

La legitimación pasiva ante deudas pretendidamente gananciales contraídas por uno de los cónyuges

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. EL PROBLEMA DEL LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: 1. DERECHO POSITIVO: a) *Derecho vigente*, b) *Derecho derogado*.—2. FUNDAMENTO EN EL DERECHO ACTUAL. 3. LA INTERVENCIÓN PROCESAL DEL ESPOSO NO DEUDOR. 4. DECLARACIONES JURISPRUDENCIALES: a) *Acciones reales*. b) *Litigio que afecta al título de ocupación de la vivienda habitual familiar*. c) *Ejercicio de división de cosa común*, d) *Cónyuge comerciante*, e) *Acciones obligacionales*.—III. MARCO PROCEDIMENTAL PARA ACREDITAR LA GANANCIALIDAD DE LA DEUDA: 1. PROCESOS DECLARATIVOS, EJECUTIVOS Y PENALES. 2. PROCEDIMIENTO DE APREMIO DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO: LAS DEUDAS TRIBUTARIAS.—IV. CONCLUSIONES.

I. PRELIMINAR

En el Código Civil —CC— vigente, ante las deudas contraídas por una persona casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales, durante la vigencia del mismo, presupuesto que el patrimonio privativo del cónyuge deudor queda siempre sujeto a responsabilidad (art. 1.911) se ha previsto, en función del carácter del débito, una doble consecuencia a efectos de responsabilidad con el acervo ganancial: existen una serie de obligaciones —«deudas propias» o, mejor, privativas— que sólo facultan al acreedor, ante el incumplimiento de su deudor, para embargar dicho patrimonio con carácter subsidiario, previa excusión de los bienes privativos del esposo deudor y confiriendo al otro consorte, a quien ha de notificarse el embargo, la posibilidad de liberar de la traba la parte que tenga interesada en «la sociedad conyugal», según previene expresamente el artículo 1.373 (1); al

(1) Otra cuestión es el mecanismo a través del cual el cónyuge del ejecutado puede hacer valer el derecho de sustitución que le confiere en el plano sustantivo el artículo 1.373; en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

margen de estos supuestos, el legislador ha dispuesto que, ante la asunción por uno de los esposos de una serie de obligaciones —«gananciales»— y el consiguiente incumplimiento de las mismas, el acreedor pueda dirigirse directa e indiscriminadamente sobre la totalidad del activo ganancial para resarcirse de su crédito.

Sobre este último tipo de débitos —«gananciales»— recaerá en este momento nuestra atención, en concreto sobre los aspectos procedimentales de los mismos, especialmente sobre los problemas derivados de la legitimación pasiva, cuestión que ha desencadenado una amplia litigiosidad, sobre la que ha recaído una oscilante jurisprudencia y que, en fin, demanda, de manera urgente, una solución judicial clara, aunque sólo fuese por imperativo del más elemental principio de tutela judicial efectiva.

Todavía, en estas líneas introductorias, conviene apuntar, siquiera brevemente, los presupuestos de los que aquí se parte: aceptado que el legislador, por diversas circunstancias, permite que el patrimonio ganancial *in genere* quede sujeto a responsabilidad ante la asunción de obligaciones por uno de los esposos, al acreedor le corresponde, si quiere beneficiarse de tal ventaja, probar que su crédito se encuentra ubicado en alguno de tales supuestos excepcionales, pues en la actualidad no se presume que las deudas contraídas por una persona casada bajo el régimen legal tienen tal carácter «ganancial», como, con acierto ha venido sosteniendo la DGRN (2) y, además,

—DGRN— de 24 de septiembre de 1987 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi —RJA— 6572) y de 25 de marzo de 1988 (RJA 2567) se considera suficiente dirigirse al Juez que ordenó el embargo pidiendo que en la traba se sustituyan los bienes gananciales embargados por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad y en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.^a —SSTS—, de 6 de diciembre de 1989 (RJA 8805) y 26 de noviembre de 1990 (RJA 8950) se admite la tercería de dominio interpuesta por la mujer del deudor; sin embargo, es lo cierto que al cónyuge deudor ni siquiera se le concede audiencia y, cuando interpone la tercería de dominio para ejercitar los derechos que le confiere el artículo 1.373, nuestros Tribunales, después de negarle su condición de tercerista, lo remiten a que ejercite la facultad concedida en el artículo 1.373 por el cauce procesal que estime oportuno: SSTS de 13 de julio de 1988 (RJA 5992), 16 de mayo y 19 de julio de 1989 (RJA 3768 y 5227)..., solución que consideramos generadora de una auténtica indefensión para el consorte del deudor y de una situación de privilegio para el acreedor al margen de las previsiones del legislador; *vid.*, entre las últimas, también el rechazo de la tercería del dominio en SSTS de 26 de septiembre de 1988 (RJA 6859), 20 de marzo de 1989 (RJA 2186), 12 de junio y 2 de julio de 1990 (RJA 4754 y 5765) y 19 de febrero de 1992 (RJA 1320), si bien en ocasiones por un defectuoso planteamiento procesal del cónyuge no deudor o por concluirse que se trata de deudas gananciales.

(2) *Vid.* sobre la no presunción del carácter ganancial de las deudas contraídas por uno de los cónyuges, requiriendo, para que la ejecución se extienda también a los gananciales, que la sentencia dictada declare de forma indubitada su responsabilidad directa, Resoluciones de la DGRN de 16 de febrero, 24 de septiembre, 28 de octubre, 6 de noviembre y 12 de noviembre de 1987 (RJA 1067, 6572, 7664, 8732 y 8735), 5 de enero y 18 de marzo de 1988 (RJA 207 y 2467), 3 y 4 de junio y 18 de julio de 1991

con arreglo al Derecho vigente, «ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida» (art. 71 CC) y, en fin, que para que ello suceda, para que el patrimonio ganancial quede sujeto a responsabilidad de manera indiferenciada y directa, es preciso, como regla general, que hayan asumido la obligación ambos esposos (art. 1.367 CC) (3).

Sentado esto, que recae sobre el acreedor la carga de la prueba de la condición ganancial de las deudas contraídas por uno de los cónyuges sin el consentimiento de su consorte y prescindiendo de analizar en detalle cuáles son los presupuestos necesarios requeridos por el legislador para que pueda calificarse una deuda individual como apta para desencadenar directamente la afección del acervo ganancial *in genere* (a nuestro juicio, arts. 1.365-1.368 CC y 6-9 del Código de Comercio —CCom—) (4), centrare-

(RJA 4516, 4518 y 5444); véase, en cambio, STS de 25 de noviembre de 1991 (RJA 7979), en la que, *obiter*, se afirma que la prueba debe recaer sobre los esposos «por tratarse de una gestión doméstica cuyas particularidades íntimas escapan a cualquier acreedor»; *vid.* también, entre otras muchas, SSTs de 20 de marzo de 1989 (RJA 2186) y 15 de marzo de 1991 (RJA 2261), donde se utiliza el criterio del interés de la familia como presunción del carácter ganancial del débito de uno de los esposos; amplia información respecto de la aceptación por la doctrina de las conclusiones de la DGRN en SERRANO GARCÍA, *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, Barcelona, 1992, págs. 112-114, especialmente nota 175, en pág. 114.

(3) *Vid.* STS de 3 de junio de 1988 (RJA 4737), donde se destaca que del principio rector en sede de obligaciones consagrado en el artículo 1.367 se deduce que no existe indiscriminadamente «la posibilidad de afectar a los bienes comunes por la sola voluntad de uno de ellos», pues «el artículo 1.367, al establecer que los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, está revelando con esa genérica normativa que no responden, también genéricamente, de obligación contraída por uno de ellos sin el consentimiento del otro»; en igual sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial (AP) de Madrid, Sección 19, de 3 de febrero de 1992 (*Revista General de Derecho —RGD—*, junio 1992, núm. 573, págs. 5765-5770). En la doctrina, con claridad y de modo tajante, exponen que en la reforma de 1981 el principio general es la cogestión y codisposición: LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. IV, vol. 1.º, 3.ª edic. (reimpresión actualizada), Barcelona, 1990, págs. 449-450; DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, t. XVIII, vol. 2.º, Madrid, 1984, pág. 341; TORRES GARCÍA, «La administración de los bienes comunes», *Revista de Derecho Privado —RDP—*, 1985, pág. 732; RAGEL SÁNCHEZ, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987, pág. 69, y GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, 1991, págs. 62-66, citando estos dos últimos autores las opiniones de cierto sector doctrinal discrepante con tal conclusión.

(4) El TS (SS. de 20 de marzo y 19 de julio de 1989 —RJA 2186 y 5727—, de 2 de julio y 22 de octubre de 1990 —RJA 5765 y 8031—...), generalmente ha considerado también que los supuestos a los que se refiere el artículo 1.362 permiten que la responsabilidad consecuente pueda hacerse efectiva indiscriminadamente sobre el patrimonio ganancial, lo que no nos parece correcto, pues tal precepto se refiere a la relación interna entre los esposos a los efectos de determinar sobre qué patrimonio, el ganancial

mos nuestra atención en uno de los problemas que, como se ha adelantado, más conflictividad ha suscitado en la práctica forense, consistente en la forma de articular procesalmente la intervención en el pleito del esposo no deudor, cotitular de los mentados bienes gananciales, no con la finalidad de liberar de la traba una «parte» de los mismos al amparo del artículo 1.373 del Código Civil, sino, por lo que ahora nos interesa, en el momento previo al embargo, a los efectos de poder discutir la calificación —condición ganancial o no— de la deuda contraída por su consorte, finalizando el presente estudio con el análisis del marco procedimental adecuado para acreditar la ganancialidad de la deuda, así como con el ineludible corolario de cuanto se exponga.

II. EL PROBLEMA DEL LITICONSORCIO PASIVO NECESARIO

1. DERECHO POSITIVO

a) *Derecho vigente*

A nuestro juicio, adelantando las conclusiones que a continuación se desarrollarán, de los textos legales vigentes se deduce que cuando el acreedor, ante una deuda contraída en solitario por un cónyuge, pretenda agredir directamente los bienes gananciales, necesariamente habrá de invocar la norma excepcional en cuya virtud la actividad individual desata primariamente la responsabilidad con el acervo ganancial *in genere*, y resulta obligado que dirija su demanda, con petición de condena, contra el esposo deudor y que, igualmente, se dé traslado de la misma al otro consorte, corresponsable a los solos efectos de los artículos 1.369 del Código Civil y 144 del Reglamento Hipotecario —RH— si se trata de inmuebles inscritos, en cuanto cotitular de los bienes gananciales, para que el no deudor

o el privativo del cónyuge que contrajo la deuda, recaerá definitivamente el gasto, y de lo contrario quedarían prácticamente sin posibilidad de aplicación los artículos 1.364 y concordantes (arts. 1.319/3, 1.398/2.º, 1.398/3.º, 1.403...), referidos a los oportunos reintegros y reembolsos en dicho ámbito interno; tampoco compartimos el reiterado criterio jurisprudencial en cuya virtud se presume el carácter ganancial de las deudas individuales sobre la base de la presunción de la actuación de cada esposo en interés de la familia (*retro* nota 2 *in fine*) y, de igual modo, consideramos que la prueba de actuación en interés de la familia no tiene ninguna virtualidad para determinar si la sujeción a responsabilidad con el acervo ganancial, a diferencia de lo que sostiene, por ejemplo, en la STS de 16 de noviembre de 1990 (RJA 8950); *vid.*, en el mismo sentido, y allí información de opiniones en contrario, LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, págs. 420 y 436; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 45-52; RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 33 y 41-43, y GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, págs. 46-49, 342, 343, 368, 369 y 435-444.

pueda discutir también la calificación —condición ganancial o no— del débito (5) y sin que el acreedor pueda agredir los bienes privativos de este último salvo que pruebe que se trata de una deuda incluida en el artículo 1.319.1 del Código Civil, siendo en tal caso la responsabilidad subsidiaria, o que, tratándose de una carga del matrimonio que personalmente esté obligado a levantar, conforme al artículo 1.318.1 del Código Civil, el tercero ejercite una acción subrogatoria (art. 1.111 CC) en reclamación de contribución a las cargas del matrimonio no efectuada al cónyuge no deudor (6).

En efecto, como se señala en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 20 de julio de 1986 (7), «si la responsabilidad por las deudas de uno de los cónyuges se quiere que afecte a los bienes de la comunidad, deberá demandarse también al otro cónyuge no para que sea condenado al cumplimiento de la deuda a la que es ajeno, sino con la única finalidad que pueda impugnar la responsabilidad de los bienes comunes por esa concreta deuda; y este es el criterio que, con algunas correcciones, sigue

(5) Cfr. en igual sentido LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, págs. 437-438; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 257 y 312, para quien «el acreedor debe demandar al cónyuge deudor... y a su cónyuge como cotitular de la sociedad de gananciales, a los efectos de la efectividad de la condena» (pág. 312); CANO FERNÁNDEZ, «Un tema de oposición», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario —RCDI—*, 1983, pág. 1275, que propone «acudir al sistema ya admitido procesalmente por los Tribunales de dirigir la demanda también contra el cónyuge no deudor a los solos efectos de lo dispuesto en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario»; TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, 1984, vol. II, págs. 1718-1719, y REBOLLEDO VÁRELA, «Deuda y responsabilidad en la sociedad de gananciales», *La Ley*, 1986/2, págs. 600 y 603, quien lamenta que «... poco a poco se va perdiendo el uso de la fórmula "a los únicos efectos de lo previsto en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario" cuando también se demanda al cónyuge no contratante y se interpone la acción contra éste como si, en unión de su esposo o esposa, fuera deudor»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, págs. 251-252 y 274, y *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pág. 690; también RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 48, nota 135, señala que «se deberá indicar una fórmula que aclare la intención del demandante, como pudiera ser "se demanda también al cónyuge no deudor, a los efectos del artículo 1.369 del Código Civil", si se pretende agredir directamente los bienes gananciales (o... "a los efectos del párrafo segundo del art. 1.319" si la deuda tiene carácter doméstico)», si bien admite para probar el carácter ganancial de la deuda contraída por un cónyuge no sólo que sean demandados ambos esposos, sino también que se solicite la notificación de la existencia del procedimiento al no deudor (*ibidem*, págs. 49 y 78).

(6) Cfr. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, págs. 437-438; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 326, y REBOLLEDO VÁRELA, *op. cit.*, pág. 600; en contra, RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 60, sobre la base de la afirmación de LACRUZ de que «la pretensión de cada consorte a que el otro contribuya a las cargas es personalísima, intransmisible e inembargable y deriva inmediatamente del estado de cónyuge (*Elementos...*, cit., IV, 1984, pág. 116, donde, sin embargo, también admitía la *actio in rem verso* sobre la base del art. 1.318 para el supuesto del art. 1.319), que ya no figura en la actual edición.

(7) RGD, marzo de 1987, núm. 510, págs. 1126-1127.

el artículo 144 del Reglamento Hipotecario cuando los bienes afectados por la responsabilidad sean comunes e inmuebles», por lo que al haberse demandado sólo al marido deudor confirma la sentencia recurrida que había declarado que sólo a éste, único que contrató con la actora, «cabe exigir el cumplimiento de la obligación del pago del precio, por lo que la mujer fue correctamente absuelta de la demanda, quien, por otra parte, pudo ser demandada no para solicitar su condena, sino para que pudiera oponerse a la responsabilidad de los bienes comunes por la deuda reclamada al marido...»

Así, si el acreedor pretende que el patrimonio ganancial *in genere* responda directamente por tratarse de una deuda comprendida en los términos de los artículos 1.365 y concordantes al Código Civil, deberá de llevar a cabo «la designación de los cónyuges de los obligados a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario», como acertadamente se señala en la Sentencia de 11 de diciembre de 1990 de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.^a) (8), con cita en el mismo sentido de la Sentencia de la misma Sección de 26 de septiembre de 1989.

Esto es, por una parte, del hecho de que «de dicha deuda han de responder los bienes gananciales, no por ello han de ser aquéllas —las mujeres de los obligados— condenadas», en tanto que la responsabilidad con los gananciales por la actuación de uno «no implica que pueda condenarse a los cónyuges que no intervinieron en los contratos de cuyo cumplimiento se trata, puesto que con tal condena podría vincularse incluso los bienes privativos de las esposas, lo que en modo alguno deben responder de las obligaciones imputables a la sociedad de gananciales» (SS de la AP de Valencia, Sección 8.^a, de 27 de enero y 11 de diciembre de 1990) (9); pero, por otra parte, desde luego, sólo llamando y trayendo a juicio a ambos cónyuges puede cumplirse la doctrina sentada, con muy buen criterio, por la DGRN de que una condena de pago dictada contra un cónyuge sólo podrá hacerse efectiva sobre sus propios bienes, precisándose, para que la ejecución se extienda también a los gananciales, que la sentencia dictada declare de forma indubitada su responsabilidad directa (10).

En consecuencia, reiteramos que ante una deuda contraída en solitario por un cónyuge es inadmisibile que se demande a los dos, con petición de condena frente a ambos, pues pedir a quien no debe constituiría *pluris petitio*, en tanto que el esposo del deudor es un tercero ajeno a la relación jurídico-material que se discute en el proceso, de tal modo que la obligación, en cuyo nacimiento no ha intervenido, derivada de la deuda contraída

(8) *Actualidad Civil -AC—*, 62/1991.

(9) *AC*, 62/1991.

(10) RDGRN de 28 de octubre de 1987 (RJA 7664) y la mayoría de las resoluciones citadas en la nota 2.

por su consorte es para él una *res inter alios acta*, pues como expresamente destaca la citada Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 20 de julio de 1988 (11), «sólo puede exigirse el cumplimiento de la obligación a aquel de los cónyuges que la haya contraído voluntariamente o que deba cumplirla según la Ley, no al otro consorte totalmente ajeno al vínculo obligatorio», por lo que el no deudor —supuesto que contra él se dirigiese y aceptase una demanda con petición de condena— podría pedir la nulidad del juicio al amparo de los artículos 533.4.º ó 1.467.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC— (12); y asimismo resulta imposible que pueda interponerse la demanda contra la sociedad de gananciales, ya que ésta carece de personalidad jurídica (13).

Así pues, tratándose de deudas personales o propias, aunque no necesariamente resulten privadas, del esposo que ha originado la obligación, si el acreedor pretende responsabilizar directamente los bienes gananciales, la demanda con la correspondiente petición de condena ha de ser dirigida sólo contra el cónyuge deudor; pero puesto que el acreedor pretende obtener una declaración judicial expresa de afección directa de los bienes gananciales, en los que, sin duda, está interesado el otro esposo, también deberá de demandar al no deudor.

Ahora bien, la demanda contra el consorte del deudor no puede tener como pretensión que éste sea condenado al pago, que podría suponer, en todo caso, como hemos visto, un claro perjuicio para el esposo no actuante, en contradicción con lo dispuesto en los artículos 1.365 y 1.369 del Código Civil, que no imponen la responsabilidad sobre los bienes privativos del no deudor, dado que, en el supuesto de que el Juez, prescindiendo de consideraciones formales, admitiese tal demanda, la cualidad de demandado a todos los efectos del esposo no deudor le obligaría a responder con sus

(11) *RGD*, marzo 1987, núm. 510, pág. 1227.

(12) Cfr. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia*, t. I, 2.ª edic, Barcelona, 1974, pág. 273.

(13) Prescindiendo de exponer posiciones doctrinales ya superadas que pretendían atribuir personalidad jurídica a la sociedad de gananciales, así como antiguas resoluciones de la DGRN que no han encontrado eco posterior, que igualmente sostenían la personalidad jurídica de la sociedad de gananciales (RRDGRN de 15 de junio de 1892 *Gaceta del Notariado* de 23 de septiembre de 1892— y 18 de febrero de 1986 —*Gaceta* de 13 de marzo de 1986—), en la actualidad es uniforme la doctrina sostenida por el TS y la DGRN acerca de la consideración de «la especial naturaleza de dicha comunidad... sin constituir una verdadera persona jurídica, distinta de la personalidad del marido y de la mujer» (RDGRN de 19 de octubre de 1927, Colección de SSTs publicada por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia —RGLJ—*, t. 177, n. 101). *Vid.*, por todos, y allí amplia información sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales: VALLET DE GOYTISOLO, «En torno a la naturaleza de la sociedad de gananciales» (reflexiones que continúan otras de JOSÉ LUIS LACRUZ en 1950), *Anuario de Derecho Civil —ADC—*, 1990, págs. 1021 y sigs.

bienes propios de la deuda contraída por su consorte, en tanto que una vez que se haya ordenado despachar ejecución contra él en caso de impago o de no consignación de precio, al ser requerido de pago, se procedería al embargo de sus bienes, incluso sus bienes privativos, siendo muy dudosa en tal hipótesis la prosperabilidad de una tercería de dominio por cuanto si se ha admitido la demanda y se ha despachado ejecución es porque se ha reconocido a ambos cónyuges como deudores a todos los efectos (14).

En conclusión, la demanda contra el esposo no deudor ha de explicitar que su finalidad se dirige a que éste soporte la ejecución sobre bienes gananciales, cumpliéndose sólo así el principio contradictorio y permitiendo, sólo de este modo, que tal cónyuge pueda actuar en defensa de tales bienes (lo que, por otra parte, le permite el art. 1.385.2 CC), bien, como señala LACRUZ BERDEJO (15), personándose en el juicio para alegar frente a tercero la no ganancialidad del crédito en cuyo cobro se acciona, o, asimismo, como certeramente añade PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS (16), para alegar que su consorte no tiene ya, al momento de interposición de la demanda, los mismos poderes que, al tiempo de la contracción de la obligación, permitían la responsabilidad directa con los bienes gananciales (art. 1.388 CC) o que la sociedad de gananciales ya no existe como tal por la disolución de la misma previamente a la demanda.

b) *Derecho derogado*

Tal fórmula de dirigir la demanda contra el cónyuge deudor con petición de condena y frente al no deudor a los solos efectos de agresión directa de los bienes gananciales había sido propuesta, con determinados matices, con ocasión de adecuar el artículo 144 del Reglamento Hipotecario en su versión de 1959 a la normativa sustantiva entonces vigente tras la reforma del artículo 1.413 del Código Civil, desencadenante de la modificación del

(14) Cfr. para el derecho derogado: DE LA CÁMARA, «El nuevo artículo 1.413», *ADC*, 1960, pág. 470; BATALLA GONZÁLEZ, «Bienes de la sociedad conyugal según el Código Civil, el Derecho foral y la legislación hipotecaria», *RCDI*, 1962, pág. 621, y LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 470; y para el Derecho posterior a 1981, sin recoger la forma del Reglamento Hipotecario de 1982: RIFA SOLER, *La anotación preventiva de embargo*, Madrid, 1983, pág. 383; y ya para el Derecho vigente: RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 186; CARRASCO PERERA, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil —CCJC—*, núm. 12, pág. 4016, y GÓMEZ DE LA ESCALERA, «Las obligaciones "extracontractuales" de un cónyuge y el nuevo régimen de "responsabilidad" de los bienes gananciales (Especial consideración de las obligaciones derivadas de la circulación)», *La Ley*, 1985/1, pág. 1197.

(15) Cfr. *Elementos...*, cit., IV-1, pág. 437.

(16) Cfr. *Derecho de familia*, cit., pág. 251, y *Comentario Ministerio...*, cit., II, pág. 690.

Reglamento Hipotecario según DE LA RICA (17) y con el objeto de superar los inconvenientes de orden práctico que provocaba la exigencia de la demanda conjunta (18), entre otros, por DE LA CÁMARA (19) y por el profesor LACRUZ BERDEJO en su clásica obra de 1963 (20), en donde proponía que se interpusiese la demanda contra la mujer a los efectos del artículo 1.413 del Código Civil y había sido admitida, aun con reservas, por diversas resoluciones de la DGRN a partir de la Resolución de 11 de febrero de 1964 (21).

Sin embargo, poco después, HERCÉ QUEMADA, en 1966, en un artículo publicado con LACRUZ BERDEJO (22), objetó que «la demanda no podía

(17) DE LA RICA Y ARENAL, miembro de la Comisión redactora de la Reforma del Reglamento Hipotecario, justificaba la exigencia del nuevo artículo 144 del Reglamento Hipotecario de dirigir la demanda contra marido y mujer precisamente porque «la última reforma del Código Civil, al exigir el consentimiento de la mujer para actos dispositivos de bienes inmuebles gananciales, tenía que repercutir también en los casos de enajenación de esa clase de bienes en virtud de procedimiento de apremio, judiciales o administrativos...; si no fuera así, si se estimara que en esa clase de enajenaciones —forzadas, realizadas como consecuencia de procedimientos de ejecución— no regía el artículo 1.413 del Código Civil, las previsiones de éste y su finalidad protectora de la mujer serían fácilmente burladas, pues bastaría para ello con la simulación de deudas y la práctica de los llamados juicios o expedientes "convenidos"» *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, págs. 103-104.

(18) Un amplio sector doctrinal (DE LA CÁMARA, «El nuevo artículo 1.413», cit., ADC, 1960, pág. 418; VALLET DE GOYTISOLO, «La crisis del Derecho», RGJL, 1962, pág. 457; BATALLA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 621, y Cossío Y CORRAL, *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1963, pág. 113) había puesto de relieve que la exigencia del artículo 144 del Reglamento Hipotecario a partir de 1959 de dirigir la demanda contra ambos cónyuges cuando se trate de bienes inmuebles gananciales, con la finalidad de tutelar los intereses de la mujer, había conseguido justamente lo contrario de lo que se pretendía: los bancos (en concreto el Hipotecario) exigen para hacer préstamos al marido que la mujer se obligue solidariamente, y por tales razones, entre otras, SANZ FERNÁNDEZ, «LOS bienes gananciales en el Registro de la Propiedad», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 3.ª, vol. 1.º, Madrid, 1964, págs. 374-376, proponía volver al sistema anterior a 1959.

(19) Cfr. «El nuevo artículo 1.413», cit., ADC, 1960, pág. 417, donde consideraba preferible «que la demanda se dirija contra el marido y contra la mujer a los solos efectos de que se puedan embargar bienes inmuebles gananciales y de que en su día puedan dichos bienes ser enajenados por el Juez en rebeldía de la mujer si ésta no concurre a dar su consentimiento...», como «única fórmula que pueda hacer compatible la exigencia del nuevo Reglamento con la posición jurídica de la mujer dentro de la sociedad de gananciales».

(20) Cfr. *El Matrimonio y su economía*, cit., págs. 469-470, habiendo sido calificada tal fórmula como artificiosa por CÁNOVAS COUTIÑO, «Comentario a la Resolución de 11 de febrero de 1964», RCDI, 1964, págs. 349-355.

(21) RJA 847. De alguna manera, aun con reticencias, tal exigencia se continúa manteniendo en las Resoluciones de 20 y 21 de febrero de 1964 (RJA 850 y 1473), en las que se reconoce que el artículo 144 del Reglamento Hipotecario ordena que la demanda ejecutiva se dirija contra marido y mujer, y se añade que tal exigencia puede estimarse cumplida «si se extiende la demanda a la mujer al solo efecto de darle a conocer la existencia de la litis y hacer posible la enajenación futura».

(22) Cfr. «La reforma del artículo 144.1.º del Reglamento Hipotecario», *Revista de Derecho Procesal*, 1966, págs. 84-91, especialmente pág. 90.

dirigirse o extenderse a la mujer exclusivamente a ciertos efectos, ya que si ha de fijar la «persona contra quien se proponga», según dispone el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dicha persona o adquiere sin más la condición de parte demandada a todos los efectos, sin distinción, o si hay algún obstáculo legal no es parte en absoluto y a ningún efecto. En un juicio concreto, cuando se es parte se es de manera plena, es decir, con todos los derechos y con todas las cargas procesales. No se puede ser parte a medias, o sea, para unos efectos sí y para otros no».

