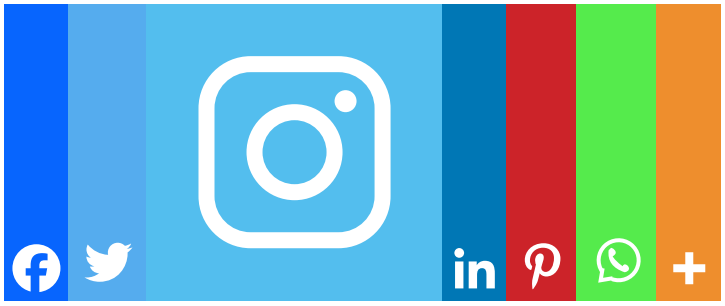
Spread the love



La Disposición Derogatoria de la reforma de la reciente reforma de la **Ley Concursal dejó sin efecto los artículos 6 a 12 del Código de Comercio.** La reforma, que entró en vigor el 26 de septiembre de 2022, afecta al régimen de responsabilidad patrimonial del empresario casado y a la responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales. Se daba noticia de la derogación en esta entrada publicada hace unos días: *«Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales del empresario casado, tras la reforma de la Ley Concursal. Aproximación-apunte»*. *A continuación se amplían aquellas líneas iniciales:*

Non sempre chove en Compostela

La derogación comentada afecta especialmente (aunque no exclusivamente) a la responsabilidad patrimonial externa de la sociedad de gananciales cuando uno de los cónyuges es empresario. Sin la vigencia del ordenamiento especial mercantil, corresponde la aplicación -ahora exclusiva y no subsidiaria- del régimen civil o común.

Cabe recordar que dentro del pasivo de la sociedad de gananciales, suele distinguirse entre, por un lado, **obligaciones** (deudas asumidas individual o conjuntamente que pueden ser ejecutadas por *los acreedores* sobre el patrimonio ganancial sin perjuicio del carácter que revistan *ad intra* entre los cónyuges y de posibles repeticiones en ese ámbito interno); y por otro **cargas** (que se atribuyen de modo definitivo al patrimonio común por ley o por cualquier otro título). Esta distinción

deriva del propio tenor literal del Código y ha sido acogida en la doctrina judicial y administrativa reflejada, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 3 de noviembre de 2004 y de 1 de febrero de 2016; y en la RDGRN 16, febrero,2017 (*inter alia*). **Interesa especialmente, a los efectos de esta entrada, la responsabilidad de los gananciales por cargas (deudas definitivas) derivadas de la actividad de empresa.** Para dilucidar su régimen, conviene repasar la naturaleza de la comunidad, las exigencias jurídicas que deben cumplirse para vincular bienes comunes a la actividad de uno sólo de los cónyuges, el modo de identificar o señalar cuales son los bienes gananciales. También importan aquí los mecanismos para vincular bienes privativos del no empresario a la actividad de empresa, una vez derogado el antiguo art. 9 Cco.

La sociedad de gananciales viene siendo interpretada como un caso de **comunidad germánica**, al concurrir en ella una de sus características definitorias, esto es, el ser los comuneros propietarios de un todo, sin distinción de cuotas. En ausencia de capitulaciones, el régimen civil de la sociedad de gananciales se apoya en **el principio de gestión conjunta** (art. 1375 Cci.).Y se beneficia de la eficacia de la **potestad autorregulatoria** que el ordenamiento reconoce a los cónyuges, libertad que se traduce de distintos modos: en la admisión de que éstos celebren entre sí toda clase de contratos (art. 1323 Cci); en que se les permita atribuir de común acuerdo carácter ganancial a los bienes que se obtengan a título oneroso, sea cual sea la procedencia de la contraprestación para adquirirlo (art. 1355 Cci); entre otros.

