjunto, es algo que depende de la voluntad del cónyuge del deudor". En Italia, como se parte de la subsistencia de la comunidad cónyugal, la doctrina considera que el embargo puede recaer sobre la mitad de los bienes comunes: así, por ejemplo, ACONE (Op. cit., p. 9), quien indica que parece "correcto afirmar la posibilidad para los acreedores personales de proveyer procedimientos expropiativos sobre todos los bienes contenidos en el régimen de comunidad, con el límite del valor establecido por el art. 189 Cc. Esto funcionaría sólo como limitación cuantitativa -la mitad de la entera masa-, sin ninguna referencia a la elección del bien a expropiar"; ATTARDI (Op. cit., p. 33), que sostiene que la "letra de la ley - (continúa...)"
Finalmente, el párrafo segundo del 1373 establece un especial y literalmente confuso derecho de reintegro, pero que tiene el mismo fundamento que el establecido con carácter general en el 1364, esto es, restaurar el equilibrio patrimonial que se rompe cuando una masa de bienes, en este caso la

(...continuación)
que dispone la sujeción a la ejecución forzosa de los bienes de la comunidad en los límites del valor de la cuota, (y) parece referirse a la cuota de los cónyuges sobre la masa patrimonial correspondiente a la comunidad -puede ser invocada para afirmar la agresión de todos los bienes comunes (hasta el límite de la mitad de ellos, pues se habla del valor de la cuota y no de la cuota misma)"; NATUCCI (Op. cit., pp. 124-125, nota 20); etc.

216 Ante la poca claridad de los términos empleados por el legislador, advierte AHELLO (Op. cit., p. 813), que lo que existe en definitiva, es "un crédito de la sociedad contra el cónyuge deudor que éste deberá compensar con los que tiene contra ella, hacerlo efectivo con sus propios bienes o imputarlo en su participación en el consorcio. Por ello, si los bienes ejecutados los abona con caudales propios, ya no se le imputará en su participación, aunque del art. 1373, 20, parece deducirse lo contrario"; y LACRUZ (Algunos aspectos..., cit., p. 534), apostilla que: "En realidad, cuando abona con caudales propios el importe de los bienes expropiados -cosa que sólo podrá hacer viendo a mejor fortuna, pues, por hipótesis, los caudales que tuviera al ser demandado para pago de las deudas son los primeros que habrán de contribuir- no hace sino reintegrar al fondo común su descubierto. Si espera a la liquidación, esta deuda se contará en su parte, es decir, la pagará por imputación".

217 Como ocurre en el derecho de reintegro del art. 1364, se trata de una compensación del valor: así, PEÑA (Comentario..., II, cit., p. 707), observa que el "tenor literal del art. 1373, 20 parece apoyar la interpretación de que es (distinto) el mecanismo de estabilización: el cónyuge, en pago de cuya deuda privativa se emplearon bienes gananciales, debe a la sociedad al tiempo del abono o, en otro caso, al tiempo de la liquidación el valor actual de los bienes mismos empleados en el pago. Sistema de estabilización del que también se hace aplicación en el Cc. en otros supuestos (cfr. arts. 1045, 1425)". Criterio que comparten, entre otros, LOS RUIEDA: Op. cit., p. 588.
ganancial, satisface una deuda que no le es imputable definitivamente.

4.4. EL REINTEGRO COMO MEDIDA DE EQUILIBRIO PATRIMONIAL: ART. 1364 CC.

Estamos de acuerdo con el pensamiento concorde de la doctrina, de que el fundamento del derecho de reintegro establecido por el legislador en el art. 1364\(^{118}\) se encuentra en el mantenimiento del equilibrio patrimonial entre el patrimonio conyugal y los patrimonios privativos de los cónyuges\(^{119}\). Aho-

\(^{118}\) Además del art. 1364, el Código Civil contempla otras normas dirigidas también a lograr el equilibrio patrimonial entre los patrimonios conyugal y privativos de los esposos: así, los arts. 1319, 1346, último párrafo; 1347, 49; 1352, 1358, 1359, 19 y 20; 1362, 19; 1375, 20 y 1390. El criterio primordial del legislador es el de lograr la estabilización del crédito entendiéndolo la deuda como una deuda de valor. En relación con el art. 1364, LOPEZ PEREZ (Op. cit., p. 754), dice que el "reintegro que proceda ante la inadecuación, entre la responsabilidad externa e interna, se resolverá como deuda de valor, según dice el art. 1364 y determinaba ya la Exposición de motivos del Texto remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados, para la elaboración en sede Parlamentaria de la Ley de 13 de mayo de 1981, con la afirmación, de la contemplanación de todas las obligaciones de reembolso entre patrimonios como deudas de valor, es decir prescindiendo del nominal de la deuda y restituyéndose un valor idéntico al que recibió el cónyuge o se confundió con los bienes comunes". En esta misma línea, se encuentran, por ejemplo, DE LOS MOZOS (Comentario... XXVIII, 25, cit., p. 253); PEÑA (Comentario..., 11, cit., p. 686); etc.