Luego, HERCÉ QUEMADA, a cuyo parecer se suma LACRUZ BERDEJO (23), propone que «si de lo que se trata es de que la mujer tenga conocimiento de la existencia de la litis no hace falta que la demanda se dirija contra ella y basta con que en su momento se le dé traslado de la misma mediante entrega de copia a los efectos procedentes», por lo que concluye que la forma más idónea de interpretar el —antiguo— artículo 144 del Reglamento Hipotecario es «dirigir sólo la demanda contra el marido deudor (único legitimado pasivamente), pero expresando en ella por medio de otrosí que se acompaña copia de la misma a prevención, para que en el supuesto de embargo trabado sobre bienes inmuebles de la sociedad de gananciales se haga entrega personal de dicha copia a la mujer a los efectos procedentes».

Pues bien, dicha fórmula procesal hizo fortuna y terminó prevaleciendo en la doctrina del Centro Directivo a partir de la Resolución de 13 de abril de 1964 (24) y, más rotundamente, de las Resoluciones de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966 (25), que consideran suficiente, pese a la dicción literal del entonces vigente artículo 144 del Reglamento Hipotecario, que la demanda se dirija contra el marido y se notifique el embargo trabado a su esposa, lo que, además, tenía su aplastante razón justificativa en el propio derecho sustantivo, que configuraba al marido como administrador de la sociedad de gananciales (arts. 59 y 1.412) y representante de su mujer (art. 60 hasta su modificación en 1975), con facultades en exclusiva para que de sus obligaciones y deudas, contraídas a título oneroso, se responda con los bienes gananciales (art. 1.408.1 CC) (26).

(23) Cfr. HERCÉ QUEMADA y LACRUZ BERDEJO, *La reforma...*, cit., pág. 91; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, cit., I, págs. 273-275; *ibidem*, 3.^aedic., 1978, pág. 222.

(24) RJA 2030.

(25) RJA 5870, 5871 y 5872, asumidas en sus mismos términos, bajo la vigencia del derecho derogado, por las Sentencias de la Audiencia Territorial de La Coruña, Sala 1.^a, de 24 y 26 de julio y de 24 de noviembre, ésta de la Sala 2.^a, de 1984 (RGD, mayo 1985, núm. 488, págs. 1669-1670 y 1671-1673, respectivamente).

(26) *Vid.* en tal sentido, por todos, BATALLA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 620, quien destaca que «resultaba paradójico que pudiendo el marido por sí solo —sin perjuicio de las acciones que procedan por fraude o simulación— contraer deudas que obliguen a la sociedad de gananciales sea precisa la intervención de la mujer cuando esas deudas

2. FUNDAMENTO DE LA EXCEPCIÓN DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO
EN EL DERECHO ACTUAL

Ahora bien, a partir de mayo de 1981, modificado radicalmente el derecho sustantivo presupuesto del planteamiento procesal anteriormente analizado, deviene indudable concluir la exigencia de demandar a los dos cónyuges por constituir una consecuencia ineludible de la cotitularidad que ambos detentan sobre el patrimonio ganancial del principio rector de la igualdad jurídica de los esposos que rige, en la actualidad, sus relaciones (arts. 66 y 1.328), del que se deriva la necesidad de la actuación conjunta para responsabilizar directamente los bienes gananciales, recogida, como regla general, en los artículos 1.367, 1.375 y 1.377, a salvo los supuestos excepcionales contemplados en los artículos 1.365 y concordantes y de una correcta interpretación del artículo 1.385.2, todos ellos del Código Civil.

Tal principio se encuentra respetuosamente consagrado en el artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario, trascendental para lograr la plena eficacia del embargo trabado sobre inmuebles, que dispone, en congruencia con los preceptos civiles que desarrolla, clarifica, complementa y en absoluto o en modo alguno contradice, así como en consonancia con los preceptos constitucionales de los que traen causa todos los artículos anteriormente mencionados (arts. 10, 14 y 32 CE), que «para que sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes comunes durante la vigencia de la sociedad conyugal, incluso aun cuando uno solo de los cónyuges aparezca como deudor, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges», añadiendo que será suficiente la notificación al cónyuge no demandado tan solo «cuando se persigan bienes comunes, a falta o por insuficiencia de los privativos, por deudas propias de uno solo de los cónyuges, en el supuesto previsto en el artículo 1.373 del Código Civil».

Sin embargo, a pesar de su meridiana claridad, dicho precepto reglamentario ha sido desnaturalizado y alterado en sus propios términos, en la misma línea iniciada por las Resoluciones antes mencionadas de 1966, por la DGRN y el Tribunal Supremo (27), mereciendo tal interpretación irres-

vayan a hacerse efectivas sobre bienes de aquella sociedad declarada expresamente responsable de ellas»; y DE COSSÍO Y CORRAL, *op. cit.*, pág. 112, quien se preguntaba: «¿Qué utilidad tiene el reconocer a la mujer el derecho procesal de defensa si antes no se le ha reconocido intervención alguna en la creación de la causa obligatoria, si el marido por sí solo ha podido contraer la obligación cuya ejecución se pretende?»

(27) *Vid.* las Resoluciones de la DGRN de 28 de marzo y 15 de abril de 1983 (RJA 1662 y 2266), de 27 de mayo, 24 y 28 de noviembre de 1986 (RJA 3045, 6879 y 6881) y la STS de 26 de septiembre de 1986 (RJA 4790), que expresamente, a pesar del imperativo mandato del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, mantienen que «la exigencia de demanda conjunta a ambos cónyuges no guarda armonía con el carácter individual de

petuosa con el tenor literal del precepto reglamentario y con el espíritu de la reforma de 1981 el respaldo y complacencia de buena parte de la doctrina (28).

No obstante, justo es reconocerlo, LACRUZ BERDEJO (29), conforme al Derecho vigente, destaca, en los términos antes señalados, que habrá de demandarse al cónyuge no deudor para que pueda intervenir en la calificación de la deuda y, de igual manera, otro sector doctrinal [TORRALBA SORIANO (30), PUIG BRUTAU (31), REBOLLEDO VÁRELA (32), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (33),

la calidad del deudor, cualquiera que sean las masas patrimoniales que tal actuación individual haya podido sujecar a responsabilidad, ya que cuando la Ley establece que uno de los cónyuges como órgano social puede obligar los bienes gananciales haya que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja de unos bienes, en este caso gananciales, si hay incumplimiento, y sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha contratado con uno solo de ellos, así como tampoco obligar al cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso cuando, aunque se vea afectado, no está obligado ni directamente ni como fiador»; en igual sentido, SSTs de 20 de marzo y 16 de junio de 1989 (RJA 2186 y 4691).

(28) Cfr., a favor de la alteración del tenor literal del artículo 144 del Reglamento Hipotecario en el sentido iniciado por la doctrina de la DGRN de demandar al cónyuge deudor y notificar al no deudor incluso aunque se trate de deudas gananciales, CARRASCO PERERA, *CCJC*, núm. 12, pág. 4014, y RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 48-51, 78, 187-188 y 204; asimismo, se pronuncian en tal dirección ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «Sobre el embargo ganancial», *Revista de Derecho Notarial —RDN—*, 1986, págs. 158-159; GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, «Anotación preventiva de embargos sobre bienes gananciales. Comentarios al nuevo artículo 144 del Reglamento Hipotecario», en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, págs. 873-880, y CASERO MEJÍA, «Comentario a la Resolución de 7 de febrero de 1986», *RCDI*, 1986, págs. 889-892, quienes sólo consideran excepcionado de tal práctica de notificación al cónyuge no deudor el supuesto en que ésta sea adquirente y, en consecuencia, titular registral, en cuyo caso la demanda ha de dirigirse contra el titular registral, no siendo suficiente la notificación; también aceptan la doctrina de la Dirección General DE LA CÁMARA, «El embargo de bienes gananciales», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 16, 1986, págs. 94 y 99-102; «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *ADC*, 1986, págs. 500 y 508-511, y «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, mayo 1986, pág. 103, n. 202, y RUANO BORRELLA, «Comentario a la Resolución de 27 de mayo de 1986», *RCDI*, 1986, págs. 1854-1857, para quienes es suficiente la notificación al cónyuge no deudor incluso aun cuando sea titular registral; por último, se manifiestan conforme con dicha doctrina DE CASTRO FERNÁNDEZ, «Ganancialidad y tercería de dominio», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987, págs. 1021, y SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, págs. 123-124.

(29) Cfr. *Elementos...*, cit., IV-1, pág. 385, aun cuando se muestra reticente sobre la bondad del precepto reglamentario.

(30) Cfr. *Comentarios a las reformas*, cit., II, pág. 1719.

(31) Cfr. *Fundamentos de Derecho civil*, t. IV, 2.^a edic., Barcelona, 1985, pág. 148, y *Compendio de Derecho civil*, vol. IV, Barcelona, 1991, págs. 96 y 97.

(32) *Op. cit.*, pág. 603.

(33) Cfr. *Derecho de familia*, cit., págs. 249-251, y *Comentarios Ministerio*, cit., II, págs. 688-690.

GUILARTE GUTIÉRREZ (34) y BONILLA ENCINA (35)] ha venido exigiendo el escrupuloso respeto al tenor literal del artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario, lo que, a nuestro juicio, es correcto siempre que se admitan las matizaciones antes vistas en cuanto al contenido de la demanda dirigida al esposo no deudor, cuya pretensión sólo ha de venir referida a los efectos de posibilitar la intervención de éste en la determinación del carácter del débito.

Asimismo, en la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de las audiencias, existen cada vez más fallos que, al amparo de lo dispuesto en dicho precepto reglamentario y de conformidad con la recta interpretación del artículo 1.385.2 del Código Civil, estiman que una demanda dirigida contra uno solo de los cónyuges en la que se pretenda responsabilizar directamente a los bienes gananciales supone una defectuosa constitución de la relación jurídica procesal, que, aunque no afecta a la validez intrínseca de la referida relación, implica «la inutilidad o infructuosidad de la misma para conseguir la resolución de la cuestión de fondo planteada; en este sentido, su carencia constituye la falta de un presupuesto preliminar al fondo; deriva, pues, de la constatación de una *quaestio iuris*, a saber, la ineptitud jurídica del sujeto demandado para soportar, con la calidad que se le atribuye, las consecuencias jurídicas que se pretenden», por utilizar los términos con los que la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1991 (36) se refiere a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario que, en el caso enjuiciado, con acierto, aprecia.

De igual modo, el voto particular formulado por el Magistrado VILLAGÓMEZ RODIL a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1991 (37) da la adecuada orientación al problema cuando, después de afirmar que la responsabilidad patrimonial recae sobre los bienes comunes tanto en los supuestos contemplados, entre otros, en el artículo 1.365 como ante las deudas a que se refiere el artículo 1.362 —cuestión con respecto a la que hemos manifestado nuestra reticencia anteriormente—, concluye que «cualquier reclamación judicial que al efecto se plantee, para la más correcta constitución del proceso, ha de ser entablada contra ambos esposos (art. 144 RH..., a efectos de anotación registra!)».

(34) *Op. cit.*, págs. 293 y 528-539, con amplia información.

(35) Cfr. «El artículo 144 del Reglamento Hipotecario y la Dirección General de los Registros», *RCDI*, 1990, *passim*, y en conclusiones, págs. 94-99.

(36) RJA 5408, en un caso en que el actor demanda tan sólo al cónyuge que le vendió un bien perteneciente a la sociedad de gananciales, solicitando la condena al otorgamiento de la escritura pública y cuyos términos son reiterados para otro supuesto de hecho y a pesar de que en el caso no se aprecia la excepción por la STS de 14 de mayo de 1992 (RJA 4124).

(37) RJA 7860.

No compartimos, por lo dicho, que de los términos del actual artículo 1.385.2 del Código Civil se pueda deducir, como en ocasiones ha hecho el Tribunal Supremo, que cuando el negocio jurídico ha sido realizado por uno de los cónyuges es suficiente demandar a éste, que ha de entenderse que actúa en defensa del patrimonio común [SSTS de 10 de junio de 1985 (38) y de 24 (39) y 30 de octubre de 1990 (40)], siendo por tanto la situación en este punto sustancialmente análoga a la estatuida con anterioridad a la Reforma [STS de 9 de julio de 1984 (41) y SSAT de La Coruña, Sala 1.^a, de 22 de junio de 1985 (42) y de 29 de enero de 1986 (43)], en la que el

(38) RJA 3100, donde se señala que «resulta claro que si las esposas no fueron contratantes... no hay ninguna necesidad ni utilidad, civil ni procesal, de traerlas o llamarlas al pleito... con sus derechos en el patrimonio ganancial convenientemente protegidos a tenor de la doctrina general, sin olvidar lo dispuesto en el artículo 1.385 del Código Civil que faculta al cónyuge contratante para ejercitar por sí solo los derechos de crédito, sin perjuicio de su defensa por cualquiera de ellos por acción o excepción...»

(39) RJA 8045; en esta sentencia, que tendremos ocasión de comentar posteriormente, se rechaza la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada por la esposa al no haber sido demandada porque el Tribunal Supremo estima que tal excepción no procede «cuando ha litigado en todo momento el marido defendiendo intereses comunes y con el mismo interés...»

(40) RJA 8271; en el caso, una Comunidad de Propietarios interpone demanda sobre declaración de demolición de construcción urbana contra el marido sin citar en juicio ni tener como parte a su mujer, a pesar de pertenecer a la comunidad conyugal el bien objeto de la litis, rechazando el Tribunal Supremo la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, pues al amparo de lo dispuesto en el artículo 1385/2, «habiendo sido demandado el marido y compareciéndose por éste en las actuaciones en las que se litigaba sobre un bien común, ha de entenderse que actuó en defensa del mismo, no siendo por tanto necesaria la presencia de la esposa...»

(41) RJA 3803, en la que, enjuiciando un hecho acaecido durante la vigencia de la legislación derogada con arreglo a la cual se entendía suficiente demandar al marido deudor que actuaba en representación del patrimonio consorcial, pues el anterior artículo 1412 en relación con el 59, ambos del Código Civil, «estipulaba que el marido era el administrador... de la sociedad de gananciales con facultad para obligar su patrimonio (art. 1.408, deudas del marido) mediante la realización de actos y negocios jurídicos patrimoniales por sí y en su nombre...», se señala que el mismo planteamiento procesal debe persistir con arreglo al Derecho vigente, conforme al cual también se estima innecesario interponer la demanda contra el cónyuge no deudor; así, se dice que «no era necesario (ni tampoco hoy con la nueva normativa) traer a juicio o ser demandada la esposa, contra la cual el acreedor no ostenta acción, bastando con demandar al marido como representante y defensor del matrimonio común...», si bien a continuación se añade que procederá la desestimación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario «mientras la esposa ni impugne..., cual es el caso del recurso, en el que el marido, que ahora alega esa excepción, fue el contratante y obligado...»

(42) RGD, abril 1986, núm. 499, págs. 1559-1560, en la cual se especifica que «la necesidad de demandar a la esposa en los supuestos en que la demanda se refiera a bienes gananciales ha venido siendo negada por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa de los artículos 59, 1.412 y 1.413 del Código Civil en su

marido, como administrador de la sociedad de gananciales, tenía facultades para ser demandado en solitario en relación con los bienes de la sociedad [STS de 8 de noviembre de 1983 (44) y SSAT de La Coruña, Sala 1.^a, de 24 y 26 de julio y 24 de noviembre de 1984, ésta de la Sala 2.^a (45) y de la AT de Madrid de 18 de junio de 1984 (46)].

En nuestra opinión, aunque de la dicción literal del mentado precepto pudiera entenderse tan sólo que resulta conveniente, para garantizar la efectividad de la demanda, traer a los autos al cónyuge de quien contrató (SAP de Oviedo de 22 de febrero de 1989) (47) y siendo lo cierto que, desde luego, el artículo en cuestión en modo alguno impide que pueda demandarse a ambos esposos [SSTS de 9 de octubre (48) y de 11 de noviembre

anterior redacción...; y si bien es cierto que en la actual redacción del Código Civil se han introducido profundas modificaciones en la administración y disposición de los bienes gananciales, esa falta de necesidad de demandar a la esposa debe seguir manteniéndose..., ya que el artículo 1.385, párrafo 2.º del Código Civil dispone que cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o de excepción; y esa solidaridad activa en la defensa del patrimonio común implica una solidaridad pasiva que no exige el demandar a ambos cónyuges, sobre todo si se tiene en cuenta que... se presume que los cónyuges viven juntos (art. 69 CC), por lo que cada uno conoce y consiente las actividades del otro, y se presume también que actúan en interés de la familia..., por lo que al defenderse uno de los dos en juicio está defendiendo al otro..., procede desestimar la excepción alegada por el demandado de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber demandado a su esposa».

(43) *RGD*, mayo 1987, núm. 512, pág. 2957, al amparo de la legislación derogada, donde se señala que «el marido en su condición de administrador de la sociedad de gananciales tiene capacidad completa para defender los bienes de dicha sociedad en los juicios que se susciten sobre los mismos, sin necesidad de que sea demandada la mujer..., falta de necesidad de demandar a la esposa que ha sido mantenida con la redacción vigente del Código Civil en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.385, párrafo 2.º, del mismo...»

(44) *RJA* 6066, en la que se expone, de conformidad con una reiterada doctrina jurisprudencial, que con arreglo al derecho derogado «bastaba demandar al marido, puesto que él era a la sazón el administrador legal de la sociedad de gananciales, a tenor del artículo 1.412 del Código Civil...», añadiendo que «siendo el marido el administrador de la sociedad, con las amplias facultades que le estaban reconocidas para adquirir bienes, enajenarlos y defenderlos en los pleitos que se suscitaran, no tenía la mujer que ser demandada, máxime cuando al coincidir sus intereses con los de su marido, al defenderse éste defendía a la vez a aquélla...»

(45) *RGD*, mayo 1985, núm. 488, págs. 1669-1670 y 1671-1673 respectivamente, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la cual, al amparo de los derogados artículos 59 y 1.412 del Código Civil, se desestimó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por no haber demandado a la mujer en reclamaciones sobre bienes gananciales.

(46) *RGD*, diciembre 1984, núm. 483, págs. 2768 y 2769, donde se recogen abundantes precedentes jurisprudenciales del Tribunal Supremo bajo el imperio de la legislación derogada, conforme a la cual «no es necesaria la presencia simultánea, como parte, de la esposa en juicios que se susciten en relación con los bienes gananciales».

(47) *RGD*, mayo 1990, núm. 548, págs. 3893-3895.

de 1987 (49)], sin embargo, la correcta interpretación del párrafo segundo del artículo 1.385 del Código Civil, de acuerdo con su finalidad, «no significa más que cualquiera de ellos (los cónyuges) está legitimado para hacer dicha defensa, pero no que pasivamente haya de soportar con exclusividad el ejercicio de una acción que, por afectar a ambos, debió ser dirigida contra los dos», en perfecta coherencia con la reiterada doctrina que mantiene el Tribunal Supremo respecto del régimen general de la comunidad de bienes o derechos, en cuya virtud el hecho de que «cualquiera de los comuneros está legitimado para accionar en beneficio de la comunidad no significa, ni puede significar, en manera alguna, que las acciones de un tercero que sean susceptibles de afectar o perjudicar a toda la comunidad puedan ser ejercitadas indistintamente, a elección del mismo, contra cualquiera de los comuneros» (STS de 25 de enero de 1990) (50), así como de conformidad con la necesidad de demandar a todos los deudores en las obligaciones indivisibles (art. 1.139 CC) (51).

En cualquier caso, resulta claro que no existe litisconsorcio activo necesario, pues «cualquiera de ambos cónyuges... está legitimado para ejercitar acciones para la defensa de los bienes y derechos comunes, conforme establece el párrafo 2.º del artículo 1.385 del Código Civil» [SSTS de 19 de mayo y de 18 de diciembre de 1989 (52) y de 30 de septiembre de 1991 (53)], «con lo que en cierto modo se establece una regla similar a la que jurisprudencialmente se ha admitido para la defensa activa de los

(48) RJA 6929, en la cual se asume la declaración de las sentencias de instancia de considerar «inadmisible la excepción de falta de legitimación pasiva que respecto de la esposa de uno de los demandados se opone también por el recurrente, que olvida la corrección de extender la demanda de ella a efectos de la ganancialidad de los bienes cuya inscripción se postula en la demanda».

(49) RJA 8369, en la que expresamente se rechaza la falta de legitimación pasiva aducida por la parte demandada, «pues pedida la nulidad, inexistencia o rescisión de unos contratos de compraventa, realizados por los maridos para sus respectivas sociedades gananciales, no puede aducirse tal excepción procesal cuando se demanda, a mayor abundamiento, a las esposas... y sin que la facultad de defensa que concede el artículo 1.385.2.º a cualquiera de los cónyuges pueden privar en este caso al actor del derecho a traer el procedimiento a ambos esposos».

(50) RJA 24 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 4 de marzo de 1992 (AC 159/1992).

(51) STS de 22 de julio de 1991 (RJA 5408); cfr., en la doctrina, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *CCJC*, núm. 22, pág. 269.

(52) RJA 3778 y 8841.

(53) RJA 6076; en la doctrina ponen de relieve la inexistencia de litisconsorcio activo necesario: DÍEZ-PICAZO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, pág. 1773; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTERO, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 6.ª edic, Madrid, 1992, pág. 197; RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 78; DE LA CÁMARA, *La autonomía...*, cit., pág. 105; GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, págs. 279-280, y RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1992, págs. 230 y 276.

bienes en régimen de comunidad ordinaria» (SAT de Oviedo de 15 de junio de 1985) (54).

Sin embargo, de ello, de la ausencia de litisconsorcio activo necesario, por una parte, es discutible, a pesar de la autorizada opinión de DÍEZ-PICAZO (55), que pueda deducirse que la sentencia que decide la acción produce los efectos de cosa juzgada para ambos, pues, ante el silencio del legislador, no resulta forzado, como sostiene PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (56), aplicar analógicamente la doctrina jurisprudencial de la comunidad de bienes, en cuya virtud la sentencia dictada aprovecha al otro cónyuge si es favorable y no le perjudica si es adversa (57), y, por otra parte, es inadmisibles inferir que no existe litisconsorcio pasivo necesario cuando la reclamación verse sobre un bien de naturaleza ganancial a pesar de la introducción de la expresión «por vía de... excepción» en el supradicho artículo 1.385.2 del Código Civil, que, según hemos apuntado, no puede interpretarse como excluyente del litisconsorcio pasivo necesario, sino como reconocimiento a cualquiera de los esposos del derecho a ejercitar las excepciones que correspondan a la sociedad.

Por tanto, frente a otros fundamentos justificativos utilizados por el Tribunal Supremo para derivar la existencia de litisconsorcio pasivo necesario que, no sin razón, han sido criticados por la doctrina procesalista —la finalidad de impedir fallos contradictorios que menciona la STS de 16

(54) *RGD*, mayo 1986, núm. 498, págs. 1032-1033, donde se señala expresamente que «cabe, cuando se trate de bienes gananciales, que uno de los cónyuges sea demandante exclusivo en beneficio de la masa común sin lesionar con ello el litisconsorcio necesario activo...», siguiendo la idea expresada por DÍEZ-PICAZO, *op. cit. y loc. cit.*; *vid.* también Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete de 20 de septiembre de 1983 (*RGD*, diciembre 1984, núm. 483, pág. 2968) en la que, ante la alegación de falta de legitimación activa por no intervenir como demandante la esposa que concertó el contrato de compraventa se concluye que «aun cuando los compradores fueran dos y existiera una copropiedad del bien adquirido, cualquiera de los comuneros puede accionar en todo lo que beneficie al resto...»; *vid.*, por todas, para la comunidad ordinaria, STS de 8 de abril de 1992 (RJA 3023), en donde se pone de manifiesto que cualquier comunero ostenta legitimación para accionar en nombre e interés de la comunidad.

(55) Cfr. *Comentarios a las reformas*, cit., II, pág. 1774, y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., IV, págs. 197-198; en igual sentido, DE LA CÁMARA, *La autonomía...*, cit., pág. 105, y GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, págs. 280-281, para quien «los posibles quebrantos que al cónyuge que no ejercitó la acción puedan sobrevenirle se deberían resolver a través de los mecanismos compensatorios existentes en la relación interna del matrimonio».

(56) Cfr. *Derecho de familia*, cit., pág. 274, y *Comentario Ministerio*, cit., II, págs. 742-743.

(57) *Vid.* amplias referencias jurisprudenciales de tal doctrina en relación con la comunidad de bienes en las SSTS de 3 de febrero de 1983 (RJA 801) y de 23 de enero de 1989 (comentada por BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *CCJC*, núm. 19, págs. 93-106).

de diciembre de 1986 (58) o de evitar los efectos de cosa juzgada para terceros que no hayan sido oídos a los efectos de garantizar la eficacia de la sentencia e impedir sentencias incompletas a que se refiere la STS de 25 de septiembre de 1987 (59) o la necesidad de proteger el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada a que alude la STS de 24 de julio de 1989— (60), en aquellos procesos que se dirijan contra bienes o derechos de la sociedad de gananciales, el fundamento del litisconsorcio pasivo necesario radica precisamente en el principio de audiencia bilateral (la necesidad de intervenir los dos cónyuges en la calificación del débito y de discutir en presencia y con intervención de ambos si el mismo entra dentro de los supuestos excepcionados de intervención conjunta) y, sobre todo, en consecuencia, en la inescindibilidad de la relación jurídica sustantiva (la imposibilidad de llevar a cabo un esposo en solitario actos de enajenación de bienes gananciales o contraer obligaciones que afecten a los mismos salvo que previamente ambos hayan podido discutir si se trata de un supuesto

(58) RJA 7448; *vid.* negación de tal fundamento, y allí referencias, en SERRA DOMÍNGUEZ, «Concepto y regulación positiva del litisconsorcio», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1971, núms. 2-3, pág. 586; MUÑOZ JIMÉNEZ, «Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva», *RGD*, págs. 5762-5763, y GARBELLI LLOBREGAT, *CCJC*, núm. 26, pág. 660.

(59) RJA 6272; para una crítica de tal fundamento, y allí otras referencias jurisprudenciales, CORTÉS DOMÍNGUEZ, «El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Procesal*, 1976, págs. 398 y sigs.; igualmente, ALMAGRO NOSETE, *Derecho procesal*, t. I, vol. 1.º, 6.ª edic., Valencia, 1992, págs. 296, estima que «esta explicación no es convincente puesto que los efectos de cosa juzgada no pueden extenderse fuera de las partes»; y RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, t. I, 4.ª edic., Barcelona, 1990, pág. 285, quien pone de relieve que «la incorrección de este argumento es doble por cuanto, por un lado, allí donde hay extensión subjetiva de la cosa juzgada a terceros (art. 1.252.2.º CC) es seguro que no existe litisconsorcio pasivo necesario, y por otro lado, también debería ser pacífico que los límites subjetivos de la cosa juzgada vienen predeterminados por los elementos subjetivos que figuran en la demanda y, por lo tanto, los terceros no litigantes no resultan afectados por la sentencia»; asimismo, MUÑOZ JIMÉNEZ, *op. cit.*, págs. 5761-5762, quien razona en contra de tal justificación del instituto alegando que, de aceptarse tal razonamiento, «convendría meditar que se está impulsando al actor... a formular nueva demanda contra persona hasta ese momento no inquietada y cuyos intereses estaban resguardados merced a la limitación a las partes de los efectos del proceso..., con lo que en tales hipótesis acaba por ocurrir que la figura del litisconsorcio necesario ya no tutela al tercero, sino que puede que aún lo perjudique; y no parece que sea misión de los órganos jurisdiccionales, en el orden civil contencioso, asesorar a los justiciables, ni menos fomentar la litigiosidad».

