

CUESTIONES PRÁCTICAS DEL CONSORCIO CONYUGAL ARAGONÉS

Juan Ignacio Medrano Sánchez
Magistrado

Sumario:

PRELIMINAR.

PRIMERA PARTE.

1. Ideas generales sobre el consorcio como masa patrimonial diferenciada.

- 1.1. La relevancia de la naturaleza jurídica del consorcio.
- 1.2. La correlación entre las fuentes del activo y la configuración del pasivo.
- 1.3. El consorcio en el tráfico jurídico..
- 1.4. La carencia de personalidad del consorcio.
- 1.5. La incidencia de la falta de identidad en las relaciones entre los patrimonios.
- 1.6. El sistema de doble lista.

2. Responsabilidad definitiva del patrimonio común.

- 2.1. Atenciones legítimas de la familia.
- 2.2. La relativa correlación entre el activo privativo y el pasivo del consorcio.
- 2.3. Las atenciones de un diligente usufructuario.
- 2.4. La actividad beneficiosa para el consorcio.
- 2.5. El beneficio efectivo como parámetro del pasivo definitivo.
- 2.6. Los daños a terceros.
- 2.7. El pasivo definitivo excluido.

3. La responsabilidad provisional del patrimonio común.

- 3.1 La deuda de gestión de lo consorcial y lo ordinario de la actividad privativa.
- 3.2. La administración ordinaria de los bienes propios de los cónyuges.
- 3.3. Deudas de gestión de los bienes comunes.
- 3.4. Las deudas de comercio.
- 3.5. Indemnizaciones por daños a terceros.

SEGUNDA PARTE.

4. Las relaciones entre patrimonios

- 4.1. El deber de reequilibrio patrimonial.
- 4.2. Los reintegros.
- 4.3. La mejora de los bienes privativos a costa del patrimonio común.
- 4.4. La mejora de los bienes privativos por el trabajo del cónyuge no titular.
- 4.5. Los supuestos reglados.
- 4.6 El valor del reintegro y el momento de hacerlo.
- 4.7. Aportar, prestar o donar.

5. La sentencia del TS de 21 de diciembre de 2015.

- 5.1. Sentencias relevantes.
- 5.1.1. Sobre el momento de la disolución.
- 5.1.2 Sobre bienes privativos.
- 5.1.3 Sobre bienes comunes.

6. El reequilibrio entre patrimonios.

7. Sobre la división del patrimonio común.

8. Los patrimonios comunes en el régimen de separación de bienes.

PRELIMINAR

Distinguir las “cuestiones prácticas” de las conceptuales o académicas siempre me ha parecido un esfuerzo poco útil y aun contradictorio. Los que aplican el derecho deben partir necesariamente del soporte conceptual de la institución o instituciones implicadas en un determinado conflicto. Solo así podrá afrontarse con un mínimo de garantías y de solvencia profesional la solución a esos conflictos.

Por eso me parece ineludible, si se pretende tratar de los problemas prácticos que se están planteando en sede de relaciones patrimoniales de los cónyuges afrontar primero la noción y caracterización del consorcio conyugal, acaso uno de los fenómenos patrimoniales más complejo de nuestro ordenamiento jurídico, y luego entrar a consignar y advertir, vía supuestos analizados en la jurisprudencia, sobre esas cuestiones prácticas.

PRIMERA PARTE

1. Ideas generales sobre el consorcio como masa patrimonial diferenciada.

1.1 La relevancia de la naturaleza jurídica del consorcio.

La naturaleza jurídica es esencial porque definirá qué puede ser referente en la responsabilidad y solvencia de los cónyuges. En efecto el patrimonio consorcial se categoriza dentro de lo que se ha denominado comunidad de mano común, comunidad que se valora siempre de forma colectiva frente a la consideración individual del condominio romano, de manera que solo colectivamente sus titulares son tributarios del ejercicio de las potestades jurídicas sobre el patrimonio común. Si la naturaleza de ese patrimonio fuera la de la comunidad romana desaparecería gran parte de la problemática del pasivo del consorcio, en concreto toda la referente a los acreedores, que podrían dirigirse así contra la mitad indivisa de los bienes que integran el activo del consorcio. Algo que solo podrá acaecer tras su disolución, pero no ya sobre la mitad indivisa de cada uno de los bienes sino sobre la cuota global que corresponderá al deudor en ese patrimonio disuelto y pendiente de liquidación.

1.2 La correlación entre las fuentes del activo y la configuración del pasivo.

La forma en la que se integra el activo del consorcio tampoco se puede dejar de tener presente a la hora de comprender las razones que conforman legalmente con el pasivo: no se puede romper la relación que tiene la integración del activo del patrimonio común con la responsabilidad pecuniaria de los cónyuges so pena de entorpecer, disminuir o incluso anular la solvencia de los cónyuges. En efecto, un sistema como el del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA), en el que el activo del patrimonio consorcial lo es de ganancias y en el que se contempla que no solo los rendimientos de todos los bienes sino incluso derechos casi personalísimos, aunque con sustancia patrimonial, como puede ser el salario o compensación del trabajo personal e incluso las pensiones devengadas (art. 210.1 d) CDFA), sean comunes, así como el beneficio obtenido de las empresas y explotaciones económicas, sino contemplara en alguna medida un correlativo trasvase de las deudas dimanantes del patrimonio privativo hacia el consorcio convertiría al aragonés casado bajo el régimen legal en un sujeto de derecho con una solvencia disminuida.

Esa autonomía del patrimonio común es, a este y a otros efectos, solo relativa y dado que cada cónyuge es cotitular en el patrimonio común, con una participación más o menos compleja pero patrimonializable, inexcusablemente responderá y su solvencia se medirá también con relación a esa participación, aunque la misma no sea transmisible y, por tanto, tampoco embargable (RDGRN 4 de octubre de 2012). Por otra parte, si no se tiene en cuenta esta correlativa participación en lo común, que no se traduce ya en una mimética correspondencia o porcentaje con el valor de esa ganancia al ser la misma de origen consorcial y no privativa, si no se tiene en cuenta esa participación, se repite, tendencialmente el patrimonio privativo sufrirá un proceso de envejecimiento y anquilosamiento, con lo que solo la plusvalía interna del propio bien, si es que la hay, se mantendrá en el ámbito de lo privativo.

1.3 El consorcio en el tráfico jurídico.

No se puede dejar de traer a colación, porque es de una importancia capital para la comprensión del pasivo, el tener presente que dadas las características y la conformación heterogénea del consorcio, esta masa patrimonial no actúa en el tráfico jurídico de una manera ni diferenciada ni con identidad propia. Reconocible al menos por los terceros. Quienes actúan en el tráfico jurídico son los cónyuges con sus actos y sus negocios jurídicos individuales o conjuntos, aunque puedan hacerlo disponiendo de los bienes comunes y sobre todo, y en lo que aquí interesa, vinculando al consorcio. Pero cuando lo hagan, porque se les reconozca la potestad jurídica de hacerlo, no lo harán nunca actuando en representación de consorcio. No hay nunca un fenómeno representativo: no actúan en “nombre y por cuenta del consorcio”. Ni aun cuando actúen los dos cónyuges en el mismo acto o negocio jurídico¹. El protagonismo es siempre de los cónyuges, actúen individual o conjuntamente, que a lo más si adquieren algún bien precisarán que lo hacen “para el consorcio”, lo que desvela el nulo protagonismo del mismo en el tráfico jurídico, su posición en un segundo plano o meramente estático. Precisión ésta de que se adquiere para el patrimonio común que se manifiesta muchas veces más bien por razones registrales o por la influencia profesional de los notarios. Rara vez en documentos privados se hará semejante precisión.

Por tanto, para los terceros la realidad de ese patrimonio consorcial quedará de ordinario oculta o cuando menos no exteriorizada y tan apenas se producen, aunque preocupen mucho al legislador, fenómenos de actuación meramente aparente que justifiquen una recurrente específica invocación a la buena fe de terceros. Y cuando esos terceros con el que se relacionan los cónyuges en el tráfico pretendan la seguridad de vincular de manera plena el patrimonio común eso es lo que harán, exigir la intervención de los dos cónyuges. Esto explica que este patrimonio carezca de personalidad jurídica (STS de 26/3/1979), e incluso de capacidad para ser parte en el proceso².

¹ Serrano García, José Antonio, advertirá con más contundencia todavía que “no siendo la comunidad persona jurídica, no puede, ella misma, contraer deudas, pues no podrá estar representada” (*Las deudas de los cónyuges, pasivo de la comunidad legal aragonesa*), José Mª Bosch Editor S.A., Barcelona 1992, págs. 33 y 34.

² Y esto explica también que como quiera que el *nomen iuris* es un dato esencialísimo, por su carácter identificador, en el tráfico jurídico, hasta la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico del matrimonio el patrimonio común en el régimen aragonés carecía de nombre. El propio Preámbulo de esa Ley explicaría la conveniencia de atribuirselo y las razones por las que parecía adecuado el de “consorcio conyugal” para el régimen matrimonial aragonés, que carecía de nombre propio con que designarlo y diferenciarlo. La nueva regulación optó por el de “consorcio conyugal”. Si el consorcio actuara en el tráfico jurídico con verdadera autonomía e identidad verdaderamente diferenciada de los cónyuges resultaría inimaginable que hubiera podido actuar sin un *nomen iuris* que lo identificara. El tráfico jurídico lo primero que hace es poner o exigir nombre a todo lo que actúa y opera en el mismo.

El patrimonio consorcial se representa así como un complejo fenómeno patrimonial, cuya existencia y realidad siempre opera entre su ocultación y su, por el contrario, fuerza expansiva. Hay dos ejemplos de esta ambigüedad jurídica.

El primero de enorme transcendencia. Es desgraciadamente más frecuente de lo deseable que en los momentos previos a la disolución del régimen común (y de ordinario del matrimonio) existan, por parte de uno de los cónyuges, distracciones del patrimonio común. La jurisprudencia penal siempre había expresado criterios dubitativos sobre la tipicidad penal de estas conductas. La circunstancia de que no dejé de ser un patrimonio sobre el que el imputado ostentaba un derecho y que tuviera facultades de administración sobre el mismo llevaba a realzar esas dudas. Es con la STS (2^a) 07.11.2005 (La Ley 2014/2005)³ cuando se unifica doctrina en el sentido de considerar penalmente relevantes esas conductas. Razona así la Sala Segunda: “la sociedad de gananciales es la titular de los bienes de los bienes y los esposos son considerados *terceros* respecto a esa masa común...es decir se trata de una masa patrimonial, *ajena* a la propiedad de cada esposo...”. Lo que a mi parecer no es exacto: los esposos nunca son patrimonialmente ajenos a la masa común. Y la subsunción en el tipo penal la justifica en que los “actos de administración han de ser reputados fraudulentos...que perjudican el patrimonio de la sociedad”. Añadiendo que “en puridad es la sociedad de gananciales la perjudicada en la apropiación de los bienes por el acusado” y que “la conducta del acusado es la de un administrador infiel que abusa “de su cargo...en perjuicio de la masa ganancial y, a la postre, de la (del) cónyuge”.

Y la fuerza expansiva de ese patrimonio tan opaco en el tráfico jurídico se revelará con inusitada fuerza en lo que creo es una afectación de la doctrina del título y modo. Pues si la propiedad se adquiere según título las normas sobre esta comunidad van a incidir en el mismo, dado que la propiedad no se genera a favor quien la adquiera según el título adquisitivo sino en atención a otras consideraciones relativas al origen de los fondos que han servido de contraprestación. Y sin necesidad de recurrir a la consideración de negocios fiduciarios o de “puesta a nombre de otro”. Constante el consorcio ello sería fácilmente asumible, pero el régimen del activo no solo se limita a los mismos, sino que se extiende a casos en los que el título es anterior al consorcio, en particular en el art. 211 b) del CDFA: adquiridos con título anterior pero consolidada la adquisición constante el consorcio y los comprados antes con precio aplazado cuando la totalidad del precio sea satisfecha con fondos comunes. A la inversa el art. 210 2. c) CDFA parece contemplar el supuesto contrario: titularización “durante el consorcio” de un bien adquirido onerosamente que será común “salvo que la totalidad del precio se satisfaga con dinero privativo”. No es pues que se genere una partida en el pasivo que deba el consorcio reintegrar al cónyuge que abonó el precio, sino que la propiedad es aquí privativa.

Una última reflexión puede realizarse como consecuencia de esa falta de unidad, de esa heterogeneidad, y es la contemplación de esa comunidad como un patrimonio al que no deja de faltarle una cierta dinamicidad. No se trata de una comunidad estática, a la suerte de la que resulta tras su disolución y hasta su liquidación. Pero tampoco llega a configurarse como un patrimonio dinámico al uso de las que puedan hoy considerarse ejemplo de las mismas, de las denominadas comunidades funcionales, de las comunidades-empresa o de las comunidades con una finalidad específica que no sea la satisfactiva. Ello es así por su heterogeneidad, por la intensa yuxtaposición que se produce en su seno entre lo privativo y lo común; patrimonio además guiado por un

³ Doctrina reiterada en la más reciente STS (2^a) 14/02/2013 (la Ley 9464/13).

principio básico satisfactivo, la atención de las necesidades familiares (arts. 187 y 218.1 a) CDFA) que desplaza el aspecto activo del patrimonio como algo autónomo y diferente del interés patrimonial de los propios cónyuges.

1.4 La carencia de personalidad del consorcio.

La falta de identidad del consorcio en el tráfico jurídico guarda así una intensa relación de causa-efecto con su falta de personalidad jurídica, lo que obliga a que prácticamente todo el protagonismo se asuma por los cónyuges. El patrimonio consorcial no es así casi nunca distingible ni se suele representar con identidad propia. Y por esa falta de identidad el patrimonio consorcial **nunca es deudor**; condición que la tienen solo los cónyuges, y el consorcio no se representa como tal ni aun de manera aparente: los terceros no tendrán de ordinario como referencia de su relación ese patrimonio sino solo los cónyuges que tienen en él participación. Estos son los deudores.

Tan esto es así que luego el Derecho Procesal, tan necesitado de construir categorías abstractas, no se verá en la conveniencia de reconocer al consorcio la condición de parte en el proceso⁴, pero contemplará el fenómeno (art. 541 LEC) al no poder desconocer que, no siendo ni pudiendo ser el consorcio deudor, sí que es una masa patrimonial que puede responder frente a los acreedores por deudas asumidas por uno o por los dos cónyuges, sea solo por la participación patrimonial del cónyuge deudor en el consorcio, sea en su totalidad. En definitiva, el patrimonio consorcial es una masa heterogénea de bienes, carente de ordinario de identidad en el tráfico jurídico, por tanto en alguna medida un patrimonio al que aunque se le quiera otorgar una consideración unitaria no se exterioriza tan apenas ni de ordinario frente a terceros, que tiene una autonomía solo relativa, sin personalidad jurídica ni capacidad para ser parte en el proceso.

