

La repercusión de las crisis empresariales en el régimen económico matrimonial en la nueva Ley Concursal

Pilar Álvarez Olalla

Profesora Titular de Derecho civil Universidad Rey Juan Carlos

I Introducción II Repercusión del procedimiento concursal en los regímenes comunitarios a) Crisis de la empresa privativa individual de un cónyuge o concurso de deudor no empresario a.1 Introducción a.2 Patrimonio privativo a.3 Patrimonio ganancial a.3.1 Deudas privativas y deudas comunes a.3.2 Disolución del régimen de comunidad b) Crisis de la empresa ganancial c) Especialidades que afectan a la vivienda familiar III Repercusiones del procedimiento concursal en el régimen de separación de bienes a) Planteamiento b) Solución prevista en la Ley concursal c) Especialidades que afectan a los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia III Cambio de régimen económico y concurso.

I Introducción

La crisis patrimonial o empresarial de cualquier miembro de una familia tiene repercusiones en los demás, como es lógico, tanto desde el punto de vista personal y afectivo como desde el punto de vista material o económico. En la medida en que la familia, especialmente la nuclear, suele desarrollar sus relaciones a través de la convivencia en el hogar familiar, con un consumo y disfrute de los bienes en común, lógicamente, la desaparición o disminución de ingresos de alguno de sus miembros, especialmente en el caso de los progenitores, que sobre quienes fundamentalmente pesa el deber de sufragar los gastos familiares (arts. 67, 154. 2º, 1362 o 1468 Cc.), implicará normalmente, además de los disgustos y tensiones consecuentes, una disminución en el nivel de vida del grupo familiar.

En el caso de que el miembro de la familia que tiene los problemas económicos, sea un sujeto casado, cuyas relaciones económicas familiares estén presididas por la vigencia de un régimen económico matrimonial, ya sea comunitario o separatista, las repercusiones de la crisis en el entorno familiar serán, como es lógico, mayores.

En efecto, en la medida en que un régimen económico matrimonial no es sino el conjunto de normas que rige la adquisición, disfrute, administración y disposición de los bienes así como el destino de los rendimientos obtenidos por los cónyuges, constante matrimonio, por el hecho de que uno de ellos se enfrente a una crisis patrimonial, dicha crisis se comunica, si bien con mayor o menor incidencia, según el tipo de régimen de que se trate, a su cónyuge, su *socio*, en el consorcio conyugal.

Los problemas que en esos casos pueden plantearse y a los que en buena medida la nueva Ley concursal trata de dar respuesta, son los siguientes.

1.- Existencia de deudas comunes a ambos cónyuges, sea cual sea el régimen económico del matrimonio. En efecto, siendo el deudor persona casada, es muy frecuente la existencia de deudas comunes, bien por haber sido contraídas conjuntamente por ambos cónyuges, o incluso, a pesar de haber sido contraídas por un solo cónyuge –ya sea el concursado, o el cónyuge *in bonis*- es posible que de dicha deuda responda el patrimonio del cónyuge que no la contrajo, de modo subsidiario (caso del ejercicio de la potestad doméstica previsto en el art. 1319 Cc.). Todo ello puede tener su importancia en orden a articular las masas responsables y su prelación en el procedimiento concursal de uno de los cónyuges.

2.- Régimen comunitario. En los regímenes comunitarios se plantean fundamentalmente dos tipos de problemas. Por un lado, la existencia de *créditos comunes* de los que responde directamente la masa común de bienes, y el patrimonio privativo del cónyuge que contrajo la deuda, así como de *créditos privativos* de los que responde, en primer lugar, el patrimonio privativo de un cónyuge, y subsidiariamente, su participación en el patrimonio común (art. 1373 Cc.). Por otro lado, una vez determinado el *carácter* común o privativo de la deuda –determinación que no siempre será pacífica-, y determinadas las masas que deben responder y su orden (solidaria o subsidiariamente), sobreviene el problema de llevar a cabo la debida *integración* de cada una de esas masas de tal modo que no se incluyan en una de ellas bienes que deben corresponder a otra, pudiendo existir bolsas de incertidumbre al respecto, en determinados casos.