\(^{119}\) Cfr. en este sentido, GUIRARTE (Gestión..., cit., pp. 409-410); MARTINEZ CALCERRADA (Op. cit., pp. 215-216); DE LOS MOZOS (Comentario..., XXVIII, 25, cit., p. 270); etc. También en Italia, BERNARDI (Op. cit., p. 783), observa que la "obligación de reembolsos y de restituciones a cargo de cada uno de los cónyuges,... (tiende) a mantener inalterada la posición (contínua...)

506
ra bien, donde discrepamos es en la interpretación esencial del 1364, esto es, en el sentido específico que se le da al pago de deudas comunes mediante la aportación de bienes privativos de un consorte.\footnote{219}

Así, para los partidarios de la tesis de la separación entre deuda y responsabilidad en la obligación ganancial, resulta aplicable el art. 1364 en aquellos supuestos en los que, pretendidamente, por actuar un cónyuge fuera del ámbito de los arts. 1365,

\footnote{219}{(...continuación)}

patrimonial de cada uno de aquéllos sobre un plano paritario (art. 192 CC.). Y en Francia, TERBE y SIMLER (Op. cit., p. 347), advierten que el "mecanismo regulador de las recompensas (tiende)... a contabilizar todo empobrecimiento o enriquecimiento de la comunidad en beneficio o en detrimento de los propios de uno u otro de los esposos". En Portugal, ANTUNES (Op. cit., p. 408), señala que el art. 1697, 1, 1ª parte, establece que si "por una deuda de responsabilidad de ambos, hubieren sido sacrificados bienes de uno sólo de ellos (de los cónyuges), éste se convierte en acreedor del otro, por lo que tuvo que pagar más allá de lo que le correspondía satisfacer".

\footnote{220}{Lógicamente, debe tratarse de verdaderos bienes privativos de un cónyuge aportados para satisfacer deudas de carácter consorcial, pues como manifiesta ECHEVARRIA (Sobre la naturaleza..., cit., p. 384), "si las cargas matrimoniales se levantan con bienes gananciales, siendo irrelevante el cónyuge al que pertenecen estos, no nace ningún derecho de repetición o compensación entre los esposos, pues lo único que habrá ocurrido es que han disminuido las futuras e hipotéticas ganancias comunes". También en Italia, SCHLESINGER (Comenta-
rio..., cit., p. 445), indica que cuando el art. 192, 3º CC. establece que cada uno de los cónyuges puede reclamar la restitución de las sumas retiradas del patrimonio personal y empleadas en gastos e inversiones del patrimonio común, por patrimonio personal ha de entenderse "solamente el patrimonio constituido por los llamados bienes personales..., con exclusión en particular, por tanto, de los ránitos individuales". Por otra parte, es, igualmente, admisible en nuestro Derecho, la idea apuntada por este último autor de que la "carga de probar el carácter personal de las sumas empleadas es a cargo del que pretende la restitución, dada la presunción de que todos los bienes muebles de los que los cónyuges disponen pertenecen a la comunidad" (pp. 445-446).}
1366 y 1368 del Cc., no existiría una afección pro-
visional de los gananciales, y si una afección de
los bienes propios del consorte deudor, aunque, en
definitiva, se trataría de una deuda de cargo del

En cambio, a nuestro juicio, y como ya quedó
dicho[11], el 1364 puede entenderse mejor como una
consecuencia lógica de la actuación de un cónyuge
dentro de su ámbito legítimo con eficacia vinculante
de la sociedad ganancial. En efecto, la obligación
ganancial contraída por un consorte, origina una
auténtica y añadida responsabilidad provisional del
mismo frente a los acreedores (esta sería la verda-
dera responsabilidad externa que se daría en el pa-
sivo consorcial), lo cual no es sino consecuencia
del art. 1369 Cc.[11], que lo hace corresponsable,
juntamente con los gananciales, de los débitos con-
sorciales producidos legítima y separadamente por un

410-411), quien apunta que se trataría de casos como el de "la
adquisición de bienes comunes del art. 1362, 2 que ... normal-
mente no originará la responsabilidad externa del consorcio
sino únicamente del cónyuge adquiriente. De tal manera que el
acreedor únicamente podrá dirigirse contra el patrimonio pri-
vativo del cónyuge adquiriente del bien quien, constreñido a
pagar por esta causa, tendrá luego el oportunuo derecho al
reembolso que prevé el art. 1364".

[11] Cfr. apartado 2.2.3.4. del Capítulo IV de este estu-
dio.