Semejantes características hacen extraordinariamente difícil el esfuerzo del legislador por construir un régimen general que logre diferenciar una relación interna de una externa. Algo que doctrinalmente se tiene muy interiorizado pero que no es fácilmente trasladable a su regulación legal. El resultado normativo final es reflejo de todas esas características, de esa heterogeneidad y de su falta de identidad y es lo que conduce a un alto grado de intercambiabilidad entre los supuestos de pasivo provisional y definitivo. Y al grado de dificultad con el que los operadores jurídicos se enfrentan al pasivo del consorcio.

En el consorcio, como en toda comunidad, no es aceptable, como ya se ha dicho, que uno solo de los cotitulares pueda comprometer todo el patrimonio sino sólo, en principio, sus derechos. Pero el patrimonio consorcial no es, como se ha dicho, un patrimonio identifiable y reconocible por terceros con los que, recordamos, no se relaciona y sí con los cónyuges. Antes al contrario, el consorcio está construido por una globalidad de bienes que no tienen una conexión entre sí; por tanto su unidad es conceptual, una amalgama de bienes cuya consorcialidad resulta de determinaciones jurídicas predefinidas legalmente. Está presidido por una idea satisfactiva básica y no es en sí misma una unidad económica productiva, aunque la voluntad de los cónyuges

² Es inútil buscarlo en la lista del art. 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y si alguien ha querido encontrarlo el art. 541.1 LEC despejará todas las dudas.

pueda reconducirlo a una configuración productiva e incluso unitaria. Pérdida de unidad económica que le resta dinamicidad.

Esa característica unida a las ya citadas, naturaleza germánica, falta de identidad y de actuación autónoma y propia en el tráfico jurídico, junto con la posibilidad de, pese al principio general de cogestión, vincular unilateralmente todo el patrimonio consorcial (lo que contemplado como excepción opera con notable laxitud) y aun incluso, y esto es importantísimo y definitivo para la comprensión del pasivo del consorcio, con actos unilaterales que nada tienen que ver con esa gestión, termina conduciendo a la construcción de un esquema de extraordinaria complejidad que acaba arrastrando la configuración legal..

1.5. La incidencia de la falta de identidad en las relaciones entre los patrimonios.

Pero esa falta de identidad se proyectará también en las relaciones entre patrimonios, que siendo posibles son así extraordinariamente confusas, dada la mezcla de intereses, la concurrencia de voluntades de los cónyuges que las permiten pero que nunca o casi nunca las definen, la equivocidad con la que se presentan por cuanto en el común participan siempre los dos cónyuges, con lo que la ajenidad se representa con notable dificultad. Si a ello se le suma la antes considerada falta de personalidad del consorcio, de una identidad diferenciada de la de los propios cónyuges, la ausencia de una plena alteridad entre unos y otros patrimonios, lo que genera no pocas dificultades técnicas cuando se pretende perfilar la naturaleza de las operaciones realizadas entre los patrimonios y sobre todo cuando existe una situación patológica o la agresión procesal del común a los privativos o, sobre todo y a la inversa, de los privativos al común. En definitiva que las relaciones patrimoniales entre tales patrimonios pueden resultar de una complejidad extrema.

Tan esto será así que salvo claro acuerdo entre los cónyuges las obligaciones que surjan entre los patrimonios y el común solo serán exigibles en la liquidación. Cualquiera que sea esas obligaciones, de ordinario poco definidas, salvo pacto o justa causa, quedan atrapadas en la universalidad del consorcio y su reclamación queda postergada al tiempo de la liquidación (art. 226.5 CDFA). Por no hacer mención a las dificultades que esa falta de total ajenidad entre los patrimonios se puede producir con ocasión de la exigencia forzosa de la obligación.

1.6. El sistema de doble lista.

El régimen jurídico del pasivo del consorcio no puede, por esa falta de autonomía plena, construirse tampoco de una manera autónoma, sino que tiene que hacerse siempre con relación a las deudas privativas. El patrimonio común, desde el punto de vista del pasivo, es un centro de imputación de intereses y lo que el legislador va a ordenar es de qué y cómo va a responder. Y aquí sí se verá en la necesidad de diferenciar ahora con más nitidez lo que es responsabilidad propia de cada cónyuge de lo que es propio del consorcio. Y para ello utilizará un sistema de doble lista, deudas a cargo de los cónyuges y deudas que son responsabilidad del consorcio. La primera lista ha de servir para ordenar las relaciones entre los patrimonios privativos y el consorcial. La segunda lista servirá para saber de qué ha de responder el consorcio frente a terceros.

Y frente a ambas listas presentará un concepto referenciable en exclusiva a cada uno de los cónyuges, la de las deudas privativas, siquiera para perfilar estas últimas utilice una configuración residual y negativa con relación a la primera lista (art. 223.1 CDFA). Pero el concepto de deuda privativa no es solo residual sino también de contraste con relación también a la segunda de las listas, al pasivo provisional, de manera que hay deudas *internamente* privativas y responsabilidades *externamente* privativas. Se parte pues de una confrontación inicial entre la deuda común y la privativa, si bien se entiende por el legislador que la protección del tercero con el que se relacionan los cónyuges, ya hemos visto que no el consorcio, no haría justo trasladar a este último toda la complejidad de lo que es una dinámica de relación común/privativa, propia del ámbito interno y familiar de su deudor o deudores.

Una consolidada doctrina sentó, con un sentido lógico/estructural de este fenómeno patrimonial, pero acaso con notables dificultades de proyectarse normativamente, una distinción entre lo que se ha de considerar pasivo propio del consorcio y lo que ha de ser en la relación externa, frente a acreedores de buena fe. Se sentó pues la diferencia entre el pasivo definitivo, “lo que por naturaleza debe ser a cargo de la comunidad”, del “pasivo provisional”, esto es de aquello de lo que se debe responder frente a terceros, a los que no se podrá discutir que la masa patrimonial común deba soportar la agresión del acreedor para la satisfacción de su crédito. Pero que satisfecho genera o pueda generar de manera contable un “debe” en la cuenta del cónyuge que generó unilateralmente esa deuda o a quien le sea imputable en la relación interna.

Surgen pues dos listas, la del art. 218 CDFA, que se refiere al pasivo definitivo, y la del art. 219 del mismo Código, referida al provisional. Listas con las que se contrasta el concepto de deudas privativa, pero que se configura, ya se ha anticipado, con un carácter residual y negativo.

En esta construcción teórica el pasivo definitivo es un listado legal que no debería interesar al acreedor, sino que debe ser referente interno entre los cónyuges. Estos tienen el pasivo definitivo como reglamentación de las relaciones internas entre sus patrimonios privativos y el consocial. Por el contrario el acreedor debería buscar en la lista del pasivo provisional, en la que debe encontrar la clave de si la deuda contraída por solo un cónyuge debe soportarse por todos los bienes que integran el activo del consorcio (no la contraída por los dos, pues esa deuda siempre es consocial frente a los terceros).

Los criterios de configuración del pasivo **definitivo** no son nunca formalmente subjetivos, es decir no atienden a qué cónyuge ha asumido el pasivo, sino objetivos; es decir que no atiende el legislador a la consideración de que se haya contraído la deuda por uno de los cónyuges, ni aun con ocasión de las potestades que tenga individualmente de gestionar el consorcio. Aunque en la mayoría de los supuestos de pasivo definitivo del art. 218 del Código está implícito el carácter unilateral de la deuda. Pero ello no ocurre ni siquiera cuando se contrae por los dos cónyuges, supuesto que se previene singularmente (art. 219.3 CDFA), no en el pasivo definitivo, sino en el provisional, con la evidente idea del legislador de dejar claro que esa mera circunstancia no hace cierto y seguro que la deuda sea carga definitiva del consorcio. Aunque sí responsabilidad.

Acaso la previsión del art. 219.3 CDFA no era necesaria a la vista del art. 1911 del Código civil y su sentido hay que encontrarlo no tanto en la relación externa en la que se reglamenta, sino en la interna a los efectos, en su caso, de los reintegros que se previenen en el art. 226.2 CDFA. Dicho de otra manera, el art. 219.3 CDFA sirve para

deducir que el hecho de que una deuda se asuma por ambos cónyuges no la convierte, necesariamente, en pasivo definitivo, pero en todo caso hace responsable a los tres patrimonios que pueden entrar en juego frente a tercero, aunque lo sea, en su caso, provisionalmente. Es pues un apartado inespecífico sobre su naturaleza.

2. Responsabilidad definitiva del patrimonio común.

El art. 218 CDFA, que regula el pasivo definitivo, se construye básicamente sobre tres ideas: las atenciones de la familia; las atenciones de los bienes privativos y, ya en tercer lugar, por un criterio que puede parecer residual pero de gran trascendencia práctica, la del beneficio económico para la comunidad. Criterios que atienden esencialmente a la idea de la finalidad del gasto, procurando guardar coherencia con: 1) la función propia de la economía familiar, 2) la integración del activo, de suerte que se justifica el pasivo como compensación de la privación que se hace del rendimiento al titular de dicho activo, y 3) por los beneficios que ha podido recibir el consorcio. Como se ha anticipado, todo ello es al margen de la actuación conjunta o no de los cónyuges. Para fijar el pasivo definitivo ni siquiera se parte de la idea de que las mismas se generen en principio por ambos cónyuges necesariamente. Antes al contrario, como se ha dicho, está implícito en muchas de ellas su carácter unilateral.

2.1. Atenciones legítimas de la familia.

Dentro de la categorización de las deudas comunes (pasivo definitivo) en el primer apartado del art. 218.1 CDFA se incluyen “las atenciones legítimas de la familia”, a las que se adicionan las “particulares de cada cónyuge”. El apartado es un trasunto de la previsión del régimen primario, en cuanto en el art. 187 CDFA (norma imperativa: art.185 CDFA) se establece el deber de “ambos cónyuges” de “contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares”, lo que debe hacerse con una contribución tanto personal como económica o patrimonial.

La función satisfactiva alcanza en cuanto a su contenido la alimentación, vestido, atención médica, crianza y educación de los hijos comunes en los términos del art. 65 CDFA y debe realizarse conforme a parámetros sociales. Es relativo en la medida en la que debe ajustarse a la capacidad económica del matrimonio. En la configuración de su perfil deben tenerse en cuenta diversos factores, como lo serán la habitualidad o periodicidad del gasto, la correspondencia con el nivel económico del grupo, su carácter ordinario o extraordinario y, como de la relación interna se trata, de la conformidad o asentimiento de ambos cónyuges en su asunción, pues en un sistema pactista como el aragonés el acuerdo de los cónyuges tiene un protagonismo esencial.

Por su parte el **concepto de familia** en el art. 218.1 a) CDFA se presupone estricto y restringido, comprensivo de los cónyuges y de los hijos del matrimonio. Que esto es así se deduce singularmente de la específica previsión del legislador de incluir expresamente a los “hijos de uno solo de ellos que convivan con el matrimonio”, con lo que indirectamente se está haciendo una exclusión de la familia extensa⁵. La razón que justifica esa específica ampliación es la “convivencia” de todo el grupo.

⁵Sobre el alcance y contenido del deber de crianza deben tenerse en cuenta las consideraciones contenidas en la STSJA 24/2013, de 17 de junio, rec. 4/2013 en la que a propósito del alcance del art. 69 CDFA advierte que: “ha de reiterarse que la obligación que regula el repetido precepto no es la de abono de alimentos en sentido estricto, sino que es análoga a la relativa a los hijos menores; es una prolongación del deber de sufragar los gastos de crianza y educación matrimonial al amparo del artículo 93.2, no es habitual en la pequeña jurisprudencia hacer distingos: se señalan alimentos a esos hijos mayores como si

Esta adición expresa, que se ha dicho encuentra su fundamento en la convivencia de los distintos miembros de la familia, sirve para deducir ese concepto estricto. Siquiera reduzca la deuda para el consorcio respecto a la “crianza y educación”⁶. Esto no es exactamente así porque luego un concepto extenso de familia aflorará en el pasivo definitivo, en el subapartado e), referido a dos grupos, por una parte a “todos los alimentos legales entre parientes debidos por cualquiera de los cónyuges”, y por otra, a “la crianza y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges no incluida en el apartado a)”. Por lo que estas atenciones, exista o no convivencia, son siempre carga de la comunidad. La razón de darles un trato diferenciado es que en realidad las deudas del apartado 1 a) del art. 218 CDFA son un subgrupo que va a tener un trato privilegiado, un específico régimen jurídico en atención a los principios que inspiran el régimen primario (art. 187.1 CDFA), de forma que de las atenciones prestadas a ese subgrupo privilegiado puede terminar respondiendo también el cónyuge no deudor (art. 220.2 CDFA).

2.2. La relativa correlación entre el activo privativo y el pasivo del consorcio.

La descomposición de las economías del matrimonio en tres grupos de patrimonios, el común y el de cada uno de los cónyuges, propicia un complejo fenómeno tanto de integración del activo como del pasivo. Si a todos esos tres patrimonios se les dotara de un carácter unitario, fungibilizando el consorcio con los patrimonios de los cónyuges, o por el contrario si se buscara una diferenciación absoluta entre dichos patrimonios (lo que es más propio de los regímenes de separación) no parece que se pudieran producir fenómenos de distanciamiento entre el activo y el pasivo, pues el sujeto que asumiera la deuda respondería con todo el patrimonio. La comprensión del pasivo definitivo, de las relaciones internas entre los cónyuges, pasa por una parte, pero de una manera necesaria, por la previa comprensión del activo de la comunidad, siendo el pasivo la otra cara de una única configuración patrimonial.

Así se entienden los apartados b) y c) del art. 218 CDFA: si se hacen comunes los salarios y pensiones así como los frutos del patrimonio privativo, que es el rendimiento “normal” de los cónyuges, bien se comprenderá que paralelamente sean a cargo del consorcio las obligaciones “normales” devengadas por cada cónyuge, así como las atenciones que necesiten los bienes privativos “propios de un diligente usufructuario”.

La invocación a la “normalidad” de los réditos e intereses impone la necesidad de confrontarlos con una realidad económica y social. Es pues un concepto contingente, que se debe concretar conforme a parámetros sociales, a cánones de prudencia y de oportunidad, correspondiéndose a estándares de diligencias ordinarios y habituales en la gestión de lo individual. Es pues un concepto que ofrece una extraordinaria elasticidad, aun de apreciación subjetiva. Aunque esa normalidad se predica del interés, es o debe ser también referencia de la obligación privativa. Pero como sus atenciones legítimas y particulares ya se encuentran incluidas en el apartado a, el siguiente, el b), referido a los

fueran menores o, en otros casos, se señalan cuando son menores y se siguen prestando una vez cumplida la mayoría de edad”.

⁶ Con relación al art. 41 de la Compilación Rams Albesa reflexionaba que la convivencia es el dato “fáctico al que “se puede (y debe) aparejar la presunción *iuris tantum* respecto de que el cónyuge no progenitor presta su consentimiento en hacer suyos también suyos los gastos que de tal convivencia se derivan, pues es más que dudoso que haya lugar a reintegro en materia de cargas familiares” (Rams Albesa, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, vol. II, edit. Diputación General de Aragón, 1993, pág. 108.

intereses normales por las obligaciones de cada cónyuge, debe representar un plus sobre las atenciones personales.