(60) RJA 5775; en la actualidad la doctrina niega, con razón, la concepción de la sentencia como ficción de verdad, pues ni la sentencia es un silogismo ni tiene como fundamento la veracidad de las pruebas o de los razonamientos jurídicos ni es una declaración de verdad sino de voluntad, siendo absolutamente incompatible la presunción *iuris et de iure* de la veracidad de la cosa juzgada con sus límites objetivos. *Vid.*, por todos, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, 8.ª edic., Madrid, 1979; págs. 431-432, y PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho procesal*, I, 2.ª edic., Pamplona, 1985, págs. 793-794.

excepcional), fundamento que ha sido más reiteradamente utilizado por el Tribunal Supremo y que es aceptado por la doctrina como explicación más satisfactoria del instituto (61).

Con base en tal presupuesto, ante una demanda dirigida contra uno de los cónyuges mediante la que se pretenda conseguir la afección de los bienes gananciales, el Tribunal, como pone de relieve la mentada STS de 22 de julio de 1991 (62), ha de limitarse respecto del esposo demandado «a constatar la insuficiencia —de éste—... para provocar el efecto pretendido y poner de manifiesto la incompleta integración del contradictorio»; «en otras palabras, su inidoneidad jurídica, pese a ser capaz procesalmente, para ser sujeto pasivo de la relación jurídica material deducida... por no tener el sujeto demandado el poder jurídico reconocido por la Ley que le habilita para ello, por lo que no se le puede condenar a soportar declaraciones o realizar actos o prestaciones que están fuera de su disponibilidad, como ocurre con las vinculaciones jurídicas de carácter inescindible o indivisible».

Así pues, la importancia de la apreciación de esta excepción radica en ser una «cuestión de orden público procesal que puede y debe ser revelada de oficio cuando se aprecia su falta en la constitución de los sujetos que componen la parte demandada», como sigue diciendo la paradigmática Sentencia citada de 22 de julio de 1991, aspecto resaltado en otras ocasiones por el Tribunal Supremo (63) que, si bien ha sido discutido por la doctrina procesalista y no deja de ser cuestionable (64), sin embargo, ha sido acep-

(61) Fundamentan la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en la inescindibilidad de la relación jurídico material debatida en el proceso que impone que hayan de ser demandadas todas las personas que necesariamente han de integrar la relación sustantiva cuestionada las SSTS de 9 de julio de 1984 (RJA 3803), de 21 de marzo de 1985 (RJA 1195), 22 de marzo de 1986 (RJA 1468), 29 de abril y 9 de junio de 1992 (AC 843 y 1072/1992); en tal sentido, en la doctrina, y allí muchas más referencias jurisprudenciales, justifican tal fundamento, ligado a las sentencias que acogen acciones constitutivas: RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 286-287; ALMAGRO NOSETTE, *op. cit.*, págs. 293-294; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, t. II, vol. 1.º, 2.ª edic, Barcelona, 1989, pág. 46; FERNÁNDEZ LÓPEZ, en DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil*, vol. I, Madrid, 1991, pág. 495; MORENO CATENA, *CCJC*, núm. 3, págs. 805-806; GÓMEZ DE LIANO, *El proceso civil*, I, Oviedo, 1990, pág. 61; MUÑOZ JIMÉNEZ, *op. cit.*, págs. 5752-5759; MASCARELL NAVARRO, «Comentario a la STS de 25 de enero de 1990», *RGD*, 1990, págs. 8888-8889, y GARBERI LLOBREGAT, *op. cit.*, págs. 660-661, aunque éste niega que el fundamento sea el principio de audiencia.

(62) RJA 5408, produciéndose en iguales términos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 4 de marzo de 1992 (AC 159/1992).

(63) SSTs de 24 de mayo y de 14 de noviembre de 1986 (RJA 2821 y 6390) y de 9 y 12 de junio de 1992 (AC 1072 y 1085/1992), y las en ellas citadas.

(64) RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 289, considera que «esta doctrina es, con todo, sumamente cuestionable»; vid. la STS de 14 de mayo de 1992 (RJA 4124), en la que se considera «sumamente dudoso que, a la vista de los artículos 238-240 de la Ley

tado por el Tribunal Constitucional —TC—, Sala 1.^a, en la Sentencia 77/1986, de 12 de junio (65) y que precisamente adquiere su plena virtualidad en aquellos casos —de crisis matrimonial, de connivencia entre acreedor y cónyuge deudor...— en que difícilmente va a tener conocimiento del proceso el cónyuge no demandado.

3. INTERVENCIÓN PROCESAL DEL CÓNYUGE NO CONTRATANTE

Precisamente estos supuestos extremos de difícil relación conyugal o de confabulación fraudulenta de las partes intervinientes en el negocio jurídico ponen de relieve las ventajas en punto a la tutela judicial efectiva de la apreciación de litisconsorcio pasivo necesario frente a la posibilidad, por lo demás de absoluta viabilidad, si no se acepta tal excepción (66), de intervención adhesiva por parte del cónyuge no deudor que propone Díez-Picazo (67), cuya prosperabilidad se patentiza ante la decisión de la Sentencia del Tribunal Constitucional —TC— 6/1992, de 16 de enero, que puede ser extendida por analogía al caso que nos ocupa (68) y que resulta técnicamen-

Orgánica del Poder Judicial, conforme a una interpretación concorde con el espíritu del artículo 24 de la Constitución, se pueda, en segunda instancia, introducir de oficio la *exceptio plurium consortium*, sin dar oportunidad a las partes de que expongan lo conveniente a su derecho...»

(65) BOE, núm. 159, de 4 de julio de 1986, *Jurisprudencia Constitucional (JC)*, t. XV, págs. 251 y sigs., en la que se desestima el recurso de amparo interpuesto ante la apreciación *ex officio* de la existencia del litisconsorcio pasivo necesario realizado por la STS de 3 de diciembre de 1984, que al no decidir sobre el fondo del asunto lesiona, a juicio del solicitante de amparo, su derecho a la tutela judicial efectiva, que reconoce el artículo 24 de la Constitución, examinando el Tribunal Constitucional la pretendida incongruencia de la sentencia y la situación de indefensión en que la misma coloca al solicitante, «sin entrar a decidir el mayor o menor acierto que fuera del marco estrictamente constitucional el Tribunal sentenciador pudiera haber tenido al acoger el litisconsorcio pasivo necesario y la doctrina jurisprudencial sobre ella establecida en materia de casación civil por ser tema extraño a la jurisdicción de este Tribunal».

(66) Si se aprecia litisconsorcio pasivo necesario, es prácticamente imposible solucionar el defecto por medio de una intervención voluntaria en la medida en que dicho defecto determinará la absolución de la instancia. Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 318, y FERNÁNDEZ LÓPEZ, en DE LA OLIVA-FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 520, quien, sin embargo, admite que «si, pendiente el proceso, el litisconsorte preterido anuncia su deseo de intervenir en el proceso debe ser admitido como parte y en igualdad de condiciones que los demás litigantes».

(67) Cfr. *Comentarios a las reformas*, cit., II, pág. 1774, cuyo razonamiento es asumido en sus mismos términos por RAMS ALBESA, *La sociedad*, cit., págs. 276-277.

(68) Sala 1.^a. BOE de 13 de febrero de 1992. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 130, febrero 1992, págs. 35 y sigs. En dicha sentencia se estima el amparo solicitado por la arrendataria ante el rechazo por el Juez de Instancia del recurso de nulidad contra la diligencia de desalojo del piso a través del procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en el que la arrendataria no había participado; cfr.

te mucho más correcta que la propuesta de GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO (69), quienes propugnan recurrir a la figura del coadyuvante, pues, como ha destacado DE LA CÁMARA (70), si el consorte del deudor lo que pretende es que se levante el embargo, parece lógico que no pueda hacerlo como teórico coadyuvante, que intervendría, entonces, en el proceso en sentido contrario al que le es propio.

En efecto, es inobjetable la posibilidad del esposo no deudor de participar en el pleito por medio de la intervención adhesiva; mas para que ello resulte eficaz ha de admitirse que el interviniente —cónyuge no deudor— 10 es en calidad de parte a todos los efectos, sin limitarse, a diferencia del coadyuvante, a colaborar en la defensa de su consorte demandado [STS de 17 de octubre de 1961 (71) asumida en sus mismos términos por la STS de 11 de mayo de 1992] (72); con todo, tal propuesta tiene el inconveniente de que el interviniente —esposo no deudor— debe aceptar el proceso en el estado en que se encuentre, pues éste no retrocede en su curso; de lo que se concluye que las posibilidades reales de defensa del tercero disminuyen

LASARTE ALVAREZ, «La ejecución hipotecaria y la tutela judicial efectiva del arrendatario (notas de urgencia a la STC de 16 de enero de 1992)», *Tapia*, enero-febrero 1992, págs. 7-9.

(69) *Op. cit.*, pág. 880.

(70) Cfr. *La sociedad*, cit., pág. 511, nota 339.

(71) RJA 3604 en la que se permite al interviniente continuar el proceso en las sucesivas instancias aunque el demandado se había allanado; tal figura de intervención adhesiva carece de regulación legal en nuestro derecho y en la doctrina procesalista; en consecuencia, se han propuesto diversas formulaciones, distinguiéndose la *intervención adhesiva simple*, injerencia de un tercero en un proceso pendiente, para evitar el perjuicio jurídico que le puede ocasionar por los efectos reflejos de la cosa juzgada la derrota procesal de una de las partes de la *intervención principal*, que supone que un tercero dirige una demanda simultáneamente frente a las partes en un proceso que está sustanciándose, solicitando una tutela jurídica incompatible con el interés del actor y demandado en el proceso que resulta puramente teórica y bien diferente a las tercerías según destaca FERNÁNDEZ LÓPEZ en DE LA OLIVA/FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 513-516; por tanto, prescindiendo de la intervención principal, por no ser el caso, al no tener el cónyuge no demandado un derecho propio y distinto sobre el objeto del proceso y centrándonos en la intervención adhesiva, existen dos orientaciones al respecto: por una parte, defienden, como en el texto, que por la intervención adhesiva el interviniente no es mero coadyuvante de la parte demandada, sino que la actividad procesal del interviniente es libre, salvo modificar la pretensión ejercitada en la demanda, reconociéndole su posición de parte autónoma: FERNÁNDEZ LÓPEZ, *ibidem*, págs. 518-519; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 322-323; MONTERO AROCA, *op. cit.*, pág. 53, y CORDÓN MORENO, «El coadyuvante de la Administración: revisión de la doctrina tradicional», *La Ley*, 1991/3, págs. 1001-1003; por otra parte, asimilan la figura del interviniente adhesivo al coadyuvante, sin que, por tanto, pueda alegar pretensiones distintas: PRIETO CASTRO, *op. cit.*, págs. 397, 400 y 401; GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, págs. 166-167, y ALMAGRO NOSETTE, *op. cit.*, págs. 297-298, para quien la intervención adhesiva no se manifiesta en la adopción de una posición de parte diferenciada de las iniciales, lo que reserva la intervención principal.

(72) RJA 3896.

a medida que han transcurrido las oportunidades procesales (73), todo lo cual evidencia la mayor garantía que representa para los derechos del consorte del deudor la excepción del litisconsorcio pasivo necesario, apreciable de oficio.

Por otra parte, frente a la posible alegación de antieconomicidad procesal que comporta la excepción del litisconsorcio pasivo necesario, la supra-dicha Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1991 (74) pone de relieve que «después de la reforma de 1984 y tras las novedades introducidas en la regulación del juicio de menor cuantía nada impide, y así resulta aconsejable cuando la necesidad del litisconsorcio sea manifiesta, que en el acto de la comparecencia, previsto por el artículo 693, se proceda a salvar la carencia de este presupuesto preliminar a la entrada en el fondo, bien se haya aducido por las partes o se aprecie de oficio por el Juez», consideración asumida, para el mismo supuesto, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 4 de marzo de 1992 (75) y, para otro caso, *obiter dictum*, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1992 (76) y que es sostenida, aún con reticencias y también con alguna opinión en contrario, por la doctrina procesalista (77).

Asimismo, la presencia en el proceso del cónyuge preterido, antes de que se produzca una sentencia absolutoria de la instancia por apreciación del defecto, puede conseguirse mediante la acumulación de autos (STS de 24 de mayo de 1986) (78), planteando una demanda contra dicho esposo

(73) Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 322-323.

(74) RJA 5408.

(75) AC 159/1992.

(76) RJA 4124.

(77) Así, MONTERO AROCA, *op. cit.*, pág. 48, entiende que «esta solución es muy discutible, pero una jurisprudencia progresiva podría llegar a ella»; más claramente acepta la posibilidad MUÑOZ JIMÉNEZ, *op. cit.*, pág. 5763; tajantemente en contra se manifiesta MASCARELL NAVARRO, *op. cit.*, págs. 8893-8894, al estimar que «la falta de litisconsorcio pasivo necesario no puede subsanarse en el plazo de diez días —previsto en dicho art. 693.3 LEC— porque el derecho de defensa del litisconsorte no demandado exige que se retrotraiga el procedimiento al momento en que se interpuso la demanda», exponiendo la opinión favorable a la subsanación de la falta de litisconsorcio pasivo necesario en la comparecencia del juicio declarativo de menor cuantía de CALVO SÁNCHEZ, BONET NAVARRO y MUÑOZ SABATÉ, quien recientemente ha insistido en la línea de la citada STS de 22 de julio de 1991, cuyo pronunciamiento alaba («De cómo salvar la excepción de litisconsorcio en la comparecencia previa», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1992, núm. 2, págs. 228-229).

(78) RJA 2821, donde, con cita de la STS de 28 de abril de 1953 (RJA 1959), en un caso de retracto arrendaticio rústico, se señala que «cuando el autor conoce después de la demanda la enajenación posterior está obligado a dirigir la acción conjuntamente contra los dos adquirentes, y solicitada esta ampliación es deber de los Jueces otorgarla si se halla el juicio en el período expositivo, y ello sin perjuicio de la acumulación de acciones autorizada por el artículo 156 de la LEC, a la que, para estos supuestos, se refiere la Sentencia de 11 de enero de 1967» (RJA 380).

litisconsorte y solicitando la acumulación de procesos al amparo del artículo 161.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 162.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con lo que ambos procesos terminarán con una sola sentencia común a ambos cónyuges litisconsortes (79).

Luego si se admite que es necesario que los dos esposos intervengan como partes en la discusión del carácter de la deuda contraída por uno de ellos, en tanto en cuanto en la calificación de débito como ganancial ambos están interesados (principio de audiencia bilateral) y si se acepta que, para ello, no es suficiente con la mera notificación al cónyuge no deudor de la realización de un embargo, pues aquella sólo le otorga la oportunidad de intervenir en lo que se refiere a la práctica de la traba y no en las secuencias previas que conducen a la creación o al uso del título para ejecución (80), y, en fin, si se tiene en cuenta que el derecho sustantivo (art. 1.373) faculta al consorte del deudor a intervenir en una ejecución en marcha tan sólo para pretender la sustitución de la traba, la más elemental justicia conmutativa exige la superación de todos los obstáculos procesales alegados por HERCÉ QUEMADA y LACRUZ BERDEJO para el derecho anterior a fin de que el acreedor tenga la posibilidad de extender subjetivamente la demanda al esposo no deudor (81) en los términos antes vistos como presupuesto previo —y necesario— para postular el carácter ganancial de la deuda, lo que deviene imprescindible para que se puedan agredir indiscriminadamente los bienes gananciales *in genere* (principio de la inescindibilidad de la relación jurí-

(79) A juicio de RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 289, esta es la única fórmula para conseguir actualmente la presencia en el proceso de uno de los litisconsortes preteridos, si bien añade que dicha solución, «desde luego, tampoco es económica», aceptan también tal remedio procesal FERNÁNDEZ LÓPEZ, en DE LA OLIVA/FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 501, quien reconoce que «se trata, sin duda, de una utilización algo atípica del instituto de la acumulación de autos, pero en la práctica se usa habitualmente para ésta y otras finalidades aún más alejadas de la intención del legislador»: MONTERO AROCA, *op. cit.*, pág. 48; GÓMEZ DE LIAÑO, *op. cit.*, pág. 62, y MUÑOZ SABATÉ, *op. cit.*, pág. 527.

(80) Cfr. PRIETO CASTRO, «Algunas notas con ocasión de la ponencia del doctor de la Cámara "El embargo de bienes gananciales"», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1986, núm. 16, pág. 147.

(81) Vid. REY PORTÓLES, «Comentario a la RDGRN de 29 de mayo de 1989», *RCDI*, 1990, pág. 625, que propone, en los supuestos de disolución de la sociedad de gananciales y adjudicación de los bienes embargados al cónyuge no deudor, que se admita que se demande en todo juicio ejecutivo a los dos esposos, al no deudor sólo como responsable y *ad cautelam* de la aparición de unas capitulaciones celéreas o bien que se permita, a instancia del actor si es el caso, elucidar frente al cónyuge adjudicatario si la deuda por la que se embarga es o no ganancial, concluyendo que «supérese por los procesalistas todas las objeciones que pudieran derivarse de las reminiscencias actuales de la vieja idea de *litis contestado*, que yo modestamente desde mi cómodo parcial papel de espectador *ex libris* procuraré dar margen temporal para esa atrevida aventura jurídico-procesal, SUSPENDIENDO Y NO DENEGANDO... los mandamientos dirigidos contra el cónyuge que se cree ya seguro tras el burladero de su asiento».

dico material); y a tal conclusión estimamos que puede llegarse a partir del análisis del Código Civil (art. 1.385.2), que mandata —implícitamente— superar los posibles impedimentos provenientes de pura dogmática procesalista al igual que se ha admitido en otros ámbitos (82), para lo cual no se le puede negar legitimación, puesto que, como destaca PRIETO CASTRO (83), «el Código Civil, en su texto originario y según ulteriores reformas, ha sido sede apropiada para establecer las normas procesales inseparables que nuevas reglas materiales exigían...»

4. DECLARACIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LEGITIMACIÓN PASIVA

Así las cosas, en lo que se refiere a este aspecto, la legitimación pasiva y la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, compete ahora abordar el recorrido jurisprudencial antes anunciado, para lo cual, dado que de la doctrina consagrada en nuestros Tribunales de Justicia «no se puede colegir que en cualquier tipo de acciones que de alguna manera repercutan sobre bienes gananciales deberá demandarse necesariamente y sin excepción a ambos esposo en vez de a uno de ellos, lógicamente habrá que estar a la naturaleza y proyección de la acción entablada en cada caso concreto», como acertadamente indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 24 de abril de 1989 (84).

Es decir, en la medida en que «en este género de situación, la jurisprudencia de la Sala no reviste caracteres absolutos de exigir el ejercicio conjunto de la acción por la parte actora frente a un demandado que estuviere casado», en términos empleados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1989 (85), será menester analizar detalladamente los distintos supuestos en los que se pueden plantear controversias al respecto para ver de concluir una solución con validez general, puesto que, en fin, como resalta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 1.^a, de 15 de enero de 1991 (86), «la invocada indefensión no opera

(82) La RDGRN de 18 de mayo de 1987 (RJA 3924), en relación a una demanda planteada en reclamación de los gastos comunes al amparo del artículo 9.5.º de la LPH, señala que «si en el momento de interponerse la demanda el piso o local hubiese pasado a poder de tercero en quien no concurra la condición de deudor personal de las mensualidades reclamadas, también contra él deberá dirigirse aquélla, pero no en cuanto a la pretensión personal de obtención de una sentencia condenatoria al pago, sino en cuanto a la real por la que se pretende el reconocimiento y traslado al Registro de una afección real ya existente por disposición legal...»

(83) Cfr. *Algunas notas...*, cit., pág. 149.

(84) RGD, enero-febrero 1990, núms. 544-545, págs. 1028-1029.

(85) RJA 4295.

(86) RGD, núm. 567, diciembre 1991, págs. 11615-11516.

nunca en abstracto, ni al margen del caso concreto y sin referencia al desarrollo legal orgánico y ordinario en que dicho derecho —a la defensa— toma cuerpo, concreción y sustantividad propios».

Por todo ello, porque en ocasiones no es fácil dilucidar el tipo de acción ejercitada, así como en aras a una mayor sistemática del presente trabajo, en tanto que todos los problemas concernientes a la legitimación pasiva encuentran su fundamento último en el artículo 1.385.2 del Código Civil —y, en su caso, art. 144.1.1 RH— e, incluso, en el artículo 24 CE, del que resultan trasunto ambos preceptos, es por lo que, a continuación, y con anterioridad a exponer en concreto el supuesto específico que constituye el objeto inmediato de nuestro estudio, la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en su aspecto pasivo ante la pretensión del acreedor de agredir directamente la totalidad del patrimonio ganancial como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contraídas por un sólo cónyuge, se analizará, en primer lugar, la legitimación pasiva ante el ejercicio por el acreedor de acciones que no tengan relación directa con la previa contracción unilateral de obligaciones, precisamente porque, generalmente, la jurisprudencia ha diferenciado los requisitos procedimentales que ha de cumplimentar aquél en función de que la acción ejercitada tenga carácter real o, supuesto que estamos analizando, personal, siendo menos rigurosa la jurisprudencia en este último tipo de acciones, lo que, según se verá, no nos parece correcto si la pretensión del acreedor se dirige directamente contra la totalidad de los bienes gananciales, en cuyo caso ha de cumplir iguales exigencias, con independencia del carácter, real o personal, de la acción ejercitada, lo que igualmente acontece, según también se expondrá con carácter previo al estudio de la problemática procesal derivada del ejercicio de acciones personales cuando el pleito tenga como objeto el título de ocupación de la vivienda habitual de la familia o se trate del ejercicio de una acción de división de cosa común en la que una cuota tiene carácter ganancial o la pretensión se fundamente en lo dispuesto en los artículos 6-9 del Código de Comercio.

a) *Acciones reales*

Pues bien, en los casos en que el acreedor ejercite acciones reales contradictorias o limitativas del dominio inscrito de los bienes gananciales, es innegable la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, según apuntó la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1983 (87), aun

(87) RJA 1039, en la que se aprecia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario «al no haber sido llamada a debate la esposa del recurrido y cotitular del piso objeto de reivindicación, con menoscabo del principio de legitimación registral que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria proclama...»

siendo representativa de la situación anterior a 1981 en la que no era tan unánime la conclusión (SAT de La Coruña de 18 de junio de 1984) (88), lo que también debe ser estimado incluso «aunque tal acción no pueda calificarse con nitidez como contradictoria de tal inscripción registral», siempre que suponga «una transformación relevante y de suma importancia de tales bienes gananciales» (SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de abril de 1989) (89).

Asimismo, tal excepción ha de ser apreciada en todos los supuestos en que afecte «la acción deducida a la configuración y estado de un bien perteneciente a la sociedad de gananciales» (S de 19 de mayo de 1990 de la AP de Madrid, Sección 13) (90) o en los casos en que «el contrato es firmado sólo por uno de los cónyuges... pero precisa el consentimiento de la esposa... por tratarse de venta de bienes inmuebles» si se pretende que ésta tenga lugar, por poner como ejemplo el supuesto resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.^a) de 22 de abril de 1991 (91).

Así, se aprecia litisconsorcio pasivo necesario cuando se entabla una acción negatoria de servidumbre (92) que se proyecta sobre un supuesto predio dominante, ganancial, demandando tan sólo al marido y no a su mujer [SS de 18 de septiembre de 1988 de la AT de Burgos (93) y de 22 de junio de 1988 de la AP de Salamanca (94)], pues «la sentencia estima-

(88) RGD, mayo 1985, núm. 488, págs. 1661-1662, donde se desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario ante el ejercicio de una acción contradictoria del dominio inscrito de una casa ganancial sin demandar a todos los que figuran como propietarios.

(89) RGD, núms. 544-545, enero-febrero 1990, págs. 1028-1029.

(90) RGD, núm. 552, septiembre 1990, págs. 6785-6786.

(91) RGD, núm. 564, septiembre 1991, págs. 8075-8076.

(92) En la doctrina, y allí información, sobre la aplicación del artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria —LH— a la acción negatoria, SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1947, pág. 365; CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, 2.^a edic, Madrid, 1989, pág. 308; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 1986, pág. 127; GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Madrid, 1988, pág. 308, y HERNANDO COLLAZOS, *El principio de legitimación registral y su tratamiento jurisprudencial*, Madrid, 1990, págs. 38-39.

(93) RGD, núm. 543, diciembre 1989, págs. 8494-8495, en la cual se afirma que «de estimarse la demanda, la sentencia que se dictase habría de afectar negativamente, y perjudicándola, a la dicha esposa no demandada, significando una condena *inaudita parte*».

(94) *Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales en material civil y penal* Ministerio de Justicia y BOE, 1988-89, núm. 405, págs. 286-287, donde se señala que «la postura adoptada por la parte actora que demanda a nombre de los dos esposos en consecuencia de ser bien ganancial aquel sobre el que afecta la servidumbre... exige igual trato para con la parte demandada; esto es, que teniendo igual consideración de ganancial el que afecta a los demandados, se demande la marido y a la esposa, que no van a ser de peor condición o exigirles un trato procesal diferente».

toria de la misma afectaría necesariamente a los dueños de la finca presuntamente dominante» (SAT de La Coruña de 18 de mayo de 1984) (95) o cuando se reclaman daños causados por un edificio ganancial, en tanto que la petición se fundamenta precisamente en que los esposos son dueños del piso (SAT de La Coruña, Sala 1.^a, de 5 de octubre de 1987) (96).

De igual modo, procede estimar la excepción litisconsorcial cuando se ejercita una acción reivindicatoria (97) sobre bienes gananciales sin demandar a ambos cónyuges [SS de 7 de abril (98) y 9 de abril de 1987 (99) de

(95) *RGD*, mayo 1985, núm. 488, pág. 1658, en la que se aprecia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido dirigida la acción negatoria de servidumbre contra todos los copropietarios de la finca presuntamente dominante.

(96) *RGD*, junio 1988, núm. 525, págs. 4074-4075, en la cual, ante la reclamación de daños y perjuicios ocasionados por sendos pisos gananciales habiéndose dirigido la demanda sólo contra los maridos, se aprecia la excepción litisconsorcial, pues las esposas también «tienen intereses afectados por la decisión que recaiga en el presente juicio», sobre la base de que en tanto que los maridos compraron los pisos en estado de casados y por tanto son gananciales, «era necesario demandar a las esposas, ya que tanto la gestión como la disposición de bienes gananciales corresponde a ambos cónyuges, según el artículo 1.375 del Código Civil; y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71 del mismo Código, ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiese sido conferida, por lo que no es suficiente el demandar al marido como cogerente de la sociedad de gananciales como se hizo en el presente caso».

(97) En la doctrina es unánime la consideración de la reivindicatoria interpuesta contra el titular registral como prototipo de acción real contradictoria del dominio inscrito, lo que igualmente, con algunos matices, se mantiene en diversas decisiones del Tribunal Supremo; *vid.*, y allí referencias, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 365; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. I, 7.^a edic, Barcelona, 1979, pág. 518; CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, pág. 308; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *op. cit.*, pág. 126; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 2.^a edic, Madrid, 1986, pág. 587, nota 27; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 764, y HERNANDO COLLAZOS, *op. cit.*, págs. 32-36.