3.-Régimen separatista. Aparentemente, en el régimen de separación de bienes, las cosas son más sencillas, puesto que no existen deudas comunes salvo las anteriormente aludidas del art. 1319, y aquellas que de común acuerdo contraigan ambos cónyuges (mancomunidad o solidaridad pasiva del régimen general), por lo que la determinación del carácter común o privativo de la deuda, propio de los regímenes comunitarios, es un problema que ahora no se presenta. Por otro lado, cada cónyuge será titular de los bienes respecto de los cuales haya realizado el hecho adquisitivo (art. 609), por lo que nos evitamos los problemas de derivados de la posible integración o no de determinados bienes en una masa común, como la ganancial, con sus propias reglas de adquisición de bienes (subrogación real, accesión de frutos...). Sin embargo, se ha afirmado que, desde el punto de vista de la protección de los acreedores, éstos se enfrentan a complicados problemas relativos a la integración del patrimonio de sus deudor, en ocasiones, por la indeterminación de la titularidad sobre algunos bienes –se ignora si el titular es el concursado o su consorte- y en ocasiones porque, a pesar de que conste la titularidad de uno de los cónyuges, dada la especial relación de confianza existente entre cónyuges, es habitual la inversión de fondos de uno de ellos en las adquisiciones del otro, debiendo respetarse en el procedimiento concursal, bien el derecho de la masa al reintegro de los fondos del concursado invertidos en las adquisiciones del consorte, bien el reintegro de los fondos del consorte invertidos en los bienes adquiridos por el concursado, integrados en la masa. Por otro lado, no debe olvidarse que es frecuente que tenga lugar el fenómeno de la simulación relativa subjetiva, mediante la figura del testafierro, es decir, la adquisición de bienes por un cónyuge que resultan *puestos a nombre* o aparentemente adquiridos por su consorte.

4.-El régimen de especial protección de la vivienda familiar. Otro de los problemas a que nos enfrentamos en las operaciones concursales que se desarrollan contra persona casada es el relativo a la liquidación de la vivienda familiar. Es sabido que la vivienda no está excluida del art. 1911 Cc. cuando se trata de la ejecución del patrimonio de

persona casada, si bien, el especial régimen de protección de que la misma es objeto, en tanto sede donde se desarrollan las relaciones familiares, determina que el legislador concursal haya establecido unas reglas específicas aplicables a la misma. Otro tanto cabe decir de los bienes sometidos a *pacto de sobrevivencia*, que son bienes sujetos a un especial régimen jurídico pactado por ambos esposos, y cuya suerte en el concurso igualmente ha sido contemplado con una norma específica por parte del legislador concursal.

5.- Cambio de régimen económico y Concurso. Por último, y para completar el análisis de las repercusiones de las crisis patrimoniales y empresariales en el régimen económico matrimonial, es necesario referirse a un fenómeno que ocurre con frecuencia, y que tiene lugar cuando uno de los cónyuges o ambos atraviesan por dificultades financieras, y tratan de paliarlas acudiendo como remedio terapéutico al cambio de régimen matrimonial. En efecto, es bastante frecuente que los cónyuges procedan a disolver y liquidar el patrimonio común de los regímenes comunitarios en un intento de poner a salvo de la acción de acreedores, comunes o privativos, los bienes que constituyen el haber común. En ocasiones, puede ser el cónyuge, empresario individual, el que atraviese la crisis y pacte con su consorte la disolución del régimen común. En ocasiones, es posible que sea la empresa común la que atraviese la crisis, y trate de salvarse el patrimonio adjudicando los bienes del matrimonio a un cónyuge y la sociedad en crisis al otro. Vamos a analizar todas estas cuestiones, con algo más de detenimiento, en las páginas sucesivas.

II Repercusión del procedimiento concursal en los regímenes comunitarios

a) Crisis de la empresa privativa individual de un cónyuge o concurso de deudor no empresario

a.1 Introducción

Bajo este epígrafe vamos a tratar las repercusiones que la declaración de concurso de persona casada tiene en el régimen económico comunitario de su matrimonio, sea ello debido a la crisis económica de la empresa individual privativa de que es titular, o sea debido, en general, a una personal situación de insolvencia, aún no siendo comerciante el concursado, bastando con que no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2 LC). En ambos casos, el declarado en concurso será el cónyuge, pues siendo titular de una empresa individual, el empresario responde personalmente de todas las deudas contraídas en el ejercicio o giro empresarial¹.

Para ello tomaremos como referencia la regulación legal del régimen de sociedad de gananciales, más extendido en nuestro país, sin perjuicio de matizar que la

¹ Por mor de lo establecido en el art. 129 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, lo que a continuación digamos será de aplicación al socio de la sociedad unipersonal, sin haber sido inscrita en el Registro Mercantil, pues el mismo responde con responsabilidad personal ilimitada y solidaria de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Asimismo habrá que tener en cuenta que el concurso de un socio colectivo en una sociedad colectiva o comanditaria puede tener su origen en el previo concurso de la sociedad, puesto que responde con su patrimonio de las deudas sociales, tal y como establecen los arts. 127 y 237 del Código de comercio.