Con todo, tanto la potestad autorreguladora, como el principio de cogestión sobre los gananciales tienen límites:

- La libertad de pactos entre cónyuges no representa una licencia legal para granjear beneficios indebidos a la pareja en el marco de sus relaciones patrimoniales, ni para perjudicarles atribuyéndoles responsabilidades que no les corresponden. Pero, sobre todo, no justifica los perjuicios a terceros que entren en relación con esa sociedad o con uno de sus miembros. Protección de terceros que es, si cabe más relevante en el caso de que uno de los cónyuges sea *empresario, pues está sometido a un deber reforzado de transparencia* (manifestada, entre otros deberes, en el de llevanza de contabilidad que refleje una imagen fiel de la empresa, artículo 25-1º C de c; o en carácter inscribible de las capitulaciones y -al menos hasta ahora- de pactos patrimoniales con el cónyuge del empresario art. 87-6ºRRM). Y porque el empresario *está sometido a una exigencia de diligencia superior a la del buen padre de familia (diligencia de un ordenado empresario).* Coherentemente con tales exigencias de transparencia y de cuidado, los consentimientos, oposiciones y revocaciones que hasta ahora estaban vigentes (arts. 6 a 12 C de c) iban acompañados de exigencias formales y registrales, para su plena eficacia frente a terceros.
- En cuanto a los límites al principio de cogestión, la doctrina de los Tribunales ha establecido interpretaciones útiles para dilucidar la implicación del cónyuge no empresario, y la regulación civil establece algunas normas especiales necesarias para dar cabida a la responsabilidad derivada de determinados compromisos de los esposos.

Derogado el régimen jurídico especial del C de c procede volver la vista al ordenamiento común y en especial al Código civil, que nunca perdió vigencia, si bien la aplicación del derecho especial se le superponía -hasta ahora- en aspectos fundamentales de la responsabilidad de los gananciales (y de los bienes privativos del no cónyuge) por cargas derivadas de la actividad de empresa de uno de los cónyuges.

El Código civil incorpora normas de aplicación general sobre la responsabilidad de los bienes patrimoniales:

- El art. 1367 Cci establece que *los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el*

consentimiento del otro. Se basa en un criterio subjetivo consistente en la asunción por parte de ambos cónyuges de las obligaciones. No entra a dirimir el objeto por el que se generaron éstas.

- El artículo 1375 refleja la regla general de actuación conjunta.
- El art 1375 y el art 1367 Cci exigen la cogestión o el doble consentimiento para vincular los bienes gananciales. Deben interpretarse como clausulas generales para la gestión de la sociedad matrimonial y para afectar bienes gananciales a las resultas de las obligaciones de los cónyuges. En ambos preceptos, la doble participación o el consentimiento se erige en requisito para vincular los bienes gananciales al cumplimiento de obligaciones por parte de la sociedad. Y contribuyen a justificar que su ausencia sea motivo de anulabilidad (art. 1322 Cci). **Este régimen resulta, en principio, menos ágil que el consentimiento implícito predicado en los antiguos artículos 6 a 8 C de c para la vinculación de la comunidad ganancial a las resultas de la actividad empresarial de uno de los esposos.** Incluso teniendo en cuenta que los arts. 1376 y 1377 Cci remiten a la intervención del juez para los supuestos en los que uno de los cónyuges se negase a prestar su consentimiento o estuviese impedido a hacerlo, trasladados sin más al ámbito de obligaciones contraídas en ejercicio de la empresa, **tendrían consecuencias de difícil encaje con las necesidades del tráfico mercantil.**

Recuérdese que con anterioridad a la reforma, quedaban obligados a las resultas de la actividad comercial o empresarial los bienes privativos del cónyuge empresario (en coherencia con lo dispuesto en el art. 1911 Cci.) y, dentro de los gananciales, los *obtenidos a resultas de* la empresa (art 6 C de c, derogado). Para la afectación del resto de bienes gananciales era necesario el consentimiento del no empresario (art 7 C de c., derogado), aunque éste podía presumirse cuando la actividad del empresario se realiza abiertamente y sin oposición del otro (art 8 C de C derogado). Y para la afección de los bienes privativos del no empresario se aplicaba el antiguo art. 9 C de c (consentimiento expreso).

- Derogados los mencionados preceptos mercantiles no hay duda respecto de la afección del patrimonio privativo del empresario, conforme al art 1911 Cci.