(98) Sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña de 7 de abril de 1987, *RGD*, núm. 525, junio 1988, pág. 4072, donde se concluye que «procede estimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario al reivindicarse una finca que viene siendo disfrutada por un matrimonio, a espaldas de la esposa, demandándose sólo al marido, por cuanto no puede ofrecer duda que, caso de prosperar la demanda, resultaría afectada por ella la mujer, sin haber sido oída ni vencida en juicio, procediendo en consecuencia su desestimación, sin resolver en cuanto al fondo de la cuestión...»

(99) Sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña de 9 de abril de 1987, *RGD*, núm. 525, junio 1988, págs. 4058-4059, en la que se acude a lo dispuesto en el artículo 1.252 del Código Civil para acceder a la excepción aludida por el marido demandado, fundamentada «en el hecho de no haberse demandado también a su esposa al haberse adquirido el derecho sobre la finca litigiosa constante matrimonio», siendo que el actor «ejercita una acción reivindicatoria, pretendiendo al mismo tiempo y junto con la recuperación posesoria de la finca objeto de acción la expresa declaración del dominio de la comunidad actora sobre ella», negándose que «tras la reforma operada en el régimen matrimonial regulado en el Código sustantivo por la Ley de 13 de mayo de 1981 pueda ya acudir a la consideración del marido como administrador de la sociedad de gananciales para solventar los problemas de legitimación pasiva en los procesos que afectan a bienes inmuebles de la sociedad, cuando lo

la AT de La Corana, Sala 1.^a) o cuando se insta la nulidad de una compraventa y, en consecuencia, se reivindica un bien ganancial [STS de 4 de abril de 1988 (100) y S de 19 de febrero de la AP de Córdoba, Sección 2.^a (101)] o, también, cuando se solicita la rescisión de una venta que afecta a bienes gananciales (STS de 6 de febrero de 1990) (102).

En efecto, aunque, en puridad, acaso el ejercicio de una acción de nulidad no pueda considerarse como «una acción real, sino que si se declara la nulidad del contrato se produce como consecuencia un efecto restitutorio, lo cual no es igual a ejercitar una acción reivindicatoria... Si a los contratantes ha de restituirse las prestaciones declarada la nulidad (art. 1.303), ello no es consecuencia de que la sentencia les reconozca la propiedad sobre las mismas, sino por la ineficacia del instrumento usado para su intercambio, abstracción hecha del derecho real que ostentan sobre lo transmitido» (STS de 4 de noviembre de 1991) (103); sin embargo, como hemos señalado,

que ahora impera es el principio de igualdad jurídica de los cónyuges... del que deriva un sistema de administración y disposición de los bienes gananciales conjunta o compartida por los esposos...»

(100) RJA 2651, si bien en el caso el marido adquirente había inscrito en el Registro de la Propiedad —RP— el bien objeto de discusión «para sí y para la sociedad conyugal», señalándose que el artículo 1.385.2 del Código Civil «no permite sea interpretado como legitimador del desconocimiento o ignorancia uno de los cónyuges respecto de la situación de agresión a los bienes en común y, desde luego, no puede eximir al accionante de la observancia de constituir debidamente la relación referenciada. Que contra la obligatoriedad de la debida constitución de la repetida relación no puede entrar en juego ninguna presunción acreditativa, más o menos, de que el cónyuge no demandado conociera la existencia de la demanda que recayera sobre bienes de la sociedad económico-conyugal». A nuestro juicio, y sin perjuicio de reiterar que la razón justificativa última del fallo se encuentra en la intervención del cónyuge adquirente para la sociedad conyugal, creemos que la solución debe irradiarse para cualquier supuesto de adquisición de bienes por uno de los esposos, constante el régimen, pues la declaración atributiva del carácter ganancial en el acto de adquisición a que se refieren los artículos 1.347.3.º del Código Civil y 93.4 del Reglamento Hipotecario es innecesaria para la asignación de tal condición al bien adquirido ante la presunción del artículo 1.361 del Código Civil cohonestada con el principio de la subrogación real.

(101) RGD, núm. 567, diciembre 1991, págs. 11473-11475.

(102) RJA 665, en donde ante la pretensión del actor, casado, la parte demandada solicita en reconversión la nulidad o rescisión de una compraventa de un bien ganancial, y habida cuenta que sólo puede dirigirse contra el actor «y no pudiendo por ello la demandada haber dirigido su reconvención sobre las dichas nulidad o rescisión contra la esposa...» se estima la excepción litisconsorcial.

(103) RJA 7931, en la que se utiliza tal razonamiento para excluir la jurisdicción de los Tribunales españoles sobre la acción de nulidad de un contrato de venta de inmuebles ejercitada entre esposos alemanes con base en el Derecho alemán; *vid.*, con todo, al respecto la consideración de la acción de nulidad de los contratos inscritos como contradictoria del dominio en SSTs de 6 de marzo de 1954 (RJA 985), 6 de mayo de 1955 (RJA 1565), 3 de octubre de 1979 (RJA 3235) y 20 de octubre de 1981 (RJA 3813); y en igual sentido, en la doctrina y allí referencias, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 365; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 516; ALVAREZ CAPEPOCHIPI, *op. cit.*, pág. 127; PEÑA

dado que el resultado perseguido mediante el proceso —la salida del patrimonio ganancial del bien adquirido como consecuencia del contrato cuestionado—, atendiendo a las reglas del derecho material, sólo puede ser alcanzado frente a los dos cónyuges, ha de concluirse que ambos deben ser demandados, pues «en las acciones de nulidad de relaciones contractuales o en que se demanden derechos que conlleven tal nulidad o la presupongan han de estar presentes los directamente perjudicados por la declaración suplicada» (STS de 2 de septiembre de 1991) (104), razonamiento que, igualmente, es aplicable para el supuesto de rescisión (105).

De la misma manera, resulta correcto estimar la existencia de litisconsorcio pasivo necesario cuando se ejerce una acción resolutoria de un contrato de compraventa mediante el que se ha adquirido un bien ganancial (STS de 25 de enero de 1990) (106), sin perjuicio de que no será necesario demandar ni tan siquiera notificar el embargo al cónyuge no adquirente si lo que pretende el acreedor es trabar embargo sobre un bien cuyo precio todavía no se le haya pagado en parte, en cuyo caso el artículo 1.370 consagra la responsabilidad directa del bien adquirido, sin más exigencias para el acreedor que justificar el impago, total o parcial.

Frente a esta acertada orientación jurisprudencial, estimamos discutibles, o al menos carentes de validez general, los pronunciamientos contrarios a la existencia de litisconsorcio pasivo necesario en el supuesto de acciones reales, de los que puede ser exponente la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1987 (107), en la que, ante el ejercicio de una acción negatoria de servidumbre respecto a un bien ganancial, habiéndose dirigido la demanda sólo frente al marido, el Tribunal Supremo, frente a la exigencia aducida por la parte recurrente de que debió ser traída al proceso

BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales*, cit., pág. 587, n. 27; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 767, y HERNANDO COLLAZOS, *op. cit.*, págs. 39-43.

(104) RJA 6042.

(105) Las SSTs de 6 de marzo de 1923 (Colección oficial de SSTs publicada por la *RGLJ*, t. 158, núm. 98) y 19 de noviembre de 1960 (RJA 3751) habían estimado aplicable lo dispuesto en el artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria a la acción rescisoria por fraude de acreedores, a pesar de no pronunciarse sobre su carácter contradictorio, lo que parece negar la confusa STS de 4 de febrero de 1986 (RJA 412). En la doctrina consideran que tiene carácter contradictorio, y allí más información sobre tal condición: SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 365; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 516; ALVAREZ CAPERO-CHIPI, *op. cit.*, págs. 126-127; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, págs. 768-770, y HERNANDO COLLAZOS, *op. cit.*, págs. 43-47.

(106) RJA 24, en un caso en que de nuevo el marido manifiesta que adquiere o compra «para su sociedad conyugal», cuya solución es susceptible de extrapolación con independencia de tal declaración, según se ha señalado con ocasión de referenciar el supuesto enjuiciado en la STS de 4 de abril de 1988; sobre el carácter contradictorio de la acción resolutoria, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 365, y ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 516.

(107) RJA 7490.

la esposa del demandado, no aprecia la existencia de litisconsorcio pasivo necesario «por fundamentarse la pretensión ejercitada en una relación jurídica en la que sólo aparecen como elementos subjetivos suficientes el demandante y el demandado», citando en apoyo de su argumentación el contenido del artículo 1.385.2; en igual dirección, que no compartimos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 27 de julio de 1985, ante la pretensión de la parte actora de resolución del contrato de arrendamiento suscrito por el marido, considera innecesario demandar también a la mujer (108).

Por otra parte, a pesar de no tratarse, en rigor, de verdaderas acciones contradictorias de dominio, según reiterada jurisprudencia, la excepción de litisconsorcio pasivo necesario ha de ser apreciada cuando se ejercita una acción de retracto (109) por el que se dice titular arrendatario de una finca, a la sazón ganancial, contra el comprador de la misma, sin haber demandado a su esposa, en tanto que «el éxito del retracto entrañaría un acto dispositivo sobre un bien inmueble perteneciente a la sociedad de gananciales...» (SAT de Burgos de 14 de octubre de 1987) (110) o, por la misma razón, cuando se solicita la elevación a escritura pública de la venta por uno de los cónyuges de un bien ganancial (STS de 22 de julio de 1991) (111).

(108) *La Ley*, 5765/1985-4, págs. 401-404, donde se afirma que del artículo 1.385.2 del Código Civil se deduce que «basta su sola comparecencia en juicio —del marido arrendatario—, en calidad de demandado, para poder oponerse a las pretensiones del actor excepcionado, sin necesidad de que haya de ser demandado nominativamente el otro cónyuge», y en consecuencia se desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada, si bien en el caso también se rechaza la pretensión del actor que había solicitado la resolución del contrato por no uso de la vivienda al amparo del artículo 62.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (dado que la desocupación obedecía a una justa causa: la falta de condiciones para servir al destino convenido imputable al demandante).

(109) El Tribunal Supremo no considera preciso impugnar el asiento anterior en supuestos de retracto convencional (STS de 3 de mayo de 1955, RJA 1561) o legal (STS de 22 de febrero de 1956, RJA 1500) sobre la base de que la acción de retracto no es contradictoria sino subrogatoria del dominio, conclusión asumida por la doctrina (por todos, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, III bis, *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1984, pág. 147, y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales*, cit., pág. 588, n. 28), que en modo alguno se contradice con la necesidad de dirigir la demanda frente a ambos cónyuges si el bien retraído tiene carácter ganancial, según se verá en el texto.

(110) *RGD*, núms. 529-530, octubre-noviembre 1988, pág. 6273, donde se añade que, por ello, «... la sentencia que se dictase había de afectar a la esposa, que no podrá ser condenada sin ser oída por no haber sido llamada al proceso; y sin que se oponga a todo ello lo consignado en el párrafo segundo del artículo 1.385 del Código Civil, porque si bien es cierto que cualquiera de los cónyuges puede ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o de excepción, lo que en modo alguno puede el actor es dejar de llamar a ambos esposos al proceso».

(111) RJA 5408, y con los mismos términos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 4 de marzo de 1992 (AC 159/1992); en igual sentido

Por tal motivo, no compartimos la solución de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de noviembre de 1990, Sección 11.^a (112), que, en un caso de ejercicio de retracto de un bien ganancial, dirigiéndose la acción sólo contra la adquirente y no contra su marido, no aprecia la excepción litisconsorcial alegada, si bien, en el supuesto concreto, el pronunciamiento de la Audiencia no carece, desde el punto de vista de la justicia material y equidad, de justificación, pues en la compraventa en cuestión no se hace referencia al marido y luego se omitió proporcionar tal dato a la actora, aunque, desde luego, no compartamos el criterio que, *obiter dictum*, se sostiene, en cuya virtud «si la mujer aparece en la compra, investida en la representación de la sociedad de gananciales, de modo genérico... resulta evidente el reconocimiento de una legitimación pasiva íntegra en la esposa...»

En esta misma línea, tampoco consideramos acertado, fundamentalmente por las afirmaciones que realiza, el fallo contenido en la Sentencia de 19 de mayo de 1988 de la Audiencia Territorial de La Coruña (Sala 2.^a) (113),

se producen las Sentencias de 13 de septiembre y 18 de diciembre de 1990 de la Audiencia Provincial de Valencia (AC 175/1990 y 63/1991) y 14 de febrero de 1991 de la Audiencia Provincial de Avila (*La Ley*, 13.724-R/1991), y para la comunidad hereditaria la STS de 22 de marzo de 1990 (AC 611/1990), siendo de distinta opinión el fallo de la STS de 21 de noviembre de 1991 (RJA 8475), donde se desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en un caso en el que, ante la solicitud de elevación a escritura pública de la venta de una parcela por un copropietario sin la intervención del resto de copropietarios, considera bien entablada la relación jurídico procesal en su aspecto pasivo mediante la demanda dirigida exclusivamente contra el copropietario que intervino en el contrato, dado que la venta sólo impone al vendedor la obligación de entregar la cosa vendida o, en su caso, su equivalente económico; *vid.* también la STS de 5 de junio de 1992 (AC 1049/1992) en la que, correctamente, se concluye que es suficiente demandar a la esposa en la correspondiente elevación a escritura pública del documento privado de compra de un piso con posterioridad a la separación del matrimonio adquirido por aquella con propio dinero, pues su marido es ajeno a la cuestión debatida en el proceso; por último, sobre la no consideración de la acción de condena al cumplimiento de contrato como contradictoria del dominio, STS de 16 de octubre de 1978 (RJA 3077), y en la doctrina, LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., III bis, pág. 147; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales*, cit., pág. 588, n. 28; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, págs. 779 y 780, y HERNANDO COLLAZOS, *op. cit.*, págs. 62-64, lo que, en nuestra opinión, no empece la conclusión mantenida en el texto en relación a la excepción litisconsorcial para el supuesto de que el cumplimiento del contrato suponga la enajenación de un bien que forma parte del acervo ganancial.

(112) *RGD*, núm. 561, junio 1991, págs. 5239-5241.

(113) *RGD*, núm. 535, abril 1989, págs. 2549-2550, en la cual se afirma que la solidaridad activa en la defensa del patrimonio común que consagra el artículo 1.385.2 «implica una solidaridad pasiva que no exige demandar a ambos cónyuges, sobre todo si se tiene en cuenta que, salvo situaciones anormales en el matrimonio, que en el presente caso ni siquiera se han alegado, se presume que los cónyuges viven juntos (art. 69 CC), por lo que cada uno conoce las actividades del otro, y se presume que actúan en interés de la familia, ya que al defenderse uno de los dos en el pleito está defendiendo el patrimonio ganancial; y todo ello sin perjuicio de los mecanismos legales que el

en el que, considerando de aplicación el vigente artículo 1.385.2, sin embargo, no se aprecia litisconsorcio pasivo necesario en un caso en que se demanda sólo al marido, propietario del piso, por obras de elevación de edificación realizadas durante el matrimonio, gananciales en virtud de lo dispuesto en el derogado artículo 1.404, aplicable por razón de la fecha de las obras y en cuyos Tribunales no parece que se haya tomado nota de la casación que la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1988 (114), por este motivo, llevó a cabo respecto de la Sentencia de 23 de junio de 1986 de su Sala 1.^a (de la AT de La Coruña).

b) *Litigio que afecta al título de ocupación de la vivienda habitual familiar*

Sobre el tema objeto de estudio en este epígrafe, la suficiencia de la demanda dirigida contra el esposo titular del derecho en virtud del cual se ocupa la vivienda habitual de la familia siendo la consecuencia derivada de la estimación de la pretensión del actor la pérdida o disminución del título de ocupación de la vivienda por el grupo familiar, ha recaído una importante Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia 135/1986, de 31 de octubre (115), en la que, interpretando ampliamente el contenido

propio Código Civil pone en manos de la esposa (o en su caso del marido) en los casos de actos que causen dolosamente daño a la sociedad de gananciales o sean realizados en fraude de los derechos al otro cónyuge (arts. 1.390-1.391 CC)».

(114) RJA 2651.

(115) BOE, núm. 276, de 18 de noviembre de 1986, JC, t. XVI, págs. 222 y sigs.; sobre el carácter ganancial del derecho arrendaticio, por otra parte no directamente conectado con la excepción litisconsorcial, se ha pronunciado también en otras ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: así la STC, Sala 2.^a, 211/1988, de 10 de noviembre {BOE, núm. 297, de 12 de diciembre de 1988, JC, t. XXII, págs. 524 y sigs.} anula la sentencia del órgano jurisdiccional por no contener razonamiento alguno relativo a la pretensión de la esposa de que el local había sido arrendado en favor de la sociedad de gananciales, lo que contraviene el artículo 24 de la Constitución; también la STC, Sala 1.^a, 159/1989, de 6 de octubre {BOE de 7 de noviembre de 1989, JC, t. XXV, págs. 189 y sigs., comentada por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, CCJC, 1989, núm. 21, págs. 915 y sigs., asumida en sus mismos términos por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.^a, de 20 de abril de 1991, RGD, junio 1992, núm. 573, págs. 6030-6031} otorga el amparo a la esposa ante la sentencia que accedió al desahucio entablado por el arrendador al estimar que la atribución a la esposa e hijos del local de negocio ganancial por parte del Juez de divorcio sin notificárselo al arrendador incidió en cesión ilegal; y de modo distinto la STC 126/1989, de 12 de julio {BOE, núm. 189, de 9 de agosto de 1989, JC, t. XXIV, págs. 573 y sigs.} deniega el amparo a la esposa ante el mismo supuesto de sentencia que consideró que la atribución del uso del bien ganancial (en el caso, vivienda familiar) por el Juez de divorcio sin notificación al arrendador incidía en cesión ilegal. Como se ve, la condición del contrato de arrendamiento suscrito constante el régimen de gananciales

de los artículos 1.320 y 96 del Código Civil, se exige que la demanda se dirija contra ambos cónyuges, aún cuando el contrato —de arrendamiento— por virtud del cual se disfruta de la vivienda hubiese sido suscrito por uno de los esposos, en términos que con posterioridad desarrollaremos.

Pues bien, la misma Audiencia de La Coruña citada en último lugar en el apartado anterior desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario aún tratándose de un litigio sobre el título de ocupación de la vivienda familiar (S de la Sección 1.^a de la AP de La Coruña de 11 de junio de 1991) (116), considerando inaplicable al caso la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 1986, oportunamente alegada, que la audiencia circunscribe tan sólo a los supuestos de «matrimonio separado y con intereses absolutamente contrapuestos entre los cónyuges» y, en parecidos términos, se produce la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5.^a, de 8 de octubre de 1991 (117), que, igualmente, circunscribe el fallo del Tribunal Constitucional a los supuestos de crisis matrimonial y, en consecuencia, al residir ambos cónyuges en la vivienda, considera innecesario llamar a la litis al cónyuge del demandado arrendatario.

Desde luego la solución de las audiencias provinciales de La Coruña y de Oviedo antes mencionadas no constituye una interpretación jurisprudencial aislada; en esta misma línea se situaban, con anterioridad al referido pronunciamiento del Tribunal Constitucional, algunas decisiones jurisprudenciales, de las que podemos destacar, por su cercanía en el tiempo al fallo del Tribunal Constitucional, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 22 de septiembre de 1986 (118), cuyo criterio, sin embar-

por uno de los esposos y, por lo que nos interesa, los derechos que la actual normativa confiere a su consorte, son cuestiones que han suscitado una variada problemática en la que, como es obvio, no nos podemos extender, siendo suficiente a los efectos que nos interesa apunta que el Tribunal Constitucional, en los fallos antes destacados, incluida la STC 126/1989, estima de modo más o menos explícito, que la protección constitucional del derecho a la vivienda familiar se realiza en base al reconocimiento a ambos esposos de una cotitularidad material con independencia de quién sea el titular formal del contrato.

(116) AC 137/1991.

(117) AC 125/1992.

(118) *La Ley*, 8271-R/1986-4, pág. 955, en la que se estima que dado que «el contrato de inquilinato, cuya resolución de objeto de la acción de autos se concluyó de modo personal y en forma verbal entre el titular dominical de la vivienda y el demandado-apelante, sin que en el mismo hubiera intervenido la esposa de éste último... dirigida así la acción contra el titular originario, no es admisible la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario»; véase, incluso, tal solución a pesar de que el contrato de arrendamiento —en el caso de un local de negocio— fue suscrito por los dos esposos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 27 de julio de 1985 (*La Ley*, 5756/1985-4, págs. 401-404) y, mejor, con criterio distinto, si bien en el caso el tema no se centraba en la apreciación de la excepción litisconsorcial, Sentencia de la

go, fue modificado, con posterioridad al fallo del Tribunal Constitucional en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 8 de marzo de 1988 (119).

Asimismo, una tal interpretación restrictiva de la legitimación pasiva en el mismo supuesto en el que el litigio afecta a la vivienda familiar habitual siendo arrendatario sólo uno de los cónyuges y limitando la apreciación de litisconsorcio pasivo necesario a aquellos supuestos de «probada crisis matrimonial y la atribución en exclusiva de la vivienda a la esposa» se mantiene en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 5 de febrero de 1987 (120) que, dado que en el caso ocurre tal situación, declara que «la relación jurídica procesal no se ha constituido adecuadamente, a causa de no haberle demandado a la esposa, dándose con ello lugar a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario» y que también carece de relevancia significativa, incluso interpretada *a contrario* porque, aún siendo posterior a la Sentencia del Tribunal Constitucional, no parece haberla tenido a la vista y ni siquiera la cita, a pesar de tratarse prácticamente del mismo supuesto de hecho.

En cualquier caso, desde el referido pronunciamiento del Tribunal Constitucional, tal dirección jurisprudencial debe estimarse superada, pues, como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1991 (121), «la necesidad del litisconsorcio... ninguna duda ofrece cuando se trata de vivienda habitual», resultando correcta la línea jurisprudencial que estima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario cuando el litigio afecta a la vivienda habitual familiar, sea bien privativo o ganancial (SAP de Valencia de 13 de septiembre de 1990) (122), ya se trate de una situación matrimonial patológica (SAP de Madrid, Sección 8.^a, de 11 de noviembre

Audiencia Provincial de Bilbao de 8 de marzo de 1986 (7689-R/1986-3, pág. 687), donde se declara que «de los artículos 96 y 1.320 claramente se deduce que ambos cónyuges son cotitulares de todo derecho que pueda corresponderles respecto a la vivienda habitual de la familia, incluso los arrendaticios, máxime en el supuesto de que el contrato de arrendamiento se haya formalizado constante matrimonio celebrado bajo el régimen legal de gananciales, en que el concepto titular arrendaticio debería ser irrelevante, entendiéndose que tales derechos y obligaciones corresponden por igual a ambos cónyuges de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 66 del Código Civil...»

(119) *La Ley*, 10671-R/1988-3, pág. 701, donde se asume en sus mismos términos el contenido de la STC, en función de lo cual se concluye que aunque formalmente el contrato de arrendamiento de la vivienda familiar fue inscrito por un cónyuge, «... el derecho arrendaticio tiene carácter ganancial por aplicación del artículo 1.347, apartados 3 y 5, del Código Civil, y en consecuencia, teniendo la demandada interés, que es el núcleo de la legitimación, procede desestimar la excepción propuesta de falta de legitimación...»

(120) *Sentencias en apelación*, cit., 1987, n. 80, págs. 64-65.

(121) RJA 5408.

(122) AC 175/1992.

de 1991) (123), ya se esté en casos de normalidad matrimonial (S de 29 de mayo de 1990 de la AP de Granada, Sección 4.^a) (124).

En efecto, en cuanto a este último extremo, el mentado fallo del Tribunal Constitucional, después de referir la «buena interpretación» del artículo 96 *in fine*, añade que «igual atribución, por otra parte y para situaciones normales —no como la traumática de separación del art. 96 CC— establece el artículo 1.320 del mismo Código... Normas ambas que responden a la moderna tónica legal de protección del interés común familiar, que viene a configurar a la familia como sujeto colectivo, como titular comunitario», por lo que, según el Tribunal Constitucional, tanto en uno como en otro caso y con independencia del cónyuge que suscribió el contrato de arrendamiento «el artículo 96 del Código Civil ha creado un litisconsorcio pasivo necesario al equiparar al cónyuge no titular (no firmante) del contrato de arrendamiento con el suscriptor del mismo, considerando a ambos en la misma situación jurídica contractual».

Desde luego, tal doctrina no resulta de aplicación en los casos excepcionales en que la vivienda se ocupa en precario, en que no habrá litisconsorcio pasivo necesario (S de 28 de febrero de 1991 de la AP de Burgos, Sección 2.^a) (125), pues «el texto del artículo 1.320 tiene como presupuesto de aplicación que existan derechos sobre la vivienda y que se disponga de éstos», lo que no acaece cuando se constituye la vivienda en precario o por mera tolerancia de sus titulares» (STS de 21 de mayo de 1990) (126) y tampoco, lógicamente, en los supuestos en que el contrato —de arrendamiento— es posterior a la separación matrimonial, en cuyo caso no se trata de una vivienda familiar (STS de 21 de enero de 1992) (127) o, igualmente,

(123) RGD, abril 1992, núm. 571, págs. 3234-3236, en la cual se concluye que la resolución del contrato de arrendamiento no puede entenderse exclusivamente con el marido aunque éste sea titular del contrato de arrendamiento en un caso en que el piso arrendado que constituía el domicilio conyugal había sido asignado a la esposa en el procedimiento de separación conyugal.

(124) RGD, núm. 564, septiembre 1991, pág. 8508, en donde se estima necesario demandar a ambos esposos para la extinción del contrato de arrendamiento de la vivienda familiar habitual también en los casos de normalidad matrimonial y aunque uno sólo de ellos figure como arrendatario; vid. en igual sentido SSAP de Segovia de 30 y 31 de julio y 10 de diciembre de 1990 (*Sentencias en apelación*, cit., 1990, núms. 74, 75 y 76, págs. 72, 73 y 74, respectivamente).

(125) AC 90/1991.

(126) RJA 3827, comentada por CABANILLAS SÁNCHEZ, CCJC, núm. 23, págs. 672 y sig^s.

(127) RJA 194, en un caso en que se desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y se considera válidamente entablada la relación jurídico procesal demandando tan sólo al cónyuge suscriptor del contrato de arrendamiento porque éste había sido suscrito con posterioridad a la separación matrimonial, por lo que considera inaplicable la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional al no tratarse, en el caso, de una vivienda conyugal o familiar.

cuando, fallecido el cónyuge arrendatario, su consorte no hubiese ejercitado la facultad de subrogación que le confiere el artículo 58 de la LAU (SAP de Valencia, Sección 1.ª, de 18 de febrero de 1992) (128).

Ahora bien, lo que, en cambio, no parece dable es interpretar con carácter general el referido fallo del Tribunal constitucional en sentido contrario a su literalidad, como se ha hecho en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10) de 13 de julio de 1991 (129), en la que se mantiene que «la tesis sostenida por la sentencia mencionada —STC de 31 de octubre de 1986— es la de la concepción del matrimonio como unidad de intereses lo que significa, tanto ostentar la esposa la cualidad de arrendataria aunque no haya intervenido en la suscripción del contrato, como asumir la eficacia de los actos realizados por el marido en relación al vínculo contractual; entre ellos, evidentemente, hacerse cargo del requerimiento de denegación de prórroga por causa de necesidad», puesto que para llegar a la solución que exige la justicia del caso concreto, la ausencia de litisconsorcio pasivo necesario, era suficiente, sin desvirtuar el contenido del fallo del Tribunal Constitucional, afirmar, como también hace la Sentencia de la Audiencia de Madrid, que «la ley se limita a exigir la fehaciencia del acto, de la que no cabe siquiera dudar cuando ambos esposos reconocen haber tenido conocimiento de la negación a la prórroga».