LC no ciñe su aplicación en lo referente a esta cuestión a la sociedad de gananciales, sino a cualquier régimen comunitario que pueda regir en los territorios forales, o haber sido pactado expresamente por los cónyuges al amparo de lo establecido en el art. 1325 Cc.

Partiendo del derecho derogado, la cuestión era anteriormente abordada de manera parcial y fragmentaria en la regulación que de la quiebra hacía el Código de comercio. En efecto, dicho Texto legal abordaba las repercusiones de la declaración de quiebra de un cónyuge en el régimen matrimonial comunitario y en el dotal, estableciendo exclusivamente el llamado *derecho de separación del cónyuge del quebrado* en el art. 909 Código de comercio. En su virtud, el cónyuge *in bonis* podía exigir la separación de la masa activa de la quiebra de aquellos bienes dotales y parafernales siempre que se hubieran inscrito en el Registro mercantil como tales. Es decir, la preocupación del legislador no era otra que permitir la separación de la masa activa de los bienes propios de la esposa, sólo y exclusivamente cuando se hubiere dado publicidad al carácter de esos bienes a través del Registro mercantil, protegiendo así a aquellos acreedores que, creyendo pertenecer dichos bienes al marido o a la sociedad conyugal, habían dado crédito al hoy empresario quebrado².

Asimismo, existía alguna referencia a la repercusión de la quiebra o concurso de un cónyuge en la sociedad de gananciales, en el Código civil. Concretamente el art. 1393 1º, al regular la disolución de la sociedad de gananciales, establecía que la declaración de quiebra o concurso de un cónyuge era causa para que el otro cónyuge solicitase la disolución de la sociedad de gananciales, bastando con la presentación de la declaración judicial de quiebra o concurso ante el juez competente para acordar la disolución.

Pero ninguno de los dos Textos legales citados abordaba específicamente la cuestión de la repercusión de la crisis patrimonial o empresarial de un cónyuge en esa masa de bienes común que se había ido generando con las ganancias, frutos, rentas y adquisiciones de ambos cónyuges. Esto es, no se referían a los problemas relativos a la responsabilidad de los bienes gananciales en caso de quiebra o concurso y su posible inclusión o no en la masa activa de la quiebra. En el caso del Código de comercio, ello era lógico, puesto que la redacción del art. 909 no había sido modificada tras la reforma del régimen económico del Código civil operada por Ley 13 de mayo de 1981, y se refería a su regulación originaria en la que el marido, que normalmente era el comerciante quebrado, tenía todas las facultades posibles de vinculación del patrimonio ganancial, por lo que la inclusión de los gananciales en la masa activa, en principio, sería la norma general. En lo que al Código civil se refiere, al no contener, como decimos, normas específicas de vinculación aplicables a los procedimientos colectivos de ejecución, había que concluir que sería aplicable el régimen general de responsabilidad de la masa ganancial, como si de procedimientos de ejecución individual se tratase, es decir, el régimen de vinculación de los gananciales establecido fundamentalmente en los arts. 1365 a 1373. Ésta, como veremos, en líneas generales, es la solución adoptada por la Ley Concursal, en relación a la inclusión o exclusión de los gananciales en la masa activa. Es decir, los gananciales estarán incluidos en la masa activa, cuando, conforme a las reglas generales de responsabilidad, dichos bienes *estén*

² Vid. en este sentido TORTORICI PASTOR “En torno a la muciana moderna del artículo 1442 del Código civil”, ADC, 1990, p. 1201.

sujetos a la acción de los acreedores del cónyuge concursado, y *en la medida* en que, conforme a las reglas generales de vinculación del patrimonio ganancial, *lo estén*³. Veamos a continuación, pues, el régimen establecido en la ley concursal.