- Ahora bien, sin cogestión o sin el concurso de ambos consentimientos **no existe una presunción de ganancialidad pasiva general en relación con las deudas** (DGRN de 17 de marzo de 2005).
- **Tras la reforma, y con alguna excepción como la adquisición de bienes gananciales a plazos por un cónyuge sin el consentimiento del otro (art 1370Cci), *tampoco se establece distinción entre la responsabilidad de los bienes que derivan de la empresa y de otros gananciales.*** En cambio, quedan vigentes la exigencia del doble consentimiento y cogestión como reglas generales para vincular la totalidad de los gananciales a las obligaciones con terceros que genere la empresa (los mencionados artículos 1367 y 1375 Cci.). ¿Significa lo anterior que, en adelante y en ausencia de capitulaciones el cónyuge no empresario tendrá que participar con el empresario en la asunción de obligaciones de empresa, o cuando menos, en otorgar consentimiento expreso en relación con cada obligación derivada de esa actividad, para poder vincular los bienes gananciales conforme a los artículos 1367 y 1375 Cci. y evitar que el empresario acuda a la vía judicial de consentimiento, o incluso, ¿cabría deducir una suerte de vinculación tácita, funcional, a la actividad de empresa por parte del no empresario?
    - **La llamada "vinculación funcional", entendida como teoría jurisprudencial valiosa, ya ha desplegado efectos útiles en algunos asuntos** (como en la STS 594/2017, de 7 de noviembre, que concluyó afirmando la vinculación de la esposa a la empresa; o la STS 314/2018 que teniendo en cuenta la misma doctrina, pero sobre unos hechos muy distintos, consideró que no había vinculación; o más recientemente en la STS de 28 de mayo STS 203/2020, de 28 de mayo, en relación con la calificación del cónyuge como consumidor). Precisamente, sobre la denominada «vinculación funcional» del cónyuge respecto del que se está analizando si ostenta o no la condición legal de consumidor cuando fue además prestamista de una empresa para hacer frente a actividades mercantiles son además de seminal interés, el Auto del TJUE de 19 de noviembre de 2015, en el asunto *Dumitru Tarcau*, y el Auto del TJUE, de 27 de abril de 2017, en el asunto C-535/16, *Bachman.* Y es que, conforme a la

acertada doctrina de los Tribunales, se debe atribuir la condición legal de consumidor -y por tanto no empresario- a aquella persona física que carezca de vinculación manifiesta con la sociedad a la que se le concedió inicialmente el préstamo para el ejercicio de su actividad, y que actuó de ese modo por sus lazos con la persona que controlaba dicha sociedad, así como con quienes suscribieron contratos, como fianzas y garantías, accesorios a los contratos de crédito iniciales.
- La teoría jurisprudencial del vínculo es idónea para resolver supuestos como los que concurrían en las resoluciones mencionadas. Pero *no parece un mecanismo interpretativo con carácter general* adecuado para abordar el régimen de responsabilidad de los gananciales frente a las deudas de empresa. **La teoría del vínculo se basa en una exégesis teleológica, anudada al caso concreto**, a la protección del cónyuge del empresario cuando no pierde la condición de consumidor, o a su vinculación en el riesgo de empresa cuando no corresponde admitir que sea persona ajena a la misma.

Junto a las normas generales, coexisten normas especiales, dentro del propio Código Civil, que resultan útiles para el supuesto especial de la vinculación de bienes gananciales a la actividad de empresa.

- Frente a lo dispuesto -con carácter general- en los artículos 1375 y 1367, **los artículos 1362 y 1365 constituyen norma especial:**

  - Conforme al art. 1362.4ª Cci, **corre a cargo de la sociedad de gananciales *la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge*.** Desde el momento en el que “corre a cargo”, debe entenderse que la sociedad de gananciales recibe y queda afectada por las resultas positivas y negativas de la empresa. Y en particular por las obligaciones y deudas derivadas de la ley y de los contratos de empresa. Coherentemente con este precepto, los gastos derivados de la explotación regular de una empresa se