Señalaba Rams Albesa⁷, comentando el art. 41 de la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967, la perplejidad que podía causar la utilización de este término de “normalidad” y las dudas que asaltaban sobre si con su uso se quería solo topar el quantum de esos intereses o estaba afectando también a la naturaleza misma de la deuda que los generaba, así como su repercusión sobre la economía doméstica, decantándose el autor por esta última explicación, concluyendo que la norma permite “un desarrollo de las masas privativas siempre que ello no suponga un grave detrimento de los ingresos ordinarios –debería hablarse de ingresos normales- del consorcio, es decir, también serán de cargo del consorcio los intereses generados por las deudas *ordinarias* privativas”. Pone el autor como referente delimitador el que con esos intereses no se perjudique la economía familiar o se dé lugar a un lucro sin causa en perjuicio de la masa consorcial, “en cuyo caso habrá lugar a los correspondientes reintegros”. El concepto es con todo de una notable imprecisión que puede generar importantes discusiones al tiempo de la liquidación del consorcio.

2.3. Las atenciones de un diligente usufructuario.

Respecto del apartado c) del art. 218.1 CDFA, referido a las atenciones de los bienes privativos propias de un diligente usufructuario, se recoge un supuesto contenido en la Compilación y que encuentra también la misma justificación que el anterior gasto, a saber la justa correspondencia por la consorcialidad de los frutos de los bienes privativos. Con las matizaciones que se quieran hacer, lo cierto es que la norma utiliza como referente estructural de la obligación el usufructo, lo que no puede decirse que sea una mera figura literaria. Por tanto, hay que estar a lo que debe soportar un usufructuario, que debe encontrar en el art. 500 del Código civil el catálogo de obligaciones que resultan del estándar de diligencia del art. 497 del Código civil. Serán así de cargo del consorcio las reparaciones ordinarias que necesite el patrimonio privativo (art. 500 del Código civil), así como los impuestos anuales (art. 504 del Código civil) y las costas judiciales que deriven del aprovechamiento, que es consorcial, de lo privativo (art. 512 del Código civil).

Ciertamente que la norma se refiera a las atenciones y que intensifique el canon de diligencia o de cuidado del usufructuario (“diligente”), superando el definido en el art. 497 del Código civil, permite una interpretación extensiva de esas obligaciones que deben ser carga del consorcio por este concepto. En el carácter definitivo del gasto hecho sobre la cosa privativa no puede quedar ajena la finalidad del gasto ni la voluntad conjunta de los cónyuges: aunque se altere la sustancia del elemento privativo, si con el gasto o inversión decididos conjuntamente se mejora el rendimiento que lucra lo común, si ese rendimiento termina amortizando el coste, esa mejora se puede terminar soportando por el patrimonio común, sin generar derecho de reembolso alguno⁸. Otra cosa, y más complicada, es resolver si la mejora de lo privativo que genera un mejor

⁷ Op. cit., pág. 123.

⁸ Para un supuesto de préstamo otorgado al marido para la conversión de una finca de secano en regadio, acto que se considera excede de la administración ordinaria de los bienes privativos, y respecto del régimen de gananciales, la STS 26.09.2002, rec. 715/1997 (La Ley 352/2003) rechazará el carácter ganancial de la deuda pendiente al tiempo de la liquidación aunque pudiera existir una responsabilidad subsidiaria de los gananciales.

rendimiento en razón precisamente a tal mejora, justificará o no y en qué medida un reintegro a favor del consorcio al tiempo de su liquidación⁹.

2.4. La actividad beneficiosa para el consorcio.

Los apartados e) y f) del art. 218 CDFA van a reflejar la realidad de la actuación ajena al consorcio, a la administración o gestión de lo común. La diferencia de tratamiento se configura por el legislador con un concepto jurídicamente indeterminado y que gira sobre lo “objetivamente útil” a la comunidad, lo que le dota de una gran elasticidad a la par que de un alto grado de indefinición previa y de inseguridad jurídica. Si merece esa calificación, en las relaciones internas, creo que también en la externa, el consorcio soportará la deuda de una manera ilimitada. Si no lo es el consorcio sólo lo soportará en la medida en la que se ha beneficiado de la actividad. El estándar de utilidad objetiva a la comunidad diría en principio de una actuación o actividad unilateral que repercuta patrimonialmente a favor del consorcio, pues de un patrimonio, el común, estamos, hablando. El parámetro de utilidad objetiva deberá atenerse a una apreciación ordinaria de las cosas, realizando un juicio inicial del potencial aprovechamiento de la actividad. No en razón a que se obtenga con seguridad un beneficio ex post al desarrollo de la actividad. No debe garantizarse el beneficio para la comunidad. El beneficio final o definitivo, el resultado positivo, se valora aparte por el legislador.

El apartado fina remitiendo, como catálogo concreto de las actividades objetivamente útiles, a los supuestos del art. 219.1 a) CDFA, precepto referido a la responsabilidad externa, de manera que tienen expresamente una doble consideración interna y externa las deudas contraídas en el ejercicio de las facultades de cada cónyuge en la administración o disposición de los bienes comunes o los de administración ordinaria de los suyos propios, así como la explotación regular de sus negocios o en el desempeño corriente de su profesión. Precepto que pone de relieve una vez más la intensa comunicación entre la relación interna y la externa. Y además tal remisión sirve para poner techo a la consorcialidad del pasivo nacido de la actividad objetivamente útil, pues los supuestos que identifica por su remisión al apartado a) del 219.1 CDFA, los más genuinamente representativos de la “actividad” de los cónyuges, esto es la explotación de sus negocios o el desempeño de la profesión, se “topan” o limitan al exigirse que la una sea la “regular” y la otra la “corriente”. Criterios limitativos que creo se podrían aplicar como una referencia para todos los supuestos no tipificados o reglados. Y sin perjuicio de la interferencia que en estas previsiones opere el criterio resultadista representado por el beneficio final de cualquier actividad aunque no sea objetivamente útil a la comunidad.

2.5. El beneficio efectivo como parámetro del pasivo definitivo.

Mas la catalogación de deudas comunes no se queda en lo que pueda merecer, en una apreciación ordinaria de las cosas, una actividad “objetivamente útil” a la comunidad sino que, con independencia de esa apreciación, será carga del consorcio aquélla actividad que aunque no sea objetivamente útil –con doble razón la que sí lo sea- haya terminado redundado en beneficio para el consocio. Pero solo en la medida de ese beneficio. Impone la norma una regla resultadista, de manera que no importará la

⁹ La SAP, (4^a) de 15 de mayo de 2014 examinó un supuesto de inversión con dinero común en un finca agrícola privativa, inversión con la que se construyó una pequeña industria agrícola que fue el sustento de la familia. La Audiencia razona que no hay aquí enriquecimiento sin causa pues transcurridos treinta y estando las instalaciones obsoletas, esa actividad agraria es la que nutrió de fondos al matrimonio y aun inclus a todo el grupo familiar, por lo que no existía un enriquecimiento sin causa.

naturaleza o finalidad de la actividad: basta que de la misma se haya venido beneficiando el consorcio para que las deudas asumidas con ocasión de la realización de esa actividad, que ha de ser normalmente extraña al consorcio, sean, en el pasivo definitivo, a cargo del consorcio, pero solo en la medida en que el mismo se haya beneficiado de esa actividad. Lo que en ocasiones solo podrá constatarse, si ha sido extensa en el tiempo la actividad generadora de la deuda de los cónyuges, con complejas pruebas utilizando técnicas de auditoría y con valoraciones y criterios técnico-económicos que solo profesionales pueden realizar¹⁰.

Expresión de este criterio resultadista es la STSJA de 11 de diciembre de 2006 (rec. 6/2006), en la que se resuelve un supuesto en el que el marido, constante el régimen económico de comunidad, percibió unas prestaciones indebidas por desempleo a la par que realizaba una actividad de mediación (y por ello era irregular su situación de desempleo) sin haber tramitado el alta en el régimen especial de autónomos de la Seguridad Social. Decretado el divorcio y liquidado el consorcio la mujer denunció ante la Tesorería esas situaciones irregulares del que fuera su marido y acaecida constante el consorcio, lo que propició un expediente sancionador por parte de la Entidad Gestora de la prestación por desempleo que finó con la resolución administrativa que ordenó la extinción de la prestación y la devolución de las indebidamente percibidas, a la par que la Inspección de Trabajo le levantó las actas de sanción pertinentes por no estar dado de alta en autónomos, que al no abonarse generaron los respectivos procedimientos de apremio con sus pertinentes recargos de apremio.

En orden a las cuantías correspondientes a la devolución de las prestaciones por desempleo indebidamente percibidas rechazará el TSJA que las mismas constituyan una sanción, así como que constituyeran un supuesto de culpa extracontractual “estricto sensu”, por lo que las cantidades que se tuvieron que devolver eran a cargo del consorcio, de manera que al final la denuncia se volvió contra la esposa denunciante. Pero el criterio resultadista se aplica con particular claridad en sede del recargo por demora en el pago de las cuotas de autónomos. No se discutió en casación que las cuotas de autónomos fueran carga del consorcio, pero sí los recargos por demora en su pago. Y para resolver la cuestión el TSJA hace una valoración global de la operación, y lo hace desde un punto de vista economicista, comparando el beneficio obtenido con la actuación irregular del marido con el mayor coste del cumplimiento tardío de sus obligaciones con la seguridad social¹¹.

Desde esta consideración resultadista¹², en definitiva el beneficio obtenido al margen de cualquier consideración, y fuera de los conceptos y la naturaleza de los gastos

¹⁰ Pese a la conveniencia o necesidad de apreciaciones económicas en esta materia el uso de pruebas periciales en la práctica forense es extraordinario, prueba que se utiliza en contadas ocasiones y solo cuando el patrimonio consorcial es importante. El coste de la prueba en relación con el potencial beneficio desincentiva su uso.

¹¹ Concluye la mencionada sentencia que “a este respecto nos encontramos con que la demora en que se incurrió respecto de la Seguridad Social fue beneficiosa para la sociedad conyugal; en efecto, la devolución de las prestaciones por desempleo (2.813.811 pesetas) tuvo lugar en noviembre de 2003, y las cuotas del régimen especial de autónomos fueron abonadas en el año 2001, lo que supuso para la comunidad, tomando sólo en cuenta la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, un beneficio que sobrepasa las 800.000 pesetas, importe muy superior a lo que se tuvo que satisfacer por el retraso en los pagos (intereses de demora y recargos de apremio)”

¹² Se abre pues así la puerta a que el patrimonio común soporte la responsabilidad civil derivada de ilícitos penales en los que solo esté imputado uno de los cónyuges cuando el consorcio se haya beneficiado de la ilícita actividad de uno de los cónyuges. Pero solo en la medida de ese beneficio. No siempre será fácil de concretar e identificar ese beneficio dado el alto grado de confusión patrimonial que se producen en las economías domésticas. Esta responsabilidad civil del patrimonio común opera, a mi

predefinidos en el art. 218.1 CDFA, de todo lo demás no podrá darse un criterio previo sobre la consorcialidad interna de la deuda sino sólo en atención al resultado final de cualquier actuación, aunque sean, como en el caso de la comentada sentencia a través de una actuación no ya irregular sino ilícita: la percepción indebida de prestaciones con occultación a las Entidades Gestoras de la verdadera situación laboral del perceptor de las prestaciones. Se podría decir de alguna manera que el patrimonio común es frente a los privativos un patrimonio ventajista.

2.6. Los daños a terceros.

Fina el apartado uno del art. 218. CDFA poniendo a cargo del consorcio, se reitera que en la relación interna, las indemnizaciones debidas por daños a terceros. No precisa la norma que se trate de una responsabilidad extracontractual aunque ese pueda ser el espacio habitual de aplicación de la norma; por lo tanto opera cualquiera que sea la fuente de esa responsabilidad, contractual, extracontractual o legal.

Pero surge el mismo límite, el beneficio obtenido por la comunidad en la actividad unilateral con la que se causó el daño, ya que si ha mediado dolo o culpa grave sólo en la medida en el que la actividad ha redundado en beneficio de la comunidad responderá el consorcio.

La aplicación del precepto propicia situaciones difíciles que no estarán desconectadas de la idea de habitualidad y potencial rendimiento económico de la actividad, de manera que no siempre será medible o identificable el beneficio ingresado en el consorcio, ni que, mediando esa habitualidad, pueda referenciarse el beneficio al obtenido con el acto aislado que generó el daño a tercero. Se plantea además un problema de compatibilidad de esta previsión con la anterior regla que hace consorcial la deuda contraída en el ejercicio de una actividad objetivamente útil a la comunidad, que el apartado e) del mismo art. 218 CDFA hace siempre consorcial pero en cuyo seno se ha podido causar un daño a terceros mediando culpa o dolo.

En mi opinión el apartado que se menciona interacciona con el anterior, al que modaliza, y puede suponer una corrección de las anteriores reglas, sobre todo la de la actividad objetivamente útil, que sí ha dado rendimientos al consorcio, con lo que se crea la duda de a qué criterio dar preferencia. Esto es, si con ocasión del ejercicio de una actividad objetivamente útil se causan daños a terceros mediando dolo o culpa grave debe prevalecer el criterio de la consorcialidad de la deuda que le imprime la naturaleza de la actividad o, por el contrario, debe prevalecer el carácter excepcional de la actuación dolosa o culposa que topa la responsabilidad con el beneficio obtenido.

En la medida en la que los ejemplos de actividad objetivamente útil vienen topados por un parámetro de moderación, la administración “ordinaria” o la explotación “regular” que no resulta fácilmente conciliable con una actuación dolosa o incurriendo en culpa grave, debe concluirse que la actividad objetivamente útil viene, como fuente del pasivo definitivo, doblemente topada. Por una parte con referencia al criterio de “normalidad” de la actuación y por otra por el límite que suponga la actuación dolosa. Pero sobre

criterio, de una manera diferente a la prevenida en el art. 122 CP y permitiría hacer abstracción del patrimonio común, beneficiado por la actividad ilícita, del patrimonio privativo del cónyuge no imputado penalmente. Es decir que por lucrar solo el patrimonio común la responsabilidad civil se limite a dicho patrimonio y no al privativo del cónyuge ni imputado penalmente. Pues si se aprecia alteridad por la distracción del patrimonio común cometida por uno de los cónyuges, la misma alteridad habrá que apreciar cuando del ilícito penal en el que incurrió uno de los cónyuges se lucre solo el patrimonio común y no el privativo del otro cónyuge.

ambos límites se sobrepondrá el criterio del beneficio realmente obtenido por el consorcio, que siempre representará una medida de lo que debe asumirse de manera definitiva e interna por el pasivo. Este supuesto obligará a un análisis también economicista con el que habrá que traer a colación los beneficios reales para detraer de ellos las indemnizaciones a terceros.

2.7. El pasivo definitivo excluido.

El apartado dos del art. 218 CDFA está destinado a excluir del pasivo definitivo o relación interna, las deudas del primer apartado (en el que se recoge el catálogo de pasivo definitivo), bien presididas por un animus de perjudicar al consorcio, o bien con grave descuido de los intereses familiares. Lo primero es poco probable porque la agresión a lo común es la agresión también a la participación del causante en el mismo. El supuesto es posible que se dé en aquéllos casos en los que la actuación unilateral, a la par que perjudique lo común beneficie a lo privativo. Pero deben estar presididos por esa intencionalidad. El segundo es el del grave descuido de los intereses familiares. Es un concepto jurídico indeterminado.