a.2 Patrimonio privativo

El art. 77 LC, comienza afirmando, en primer lugar, la responsabilidad de los bienes privativos del concursado y su inclusión en la masa activa: “*En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado*”. Lógicamente ello será así, sin lugar a dudas, si nos encontramos ante un régimen de separación de bienes, en el que no existe una masa de bienes comunes afectos al cumplimiento de determinadas obligaciones, sino que cada cónyuge responde con su patrimonio de las deudas por él contraídas⁴. Pero también hablar de patrimonio privativo cobra sentido, fundamentalmente, en la medida en que el concursado esté casado bajo un régimen económico de comunidad conyugal de carácter restringido, en el que junto a una masa de bienes comunes, se alzan las masas de los patrimonios privativos de uno y otro cónyuge cuya composición suele venir configurada por aquellos bienes que el cónyuge aporta al matrimonio y los que posteriormente adquiere a título gratuito, o en sustitución de otros bienes privativos⁵. En principio la inclusión de los mismos en la masa activa no presenta problema alguno pues se trata de unos bienes que, en cualquier caso, están afectos al cumplimiento de las obligaciones de su titular, ya sean deudas personales⁶ o de la sociedad conyugal, pues –tomando como ejemplo el régimen legal del Código civil- el art. 1369 Cc. viene a establecer que de éstas últimas responden solidariamente el patrimonio conyugal junto con el privativo del cónyuge deudor. El único problema que cabe resaltar al respecto es el que puede tener lugar si lo que se discute es el carácter de los bienes, alegando el consorte del concursado que se trata de bienes gananciales o privativos de dicho consorte. En el primer caso, si consigue acreditar el carácter ganancial o común del pretendido bien privativo, el bien tendrá el tratamiento propio de los bienes gananciales, a que luego nos

³ Antes de analizar las previsiones de la Ley concursal al respecto, hay que señalar que la remisión al régimen general de vinculación del Código civil no estaba tan clara en el Proyecto de Ley concursal de 2002. En el proyecto, en efecto, el artículo 76 establecía “*Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirá además en la masa el derecho correspondiente al cónyuge concursado sobre el patrimonio común. La declaración del concurso determinará su disolución tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el art. 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento civil*”. No distinguía, pues, entre deudas consorciales y deudas privativas, sino que, al ordenar que se incluyera en la masa *sólo* el derecho correspondiente al cónyuge concursado sobre el patrimonio común, parecía estar presumiendo que en el concurso tan sólo podían insinuarse acreedores por deudas privativas del cónyuge, o bien que, fuese cual fuese el carácter de la deuda su tratamiento en el concurso sería el propio de las deudas privativas. Por otro lado, la declaración de concurso traía como consecuencia automática la disolución de la sociedad de gananciales, a diferencia de la regulación anterior contenida en el art. 1393 Cc. y finalmente mantenida por el legislador en la redacción definitiva, en virtud de la cual la disolución no es automática sino que se concede al cónyuge del concursado la posibilidad de solicitarla”(vid. sobre el proyecto YAÑEZ VIVERO, “Repercusiones de la reforma concursal (Proyecto de julio de 2002) en el régimen económico matrimonial del concursado” *Aranzadi civil*, núm. 20, febrero de 2003, p. 15 y ss.

⁴ La excepción vendría dada por lo establecido en el art. 1319 Cc. en relación a las deudas contraídas en ejercicio de la potestad doméstica.

⁵ Vid. para el régimen legal de gananciales, el art. 1346 Cc., o el art. 68 del Código de familia catalán.

⁶ Así lo señala expresamente el art. 1373 Cc. cuyo primer inciso señala “Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias...”.

referiremos. La acreditación del carácter ganancial podrá realizarla el cónyuge a través de la impugnación del inventario realizado por la administración concursal, la cual debe, al incluir los bienes en el mismo, determinar su naturaleza ganancial o privativa⁷. En efecto, tratándose de la inclusión de un bien como privativo, siendo en realidad ganancial, el cauce de defensa del cónyuge *in bonis* será la impugnación del inventario prevista en el art. 96 LC⁸.

En el segundo caso, es decir, si el consorte considera que se trata de un bien privativo de su propiedad, deberá probar dicho extremo ejercitando un derecho de separación *ex iure domini*, establecido en el art. 80 LC⁹. Dicho precepto permite que los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención sean entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares a solicitud de éstos. Al respecto cabe señalar que serán relativamente frecuentes los supuestos en los que situaciones de este tipo tendrán lugar, debido al uso, consumo y disfrute de bienes en común, lo que determina, especialmente en relación a los bienes muebles, que las presunciones posesorias tengan escasa virtualidad para resolver los conflictos.

