

VII.2- LA APARICIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL CÓNYUGE NO CONTRATANTE EN LA COMPILACIÓN DE 1990 RELATADA POR UN TESTIGO PRESENCIAL.

Miquel Masot Miquel

Es costumbre de la Academia –con la fuerza quasi de una ley al ser un uso inveterado con convicción de validez jurídica– que, en estos actos de concesión del Premio Luis Pascual González, intervenga asimismo un Académico o Jurista de reconocido prestigio para tratar sobre alguna cuestión relacionada con el tema abordado en la obra premiada. En el presente caso el Presidente de la Academia Miquel Masot redactó para la ocasión un artículo titulado “La aparición de la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante en la Compilación de 1990 relatada por un testigo presencial”, el cual se inserta a continuación.

En el mencionado artículo se comienza haciendo referencia a la Comisión de reforma de la Compilación creada por el Real Decreto 1007/81 de 22 de Mayo, la cual redactó el anteproyecto que después dio lugar a la ley de 28 de Junio de 1990 del Parlament Balear, Comisión de la que formó parte, habiéndole correspondido la ponencia relativa al régimen económico matrimonial de Mallorca y Menorca; en base a ello redactó una propuesta de articulado en la que se recogía esta especial responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante por las deudas familiares, la cual fue sustancialmente aprobada en la Comisión y después en el Parlament.

En el artículo en cuestión se analiza la razón de ser de esta especial responsabilidad subsidiaria, señalando que ello se hizo en protección del régimen de separación de bienes, evitando que los proveedores que hacen posible el sostenimiento de la familia se vieran perjudicados por la insolvencia del cónyuge contratante de la deuda si el otro cónyuge tenía bienes suficientes para cubrir la misma. Se expone la consideración de que la subsidiariedad era la característica propia de esta responsabilidad, en vez de la solidaridad, que permitiría al acreedor demandar directamente al cónyuge no contratante, lo cual no deja de ser un contrasentido. Y se expone, a continuación, el alcance de esta responsabilidad, señalando que, en las votaciones de la Comisión, uno de sus componente se había decantado por hacerla entrar en juego, tan solo, para las necesidades ordinarias de la familia, mientras que los demás habían seguido el criterio de la ponencia, que la entendía aplicable, en general, a las cargas familiares, concepto de mayor extensión que aquél, al comprender no sólo las necesidades primarias, sino lo necesario para que los miembros de la familia completen su instrucción y realización personal. Se trata también en el artículo de la normativa por la que se rige esta responsabilidad subsidiaria, indicando –ante la ausencia de regulación propia– los preceptos del Código civil relativos a la fianza que serían de aplicación.

Y por último se pasa revista al recorrido judicial de la institución, indicando que no aparecen sentencias de nuestra Audiencia Provincial –ni del TSJ– sobre el tema de responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante; a diferencia de lo ocurrido en otras Comunidades Autónomas, citando al efecto diversas sentencias de la Sala Civil y Penal del TSJ de Catalunya y de las Audiencias de Barcelona y Tarragona. La ausencia de sentencias de nuestros Tribunales sobre la materia no nos debe abocar –se acaba diciendo– a la conclusión de que la introducción de la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante no era necesaria ni conveniente, sino que se puede hacer una lectura positiva de ello, en el sentido de que los acreedores por las deudas familiares no se ven obligados a acudir a los Tribunales, por cumplir los cónyuges satisfactoriamente estas obligaciones.

SUMARIO.

- I.- INTRODUCCIÓN: ¿TESTIGO O COOPERADOR NECESARIO?
- II.- EL PORQUÉ DE ESTA APARICIÓN.
- III.- ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL CÓNYUGE NO CONTRATANTE.
- IV.- LA RECLAMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA.
- V.- EPÍLOGO: LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL CÓNYUGE NO CONTRATANTE EN LOS TRIBUNALES.

I.- INTRODUCCIÓN.

¿TESTIGO O COOPERADOR NECESARIO?

La responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante es una de las novedades que nos muestra la Compilación tras la reforma operada por la ley del Parlament balear 8/1990 de 28 de junio. Esta ley tuvo su origen –origen remoto– en el Decreto 1196/77 de 23 de Abril y en el Real Decreto 1007/81 de 22 de Mayo. El primero de dichos Decretos actualizaba de manera general las Comisiones de Juristas que, años antes, en las regiones de Derecho foral, prepararon las respectivas Compilaciones. En un acto público y solemne del Instituto Español de Derecho Foral, acaecido –creo recordar– en Jaca, el Presidente del Instituto –Luis Martín-Ballesteros– nos dio la primicia a los representantes de las regiones forales de la próxima aparición del Decreto, cuya aprobación él había gestionado. Se trataba de un proyecto en el que las Comisiones de Juristas entregaban sus estudios al Ministro de Justicia; estaban compuestas por Juristas de reconocido prestigio dentro de cada región foral, presididas por el Presidente de la Audiencia Territorial correspondiente. Los representantes de las regiones forales –empezando por el de Catalunya Luis Puig Ferriol– expresamos nuestro agradecimiento, pero creíamos que lo realmente urgente era establecer un nuevo marco político en el que las regiones forales dispusieran de un Parlamento para llevar a cabo la necesaria reforma de la legislación civil de cada una de ellas, teniendo las Comisiones una mera finalidad de preparación de los proyectos de ley.

Tras la entrada en vigor del Decreto 1196/77 de 23 de Abril no tardó en aprobarse la Constitución española y, en el nuevo *status* político diseñado por la misma, se sitúa en Real Decreto 1007/81 de 22 de Mayo, el cual se centra en la Comunidad Autónoma balear, estableciendo que la finalidad de la Comisión de Juristas de Baleares era la elaboración de los anteproyectos de interés sobre su Derecho civil propio, y disponiendo que la misma quedaría integrada mediante 12 juristas a designar, uno de ellos, por las siguientes entidades: Consejo General Interinsular, Consejos Insulares de Mallorca, Menorca y Eivissa/Formentera, la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, la Delegación en Baleares del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, la Facultad de Derecho y el Instituto de Estudios Baleàrics, mientras que el Colegio de Abogados y el Colegio Notarial designaban dos vocales. Una vez constituida la Comisión los miembros electos podían, por mayoría absoluta de los mismos, proponer al Consejo General Interinsular, para su nombramiento, hasta un máximo de tres vocales más entre los Juristas de reconocido prestigio en el ámbito del Derecho civil balear. Como sea que se hizo uso de esta posibilidad, la Comisión de Juristas de Baleares

quedaba así integrada por quince miembros, cifra suficientemente representativa, tanto en si misma, como por la diversidad de las entidades que habían designado sus representantes.