3. La responsabilidad provisional del patrimonio común.

El art. 219 CDFA regula la masa consorcial frente a terceros. Ya se ha dicho que el consorcio no opera, ni aun de modo aparente, en el tráfico jurídico. No se exterioriza frente a terceros: los cónyuges no actúan en nombre y representación del consorcio y el consorcio así nunca es parte contratante. Los terceros no se lo representarán de una manera diferenciada de los propios cónyuges. No contrata el consorcio sino los cónyuges y cuando estos lo hacen nunca lo harán en nombre y representación del consorcio. Esos terceros, en su condición de acreedores, deben acudir al art. 219 CDFA para saber si el patrimonio consorcial responde frente a su crédito. Pero más exactamente para saber si **todo** ese patrimonio responde, pues que lo haya de hacer la participación que tiene el cónyuge deudor en ese patrimonio es cuestión que no se discute (art. 224.1 CDFA), aunque sea en régimen de subsidiariedad, y sobre todo en el seno de una comunidad de compleja estructura jurídica.

El precepto se articula a través de tres apartados. El primero engloba supuestos que atienden a la naturaleza de la deuda y/o beneficio reportado a la comunidad. Los otros dos, aflorando por primera vez la distinción, según se hayan contraído por uno o por los dos cónyuges.

3.1 La deuda de gestión de lo consorcial y lo ordinario de la actividad privativa.

El primer apartado del art. 219 CDFA distingue dos supuestos. El primero es el contenido en el subapartado a), referido a las deudas de gestión de lo común asumidas individualmente o en la administración ordinaria de los privativos, que detalla casos que no solo son responsabilidad, sino deuda común, que lo son también en la relación interna. No generaría ningún derecho de reembolso y se asientan en la buena fe del tercero, del acreedor.

Esta invocación a la buena fe es recurrente en el régimen aragonés y siempre ha sido realizado, de manera que siguiendo a Lacruz se ha considerado que a este tercero le es exigible una particular diligencia en este sentido, siéndole exigible una buena fe activa y un deber de conocer las circunstancias. Con todo es de recordar que el consorcio no opera en el tráfico jurídico con identidad propia, de manera que aunque ha preocupado mucho al legislador aragonés no es fácil que se generen fenómenos de mera apariencia que comprometan la buena fe de terceros; por tanto la invocación a la buena fe no puede

ser diferente ni tener mayor trascendencia que la que en términos generales le atribuye el ordenamiento jurídico (art. 7.1 CC).

Aunque no lo diga la norma se trata de deudas generadas individualmente. En este apartado se distinguen: la explotación regular de sus negocios y el desempeño corriente de su profesión. Lo primero que llama la atención es la adjetivización de esas actividades, que son de las que ordinariamente el cónyuge obtenga sus ingresos. Pues si estos son consorciales también lo habrán de ser, pero en su vertiente pasiva, las deudas generadas con las mismas. Pero las califica como algo cotidiano y sometido a parámetros de normalidad, en un claro intento por parte del legislador de que el consorcio no asuma actuaciones desproporcionadas: deben ser deudas que surjan en la explotación “regular” de su negocio o en el desempeño “corriente” de la profesión.

Esas ideas permiten considerar que se presupone una preexistencia de la actividad. No serían pues en principio responsabilidad del consorcio los costes de la puesta en marcha del negocio o de la actividad profesional. Y de soportarse podrían generar un derecho de reembolso. En principio es la conclusión que se debe mantener respecto a estos gastos en la relación interna; y es la que hay que defender también en la responsabilidad externa. Tampoco serán responsabilidad del consorcio los gastos extraordinarios de inversión en el negocio privativo. Pero en la relación externa esa consideración puede complicarse dado que si unos gastos extraordinarios del negocio privativo no son explotación “regular” o “corriente”, en la medida en la que pueden haber generado un beneficio a la comunidad pueden, vía apartado art. 219.2 CDFA hacer responsable al consorcio. La complejidad que estas situaciones pueda conllevar valoraciones muy imprecisas sobre la consocialidad de una deuda. Es el mismo fenómeno que puede producir en la relación interna al tiempo de la liquidación para valorar la pertinencia de un reembolso por la inversión de lo común en la mejora de lo privativo cuando esa mejora ha podido incrementar unos rendimientos que a la postre son comunes.

Esa regularidad y carácter ordinario del gasto permiten considerar como responsabilidad los gastos de alquiler de la oficina o dependencias donde se ejerce la actividad, las cuotas por pertenencia a colegios profesionales, la cuota de autónomos a la Seguridad Social o a las Mutualidades de Previsión, los impuestos que los graven, la renovación ordinaria de los medios de trabajo, los suministros y servicios de esas instalaciones. En realidad, la actividad profesional o negocial generará para el consorcio (STSJA 7-VII-2003¹³) un rendimiento neto, de manera que esos gastos corrientes normalmente se

¹³ Contempla esta sentencia un supuesto de extensión de la responsabilidad de la sociedad, administrada por la esposa, por deudas con la Administración Tributaria, razonando el TSJA que “!el art. 42 de la Compilación determina la responsabilidad de los bienes comunes por las deudas de gestión, entre las que se encuentran las surgidas de la explotación regular de sus negocios o las contraídas en el desempeño de su actividad profesional, no habiendo incurrido la sentencia de la Audiencia Provincial en la infracción legal que se denuncia en el recurso. La argumentación realizada por la parte recurrente... que invoca la existencia de un claro componente de sanción o castigo al administrador por su falta de diligencia, no es atendible.... Por una parte, el hecho de que se haya producido la declaración administrativa de responsabilidad subsidiaria por las deudas tributarias de la sociedad mercantil, de la que el codemandado ... era socio mayoritario y administrador único, aunque provenga de una falta de la debida diligencia en la actuación del administrador, no excluye la responsabilidad, pues forma parte del ámbito de gestión propia de la explotación regular de los negocios o del ejercicio de la actividad profesional. Y en cuanto a las sanciones impuestas a la sociedad anónima, que integraban, junto con el principal e intereses, el total de la deuda reclamada, ciertamente no deben ser incluidas en dicho concepto, y por ello su importe no daría lugar a la responsabilidad directa de los bienes comunes conforme al art. 42 de repetida cita, sino que constituyan deudas privativas que gravan los bienes del cónyuge deudor y, siendo éstos insuficientes - como es el caso-, al patrimonio común, a salvo siempre el valor que en él corresponda al otro cónyuge, de conformidad con lo establecido en el art. 46. 1 de la Compilación. Por ello no podría prosperar la acción

sufragarán a cargo de los ingresos, siendo el saldo positivo, beneficio de la actividad, el que desde su origen es consorcial.

3.2. La administración ordinaria de los bienes propios de los cónyuges.

La previsión contenida en sede de relación externa es una transposición de la previsión del pasivo definitivo de que son comunes las atenciones de los bienes privativos, siquiera con el parámetro del diligente usufructuario.

Por tanto no queda aquí duda de que en la relación externa, porque lo es en la interna, esa deuda se asume aunque se trate de bienes que no generan rendimientos, sin que sea necesario acudir a la consideración individualizada de cada uno de los bienes, y, por tanto, de su potencial rendimiento, debiendo por el contrario atender a la globalidad de ese patrimonio primitivo.

Y como ocurre con el pasivo definitivo, en la medida en la que solo de los actos de administración ordinaria se responde por el consorcio, quedan fuera los gastos extraordinarios de conservación y de mantenimiento, según sean consecuencia de su uso, atendiendo a los mismos parámetros que se utilizan en el art. 218.1 c) CDFA, lo que termina suponiendo una remisión al art. 500 del Código civil. Hay que considerar que los impuestos periódicos que gravan la propiedad, en particular el IBI, es responsabilidad del consorcio, aunque pudiera resultar lo contrario del art. 505 del Código civil.

Los gastos extraordinarios y las mejoras no entran desde luego dentro de este ámbito.

3.3. Deudas de gestión de los bienes comunes.

Partiéndose de un principio genérico de cogestión, secuente a la posición de igualdad de ambos cónyuges (art. 233 CDFA), se contemplan importantísimas excepciones que encuentran su fundamento, bien en las necesidades del tráfico jurídico, bien en el respeto a terceros de buena fe que se relacionan con los cónyuges (arts. 230 a 232 CDFA).

Por tanto es responsabilidad del consorcio la derivada de actos unilaterales comprendiendo: i) los actos de administración ordinaria de los bienes comunes; ii) los actos de modificación inmobiliaria de fincas inscritas expresamente para el consorcio conyugal; iii) actos de disposición necesarios para las atenciones de la letra a del apartado 1 art. 218 CDFA; iv) actos de administración o disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión; v) los de administración o disposición que figuren a su nombre exclusiva o indistintamente, o se encuentren en su poder; y vi) los actos de defensa, judicial o extrajudicial.

El art. 230 CDFA autoriza a cada cónyuge, de manera indistinta, a realizar actos de defensa judicial o extrajudicial de los bienes comunes. Por tanto los honorarios de los profesionales y los derechos de procuradores para la realización de esos actos son comunes, tanto en la relación interna como en la externa. Y no solo, como dice la norma, los gastos de defensa judicial, sino los extrajudiciales, por ejemplo, honorarios profesionales para recurrir un acto administrativo.

Las costas judiciales no tienen naturaleza sancionadora, sino resarcitoria. Con lo que el supuesto se reconvierte en una indemnización por un perjuicio causado a tercero.

ejercitada en solicitud de levantamiento del embargo trabado, incluso para responder de la parte de la deuda que se atribuye a este concepto”.

Al margen de la problemática relativa a la suficiencia de la legitimación, según la naturaleza de la acción y según se valore el gasto desde la posición procesal de demandante o de demandado, en la relación externa¹⁴ las costas siempre serán responsabilidad del consorcio, mientras que en la relación interna, si bien el juego de los arts 218.1 e) con su remisión al art. 219 1 a) ambos del CDFA, en cuanto se califican de actividades objetivamente útiles, podría defenderse que cuando se ha ejercitado una acción de forma temeraria podrían incluirse en la esfera del apartado f) del art. 218.1 CDFA. Con seguridad tal exclusión debe operar si la acción judicial se ejercitara con intención de perjudicar al consorcio, pues entonces entraría en la esfera del art. 218.2 CDFA.

Estas consideraciones merecen unas matizaciones cuando son gastos y costas procesales soportados por uno de los cónyuges en defensa de bienes y derechos comunes. Quien es demandado individualmente, al margen del problema de la suficiencia o no de su legitimación pasiva, no es quien “actúa”, esto es, no se trata de una actividad realizada, sino una actividad, normalmente judicial, “soportada”. De manera que es difícil hacer tributario a un acto de defensa judicial, contestar y oponerse a una demanda afectante a bienes o derechos comunes, de la condición de actividad dolosa o con culpa grave. Por tanto las costas y gastos generados con una actuación individual de defensa de lo común se integrarán casi siempre tanto en el pasivo provisional como en el definitivo.

3.4. Las deudas de comercio.

Para el Derecho Aragonés, defendía Serrano que para el comerciante aragonés casado, no regía el Código de Comercio, sino que “se les aplica la regulación aragonesa y se rigen por lo dispuesto en el 219.1 para los terceros de buena fe, o por la letra e) del art. 218.1 en relación con el 219.2 cuando se prueba que son deudas definitivamente comunes, en última instancia, por lo previsto en el art. 224 cuando son privativas y falta la buena fe de los acreedores, por lo que ya no procede la responsabilidad provisional de los bienes comunes”¹⁵. Solución hoy incontestable tras la reciente derogación de los mencionados preceptos del C.Com en la ley16/2022, de 5 de septiembre.

3.5. Indemnizaciones por daños a terceros.

Así como en la relación interna o pasivo definitivo tales indemnizaciones lo son a cargo del consorcio solo en la medida en la que han repercutido en beneficio del consorcio, en la relación externa no hay esa correlación cuantitativa entre beneficio y responsabilidad. Basta que sea “objetivamente útil” para que se deba responder ilimitadamente frente a tercero. Es lo mismo que la deuda tenga un origen extracontractual que contractual o,

¹⁴ La STS 14.07.2005 (rec. 26/2004) resuelve una demanda por error judicial por el siguiente supuesto: un letrado interpuso una demanda de tercería respecto a un crédito que había sido embargado en el proceso principal, tercería que se desestimó al considerar el tribunal fraudulenta la transmisión del crédito, imponiéndose las costas al letrado tercerista. Despachada ejecución para el cobro de las costas generadas en tal tercería se embargó un inmueble ganancial, planteando oposición la esposa del deudor de las costas al considerar que el su marido, como letrado, había incurrido en culpa grave o dolo, por cuanto el título de dominio que había alegado en la tercería de dominio había sido declarado fraudulento. Oposición que fue desestimada, fundando tal desestimación la demanda por error judicial, que también sería desestimada porque el letrado no actuaba en rigor como tal sino que era parte en la tercería y porque el carácter fraudulento del crédito para poder suponer una imputación grave para el tercerista causante del fraude sería necesario que así se declarara para concluir que existió dolo o culpa grave. El supuesto ofrecía la singularidad de que el letrado director de la oposición a la ejecución era su mismo esposo, que es quien había interpuesto la tercería.

¹⁵Manual de Derecho civil aragonés, dir. J. Delgado, 2012, págs. 396-397.

incluso, legal (STS 25/X/2005¹⁶). Se tiende a incluir sobre todo las que derivan de una responsabilidad empresarial o profesional (STS 31/3/2004¹⁷).

¹⁶ El supuesto que se contempla en la mencionada sentencia consiste en una deuda que se declara del marido en el ejercicio de su cargo como administrador de una sociedad de capital considerándose que esa deuda era responsabilidad de la sociedad de gananciales. Razona la sentencia que “1º La obligación de devolver el dinero aportado por el Sr. Bernardo puede ser considerada una carga de la sociedad de gananciales, de acuerdo con el artículo 1362, 4º CC que atribuye esta cualidad a las que se originen por “el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge”. De aquí que la responsabilidad frente a terceros acreedores debe regirse por el artículo 1365, 2º CC. Sin embargo, contra esta consideración se levanta la objeción que esta concreta deuda no se originó en el desempeño ordinario de la profesión” del marido, sino que fue causada por el destino desviado que se dio a los fondos aportados por el Sr. Bernard, que no sirvieron para ampliar el capital” de la sociedad anónima, “sino para saldar los avales que el mencionado D. Joaquín y su esposa habían otorgado en garantía de préstamos concedidos a la sociedad de la que D. Joaquín era administrador. 2º En consecuencia, parece más adecuado considerar que la obligación deº D. Joaquín como responsable solidario de la deuda de la sociedad DISCUBER, S.A., debe regirse por lo dispuesto en el artículo 1366 CC, es decir, se trata de una responsabilidad extracontractual, entendida esta expresión en sentido amplio, porque no tiene su origen en un contrato, sino que se trata de una indemnización de daños y perjuicios originada por las disposiciones legales y concretamente, en los artículos 133 y 135 LSA y que, además, ha sido beneficiosa para la sociedad de gananciales, puesto que ha eliminado un pasivo de ambos cónyuges, consistente en los avales asumidos y ya aludidos, pasivo que, era una deuda de la sociedad de gananciales, interpretación que coincide con la naturaleza de la responsabilidad de los administradores que establece el artículo 135 LSA . Y ello dejando aparte la colaboración de la propia esposa en todas las operaciones económicas. 3º El recurrente admite esta calificación, pero considera que al concurrir “dolo o culpa grave” del marido, la responsabilidad no corresponde a la sociedad de gananciales, sino a éste, que en el momento actual es insolvente, como lo demuestran los hechos probados. Esta objeción no es válida, porque la norma del artículo 1366 CC no permite disminuir las garantías del acreedor, sino que frente al tercero funcionará la responsabilidad de la sociedad de gananciales, con independencia de las acciones que los cónyuges tengan entre ellos para el reembolso de lo pagado que no debiera ir a cargo de la sociedad. La conclusión es que el patrimonio ganancial resulta responsable de la deuda contraída por D. Joaquín porque la actuación que la ha generado ha sido beneficiosa para la propia sociedad conyugal, lo que implica la no admisión del primer motivo del recurso”.