atribuyen como carga a la totalidad de la sociedad de gananciales, ya que los frutos que producen tienen el mismo carácter (art 1347, apartados 1º y 2º Cci). E, incluso si la empresa hubiera sido iniciada antes del matrimonio de modo que sus activos iniciales fueran privativos, los gastos de mantenimiento durante el tiempo en que permanezca vigente la sociedad de gananciales corresponden a ésta (art 1362.3ª Cci)
    - Según el art 1365.2º Cci, **los bienes gananciales responden directamente frente a las deudas en las que incurra cada uno de los dos cónyuges en el ejercicio de su profesión arte u oficio**. Este precepto venía ya siendo aplicado en relación con las cargas internas y la responsabilidad subsidiaria de los bienes gananciales, pero remitía en bloque a lo dispuesto en el C de c en los preceptos ahora derogados.
- En relación con las **responsabilidades extracontractuales derivadas de culpa grave o de dolo, cabe añadir una particularidad, o norma especial por la especialidad de su objeto.** Conforme al artículo 1366 Cci las obligaciones extracontractuales derivadas de la gestión de empresa (considerada a estos efectos una actividad a favor de la sociedad de gananciales) corren a cargo de la sociedad, *con la excepción de las derivadas de dolo o culpa grave de uno de los cónyuges*. Dicho de otro modo, dado que la gestión o actividad empresarial del empresario casado en régimen de gananciales constituye una actuación a favor de tal sociedad de gananciales que percibirá sus frutos, las consecuencias tanto de su gestión diligente, como de su gestión levemente negligente revierten en la sociedad de gananciales. En cambio, de las consecuencias de la gestión empresarial gravemente negligente o dolosa, únicamente el empresario responderá con su patrimonio (privativo).

Por lo que respecta a la identificación de los bienes gananciales (que responden ante terceros acreedores de la empresa), se beneficia de una presunción de ganancialidad activa en el sentido del art 1361 Cci conforme al cual *son gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges*. Y, según lo dispuesto en el art 1344 Cci: *todos los bienes ingresados durante el matrimonio que no tengan la condición de privativos, son*

gananciales.

- La jurisprudencia viene insistiendo en que la presunción de ganancialidad del art. 1361 Cci es objeto de interpretación rigurosa de modo que para desvirtuarla no basta aportar prueba indiciaria, sino que se hace necesaria una prueba expresa y cumplida (entre otras, SSTS 611/1995, de 20 de junio; 652/1996, de 24 de julio; 1263/2001, de 29 de diciembre; 1265/2002, de 26 de diciembre, STS 3390/2022, de 21 de septiembre, esta última en relación con las aportaciones realizadas a un plan de pensiones privativo durante la vigencia del matrimonio, declarando el TS que en ausencia de la prueba debida, prevalece la presunción de ganancialidad del art 1361 Cci)
- El art. 1347 Cci, y de modo especial sus apartados 1º y 5º contribuyen a la identificación de los gananciales en el ámbito de la empresa de uno de los cónyuges, por cuanto que el primero (art. 1347.1º Cci) confirma que *deben reputarse gananciales los bienes obtenidos por el trabajo (*o por la industria de los cónyuges). Y, más específicamente, el apartado 5 del mismo precepto califica como gananciales *las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes.*
- Completando el régimen de afección de bienes, *si la empresa hubiese sido creada antes del matrimonio, sus frutos durante la vigencia de la sociedad se reputan también gananciales* (art. 1347 Cci)
- Cerrando el círculo, derogado el artículo 7 C de c ***queda sin efecto la posibilidad del cónyuge de excluir los bienes gananciales que no deriven de la actividad de empresa de la responsabilidad patrimonial derivada de la actividad empresarial del esposo o esposa empresario.*** No cabe ya ni la revocación de su consentimiento tácito ni expreso, ni la oposición a efectos de responsabilidad patrimonial.

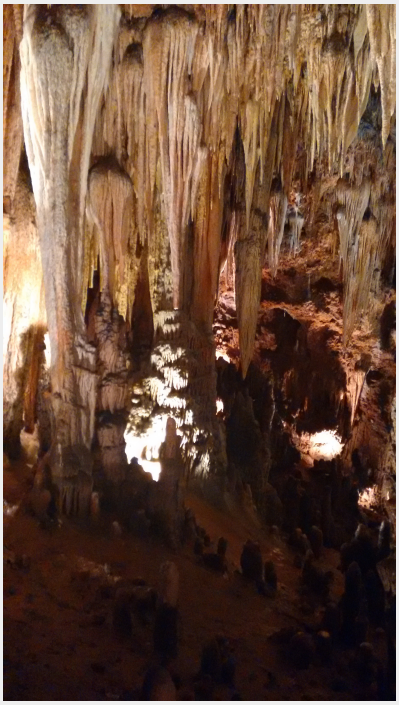
En lo relativo a la disolución de la sociedad, como se decía, el art. 1344 Cci da la clave al establecer que *las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los*

cónyuges les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella.