Yo fui miembro de esta Comisión por designación expresa del Ilustre Colegio de Abogados de las Illes Balears, por lo que pude vivir todo el proceso de estudios y deliberaciones que, al cabo de largos años, desembocó en la ley 8/1990 de 28 de Junio; y he tenido ocasión de recordar ahora todo ello merced a la gentileza del compañero de Academia e Ilustre Jurista Tomás Mir de la Fuente, Secretario que fue de la antedicha Comisión, y fiel cumplidor de la obligación elemental de todo fedatario que es conservar las actuaciones *ad perpetuam memoriam*.

Se dice, en frase sabida, que un camello es un caballo hecho por una Comisión, por lo que no dejaba de existir el peligro de que una Comisión tan numerosa deviniera, precisamente por su excesivo número, ineficaz. Pero este peligro se sorteó merced a las normas internas de funcionamiento de la misma mediante el régimen de ponencias. Entre los papeles celosamente custodiados por el que fue Secretario de la Comisión Tomás Mir de la Fuente he podido reconocer la ponencia que yo presenté –con los caracteres no olvidados de mi vieja máquina de escribir– cuyo título era PONENCIA SOBRE MODIFICACIÓN DE LA COMPILACIÓN EN MATERIA DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL, referida a los artículos 3 a 5, ambos inclusive, del libro I. Y en la misma figuraba un artículo 4.2 del siguiente tenor “*Cada cónyuge responderá con sus bienes propios del cumplimiento de las obligaciones que hubiere contraído. Sin embargo, si se trata de obligaciones contraídas para el levantamiento de las cargas familiares, será subsidiariamente responsable de las mismas el cónyuge que no haya contraído la deuda*”. Este texto fue después objeto de estudio y de las sucesivas deliberaciones, hasta convertirse –tras su paso por el Parlament– en el actual artículo 3.4, expresivo de que “*Cada cónyuge responderá con sus bienes propios del cumplimiento de las obligaciones que hubiere contraído. Sin embargo, de las causadas por el levantamiento de las cargas del matrimonio será subsidiariamente responsable el otro cónyuge*”.

Por tanto, he sido algo más que testigo presencial de unos hechos, de ahí que, por mi querencia por los temas judiciales, planteo la alternativa de poder ser considerado algo más que un mero testigo: un cooperador necesario, categoría de indudable más mérito, pero que tiene también la cara amarga de situarme como primer responsable de la aparición de una institución, con la que es posible que no todos estén de acuerdo. Ya se sabe que, en términos de Derecho penal, el cooperador necesario – o sea quien coopera a la ejecución del hecho delictivo con un acto sin el cual no se habría efectuado– es considerado autor y no cómplice (art. 28 C.P.), y como tal merecedor del

reproche penal dedicado a los autores. Para evitar, por tanto, imputaciones por mi conducta, me limitaré a decir que fui un cooperador, aunque no necesario, pues en una ciencia como el Derecho, que de por sí es inexacta e imperfecta –al serla la realidad social que ha de regular– nadie es necesario y nunca con mayor acierto puede decirse aquello de que los cementerios están poblados de cadáveres de personas que fueron consideradas imprescindibles.

Delimitado, por tanto, mi papel en la aparición de esta figura jurídica, el próximo paso debe consistir lógicamente en explicar que fue lo que motivó la misma, sin que ello suponga, como se acaba de ver, la exculpación de una posible autoría.

II.- EL PORQUÉ DE ESTA APARICIÓN.

¿Porqué hice figurar en mi ponencia la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante y porqué la Comisión de Juristas –y después el Parlament– estuvo de acuerdo en ello? La contestación exacta sería: para robustecer nuestro régimen económico matrimonial de separación de bienes, evitando que quienes han hecho posible la satisfacción de las cargas familiares se vean defraudados por situaciones en que la insolvencia del cónyuge que contrajo la deuda –contrastada con la solvencia del cónyuge no deudor– haga imposible el pago de la misma.

Hay que referirse, en este punto, al hecho de haber sido una preocupación de los estudiosos del régimen de separación de bienes, para la debida dignificación del mismo, tratar de evitar que pueda darse lugar al fraude de acreedores, particularmente mediante la contratación entre cónyuges y transmisiones patrimoniales encubiertas. Son botones de muestra especialmente expresivos de ello el famoso trabajo del que es autor Pintó Ruiz titulado *Los bienes puestos a nombre de la mujer en el Derecho civil de Cataluña* (Estudios jurídicos sobre la mujer catalana, Barcelona 1971) en el que hace referencia precisamente a esta manera de defraudar a los acreedores por parte del marido dedicado al comercio que pretendía salvaguardar así su patrimonio, titulándolo a favor de la esposa, así como la, no por conocidísima, menos divertida anécdota –relatada por Virgili Sorribes en *Propiedad y Matrimonio*, conferencia impartida en el Colegio de Notarios de Barcelona el 17 de Marzo de 1940– sobre el potentado del Canadá que, ante la pérdida por el Imperio Británico de los dominios de la India, Birmania y el Protectorado de Jerusalén, sugirió al Rey de Inglaterra poner el Canadá a nombre de su esposa. También es destacable, en este punto, el trabajo de Cabanillas Múgica *La prueba de simulación en la doctrina de la Audiencia de Palma de Mallorca. Un estudio de jurisprudencia menor*, publicado en la Revista Jurídica de Cataluña número 4/1990, en la que,

dentro de un detallado estudio sobre la simulación en general, trata de la particular incidencia de la misma en la contratación entre cónyuges.