¹⁷ Una aseguradora interpuso demanda contra el marido, médico pediatra de profesión, que en el ejercicio de su profesión había causado gravísimas lesiones y secuelas a un menor por las que había sido condenado por un delito por imprudencia temeraria.. En la demanda de la aseguradora se postulaba que se declarara que se podía satisfacer su crédito con cargo a los bienes que se habían adjudicado a la esposa tras la liquidación de la sociedad de gananciales, extremo que no se estimó, absolviéndose a la esposa y permitiendo dirigir la acción solo contra los bienes adjudicados al marido. Interpuesto recurso de casación por el marido razonará el TS que “el texto legal se refiere las obligaciones extracontractuales, concepto amplio en el cual pueden comprenderse las obligaciones nacidas de la condena penal de carácter resarcitorio del daño ocasionado por el delito, o, dicho en otras palabras, la responsabilidad civil nacida del delito. La única característica que identifica las obligaciones a que alude el art. 1.366 es la de su naturaleza extracontractual. Sería, por tanto, arbitrario dejar fuera a las que tienen su fuente en la condena penal. No parece fundado que el daño que da origen a la responsabilidad civil aquiliana permitiese al cónyuge del autos beneficiarse de la excepción del art. 1.366, y no al cónyuge del condenado a resarcir en vía penal por razón de delito, es decir, por una actuación más grave. La obligación, dice el art. 1.366, debe ser consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes. No se restringe a este último caso, por lo que no hay ninguna duda de que abarca el texto legal el surgimiento de obligaciones extracontractuales en el ejercicio de la profesión por el cónyuge deudor. Cumplidas las anteriores condiciones, el art. 1.366 determina que las obligaciones extracontractuales serán de la responsabilidad y cargo de la sociedad de gananciales, es decir, frente al tercero responderá el patrimonio ganancial, y la obligación será pasivo de la misma y sólo se excepciona el caso de que “fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor” sin que aparezca por parte alguna ningún otro requisito como el que pretende introducir arbitrariamente la recurrente (que es: en perjuicio del otro cónyuge o de la sociedad consorcial). Por otra parte, la claridad del texto legal rechaza que la excepción tenga únicamente el alcance de excluir el efecto “de cargo” de la sociedad de gananciales, de modo que su patrimonio responde frente a tercero, pero internamente, en las relaciones entre los cónyuges, la deuda no es pasivo de la sociedad. Esta limitación de los efectos de la excepción es arbitraria porque distingue donde la ley no lo hace entre “responsabilidad y cargo” de la sociedad de

SEGUNDA PARTE

4. La relaciones entre patrimonios.

Sin que ofrezca una particular dificultad para las relaciones entre los patrimonios privativos, las relaciones de estos con el común ofrecen una complejidad conceptual dado que la ajenidad del patrimonio común respecto a cada cónyuge y a su patrimonio no es absoluta.

Junto con el supuesto de adquisición a origen con dinero en parte privativo y en parte común viene muy reglado en el Código la cuestión relativa a la titulación del bien y derechos de reembolso. El problema se genera en mayor medida en las operaciones de aportación por uno de los cónyuges de lo privativo a lo común. Lo que no representaría especiales problemas en cuanto a su titulación. Las dudas surgirán en cuanto al derecho de reembolso y, en particular, a la causa que fundó esa aportación.

4.1. El deber de reequilibrio patrimonial.

Mas, fuera de los supuestos reglados que luego se comentarán, el art. 226.1 CDFA establece un principio general que, con todas las dificultades que se quieran apreciar, impone un reequilibrio patrimonial cuando no hubiere causa que justifique que uno de los patrimonios se hubiese lucrado a costa de los otros. De ordinario esos desplazamientos patrimoniales están constituidos por flujos monetarios que terminan consolidándose como beneficio en uno de los patrimonios. Esta idea de consolidación o permanencia hace valorable el reintegro o reembolso sólo al tiempo de la liquidación, y además con no pocos problemas técnicos por cuanto esos desplazamientos patrimoniales, sobre todo de lo común a lo privativo, pueden generar un incremento de rendimiento de lo privativo que es, por esencia, común. De modo que el consorcio puede haber estado amortizando aquél desplazamiento patrimonial o flujo monetario, lo que compensará y aun anulará cualquier perspectiva de lucro sin causa¹⁸. Y según la finalidad que ese desplazamiento patrimonial tenga y cuando exista para ello una voluntad concorde en los cónyuges se puede terminar adicionando otros factores que también pongan en cuestión una falta de causa que en la contemplación instantánea o estática del desplazamiento sí que podría apreciarse.

El art. 226 CDFA contempla en sus apartados dos y tres supuestos genéricos del deber de ese reequilibrio, de lo común a lo privativo (reintegros) y de lo privativo a lo común (reembolsos), y ambos con un planteamiento abstracto idéntico para unos y otros: de bienes de una naturaleza que se han utilizado para adquirir bienes que se titularizan a favor del otro patrimonio, o que se utilizan para satisfacer deudas también del otro patrimonio.

gananciales. Cualquiera que fuere la opinión que se tenga sobre la justicia del precepto, el juez no puede imponerla contra su texto, ni forzar con interpretaciones que no tienen un respaldo en él los términos claros en que se pronuncia”.

¹⁸ La SAP Zaragoza (4º) 15/05/2014, rec. 112/2014, negará el reembolso en un supuesto en el que treinta años antes con dinero común se abonó la construcción de una nave para realizar los aprovechamientos agrícolas, nave construida en finca privativa del marido. La industria agrícola desarrollada en dicha nave es la que había nutrido en su integridad la economía familiar y, aun después, a los hijos, encontrándose, al tiempo de la liquidación completamente obsoleta. Se consideró pues que el consorcio había amortizado ese desplazamiento patrimonial.

Adviértase del complejo fenómeno patrimonial que se genera, dado que al margen de la constancia de la voluntad de los cónyuges, esencial en un sistema pactista, es la propia Ley la que ordena en ocasiones la naturaleza de los bienes, según el origen de los fondos y el momento de su adquisición (arts. 210.2 c y 211 b CDFA). Sobre esta cuestión la STS 29.11.2006, rec. 553/2000 (La Ley 150026/2006), relativa a la sociedad de gananciales advertía “que el origen ganancial de los bienes invertidos en la adquisición de los bienes no implica que éstas tengan la condición de gananciales, ya que al ser posibles, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1358 del Código Civil, las relaciones entre las masas privativas y gananciales, es perfectamente válido generar un crédito de la sociedad contra un cónyuge”, añadiendo que “la confesión de privatividad no tiene por se eficacia traslativa ni atribuye título, se limita a constatar que unos determinados bienes tienen como titular exclusivo a uno de los cónyuges y no la masa ganancial”.

Y en esa línea adviértase que el legislador aragonés al regular deber de reequilibrar sitúa como escenario general del mismo, como se ha dicho, el lucro sin causa, lo que parece que queda extramuros de los supuestos en los que sí hay tal causa y título, que deberán tener la solución que para cada relación patrimonial sea pertinente.

Y adviértase también que para el reintegro utiliza el término “confusión” de lo privativo con lo común, expresión utilizada no en un sentido jurídico sino para representar lo que es común en las relaciones patrimoniales, no ya solo del consorcio sino cualquiera que sea el régimen económico del patrimonio, en el que se entremezclan y confunden con no poca habitualidad los patrimonios. Lo que pone sobre la pista de que, por corresponderse a la realidad económica solidarizada al matrimonio, el legislador no considera pertinente indagar especialmente sobre la existencia de una causa en los desplazamientos patrimoniales. En los cónyuges no hay conciencia, de ordinario, de que exista la suficiente alteridad entre el patrimonio común y los privativos, en términos que justifiquen una presunción de la celebración de negocios jurídicos concretos entre uno de los cónyuges y el consocial, pues hay una equívoca posición entre su identidad privativa y su participación en lo común. Diferenciación de patrimonios que en la misma conciencia se rescata rápidamente cuando se inicia una crisis en el matrimonio. Se prescinde, con acierto, de la complejidad que podría resultar de esa indagación.

Para el régimen de gananciales pero en consideración extensible al consocial, respecto a una cuestión que de manera recurrente se plantea en los tribunales, la STS 25/09/2014 (rec. 2417/2012)¹⁹ para un supuesto en el que la vivienda era propiedad por mitades indivisas de los cónyuges y atribuido el uso judicialmente a favor de la mujer, concluyó que es admisible imponer que los gastos de comunidad deban sufragarse por el cónyuge beneficiado por el uso.

¹⁹ “Nada obsta a que un Tribunal de familia acuerde, en aras al equilibrio económico entre las partes (art. 103 C. Civil), que el excónyuge que utilice la vivienda ganancial, sea el que deba afrontar los gastos ordinarios de conservación. Este pronunciamiento no es contrario al art. 9 de la LPH , pues este rige las relaciones entre propietarios y Comunidad, sin perjuicio de las relaciones internas entre aquellos, como ocurre en este caso en el que la cuota ordinaria de comunidad se impone en la resolución judicial a la hoy recurrente. Ahora bien, ello no obsta para que de acuerdo con el art. 9 de la LPH , sean ambos propietarios los que deberán afrontar, en su caso, las reclamaciones de la Comunidad de Propietarios, conforme al tan citado art. 9 de la LPH” .

4.2. Los reintegros.

El Código previene el deber “patrimonial” de reintegrarse “entre sí” aquellos valores que cada uno hubiese lucrado sin causa a costa de otros. Lo primero que debe advertirse es que, aunque la expresión pueda parecer equívoca, los patrimonios que deben reintegrarse son entre, por una parte, el consorcio, y por otra los privativos. Quiere decirse que si durante la vigencia del consorcio pueden generarse obligaciones de reintegro entre los patrimonios privativos los mismos no son los que se regulan en el art. 226 CDFA, aunque en los términos en los que se exprese la norma en este particular puedan resultar equívocos, ni deben plantearse al tiempo de liquidación *del consorcio*. En esta liquidación, a la que se refiere el apartado quinto del precepto como referente temporal ordinario, el protagonismo lo asume el patrimonio común, que aparecerá como consecuencia de los reintegros bien con una partida de su activo (crédito frente a uno de los patrimonios privativos) bien del pasivo (crédito a cargo del consorcio y a favor de uno de los cónyuges).

4.3. La mejora de los bienes privativos a costa del patrimonio común.

Para estos supuestos debe evitarse una respuesta inicial y unitaria. Se vuelve a repetir que, salvo pacto que lleve a una respuesta diferente, la apreciación de la mejora debe realizarse al tiempo de la liquidación. En su apreciación pueden valorarse circunstancias subjetivas pero que pueden tener una percepción o valoración económica, como es desde luego que esa inversión en lo privativo sea decidida de común acuerdo, lo que conlleva el que conjuntamente se asuma el riesgo. También se deberá tener en cuenta la potencial amortización de esa inversión, su obsolescencia al tiempo del reembolso, el aprovechamiento aun personal que los dos cónyuges, y en particular, del accipiens, de quien no es titular del bien receptivo del desplazamiento patrimonial, hayan obtenido con la mejora de lo privativo. Ese aprovechamiento personal primero puede tener una valoración económica a tener en cuenta en la comparación entre el valor de lo aportado y los definitivamente consolidado. Y segundo, aun sin tenerla, pueda aportar la causa excluyente del reintegro. También los rendimientos que hayan lucrado el patrimonio común, que puede así haber recuperado en todo o en parte ese desplazamiento²⁰. Bien se comprenderá que si se atienden a todos estos factores el reembolso, como el reintegro en la operación inversa, se observa con no pocas prevenciones. Pero no se puede excluir que existan flujos monetarios a favor de uno de los patrimonios privativos que terminen consolidando un beneficio en el mismo que no encuentren una adecuada justificación ni compensación.

La SAP Huesca 27.09.2013 (rec. 192/2012) contempla un supuesto de mejora de lo privativo a costa de lo común. Tras considerar que el negocio del que había vivido la familia era privativo del marido (iniciado por la madre del mismo) la mujer defendió que se debía reconocer a favor del consorcio un crédito por el incremento del valor de tal negocio, a lo que la AP contestó que son privativos los incrementos de los bienes propios. En cambio sí reconoció a favor del consorcio un derecho de reembolso derivado del coste de adquisición de unas vitrinas y cámaras frigoríficas incorporadas al negocio privativo del marido pero sufragadas con fondos consorciales . La SAP Teruel 15.06.2011 (57/2011) reconoce a favor del consorcio y como partida integrante del activo las cantidades dinerarias comunes destinadas a realizar unas importantes mejoras

²⁰ Como se hará en la SAP Zaragoza 15/05/2014 (rec. 112/2014).

en la vivienda familiar que era privativa del marido. Y la SAP Zaragoza (2^a) 18.09.2012 (rec. 363/2012) no considera pertinente que el cónyuge titular de un negocio privativo deba reembolsar al consorcio la indemnización por desalojo para reedificación del local en el que se desarrollaba el negocio privativo del marido.

4.4. La mejora de los bienes privativos por el trabajo del cónyuge no titular.

Un supuesto relativamente frecuente es aquél en el que uno de los cónyuges se emplea en una actividad de la que es titular el otro cónyuge. Por tanto privativa de este último, que es el único que se beneficia en cuanto el rendimiento se focalice en el bien privativo. Si ese trabajo es remunerado no se representa un especial problema, pues esa remuneración o compensación es ya común (art. 210.2 CDFA), con lo que existirá ya causa en términos que harán difícilmente planteable reembolso alguno. Que es la solución que se da para el régimen de gananciales en la STS de 22.09.2006.

Pero las dudas asaltarán en el supuesto en el que no haya existido esa remuneración, lo que puede desvelar que no exista una causa que justifique un beneficio de lo privativo a costa, en definitiva, de algo que debía haber sido común.