En fin, conviene insistir en las dramáticas consecuencias que, de no estimar la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, se derivan en el caso de reclamaciones atinentes a la vivienda familiar habitual, para lo cual puede ser un buen ejemplo el caso que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1985 (130).

(128) *RGD*, junio 1992, núm. 573, págs. 5994-5995, en la que ante la alegación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido demandada la viuda del arrendatario originario y dirigirse la demanda tan sólo contra el hijo, se considera bien entablada la relación jurídico procesal en su aspecto pasivo, pues la esposa no ha acreditado los pretendidos derechos atribuidos («cuando era tan sencillo aportar un recibo de renta expedido a nombre...» de la misma) y, por el contrario, el actor ha probado que los recibos de pago de la renta arrendaticia fueron extendidos a nombre del hijo demandado, residente en la vivienda discutida, donde ejercía su profesión de médico, por lo que se concluye que la vocación de la viuda al pleito era a todas luces innecesaria, pues teniendo la posibilidad de suceder a su marido en sus derechos de inquilino, es lo cierto que ni ejerció tal derecho ni en ningún momento poseyó la condición de inquilina.

(129) *RGD*, núm. 567, diciembre de 1991, págs. 10761-10762.

(130) *RJA* 4629, comentada por HERRERO GARCÍA, *CCJC*, núm. 9, págs. 2969-2981. Se trataba de un matrimonio casado bajo el régimen de separación de bienes, estando prácticamente quebrantadas las relaciones matrimoniales y siendo el piso que constituía la vivienda habitual de la familia de propiedad del marido, que lo había vendido a una sociedad; ésta dirige la acción exclusivamente contra el marido vendedor instando que el piso quede libre, y el Juzgado de Primera Instancia condena al demandado, declarado rebelde, a desalojar el piso; frente a tal decisión, la mujer formuló demanda de recurso

c) *Ejercicio de acción de división de cosa común*

Tampoco consideramos acertada la solución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1989 (131), en la que, ante una acción de división de cosa común en la que una cuota tenía carácter ganancial, nuestro Alto Tribunal negó la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, basándose precisamente en el artículo 1.385.2 del Código Civil, y citando en su apoyo, además, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1986, interpretada *a contrario*, lo que supone una utilización de la jurisprudencia que no puede ser calificada sino como no rigurosa.

En efecto, si bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1986 (132) afirma, en el fundamento de derecho 5.º, único que se reproduce en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1989, que «debe entenderse... legitimado a cualquiera de los cónyuges para pedir la división de una cosa común en la que hay cuota ganancial, debiendo aplicarse al posible abuso de quien lo pide, lo dispuesto en los artículos 1.322 (anulación a instancia del otro cónyuge) y 1.390 (para el caso de lucro exclusivo en acto no impugnado por el otro)», sin embargo, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 1989, omite que ésta no es la afirmación que decide el pleito de la Sentencia de 1986, sino la contenida en el fundamento de derecho siguiente, el 6.º: «el actor presentó acta notarial... en la cual la mujer del actor manifestaba que conoció y consintió la presentación de la demanda de división».

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1989 omite que el fundamento de derecho anterior, el 4.º, de la Sentencia de 1986, califica a la división «como acto de disposición a título oneroso, aunque su

extraordinario de revisión, fundamentándose en que la acción debió dirigirse también frente a ella dada la legitimación pasiva de que estaba investida por virtud de lo dispuesto en el artículo 1.320, aduciendo maniobras que intuía como de maquinación fraudulenta entre su esposo y la entidad compradora para obtener la evacuación del piso del marido por la mujer, alegando relaciones de amistad, cuando no de parentesco, de los administradores de la sociedad con el marido, y el Tribunal Supremo declara improcedente el recurso de revisión, pues la mujer no puede promoverlo en tanto no está «afectada inicialmente por la sentencia del procedimiento que se recurre en revisión por no haber sido citada y oída en el mismo, no se produce en cuanto a ella la virtualidad y firmeza de la cosa juzgada, pues faltaría en un eventual procedimiento posterior la identidad de personas, que es uno de los requisitos previstos en el artículo 1.252 del Código Civil» y concluyendo que la mujer no demandada se encuentra suficientemente tutelada mediante el ejercicio de la acción de anulabilidad al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.322, precepto que «da cauce de expresión y ejercicio del derecho del cónyuge que en determinada ocasión se vea afectado por la enajenación mediante la interposición de la correspondiente demanda y promoción del juicio declarativo correspondiente, quedando por ello tutelado judicial y efectivamente su derecho con respecto al mandato del artículo 24.1 de la Constitución».

(131) RJA 4295.

(132) RJA 1857.

fin esencial no sea el de enajenar o adquirir, sino el de determinar o especificar derechos siempre que cualquier comunero pida la división sin necesidad de explicar su motivación, como autoriza el artículo 400 del Código Civil, porque el régimen de comunidad deja de ser útil en cuanto se manifiestan dificultades de entendimiento entre los comuneros, lo cual califica la división como acto de gestión beneficiosa...» y, lo que es más llamativo, se olvida de mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989 (133), más cercana que la de 1986, en la que se da por supuesto que, para la división, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges.

En fin, que no resulta tan claro que ejercitar la acción de división de un bien común en el que una cuota es ganancial no requiera el consentimiento de ambos cónyuges (134) y, en consecuencia, deviene sumamente forzado concluir que no existe litisconsorcio pasivo necesario cuando un tercero insta la división de cosa común en la que una cuota tiene carácter ganancial, aparte del exceso que, para llegar a tal conclusión, supone partir, como hace la mentada Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1989, de que «la acción *communi dividundo* derivada del artículo 400 del Código, representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, y es de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, valiendo como única causa de oposición el pacto de conservar indivisa por tiempo no superior a diez años» (135), puesto que, como señala MIGUEL GONZÁLEZ (136), al amparo del artículo 7, la acción de división necesariamente ha de estar limitada por el principio general de

(133) RJA 1209.

(134) Tampoco la STS de 5 de junio de 1989 lo tiene tan claro cuando después de aseverar que «la venta de cosa *pro indivisa* no permite equipararla a los clásicos actos de disposición a que se refiere nuestro Código», añade «aunque sus efectos se asemejen en cuanto que implican su salida de las esfera dispositiva»; en la doctrina, por todos, en favor de la consideración de la división como acto de disposición (lo que, en nuestro supuesto, implicaría la exigencia del consentimiento de ambos esposos, *ex art.* 1.377), GULLÓN BALLESTEROS, «La disolución de la comunidad de bienes en la jurisprudencia», ADC, 1965, pág. 366; Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II, 1.^a reimpresión de la 2.^a edic., Madrid, 1986, pág. 778; ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, vol. 1.^o, 6.^a edic., Barcelona, 1989, revisado por GONZÁLEZ PORRAS, pág. 409; también MIGUEL GONZÁLEZ, *Comentarios Ministerio*, cit., I, pág. 1102, para quien la pretensión de división tiene carácter real y no un derecho potestativo.

(135) Se trata de una afirmación que la jurisprudencia ha venido utilizando frecuentemente; así, por todas, STS de 31 de mayo de 1991 (RJA 3952).

(136) Cfr. *Comentario Ministerio*, cit., II, pág. 1103, y CCJC, núm. 12, págs. 4063 y sigs., con ocasión del comentario de la STS de 9 de octubre de 1986 (RJA 5505), en donde también se sostiene que «la copropiedad es tenida como un estado transitorio mirado con disfavor por la Ley que, frente a ella, concede una acción que está viva mientras la comunidad subsista (S. de 31 de diciembre de 1985), como revela la rotundidad del propio citado artículo 400 del Código...»; *vid.* también Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., II, págs. 775-776, quien propugna la posible aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 1.705 del Código Civil.

buena fe, lo que tampoco parece admitir la tan referida sentencia, que concluye que «dado que la acción se incardina en el derecho incondicional del artículo 400, no cabe el riesgo de una posible confabulación a existir entre los actores y los demandados casados».

En cualquier caso, con independencia de las consecuencias nefastas que supone una tal inteligencia de la acción de división a los efectos que en este momento nos ocupan, litisconsorcio pasivo necesario ante la pretensión de división de un tercero, nos hemos detenido especialmente en la materia a la luz de reiteradas decisiones jurisprudenciales que pueden convertir en ilusorias las prescripciones contenidas en el artículo 96 del Código Civil (137) —y también, en su caso, en el art. 1.320 CC— (138), para el supuesto de copropiedad de la vivienda familiar y ante la pretensión de división de uno de los cónyuges, que ha de encontrarse también modalizada, cuando menos, por el principio de buena fe.

d) *Cónyuge comerciante*

Para el supuesto de que las deudas hayan sido suscritas por un cónyuge comerciante con ocasión de operaciones comerciales, la normativa que resulta de aplicación viene contenida en los artículos 6 y siguientes del

(137) Vid. la STS de 22 de septiembre de 1988 (RJA 6852), asumida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 25 de enero de 1992 (RGD, septiembre 1992, núm. 576, págs. 9137-9139), en la que se estima la *actio communi dividundo* ejercitada por el ex cónyuge al que no se le adjudicó la vivienda en la sentencia de divorcio de acuerdo con el artículo 96 del Código Civil (ante la ausencia de acuerdo y la inexistencia de hijos) con una argumentación muy discutible desde un punto de vista dogmático, como han puesto de relieve RAMS ALBESA, CCJC, núm. 18, págs. 841 y sigs., y MURCIA QUINTANA, «La división de la vivienda familiar dejada en copropiedad tras la liquidación de la sociedad de gananciales de un matrimonio divorciado (Comentario a la STS de fecha 22 de septiembre de 1988)», ADC, 1989, págs. 1056-1058; vid. también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12, de 29 de octubre de 1990 (RGD, mayo 1991, núm. 560, págs. 4344-4346), donde igualmente se admite el ejercicio de la acción de división de la vivienda en copropiedad por parte del cónyuge que no tiene atribuido el uso, si bien se advierte que la parte beneficiada puede instar las medidas cautelares pertinentes en defensa de su derecho de uso; vid., mejor, la desestimación de la acción de división en SSAT de Palma de Mallorca de 1 de diciembre de 1988 (Revista de la Facultad de Derecho de Baleares, 1991, págs. 167-170, comentada por CAVANILLAS MÚGICA), y de 21 de junio de 1989 (AC 113/1989-3), donde se destaca que el cónyuge a quien no le ha sido atribuido judicialmente en el proceso matrimonial el uso de la vivienda conyugal no puede ejercitar la acción de división de cosa común sin el consentimiento del esposo que ocupa el inmueble o, en su defecto, sin autorización judicial, que deberá prestar el Juez de familia.

(138) Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, CCJC, núm. 13, pág. 4063, quien destaca que «aunque se sostenga que la división de la cosa común no produce un efecto traslativo..., en ningún caso pueden pedir la libre disposición de sus bienes de acuerdo con el artículo

Código de Comercio, a los que se remite el artículo 1.365.2.º *in fine* del Código Civil, a cuyo amparo el acreedor puede dirigirse directa e indiscriminadamente, ante el incumplimiento de su deudor, contra los bienes gananciales *in genere* si, como será habitual, el esposo no deudor conoce el ejercicio del comercio de su consorte y no ha manifestado su «oposición» inscrita en el Registro Mercantil —RM— a la sujeción a responsabilidad de la totalidad del patrimonio ganancial (139), en cuyo caso se presume otorgado el consentimiento de éste último (arts. 6, 7, 8 y 11 CCom).

Aparte de ello, desde luego, se estatuye la permanente e indudable responsabilidad con los bienes propios del esposo comerciante (*ex art. 6 CCom y 1.911 CC*) y con los bienes adquiridos con las «resultas» del ejercicio del comercio (*ex art. 6 CCom*) y se deja al margen la sujeción de los bienes del no comerciante, para lo cual será necesario su consentimiento «expreso en cada caso» (art. 9 CCom).

1.052, aplicable por la remisión del artículo 406. Ninguno de los cónyuges tiene la libre disposición de su derecho en el piso común conforme al artículo 1320...»

(139) A pesar de que, literalmente, los artículos 7 y 8 del Código de Comercio refieren la oposición expresa del cónyuge no comerciante «al ejercicio del comercio», parece claro que en la medida en que un esposo no puede oponerse a que su consorte ejerza el comercio, el contenido de tal oposición ha de referirse a que por el ejercicio del comercio queden vinculados los restantes bienes gananciales que no provengan de las resultas. *Vid.* en tal sentido, aunque veladamente, la STS de 27 de junio de 1989 (RJA 4788) y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13, de 21 de noviembre de 1989 (RGD, abril 1990, núm. 547, págs. 2593-2594); con todo, sin embargo, la jurisprudencia suele reproducir literalmente el artículo 7 del Código de Comercio y, en consecuencia, refiere la oposición al ejercicio del comercio (SSTS de 29 de diciembre de 1987 —RJA 9656—, 21 de marzo de 1988 —RJA 2222— y de 25 de noviembre de 1991 —RJA 7978—) e, incluso, en ocasiones, expresamente se señala que el consentimiento no se refiere «a la responsabilidad de los bienes, sino al ejercicio del comercio» (STS de 16 de febrero de 1987 —RJA 698—) o se menciona que la meritada oposición lo es «al desarrollo de la...» actividad comercial (S. de 31 de diciembre de 1991 en la AP de Huesca —RGD, enero-febrero 1992, núms. 568-569, págs. 1051-1056—). En la doctrina, en el sentido indicado por las primeras decisiones jurisprudenciales tal como se mantiene en el texto, LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., IV-1, págs. 423-424; PÉREZ-JOFRE ESTEBAN, «El cónyuge comerciante con oposición de su consorte y la sociedad de gananciales», *Anales de la Academia Matritense del Notariado —AAMN—*, t. XXVIII, pág. 202; TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas*, cit., II, págs. 1690-1691; DE LA CÁMARA, «Actos de disposición sobre bienes gananciales. Algunas notas para su estudio», en *Homenaje a Juan Berchamns Vallet de Goytisolo*, vol. II, Madrid, 1988, pág. 151, n. 73; GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, págs. 477-478, y RAMS ALBESA, *La sociedad...*, cit., pág. 252; en contra se pronuncian, conforme al tenor literal de los artículos del Código de Comercio, GIMÉNEZ DUART, «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge (Ensayo contra el artículo 1.322)», *AAMN*, t. XXVIII, págs. 346-347, págs. 341-342, n. 104, e ILLESCAS ORTIZ, en *Derecho mercantil*, coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, vol. 1.º, Barcelona, 1992, págs. 101 y 103; también LÓPEZ SÁNCHEZ, «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981», *Revista Jurídica de Cataluña*, págs. 602, y RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 131-132, que, asimismo, hablan de «oposición al ejercicio del comercio», si bien hacen tránsito a la interpretación propuesta por el primer grupo de autores.

Luego, y prescindiendo de la constancia del consentimiento expreso del no comerciante para que la responsabilidad alcance a sus propios bienes (140), ante la amplitud de los términos en que están redactados los preceptos mercantiles antes citados, fácilmente puede deducirse que las deudas derivadas de las distintas operaciones que constituyen el ejercicio de comercio por persona casada bajo el régimen legal, generalmente, pueden ser calificadas como deudas consorciales, aquellas en virtud de las cuales el acreedor puede embargar directamente la totalidad del acervo ganancial y, así, se evidencia ante la lectura de numerosas decisiones del Tribunal Supremo que, en aplicación de la normativa del Código de Comercio, permiten al acreedor embargar directa e indiscriminadamente el patrimonio ganancial ante la asunción de obligaciones por un cónyuge comerciante con ocasión del ejercicio del comercio sobre la base de presumir el consentimiento de su consorte en los términos antes vistos de los artículos 7 y 8 del Código de Comercio (conocimiento y falta de oposición inscrita) (141).

Así las cosas, el problema objeto del análisis en este trabajo, la constitución de la relación jurídico procesal en su aspecto pasivo, cuando el acreedor pretenda agredir el patrimonio ganancial *in genere* al amparo de los preceptos mercantiles precedentemente expuestos, requiere, con carácter previo, analizar, siquiera de modo sumario, la legitimación pasiva ante deudas asumidas por los dos esposos, dado que el presupuesto del que parte el legislador mercantil radica en la presunción del consentimiento del consorte del comerciante y en tanto en cuanto que, según se verá, en diversas ocasiones, también el no comerciante interviene en el negocio cuyo incumplimiento ha desencadenado la responsabilidad que se pretende hacer efectiva sobre los gananciales.

Pues bien, si ambos cónyuges han intervenido, por sí o representados, en la contracción del débito, ninguna duda ofrece que la demanda ha

(140) El consentimiento expreso ha de constar en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil (art. 11 CCom) o en documento privado alegado por los acreedores de buena fe (arts. 21, apdos. 1 y 4 CCom, y 4.2 y 9, apdos. 1 y 4 RRM) y puede prestarse por una o unas operaciones determinadas o bien por todas las del negocio concreto, siendo posible que el consorte no comerciante especifique cuáles de sus bienes propios quedan afectados de tal modo que, sólo si no lo hace, se entenderán afectados todos ellos. *Vid.*, por todos, en parecido sentido, y allí referencias, LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., IV-1, pág. 425, y RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 135-136.

(141) En tal sentido STS de 16 de febrero de 1987 (RJA 698), que considera de aplicación el Código de Comercio en Navarra, donde existe una específica normativa para el caso, fianza prestada por cónyuge comerciante (Ley 61 de la Compilación) y deja sin efecto los acertados pronunciamientos contenidos sobre el mismo supuesto de hecho, y las mismas partes contendientes, en la STS de 19 de enero de 1987 (RJA 305); también, SSTs de 29 de diciembre de 1987 (RJA 9656), 21 de marzo de 1988 (RJA 2222), 16 y 27 de junio de 1989 (RJA 4691 y 4788), 22 de octubre de 1990 (RJA 8031), 15 de marzo y 25 de noviembre de 1991 (RJA 2261 y 7979).

de ser dirigida contra uno y otro, según señaló la RDGRN de 28 de marzo de 1983 (142), existiendo litisconsorcio pasivo necesario apreciable de oficio (STS de 6 de junio de 1988) (143), salvo que se estime solidaridad en la obligación, que, según reiterada jurisprudencia, excluye la meritada excepción (144), y, en cualquier caso, la responsabilidad con los gananciales *in genere* resulta indudable, sin necesidad de mayores alegaciones para el acreedor que la presencia de los dos cónyuges en el contrato de que se trate, cuidándose el esposo que tan sólo presta el consentimiento a la actuación de su consorte de precisar el alcance y sentido que, en su caso, haya tenido la concurrencia, a los efectos de tratar de liberar del embargo sus bienes privativos, como, según se ha visto, se previene en los supuestos de los artículos 7 a 9 del Código de Comercio, que no estatuyen la responsabilidad con el patrimonio particular del no comerciante salvo su consentimiento expreso al respecto.

En cualquier caso, habrá litisconsorcio pasivo necesario como consecuencia de la participación de ambos esposos, sin que, a nuestro juicio, sea obstáculo para tal apreciación que uno de ellos «no hace más que ostentar

(142) RJA 1662.

(143) RJA 4819, donde se aprecia la excepción ante la pretendida resolución de un contrato de compraventa de bien ganancial en el que el marido comprador había manifestado actuar «en nombre propio y de su esposa». En igual sentido, Sentencias de 21 de septiembre de la Audiencia Territorial de Burgos (RGD, núm. 543, diciembre de 1989, págs. 8494-8495) y de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.^a, de 14 de mayo de 1991 (RGD, núm. 567, diciembre de 1991, págs. 11407-11409); en contra, lo que no compartimos, se pronuncian las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cuenca de 27 de julio de 1985 (*La Ley*, 5756/1985-4, págs. 401-405), donde se desestima la excepción litisconsorcial ante el ejercicio de la acción de desahucio de un local de negocio cuyo arrendamiento habían suscrito ambos esposos, siendo dirigida la demanda sólo contra el marido, y de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de noviembre de 1990, Sección 11, (RGD, núm. 561, junio 1991, págs. 5239-5241), en la cual también se afirma que «si la mujer aparece en la compra investida de la representación de la sociedad de gananciales, de modo genérico... resulta evidente el reconocimiento de una legitimación pasiva íntegra de la esposa».

(144) En caso de solidaridad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aún no unánime, considera de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.144 del Código Civil, lo que ha sido implícitamente canonizado por la Sala 2.^a del Tribunal Constitucional en la Sentencia 22/1984, de 17 de febrero de 1984 (BOE, núm. 59, de 9 de marzo de 1984, JC, t. VIII, págs. 243 y sigs.); en tal sentido, entre las últimas, SSTs de 16 de junio de 1984 (RJA 3245), 30 de octubre de 1986 (RJA 6021), 14 de julio de 1988 (RJA 5691), 12 de febrero y 5 de junio de 1992 (RJA 979 y AC 1045/1992), con ocasión de defectos en la construcción, y de 16 de junio de 1986 (RJA 3553), 10 de octubre de 1988 (RJA 7404) y 21 de abril de 1992 (RJA 3315), sobre culpa extracontractual, y de 7 de enero de 1992 (RJA 150) en un caso de fianza solidaria. *Vid.*, en la doctrina, y allí más información, CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores*, Madrid, 1980, págs. 10-12, y CARRERAS DEL RINCÓN, *La solidaridad de las obligaciones desde un óptica procesal*, Barcelona, 1990, págs. 132-141; *vid.* también la excepción a dicho criterio en materia tributaria (*infra*, n. 220).

una intervención "formal", ya que el actuante y declarante» fue su marido, como, erradamente, ha estimado el Tribunal Supremo en la anteriormente mencionada Sentencia de 24 de octubre de 1990 (145), en la que la consecuencia, de estimarse la demanda, era la resolución de una propiedad ganancial (146).

Tal conclusión, la innecesariedad de dirigir la demanda contra los dos cónyuges intervinientes en el contrato, sólo puede aceptarse cuando la participación del esposo consintiente, realmente, resultase irrelevante e innecesaria y las consecuencias que de la estimación de la demanda se derivan son indiferentes para el patrimonio ganancial y, en fin, cuando la demanda se dirige contra el contratante sobre la base de su relación jurídica con el bien objeto de litigio, que no es ganancial y con respecto al cual su consorte resulta ajeno.

Así, cuando la intervención del esposo que presta el consentimiento se limita a efectuar la confesión sobre el origen del dinero entregado por su consorte comprador del bien, a cuyo nombre figura el mismo en el RP, en cuyo caso resulta suficiente demandar al cónyuge deudor titular registral, como previene el artículo 144.2 del Reglamento Hipotecario, pues su consorte puede excepcionar su falta de legitimación pasiva, según se apreció en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.^a, de 17 de mayo de 1991 (147), lo que, de igual modo, se estimó en el caso enjuiciado, con arreglo al derecho derogado, por la Sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña, Sala 1.^a, de 29 de febrero de 1984 (148), en la que ante el ejercicio por la comunidad propietaria de la opción prevista en el artículo 361 del Código Civil se acepta la falta de legitimación pasiva del marido

(145) RJA 8045.

(146) *Vid.* tal planteamiento, con arreglo al derecho derogado, en Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 13 de mayo de 1981 (*Sentencias en apelación*, cit., 1981, n. 103, pág. 85), en la que, ante la demanda de resolución del contrato de arrendamiento dirigida sólo contra la mujer, a pesar de haber concertado el contrato ésta interviniendo el marido para contemplar su capacidad, lo que, según destaca la Audiencia Provincial era innecesario con posterioridad a la reforma de mayo de 1975, se concluye que «siendo el derecho emergente de ese contrato un derecho de arrendamiento de la mujer en cuanto a la vigencia, aunque, supuesto éste, pudiera en alguna forma, repercutir al marido... sin duda alguna, la titularidad del contrato y la legitimación para ser demandada es de... —la esposa—..., sin necesidad de ningún tipo de litisconsorcio...». Por nuestra parte, nos remitimos a cuanto se ha expuesto anteriormente respecto de la legitimación pasiva como consecuencia de una demanda por medio de la cual se pretende la salida de un bien del patrimonio ganancial, conclusión que, en nuestra opinión, tiene mayor virtualidad cuando el contrato ha sido concluido por ambos esposos, todo ello, por otra parte, sin analizar el carácter de la intervención del marido, bajo la vigencia del derecho anterior a mayo de 1981, a los efectos de completar la capacidad de su esposa.

(147) *La Ley*, 12097/1992.

(148) *RGD*, mayo 1985, núm. 488, págs. 1650-1651.

«pues la intervención del mismo en las escrituras declaradas nulas se limitó a prestar el consentimiento a su esposa y la posesión de la parte de la finca que se le imputa no la tiene en nombre propio, sino como esposo... y, por tanto, más que poseedor es un servidor de la posesión...» (149).

De igual modo, la necesaria exigencia de demanda conjunta frente a los dos cónyuges en los supuestos en que ambos hayan intervenido en el contrato de que se trate, no nos lleva hasta el extremo de mantener dicha pretensión en aquellos casos en que la enajenación es obligada o forzosa como consecuencia del previo consentimiento de ambos consortes.

Así acontece en los denominados por buena parte de la doctrina actos debidos (150), de los que puede ser un buen ejemplo el fallo de la Sentencia

(149) Según se advierte, si bien la Audiencia Territorial de La Coruña admite la existencia en nuestro Derecho de la figura del servidor de la posesión (regulada en el parágrafo 855 BGB y, según PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, «Anotaciones al "derecho de cosas"», de WOLF, en ENNECERUS-KIPP-WOLF, *Tratado de Derecho civil*, t. III, vol. 1.º, 3.ª edic., al cuidado de PUIG BRUTAU, Barcelona, 1971, págs. 50-52, consagrada en el artículo 431 CC), parece que se concibe como un mero instrumento o ejecutor material del señorío posesorio del poseedor, en dependencia y subordinación respecto de éste y, en consecuencia, sin conferirle las acciones posesorias que corresponden a su principal, por lo que sólo contra éste ha de dirigirse la demanda (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., II, págs. 479-481; ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., III-1, pág. 62; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. 1.º, 3.ª edic., reimpresión actualizada, Barcelona, 1991, págs. 41-43; en contra, DORAL GARCÍA, «El servidor de la posesión», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, t. V, Pamplona, 1969, págs. 233 y sigs., quien estima que no debe privársele al servidor de la posesión de acudir a los remedios con que hacer frente a los actos de perturbación o despojo provenientes de terceras personas e, incluso, excepcionalmente, frente al poseedor). *Vid.* la admisión de la figura recientemente en las SSTs de 19 de junio de 1984 (RJA 3251), negando con ello posesión en concepto de dueño a efectos de prescripción adquisitiva a la empleada que habita la casa como consecuencia de los servicios domésticos que presta y de 30 de octubre de 1986 (RJA 6017), considerando como tal servidor al hijo, actor, que ocupa la finca por concesión de su padre que reconviene para que se declare su propiedad, lo que se admite.