Evidentemente, hoy hay nuevos factores a tener en cuenta, como son las facilidades para obtener el divorcio que, en ningún caso, debe ser causal, con lo que es perfectamente factible que la esposa, a cuyo nombre se han titulado los bienes, pueda a continuación solicitar el divorcio, dejando así al marido sin bienes y sin esposa; y debiéndose tener en cuenta también la presumible y severa reacción de la Agencia Tributaria –hoy en día, pero no antes– ante los incrementos de patrimonio no justificados, con lo que hoy es seguro que el cónyuge que ve incrementarse injustificadamente su patrimonio pronto recibirá noticias de la Agencia Tributaria, que sabido es que piensa siempre en nosotros, ya que Hacienda somos todos. Pero, a pesar de ello, la preocupación de que mediante los negocios jurídicos entre cónyuges, particularmente en los regímenes de separación, se pueda tratar de defraudar a los acreedores late en el Ordenamiento jurídico, siendo prueba de ello las presunciones del art. 78 de la Ley Concursal y la del art. 4.3 de nuestra Compilación, según la cual en caso de impugnación judicial del contrato entre cónyuges se presumirá, salvo prueba en contrario, que la transmisión es gratuita, con la derivación de poderse considerar la misma fraudulenta *ex art. 1297 Cc.*

Pues bien, la preocupación que late en la creación de esta responsabilidad subsidiaria es proteger al acreedor que hace posible el levantamiento de las cargas familiares, dado que, de esta manera, se protege también a la familia. Se da la circunstancia, además, de que todos los miembros de la familia –y el cónyuge no deudor en primer lugar–, son beneficiarios de la situación, dado que se trata precisamente de una deuda contraída en interés de la familia, para la satisfacción de las cargas familiares. No puede olvidarse, en este punto, la máxima jurídica *ubi emolumentum ibi onus*, donde hay el beneficio debe haber también la carga. Si la deuda familiar es, por ejemplo, la derivada del contrato de arrendamiento de la vivienda familiar, ¿no es acaso de estricta justicia que el cónyuge que con su familia ocupa también la vivienda deba responder frente al arrendador del impago de las rentas, en el caso de que el cónyuge que ha suscrito el contrato de arrendamiento resulte insolvente?

A los juristas no siempre nos bastan los argumentos de equidad y justicia material y a veces tratamos de buscar una fundamentación exclusivamente jurídica. En este caso, se razona que el acreedor, al reclamar al cónyuge no contratante, viene a efectuar una especie de subrogación en el lugar del cónyuge que contrató, para exigir al otro cónyuge –solvente– su participación en el abono de las cargas familiares, participación que –según el art. 4.1 CDCIB– tiene que ser proporcional a los recursos de cada uno. De justicia es,

evidentemente, que el cónyuge con recursos participe en el pago de los gastos familiares, aunque sea a través de la reclamación del acreedor que hizo posible la satisfacción de los mismos.

Por otra parte, se tuvo especialmente en cuenta que esta responsabilidad fuera subsidiaria y no solidaria para encajar mejor con los esquemas del régimen de separación de bienes. A pesar de la siempre respetable opinión de algunos tratadistas —(Vila Ribes *El régimen económico matrimonial en el proyecto de reforma de la Compilación del Derecho civil de Baleares*, publicado en Cuadernos de la Facultad de Derecho número 16 1987-1988), quien lamenta que, una vez más, se va haciendo comunitario un régimen económico que por definición es todo lo contrario, un régimen de separación tanto de patrimonios como de responsabilidades—, el criterio que yo entonces sustentaba —y sigo sustentando— es que el precepto establecedor de la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante constituye una de estas cuñas comunitarias —de las que habló el recordado Raimundo Clar Garau— que humanizan el régimen de separación de bienes; ya que es de la mayor evidencia que el matrimonio crea una mezcla o confusión de intereses y realidades económicas que imponen que la separación de bienes no puede ser —como decía la Compilación de 1961 y ya no dice la de 1990— absoluta. Solo en el terreno de la utopía se puede pensar en unos patrimonios de los cónyuges absolutamente estancos e impermeables, ya que la convivencia y la contribución de ambos cónyuges al levantamiento de las cargas familiares impone unos vasos de comunicación que necesariamente deben ser fluidos entre ambos patrimonios. Más de lo yo pueda decir resultan significativas y certeras las palabras de Rebolledo Varela (*Separación de bienes en el matrimonio*, Madrid 1983) según las cuales la responsabilidad de ambos cónyuges frente a tercero por las deudas familiares en el régimen de separación de bienes no significa un acercamiento al régimen de comunidad sino simplemente la consecuencia de la propia naturaleza de las cargas del matrimonio, que conllevan la incorporación al régimen de separación de bienes de un principio básico a cualquier régimen económico matrimonial: la responsabilidad de ambos cónyuges frente a terceros por las deudas contraídas en el levantamiento de las cargas familiares, principio no propio de los regímenes de comunidad, sino de todo régimen económico matrimonial.

A la hora de dar a esta responsabilidad carácter subsidiario o solidario el panorama legislativo que se observaba por aquel entonces —años previos a 1990— en las diversas legislaciones civiles coexistentes en España sólo mostraba un precedente, que venía encarnado por el artículo 1319 párrafo 2º Cc, según el cual de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y subsidiariamente los del otro cónyuge. Posteriormente, la ley 103 de la Compilación de Derecho civil foral de