508
casado\textsuperscript{124}. De este modo, la disposición contenida en el art. 1364 (obsérvese como el legislador se refiere al derecho de reintegro de un cónyuge por la aportación de bienes privativos para el pago de deudas comunes), cobraría verdadero sentido, y, lo que es más importante, estaría en íntima conexión con el art. 1369, quedando, así, el sistema del pasivo ganancial completamente cerrado y justificado.

Finalmente, una cuestión importante que también plantea este art. 1364, es la relativa al momento en que el derecho de reembolso sería exigible por el cónyuge, es decir, si cabe pedir el reintegro en cualquier momento de la vigencia del régimen ganancial o, en cambio, si hay que esperar al tiempo de su disolución y liquidación. En este punto es gratificante observar cómo, a diferencia de otros temas y, salvo escasas voces discrepantes\textsuperscript{125}, la doctrina

\textsuperscript{124} GORDILLO (\textit{El pasivo...}, cit., p. 365), afirma que: "Puesto el art. 1364 en relación con el 1369, termina por dibujar claramente el cuadro que hasta ahora hemos venido presentando. En el ámbito objetivamente ganancial -actúen los cónyuges conjuntamente, o lo hagan en forma separada- se producen y desencadenan responsabilidades que deben recaer sobre los bienes gananciales. Ahora bien, dado el fin de la deuda, y la legitimación del deudor para contraerla, es lógico que con ella haya de cargar definitivamente el patrimonio ganancial. Se entiende por ello que si, en razón de su responsabilidad personal, la deuda se pagó con bienes privativos (responsabilidad personal provisional y externa), en la relación interna el cónyuge que pagó tenga derecho al reintegro previsto en el art. 1364".

\textsuperscript{125} Así, los RUEDA (Op. cit., pp. 568-569), para quienes de "la nueva regulación... se deduce que, salvo el caso excepcional del 1359,2, el reintegro operará en el momento de la (continúa...)"
se pone de acuerdo en admitir la primera de las ideas apuntadas\[216\]. Según nuestro criterio, esta postura es la más adecuada, ya que, si bien la cuestión no está aclarada por la ley\[217\], es lógico pen-

\[215\] (...continuación)
liquidación de la sociedad de gananciales. Esta conclusión se refuerza si pensamos que en la regulación de la liquidación de los gananciales el abono de reintegros y reembolsos entre masas está relegado a un segundo momento, después de pagadas las deudas a terceros (arts. 1403 y concordantes)\[216\]. En este mismo sentido, por ejemplo, MARTINEZ CALCERRADA: Op. cit., pp. 220-221. También en Italia, SCHLESSINGER (Commentario..., cit., p. 436), observa que, conforme al art. 192, 49 del Código, es dudoso que el reembolso pueda ser reclamado antes de la disolución de la comunidad conjugal. Y en Portugal, DOS SANTOS (Op. cit., p. 344), señala que el art. 1697, 1, 28 parte Cc. establece que el reembolso "sólo es exigible en el momento de la partición de los bienes del matrimonio".

\[216\] De este modo, entre otros muchos, OORDILLO (El pasivo..., cit., p. 366); GUILARTE (Gestión..., cit., p. 414), quien observa que en este tema existe unanimidad de la doctrina, consistiendo tal unanimidad "en afirmar la posibilidad de exigir en cualquier momento el reintegro a cargo del concurso, sin necesidad de tener que esperar al momento liquidatorio del régimen pues parece que estamos ante una deuda exigible"; DE LOS MOZOS (Commentario..., XXVIII, 20, cit., pp. 271-272); etc.

\[217\] Obsérvese que nada dice al respecto el art. 1364, y, sin embargo, el art. 1362, 19 se refiere al momento de la liquidación de la sociedad ganancial, aunque esta norma no es vinculante, ni impediría un reintegro anterior por voluntad de los cónyuges. Respecto de este último precepto, GUILARTE (Gestión..., cit., p. 414, nota 70), advierte que no sirve de pauta en este punto pues "se refiere al supuesto contrario al que analizamos pues en este caso es la sociedad la beneficiaria del reintegro". En Italia, en cambio, como advierten los FINOCCHIARO (Op. cit., pp. 1161-1162), conforme al art. 192, 42 del Código, los "reembolsos y las restituciones, respectivamente a favor o contra la comunidad, se efectúan en el momento en que ésta se disuelve: no obstante, el juez puede autorizarlos en un momento anterior, si el interés de la familia lo exige o lo consiente". Sin embargo, estos autores mantienen que esto último parece inadecuado "porque, como es pacífico, los cónyuges tienen la más amplia discrecionalidad,... (de modo que) es evidente que la previsión debe leerse como si dijese: en desacuerdo de los cónyuges en orden al (continúa...)
sar que, estando el régimen ganancial fundado en las ideas de libertad y acuerdo de los cónyuges, éstos podrán decidir a su libre albedrío el momento concreto en que haya de satisfacerse el crédito que uno de ellos tiene respecto del consorcio conyugal. También es coherente mantener que, en caso de que la exigencia del reembolso fuera contraproducente, en relación con las necesidades familiares, podrá el cónyuge no acreedor negarse al mismo, de manera que sería el Juez el que tuviera que decidir en cada caso.

\[117\] (…continuación)

cumplimiento de los reembolsos y restituciones en época anterior a la disolución de la comunidad tales operaciones pueden ser autorizadas por la autoridad judicial".
CONCLUSIONES FINALES.