(150) *Vid.*, entre otros, sobre la innecesariedad, improcedencia y el carácter superfluo del consentimiento del otro cónyuge cuando la enajenación es obligada o forzosa y la defensa de la separación entre enajenaciones voluntarias y forzosas, para el derecho derogado, DE LA CÁMARA, «El nuevo artículo 1.413», cit., *ADC*, 1960, pág. 393, que mantiene igual posición para el derecho actual en *La sociedad*, cit., págs. 520-522; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 329, y LACRUZ BERDEJO, *El matrimonio y su economía*, cit., pág. 533, opinión que reitera para el derecho vigente en *Elementos...*, cit., IV-1, págs. 454-455, y al que sigue GIMÉNEZ DUART, «La gestión de la comunidad de gananciales», *ADC*, 1982, pág. 576, que señala que si la obligación de los cónyuges es actuar en interés de la familia (art. 67), no tiene sentido exigir un consentimiento de cuya no prestación, en caso de un acto debido, sólo pueden derivarse demoras procesales y perjuicios para la comunidad. En todos los casos expuestos por estos autores parece difícil que, en la medida en que la enajenación es obligada o forzosa y no depende de la voluntad de los cónyuges, se produzcan ocasiones de fraude al consorcio, salvo, como señala DE LA CÁMARA, *op. cit.* y *loe. cit.*, el expediente de simular una obligación que lleva aparejada la correspondiente ejecución, dando lugar una vez reclamado judicialmente su cumpli-

del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1986 (151), en la que, conforme al derecho derogado, recogiendo una reiterada jurisprudencia en el mismo sentido, en un caso en que la mujer había prestado el consentimiento para constituir garantía hipotecaria sobre bienes gananciales, por préstamos recibidos por el marido, constante matrimonio, se estima que ello «comporta la innecesariedad de ser requerida ni oída aquélla en todo el recurso posterior de la erección de esa garantía... porque aquel consentimiento se extiende a todos los episodios posteriores hasta su implícita enajenación en la subasta o por adjudicación del Juzgado conforme a las normas del artículo ciento treinta y uno de la Ley Hipotecaria».

En el mismo sentido se había pronunciado, también con arreglo al derecho derogado y con ocasión al ejercicio de una acción hipotecaria, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1983 (152), en la que, después de aludir a la similitud con la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1960 (153) para el retracto legal, se añade que «tal conclusión sería válida aún ateniéndose al régimen instaurado para la economía del matrimonio por la Ley de 13 de mayo de 1981...» (154) así como que sostener lo contrario, es decir, que el procedimiento judicial sumario, regulado en los artículos 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria, deba dirigirse frente a ambos cónyuges, supone ignorar que tal «proceso de ejecución dirigido a la realización del valor en cambio de la finca hipotecada, carece de fase contenciosa y se atiene estrictamente a los datos del Registro, por cuanto entraña una acción directa contra los bienes hipotecados,... para lo cual... hace llevar al momento de constitución de la garantía hipotecaria, como requisito esencial para su existencia, todos aquellos datos y elementos susceptibles de ser previstos...».

Esto es, llegado el momento de la enajenación judicial o forzosa de los bienes gananciales embargados en que culmina el proceso de ejecución, no

miento a una enajenación efectuada en perjuicio del cónyuge que no ha prestado su consentimiento, en cuyo caso el remedio consistiría en admitir al cónyuge pretenido como parte en el proceso de ejecución, lo que, según hemos visto, no resulta fácil.

(151) RJA 5797.

(152) RJA 1610.

(153) RJA 961.

(154) Argumentando, para fundamentar la extrapolación de tal conclusión para el Derecho actual, que «... el principio de gestión conjunta y de codisposición ordenado en los artículos 1.375 y siguientes del Código Civil nada impide que uno de los cónyuges otorgue su consentimiento respecto de los actos de administración o de disposición realizados por el otro, expresión de voluntad que puede ser anterior al negocio dispositivo, pues el artículo 1.377 no lo prohíbe, sin necesidad por tanto de la conjunta intervención de ambos esposos en el contrato de que se trate, lo que permite concluir que para la ejecución sobre finca ganancial de la hipoteca constituida por el marido mediando anuencia de la mujer, la acción correspondiente y el requerimiento de pago tendrán como único sujeto pasivo al primero...»

se requiere ya en puridad ningún consentimiento, pues «cuando el Juez otorga de oficio una escritura en cumplimiento de lo previsto en el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no actúa propiamente en representación del deudor o del dueño de la finca, sino en ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuyos resultados se imponen a los dueños, con, sin o contra su voluntad (de acuerdo con esta idea la Ley de 14 de mayo de 1986 elimina del art. 131.17 LH las palabras que aluden a la "representación" del dueño de los bienes que se enajenen judicialmente)», en términos empleados en las Resoluciones de la DGRN de 15 de julio de 1988 y de 11 de mayo de 1989 (155), que estimamos acertados, frente a la deficiente dicción literal del párrafo 3.º del artículo 144 del Reglamento Hipotecario (156) y que, en la actualidad carecen de sentido tras la reforma del artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

Con todo, y sin perjuicio de que en estos casos aceptamos la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario, conviene tener presente que no puede impedirse la intervención, como parte, si así lo solicita, del esposo que prestó su consentimiento, pues lo contrario supondría una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como apreció la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, 6/1992, de 13 de enero (157), en relación a la audiencia del arrendatario en el procedimiento hipotecario, a cuyas acertadas reflexiones nos remitimos.

Pues bien, salvo estos supuestos que, según se deduce de su exposición, son excepcionales, en los demás en que intervienen ambos cónyuges, o uno con el consentimiento del otro —o también uno de ellos presumiendo la Ley el consentimiento de su consorte— la demanda ha de dirigirse contra los dos (158) y, por ello, no estimamos correcto, al menos con validez general,

(155) RJA 6352 y 4002.

(156) El Reglamento en el artículo 144.3, por mor de la remisión que efectúa en los artículos 93 y sigs. del mismo insiste en la asimilación de las enajenaciones voluntarias o las onerosas, como hacía el anterior párrafo 1.º del derogado artículo 144, que se remitía a lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código Civil en relación con el 96 del Reglamento Hipotecario, lo que había sido objeto de fundadas críticas por SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.* y *loc. cit.*, y DE LA CÁMARA, «El nuevo artículo 1.413», *cit.*, ADC, 1960, pág. 393. Para la actual redacción repite las críticas este último autor, *La sociedad*, *cit.*, págs. 520-522.

(157) BOE de 13 de febrero de 1992, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 130, febrero 1992, págs. 35-41.

(158) A nuestro juicio, resulta difícilmente extrapolable al Derecho actual el fallo de la STS de 25 de mayo de 1987 (RJA 3581) en un caso en que se ejercita acción por una comunidad de propietarios frente a los promotores-constructores del edificio firmantes de los contratos privados de compraventa, y no contra los mismos y sus esposas, a pesar de que «las escrituras públicas de obra nueva, de división horizontal y de venta de los pisos se otorgaron por las respectivas sociedades conyugales, que quedarían

el fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1989 (159) en cuya virtud, ante «el consentimiento que a su ejercicio del comercio presta su esposo al concurrir a la firma del... documento, la extensión de la deuda resultante de la litis a los bienes comunes no exige que se demande al otro cónyuge».

De igual modo, tampoco reputamos certera la solución de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 15 de febrero de 1988 (160), en donde, habiendo firmado el contrato la esposa del comerciante y declarándose que, por ello, la misma se encuentra obligada a sus consecuencias, se desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario «no siendo... precisa la participación en el juicio de la cónyuge del demandado pues acreditado que éste ejercía, al firmar el contrato, la actividad de comerciante... el consentimiento de la mujer quedó bien patente al suscribir el contrato controvertido que denota la administración y disposición conjunta».

Por lo mismo, tampoco compartimos el criterio que, en análogo sentido, se sienta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1991 (161) en donde también se desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en un caso de demanda dirigida contra el marido comerciante que, para el pago de una deuda contraída como consecuencia de sus relaciones comerciales, había transmitido dos locales gananciales, siendo pretensión del actor que el demandado otorgue escritura pública y en el que el Tribunal Supremo considera que «tratándose de una deuda originada en el ejercicio del comercio por el recurrente sin oposición de su esposa, para nada debía ésta prestar su consentimiento... al remitirse el último párrafo del artículo 1.365 a lo dispuesto en el Código de Comercio».

No consideramos acertado dicho planteamiento pues, a nuestro entender, es lo cierto que el consorte del comerciante que —se presume que— consiente la responsabilidad con los bienes gananciales —falta de oposición inscrita en el RM— tendrá interés (interés jurídico) en el desarrollo del pleito del que, acaso, pueda depender la propia subsistencia del patrimonio de la sociedad de gananciales en el que, posiblemente, ambos esposos, y no

afectadas al acogerse en el fallo la entrega a la comunidad actora del espacio entre la terraza proyectada y el tejado construido»; en el caso, el Tribunal Supremo desestima la excepción del litisconsorcio pasivo necesario alegada, pues «las escrituras públicas de compraventa no tuvieron otra finalidad o designio que dar claridad y firmeza a los contratos privados, estableciendo y fijando una situación jurídica anterior a la que dieron nueva constancia, confiriéndole certeza como contrato preexistente, de forma tal que al otorgarles poderes lo que hicieron las esposas fue confirmar o ratificar lo hecho por sus maridos como administradores de los bienes gananciales».

(159) RJA 4691.

(160) *RGD*, junio 1989, núm. 537, pág. 4237.

(161) RJA 7978.

sólo el deudor comerciante, tengan su mayor activo patrimonial, por lo que, así como se tiene en consideración que no existe inscrita en el Registro Mercantil la oposición del consorte del comerciante, asimismo deberá de permitírsele en el pelito discutir el origen de la obligación —si ha sido realizada en el marco de las operaciones comerciales o no...—; por todo lo dicho, si la demanda frente a ambos es necesaria cuando el consentimiento del esposo no comerciante se deduce de los términos de los artículos 6 y 7 del Código de Comercio, mucho más lo será si, cual aconteció en alguno de los supuestos anteriormente enunciados, el cónyuge del comerciante ha intervenido directamente en el contrato.

Por todo ello, en cambio, estimamos más acertado y conforme a derecho el pronunciamiento contenido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de febrero de 1989 (162) en el que, ante el mismo supuesto, de consentimiento por un cónyuge para permitir la sujeción directa de los bienes gananciales a las resultas del ejercicio del comercio por su consorte y habiendo sido correctamente demandados ambos, se desestima la falta de legitimación pasiva alegada por el cónyuge no comerciante «ya que así resulta mejor protegido el cónyuge no deudor directo y se evitan los posibles obstáculos que podrían surgir en la ejecución».

Asimismo, resulta especialmente significativa, por su correcta orientación en los términos anteriormente expuestos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1988 (163), en la que, ante la demanda presentada por los presidentes de las comunidades de propietarios de diversos edificios comprendidos en un conjunto residencial dirigida, entre otros, contra el promotor constructor —considerado como comerciante— y su esposa, que había otorgado el consentimiento a la actividad de su cónyuge —*rectius* para permitir la agresión de los bienes gananciales—, en solicitud de que se condenara a los interpelados a realizar diversas obras para reparar defectos de construcción de los edificios y a indemnizar a las comunidades demandantes por daños y perjuicios, el Tribunal Supremo, considerando que los bienes gananciales quedan obligados a las resultas de la gestión del marido comerciante ante el consentimiento —falta de oposición— de su consorte, ratifica la absolución de la esposa respecto de sus bienes privativos estimada por las instancias inferiores, en razón de que el consentimiento que la esposa tiene otorgado a su marido no «implica que la esposa de un comerciante o empresario ejercite a su vez el comercio por el simple hecho de estar casada bajo el régimen de gananciales», ni resulta suficiente la «mera titularidad formal en el registro de la propiedad para atribuir a... —la esposa— la cualidad de promotora-constructora, de la que sin duda

(162) *RGD*, mayo 1990, núm. 548, págs. 3893-3895.

(163) *RJA* 2222.

carece», «debiendo responder de sus actuaciones... —el marido— sin que pueda extenderse tal responsabilidad a los bienes privativos de la esposa por circunstancias meramente operativas, máxime cuando los actores no quedan desamparados al abarcar dicha responsabilidad a los bienes comunes de dicha comunidad conyugal».

En efecto, a nuestro juicio, siendo necesario que se demande a ambos cónyuges cuando los dos han intervenido en la contracción del débito —con la excepción de que se aprecie solidaridad—, sin embargo, habida cuenta que el acreedor no podrá extender la responsabilidad a los bienes propios del no comerciante salvo lo dispuesto en el artículo 9 del Código de Comercio, aquél podrá demandar, y estará obligado a hacerlo para constituir válidamente la relación jurídico procesal en su aspecto pasivo, en la medida en que pretenda una declaración judicial expresa de afección de los bienes gananciales, no sólo al comerciante, con petición de condena, sino también a su consorte, pero sólo a estos efectos del artículo 6 del Código de Comercio de responsabilidad con el patrimonio ganancial y, en consecuencia, solicitar que se declare que la deuda contraída por el cónyuge contratante —comerciante— obliga a todos los gananciales precisamente por la constancia del consentimiento de su consorte en los términos previstos en los artículos 7 y 8 del Código de Comercio.

Así pues, al igual que cuando uno sólo de los esposos ha contraído una deuda que el acreedor pretende que se haga efectiva sobre los bienes gananciales en su integridad, también en este caso en que uno contrata y el otro consiente —o se presume que consiente— la sujeción del patrimonio ganancial, la demanda contra el consorte del comerciante ha de explicitar que tiene como finalidad que soporte la ejecución sobre los bienes comunes, siendo, de nuevo criticable, con arreglo al derecho vigente, que la demanda se dirija contra los dos cónyuges con una petición de condena frente a ambos (164), tal y como había admitido, con arreglo al derecho derogado, pretendiendo que a igual solución se llegaría en la actualidad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1985 (165), con la consecuencia de que el acreedor pudo ejercitar su deuda tanto sobre los bienes privativos del cónyuge deudor y sobre los gananciales como sobre los bienes privativos del no contratante, que tan sólo había prestado su consentimiento a la actuación de su consorte.

(164) Criterio que mantiene, a pesar de reconocer que es dudoso y discutible, DE LA CÁMARA, *La sociedad*, cit., págs. 490, n. 306, 507 y 513, «en la medida en que de todos modos los gananciales resultan directa e incondicionalmente obligados merced a que la obligación fue consentida por marido y mujer y dado que muchas veces no será fácil discernir si, a consecuencia del consentimiento prestado, el cónyuge que sólo consiente resulta también obligado con sus propios bienes» (pág. 513).

(165) RJA 6201.

e) *Acciones obligacionales*

Por último, a diferencia de lo que acontece en el caso de acciones reales, en el supuesto de ejercicio de acciones que derivan de relaciones obligacionales o contractuales en las que sólo ha intervenido uno de los cónyuges, supuesto de específico tratamiento en este trabajo, el Tribunal Supremo, reiterando una consolidada doctrina de la DGRN, ha venido estimando la inexistencia de dicho litisconsorcio pasivo necesario, considerando suficiente demandar al cónyuge deudor, pues el no deudor no tiene por qué soportar un proceso cuando no está obligado ni directamente ni como fiador [SSTS de 10 de junio y 30 de octubre de 1985 (166), 26 de septiembre de 1986 (167), 4 de abril y 6 de junio de 1988 (168), 16 de junio y 18 de diciembre de 1989 (169), 25 de enero de 1990 (170) y 12 de junio de 1992 (171), que citan la mayor parte de las anteriores].

Así, por ejemplo, «no cabe acceder a la excepción expresada ya que la esposa del recurrente no se encuentra obligada por el contrato de fianza concertado por su marido; por lo tanto, no le alcanzan los efectos de cosa juzgada de esta sentencia, ni le impiden ejercitar sus derechos conforme al artículo 1.373 del Código Civil, en su caso» (STS de 5 de febrero de 1991) (172).

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 1991 (173) ante la celebración de un contrato de opción de compra por el marido considera que no es necesario demandar a la mujer del optante —poseedor— ante la solicitud del concedente —propietario— de que se declare su propiedad, la caducidad del derecho de opción y que se condene al demandado a entregar la posesión al actor, estimando nuestro Tribunal Supremo que no procede estimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario porque «la esposa ni compareció ni firmó ninguno de los contratos en que se basa la reclamación de autos, en los que ni siquiera se hace por el demandado recurrente alusión alguna a que el inmueble fuese adquirido por el mismo para su sociedad de gananciales, por lo que en modo alguno puede concluirse que la referida esposa pudiese ser directamente afectada en la presente litis...».

(166) RJA 3100 y 5091.

(167) RJA 4790.

(168) RJA 2651 y 4819.

(169) RJA 3553 y 8841.

(170) RJA 24; en igual sentido, con las mismas palabras y con gran parte de las referencias jurisprudenciales citadas en el texto, Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.^a, de 19 de enero de 1990 (RGD, abril 1992, núm. 571, pág. 3554).

(171) AC 1085/1992.

(172) RJA 705.

(173) RJA 6049.

Con análogo planteamiento, la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1992 (174) señala que «cuando no consta... que la esposa haya comparecido o firmado el contrato de cesión o traspaso del local de negocio, que sirvió de base a la demanda y a la contestación, ni habiéndose dicho por... —el marido— que en dicho contrato hubiere intervenido el mismo como miembro de la sociedad de gananciales, es obvio que no puede concluirse que su esposa sea directamente afectada por la resolución impugnada, lo que impide apreciar el tardíamente denunciado litisconsorcio pasivo necesario... sin perjuicio, claro es, de que... dicha esposa pueda, si lo desea, esgrimir las pertinentes acciones respecto de la anulabilidad del contrato en cuestión», por lo que no dio lugar a la casación de la sentencia del juzgado que había condenado al marido a pagar una determinada suma de dinero, lo que estimamos correcto, siendo, según se ha adelantado —*retro*, notas 91 y 111—, distinta la solución, a nuestro juicio, si la pretensión del actor fuera la de la consumación del traspaso del bien ganancial.

Del mismo modo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.^a, de 1 de febrero de 1990 (175) desestima la excepción litisconsorcial ante el ejercicio de una acción personal por responsabilidad decenal del artículo 1.591 dirigida sólo contra los esposos, contratistas y técnicos de la construcción, y no frente a sus cónyuges, rechazo de la excepción que se produce en base a que «la sentencia condenatoria que, en su caso, pudiera proferirse sólo afectaría a los referidos demandados, y nunca a sus esposas...».

Tal tesis, desde luego, es inobjetable y respetuosa con el verdadero fundamento de la *exceptio plurium consortium*, cuya más adecuada formulación puede verse en el voto particular a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1986 (176) en los mismos términos antes anunciados,

(174) AC 1085/1992.

(175) RGD, núm. 564, septiembre 1991, págs. 8394-8396.

(176) RJA 4561, en la que el Tribunal Supremo aprecia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario ante una demanda dirigida por dos cuentacorrientistas contra el Banco para que se declare que éste adeuda a los actores las cantidades que habiendo sido ingresadas en la referida cuenta corriente fueron extraídas de la misma sin orden de los titulares de la cuenta o persona autorizada por los mismos, destacando el Tribunal Supremo que los actores debían haber demandado también a los disponentes de los fondos de la cuenta («... para impedir fallos contradictorios, evitar los efectos de la cosa juzgada a terceros no presentes en el pleito e impedir el quebrantamiento de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio...»); en concreto, tanto a los gerentes de una sociedad anónima de la que los titulares de la cuenta son administradores únicos, cuanto a la propia sociedad anónima cuya razón social —salvo las siglas SA, obviamente— coincide con la designación o denominación del nombre comercial de la cuenta corriente, frente a cuya sentencia formula un voto particular el Magistrado PÉREZ GIMENO, en donde tras una acertada exposición de la doctrina jurisprudencial más

pues, habiendo contraído la obligación un cónyuge en solitario, el acreedor, si quiere ejercitar una acción personal que aparece constituida a favor de dicho deudor, no precisa indagar su régimen económico matrimonial, por cuanto que no necesita demandar al esposo del obligado para que este último sea condenado al pago como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas, siendo, en su caso, la única posible participación del no deudor como coadyuvante, cooperando a la defensa del derecho de su consorte, como, asimismo, recuerda, para un supuesto similar, el mencionado voto particular (177).

Ahora bien, como no se presume que la deuda contraída por uno de los cónyuges es ganancial, el acreedor, si sólo ha dirigido la demanda contra el esposo deudor, no puede pretender, para satisfacer su crédito, el embargo directo e indiscriminado de los bienes gananciales; en efecto, tal ausencia de litisconsorcio pasivo necesario sólo podrá ser estimada en las acciones obligacionales siempre y cuando no se pretenda, de nuevo, agredir directamente los bienes gananciales en su integridad.

Desde esta posición, pues, no son válidos, al menos con carácter general, los pronunciamientos desestimatorios de la existencia de litisconsorcio pasivo necesario contenidos en la Sentencia de 9 de enero de 1990 de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 3.^a (178), en un caso en que se demanda a uno sólo de los cónyuges en reclamación de los gastos generales necesarios para el adecuado sostenimiento del inmueble, cuya titularidad ostentan conjuntamente el demandado y su esposa, puesto que el impago de los gastos a que se refiere el artículo 9.5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, conlleva el embargo preventivo de los bienes del deudor, según previene el artículo 20.2 de dicha Ley, con consecuencias perjudiciales para su cónyuge, cotitular del inmueble —a salvo, desde luego, lo que no será habitual, que el piso quede al margen del referido embargo—, sin haber sido éste oído, por lo que no compartimos la afirmación de la mencionada

atinada acerca de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario concluye su inexistencia en el caso dado que «si el único objetivo de la demanda era obtener una declaración respecto al saldo existente y una condena al Banco a su pago, es claro que a quienes únicamente pueden extenderse sus efectos es a los contratantes», únicos que deben ser partes en el litigio, sin perjuicio de que en la hipótesis de condena al Banco éste pudiese demandar a los gerentes de la sociedad anónima por disposición ilícita de los fondos, que debería de hacerse valer en un proceso diferente en el que lo decidido en el presente no prejuzgaría la cuestión o por actuar como representantes de los titulares de la cuenta, lo que sería una cuestión de fondo en la presente litis y nunca un problema a dilucidar en otro pleito en el que actuaran éstos como litisconsortes, señalando, en fin, que los gerentes de la sociedad anónima y ésta únicamente podrían intervenir por medio de una intervención adhesiva como coadyuvantes.

(177) En términos que han quedado expuestos en la nota anterior, a la que me remito.

(178) *RGD*, núms. 565-566, octubre-noviembre 1991, págs. 9839-9840.

sentencia cuando concluye que carece «de relevancia procesal el hecho de que se demande a la esposa... a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario».

Todo ello sin perjuicio de dejar constancia de que, en este último caso, pueda dirigirse la reclamación de las cantidades debidas por gastos comunes contra el esposo que aparezca como propietario del inmueble cuando, de las circunstancias concurrentes en el caso, pueda inferirse que la obligación contraída con la comunidad de propietarios lo es con carácter solidario, pues se reitera que la solidaridad excluye el litisconsorcio pasivo necesario, como sucesión en el caso enjuiciado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 1.^a, de 16 de mayo de 1991 (179).

Por las mismas razones anteriormente expuestas, no son tampoco extrapolables con carácter genérico las afirmaciones —asimismo de desestimación de litisconsorcio pasivo necesario— de la Sentencia de 4 de abril de 1991 de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.^a (180), de nuevo ante una demanda dirigida contra un cónyuge en solitario por la que se insta un pronunciamiento judicial sobre la naturaleza molesta del negocio de peluquería situado en un piso que pertenece a la sociedad de gananciales formada por el demandado y su cónyuge puesto que, si bien en el caso no se accede parcialmente a la pretensión del demandante en cuanto al fondo, la admisión de la solicitud del actor dirigida sólo contra un cónyuge, que se acepta por la Audiencia, podría conllevar la privación del uso del edificio ganancial sin haber sido oídos ambos esposos.

De igual modo, difícilmente se compadece con el espíritu y finalidad del artículo 1.385.2 deducir que a tenor del mismo es suficiente dirigir la acción de deshaucio contra uno cualquiera de los esposos, tal y como se apreció en el caso enjuiciado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 27 de julio de 1985, en un caso en que, además, el contrato de arrendamiento del local de negocio había sido suscrito por ambos cónyuges (181), en términos que anteriormente hemos tenido ocasión de exponer.

En esta misma línea de defectuosa inteligencia de los principios rectores de la reforma de 1981, cumple mencionar la Sentencia del Tribunal Supre-

(179) *RGD*, núms. 568-569, enero-febrero 1992, págs. 740-741.

(180) *RGD*, núm. 567, diciembre 1991, págs. 11329-11331.

(181) *La Ley*, 5765/1985-4, donde se desestima la excepción litisconsorcial ante la demanda dirigida sólo contra el marido, puesto que, según el artículo 1.385.2, «basta su sola comparecencia en juicio, en calidad de demandado, para poder oponerse a las pretensiones del actor excepcionado, sin necesidad de que haya de ser codemandado nominativamente el otro cónyuge», si bien en el caso la pretensión de la parte actora no prosperó, puesto que la desocupación del local, sobre lo cual fundamentaba el propietario su pretensión, obedecía, según la Audiencia Provincial, a una justa causa en tanto que el hecho que motivó el cierre no era imputable a los arrendatarios.

mo de 24 de octubre de 1990 (182), por constituir un buen resumen del conjunto de errores en que, en ocasiones, ha incurrido nuestro Alto Tribunal.

En el caso, ante una acción con efecto real —considerada por el TS como acción personal, lo que justifica el tratamiento dedicado con anterioridad a las acciones reales, dada la flexibilidad con que nuestra jurisprudencia califica el carácter de las acciones ejercitadas—, derivada de la resolución de un contrato de compraventa celebrado por el cónyuge demandado con una Compañía concedente de un derecho de adquisición que otra Compañía, demandante, estima violado, dirigiendo esta última acción contra el cónyuge que celebró el contrato en cuestión y la primera de las Compañías citadas, nuestro Alto Tribunal, a pesar de no haberse demandado a la esposa y aunque la consecuencia, de estimarse el *petitum* de la demanda, era la resolución de una propiedad ganancial, considera que «opera en contra del litisconsorcio aducido la circunstancia de no haber obstáculo alguno para que, si la esposa lo estima conducente a su derecho, pueda ejercitar... las acciones correspondientes», refiriéndose a las acciones del cónyuge no deudor «para oponerse a la actuación de su esposo en cuanto perjudicial para sus derechos, en el aspecto parcial..., en que le afectase lo que se ha discutido en la litis» (resulta, desde luego, más tutelador de los derechos e intereses de un cónyuge en la sociedad de gananciales intervenir a tiempo en su defensa, participando en la discusión sobre el carácter, privativo o ganancial, de la deuda que esperar a que se produzcan los perjuicios y luego accionar, pues el derecho de reembolso que, en su caso, le corresponda, resultará, en la mayoría de las ocasiones, ilusorio si se parte de la previa agresión del patrimonio ganancial).