En realidad el supuesto no deja de ser un caso particular de la mejora de lo privativo a costa de lo común, sólo que singularizado sobre algo tan personal como el propio trabajo. Y acaso no deba tener una respuesta apriorística, sino que se debe estar al caso concreto. Y como aquél supuesto genérico se proyectan sobre él los mismos interrogantes. Bien se verá que aquí no es tanto la cuestión de si el patrimonio de uno de los bienes privativos se beneficia del trabajo del otro cónyuge y que esa aportación, que se ha podido prolongar durante muchos años, debiera haber tenido alguna compensación. Pues es habitual que esa actividad realizada por uno de los cónyuges en beneficio de un bien privativo del otro afecte, más que al consorcio, con un potencial empobrecimiento del mismo, a la capacitación y pérdida de oportunidades para el que de una manera relativamente desinteresada desarrolló un trabajo en beneficio de su cónyuge. Es decir que la verdadera merma es personal y la soporta el cónyuge que realizó el trabajo, lo que no es materia a resolver al tiempo de la liquidación del consorcio. Repárese que esa aportación de un cónyuge al negocio del otro ha podido redundar en la obtención de un mayor beneficio de lo privativo del otro cónyuge, beneficio que ha podido lucrar lo común. Pero la verdadera merma, el desarrollo de la propia potencialidad laboral, una verdadera pérdida de oportunidad, tiene un carácter esencialmente personalísimo.

Por eso el instrumento para resarcir ese perjuicio sería, no en la liquidación del consorcio, sino en la esfera de la asignación familiar compensatoria (art. 83. 2 a CDFA), aunque singularmente en su regulación no se haya tenido expresamente en cuenta. Una asignación que tanto el legislador como la jurisprudencia ven cada día con más recelos puede terminar conduciendo a soluciones poco equitativas en las que uno de los miembros de la pareja ha podido soportar una pérdida de oportunidades por mor de esa dedicación al negocio o actividad profesional del otro cónyuge.

En las sentencias citadas a propósito del enriquecimiento injusto se recogían algunas que se referían a beneficios sin causa debidos a la aportación del trabajo de uno de los cónyuges a la empresa o actividad de otro, identificándolos como supuestos de “*condictio por inversión*” o por expensas, como será la STS 06/05/2011, referida a una

pareja de hecho. Se trata del supuesto en que "se realizan gastos o se incorpora trabajo en una cosa ajena, con beneficio del propietario o del poseedor de la misma". Entre el que sufre el empobrecimiento y el enriquecido con este trabajo, razona la mencionada sentencia, no debe existir ningún contrato, pues en caso contrario, la problemática se deberá resolver de acuerdo con las normas del derecho de contratos. Cuando una persona invierte su trabajo en beneficio de las empresas de otra persona sin recibir la adecuada compensación ni participar en los beneficios que ayuda a crear, se puede considerar que el enriquecimiento se ha producido en virtud de la denominada *condictio por inversión*, debiendo interpretarse en este caso la palabra *inversión* como trabajo efectuado sin la correspondiente compensación económica. En definitiva, se ha invertido capital humano, el trabajo, sin ningún tipo de participación en el resultado de la inversión ni ningún esfuerzo por parte del beneficiado. La STS de 19/07/2012 recuerda los supuestos de *condictio por inversión* y, para un caso de separación de bienes, invoca una aplicación en el régimen de liquidación conyugal "analógica de los artículos 1359 y 1360 del Código Civil". Aplicación analógica para el de separación con el que se potencia su aplicación en la esfera que le es propia, el de gananciales.

4.5. Los supuestos reglados.

El propio legislador en sede de consorcio contemplará supuestos concretos en los que se ordenará específicamente el reembolso o el reintegro. Un régimen en el que la voluntad de los cónyuges puede ser definitiva para la atribución de un carácter consorcial o privativo, favorece el que, potencialmente, esos reconocimientos de consorcialidad o privatividad carezcan de causa (patrimonial), aunque termine permitiendo, precisamente por ese carácter pactista, el que sea la voluntad de los cónyuges la que haga exigible o no el reequilibrio patrimonial. Permite así el art. 210.1 c) CDFA la atribución conjunta del carácter consorcial de un bien, y lo contrario en el art. 211 d). Puede darse la falta de contraprestación cuando un bien se adquiere por título anterior aunque su adquisición se consolide durante su vigencia, que mantiene su privatidad aunque parte del precio se abone constante el consorcio y probablemente con dinerario consorcial. Y más específicamente el art. 215 CDFA, como concreción del carácter pactista del régimen, recogerá esa facultad de atribución de naturaleza a los bienes, pacto que deberá recogerse en escritura pública, lo mismo con relación a los bienes que ya son consorciales o privativos, que, supuesto más habitual, a aquéllos a los que se asigna uno u otro carácter "al momento de su adquisición". Uno y otro supuesto generan el correspondiente derecho de reembolso o reintegro (art. 215.2 CDFA), a "salvo disposición en contrario". Si el reintegro o reembolso se fundan en la doctrina del enriquecimiento sin causa el pacto sobre el mismo lo excluye.

En la integración del activo las dudas en cuanto a la existencia de causa se concentrarán con una particular intensidad en los bienes privativos que tienen una faceta patrimonial pero en los que es prevalente su carácter personalísimo, que son los regulados en el art. 212 CDFA. El propio Código previene el reintegro (al privativo del valor actualizado de las primas a su costa satisfechas respecto del seguro de supervivencia, al ser comunes las cantidades devengadas antes de la disolución) o reembolso (las primas satisfechas por el consorcio en los seguros sobre la vida contratadas por uno solo de los cónyuges a favor de persona distinta del otro), con lo que asaltan dudas sobre si se produce algún reembolso en los demás supuestos de reconocimiento del carácter privativo de unos bienes atendiendo a su naturaleza personal, problemática específica que más adelante se tratará.

Y desde el pasivo se contempla también alguna específica previsión. La conexión del art. 222 con el art. 239, ambos del CDFA, revela un potencial reembolso en los supuestos de bienes adquiridos por uno sólo de los cónyuges sin el consentimiento del otro y que se integrarán, al tiempo de la liquidación, en el lote del que lo adquirió, pero ello “reembolsando al patrimonio común el valor actualizado del precio y demás gastos de la adquisición”. Y el art. 224 CDFA, en su segundo apartado, respecto de las deudas privativas pagadas con bienes comunes, cuyo valor actualizado se imputará en la participación del cónyuge deudor. Ya, en fin, el propio art. 226.4 CDFA previene un reembolso a cargo de los patrimonios privativos por el importe actualizado de los daños y perjuicios que uno u otro cónyuge le hayan causado por acción dolosa o gravemente negligente.

4.6. El valor del reintegro y el momento para hacerlo.

Lo que debe reintegrarse es el “valor”; por tanto se contempla una conversión del resultado a una prestación dineraria que computará, como se ha dicho, como un activo si es un reembolso y como un pasivo si es un reintegro. El reequilibrio se trata pues como una deuda de valor respecto del nominal de la cantidad debida, que debe actualizarse corrigiendo las alteraciones del valor de la moneda, de modo que la cantidad que se pague tenga el mismo valor adquisitivo que cuando se realizó el desplazamiento patrimonial, como recordará la STS 29.11.2006 (La Ley 150026/2006), en la que se contempla el supuesto de un préstamo de la sociedad a uno de los cónyuges.

Pero si como hemos visto el fundamento de este deber de reequilibrar es, en la norma, el beneficio sin causa, no se terminará de comprender que a la hora de de reembolsar no se atienda en el juicio comparativo que el enriquecimiento lleva ínsito, la posible merma o desvalor de lo adquirido a favor del otro patrimonio, del privativo si de un reembolso se trata. Pues no es solo que la mejora en el otro patrimonio haya podido sufrir una minusvalía o haber quedado obsoleta, sino que si de un bien productivo se trata el rendimiento habrá lucrado a lo común. Y si no es un bien productivo porque ha podido existir un disfrute personal y común, de los dos cónyuges, de la mejora de lo privativo: recuérdese que el reequilibrio obedece a una falta de causa.

Y que remita a ese momento, la liquidación, podría así llevar a defender que el deber de realizar los reequilibrios en tal momento supone una “congelación” de los deberes jurídicos que de ordinario surgirían de los potencialmente plurales títulos que justificaran un desplazamiento patrimonial de uno a otros patrimonios, de suerte que se podrá plantear así el que no operaran en estos supuestos las instituciones de la prescripción, caducidad y, menos, la de la doctrina del retraso desleal²¹. La “confusión”

²¹ La SAP Zaragoza (2ª) 23/07/2013, rec. 153/2013), explicaría para un supuesto de crédito a incluir en el activo del consorcio a cargo del marido y que se omitió en la liquidación, derivado de la mayor aportación de la mujer en la compra de la vivienda familiar, el fenómeno: “opuesta por el demandado la prescripción de cuatro años del art. 1076 C.C .-que a lo que se refiere es a la rescisión por lesión- o la de 15 años del art. 1964 C.C .-si se está a la deuda de D. Luis Alberto con la sociedad consocial-, baste señalar que la ley no señala plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de liquidación de la comunidad de gananciales, ni para la de su adición o complemento, por lo que, dada la expresa remisión que a los preceptos reguladores de la partición y liquidación de la herencia hace el art. 1410 C.C ., ha de estarse a los mismos, y por su vía al artículo 1965 CC . que dispone que "no prescribe entre coherederos, condueños o propietarios de fincas colindantes la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común o el deslinde de las propiedades contiguas" -vd STS 18-7-2005 -. La acción ejercitada ha de considerarse, pues, imprescriptible, conclusión que se refuerza si se tiene en cuenta que la liquidación de la sociedad de gananciales no es sino una forma de cesar en la indivisión”.

patrimonial que se genera en el seno del matrimonio, más en el sometido a las reglas del consorcio, haría explicable que todo desplazamiento entre patrimonios, salvo acuerdo de los cónyuges, se dilucide al final del consorcio, al tiempo de su liquidación.

El primer apartado del precepto no parece regular en principio “todas” las relaciones patrimoniales entre los patrimonios privativos y el común sino que se limita a establecer un deber genérico de reembolsar cuando haya existido un desplazamiento patrimonial no justificado y sin causa, al menos expresa, entre uno y otros patrimonios. Pues aquéllas relaciones patrimoniales que generen verdaderas obligaciones quedan sometidas a la fuente de la que deriven, normalmente el pacto, y él dirá lo pertinente sobre su exigibilidad.

El apartado quinto del art. 226 CDFA contempla la exigibilidad en el cumplimiento de las obligaciones entre los patrimonios, en principio para negarlas hasta la liquidación, siquiera como excepción admite tal exigibilidad en los supuestos de pacto o de la concurrencia de una justa causa. La expresión “justa causa” en la norma no se refiere o explica en base a la existencia de causa propia de un negocio jurídico, sino aun cuando no existe la misma, aunque también cuando sí exista pero exigible solo al tiempo de la liquidación, concurra una razón que haga razonable la anticipación en la exigibilidad del reequilibrio, y el ejemplo que pone el legislador a continuación, la disposición abusiva del caudal común, pone sobre la pista de ello.

El pacto en ese apartado de la norma parece contemplar el que resulta ex post el desplazamiento patrimonial. Pero desde luego puede ser concurrente al tiempo de generarse el mismo. Pero la anticipación en la exigibilidad por concurrir “justa causa” puede predicarse no sólo respecto de aquellos desplazamientos patrimoniales sin causa sino también de los que sí la tenían pero en el que las partes no pactaron el tiempo para la exigibilidad de las potenciales obligaciones que resultaran del desplazamiento patrimonial.

En mi opinión el legislador acierta al valorar una realidad propia de las relaciones patrimoniales en el seno del consorcio y aun simplemente del matrimonio. En los cónyuges, cuando se producen estos desplazamientos patrimoniales, concurre, al menos de ordinario, una voluntad de transmitir o de recibir. Pero no se representan con ello la formalización de un determinado negocio a modo y ejemplo del préstamo de uno a otro de los patrimonios que se contempla en la STS 29/11/2006, y que se considera posible.

Y aunque exista la conciencia en los cónyuges, con ocasión de la realización de esos flujos patrimoniales, de la realización de un determinado negocio, aunque se pueda catalogar la operación, desplazamiento o flujo monetario como un determinado contrato típico y perfectamente identificable, lo que de ordinario no existirá es concreción entre los cónyuges del tiempo en el que deban restituirse unos y otros patrimonios las contraprestaciones a que pueda dar lugar cada concreto negocio jurídico. Pesa en esa falta de definición del consentimiento la existencia de una plena y verdadera ajenidad entre unos y otros patrimonios. En definitiva ninguno de los cónyuges podría ejercitar la acción preventida en el art. 1128 CC para que el juez fije la duración del plazo si la obligación no lo señala, a salvo que concurra la justa causa que previene el art. 226.5 CDFA.

Esa falta de autonomía plena entre los patrimonios provoca que inexorablemente el crédito que pueda fundar un reembolso o un reintegro forme parte del consorcio, como activo, el crédito contra uno de los privativos, o como pasivo, deuda frente a alguno de los privativos. Y que por formar parte de la amalgama del consorcio, de ese universo común, de su activo y de su pasivo, al integrarse en una comunidad queda “atrapado”

en la misma, y solo resulta exigible al tiempo de la liquidación. Pero si los cónyuges se representaron un concreto negocio jurídico al tiempo del desplazamiento patrimonial del que resultaba un acuerdo que permitiera la exigibilidad del crédito, esto es la existencia de un pacto, habrá que defender que para la concreta obligación de que se trate sí operarán las instituciones de la prescripción o de la caducidad, rescatándose así la alteridad que en alguna medida existe entre los patrimonios común y privativo, al menos en la medida que permite que nazcan obligaciones entre un patrimonio, el común, y los privativos.

En esa línea de admisibilidad de las relaciones jurídicas forzosas entre los patrimonios es de destacar la RDGRN de 17/08/2010, que se muestra favorable a la anotación de embargo de una finca ganancial a instancias de uno de los cónyuges: “la autonomía de los patrimonios privativos respecto del patrimonio ganancial; el reconocimiento en nuestro Derecho de la posibilidad de los cónyuges de contratar entre sí y, por tanto, deberse y responder, entre ellos; la naturaleza de la anotación de embargo –concebida no como un derecho real en cosa ajena sino como una medida cautelar en orden a garantizar el resultado de un proceso–; y la propia naturaleza de la sociedad de gananciales –que, si bien carece de personalidad jurídica propia, se considera, no obstante, como una comunidad germánica o en mano común sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división material mientras dure la sociedad–, determinan la posibilidad de que créditos privativos puedan hacerse efectivos sobre el patrimonio consorcial, y hacen que no exista obstáculo para la anotación pretendida”.

Pero si nos situamos en el ámbito de la exigencia forzosa de las obligaciones, en el escenario de un procedimiento de apremio, en acción de un cónyuge en defensa de su patrimonio privativo frente al común, se rescata de una manera descarnada la ausencia de una plena alteridad, pues si se apremia un bien común por la deuda del consorcio a un patrimonio privativo sin disolver ni liquidar podrá darse la paradoja, y se dará, de que en el proceso de ejecución se han podido así estar realizando derechos patrimoniales del propio ejecutante, por más que el mismo no solo lo haya consentido sino que además lo haya impulsado.