-En la actualidad es pacífica la doctrina que sostiene que toda deuda atrae una responsabilidad concomitante y, del mismo modo, cualquier supuesto de responsabilidad presupone la existencia de una deuda que lo funda. Por tanto, si la obligación es ganancial debe también llevar consigo responsabilidad ganancial, pues la calificación de consorcial de una relación obligatoria, no debe afectar a la estructura de ésta hasta dislocarla en su componente esencial.

-La especialidad en este punto radica, únicamente, en que al no tener la sociedad de gananciales personalidad jurídica, no hay responsabilidad personal de nadie que no sean los cónyuges (uno o ambos), sino afección que tiende a proyectarse objetivamente en los gananciales. En efecto, el patrimonio ganancial, por su conformación particular, por su régimen singular de administración, disposición y responsabilidad, y por su específica vinculación a una finalidad familiar, da lugar a un ente jurídico especial susceptible de que le sean imputados, objetivamente, derechos y obligaciones.
La sostenida escisión entre deuda y responsabilidad en la obligación ganancial, nada aporta al esclarecimiento del problema de la ganancialidad pasiva y si oscurece, al par que complica, el ya de por sí asistemático criterio legal. La inoperancia de la separación se confirma cuando, los mismos autores que la mantienen, reconocen la evidente identidad existente entre los arts. 1362 y 1365 del Cc. que, supuestamente, tendrían que basarla, y la frecuencia con que débito y afección, también en las obligaciones gananciales, están conectadas, por lo que su separación sería excepcional.

-A la vista de las notables deficiencias que tiene la tesis que separa deuda y responsabilidad en la obligación ganancial, proponemos resaltar la existencia, en el articulado legal, de dos esenciales principios sistematizadores del pasivo ganancial: el objetivo y el subjetivo. A nuestro juicio, sólo así, y no ahondando en la artificiosa separación apuntada, puede descifrársese de una manera conveniente el contenido de los arts. 1362 a 1374 del Cc.

-Conforme al principio objetivo de sistematización del pasivo ganancial, endeudan y responsabilizan a la sociedad ganancial, las obligaciones que, por su origen o destino, y aun producidas por la actuación exclusiva de un solo cónyuge, se entienden legalmente realizadas en utilidad del consorcio con-

513
yugal, como ocurre en los supuestos de los arts. 1362, 1365, 1366, 1368, 1369, 1370 y 1371 del CC., lo cual es resultado del axioma: *ubi emolumentum, ibi onus.*

-Como consecuencia de lo anterior, la seguridad del tráfico jurídico no admite mejor defensa que permitir que el tercero pueda confiar, a salvo de todo sobresalto, en la apariencia que refleja la actuación del cónyuge dentro del ámbito regular u ordinario que la ley trata de determinar. Por ello, los acreedores consorciales quedan relevados de la carga probatoria de la naturaleza ganancial de la obligación así contraída, para poder dirigirse contra el entero patrimonio común.

-Por otra parte, también desde nuestra tesis puede hablarse de la existencia de una responsabilidad transitoria, pero ésta se daría respecto del patrimonio privativo del cónyuge actuante y en la relación externa, pues por ser siempre personalmente deudor, y a tenor del art. 1369 CC. ser corresponsable con su patrimonio personal de la obligación contraída, puede sufrir la agresión inmediata de los acreedores en su masa patrimonial privativa.

- Es más, también podemos destacar la posible existencia de una afección provisional consorcial, que tendría lugar cuando el cónyuge extralimita su ámbito ordinario de actuación, sin que el tercero
tenga datos suficientes para comprobarlo, en cuyo caso se impone la responsabilidad íntegra de los gananciales, pero la deuda, a menos que haya habido un efectivo beneficio ganancial, será del cónyuge actuante. No obstante, obsérvese que, en estos supuestos, el carácter transitorio de la afección consorcial se produce porque, tras pasándose los límites normales de la gestión ganancial, se exceden también los contornos de actuación ordinaria o regular del 1365 CC., ya que si se actúa conforme a éste, la responsabilidad ganancial será siempre definitiva.

-A virtud del criterio subjetivo sistematizador del pasivo ganancial, fundado en los arts. 1363 y 1367 del CC., puede sostenerse que la actuación conjunta de los cónyuges o de uno con el consentimiento expreso del otro, es suficiente para obligar y responsabilizar definitivamente a la sociedad de gananciales.