Además, se señala que «ha litigado en todo momento el marido defendiendo intereses comunes» (en flagrante contradicción con lo dispuesto en el art. 71 CC) y que la mujer «en el presente recurso de casación, que se formula también a su nombre al mismo tiempo que en el de su esposo, ha desplegado ampliamente su defensa en juicio sin que en ningún caso pueda considerarse indefensa» (siendo sabido que en casación no pueden plantearse cuestiones nuevas), y, sigue diciendo el mentado fallo, «sin que la sentencia recaída interviniendo sólo su marido produzca excepción de cosa juzgada, dado que faltaría en todo caso la identidad de la persona, requisito esencial para dicha excepción» (lo que, siendo correcto, es precisamente lo que trata de evitar el litisconsorcio pasivo necesario, según reiterada juris-

(182) RJA 8045, comentada en *CCJC*, núm. 24, págs. 1115-1142, por GAVIDIA SÁNCHEZ, que pone de relieve las contradicciones del fallo en lo que se refiere al litisconsorcio pasivo necesario y la sociedad de gananciales, en la misma línea mantenida en el texto (págs. 1133-1137).

prudencia, fundamento de la excepción con respecto al cual hemos manifestado con anterioridad nuestra reticencia) y concluyendo que no se puede «olvidar que los gananciales no existen hasta que no tiene lugar la liquidación de la sociedad conyugal» (contradiendo lo dispuesto, por ejemplo, en los arts. 1.344 y 1.361 CC).

Más acertadas nos parecen las matizaciones que realiza la Sentencia de 15 de enero de 1991 de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 1.^a (183), cuando, después de asumir el reiterado criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo conforme al que «cuando la pretensión se derive de acciones personales derivadas de obligaciones o contratos en los que sólo haya intervenido uno de los cónyuges, no es necesario traer a juicio al otro no interviniente para que la relación procesal quede bien constituida», añade que, sin embargo, frente a esa norma general, será «necesario convocar también al cónyuge no demandado para evitar su indefensión cuando se produzcan situaciones reales de convivencia conflictiva matrimonial, separación de hecho, intereses conyugales encontrados, eventual actuación maliciosa del cónyuge en perjuicio del otro y cualesquiera otra circunstancia análoga que el caso concreto la requiera».

En nuestra opinión, entre estas últimas circunstancias debe figurar la pretensión del acreedor de agredir los bienes gananciales, si bien la Audiencia Provincial de Santander, por el contrario, estima bien constituida la relación procesal mediante demanda dirigida sólo contra el cónyuge contratante con independencia y «sin perjuicio de que de forma indirecta y por encontrarse el demandado integrado en una comunidad personal y económica, las consecuencias que se deriven de las relaciones jurídicas contraídas con terceros en el ejercicio regular de las facultades que el Código Civil le confiere en orden al sostenimiento y administración de la sociedad ganancial "afecten" siempre a ese grupo social».

En conclusión, no asumimos tales pronunciamientos puesto que reiteramos que, con independencia de que se trate de acciones reales u obligacionales, «en los procesos donde se ventilen cuestiones litigiosas sobre bienes gananciales en los que el demandante sea tercero, esto es, persona ajena a la sociedad o comunidad de gananciales, si como consecuencia de los pronunciamientos que constituyen la petición, a reserva de los casos reconocidos excepcionales, se pretende obligar los bienes de la sociedad de gananciales, habrá que demandar a ambos cónyuges si se quiere jurídicamente conseguir aquella vinculación», como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1991 (184), asumida en sus mismos términos por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.^a, de

(183) *RGD*, núm. 567, diciembre 1991, págs. 11614-11616.

(184) *RJA* 5408.

4 de marzo de 1992 (185) que, por su acertada orientación, sirve para concluir este ya largo repaso a las decisiones jurisprudenciales en un tema que se revela crucial para la auténtica defensa de los derechos del cónyuge no deudor, cuya presencia en el juicio desde su inicio —no desde la traba— se revela como imprescindible para poder apreciar que en el caso enjuiciado es uno de los supuestos excepcionales en que uno de los cónyuges compromete con su actuación el acervo ganancial en su totalidad de modo directo.

III. MARCO PROCEDIMENTAL ADECUADO PARA ACREDITAR LA GANANCIALIDAD DE LA DEUDA

Como consecuencia de lo expuesto, una vez concluida la necesaria intervención de ambos cónyuges en el momento previo de calificación de la deuda como presupuesto básico para determinar la viabilidad y efectividad de la responsabilidad directa con los bienes gananciales en su integridad, procede abordar a continuación el proceso o juicio adecuado para hacer factible la válida constitución de la relación jurídico procesal en su aspecto pasivo.

1. PROCESOS DECLARATIVOS, EJECUTIVOS Y PENALES

En cuanto al proceso declarativo civil, no parece que haya dificultades de carácter procesal para que el acreedor interponga una demanda contra el cónyuge deudor con petición de condena y contra el no deudor a los únicos efectos del artículo 1.369 del Código Civil o 144 del Reglamento Hipotecario para discutir en dicho proceso la naturaleza del débito (186).

Ahora bien, siendo lo cierto, como subrayó LACRUZ BERDEJO (187), que lo habitual es que el embargo se produzca como primer acto de un juicio ejecutivo y resultando evidente que el mandato del artículo 144 del Reglamento Hipotecario ha de referirse también a estos procedimientos, habrá de examinarse la posibilidad de dirigir la demanda contra ambos cónyuges, en los términos vistos, en el marco de este tipo de juicios.

(185) AC 159/1992.

(186) Cfr. BATALLA, *op. cit.*, págs. 620-621, donde destacaba que, con arreglo al entonces vigente artículo 144 del Reglamento Hipotecario, se podrá admitir que la demanda se dirija contra ambos cónyuges en el caso de deudas contraídas por el marido «cuando la demanda se ejercite en juicio ordinario declarativo, ya que parece que a este procedimiento pueden llevarse todas las cuestiones»; en igual sentido, también para el Derecho derogado, CÁNOVAS COUTIÑO, *op. cit.*, pág. 352; asimismo, para el Derecho vigente, con anterioridad a la reforma del Reglamento Hipotecario, y allí otras referencias, RIFA SOLER, *op. cit.*, pág. 383.

(187) Cfr. *Elementos...*, cit., IV-1, pág. 385.

En éste, en el juicio ejecutivo, de cognición tasada (arts. 1.464, 1.466 y 1.467 LEC) sólo puede ser demandada la persona contra la cual hay título ejecutivo, por lo que, como también destacaba el citado LACRUZ BERDEJO (188), difícilmente se podrá hacer efectiva la responsabilidad con el acervo ganancial si sólo uno de los cónyuges figura en el documento o título que lleva aparejada ejecución al no poder dirigirse la demanda contra su consorte, dado el carácter procesal individual de la calidad de deudor en este tipo de juicios.

En consecuencia, no pudiendo ser demandado el esposo no deudor en juicio ejecutivo o en período de ejecución de sentencia en la que sólo el deudor puede ser ejecutado, en el procedimiento sumario, al ser imposible debatir cuestiones distintas de las relativas al derecho de crédito documentado en el título, no existen cauces procesales hábiles para resolver cuestiones de fondo sobre la naturaleza de la deuda y, en fin, posibilitar la ampliación del patrimonio del deudor a la totalidad de los bienes gananciales, para lo cual «no bastan las afirmaciones contenidas en el mandamiento de embargo, dado que la tramitación previa al embargo no es procedimiento adecuado al efecto» (RDGRN de 6 y 12 de noviembre de 1987) (189), lo que, además, viene agravado por el indudable carácter abstracto en el orden procesal o formal del negocio cambiario (190), pues es sabido que el texto

(188) Cfr. *Elementos...*, cit., V-I, pág. 438, donde señala que «cuando el título ejecutivo sea una letra de cambio, póliza o documento semejante suscrito por un solo cónyuge, al faltar términos hábiles para que se declare en el mismo procedimiento que la deuda es carga de la comunidad (y menos con la concurrencia de todos los interesados) no podrán ser objeto de embargo los bienes gananciales»; en igual sentido, TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas*, cit., II, pág. 1749, que asimismo destaca que «en el procedimiento de ejecución de sentencia no existe cauce procesal adecuado para la realización de tal prueba»; RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 51-52, y SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, pág. 126; por el contrario, DE LA CÁMARA, *La autonomía...*, cit., pág. 137, n. 287, considera que, aun partiendo de la no presunción de ganancialidad de la deuda, la misma puede quedar acreditada en los casos mencionados, dado que acepta la doctrina de la DGRN de dirigir la demanda contra el deudor con notificación al cónyuge no deudor, habida cuenta que «en el caso de ejecución de una sentencia dictada en un juicio declarativo ordinario, de los mismos antecedentes del proceso puede resultar con toda evidencia que se trata de una obligación de la que han de responder los bienes comunes. Y también puede ocurrir lo mismo algunas veces aunque se trate de un juicio ejecutivo. Por ejemplo, si en una escritura pública de préstamo se indica la finalidad a la que el mismo obedece».

(189) RJA 8732 y 8735.

(190) Utilizando la terminología acuñada por PAZ ARES, «Naturaleza jurídica de la letra de cambio», en *Derecho cambiario. Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, dirigidos por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Madrid, 1986, págs. 186 y sigs., especialmente págs. 186-189, quien entiende que el negocio cambiario no es abstracto en sentido material o respecto de la causa de la atribución, pues mantiene la dependencia de la atribución obligatoria que produce el negocio cambiario respecto de su causa, que viene dada por la llamada relación subyacente o relación fundamental, es decir, la relación de provisión

del título ejecutivo (como es, por excelencia, el caso de la letra de cambio) no explicita el origen de la obligación (191), siendo de plena aplicación lo dispuesto en el artículo 1.277 del Código Civil (192).

En efecto, como señala la Sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña (Sala 2.^a) de 15 de octubre de 1987 (193) «aun cuando en beneficio del tráfico, no debiera obligarse al acreedor a probar detalladamente que la deuda contraída por un cónyuge es de las encuadradas en el artículo 1.365 del Código Civil de las que los bienes gananciales responderán directa y solidariamente (art. 1.369 CC), tampoco puede pretenderse la traba de hipotéticos bienes comunes, basándose en meras suposiciones, como en este caso en que... —el marido— es demandado en juicio ejecutivo (en el que no se revela la relación causal subyacente), porque podría ser una puerta abierta al fraude...».

Asimismo, con análogo planteamiento, la Sentencia de la Audiencia

respecto del aceptante y la relación de valuta respecto de librador y endosante, pero que no duda en que el negocio cambiario se revela como un negocio abstracto en el orden funcional porque carece de una causa o función económica típica que sirva como elemento individualizador del tipo negocial; y también es abstracto en el sentido de que produce un crédito y una obligación distintos del crédito o de la obligación causales y, sobre todo, como hemos destacado en el texto, el negocio cambiario se revela abstracto en el orden procesal, lo que significa que el acreedor cambiario puede pretender del deudor la satisfacción de la pretensión sin tener que probar la validez de la causa, contrayéndose esa abstracción al efecto inversor del *onus probandi*.

(191) *Vid.* en este sentido STS de 30 de septiembre de 1991 (RJA 7859) y Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 11 de julio de 1988 (*Sentencias en apelación*, cit., 1988-89, n. 249, pág. 175), donde expresamente se señala que «teniendo en cuenta la constante jurisprudencia sobre este extremo, los estrechos cauces del juicio sumario ejecutivo no autorizan a que se lleguen a discutir o declarar derechos más o menos controvertidos y complejos que puedan suscitar esa relación contractual, es decir, que no se puede alegar, como motivo de oposición, aquellas vicisitudes del contrato básico, ya que ello desnaturalizaría la acción ejecutiva», añadiendo, en cuanto a la letra de cambio, que su «carácter como título abstracto ha sido acentuado en la Ley cambiaria para fortalecer los derechos del acreedor cambiario»; también Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.^a, de 5 de marzo de 1991 (*RGD*, octubre-noviembre 1991, núms. 565-566, págs. 9464-9466), donde en relación con la letra de cambio se destaca la «mayor desvinculación (abstracción) de la emisión del cheque respecto al negocio causal o subyacente que pudiera haberlo motivado»; en la doctrina, por todos, DE LA CÁMARA, *El embargo*, cit., págs. 86-87 y 93; *La sociedad de gananciales*, cit., págs. 491, 493 y 499, n. 309, y «El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales», Academia Sevillana del Notariado. *Homenaje a Francisco Manrique Romero*, Madrid, 1989, pág. 291, y GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, pág. 537, n. 24, con cita de numerosas resoluciones de la DGRN a propósito del tema.

(192) El artículo 1.277 del Código Civil no sólo no impide, sino, antes bien, expresamente reconoce la abstracción en el plano procesal o separación entre el vínculo cambiario y la relación fundamental que le sirve de causa, pues «aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario». *Vid.* en tal sentido la opinión de PAZ ARES, *op. cit.* y *loc. cit.*

(193) *RGD*, núm. 525, junio 1988, pág. 4075.

Territorial de Madrid, Sala 2.^a, de 31 de mayo de 1988 (194) confirma la sentencia de instancia en su principal extremo condenatoria respecto al cónyuge deudor en aplicación del artículo 10 de la Ley Cambiaria y del Cheque —LCCH— al haber aceptado aquél la letra base de la acción sin poder bastante de la SA en nombre de la que expresó actuaba y estima el recurso interpuesto por la esposa del demandado contra dicha sentencia de instancia en cuanto había condenado a la citada esposa al pago de la suma exigida, calificando la Audiencia Territorial de incongruente en este punto la decisión de la Sala *a quo*.

De igual modo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1991 (195) se destaca que «el aval cambiario se concibe hoy, y así lo proclama nuestra Ley Cambiaria (art. 37), como obligación autónoma, tanto que quien garantiza o avala una letra nada de su causa puede discutir...», añadiendo que, en cualquier caso, «el esposo de la avalista... en cuanto ajeno a la obligación nada puede pretender inmiscuyéndose en un proceso en el que ni fue parte ni perjuicio se le ocasiona, salvo el que signifique la disminución del patrimonio de su esposa cuando satisfaga la obligación» y resaltando, en fin, que en tales supuestos resulta de aplicación, no lo preceptuado en los artículos 1.362 y siguientes, sino lo dispuesto en el artículo 1.373 («ha de tenerse presente que actualmente cuando un cónyuge contrae obligaciones personales que no cabe satisfacer con sus bienes privativos puede ser compelido a pagar con su porción de gananciales llegando, incluso, a la disolución de la sociedad de gananciales, art. 1.373»).

Podría pensarse que ello supone vaciar de contenido el procedimiento ejecutivo con grave quebranto para los derechos e intereses del acreedor; en efecto, siendo lo cierto que debería procederse a «una reforma de las Leyes procesales que resolviese la dificultad planteada» (RDGRN de 23 de noviembre de 1983) (196) a los efectos de adecuar la normativa procesal a la civil, habida cuenta que, según hemos destacado, en la medida en que el derecho sustantivo faculta al cónyuge no deudor para intervenir en una ejecución en marcha a los efectos de alegar la privatividad de la deuda y hacer valer sus derechos, igualmente debería permitirse al acreedor, en dicho marco procesal ejecutivo, dirigirse contra ese cónyuge no deudor para

(194) RGD, septiembre 1988, núm. 528, pág. 5403.

(195) RJA 7859.

(196) RJA 7033, en donde se sostiene tal afirmación después de recordar que «se han puesto de relieve por la doctrina las dificultades en que pueden encontrarse los acreedores al intentar ejecutar los créditos y determinar los bienes comunes o privativos, que según los distintos supuestos pueden quedar afectos a las responsabilidades contraídas por ambos o uno cualquiera de los esposos, así como la dificultad o incluso imposibilidad de que sea el juicio ejecutivo el procedimiento adecuado para poder hacerlos efectivos».

defender justo lo contrario, la ganancialidad de la deuda (197) y, en la medida en que la anunciada modificación procesal no ha tenido lugar en la Ley de 6 de julio de 1984, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni tampoco en la Ley de 30 de abril de 1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, podría sostenerse que, al ser la exigencia del artículo 144 del Reglamento Hipotecario de imposible cumplimiento en el caso de que sólo uno de los cónyuges suscriba el título ejecutivo, ello genera una situación de indefensión para el acreedor, que no podrá hacer valer el carácter ganancial de la deuda.

Sin embargo, esta impresión inicial se desvanece tan pronto se tiene en cuenta que el acreedor, pudiendo, por ejemplo, haber designado a varios librados, es decir, a ambos esposos, en el título ejecutivo, posibilidad que ya permitía el artículo 507 del Código de Comercio, que admitía la designación de indicatorias (198) y, actualmente, de modo expreso, los artículos 3 y 31 de la Ley Cambiaria y del Cheque (199) y, en general, pudiendo haber instado la intervención de los dos en la formación del título ejecutivo, decidió contratar unilateralmente con uno de ellos y, en consecuencia, aceptó que tan sólo ese cónyuge figurase en el documento en cuestión, por lo que habrá de asumir las consecuencias que su propia actitud —acaso, negligente— ha provocado (200).

(197) Desde luego, si se admitiera que el esposo del deudor tiene legitimación activa para interponer tercería de dominio sobre bienes gananciales embargados por deudas de su consorte, lo que ha sido reiteradamente negado por el Tribunal Supremo (*retro*, n. 1), entonces no parecen existir obstáculos para que el acreedor o el cónyuge deudor puedan conseguir la declaración de consorcialidad de la deuda en el marco del mentado juicio de tercería, como apunta RAGEL SÁNCHEZ, *CCJC*, núm. 13, pág. 4399, a cuya conclusión se suma, para el Derecho aragonés, SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, pág. 127.

(198) Cfr. BONILLA ENCINA, *op. cit.*, pág. 48, quien pone de manifiesto cómo la doctrina mercantilista «no encuentra dificultades en admitir la posibilidad de varios librados dentro de una letra de cambio, si bien con algún condicionamiento (no dividir entre ellos la cantidad adeudada y no intentar hacer el pago en varios plazos o vencimientos), con apoyo en el artículo 507 del Código de Comercio, según el que «si la letra protestada tuviere indicaciones o fueren varios los librados».

(199) Vid. IGLESIAS PRADA, «El libramiento de la letra de cambio, en Derecho cambiario». *Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, dirigidos por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, cit., págs. 402 y sigs., especialmente pág. 404, quien pone de relieve, ante la dicción de los artículos 3 y 31 de la LCCH, «que carece de relevancia a ese respecto el hecho de que la Ley se refiera —como también lo hacía el número 7.º del art. 444 CC— al librado en singular»; en contra se pronuncia CASALS COLLDECARRERA, *Estudios de oposición cambiaria*, Barcelona, 1963, pág. 129, para quien la letra dotada de varios librados ha de considerarse nula por falta de certeza en uno de los requisitos esenciales.

(200) Vid. en tal sentido BONILLA ENCINA, *op. cit.*, págs. 48-49; asimismo, parecida idea en GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, pág. 551, y «Fraude de acreedores consorciales, exigibilidad del crédito y oponibilidad de las capitulaciones. Crítica a la STS de 6 de diciembre de 1989», *AC/1991*, pág. 228, n. 9.

Por iguales razones, cuando la responsabilidad con los bienes gananciales se derive de obligaciones extracontractuales de un cónyuge *ex artículo* 1.366 del Código Civil —supuesto que en dicho precepto tenga cabida la responsabilidad civil derivada del delito— (201) tampoco podrá exigirse ésta en el proceso criminal, precisamente porque éste se dirige únicamente contra los acusados en concepto de autores, cómplices o encubridores (202).

2. PROCEDIMIENTO DE APREMIO DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO:
LAS DEUDAS TRIBUTARIAS

Por otra parte, es indudable que el requisito del artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario resulta de imposible aplicación textual en todos los

(201) *Vid.* Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 21 de enero de 1987 (RGD, abril 1988, núm. 523, págs. 2344-2345), en la que se considera contemplada en el artículo 1.366 la deuda surgida «a resultas de una condena impuesta en sentencia penal en calidad de responsable civil subsidiario de la condena de ese orden al conductor —el marido— de un camión de su propiedad, actuando en beneficio de la sociedad, en cuanto tal actividad de camionero servía de sustento a su familia»; para el derecho derogado, consideraron ganancial la responsabilidad surgida de una actividad ilícita, las SSTS de 23 de enero, 26 de noviembre y 4 de diciembre de 1958 (RJA 545, 4194 y 4036, desestimatorias de la tercería de dominio interpuesta por la mujer), en materia de estraperlo, y 10 de abril de 1981 (RJA 1533) sobre sustracción de bienes; *cfr.* en tal sentido en la doctrina, estimando comprendidas en la expresión utilizada en el artículo 1.366 a todas las obligaciones que no tienen relación directa con un contrato previo entre el perjudicado y el cónyuge obligado, es decir, que tienen un origen y fundamento distinto de la voluntad negocial y considerando de aplicación dicho precepto a la responsabilidad civil derivada de delito: LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., IV-1, págs. 428-429; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., IV, pág. 190; TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas*, cit., II, pág. 1693; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op. cit.*, pág. 1190; TORRES LANA, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, dirigido por ALBACAR LÓPEZ, t. IV, Madrid, 1991, pág. 949, y MONTES PENADES, *Derecho de familia*, Valencia, 1991, pág. 250, quien parece inclinarse en tal sentido al considerar incluido en el precepto la responsabilidad civil subsidiaria por delitos ajenos; pero véase, en cambio, en pro de una interpretación restringida del ámbito de operatividad del precepto, excluyente de la responsabilidad civil por delitos, ABELLÓ MARGALEFF, «Notas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», RDP, 1982, pág. 811; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 293-294; REBOLLEDO VARELA, *op. cit.*, pág. 602, y GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad*, cit., pág. 401; también MANRIQUE PLAZA, *op. cit.*, pág. 33, si bien por circunscribir o identificar el dolo o culpa grave a la comisión de delitos o faltas.

(202) Ya que, como señala RAGEL SÁNCHEZ, comentando la Sentencia de 26 de septiembre de 1988, en CCJC, núm. 18, págs. 869-870, en el proceso criminal sólo se comunica la causa a la tercera persona civilmente responsable por la vía del artículo 652 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre las que puede no hallarse el cónyuge del inculcado que no está incluido *nomine proprio* en los artículos 19-22 del Código Penal, lo que ya había puesto de manifiesto CARRERO PERERA en los mismos CCJC, núm. 12, pág. 4016, para quien «la interpretación textual del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, rechazada por la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo, es imposible «en pieza de responsabilidad civil derivada de delito,

casos en que la ejecución no se haya iniciado por medio de demanda, cual acontece en los procedimientos de apremio de carácter administrativo, con relación a los cuales, a pesar de las críticas recaídas, en este mismo sentido, por la mayoría de la doctrina, con respecto a la versión del artículo 144 del Reglamento Hipotecario según la redacción del Decreto 393/1959, de 17 de marzo (203), el legislador de la Reforma de 1982 sigue obligando al intérprete a la necesidad de adaptar la normativa del vigente artículo 144 del Reglamento Hipotecario a aquellos embargos sobre bienes gananciales recaídos como consecuencia de los procedimientos de apremio administrativos al no iniciarse éstos por medio de demanda y en los que puede admitirse que se cumple el requisito de la demanda conjunta cuando el procedimiento, desde su fase inicial, se ha dirigido —notificado— contra los dos esposos.

En efecto, dichos procedimientos se inician, para las deudas tributarias, por centrarnos en la materia cuya regulación es más reciente (204) —aplicable, por lo demás, al resto de créditos de derecho público— (205), en concreto para los débitos de contraído previo (206), «cuando vencido el plazo de ingreso en período voluntario, no se hubiese satisfecho la deuda tributaria», según señala el artículo 128 de la Ley General Tributa-

pues el cónyuge no es responsable subsidiario a tenor de los artículos 20-22 del Código Penal».

(203) *Vid.* posiciones doctrinales en favor y en contra de la aplicabilidad del requisito de la demanda conjunta del artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario; con anterioridad a la reforma de 1982, a los procedimientos de apremio de carácter administrativo, en RIFA SOLER, *op. cit.*, págs. 384 y sigs., especialmente pág. 384, n. 561.

(204) El Reglamento General de Recaudación (RGR) fue aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, publicado en el *BOE*, núm. 3, de 3 de enero de 1991, siendo de contenido similar, por otra parte, a lo que dispone el Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social (RGRSS, RD 716/1986, de 7 de marzo; *BOE*, núm. 91, de 16 de abril de 1986) para la recaudación en vía ejecutiva de recursos de dicho sistema, cuyas concordancias se expresarán en notas.

(205) *Vid.* artículo 1 del Reglamento General de Recaudación, donde se indica que «la gestión recaudatoria consiste en el ejercicio de la función administrativa conducente a la realización de los créditos tributarios y demás de Derecho público»; también, en igual sentido, artículo 92.2 del Reglamento General de Recaudación.

(206) No nos referiremos a las deudas a ingresar mediante declaración-liquidación o autoliquidación en los supuestos en que el contribuyente procede a la declaración del hecho imponible o presenta su liquidación, dentro o fuera de plazo voluntario, sin efectuar el ingreso correspondiente, en cuyo caso el comienzo del período ejecutivo y el procedimiento administrativo de apremio varía sustancialmente en los términos de los artículos 97.2 y 97.3 del Reglamento General de Recaudación y en los que, aparte de esta variación de inicio del procedimiento y de la innecesariedad del acto de liquidación, lógicos porque son las propias normas reguladoras del tributo las que fijan la exigibilidad de las deudas autoliquidables, el cauce procedimental no difiere del previsto para los casos de contraído previo.

ria (LGT) (207), en cuyo caso, aparte de otras consecuencias (208), los órganos de la intervención, a propuesta de los órganos de recaudación, expedirán las certificaciones de descubierto, individuales o colectivas, a las que el artículo 104 del Reglamento General de Recaudación confiere el carácter de «títulos acreditativos del crédito a los efectos de despachar la ejecución por la vía administrativa de apremio» (209), teniendo, según disponen el párrafo segundo de este último artículo y el artículo 129 *in fine* de la Ley General Tributaria, «la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los deudores» (210).

(207) Precisándose en el artículo 97.1 del Reglamento General de Recaudación, «el período ejecutivo y el procedimiento administrativo de apremio se inician para las liquidaciones previamente notificadas, no ingresadas a su vencimiento, el día siguiente al vencimiento del plazo de ingreso en período voluntario», y relatándose en dicho precepto del Reglamento General de Recaudación con exactitud los requisitos necesarios para que se pueda llevar a cabo el procedimiento de apremio en el caso de deudas tributarias de contraído previo: determinación de la deuda tributaria a través del correspondiente acto administrativo de liquidación; notificación del mismo; finalización del período voluntario de ingreso e incumplimiento de la obligación; en el mismo sentido se producen los artículos del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social siguientes: artículo 63.1.a) (notificación de la deuda al obligado al pago en caso de que la liquidación se practique individualmente...) y artículo 64 (plazo reglamentario de ingreso, con posibilidad de ingreso fuera de plazo en los casos del art. 65). Además, como se verá en el texto, será necesario que tales circunstancias consten en el título ejecutivo correspondiente.

(208) Así, devengo del recargo de apremio en los términos del artículo 100 del Reglamento General de Recaudación (y art. 68 RGRSS) y comienzo del devengo de los intereses de demora «de forma inmediata por mandato de la Ley», según señala el artículo 98.a) del Reglamento General de Recaudación (art. 67 RGRSS, con matices), en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 128.2 de la Ley General Tributaria e incursión del deudor en la infracción grave tipificada en el artículo 79.a) de la Ley General Tributaria.

(209) No nos detendremos en las certificaciones expedidas por los restantes entes habilitados para ello (Corporaciones Locales, Comunidades Autónomas, demás entes de Derecho público...), cuya recaudación en vía administrativa de apremio se regirá por lo dispuesto en el Reglamento General de Recaudación con las particularidades señaladas en el artículo 169 del mismo; tampoco haremos mención a los casos en que la recaudación en vía administrativa de apremio se refiera a créditos de entidades supranacionales, internacionales y Estados extranjeros, pues en estos supuestos también se seguirá el procedimiento regulado en el Reglamento General de Recaudación a falta de regulación propia, como señala el artículo 170 del Reglamento General de Recaudación.