- El reparto a mitades opera sin perjuicio de que, si en la creación de empresa se hubiesen aportado privativos, deba reconocerse algún reembolso al aportante de éstos privativos (artículos 1354 y 1359 Cci y su interpretación por la doctrina de nuestro TS, entre otras en la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 603/2017). Aunque, teniendo en cuenta que, en ausencia de prueba directa y expresa sobre el carácter privativo de las aportaciones, prevalezca la presunción del art. 1361 Cci (entre otras, la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo 3390/2022, de 21 de septiembre).
- La naturaleza ganancial de la empresa y sus frutos tampoco obsta, a que conforme a la jurisprudencia establecida y en casos concretos, *ciertos beneficios de la empresa, como las reservas no distribuidas no hayan sido declaradas integradas en la sociedad que se disuelve* (Sentencia nº 60/2020 del Pleno de la Sala Primera, de lo Civil de 3 de febrero de 2020; Sentencia 298/2020 de la Sala Primera, de 15 de junio de 2020, y destacadamente entre la jurisprudencia de Audiencias Provinciales, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 23 de junio de 2020 (nº 191/2020), que reproduce y aplica la doctrina del Tribunal Supremo).
- Y tampoco es obstáculo para que, en alguna ocasión y con acierto, nuestro alto Tribunal haya entrado a *analizar la naturaleza de los bienes objeto de reparto*, *adoptando criterios de justicia material de protección del no empresario*, por ejemplo, en relación con las participaciones en una sociedad familiar de responsabilidad limitada (Sentencia Tribunal Supremo, Pleno de la Sala Primera, 458/2020 de 28 julio).

¿Y, qué ocurre con la vinculación a la empresa de bienes privativos del cónyuge no empresario?

- Como es sabido, el artículo 9 C de c (derogado) se ocupaba de la vinculación de bienes privativos del no cónyuge a las resultas de la empresa, siempre que mediase consentimiento expreso y formalizado mediante su elevación a público e inscripción (art. 11 c de c derogado).



Valporquero

Aspectos materiales de la vinculación

- La vinculación o afección (y desafectación) de los bienes privativos del no empresario debe articularse por la vía de la libertad de pactos entre los cónyuges. Es coherente con la potestad autorregulatoria de la comunidad germánica, con la libertad de pactos del art. 1323 Cci (1325 Cci si se efectúa mediante capitulaciones) y con lo establecido en el art 1355 Cci, debiéndose materializar **siempre dentro de la ley, conforme a las exigencias de buena fe, y sin perjuicio de terceros**. Es *un negocio jurídico atípico que tiene una causa propia, distinta de los negocios jurídicos habituales traslativos del dominio, la causa matrimonii, cuya nota diferencial es su peculiar régimen de afección, en tanto que a los bienes gananciales se le somete a un régimen especial respecto a su administración, disposición, cargas, responsabilidades y liquidación* (Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, nº1016/2021, de 3 de marzo de 2021).

- También después de derogados los artículos 9 y 11 C de c, la aportación de **bienes o activos privativos del no cónyuge a la creación o al mantenimiento de la empresa es** (y era) **una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad privada** proclamado con carácter general en el artículo 1255 Cci. No puede desconocerse que es doctrina reiterada de la Dirección General *que son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto, entre ellos, el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad no personalizada jurídicamente, incluso si el mencionado negocio de atribución fuese gratuito,* (RRDGRN 11, marzo,1993, 28, mayo,1993, 21.12.1999, entre otras). Consecuencia de la aportación surgen una serie de derechos del no empresario sobre la empresa ganancial:
    - Por un lado, establece el legislador civil, que, si a la formación de la empresa o establecimiento concurriesen capital privativo y capital común, ésta corresponderá *pro indiviso* a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas (arts. 1354 y 359 Cci y su interpretación por la doctrina de nuestro TS, especialmente en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 603/2017, de 10 de noviembre)
    - Por otro lado, el art 1358 Cci reconoce un derecho de reembolso a favor del aportante, cuya ejecución