Paradójica situación que se analizaba en el AAP Zaragoza (5^a) 14/02/2001, que se enfrentaba a un supuesto de embargo y apremio de un vehículo consorcial para el pago de pensiones impuestas en un proceso de familia, pretendiendo la recurrente en el caso resuelto por esa resolución “se le entregue, en fase de apremio, la totalidad del dinero obtenido con ocasión de la realización de una vehículo común. La mitad para pago de las pensiones por alimentos y compensatoria reconocidas en la sentencia de separación y la otra mitad por considerarlo de su propiedad”. Pretensión que denegó el Juzgado que ha defirió la entrega a la finalización de los trámites de la liquidación del régimen económico. Pretensión a la que la Audiencia dio una respuesta solo parcialmente positiva : “no se deja de desconocer que el resultado final, sobre todo en relación al procedimiento de apremio, puede resultar paradójico. Pues en tanto no se realice la liquidación no se sabrán los derechos que cada cónyuge ostentaba sobre los bienes apremiados. Con la consecuencia de que no se sabrá en qué medida el crédito del ejecutante queda o no extinguido con la realización del bien común: se mantiene pues la vinculación entre apremio y liquidación de manera similar a la que se produce cuando es el crédito de un tercero el que se ejecuta. Pero no igual, pues ahora se traslada a la liquidación las consecuencias del apremio, sin suspender el mismo, de modo que sólo cuando el cónyuge ejecutante perciba en el apremio más de lo que hubiera

correspondido según la liquidación deberá minorarse su haber en la partición y podrá saberse en qué medida el crédito ejecutado quedó extinguido”²².

Según la SAP Zaragoza (4^a) 10.09.2007 (rec. 28/2007) la actualización debe hacerse valer al tiempo de confección del inventario y no al tiempo de realizarse el cuaderno particional. El momento en el que se debe atender para realizar ese reequilibrios es el de la disolución. Al respecto es de tener en cuenta que:

- i) Ese momento está determinado cuando ha existido proceso judicial de separación o divorcio por el momento en el que la sentencia es firme. Siendo hoy lo ordinario que no se recurra la separación o divorcio y sí las medidas, deviene firme con la de primera instancia la disolución del régimen común (STS 17.03.2010, rec. 864/2006).
- ii) Que en mi opinión y en contra del criterio de algunas Audiencias, la potencial retroacción del momento de la disolución que se previene en el art. 247.1 CDFA no puede realizarse en la sentencia que resuelve la contienda en el incidente de formación del inventario. Primero porque el mencionado precepto, el art. 247.1 CDFA refiere la concreción judicial del momento de eficacia de la disolución a los supuestos de disolución que “requieren disolución judicial”, esto es los del art. 245.1 CDF, y en ellos la efectividad de la disolución lo será “desde la fecha que en ella se fije”, esto es en la misma resolución que acuerde la disolución. Y para los casos de separación o divorcio (también de nulidad) porque también está implícita en la norma que esa retroacción lo sea en la sentencia que las decreta, pues es con ellas cuando se disuelve el consorcio. Y en segundo lugar porque retrotraer los efectos de la disolución en la sentencia que resuelve la oposición en el inventario puede generar una indefensión a las partes, que habrán planteado sus discrepancias y su prueba con relación a la existencia de un consorcio cuya dimensión temporal se les cambia al final del proceso.

²² Previamente se había razonado en tal resolución que “aun sin... una regulación completa del patrimonio común durante el periodo de liquidación, ni en el Código Civil ni en la Compilación de Derecho Civil de Aragón, ambos cuerpos legales han tenido presente que la estaticidad que se produce en ese patrimonio durante la liquidación no puede privar a los cónyuges de los medios de vida, que se obtendrían normalmente de ese patrimonio común, disponiendo el primero de los citados cuerpos legales en su *artículo 1.408 del Código Civil*, que "De la masa común de bienes se darán alimentos a los cónyuges, en su caso, al sobreviviente y a los hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que les entregue su haber; pero se les rebajarán de éste en la parte que excedan de los que les hubiese correspondido en razón de frutos o rentas", mientras que la Compilación, para el supuesto de disolución por muerte, dispone en su artículo 53 que "Disuelta la comunidad y hasta tanto no se adjudique su patrimonio, el cónyuge viudo lo administrará; podrá deducir de él alimentos para sí y las personas que con el matrimonio convivan, y atenderá el pago de las deudas exigibles, así como el normal desarrollo de los negocios comunes y a la conversión de los bienes". Los alimentos que se regulan en estos preceptos no son lo que motivan ahora la reclamación, pero ilustra la posición del legislador en orden, no ya a la posibilidad, sino necesidad, de que los cónyuges, pendiente la liquidación, puedan, no obstante la misma, nutrirse del patrimonio en liquidación para atender sus, en términos legales, alimentos. siquiera luego prevengan (art. 1408) la compensación con los frutos y rentas y la minoración de su haber en cuanto excedan de aquéllos. Obvio resultará que con mucha más razón podrá uno los cónyuges apremiar bienes comunes para satisfacer deudas contraídas por el otro cónyuge después de disuelta la sociedad y con mayor razón cuando la naturaleza de esa deuda responde a la misma finalidad que las previsiones del legislador que autorizan a recabar a cualquiera de los cónyuges, a costa del caudal común, lo necesario para sus alimentos, siquiera, para este supuesto y salvo lo que luego se dirá, no se producirá, ni esa compensación ni esa minoración.”

- iii) Que el patrimonio a tener en cuenta es el existente al tiempo de producirse esa disolución. Pero como quiera que después de tal disolución sigue existiendo comunidad sobre el mismo patrimonio, aunque de otra naturaleza, comunidad global sobre el totum ganancial y no germánica, con cuotas, patrimonio estático y de mera conservación, no termino de comprender la utilidad ni conveniencia de exigir, al menos como regla general, dos liquidaciones (SAP Huesca 27/09/2013, rec. 192/2012), una la del patrimonio consorcial y otra la del patrimonio postconsorcial. Es el mismo patrimonio pero sometido a diferente régimen jurídico, y el hecho de que el postganancial guarde un relativo dinamismo no entiendo justifique forzar dos liquidaciones de lo que no es sino un único patrimonio.

4.7. Aportar, prestar o donar.

Un problema recurrente en la jurisprudencia es el relativo a las aportaciones de dinero privativo para adquirir un bien común. Es cuestión que se plantea con particular intensidad con ocasión de la compra de la vivienda que es destinada a al uso familiar. Y se entremezcla con los supuestos de flujos monetarios que realizan los padres de alguno de los cónyuges con esa o similar finalidad.

El art. 210.2 c) CDFA regula la adquisición a título oneroso por cualquiera de los cónyuges a costa del caudal común cuando el precio quede aplazado, que serán siempre comunes salvo que la totalidad del precio se satisfaga con dinero privativo, con lo que en el supuesto de que se haya aportado dinero privativo solo en parte el bien será común, pero al tiempo de liquidar hay que reequilibrar a favor del privativo lo que este adicionó.

Ya la inversa el art. 211 b) CDFA regula como privativos los adquiridos por título anterior al consorcio aunque el derecho se consolide durante su vigencia, o con precio aplazado, que comprados antes serán, como se ha dicho, privativos salvo que el precio se satisfaga en su totalidad con bienes comunes. En estos supuestos pueden existir flujos monetarios comunes que hayan servido para consolidar bienes privativos, que exigirán el pertinente reequilibrio al tiempo de la liquidación, o a la inversa.

Pero el problema se acrecienta, como ya se ha anticipado, si ese flujo monetario viene de terceros, en ocasiones en momentos inmediatamente anteriores al inicio del consorcio, normalmente los padres de alguno de los cónyuges con ocasión de la compra de la vivienda familiar. En estos supuestos hay que distinguir si se trata de un préstamo o de donación. Porque las defensas de quienes entregaron el dinero tienden a plantear la cuestión y encauzar la reclamación como si de un préstamo se tratara, acaso en la consideración de que la acción destinada a recuperar lo prestado ofrece menos aristas y mejores perspectivas de éxito. El planteamiento del préstamo a favor de los cónyuges ofrece la dificultad de que, aun sin haber incurrido en prescripción, han podido transcurrir muchos años sin que mediara ninguna reclamación a los prestatarios, lo que lo hace poco verosímil y obligaría además, dada la indeterminación de sus condiciones, a pasar por el ejercicio de la acción del art. 1128 CC para fijar antes el tiempo de la devolución,

Para el primer caso no es problema de reequilibrio entre los patrimonios común y privativos, sino de una deuda con esos terceros, los padres de los cónyuges que aportaron el dinero y en ellos se residencia la legitimación para reclamar la devolución. No obstante la problemática aflorará al tiempo de la liquidación porque si es deuda del

consorcio deberá consignarse como partida en el pasivo²³. Si bien si el préstamo se realizó solo a favor de uno de los cónyuges, sobre todo antes de iniciarse el consorcio, la cuestión ofrecerá una doble faceta, la de la deuda del hijo prestatario frente a sus padres, ajena al consorcio, y la aportación que se pudo realizar el cónyuge prestatario con dinero privativo para adquirir lo común, que generará un reintegro a favor de ese cónyuge al tiempo de la liquidación. En el uso forense la tendencia es a plantearlo como préstamo a los dos cónyuges.

II. La apertura de la sentencia dictada en el proceso de formación de inventario. El cuerpo doctrinal creado tras el acceso a los recursos extraordinarios.

5. La sentencia del TS de diciembre de 2015. (ROJ STS 5760/2015).

Esta sentencia tiene un contenido procesal que habilitaría el acceso a los recursos extraordinarios, infracción procesal y casación. Tal sentencia potenció el principio de especialidad procesal, de suerte que lo que en la LEC tiene previsto un cauce determinado no puede llevarse a un declarativo plenario, el ordinario por excelencia. En lo que ahora importa negó la naturaleza incidental de la formación de inventarios, lo que ahora si con mayor claridad le haría tributario del efecto de cosa juzgada (en contra STSJA 29/2/2012, ROJ STSJ AR 289/2012) y le habilitaba para acceder a los recursos extraordinarios. También previno que todo patrimonio común resultante de un régimen económico del matrimonio, lo que abría la puerta a liquidar también patrimonios en comunidad ordinaria e indivisión sobre cada uno de los bienes.

2. Ese acceso a los recursos extraordinarios ha justificado la creación en la jurisprudencia del TS de una doctrina que aporta criterios relevantes sobre la institución de la sociedad de gananciales. Por contrario apenas existen pronunciamientos del TSJA sobre el consorcio aragonés. Tan apenas se interponen recursos extraordinarios sobre la materia. Se hará pues un análisis de los criterios del TS sobre la sociedad de gananciales en las que se dan respuesta en muchos casos, aunque no siempre, pueden ser extrapolables al régimen económico matrimonial de comunidad aragonesa. Si anticipar que, alejándose algo de los planteamientos de las Audiencias, rezuma en esa doctrina del TS patrimonialista de la sociedad de gananciales perdiendo relevancia el aspecto personal que podría dar singularidad y que traería causa de ser un patrimonio de un matrimonio. Vista con perspectiva esa doctrina, la sociedad de gananciales parece tratarse más como la que indica ese nombre, como una sociedad. Y en lo que las relaciones económicas de los cónyuges serían las de un socio con una sociedad. Parece liquidarse la cuenta de un socio en una sociedad de capital.

No obstante, y fuera claro del procedimiento de división de patrimonios, existieron pronunciamientos del TS sobre aspectos del régimen de comunidad. Especialmente reseñable la STS de 26 de junio de 2007 para el régimen de gananciales, pero que utiliza argumentalmente la legislación aragonesa (rec. 275/2000), distingue cuatro figuras diferentes:

1º) **La pensión de jubilación**, a la que se atribuye carácter privativo si se generó después de la disolución y frente al argumento de que la misma surge de la cotización a la S.S., que se debe considerar ganancial, se contestará que “la pensión de jubilación controvertida corresponde exclusivamente al esposo de la demandada, que la generó con su actividad laboral, y su nacimiento y su extinción dependen de vicisitudes estrechamente personales del mismo (el hecho de su jubilación, en cuanto al primero, y el de su eventual fallecimiento, en cuanto al segundo). Así mismo, la sentencia de 20 de diciembre de 2004 consideró que no es ganancial la pensión del marido “ya que se trata de un derecho personal del trabajador al que no le es aplicable el artículo 1358”.

²³ Que no se incluya no sería determinante para los derechos del prestamista dada la cláusula de neutralidad prevenida en el art. 794.4 II LEC.

Ya hemos indicado que en el CDFA la titularidad de la pensión es privativa por su carácter personal (art. 212.1 c CDFA), siquiera las cantidades percibidas durante el consorcio por dicha pensión son consorciales (art. 210.2 g CDFA). Hipotéticamente cabría plantearse así, al igual que hizo el TS sobre la indemnización por despido (STS 18.03.2008, rec. 82/2001, La Ley 86323/2008), que lo cobrado constante matrimonio sea consocial solo en la proporción que duró el matrimonio con relación al tiempo en el que se cotizó para generar la prestación de jubilación. Que no sea una indemnización y sí una prestación periódica ya consumida hace que no se plantee el problema, que no parece haber sido considerado por el legislador aragonés, que sin más hace comunes las pensiones devengadas constante matrimonio.

2º Respecto de las **pensiones por jubilación anticipada**, o con mayor, propiedad, la indemnización por extinción de la relación laboral en un plan de bajas incentivadas de la empresa en la que el marido prestaba sus servicios, la STS de 22 de diciembre de 1999 entendió que dicha prestación “no retribuye un trabajo precedente ni constituye un complemento de los sueldos percibidos, sino que proviene de la pérdida de dicho trabajo por jubilación anticipada, de manera que la nueva situación laboral de D. [...], que ha obtenido después de la separación legal de su esposa, sólo a él afectan, con la consiguiente repercusión, no comunitaria, de la indemnización por prejubilación, que posee una clara proyección de futuro, y en este sentido, es ajena a los principios de la sociedad de gananciales”.

3º En relación con las **indemnizaciones obtenidas por el esposo por una póliza de seguros** que cubría el riesgo de invalidez, se excluye del artículo 1436.6 CC, “toda vez que su carácter es totalmente económico o patrimonial, basado en su derecho al trabajo, pero que no se confunde con éste, por ser una consecuencia económica y permanencia que se hace común en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador y, por consiguiente ingresa en el patrimonio conyugal, que al disolverse la sociedad de gananciales ha de liquidarse y repartirse entre ambos cónyuges o sus herederos (sentencia de 25 de marzo de 1988, referida, sin embargo, al régimen navarro de la sociedad de conquistas). Y en apoyo de su solución el TS invocará la solución aragonesa: “esta conclusión viene avalada también por las regulaciones de otros regímenes económicos de comunidad, como ocurre con el artículo 28.2 de la Ley de Régimen económico matrimonial y Viudedad de Aragón, de 12 de febrero de 2003, que establece que ingresan en el patrimonio común durante el consorcio “las indemnizaciones concedidas a uno de los cónyuges por despido o cese de actividad profesional”.