(210) En igual sentido se pronuncia el artículo 100 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social para las certificaciones de descubierto acreditativas del débito de la Seguridad Social; los datos que debe contener la notificación se consignan en el artículo 105.2 del Reglamento General de Recaudación, cuyo primer párrafo reitera lo dispuesto en la Ley General Tributaria cuando señala que «finalizados los plazos de ingreso en período voluntario se expedirán los títulos a que se refiere el artículo anterior»; respecto de los datos que contendrán las certificaciones de descubierto en el ámbito de la Seguridad Social, *vid.* artículo 101.2 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

Pues bien, sobre la base de tales títulos, los Jefes de las Dependencias de Recaudación (211) dictan la providencia de apremio por la que, según dispone el artículo 106.1 del Reglamento General de Recaudación, se «despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor» y que habrá de consignarse en el título ejecutivo y junto con éste, como ordena el artículo 106.4 del Reglamento General de Recaudación, «será *notificada* al deudor, según dispone el artículo 103 de este Reglamento», que enumera los datos que deberá contener toda notificación, a partir de cuya fecha de notificación se computarán los plazos de que dispone el deudor para impugnar el procedimiento de apremio por alguno de los motivos consignados con carácter taxativo en el artículo 99 del Reglamento General de Recaudación (212), señalándose en el artículo 108 del Reglamento General de Recaudación los plazos de ingreso de las deudas apremiadas, transcurridos los cuales sin haberse hecho el ingreso requerido, «los Jefes de las Dependencias y Unidades de Recaudación dictarán providencia ordenando el embargo de bienes y derechos en cantidad suficiente, a su juicio, para cubrir el importe del crédito perseguido y el recargo, intereses y costas que con posterioridad al primitivo acto administrativo se hayan causado o se causen» (art. 110.1 Reglamento General de Recaudación) (213).

(211) O el órgano competente de otras Administraciones públicas en el caso de que se asuma mediante convenio la recaudación ejecutiva de dichas Administraciones, como precisa el párrafo segundo del artículo 106.2 del Reglamento General de Recaudación; en el ámbito de la Seguridad Social la providencia de apremio será dictada por el tesorero territorial competente (art. 102 RGRSS).

(212) Tanto la jurisprudencia (SS. de la Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo del TS de 24 de octubre de 1985 —RJA 5016— y de 13 de febrero de 1988 —RJA 5081—, entre otras) como la doctrina (CASADO-FALCÓN-LOZANO-SIMÓN, *Cuestiones tributarias prácticas*, 2.^a edic, Madrid, 1990, pág. 666) han señalado este carácter exhaustivo de las causas de oposición a la procedencia del apremio, sin perjuicio de admitirse la alegación de otras causas que, aun no encajando en la letra del artículo 137 de la Ley General Tributaria o del artículo 99 del Reglamento General de Recaudación responden a su mismo fundamento o se derivan de la naturaleza del procedimiento ejecutivo (CASADO-FALCÓN-LOZANO-SIMÓN, *ibidem*, y STS, Sala 3.^a, de lo Contencioso-Administrativo de 13 de febrero de 1981, RJA 393); las causas de impugnación contra la providencia de apremio por débitos a la Seguridad Social se contemplan en los artículos 102.2 y 103 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

(213) En el mismo sentido el artículo 131 de la Ley General Tributaria, en la redacción por Ley 33/1987, señala que «el embargo se efectuará sobre los bienes del deudor en cantidad suficiente para cubrir el importe de la deuda tributaria definida en el artículo 58 de esta Ley más los recargos, intereses y costas que con posterioridad al primitivo acto administrativo se hayan causado o se causen»; resulta más precisa la expresión de bienes del deudor, similar a la empleada por el artículo 108 del derogado Reglamento General de Recaudación de 1968 («embargo de bienes propiedad del deudor») y que en otros artículos emplea el vigente Reglamento General de Recaudación (así, el art. 115 dispone que «se embargarán sucesivamente los bienes del deudor»; el art. 106.1 señala que la ejecución se despacha «contra el patrimonio del deudor»), porque debe quedar claro que sólo podrán embargarse bienes de exclusiva propiedad del

Así las cosas, y admitido que la demanda contra ambos cónyuges se sustituya por la notificación del título ejecutivo y la providencia de apremio dirigida contra los dos esposos si se pretende embargar directa e indiscriminadamente los bienes gananciales, en el procedimiento de apremio no se ha articulado tal posibilidad de dirigir la providencia y el título contra el esposo del deudor tributario para proceder a embargar directa e indiscriminadamente el patrimonio ganancial en aquellos casos en que el presupuesto de hecho generador de la obligación tributaria se encuentre contemplado en los supuestos previstos en los artículos 1.365 a 1.368 del Código Civil como aconteció en el caso enjuiciado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1992 (214), en la que se considera la deuda tributaria ganancial al amparo del artículo 1.366 al apreciarse que «la causa dimanante de los débitos fiscales no satisfechos por el esposo era por desplegar una actividad en beneficio de la sociedad legal de gananciales» estimado el Tribunal Supremo que para ello suceda resulta suficiente la notificación del «apremio administrativo» a ambos cónyuges, lo que, en el caso, además venía impuesto porque ya se había producido la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y los bienes embargados figuraban a nombre del cónyuge no deudor.

Ahora bien, si por la notificación del «apremio administrativo» al cónyuge que no realizó el presupuesto de hecho generador de la deuda tributaria, considerando suficiente para acreditar la ganancialidad de la deuda por la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1992, se entiende la notificación del embargo de bienes gananciales prevista con carácter general en el artículo 115.2 del Reglamento General de Recaudación y en los artículos 124.2 del Reglamento General de Recaudación, para los bienes inmuebles (215) y 131.4 del Reglamento General de Re-

deudor tributario, excluyéndose los bienes que no son sólo suyos, como los bienes gananciales, al menos directamente y al margen de lo dispuesto en el artículo 1.373 del Código Civil.

(214) RJA 1320.

(215) Los bienes inmuebles figuran en el número 4 del orden de embargos de la Ley General Tributaria (art. 131.2) y del RGR (art. 112), a diferencia del orden de embargos señalado en el artículo 1.447 LEC (en donde figura en el núm. 7), disponiendo el artículo 124.2 del Reglamento General de Recaudación que dicho embargo «se notificará al deudor, a su cónyuge..., requiriéndose en dicho acto la entrega de los títulos de propiedad», pronunciándose en el mismo sentido el artículo 122.3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, donde se señala que «el embargo de bienes inmuebles deberá notificarse al deudor y, en su caso, a su cónyuge..., advirtiéndole a todos ellos que podrán designar peritos que intervengan en la tasación, quizá con más precisión, pues señala que tal notificación se hará «en su caso», esto es, cuando proceda por ser el inmueble ganancial y señalándose en el artículo 125.1 del Reglamento General de Recaudación que de dicho embargo «se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad que corresponda», señalándose en el número 2 del mismo artículo que el mandamiento dirigido al Registrador se expedirá «con sujeción a lo dispuesto en la Ley y Reglamento Hipotecarios» (en igual sentido, *vid.* art. 123.1

caudación para los establecimientos mercantiles e industriales gananciales (216), es claro que tal notificación posterior a la traba no constituye al cónyuge no deudor tributario en sujeto pasivo que pueda discutir el carácter de la deuda ni impugnar el procedimiento de apremio al amparo del artículo 99 del Reglamento General de Recaudación.

Por ello, resulta insuficiente dicha notificación para poder discutir el carácter de la deuda en presencia del cónyuge del deudor tributario y si por la notificación del procedimiento administrativo se estima, como aquí se propone, que se notifique la liquidación —el procedimiento en su fase inicial— al cónyuge que no ha realizado el presupuesto de hecho generador de la obligación tributaria, es lo cierto que tal posibilidad no ha sido prevista en la actual regulación del procedimiento de apremio administrativo en el que sólo puede ser sujeto pasivo la persona que, al haber realizado el presupuesto de hecho, figura en el título y en la providencia.

No estimamos que dicho planteamiento pueda alterarse «en función del carácter de la obligación», como equivocadamente entiende la Subdirección General de Recaudación en la Respuesta de 12 de junio de 1989 (217), puesto que, al tener las obligaciones tributarias naturaleza *ex lege*, según reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1992 (218), resulta indiferente la voluntad del obligado, al surgir directamente de la ley, siendo lo único realmente relevante el carácter del presupuesto de hecho generador de dicha obligación (219).

Así pues, en el procedimiento de apremio administrativo, salvo que los dos esposos hayan intervenido en el presupuesto de hecho generador de la

RGRSS). Ciertamente, la intención del legislador es buena, pero la redacción de los preceptos es un buen ejemplo de legislar mal, pues si se consigue demostrar que el bien inmueble es privativo del cónyuge deudor, prueba necesaria para destruir la presunción del artículo 1.361 del Código Civil, no hará falta la notificación a su consorte, mientras que si el inmueble es ganancial la simple exigencia de la notificación del embargo al cónyuge del deudor resulta claramente insuficiente, al menos para la anotación preventiva de embargo, pues habrá de acreditarse, o al menos alegarse, la falta de insuficiencia de los bienes privativos del cónyuge contribuyente, como exige el artículo 144.1 y 2 del Reglamento Hipotecario.

(216) En el mismo sentido se manifiesta el artículo 115.2.) y f) del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, donde se señala que «... si lo embargado fuesen títulos valores o un establecimiento mercantil que tenga el carácter de bienes gananciales del matrimonio se notificará el embargo al cónyuge».

(217) *Ciss Comunicación*, núm. 79, abril 1990, pág. 20.

(218) RJA 1320; cfr. en la doctrina, por todos, FERREIRO LAPATZA, *Curso de Derecho financiero*, 14 edic, Madrid, 1992, págs. 336 y sigs.

(219) Cfr. VICENTE-ARCHE, «Configuración jurídica de la obligación tributaria», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, 1957, pág. 19, quien destaca que en las obligaciones tributarias «el vínculo obligatorio surge con independencia de la voluntad del particular, incluso contra su voluntad, en virtud de la obligatoriedad de la norma, cuando se produce el presupuesto del hecho que aquella prevé».

obligación tributaria, en todos los demás casos, la deuda ha de ser considerada privativa, al menos en el marco de este procedimiento en el que faltan términos hábiles para que se declare que la deuda es ganancial y ante la imposibilidad de audiencia del cónyuge no deudor que, como cotitular de los bienes gananciales, debe ser oído a los efectos de la calificación de la deuda y al que tan sólo se le notificará la diligencia de embargo, una vez realizada la traba.

Esto es, para que la Hacienda Pública pueda dirigirse directamente contra los bienes gananciales y los privativos de ambos esposos con carácter solidario, salvo que la propia Ley de cada tributo disponga lo contrario (arts. 34 LGT y 11.2 RGR), es preciso, según hemos apuntado, que ambos cónyuges hayan realizado conjuntamente el presupuesto de hecho generador de la deuda tributaria —cotitularidad del hecho imponible— y, por lo que ahora interesa, dado que los procedimientos de apremio administrativos no se inician por medio de la demanda, que la liquidación tributaria incluya a los dos esposos en la realización del hecho imponible (220), se notifique aquélla a los dos, figurando ambos cónyuges como sujetos pasivos en los términos del artículo 124 de la Ley General Tributaria (221) y que, una vez

(220) Pues en caso contrario desaparecerá dicha solidaridad, como señaló el Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo, Sala 3.^a, en la Sentencia de 28 de febrero de 1969 (RJA 946), pues al haberse practicado la liquidación, en el caso por el Ayuntamiento de Madrid, «eliminando a todos los cotitulares obligados al pago, menos a D. Luis Alfonso de B. y B., ha suprimido el mismo concepto de solidaridad porque ha impedido la concurrencia de acreedores o deudores que es el requisito *sine qua non* para esta forma de responsabilidad obligacional y deja como único contribuyente obligado a la persona requerida y comprendida en la liquidación practicada... Nunca generará la solidaridad pretendida el hecho de establecer una liquidación defectuosa que se extendió exclusivamente, sin fundamento alguno, con uno solo de los obligados al pago de un arbitrio que incumbía satisfacer a varios...» *Vid.* CASADO-FALCÓN-LOZANO-SIMÓN, *op. cit.*, pág. 212, donde se resalta esta especialidad de la solidaridad en materia tributaria: «Los efectos de la solidaridad han de buscarse en el Código Civil... Ahora bien, eso no significa que las actuaciones de la Administración con alguno de los obligados solidariamente surta efectos procesales por los demás...»

(221) El artículo 124 de la Ley General Tributaria dispone que «las liquidaciones tributarias se notificarán a los sujetos pasivos» y a partir de dicha notificación se inicia la recaudación en período voluntario, salvo que se trate de declaraciones-liquidaciones o autoliquidaciones (art. 72 RGR), en cuyo caso el plazo voluntario de ingreso es siempre el mismo para los dos cónyuges (art. 72.C RGR); si no se notifica a los dos, el cónyuge notificado que pretenda hacer el pago, por aplicación del artículo 1.148 del Código Civil, podrá excepcionar la parte correspondiente a su consorte no notificado, en tanto que esta parte no es exigible pues la notificación reglamentaria determina el momento de exigibilidad de la deuda, sin perjuicio de que el cónyuge no notificado pueda voluntariamente proceder, también, al pago de la deuda; si se notifica la liquidación a ambos esposos, la práctica habitual es que la referida notificación se efectúe al mismo tiempo a ambos cónyuges, en cuyo caso los dos dispondrán del mismo período voluntario de ingreso, al término del cual la deuda quedará incursa en apremio; si por cualquier razón la notificación a los cónyuges se produce en distinto momento, parece

haya transcurrido el plazo de ingreso en período voluntario (222) sin haberse satisfecho la deuda tributaria, aparezcan ambos esposos relacionados en el título ejecutivo (certificación de descubierto o relaciones certificadas de descubierto) y se despache contra uno y otro la providencia de apremio (223) que, consignada en el título ejecutivo (224), deberá ser notificada asimismo a los dos cónyuges (225), pues sólo con tal proceder puede estimarse que ambos son contribuyentes.

Buena prueba de la dificultad con que se encuentra la Hacienda Pública para hacer valer el carácter ganancial de los débitos de uno de los esposos, puesta de manifiesto por la mentada Respuesta de 12 de junio de 1989 de la Subdirección General de Recaudación, se evidencia en el artículo 85 de la Ley 18/1991, de 6 de junio (*BOE* de 7 de junio), en el cual se dice que «las deudas tributarias por el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas tienen la misma consideración de aquellas a las que se refieren el artículo 1.365 del Código Civil y, en consecuencia, los bienes gananciales responderán directamente frente a la Hacienda Pública por estas deudas contraídas por uno de los cónyuges», precepto de muy dudosa legalidad, pues al equiparar las deudas tributarias por el Impuesto de la Renta de las Personas

evidente que se trata de una deuda que cuenta con distintos plazos voluntarios de ingreso, de tal forma que la incursión de la misma en apremio sólo se produce cuando finaliza el plazo de ingreso voluntario correspondiente al cónyuge que ha sido notificado en último lugar, pues la incursión en apremio se predica de la deuda y no de los sujetos contribuyentes y, de conformidad con el artículo 128 de la Ley General Tributaria, la deuda no queda incursa en apremio hasta la finalización del plazo voluntario de apremio.

(222) Siendo posible que una vez finalizado el período voluntario y con anterioridad a la expedición del título ejecutivo el sujeto obligado proceda al pago de la deuda tributaria, en cuyo caso será improcedente el procedimiento de apremio, como ha señalado la Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (SS. de 20 de febrero y de 28 de abril de 1988, RJA 925 y 3154), excluyéndose las sanciones por tales supuestos siempre que no medie requerimiento de la Administración, como dispone el artículo 61.2 de la Ley General Tributaria.

(223) Cuya falta, de la providencia de apremio, «podrá ser motivo de impugnación de las actuaciones ejecutivas sobre el patrimonio del deudor», como señala el artículo 99.2 del Reglamento General de Recaudación.

(224) Es decir, en la medida en que la providencia de apremio se hace constar en el mismo documento en que se expide el título ejecutivo, no contiene una mención expresa de los sujetos contra los que se expide dicha providencia, sino que hace referencia a los sujetos incluidos en la certificación de descubierto; pero lo que queremos destacar es que la providencia de apremio sólo puede afectar a los dos cónyuges si ambos aparecen mencionados en la certificación de descubierto, que establece los obligados al pago contra los que se dicta la providencia.

(225) Para cumplir lo dispuesto con carácter general en el artículo 79.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo que establece que «se notificará a los interesados las resoluciones que afecten a sus derechos o intereses», quedando hasta el momento de la notificación demorada la eficacia del acto, como dispone el artículo 45.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Físicas a aquellas a que se refiere el artículo 1.365 del Código Civil está considerando como deudas gananciales también, no sólo la cuota tributaria a la que alude el artículo 55 de la Ley General Tributaria sino también los intereses de demora (226) e, incluso, el recargo de apremio (227) y las sanciones pecuniarias (228), pues todos estos conceptos forman parte de la «deuda tributaria» según se estatuye en el artículo 58 de la Ley General Tributaria.

(226) Es realmente discutible que los intereses de demora en la parte que excede del interés legal del dinero (de acuerdo con la fijación del tipo de interés de demora en las correspondientes leyes de presupuestos a las que se remite el artículo 58.2.º) de la Ley General Tributaria, que estatuye que salvo disposición de la Ley de Presupuestos Generales del Estado —LGP— establezca uno diferente, el interés de demora será el interés legal del dinero incrementado en un 25 por 100) no tengan carácter sancionatorio como había mantenido la Sala 3.ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de noviembre de 1987 (RJA 7764) y no simplemente indemnizatorio como ha sostenido el pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/1990, de 26 de abril (BOE, núm. 129, de 30 de mayo de 1990, JCO, t. XXVI, págs. 1003 y sigs., donde se señala que «... los intereses de demora no tienen naturaleza sancionatoria, sino exclusivamente compensatoria o reparadora del perjuicio causado por el retraso en el pago de la deuda tributaria...»), dada la diferencia entre el interés de demora que debe abonar el particular a la Administración, el interés legal incrementado, en principio, en un 25 por 100 y el interés que abona la Administración en sus devoluciones a los particulares que siempre consistirá en el interés legal (arts. 45.1 LGP y 155.1 LGT). Cfr., en la doctrina, sobre la defensa del carácter indemnizatorio de demora, MARTÍNEZ LA-FUENTE, «El interés de demora en las relaciones tributarias», en *Estudios de Derecho tributario*, t. I, 1979, págs. 833 y sigs.; y en pro de su naturaleza sancionatoria en la parte que excede del interés legal del dinero, como aquí se ha expuesto, y allí otras referencias, LÓPEZ DÍAZ, «Cuota y deuda tributaria», en *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma (Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda)*, vol. 1.º, Madrid, 1991, págs. 941-947.

(227) Vid., por todos, y allí información, sobre la naturaleza sancionatoria del recargo de apremio, LÓPEZ DÍAZ, *La recaudación de deudas tributarias en vía de apremio*, Madrid, 1992, págs. 128-138.

(228) Vid. STS de 19 de febrero de 1992 (RJA 1320), donde después de incluir las deudas tributarias dentro del concepto de obligaciones extraconceptuales a que se refiere el artículo 1.366 del Código Civil se señala que «la recta hermenéutica de aquel artículo 1.366 del Código Civil deriva en que las partidas correspondientes a la multa (no así a los intereses de demora) que fueron motivadas por el impago, tienen un componente punitivo de carácter personal que, en modo alguno, pueden imputarse a la responsabilidad de la sociedad de gananciales»; cfr., para el Derecho derogado, Cossío Y CORRAL, *op. cit.*, pág. 98; y para el Derecho vigente, GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op. cit.*, pág. 1194, n. 18, y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios Ministerio*, cit., II, pág. 699, quienes estiman que han de quedar fuera del ámbito del artículo 1.366 (en su caso, del antiguo art. 1.410.2 CC) las penas pecuniarias derivadas del delito, lo que resulta consecuencia necesaria del principio de la personalidad de la pena y resulta de aplicación a cualquier multa o condena; por el contrario, para el antiguo artículo 1.410, LACRUZ BERDEJO, *El matrimonio...*, cit., págs. 523-524 (también, *Elementos...*, cit., IV-1, pág. 428), consideraba que con referencia a las sanciones impuestas por infracción de las leyes sobre abastecimientos «al ser tales infracciones consecuencia de una gestión ciertamente ilícita, pero habitual y extendida, del negocio que alimenta la masa de gananciales y de

En fin, según se ha destacado reiteradamente a lo largo de este trabajo, la adecuada defensa de los intereses de los cónyuges en el patrimonio ganancial necesariamente se encuentra vinculada con la intervención de ambos como partes demandadas en el proceso en el que se pretenda agredir directa e indiscriminadamente el acervo ganancial.

En efecto, sólo la consideración como parte demandada permite a cada cónyuge la adecuada defensa de sus intereses, claramente en los procesos declarativos, y aún en el juicio ejecutivo, oponiéndose a la ejecución, invocando, por separado si así lo prefiere (art. 531 LEC), alguna de las excepciones previstas en el artículo 1.464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o alegando lo dispuesto en el artículo 1.467.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si se trata de una obligación simulada o el artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque si ambos cónyuges han suscrito una letra de cambio.

De igual manera, en el procedimiento de apremio administrativo, si ambos cónyuges son contribuyentes podrán evitar el apremio mediante el ingreso de la deuda tributaria en los plazos del artículo 108 del Reglamento General de Recaudación, impugnar la procedencia del procedimiento de apremio por prescripción de la deuda tributaria, «anulación, suspensión o falta de notificación reglamentaria de la liquidación» o por «defecto formal en el título expedido para la ejecución» [letras a), b), y d) del art. 99 RGR], poner fin, en cualquier momento, al mismo mediante el pago de la deuda o de una parte de ésta (229) así como solicitar el aplazamiento de la misma a la luz de lo dispuesto en los artículos 48 y siguientes del Reglamento General de Recaudación (230), supuestos contemplados como causas de

cuyas superganancias se aprovecha toda la familia..., deben pesar sus consecuencias económicas sobre todo el patrimonio familiar»; y en tal sentido, DÍEZ-PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., IV, pág. 190, consideran que el artículo 1.366 deben estimarse comprendidas las multas o sanciones pecuniarias, manifestándose en igual dirección TORRABLA SORIANO, *Comentarios a las reformas*, cit., II, pág. 1692.

(229) Esta posibilidad de proceder al pago durante la tramitación del procedimiento ejecutivo se contempla en el artículo 107.2 del Reglamento General de Recaudación, que lo dota de plena eficacia liberatoria cuando cubra la totalidad de la deuda, el recargo y las costas de procedimiento, señalándose en el artículo 102.a) del mismo Reglamento General de Recaudación que el procedimiento de apremio termina «con el pago del débito, que se hará constar en el expediente».

(230) Pudiendo solicitar el aplazamiento los dos cónyuges, en cuyo caso, si se les concede el aplazamiento de la deuda, se incrementa el período voluntario de ingreso y sólo a la terminación del mismo la deuda quedará incurso en apremio; a la misma conclusión habrá de llegarse si sólo uno de ellos solicita dicho aplazamiento, pues aunque, en principio, el incremento del período voluntario de ingreso sólo afecta al contribuyente beneficiado con el aplazamiento, la deuda no queda incurso en apremio hasta que finaliza el período voluntario para todos los contribuyentes obligados solidariamente, sin perjuicio de que cualquiera de los dos pueda pagar en un momento anterior, en cuyo caso parece de aplicación el artículo 1.146 del Código Civil.

impugnación del procedimiento de apremio en la letra c) del artículo 99 del Reglamento General de Recaudación cuando tal pago o aplazamiento haya tenido lugar en período voluntario.

Pues bien, en todos los casos en que no se haya podido acreditar el carácter ganancial de la deuda en presencia de ambos esposos, el régimen de responsabilidad viene establecido en el artículo 1.373, cuyos presupuestos han de ser cumplidos rigurosamente por el acreedor (aunque sea la Hacienda Pública) generándose un mecanismo de extraordinaria complejidad, que, aún cuando es cierto que no protege los intereses de los acreedores de modo tan directo como en el supuesto de ser consorcial el débito, tampoco puede considerarse que contiene una tutela excesiva de los intereses de ambos cónyuges en el acervo común, lo que habrá de ser tenido en consideración a la luz de tantas alegaciones a la pretendida indefensión que para el acreedor genera la no calificación de la deuda asumida sólo por uno de ellos como ganancial.

IV. CONCLUSIÓN

A modo de recapitulación de todo cuanto antecedentemente se ha analizado pueden deducirse, de modo sumario, los siguientes asertos:

1) Es requisito ineludible, por imperativo constitucional (art. 24.1), consagrado en la legislación civil (art. 1.385.2) y desarrollado en el Reglamento Hipotecario (art. 144.1.1), que para el incumplimiento de una deuda asumida por una persona casada bajo el régimen legal desencadene la sujeción a responsabilidad genérica y directa de los bienes gananciales ha de intervenir en el pleito, desde su inicio, también el consorte del deudor a los efectos de que pueda discutir el carácter —ganancial o no— de la deuda.

Para que así sea, el acreedor, si pretende embargar directamente los bienes gananciales *in genere* ante una deuda contraída por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, después de invocar la norma excepcional en cuya virtud la actividad individual desencadena tal afección (arts. 1.365 a 1.368 CC y 6 a 9 CCom), ha de dirigir su demanda, con petición de condena, contra el esposo deudor y, también, contra su consorte no deudor, no para que éste sea condenado al pago, sino para que sea condenado a soportar la ejecución sobre los gananciales, todo ello sin perjuicio de su posibilidad de participar en el proceso mediante una intervención adhesiva —en calidad de parte, a todos los efectos, no como mero coadyuvante—, si bien, en tal caso, aceptando el proceso en el estado en que se encuentre.

2) Tal consecuencia, la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, en los términos y con los matices antes apuntados, cuando el acreedor

pretenda embargar primariamente el acervo ganancial en su integridad, ha de ser estimada de oficio por el Juez si la acción ejercitada tiene carácter real, contradictoria o limitativa del dominio inscrito de los gananciales y, en cuanto a las de naturaleza personal, sólo, pero también, cuando de ella pueda derivarse un acto dispositivo sobre dichos bienes ya que, de lo contrario, el acreedor no podrá satisfacer su crédito con cargo al patrimonio ganancial de modo directo e indiferenciado.

La meritada excepción igualmente ha de ser apreciada cuando se dirija la demanda contra el titular del derecho en cuya virtud se ocupa la vivienda habitual familiar si la consecuencia de la estimación de la pretensión del actor supone la pérdida del título de ocupación, con independencia de la situación personal de los esposos y de cuál de ellos haya suscrito el contrato, o cuando se trate de una acción de división de cosa común en la que una cuota tiene carácter ganancial.

3) Admitida la necesaria intervención de ambos esposos en el momento previo de calificación de la deuda individualmente contraída por uno de ellos como presupuesto básico para determinar la efectividad directa sobre la totalidad del patrimonio ganancial, el marco procesal adecuado para que el acreedor pueda dirigirse contra el mismo ante el incumplimiento del cónyuge deudor es el proceso declarativo civil, sin que resulte viable acreditar la ganancialidad del débito en el ámbito del juicio ejecutivo, ni en el proceso criminal, ni tampoco en el procedimiento de apremio administrativo.

DOMINGO BELLO JANEIRO
Profesor de Derecho Civil.
Universidad de Santiago