Navarra –redactada por la ley foral 5/1987 de 1 de Abril– estableció esta responsabilidad subsidiaria, sin perjuicio de los reembolsos entre cónyuges que procedieren. La Compilación catalana –no se había promulgado aun el Código de Familia catalán, que lo fue por ley 9/1998 de 15 de julio– no establecía responsabilidad alguna para el cónyuge no contratante de las deudas familiares, limitándose a regular la contribución a las cargas (artículo 50). Si los motivos antes apuntados nos llevaron a establecer la responsabilidad del cónyuge no contratante, no hubo duda ninguna de que la misma debía tener carácter subsidiario; y ello no fue por mimetismo con el art. 1319 Cc, –y después con la ley 103 foral Navarra–, sino por considerar que la responsabilidad subsidiaria encaja mejor con el régimen de separación de bienes que la solidaria, la cual, por cierto, fue después establecida por el Código de Familia catalán (artículo 8). La solidaridad permitiría al acreedor demandar directamente a una persona con la que no contrató, sin llamar a juicio siquiera al cónyuge que sí intervino en el contrato. En cambio, el mecanismo de la subsidiariedad brinda mayor protección al cónyuge no contratante, exigiendo la acreditación previa de la insolvencia de aquél antes de imponerle el pago de la deuda familiar. Y ello no supone la necesidad de que el acreedor tenga que acudir a dos litigios –el primero contra el contratante y después, y una vez acreditada la insolvencia del mismo, otro contra el que no contrató– dada la amplia posibilidad admitida por la Ley de Enjuiciamiento Civil de poderse efectuar, en una misma demanda, peticiones de carácter subsidiario, disponiendo el artículo 399.5 de dicha ley que las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fueses desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente.

Con posterioridad a la ley 8/1990 de 28 de Junio se han ido pronunciando los diversos Derechos civiles territoriales sobre la opción entre subsidiariedad y solidaridad, apostando por esta última las legislaciones catalana y aragonesa, mientras que la valenciana se decanta por la subsidiariedad.

De las actas de la Comisión Juristas se desprende que se aprobó sin ningún voto en contra tanto la introducción de la responsabilidad del cónyuge no contratante por las deudas derivadas de las cargas familiares, como el hecho de que la misma debía tener carácter subsidiario. Posiblemente, el paso siguiente en el pequeño análisis que se realiza del tema, es relatar hasta donde se pensaba llegar con la introducción de esta figura.

III.- ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL CÓNYUGE NO CONTRATANTE.

Para romper la aridez de los textos jurídicos no viene mal, de tanto en cuanto, contar una anécdota. Y, en este caso, es oportuno el relato de la

siguiente. A principios de la década de los noventa, tras la promulgación de la ley reformadora de la Compilación de 28 de Junio de 1990, fui invitado a dar una conferencia en el Tribunal Superior de Justicia para exponer a los Magistrados y Jueces las características de la nueva legislación. Tras mi intervención hubo el habitual turno de preguntas y recuerdo una especialmente torturante: ¿No será la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante una nueva vía para que el Banco –si no ha conseguido la satisfacción total de su crédito con la ejecución hipotecaria de la vivienda propiedad de uno solo de los cónyuges– pueda también arremeter contra los bienes del otro? La pregunta, desde luego, tenía su miga; es de aquéllas respecto de las cuales dices “agradezco la pregunta”, mientras que en tu interior piensas lo contrario. Hoy llevaré su contestación al final del presente apartado, al objeto de exponer previamente una serie de cuestiones que, realmente, se combinan todas en la siguiente pregunta: ¿Hasta donde llega la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante?

Cuando la Comisión de Juristas redactó el Anteproyecto que, tras su paso por el Parlament, se convertiría en la ley de 28 de Junio de 1990, la única reglamentación que existía sobre la materia era la del Código civil, tras la trascendental reforma de los artículos relativos al régimen económico matrimonial operada por la ley de 13 de Mayo de 1981. Y, concretamente, el art. 1319 derivaba esta especial responsabilidad de los actos encaminados a satisfacer las necesidades ordinarias de la familia; y, en el régimen de separación de bienes del Código civil, el art. 1440 remitía al art. 1319 en cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica.

De acuerdo con ello, parecía que esta especial responsabilidad quedaba reducida a las deudas contraídas para satisfacer las necesidades ordinarias de la familia, o sea los alimentos (sustento, vestidos, habitación, asistencia médica, educación e instrucción). Pero ya por aquel entonces un sector doctrinal importante había expresado sus críticas al precepto, señalando que si la finalidad del precepto es la de legitimar a ambos cónyuges para que, sea cual sea el que contrate, puedan responsabilizar todos los bienes del matrimonio (los bienes de ambos) por las obligaciones contraídas en el levantamiento de las cargas, se restringe el precepto al remitirlo a las necesidades primarias, para cubrir las cuales, además, no se acudiría, normalmente, al endeudamiento, sino al pago inmediato, no teniendo entonces razón de ser el precepto.

En definitiva, la doctrina más solvente preconizaba la interpretación amplia del art. 1319 a fin de referirlo a las cargas familiares en general, dentro de las cuales, siempre de acuerdo con los parámetros esenciales del uso social y del nivel de vida familiar, podían cobijarse no solamente las necesidades elementales, ordinarias o primarias, sino lo conveniente para la

realización personal de los miembros de la familia; y ahí puede hablarse de los masteres y cursos de postgrado e incluso de eventos festivos como son las bodas de los hijos, los viajes de vacaciones, etc...ello, claro está, siempre que esté en consonancia con el uso social y, en particular, con el nivel de vida de la familia de que se trate.

Pero aterricemos ya en nuestro Derecho. El art. 3.4 de la Compilación de 1990 liga esta especial responsabilidad a las obligaciones causadas por el levantamiento de las cargas del matrimonio; por lo que queda claro que la ley reformadora apuesta decididamente por el concepto amplio de cargas familiares, por considerar que es donde dicha responsabilidad tiene realmente razón de existir.

La misma orientación siguen los Avantprojectes de Llei de Règim Patrimonial del Matrimoni redactados por la Comissió Assessora de Dret Civil del Govern Balear en los años 2013 y 2014.

El art. 12.2 de ambos anteproyectos de ley anudan esta especial responsabilidad a *las necesidades y gastos familiares*. Y en el art. 6 coinciden en dar un concepto amplio de *cargas familiares* comprensivo de las *necesarias para el mantenimiento de la familia de acuerdo con su nivel de vida y los usos sociales*. Y después, tras la expresión *en particular* se citan unos conceptos que, en todo caso, tendrán la consideración de cargas familiares, como son los alimentos (sustento, vestido, asistencia médica, educación e instrucción), previsiones, con inclusión también de las médicas y sanitarias, y gastos de conservación de la vivienda familiar, con la diferencia de que el Avantprojecte de 2013 considera también carga familiar los gastos de conservación de los otros bienes utilizados por la familia.