4º Para los planes de pensión del sistema de empleo la STS de 27/02/2007 advertirá que “la primera nota que distingue los Planes de pensiones de los salarios está en que si bien se trata de una prestación económica a favor del trabajador, **no produce un incremento de su patrimonio, sino que pasan a** formar parte de un Fondo de pensiones que será gestionado por un tercero, de manera que los partícipes no tienen ningún control sobre las cantidades integradas en el correspondiente Fondo. En el caso concreto que se discutía sólo podía obtener los beneficios del Plan de pensiones si se cumplían los condicionantes previstos, que eran la jubilación del partícipe, la invalidez absoluta y permanente, la viudedad y la orfandad y que mientras estas contingencias no se produjeran, no tenía ningún derecho a obtener ninguna cantidad. Además, el Plan de pensiones tenía la naturaleza de Plan del sistema de empleo en el que el promotor, la empresa, efectuaba la totalidad de las aportaciones; por ello debe concluirse que no entra dentro de las prestaciones salariales que deban tener la naturaleza de bienes gananciales”.

De esta jurisprudencia dictada por el TS para los gananciales, con solución que puede extrapolarse al régimen consocial, resulta que nunca deben reembolsarse desde luego las cuotas de la seguridad social en las que se fundó la pensión contributiva, ni aun las que deriven de accidente de trabajo, que se sustentan en la cuota empresarial con un mecanismo que incorporó al sistema público lo que originariamente era un seguro privado, la aportación económica realizada por el empresario que nutrió los planes de pensiones de los sistemas de empleo.

5.1. Sentencias relevantes.

5.1.1 Sobre el momento de la disolución.

* STS de 13 de septiembre de 2017, ROJ STS 3270/2017, en la que se reitera que el régimen de comunidad que se disuelve cuando la sentencia de separación y divorcio fueran firmes sin que incida en la fecha la circunstancia de que se anulara el convenio regulador homologado.

* STS 17 de marzo de 2010: reitera que es la fecha de la firmeza de la sentencia de divorcio y que cuando la sentencia de primera instancia se recurre solo respecto a los pronunciamientos complementarios y no el divorcio, es la fecha de la sentencia de primera instancia la que disuelve la sociedad.

* STS de 17 de marzo de 2010, ROJ STS 1294/2010): se reafirmará el criterio que la fecha de disolución de la sentencia firme, y que (i) por tal hay que entender aquella contra la que no cabe recurso alguno, sea por su naturaleza, sea por haberla consentido las partes, y (ii) que cuando se consienten los pronunciamientos de instancia en la que

se decreta el divorcio, es la fecha de instancia la que provoca la disolución y desde esa fecha no rige presunción de comunidad alguna.

* STSJA de 4 de enero de 2019 (ROJ STSJ AR 2/2019), que admitió la retroacción posible del derecho aragonés, que en el caso lo fue, por decisión de la Audiencia, a la fecha del auto de medidas provisionales, no aceptando la retroacción a la fecha anterior del decreto de admisión de la demanda.

Respecto a esta peculiaridad del derecho aragonés del consorcio conyugal, advertir que, según un criterio, no es factible acordar esa retroacción de la disolución en el momento de resolver el contencioso del inventario. Se así alteraría después de la tramitación del conflicto las reglas de formación del inventario.

5.1.2 Sobre bienes privativos

Los beneficios destinados a reservas por una sociedad de la que es socio solo unos de los cónyuges no son gananciales (STS 3/2/2020, ROJ STS 158/2020). Pero se precisa que los dividendos cuyo reparto se acordó en junta general durante la vigencia de la sociedad de gananciales son comunes y se previene que puede existir fraude en las sociedades familiares, en las que los beneficios se desvíen a reservas para hurtar los derechos del otro cónyuge.

* Las comunidades ordinarias creadas por la adquisición de los dos cónyuges antes de contraer matrimonio no se integran en el régimen de comunidad (STS 21/12/2016, ROJ STS 5667/2016).

* La STS de 14 de diciembre de 2017 (ROJ STS 4318/2017), considera privativa la indemnización por incapacidad permanente, percibida tal indemnización en razón al seguro colectivo concertado por la empresa en la que trabajaba.

* También es privativa la vivienda adquirida por uno solo de los cónyuges antes del matrimonio cuando existía una convivencia *more uxorio* previa al matrimonio. (STJA, 27/2/2006, STJ AR 1/2006).

* Se rechaza el carácter común del incremento del valor de un negocio privativo, que no se puede calificar como fruto (STSJ AR 6 de septiembre 2019, ROJ STJ AR 13/3/2019).

5.1.3. Sobre bienes comunes.

* Las subvenciones de la PAC son consideradas frutos civiles (STS 4 de junio 2020, ROJ STS 1615/2020) y por tanto serían comunes.

Los beneficios destinados a reservas en tanto en cuanto pertenecen a la sociedad de capital sometidos al régimen societario, no adquieren la condición de bienes gananciales (STS 15/6/2020, ROJ STS 2184/2020).

* La STS de 3 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5148/2015), entiende que la aportación de una vivienda privativa a la sociedad de gananciales, en la que se aprecia una causa de liberalidad, aunque no sea una donación.

La sentencia, en mi opinión, puede tener una extraordinaria trascendencia práctica, pues permite individualizar una causa autónoma en esas aportaciones. Autonomía que, además, sería excluyente del reembolso.

Afirma así la mencionada STS que,

“No todo acto de liberalidad comporta una donación en sentido estricto y así en este caso no se trata de una transmisión patrimonial de la propiedad realizada de forma gratuita por un sujeto a otro, sino –incluso descartada la causa onerosa- de la aportación por uno de los miembros de la sociedad de gananciales a dicha sociedad –de tipo germánico y sin distribución por cuotas- de un bien de su propiedad por razón de liberalidad que ha de insertarse en las especiales relaciones del derecho de familia y, en concreto, de las nacidas de la institución matrimonial, por lo que no resultan de aplicación las referidas normas ni la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre la simulación relativa que encubre una donación inmobiliaria bajo la forma de compraventa”.

El derecho aragonés prevé legalmente en el párrafo 2 del artículo 215 del Código de Derecho Foral de Aragón un derecho de reembolso o reintegros por los trasvases de bienes de patrimonio privativo al consorcial y viceversa, “(S)alvo disposición en contrario, los pactos regulados en este precepto darán lugar al correspondiente derecho de reembolso o reintegro entre los patrimonios privativos y el común”.

* En sentido, no del todo coincidente, la STS de 12 de febrero de 2020 (ROJ STS 394/2020), ante un supuesto de adquisición por uno de los cónyuges en documento privado antes de contraer matrimonio, pero con otorgamiento de escritura constante el matrimonio y la sociedad, en la que ambos cónyuges le reconocen naturaleza ganancial, se mantiene esa calificación, pero con reconocimiento a favor del cónyuge que la adquirió ex-ante el matrimonio en documento privado, un crédito por el dinero que puso en la compra.

* La indemnización por despido se califica como ganancial (STS de 3 de julio de 2019, ROJ STS 2252/2019), pero la indemnización se reparte en proporción al tiempo que se desarrolla constante el régimen de comunidad.

* No procede la inclusión en el activo del plan de pensiones en la sociedad de gananciales (así se califica en STS Aragón de 1 de junio de 2005, ROJ STS AR 1463/2005), tratándose de un plan de empresa.

* La STSJ Aragón de 21 de marzo de 2022 (ROJ AR 433/2022) para un curioso supuesto de construcción por terceros arrendatarios en terrenos anejos a nave consorcial, atribuye naturaleza consorcial a los derechos de accesión que pudieran derivarse de esa ampliación.

* La sentencia de 10 de noviembre de 2017 (ROJ STS 4217/2017) a propósito de la posible naturaleza común de un negocio de clínica dental, diferenciándose la titularidad que corresponde a quien tiene la titulación necesaria y la base económica del negocio, es decir el potencial carácter común de una actividad profesional y económica cuando no se ha creado una sociedad con personalidad jurídica, creándose un establecimiento o empresa que sí puede tener carácter común.

6. El reequilibrio entre patrimonios.

* STS de 20/9/2019 (ROJ STS 2915/2019) que niega el reintegro a favor del marido de la cantidad percibida y abonada directamente al acreedor hipotecario en base a un seguro que cubría el riesgo de incapacidad del, en el caso, marido deudor de ese préstamo, considerando el TS que no se está ante una indemnización privativa.

* Son recurrentes las sentencias del TS que reconocen un derecho de reembolso cuando ha existido una aportación económica que directa o indirectamente haya beneficiado al

patrimonio común: de una indemnización por accidente de uno de los cónyuges (STS 11 de diciembre 2019, ROJ STS 3921/2019), de donación de los padres que se ingresa en cuenta común (STS 4 de febrero de 2020, ROJ STS 163/2020), de dinero privativo destinado a adquisición de bien común, aunque no se hiciera reserva del mismo (STS 1 de febrero 2020, ROJ 314/2020, al igual que en la STS de 2 de marzo 2020, ROJ STS 612/2020), o la STS de 13 de septiembre de 2017 (ROJ STS 3274/2017), para un caso de aportación de dinero privativo para pago de precio de vivienda ganancial.

Idéntica solución en la STS de 1 de junio de 2020 (ROJ STS 1490/2020), para un caso de donación por la madre de uno de los cónyuges en cuenta común. Se recuerda la innecesidad de hacer reserva en la STS de 3 de noviembre de 2020 (ROJ STS 3626/2020) y en la de 11 de noviembre de 2022 (ROJ STS 3936/2022) que resuelve que la atribución conjunta del carácter ganancial de un bien no convierte en ganancia el dinero empleado para su adquisición, y no priva y por tanto debe reconocerse en la liquidación un derecho de crédito a favor de quien puso su dinero privativo. En similares términos la STS de 21 de febrero de 2022 (ROJ STS 627/2022) o la de 23 de febrero de 2020 del TSJ de Aragón (STSJ AR 3/2020).

* La STS de 6 de noviembre de 2019 (ROJ STS 3520/2019), ante reclamación del marido por obras en la vivienda propiedad de los padres de la mujer, defendiendo que hay un crédito a favor de la sociedad de gananciales, considerando el tribunal que existió posesión de buena fe y que las obras incrementaron el valor de la propiedad, correspondiendo a esta última la opción prevista en el art. 361 CC.

* Importante la STS de 21 de septiembre de 2021 (ROJ STS 3390/2021) que afronta el supuesto de los derechos consolidados de un plan de pensiones titularizados a favor de uno de los cónyuges, pero con aportaciones realizadas en constante la comunidad, por lo que si bien la titularidad se considera privativa, se reconoce un derecho de reembolso a favor del patrimonio común.

7. Sobre la división del patrimonio común.

Hay una especial problemática cuando los bienes comunes son pocos y no permiten la formación de lotes. Entre las últimas sentencias son reseñables:

*La STS de 27 de enero de 2017 (ROJ STS 172/2017) afrontó el problema de la existencia de cómo único bien con valor una vivienda, proponiendo el contador la adjudicación al marido, con pago del 50% de su valor a la mujer, solución no aceptada por el TS, que considera la indivisibilidad del bien y ordena su venta en pública subasta.

* La STS de 28 de julio de 2020 (ROJ STS 2502/2020), por el contrario, y respecto de las participaciones gananciales de una sociedad familiar, ante la más que previsible concurrencia de terceros en la subasta, y ante la evidencia de la desigual situación en la que quedarían uno y otro cónyuge en la sociedad de base familiar, considerará que no es razonable acordar su subasta:

“cuando, dada la naturaleza de los bienes, su valor no sea lo suficientemente líquido como para poder acceder a un mercado organizado y, además, se atribuiría a la esposa un paquete minoritario de participaciones convirtiéndola en socia en una sociedad controlada por su exmarido y su excuñado, de manera que sería castigada a una especie de vinculación perpetua, haciendo ilusoria la concurrencia de terceros a la subasta. En definitiva, el resultado más que probable acabaría siendo la adquisición de las participaciones por los propios socios por una cantidad muy inferior a la valorada”.

La sentencia contiene un voto particular firmado por tres magistrados. La sentencia de la mayoría lo que pretende es solventar el previsible resultado injusto de la subasta. En la jurisprudencia se encuentran supuestos en los que, cuando existe un único bien indivisible, lograr formar lotes, jugando, por una parte, con el bien y por el otro con su valor dinerario (la STS de 5 de febrero de 2013 (ROJ STS 341/2013)).

8. Los patrimonios comunes en el régimen de separación de bienes.

La mencionada STS de 21 de diciembre de 2015, a propósito del proceso de división de patrimonios en su fase de inventario, traería también una relevante consecuencia, al reconducir a ese procedimiento la división de los patrimonios comunes, no globales, sino sobre cada uno de los bienes (comunidad ordinaria e indivisa) que se podían generar en el régimen de separación de bienes. Promulgada la LEC 2000, la literatura jurídica expresó su rechazo a que se utilizaran los procesos judiciales de división de patrimonios para liquidar los patrimonios en comunidad ordinaria que se podrían haber formado en el régimen de separación de bienes.

El problema era particularmente grave en territorios con derecho civil especial en los que el régimen legal era el de separación de bienes, que propicia muchos supuestos en los que se conformaban patrimonios comunes (por mitad indivisa sobre cada uno de los bienes de los cónyuges, casi siempre) sobre una pluralidad de bienes.

Para estos casos, y aún fuera del matrimonio, el TS admitió sin especiales problemas que la acción de división de cosa común se ejercitará sobre la totalidad de los bienes en comunidad, sin necesidad de subasta, mediante formación de lotes. Especialmente reseñable en este sentido la STS de 12 de julio de 1996 (ponente Gullón Ballesteros), y en el ámbito familiar la antes citada STS de 5 de febrero de 2013 (ROJ STS 341/2013).

Para ese logro en Cataluña se tuvo que recorrer un tortuoso camino legislativo. El art. 43 del Código de Familia, previno, para los bienes que los cónyuges tenían titularizados en proindiviso, la posibilidad de, en los procesos de separación, divorcio o nulidad, el que pudieran considerarse “en conjunto” a efectos de liquidación y que esa acción de división podía llevarse a efecto en el trámite de ejecución. Y con ello la división en lotes. La STC 21/2012, de 16 de febrero, declaró la inconstitucionalidad del mencionado art. 43 CF en esa previsión procesal. El art. 232-12 del Libro segundo del CCCat. incorporó el contenido del art. 43 del Código de Familia, si bien omitió la referencia procesal a la fase de ejecución.

Este problema se resolvió cuando en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación se introdujo un nuevo apartado, el 4º, en el art. 438 en la LEC 1/2000, después trasladado al art. 437 LEC, que permitió acumular la acción de división de los bienes comunes en indivisión.

La STS de 21 de diciembre de 2021 permitió generalizar la solución mas sensata de reconducir la división de un conjunto de bienes, cada uno de ellos en comunidad indivisa al trámite de división judicial de patrimonios Y con ello formar lotes de ese conjunto de bienes. Lo que propicia soluciones infinitamente más justas que la división mediante subasta.