-Ahora bien, hay que matizar que el 1367 permite, pero no impone, la consecuencia indicada, esto es: los consortes al endeudarse conjuntamente, pueden comprometer los gananciales, pero su voluntad puede llegar hasta comprometerlos definitivamente (ganancialidad pasiva voluntaria definitiva), o sólo inicialmente, en la relación externa, reservándose el posible no favorecido en la operación, el derecho de reintegro correspondiente (ganancialidad pasiva
voluntaria provisional).

-Una vez establecidos los dos criterios esenciales de sistematización del pasivo de la sociedad de gananciales, sólo resta encuadrar los arts. 1362 a 1374 del CC. dentro del principio que los inspira, con lo que la regulación de esta materia cobraría sentido.

-Así, serían normas que aplican el criterio objetivo de sistematización, los relativos a los gastos derivados de la atención de las cargas familiares (arts. 1362, 10; 1365, 10 y 1368); los que regulan las cargas económicas del patrimonio conyugal (arts. 1362, 29, 30, 40; 1365, 29, 30 y 1370); y los referidos a las obligaciones extracontractuales (art. 1366) o procedentes del juego (arts. 1371 y 1372) de los cónyuges.

-Los preceptos que aplican el principio subjetivo de sistematización del pasivo ganancial son el art. 1363 (relativo a las liberalidades realizadas o prometidas por los dos esposos), y el 1367 (referido a las deudas contraídas por ambos consortes o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro).

-Finalmente, también existen normas especiales que establecen la acumulación de responsabilidad del patrimonio común y el privativo, por las deudas gananciales contraídas separadamente por uno de los
cónyuges (art. 1369), la afección subsidiaria de los bienes gananciales por los débitos privativos (arts. 1372 y 1374), y el reintegro como medida de equilibrio patrimonial (art. 1364), con lo que queda cerrada la regulación del pasivo ganancial.
BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.


ACONE: Spunti critici e ricostruttivi in tema di espropriazio-
ne dei beni della comunione legale coniugale, Rass. Dir. 
Civ., 1980, pp. 3 ss.

ACQUARONE: Amministrazione e responsabilità dei beni della 
comunione, Il nuovo Diritto di Famìlia, Contributi nota-
rili, Quaderni della Riv. Not., Milano, 1975, pp. 547 
ss.

ALBALADEJO: 
* "Derecho de Obligaciones", Curso de Derecho Civil 
* "Derecho de Familia", Curso de Derecho Civil Español, 

ALGUER: Ensayos sobre varios temas fundamentales de Derecho 
Civil, R.J.C., 1931, pp. 99 ss.

ÁLVARÉZ BELJGA: Inscripción en el Registro de la Propiedad de 
compraventas de inmuebles por mujer casada sin inter-

ÁLVARÉZ CAPERCHIPI: Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y 

ÁLVARÉZ-SALA WALther: 
* Régimen económico matrimonial en el Derecho italiano, 
* Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica 
del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación 

AMIRA: 
* "Altschweidisches Obligationenrecht", Nordgermanisches 
* "Westnordisches Obligationenrecht", Nordgermanisches 
* Grundriss des germanischen Rechts, Strassburg, 1913.

ANDRÓS GUARDIOLA: Comentarios a las reformas del Derecho de 


ATLANTE: Il nuovo regime patrimoniale della famiglia alla luce
della prima esperienza professionale notarile, Riv.
Not., 1976, pp. 1 ss.

ATTARDI: Profili processuali della comunione legale dei beni,

ÁVILA ÁLVAREZ:
* El régimen económico matrimonial en la reforma del
* Inscripción de bienes de ausentes, de los cónyuges y
* Régimen económico matrimonial y Registro de la Propie-

BARASSI:
* Istituzioni di Diritto Civile, Milano, 1921.
* La teoria generale delle obbligazioni, vol. I, Milano,
1946.
* Rapporti patrimoniali fra coniugi -il nuovo regime
gleale e i suoi rapporti con i regimi convenzionali- La
comunione convenzionale, Il nuovo Diritto di Familia,
Contributi notarili, Quaderni della Riv. Not., Milano,
1975, pp. 531 ss.

BARBIERA: Trattato di Diritto privato, diretto per Rescigno,
Torino, 1962.

BEAUS CODES: Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles,


BENAVENTE MOREDA: Naturaleza de la sociedad de gananciales.

BEITZKE: Familienrecht, München, 1981.

BERKER: Sprachliches und Sachliches zum B.G.B., Jhering's
Jahrbücher für die Dogmatik, vol. 49, 1905, pp. 51 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO:
* Principio de igualdad y Derecho Privado, A.D.C.,
Abr.-Jun., 1990, pp. 369 ss.
* Comentario a la Sentencia de 25 de enero de 1990,
C.C.J.C., n° 22, 1990, pp. 261 ss.