Otra cuestión a precisar en torno a la afección a la masa activa de los patrimonios privativos es la relativa a la responsabilidad subsidiaria que sobre esos bienes recae, en el caso de deudas contraídas por el cónyuge no titular de los mismos, siempre que haya actuado en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 1319 Cc). Tratándose de concurso del cónyuge que ha contraído la deuda doméstica, no se podrán incluir en la masa activa los bienes privativos del otro cónyuge, por más que estos respondan subsidiariamente de la deuda. Para conseguir el cobro sobre el patrimonio privativo del cónyuge no deudor, los acreedores deberán ejercitar las acciones pertinentes de ejecución singular de tales bienes, en caso de que –recordemos que se trata de responsabilidad subsidiaria- no haya podido hacerse cobro en el procedimiento concursal con los bienes propios del concursado ni con los bienes comunes, que también responden en su totalidad –y no sólo en su mitad- de tales deudas, de modo solidario con los privativos del cónyuge concursado que fue quien contrajo la deuda. Esta es la única solución posible habida cuenta de que al igual que no se pueden insinuar en la masa pasiva de un concursado las deudas contraídas por su cónyuge por

⁷En efecto, el art. 82.1 LC establece, en su inciso segundo “*En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en el inventario la relación y el avalúo de los bienes y derechos privativos del deudor concursado, así como las de los bienes y derechos gananciales o comunes, con expresa indicación de su carácter*”.

⁸ El problema se plantea por el hecho de que la impugnación ha de hacerse en los 10 días siguientes a aquél en el que se comunicó a los acreedores del concurso la presentación del informe que contiene el inventario. Sin embargo, el art. 95, que es el que establece dicha comunicación, no prevé que la misma se realice al cónyuge del concursado, sino sólo a los acreedores. Al respecto habrá que tener en cuenta otras formas de publicidad del informe previstas en el art. 23 LC, así como de que conforme al art. 95.3 el juez podrá acordar de oficio o a instancia del interesado, cualquier publicidad complementaria que considere oportuna, en medios oficiales o privados.

⁹ Si bien para ello será conveniente haber impugnado previamente el inventario, tal y como parece establecer el art. 97 LC, aunque hay quien afirma que la imposibilidad de realizar impugnaciones futuras si no se ha impugnado el inventario sólo rige para quien es parte en el procedimiento concursal en curso (CORDERO LOBATO, Comentarios a la Ley concursal, dirigidos por el prof. Bercovitz, Ed. Tecnos Madrid, 2004 Tomo I. P.1120).

más que resulten responsabilizados los gananciales (art. 84 LC) tampoco se pueden incluir bienes privativos de un cónyuge en el concurso de su consorte, por más que los mismos respondan subsidiariamente.

a.3 Patrimonio ganancial

a.3.1 Deudas privativas y Deudas comunes

Dejando a un lado la responsabilidad del patrimonio privativo, nos ocuparemos a continuación de los casos en que es posible la integración en la masa activa del patrimonio ganancial. El art. 77 continúa con el siguiente tenor “*Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado*”.

Esto es, una vez establecida la responsabilidad del patrimonio privativo el precepto determina la inclusión en la masa activa del patrimonio común cuando los bienes que lo integran *deban responder de obligaciones del concursado*. Es decir, los bienes comunes deberán integrarse en la masa activa en la medida en que en la masa pasiva existan deudas de las cuales, y conforme a la normativa reguladora de la responsabilidad *ad extra* de tales bienes, deban responder los mismos. Así por ejemplo, y centrándonos en el régimen legal de sociedad de gananciales, las deudas de las que responden *ad extra* los bienes comunes son, por un lado, las deudas denominadas *consorciales*, comprendidas fundamentalmente en los arts. 1365 -ejercicio de potestad doméstica, gestión o disposición de gananciales, ejercicio ordinario de profesión arte u oficio o administración ordinaria de bienes propios- art. 6 C de c.-ejercicio del comercio, responsabilizando sólo bienes gananciales considerados resultas o la totalidad de los gananciales, según se cuente o no con el consentimiento del otro cónyuge-, y art. 1366 – determinados supuestos de responsabilidad extracontractual. De tales deudas responde el patrimonio ganancial en su totalidad, tanto si la deuda ha sido contraída por un solo cónyuge –en cuyo caso queda responsabilizado conjuntamente su patrimonio privativo, (art. 1369 Cc.)- como si ha sido contraída por ambos. Por otro lado, también responde el patrimonio común en su totalidad de las deudas contraídas conjuntamente por ambos cónyuges, aunque no sea una de las señaladas con anterioridad (art. 1367 Cc.).