Precisamente, *de lege ferenda*, y una vez que alguno de los Avantprojectes llegue a ser ley –si es que se da el caso, que yo empiezo a dudarlo– queda claro –y contesto a la sedicente pregunta formulada en la conferencia de la que he tratado al inicio de este apartado– que en ningún caso entrarían dentro de esta especial responsabilidad las cuotas adeudadas por el cónyuge comprador de la vivienda familiar, al incluirse expresamente dentro de las cargas familiares –en lo que respecta a la vivienda– tan solo los gastos de conservación de la misma.

Pero, ¿cuál sería la cuestión *de lege data*? En el art. 4 se habla simplemente de “cargas del matrimonio” sin dar concepto ni enumeración de las mismas. Posiblemente porque un importante sector doctrinal señalaba que la indefinición legal en esta materia no deja de ser un acierto, ya que su determinación concreta dependerá de las necesidades y de las circunstancias de cada familia en especial, correspondiendo a los cónyuges su determinación,

que en modo alguno puede hacerse por ley, salvo la fijación de unos mínimos, cuales son las necesidades ordinarias o primarias.

Hoy, tras la ley de Parejas Estables 18/2001 de 19 de diciembre, tal vez sería posible la aplicación analógica del art. 5 de la misma que considera cargas familiares las derivadas de la conservación de la vivienda u otros bienes de uso de la pareja, sin olvidar que su aplicación analógica al matrimonio, en otros aspectos de la misma, ya fue propugnada por la sentencia de 24 de Marzo de 2010 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. Por otra parte hay precedentes judiciales, si bien relativos a otros sistemas jurídicos, citados en el trabajo premiado, que avalan la no imputación de responsabilidad al cónyuge no contratante en este caso. Pero, en los primeros años de aplicación de la ley reformadora de 1990, la contestación a la pregunta de si el cónyuge no comprador de la vivienda familiar podía responder subsidiariamente de la parte impagada del precio de compra no dejaba de suministrar ciertas dudas, porque estaba claro que con dicha vivienda se satisfacía una necesidad primordial de la familia, como lo estaba también el hecho de no ser sólo el cónyuge comprador el beneficiario del contrato, sino que también lo era el resto de la familia y, especialmente, el otro cónyuge. Pueden darse casos ciertamente injustos en que, por ejemplo, el concurso del cónyuge comprador determina la pérdida para el vendedor de una parte importante del precio de compra, contrastando ello, por ejemplo, con la situación de considerable solvencia del cónyuge no contratante, que sigue disfrutando con su familia de la vivienda.

Quiere decirse con ello que, mientras no haya una regulación clara sobre la materia –cual serían los Avatprojectes de ley a los que antes me he referido–, no deja de ser arriesgado dar una regla general, siendo preferible examinar caso por caso y resolver de acuerdo con las particularidades del mismo. Me parece recordar que de tal manera contesté a la pregunta con la que he dado comienzo al presente apartado, lo cual no es extraño, pues yo estudié parte del Derecho civil con los libros de Castán Tobeñas y tal era la solución que siempre daba respecto de las cuestiones más oscuras. Aunque justo es reconocer que la jurisprudencia del Tribunal Supremo –citada con acierto en la obra premiada– se ha ido decantando, dentro del régimen de separación de bienes del Código civil, por la no consideración como carga familiar de las cuotas correspondientes a la parte aplazada del precio de compra de la vivienda familiar, cuando es uno solo de los cónyuges el que realiza la adquisición.

Para finalizar este apartado, hay que apuntar que la cuestión del alcance de la responsabilidad del cónyuge no contratante fue la única que, dentro de la reforma del régimen económico matrimonial, dio lugar a un voto particular. En la sesión de 28 de Enero de 1985, se aprobaron, en

segunda lectura, definitivamente los arts. 3 a 14 de la Compilación –correspondientes a la ponencia presentada sobre régimen económico matrimonial y otra mía sobre donaciones universales– con el voto en contra, en un punto concreto, del Vocal Sr. Verger Garau “por parecerle demasiado amplio el art. 3.4, entendiendo que debía reducirse a las necesidades ordinarias de la familia”. El acta de la sesión sale al paso de una afirmación que se hizo posteriormente, expresiva de que, el hecho de circunscribir la responsabilidad a las cargas familiares y no a las necesidades ordinarias de la familia, es porque se desconocía la distinción entre los dos tipos de deuda. El acta de la sesión demuestra que se conocía.

Girant l'ullada cap enrre hemos visto el porqué de la aparición de la responsabilidad subsidiaria y hasta donde entendíamos debía llegar la misma. El siguiente paso debe acercarnos a como creíamos debía reclamarse esta especial responsabilidad.

IV.- LA RECLAMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA.

La Compilación de 1990 se limita a establecer la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante, pero omite cualquier regulación o referencia normativa sobre la misma. Ello es consecuencia del hecho de haber nacido la Comisión redactora del Anteproyecto con unas finalidades de adaptación a la Constitución, que, de entrada, excluían regulaciones completas y detalladas de las diversas instituciones. Como antes he hecho, recorro a las actas celosamente guardadas por mi compañero de Academia Tomás Mir de la Fuente. En el acta de la sesión de 26 de Enero de 1982 se dice: “*A continuación, y en relación al plan general de trabajo, se cambiaron impresiones acerca del cometido de la Comisión, llegándose a la conclusión de que, sin perjuicio de otros más amplios, pero de cumplimiento posiblemente más diferido, el principal objetivo a alcanzar, de mayor interés y urgencia, era, en cumplimiento de la justificación expresa en el Preámbulo del Real Decreto 1007/81, el de adaptar la Compilación del Derecho civil Especial de Baleares a la Constitución, particularmente a sus exigencias en cuanto a la no discriminación por razón de nacimiento.* En la ponencia que yo presenté se decía que, si bien no se desprendía inconstitucionalidad alguna de los arts. 3 a 5, el propio principio constitucional de protección a la familia y la realidad socio familiar imponían unas importantes modificaciones de los indicados preceptos, las cuales fueron sustancialmente aceptadas, pero sin que pareciera oportuno –dadas las finalidades de la Comisión– alargar de manera desproporcionada la normativa a ellas dedicada.