BERNARDI: La responsabilidad sussidiaria dei beni personali, La
comunione legale, a cura di Bianca, T. II, Milano, 1989,
pp. 777 ss.

BETTI: Teoría general de las obligaciones, T. I, ed. española,
BIANCA:
* I rapporti personali nella famiglia e gli obblighi di contribuzione, La riforma del Diritto di famiglia dieci anni dopo, Padova, 1986, pp. 74 ss.

BINDER:
* Rechtsnorm und Rechtspflicht, Leipzig, 1912.
* Zur Lehre von Schuld und Haftung, Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik, 1926, pp. 75 ss. y 1927, pp. 163 ss.

BISBAL: Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio, R.J.C., 1982, pp. 95 ss.


BLANQUER UBEROS:
* Acerca de la sociedad de gananciales, la responsabilidad patrimonial y la relación obligatoria, A.A.M.N., riado, T. XIX, 1976, pp. 193 ss.


BOTTAIO: Comunione legale dei beni e solidarietà familiare, La riforma del Diritto di Famiglia dieci anni dopo, Padova, 1986, pp. 262 ss.


BRUNNER Y SCHWERIN: Historia del Derecho Germánico, ed. española, Barcelona, 1936.


CABANILLAS SÁNCHEZ:
* Comentario a la S. de 17 de noviembre de 1987, C.C.J. C., n° 15, 1987, pp. 5161 ss.
* Comentario a la S. de 6 de diciembre de 1989, C.C.J. C., n° 22, 1990, pp. 91 ss.

CÁMARA ÁLVAREZ, DE LA:
* La separación de hecho y la sociedad de gananciales, A.D.C., 1969, pp. 3 ss. y 263 ss.
* La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad, A.D.C., 1986, pp. 339 ss.


CANO TELLO: La nueva regulación de la sociedad de gananciales, Madrid, 1981.

CARBONNIER:


CARLUCCI: Natura giuridica della comunione legale, Il nuovo Diritto di Famiglia, Contributi notarili, Quaderni della

CARNELUTTI: Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni, Studi di dir. process. in onore di Chiovenda, Padova, 1927, pp. 225 ss.

CARRASCO PERERA:
* La reforma francesa de los regímenes económicos matrimoniales por la Ley de 23-12-85, A.D.C., 1986, pp. 581 ss.
* Comentario a la S. de 26 de septiembre de 1986, C.C. J.C., 1986, n° 12, pp. 4005 ss.

CASADO COCA: La interpretación del art. 144 del Reglamento Hipotecario en relación con la ejecución de bienes gananciales, La Ley, 1984, pp. 1169 ss.

CASTÁN:
* Dogmática de la sociedad de gananciales. Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos, R.C.L.J., 1929, pp. 226 ss.


CASTRO Y BRAVO, DE:
* La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los arts. 1911 y 1111 del Cc., R.D.P., 1932, pp. 193 ss.

CASTRO FERNÁNDEZ, DE: Ganancialidad y tercería de dominio, R.J.C., 1987, pp. 1011 ss.


COSIO, DE: 

COVIELLO: L'obbligazione negativa, Napoli, 1931.


CUPIES, DE:

CUTILLAS TORNES:
* La liquidación de la sociedad de gananciales, La Ley, 1986, 3, pp. 894 ss.
* La disolución de la sociedad legal de gananciales. Efectos jurídicos y posición de los acreedores frente a la misma, La Ley, 1991, 2, pp. 1233 ss.


DÍEZ-PICAZO:

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN:

DOGLIOTTI:

DORAL GARCÍA: El interés de la familia, D.J., 1982, pp. 3 ss.


ECEVARRÍA ECEVARRÍA:
* Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias, R.D.N., Abr.-Jun., 1982, pp. 7 ss.
* La dinámica patrimonial en la sociedad de gananciales, R.D.N., Abr.-Jun., 1985, pp. 41 ss.
* Sobre el embargo ganancial, R.D.N., Jul.-Dic, 1986, pp. 91 ss.


ESPÍN CÁNOVAS:
* "La igualdad conjugal en la reforma del Código Civil, El nuevo Derecho de Familia español," Madrid, 1982, pp. 3 ss.


FERNÁNDEZ VILLA: El pasivo de la sociedad de gananciales: en torno al art. 1369 CC., A.D.C., Abr.-Jun., 1993, pp. 643 ss.


FRAZZINI: La riforma del diritto di famiglia: luci ed ombre sui rapporti patrimoniali tra coniugi, Diritto Fami-
liare, 1975, pp. 1563 ss.


GABRIELLI: I rapporti patrimoniali tra coniugi, Trieste, 1981.


GARCÍA CANTERO:
* Notas sobre el régimen matrimonial primario, D.J., 1982, pp. 299 ss.

GARCÍA GARCÍA:


GARGANO: La pubblicità dei rapporti patrimoniali tra coniugi nel nuovo diritto di famiglia, Diritto di Famiglia, 1976, pp. 307 ss.