Pero es que además, los bienes gananciales responden también de las deudas *no consorciales*, es decir, deudas *propias* de cada cónyuge, si bien de forma subsidiaria. En efecto, el art. 1373 Cc. después de responsabilizar al patrimonio privativo de las deudas propias de cada cónyuge, señala que si tales bienes no fueran suficientes para hacerlas efectivas, *el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales*. Tal embargo finalmente se traduce en que, o bien el mismo sigue adelante y el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta el valor de tales bienes, o bien que su consorte pide la sustitución del embargo de tales bienes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad, lo cual acarrea la disolución de la sociedad de gananciales. De ello se deduce claramente que de las deudas propias de un cónyuge, que no se consideren deudas consorciales, también responde el patrimonio ganancial, si bien con dos características: responde subsidiariamente, y sólo en la mitad de su valor, que es la parte que corresponde al cónyuge deudor, en nuestro caso, cónyuge concursado. Lógicamente esta solución tiene su razón de ser en el respeto al principio de responsabilidad patrimonial del deudor. Si

el deudor es “cotitular” de una comunidad de bienes –sea del tipo de sea-, su cuota debe considerarse afecta al cumplimiento de sus obligaciones, al igual que cualquier otro bien o derecho del que sea titular.

El legislador ha previsto además que, como quiera que la masa ganancial responde de diferente modo de las deudas contraídas por un cónyuge, según su carácter consorcial o privativo, en el inventario de la masa activa se determine el carácter del bien (art. 82.1 LC), y de la misma manera, respecto de los créditos, en el inventario de la masa pasiva, se determine por la administración concursal si cada uno de ellos puede hacerse *efectivo sobre su patrimonio privativo o también sobre el patrimonio común* (art. 86.3). Así se hará constar igualmente en la lista de acreedores pues el art. 94.2 II señala que si el concursado es casado en régimen de comunidad se relacionarán separadamente los créditos que sólo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo y los que pueden hacerse efectivos también sobre el patrimonio común. Hay que matizar al respecto que la redacción elegida por el legislador no es muy adecuada, puesto que en sí, no hay créditos que puedan hacerse cobro sólo sobre el patrimonio privativo, o sólo sobre el patrimonio ganancial, sino que la verdadera diferencia radica, como hemos dicho, no en si el patrimonio privativo responde o no, puesto que responde siempre, o en si la masa ganancial responde o no, pues también responde siempre, sino en si la masa ganancial responde en su totalidad y a título principal o tan sólo en su mitad y a título subsidiario. En el primer caso se tratará de deudas consorciales y en el segundo caso de deudas privativas.

Respecto a la determinación del carácter del crédito que realice la administración concursal, y al igual que ocurre en relación a la determinación de la naturaleza de los bienes –gananciales o privativos- cabe impugnar el inventario en el plazo de 10 días desde su comunicación, por el procedimiento de incidentes (vid. art. 96 LC). En caso de que la disconformidad provenga de un acreedor, no se plantean especiales problemas en la medida de que, como se ha señalado, el art. 95 LC impone a la administración concursal que dirija comunicación personal a cada uno de los interesados que *hayan sido excluidos, o incluidos...*, lo cual hace pensar que dicha comunicación se refiere a los acreedores. No parece deducirse del precepto la necesidad de comunicación del informe al cónyuge del concursado, cuyo conocimiento es necesario a efectos de su posterior impugnación. Es cierto que existe la posibilidad establecida en el art. 95.3 LC, según el cual el juez puede *“acordar, de oficio o a instancia de interesado, cualquier publicidad complementaria que considere oportuna, en medios oficiales o privados*. Aún así creemos que debería haberse incluido expresamente la necesidad de comunicar al cónyuge del concursado el contenido del informe.

Lo verdaderamente importante, a mi juicio, es destacar que los bienes gananciales deben ser incluidos en la masa activa en su totalidad, en todo caso, puesto que los mismos sea a título principal y global –deudas consorciales¹⁰- sea a título subsidiario y en su mitad –deudas privativas- son bienes que responden de las deudas del concursado. Si se trata de deudas consorciales, los acreedores de las mismas, en caso

¹⁰ Precisamente por la total responsabilidad de los bienes gananciales respecto a las deudas llamadas consorciales, se modificó la redacción inicial del precepto en el Proyecto de Ley que venía a establecer, como hemos dicho, que en la masa activa se incluiría tan sólo el derecho que al cónyuge concursado correspondiese sobre el patrimonio común, es decir, su cuota por mitad.

de liquidación, podrán cobrarse con la totalidad de los bienes comunes, con preferencia a los acreedores privativos, así como con el patrimonio privativo, en igualdad de condiciones con los acreedores privativos. Si se trata de deudas privativas, los acreedores podrán hacerse cobro, además de con el patrimonio privativo, con *la totalidad de los gananciales*, (si bien respetando la preferencia de los acreedores consorciales), salvo que el cónyuge *in bonis* opte por la solicitar la disolución de la sociedad o comunidad conyugal. Es en ese caso en el que, como a continuación veremos, los acreedores privativos ceñirán sus expectativas de cobro a la mitad de los gananciales que se adjudique al concursado.