Los Anteproyectos de 2013 y 2014, redactados en otro contexto, sí establecen una serie de disposiciones sobre la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante que, fundamentalmente, y en un artículo 13 de texto coincidente en ambos Anteproyectos, se refieren a la necesaria ejecución previa de los bienes del cónyuge contratante, con posibilidad, empero, de dirigir la demanda simultáneamente contra los dos cónyuges, la previa y necesaria realización de los bienes del cónyuge que contrajo la deuda, la no procedencia de la responsabilidad subsidiaria en los casos de separación de hecho, como tampoco en los casos de prórroga expresa concedida por el cónyuge que contrató sin conocimiento del no contratante y en perjuicio suyo.

De lege data, situándonos en el marco de la Compilación de 1990, se proclama en la misma –según hemos visto– una especial responsabilidad, pero sin indicación de la normativa que la rige. Sin embargo si ello se hizo de esta manera es por existir un valor entendido de que donde hay subsidiariedad se hace precisa una previa excusión de bienes y es en sede de fianza en donde el Código civil da las normas que configuran el beneficio de excusión. Así lo han entendido todos los tratadistas que se han acercado a la materia, habiendo señalado Casasnovas Mussons que la subsidiariedad es el calificativo esencial de la obligación del fiador y coincidiendo con la opinión de otros autores como Alventosa del Río, Guilarte y Delgado Echevarría en que la obligación del fiador es subsidiaria, porque aun en el supuesto de que no existiera el beneficio de excusión, es siempre de distingo grado, pues la ejecución de la obligación del fiador precisa en todo caso del incumplimiento de la obligación principal.

Ello supone –dado lo previsto en el art. 1.3 y Disposición final 2ª CDCIB– la llamada para esta especial responsabilidad de las normas del beneficio de excusión, o sea de los arts. 1830 a 1834 Cc, lo cual exige, en consecuencia, el depurado examen de si tales preceptos serían asimismo aplicables a la misma, teniendo particular interés los supuestos de excepción recogidos en el art. 1831. No puede haber duda de que la excusión no tendría lugar si el cónyuge no contratante ha renunciado convencionalmente a ella, asumiendo sin más el pago de la obligación, como tampoco en caso de pacto de solidaridad, con transformación así de la responsabilidad subsidiaria en solidaria. Tampoco sería precisa la excusión previa en el 3er supuesto del art. 1830 que supondría la declaración de concurso del cónyuge contratante. En este caso parece fuera de toda duda la posible reclamación al otro cónyuge, particularmente si se tiene en cuenta la doctrina sentada por el precepto que sigue –art. 1832– según el cual para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de excusión debe oponerlo al acreedor luego que éste le requiera para el pago y señalarle además bienes realizables dentro del territorio

español que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda. En este sentido es evidente que los bienes del cónyuge contratante afectos a un concurso no pueden ser considerados en modo alguno como *realizables*.

Más discutida ha sido el último supuesto de exclusión de la excusión señalado por el art. 1831 CC, relativo al caso en que el deudor principal no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino, supuesto que, en una interpretación literal del precepto, la doctrina lo ha entendido referido a la falta de competencia de los Tribunales españoles, más que al hecho de no residir geográficamente en territorio español. En todo caso cualquier posible duda puede superarse acudiendo a la norma fundamental del art. 1832, según la cual debería el cónyuge responsable subsidiario señalar bienes del otro cónyuge realizables dentro del territorio español, suficientes para cubrir el importe de la deuda. Si realiza el señalamiento se pagaría la deuda con cargo a los bienes señalados, siempre que fueren suficientes; y si no lo realiza, ya por ello no podría beneficiarse de la excusión. Con ello tiene menos importancia la cuestión de si se pierde o no el beneficio de excusión por no poder ser el deudor principal demandado dentro del reino.

Los partidarios de la responsabilidad solidaria –en vez de subsidiaria– de ambos cónyuges, por las deudas familiares, han hablado del perjuicio que para el acreedor supondría la necesidad de acudir a dos pleitos, uno contra el cónyuge contratante y otro después, contra el no contratante, una vez acreditada la insolvencia del primero. Por ello en los artículos 13 de los Anteproyectos de 2013 y 2014 ya lo evitan de entrada, estableciendo la posibilidad de plantear simultáneamente la demanda contra ambos cónyuges con peticiones de condena de uno de ellos con carácter principal y del otro con carácter subsidiario. Solución hoy en día totalmente avalada por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, en las viejas normas del Código civil ya se reconocía esta posibilidad, diciendo el art. 1834 que *el acreedor podrá citar al fiador cuando demanda al deudor principal, pero quedará siempre a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos*. Ya antes se ha dicho que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la posibilidad de presentación de demandas con peticiones subsidiarias.

No todos los preceptos del Código civil serán aplicables a esta especial responsabilidad. No lo son los relativos a las acciones indemnizatorias y subrogatorias de que queda investido el fiador que paga la deuda contra el deudor principal, *ex arts. 1838 y 1839 Cc* Y ello es así por existencia de norma foral –en este caso el art. 4.1 CDCIB– según el cual cada uno de los cónyuges debe contribuir al levantamiento de las cargas familiares en proporción a sus recursos económicos, del cual se infiere que el cónyuge no

contratante que pago la deuda no podrá exigir del otro cónyuge el total importe pagado, sino sólo la parte en que éste debía contribuir al pago de dicha deuda, en proporción a sus recursos económicos.