GARRIDO CERDÁ:

GARRIDO DE PALMA:
* El matrimonio y su régimen económico, El nuevo Derecho de Familia Español, Madrid, 1982, pp. 163 ss.

526
La sistematización...


GIERKE:
* Schuldahrfolge und Haftung, Berlin, 1911.

GIMÉNEZ DUART:
* Cargas y obligaciones del matrimonio, R.D.P., 1982, pp. 542 ss.
* La gestión de la comunidad de gananciales, A.D.C., 1982, pp. 571 ss.
* La responsabilidad de los gananciales por precio aplazado, la libertad de pacto en capitulaciones y otras controversias, A.D.C., 1986, pp. 807 ss.
* La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge. (Ensayo contra el art. 1322), A.A.M.N., T. XXVIII, 1987, pp. 233 ss.

GIONFRIDA DAINO: La posición dei creditori nella comunione legale tra coniugi, Padova, 1986.

GIORGIANNI: La obligación, ed. española, Barcelona, 1958.

GIUSTI:

527
GÓMEZ DE LA ESCALERA: Las obligaciones "extracontractuales" de un conyuge y el nuevo régimen de "responsabilidad" de los bienes gananciales, La Ley, 1985, pp. 1189 ss.

GORDILLO CANAS:
* La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia, A.D.C., 1982, p. 1111 ss.
* El pasivo de la sociedad de gananciales: un ensayo de sistematización, Homenaje al prof. J. Roca Juan, Universidad de Murcia, 1989, pp. 351 ss.


GUILLARTE GUTIÉRREZ:
* El tratamiento de las adquisiciones onerosas de bienes gananciales en los arts. 1362 y 1365 del Cc., Centenario del Código Civil, T. I, Madrid, 1990, pp. 965 ss.
* La naturaleza de la actual sociedad de gananciales, A.D.C., Jul.-Sep., 1992, pp. 875 ss.


HUERNER: Grundzüge des deutschen Privatrechts, Leipzig, 1930.


528


JUGLART, DE:

KIPP: Impugnación de los actos "in fraudem creditorum", en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español, R.D.P., 1924, pp. 1 ss.

KNOKE: Die Sondernachfolge in die Schuld bei der befreienden Schuldübernahme, Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik, 1912.


KOSCHAKER: Babylonisch-Assyrisches Bürgerliches Recht, Leipzig, 1911.


LACRUZ BERDEJO:
* En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de ganancias del Código Civil, B.G.L.J., Ene., 1950, pp. 5 ss.
* La reforma del régimen económico del matrimonio, A.D. C., 1979, pp. 343 ss.
* El régimen económico del matrimonio, La reforma del Derecho de Familia, Sevilla, 1982, pp. 97 ss.
* Algunos aspectos (más o menos) mercantiles de la reforma del régimen económico del matrimonio, R.D.B.B., 1982, pp. 335 ss.
* El régimen económico matrimonial, Las reformas del Código Civil por leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, Madrid, 1983, pp. 65 ss.

529


LETE DEL RÍO y ÁLVAREZ CEPEROCHIPI: Notas sobre "mutabilidad" del régimen económico matrimonial en el Derecho común, R.D.P., 1977, pp. 163 ss.

LOIS PUENTE: Comentario al art. 1370 del Cc., La ley, 1988-2, pp. 1150 ss.

LÓPEZ LIS: Adquisición, administración y disposición de bienes inmuebles en la sociedad conjugal, R.J.C., 1989, pp. 575 ss.

LÓPEZ PÉREZ: Aspectos externo e interno de responsabilidad en la sociedad de gananciales: interés del acreedor y de los cónyuges, A.D.C., Abr-Jun., 1993, pp. 747 ss.


MAGARIÑOS BLANCO:
* Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores, la reforma del Derecho de Familia, Sevilla, 1982, pp. 155 ss.

MAJO, DI: Doveri di contribuzione e regime dei beni nei rapporti patrimoniali tra coniugi, Diritto di Famiglia, Scritti in onore di R. Nicolò, Mila no, 1982, pp. 311 ss.


MANRESA: Comentarios al Código Civil Español, T. IX, Madrid, 1930.

530


MARTÍNEZ SANCHEZ:
* Casos dudosos de bienes privativos y gananciales, A.A.M.N., T. XXVI, 1985, pp. 357 ss.
* Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia, R.D.N., Abr.-Jun., 1986, pp. 244 ss. y 261 ss.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO: Normativa supletoria de la sociedad irregular y de la sociedad legal de gananciales, A.D.C., 1985, pp. 43 ss.

MARTINO, DI:


MESSINEO:
* La natura giuridica della comunione coniugale dei beni, Roma, 1920.