Si de un concursado comerciante se trata, habrá que tener en cuenta además la especial regulación contenida en el Código de comercio respecto a las deudas derivadas del ejercicio del comercio, y los bienes denominados *resultas*. En efecto, en caso de que la responsabilidad por el ejercicio del comercio se haya ceñido a los propios bienes gananciales obtenidos por el ejercicio del comercio, por ausencia del consentimiento del otro cónyuge en el ejercicio del comercio (arts. 6, 7 y 8 C. de comercio), al realizar el inventario de la masa activa deberá determinarse por la administración concursal qué bienes tienen el carácter de *bienes resultas* del comercio, y qué deudas han sido contraídas en el ejercicio del comercio, de tal modo que los acreedores por estas últimas deudas, con la excepción de los bienes *resultas*, tendrán el tratamiento de acreedores privativos en la liquidación.

Por último, hay que recordar, por más que ya lo hemos señalado con anterioridad, que en caso de concurso de un cónyuge, y a pesar de que los bienes gananciales de que es cotitular respondan de esas deudas, no pueden insinuarse en la masa pasiva los créditos consorciales contraídos por su consorte (art. 84 LC) del mismo modo que tampoco podrán insinuarse los créditos contraídos por aquél en ejercicio de la potestad doméstica, a pesar de que los mismos estén garantizados subsidiariamente con el patrimonio del concursado (art. 1319 Cc.).

Ello lógicamente puede acarrear un grave perjuicio para los acreedores consorciales puesto que es posible que cuando traten de hacer efectivos sus créditos contra bienes gananciales, estos hayan sido ya liquidados en el concurso del otro cónyuge. Al respecto cabe hacer las siguientes puntualizaciones. Si los acreedores consorciales por deudas contraídas por el cónyuge del concursado actuaron antes de la declaración de concurso del cónyuge de su deudor, y consiguieron, por ejemplo, embargo sobre determinados bienes gananciales, creemos que tales ejecuciones deben seguir adelante y no deben ser suspendidas por efecto de la declaración de concurso del otro cónyuge, a pesar de que el art. 55.2 LC, prevé la suspensión de las actuaciones en trámite respecto a ejecuciones del patrimonio del concursado. Ello por que tal precepto tiene por objeto que los acreedores de dicho concursado que hubiesen iniciado tales procedimientos, pasen a formar parte de la masa pasiva del concurso y reciban en el procedimiento concursal el tratamiento que les corresponda. Sin embargo, los acreedores del cónyuge no concursado no podrían nunca integrarse en la masa pasiva y recibir en el concurso tratamiento adecuado (art. 84.1 LC). Ahora bien si en el momento en que se declara el concurso aún no han accionado contra bienes gananciales, es más dudoso que puedan, a partir de ese momento, obtener la traba de bienes gananciales que están ya afectos a la masa activa del concurso, debiendo entenderse aplicable, por extensión el art. 55.1 LC que impide el inicio de ejecuciones contra bienes del patrimonio del deudor. Ante esta situación, y en la medida en que los acreedores

consorciales del cónyuge no concursado consideren que el patrimonio privativo de su deudor no va a ser suficiente para hacer frente a estos créditos, deberán solicitar la declaración de concurso, a su vez, de este otro cónyuge, existiendo la posibilidad de que queden ambas insolvencias acumuladas en un mismo proceso concursal tal y como permite el art. 25.3 LC, lo cual normalmente acarreará la disolución de la sociedad o comunidad conyugal, cuya procedencia en el seno de un procedimiento concursal pasamos a analizar.

a.3.2 Disolución del régimen de comunidad

El art. 77, después de señalar que siendo el régimen económico del matrimonio el de sociedad de gananciales, estos bienes se incluirán en la masa en la medida en que los mismos deban responder de obligaciones del concursado añade *“En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso”*. Por tanto, como se ha señalado con anterioridad, siempre que deban responder de obligaciones del concursado bienes gananciales, deberán incluirse éstos en la masa activa. En la medida de que estos bienes siempre responden solidariamente con los privativos del cónyuge concursado, por las deudas consorciales por el contraídas, así como siempre responden subsidiariamente y, en último término, en su mitad, por deudas propias, la masa de bienes gananciales deberá considerarse incluida siempre en la masa activa, si bien indicándose la naturaleza y carácter ganancial de tales bienes (art. 82.1 LC)¹¹. De la misma manera, como hemos señalado, en la relación del pasivo, deberá la administración concursal precisar las deudas que pueden considerarse consorciales y las que son privativas.