¿Cuándo tiene lugar la extinción de esta especial responsabilidad? ¿Puede ser aplicable el art. 1851 para el caso de prórrogas concedida por el acreedor al deudor sin el consentimiento del fiador? No dejaba de ser un precepto muy controvertido, ya que, por una parte, es evidente que perjudica al acreedor compasivo; pero, por otra parte, también es cierta que las prórrogas pueden debilitar la solvencia del deudor principal, pueden suponer una mayor onerosidad al incrementar la deuda con intereses, y, en especial, se dota de eficacia –respecto del fiador– a un convenio en el que no ha intervenido. Por ello yo me he manifestado por la aplicación también del precepto a la responsabilidad de que se trata siempre que, cual ha matizado la jurisprudencia, estemos ante verdaderas prórrogas convencionalmente pactadas y no ante meras facilidades de pago. Los Anteproyectos antes referenciados han exigido que se esté ante prórrogas expresas, sin conocimiento del cónyuge no contratante y en su perjuicio.

¿Hay que considerar extinguida esta responsabilidad subsidiaria en casos de divorcio, separación judicial y de hecho? Ninguna duda puede haber en los dos primeros casos, mas el mismo criterio es igualmente extrapolable a la separación de hecho, al faltar la convivencia que es elemento que constituye la base de la responsabilidad subsidiaria. Aunque la separación de hecho no anula la obligación de los cónyuges separados de hecho de seguir contribuyendo, en proporción a sus recursos, al levantamiento de las cargas familiares, una cosa es esta contribución, totalmente exigible, y otra que puedan ser demandados los cónyuges por una deuda –aunque sea de carácter familiar– contraída exclusivamente por su consorte, faltando, además, la convivencia, que determina que ambos cónyuges sean beneficiarios de la situación creada con el pago de la deuda familiar; y quedando excluida cualquier posibilidad de que los cónyuges hayan tratado de la misma antes de contraerla. Por ello no es extraño que en los dos Anteproyectos antes referenciados se diga que cesará esta responsabilidad subsidiaria respecto de obligaciones contraídas cuando el matrimonio esté separado de hecho, sin perjuicio de los criterios de contribución interna entre ellos.

Tal criterio sería aplicable también a las parejas estables que han cesado en la convivencia, partiendo de la base de que, durante la misma, podría exigirse esta especial responsabilidad al conviviente no contratante, dado el pronunciamiento contenido sobre el particular en el art. 5.3 de la Ley 18/2001 de 19 de diciembre de parejas estables.

Muchos preceptos de los que el Código civil dedica a la fianza no serán aplicables a esta especial responsabilidad por responder a una base negocial, que no se aviene con la figura que se viene tratando. Así pasaría con los preceptos relativos a la subfianza y a la cofianza. En cambio sí podrían serlo las disposiciones de carácter general, derivadas de la naturaleza de la fianza, como la del art. 1824 según el cual la fianza —y *mutatis mutandi* la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante— no puede existir sin una obligación válida, y la del art. 1847 según el cual la obligación del fiador —y, por tanto, esta especial responsabilidad— se extingue al mismo tiempo que la obligación del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones.

Y también serían aplicables disposiciones de marcado carácter procesal, como el art. 1853, según el cual el fiador —cónyuge no contratante— puede oponer a la reclamación del acreedor las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda, mas no las que sean puramente personales del deudor. Comentando el precepto la doctrina ha establecido que podría oponer cuantas excepciones afecten a la existencia, legitimidad y validez de la obligación, como a su posible extinción, y en definitiva cualquier remedio defensivo que pudiera justificar el incumplimiento de la obligación por parte del deudor principal así como también los vicios del consentimiento. Las excepciones puramente personales del obligado parece que serían las relativas a la falta de capacidad para contratar. El art. 1835 se refiere a la posible transacción, señalando que la transacción hecha por el fiador con el acreedor no surte efecto para con el deudor principal y la hecha por éste tampoco surte efecto para con el fiador contra su voluntad. Por lo que atañe a la posible transacción entre cónyuge no contratante y acreedor no es del todo exacto que no surta efecto para el deudor principal (cónyuge contratante). Si aquél ha procedido al pago de la deuda podrá exigirle la contribución a la misma en proporción a los recursos económicos de cada uno de ellos, *ex* art. 4.1 CDCIB. Si lo que se ha pactado es un convenio de pago aplazado, será preciso el examen del convenio para ver si se trata de una asunción de deuda cumulativa o sustitutiva, aunque es difícil que el deudor principal (cónyuge contratante) —en caso de ser sustitutiva— quede liberado, pues el art. 1206 exige, para la liberación del deudor antiguo, en caso de insolvencia del nuevo deudor, que dicha insolvencia no sea conocida por aquél, lo cual difícilmente puede darse entre cónyuges. Por lo que respecta a la transacción entre acreedor y deudor principal (cónyuge contratante) no surtirá efecto respecto del fiador (cónyuge no contratante) si no es ésta su voluntad; por lo tanto es claro que no se le pueden imponer acuerdos relativos a una mayor onerosidad de la obligación, bien sea mediante el pago de intereses no convenidos, garantías reales, etc.

Son de dudosa aplicación los arts. 1840 y 1842, que recogen supuestos en que el fiador paga sin ponerlo en conocimiento del deudor, hecho que es bastante surrealista referido a unos cónyuges que conviven juntos, aunque las consecuencias previstas por dichos preceptos no dejan de ser justas, al establecer que, en estos casos, el deudor podrá oponer a la reclamación del fiador las excepciones que tuviera contra el acreedor, y que en caso de efectuarse el pago por deudor y fiador, sin ponerlo éste en conocimiento del deudor, el fiador no tendrá acción contra éste, aunque sí contra el acreedor, por un evidente cobro de lo indebido. Y no puede ser de aplicación el art. 1843 que recoge la reclamación anticipada del fiador –cónyuge no contratante– aun sin haber pagado, ya que, en esta materia que tratamos, no hay propiamente repetición, sino tan solo una posible reclamación entre cónyuges por la contribución a las cargas por parte de cada uno de ellos.

V.- EPÍLOGO: LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL CÓNYUGE NO CONTRATANTE EN LOS TRIBUNALES.