se manifestará a menudo cuando se procede a la disolución de la sociedad. Las Sentencias del Tribunal Supremo nº 295/2019, de 27 de mayo; y 4409/2021, de 9 diciembre recuerdan que *la prueba del carácter privativo …, (frente a la presunción de ganancialidad del art. 1361 Cci)incumbe al que lo alegue y puede ser determinante para reconocer el derecho de reembolso a favor del aportante (art. 1358 Cci),* aunque añaden que cuando consta la voluntad de ambos de atribuir carácter ganancial al bien adquirido, si se prueba que para la adquisición se han empleado fondos privativos, el cónyuge titular del activo empleado tiene derecho a que se le reintegre el importe actualizado, aunque no hiciera reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso.

Aspectos probatorios(y de transparencia) de la vinculación de bienes privativos del no empresario

- La prueba de que las aportaciones fueron privativas debe ser expresa y cumplida, conforme a la reiterada jurisprudencia recogida recientemente en la citada STS 3390/2022, de 21 de septiembre. No obstante, no se exige la inscripción mercantil del consentimiento para vincular concretos (o la totalidad de) bienes privativos del no empresario. Ni para desvincularlos.
- Derogados los arts. 9 a 11 del C de c el antiguo régimen de publicidad registral, adecuado como instrumento probatorio *erga omnes* de la vinculación de los privativos del no empresario a la actividad de empresa, la transparencia y publicidad de los pactos y consentimientos de afección (y de desafección) sigue siendo muy importante en el tráfico mercantil. No en vano, el artículo 87, apartado 6º del Reglamento del

Registro Mercantil (RRM) relativo al contenido de la hoja abierta al empresario individual remite en bloque a los ahora derogados artículos 6 a 10 C de c., similarmente a como prevé el art 386, apartado 7º RRM.

- **¿La derogación del régimen del C de c conduce automáticamente a la imposibilidad de inscribir escrituras de pactos de afección (y desafección) que incorporan consentimientos (y revocaciones) del cónyuge en lo relativo a sus bienes privativos?.** No tiene porqué ser así, ya sea en una interpretación amplia de los vigentes arts. 87-6º y 386-7ºRRM, o cuando menos, en virtud del art. 87-8ºRRM (*como pacto que modifique los asientos practicados, al vincular bienes privativos a la las responsabilidades patrimoniales derivadas de la empresa, habiéndose inscrito previamente el régimen de gananciales conforme al* art. 92, apartado 3 RRM). A los efectos de la transparencia sobre la vinculación de los bienes privativos del no empresario, la inscripción de un documento público en el que se manifieste su consentimiento, la oposición o la revocación relativos a bienes privativos del cónyuge, (negocios jurídicos de afectación afectación o desafectación de bienes privativos) sigue siendo admisible. Tales inscripciones resultarían coherentes, por ejemplo, con lo dispuesto en el art 103-5º Cci y *contrario sensu*, en el art 102 Cci (ambos en relación con la demanda de divorcio). Dicho de otro modo, en una interpretación material de los preceptos, sus contenidos y efectos, el consentimiento del derogado art. 9 C de c, y la revocación del antiguo art 10 C de c serían subsumibles en la figura de los negocios jurídicos unilaterales (o bilaterales) de afectación y desafectación de bienes privativos. La elevación a públicos de estos negocios no tendría porque quedar excluida de inscripción. Cierto es que el régimen de los mencionados negocios de afectación y desafectación de bienes privativos *está determinado únicamente por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (artículos 609, 1255 y 1274 del Código Civil) y subsidiariamente por el resto de normativa del Código Civil* (RDGRN 14, mayo, 2003), y que su validez no exige la inscripción mercantil. Pero, la falta de exigencia constitutiva no tiene porque ser causa para rechazar la inscripción con base en la interpretación sugerida del artículo 87-6º (y 8º), y del artículo 386-7ºRRM, como preceptos habilitantes de la inscripción.

Corresponde seguir atentamente las calificaciones de los Registros Mercantiles y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, y de nuestros Tribunales, para una mejor, más ajustada a derecho, y definitiva interpretación.