MIRALLES GONZÁLEZ: El deber de contribución a las cargas del matrimonio (constante matrimonio), R.J.C., 1987, pp. 583 ss.

MORO ALMARAZ: Notas en torno a un concepto de cargas familiares en el Cc. español, R.D.P., Dic., 1986, pp. 1020 ss.

MOSSINI: Il nuovo art. 147 del Codice Civile, Quattro studi di Diritto di Famiglia, Padova, 1989, pp. 13 ss.

MOZOS, DE LOS:
* La renuncia a la sociedad legal de gananciales, A.D.

531
C., 1960, pp. 63 ss.


OLIVARES JAMES: Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1324 del Código Civil, A.A.M.N., T. XXV, 1982, pp. 279 ss.

OPPO:
* Acquisti alla comunione coniugale e pregiudizio dei creditori personguali, Diritto di Famiglia, Scritti in onore di R. Niccolò, Milano, 1982, pp. 381 ss.


PANTALONI: Asociación y sociedad. (A propósito de una errata del Código Civil), A.D.C., Ene.-Mar., 1993, pp. 5 ss.


PARTTSCH: Griechisches Bürgerlichrecht, parte I, Leipzig und Berlin, 1907.


PEÑA BERNALDO DE QUIROS:
* La herencia y las deudas del causante, Madrid, 1967.
* Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, T. II, Madrid, 1993, pp. 682 ss.


PÉREZ SANZ: Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales, A.A.M.N., T. XXVI, 1985, pp. 7 ss.

PERLINGIERI: La familia en el sistema constitucional español, R.D.P., Feb., 1988, pp. 107 ss.


PRETEL SERRANO: Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, T. II, Madrid, 1993, pp. 708 ss.


* Problemi attuali di Diritto privato, Napoli, 1990.


QUIÑÉREO CERVANTES: Notas sobre el deber de contribución a las cargas de la familia, Homenaje al prof. J. Roca Juan, Universidad de Marcia, 1989, pp. 691 ss.

* Comentario a la S. 3 de junio de 1988, C.C.J.C., n° 17, 1988, pp. 573 ss.


534
RAVAZZONI: Lo scioglimento della comunione legale per il fallimento di uno dei coniugi, il diritto fallimentare e delle società commerciali, 1979, 1, pp. 65 ss.


REBOLLEDO VARELA:
* Deuda y responsabilidad en la sociedad de gananciales, La Ley, 1986, II, pp. 595 ss.


RIBERA PONT:
* Breves reflexiones sobre el reformado art. 1324 del Código Civil, R.C.D.I., 1982, pp. 743 ss.


ROCCO: Studi sulla teoria generale del fallimento, Rivista di Diritto commerciale, 1910, I, pp. 674 ss.


ROBERTIS, DE:
* Il nuovo regime patrimoniale della famiglia e la trascrizione immobiliare, Vita Notariale, 1976, pp. 5 ss.


SANZ VIOLA: La gestíde de los bienes gananciales y las adquisiciones a título oneroso y a costa del caudal común, realizadas por uno de los cónyuges por separado, R.C.D. 1., Nov.-Dic., 1987, pp. 1753 ss.

SCHLEISINGER:


SCHWERIN:
* Schuld und Haftung im geltenden Recht, München und Berlin, 1911.


SIMLER: Loi n° 85-1372 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, Juris-cl. civil, n° 3, 1986, pp. 3 ss.


STANZIONE: Obligazione contratta dal coniuge separatamente su bene proprio -destinazione del bene ai bisogni della famiglia- responsabilità della comunione, Questioni di Diritto patrimoniale della famiglia, Padova, 1969, pp. 279 ss.

STROHAI:
* Schuldübernahme, Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik, 1910, pp. 231 ss.
* Schuldpflicht und Haftung. Sonderabdruck aus der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für K. Binding.
München und Leipzig, 1914.


TERRE Y SIMLER: Les régimes matrimoniaux, Droit Civil, París, 1989.


T. TORRES: La administración de los bienes comunes en la sociedad de gananciales, R.D.P., 1985, pp. 723 ss.


VALLET DE COITISOLO: En torno de la naturaleza de la sociedad de gananciales (reflexiones que contienen otras de J.L. Lacruz en 1950), A.D.C., 1990, pp. 1021 ss.

VÁZQUEZ IRUZURIETA:

VELA SÁNCHEZ: La sistematización del pasivo ganancial y el art. 1770 del Cc., R.D.P., Junio, 1993, pp. 539 ss.


UNIVERSIDAD DE SEVILLA

Bajo el Tribunal Integrado por los jueces siguientes:

D. ANTONIO DE LA MERCED
D. JUAN DE LA FRANCA
D. PABLO DE LA ESPERANZA

Decreto de la Junta del Colegio Director.

Sevilla, 14 de septiembre de 1914.

El Vocal.

El Presidente.

El Secretario.

El Dotorado.

[Signaturas]

Alcálde