La ya olvidada Compilación de 1961 se cerraba con una disposición adicional expresiva de que la Comisión compiladora debía formular cada diez años una memoria relativa a los asuntos civiles sustanciados en los Juzgados y Tribunales del territorio de la Audiencia de Palma de Mallorca, al objeto de apreciar las dudas, omisiones, o dificultades que se hayan podido presentar en la aplicación de los preceptos de la Compilación. En recuerdo de este ya derogado precepto bueno será finalizar este recorrido sobre el tema estudiado con una referencia a la manera como nuestros Tribunales han afrontado el art. 3.4 CDCIB, establecedor de la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante.

Y la respuesta no puede ser más demoledora. En contraste con otras Audiencias –en la obra premiada se citan interesantes sentencias de las Audiencias Provinciales de Madrid, Vizcaya y Cáceres– no he encontrado en las sentencias de las diferentes secciones civiles nuestra Audiencia Provincial pronunciamientos de condena al cónyuge no contratante. Aunque sí he encontrado sentencias de otros Tribunales que fijan doctrina sobre la materia.

Así la sentencia de la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de mayo de 2010 conoce de la reclamación del importe de un préstamo efectuado, en diversas partidas, a los cónyuges por unos amigos, para hacer frente a los gastos de la vida diaria y generales de la pareja. Los cónyuges demandados habían firmado un reconocimiento de deuda, pero los prestamistas pretendían que la deuda debía tener –de acuerdo con lo previsto en la legislación catalana– carácter solidario, en vez de mancomunado. Tal petición es atendida por el Tribunal, que señala que el carácter solidario de

la deuda no deriva del régimen económico matrimonial, sino de las normas de régimen económico matrimonial primario vigentes en Catalunya y, en concreto, del art. 8 del Codi de Família, ya que se trata de una deuda para atención de las necesidades familiares, para pagos de alimentación, hipoteca y colegios, etc... Son deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica para gastos adecuados a las necesidades de la familia y para el uso de la misma.

La Sección 3 de la Audiencia Provincial de Tarragona conoció una reclamación de la Compañía Suministradora de Gas contra unos cónyuges, con la particularidad de que sólo el marido había suscrito el contrato de suministro. La Audiencia Provincial revocando la sentencia del Juzgado, que había absuelto a la esposa, declara, en sentencia de 29 de abril de 2014, la responsabilidad solidaria de la misma por la deuda a la que ascendía el importe del suministro, en base al art. 231.8 del Codi civil, establecedor de la solidaridad para las obligaciones contraídas para atender las necesidades y gastos familiares, de acuerdo con los usos y el nivel de vida de la familia; y considerando que hay que incluir en este concepto el gas, la calefacción, el aire acondicionado y otros servicios del mismo tipo.

La Sección 1 de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó la sentencia de 15 de noviembre de 2006 por la que condena solidariamente a los demandados –cónyuges después separados judicialmente– a satisfacer a la compañía suministradora de los muebles de cocina de la vivienda familiar el importe impagado de los mismos, señalando que se trató de un encargo realizado conjuntamente por ambos. Y añadiendo que, aun en el supuesto de que el encargo se hubiere verificado por uno de los esposos, el art. 8 del Codi de Família dispone que, ante terceras personas, ambos cónyuges responden solidariamente de las obligaciones contraídas por razón de los gastos familiares, si se trata de gastos adecuados al uso social y al nivel de vida de la familia.

Finalmente, la sentencia 15/2003 de 15 de Mayo de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya –dictada por una Sala presidida por un jurista mallorquín de grata memoria, Guillermo Vidal Andreu, y en ponencia del prestigioso civilista Luis Puig Ferriol– conoce de la demanda interpuesta por el Hospital General de Catalunya reclamando a la viuda el importe de la intervención quirúrgica realizada al marido, con implantación de una prótesis vascular, al haber ingresado en la sección de urgencias de dicho hospital por súbita indisposición, con el fatal resultado de haberle sobrevenido el fallecimiento durante la operación quirúrgica. La sentencia hace un depurado análisis de lo que debe entenderse por gasto familiar a la luz del 4.1 del Codi de Família, que no se refiere solamente a las atenciones de previsión, sino también a los gastos derivados de las

atenciones médicas y sanitarias, sin distinguir entre gastos ordinarios y extraordinarios o imprevisibles, con lo que se pone de relieve que no ha sido voluntad del legislador diferenciar el régimen jurídico de uno u otro gasto; criterio que debe considerarse correcto, ya que en muchas ocasiones resulta difícil distinguir entre enfermedades ordinarias o extraordinarias o entre gastos médicos de carácter ordinario o extraordinario, sin olvidar que todos los gastos derivados de enfermedades son en parte extraordinarios, pues suponen casi siempre un gasto añadido a los ordinarios de sostenimiento de la familia. No tiene trascendencia alguna el que la reclamación se interponga contra la viuda, ya que el crédito nació en vida de ambos cónyuges, y con vigencia por tanto del art. 8 del Codi de familia, establecedor de la responsabilidad solidaria.

En contraste con las sentencias transcritas, no he encontrado sentencias de nuestros Tribunales que contemplen la figura de la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante. Pero de ello no pueden derivarse conclusiones negativas que nos conducirían a la lamentación por la presunta inutilidad del precepto. Es sabido que siempre hay que mirar la parte llena del vaso y no la vacía, con lo que del hecho apuntado podrían derivarse conclusiones de tipo positivo. Y así, podríamos decir que si no ha habido sentencias sobre esta responsabilidad subsidiaria es porque no se ha intentado engañar al acreedor acudiendo a la contratación de la deuda familiar por parte del cónyuge insolvente. Y podría ser indicativa esta circunstancia del hecho de que, por parte de los cónyuges, hay generalmente un espíritu de colaboración para, entre los dos, hacer frente a los gastos familiares, sin escudarse en maniobras maniqueas de haber firmado el contrato uno u otro cónyuge. En definitiva, es conocido el proverbio inglés *no news good news* (si no hay noticias, buenas noticias). Pues lo mismo podríamos derivar de la ausencia de pronunciamientos judiciales. Si no hay necesidad de acudir a los litigios es que los conflictos son mínimos y las instituciones fundamentalmente funcionan. Y nada es más grato para el jurista.