En principio, y si de procedimientos de ejecución singular se trata, el Código sólo permite solicitar la disolución de la sociedad de gananciales cuando se embargan bienes comunes por deudas privativas de un cónyuge, según establece el art. 1373 Cc¹², pues si se embargan bienes gananciales por deudas consorciales, tras el embargo el procedimiento ejecutivo sigue adelante, con tal de que el mismo se haya notificado al cónyuge no deudor, siempre que éste último no consiga acreditar el carácter privativo de la deuda.

Por el contrario, el art. 77.2 LC permite al cónyuge del concursado pedir la disolución de la sociedad y el juez la acordará siempre que los bienes gananciales se hayan incluido en la masa, lo cual ocurre siempre que los mismos deban responder por deudas del concursado, lo cual, a su vez, como hemos dicho, ocurre siempre. Queremos

¹¹ Señala el precepto que en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en el inventario la relación y el avalúo de los bienes y derechos privativos del deudor concursado, así como las de los bienes y derechos gananciales o comunes, con expresa indicación de su carácter.

¹² Tal solicitud, después de muchas discusiones doctrinales y distintas soluciones jurisprudenciales respecto al modo de hacerlas valer, se articula hoy por la vía del art. 541.3 LEC. Precepto que, además, pone de manifiesto que no existe ninguna presunción favorable al carácter consorcial de la deuda, sino que se trata de un extremo que debe ser probado por aquél que lo haga valer.

decir con ello que la LC permite que el cónyuge del concursado solicite la disolución de la sociedad de gananciales siempre que se declare el concurso de su consorte, aunque no lo establezca así literalmente la Ley, lo cual, por otra parte, está en consonancia con el art. 1393.1 Cc. que señala como causa de pedir la disolución de la sociedad de gananciales por un solo cónyuge el sólo hecho de que el consorte haya sido declarado en quiebra o concurso. Cabe destacar que el texto del Proyecto determinaba que la mera declaración de concurso traería consigo la disolución del régimen de comunidad. La redacción definitiva está más en consonancia con la regulación del Código civil en el sentido de considerar la declaración de concurso como una causa para que el otro cónyuge *decida* si desea la disolución o no, y no le venga ésta impuesta de modo necesario como un efecto de la declaración de concurso.

¿En qué momento debe articular el cónyuge del concursado su petición de disolución de sociedad de gananciales? Como decimos, creemos que, realizando una interpretación sistemática de los arts. 1393.1 Cc. y 77.2 LC, desde la declaración de concurso de uno de los cónyuges puede el otro, mediante un sencillo escrito, solicitar la disolución de la sociedad de gananciales¹³. El art. 21.1.7º LC, por su parte prevé la formación de pieza separada para la disolución de gananciales, y viene a precisar que la decisión al respecto de formar dicha pieza se tomará en el Auto de declaración de concurso.

Con esto queremos decir que el precepto ha dicho lo que era obvio y ha obviado lo que hubiera sido conveniente decir. El legislador, en lugar de supeditar la solicitud de disolución del régimen común al caso de que se incluyan bienes comunes en la masa -lo cual, como decimos, y al menos en el régimen ganancial, siempre ocurrirá-, debería haber señalado los efectos de la inclusión de tales bienes en la masa de cara a las distintas posibilidades de cobro de los acreedores respecto a ellos. Parece que a ello quiere aludir cuando señala que la liquidación del régimen se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso, pero esto en realidad, ¿qué quiere decir? Intentaremos, al menos, apuntarlo.

Si en el concurso están insinuados acreedores *consorciales*, los mismos – respetando entre ellos el orden de prelación establecido en los arts. 90 y ss. LC- se harán cobro sobre los bienes comunes con preferencia a los acreedores privativos. Además se harán cobro con la totalidad de tales bienes no siéndoles oponible la posible liquidación del régimen que pudiera llevarse a cabo en el procedimiento concursal –antes pagar que partir-. Es decir, la liquidación del régimen que se lleve a cabo deberá respetar el derecho de cobro de los acreedores consorciales por deudas contraídas por el concursado a los que no le es oponible disolución alguna del régimen de comunidad (art. 1317 Cc.)¹⁴. Como apuntábamos con anterioridad ello puede plantear problemas en

¹³ Para formular tal solicitud quizá no sea necesario comparecer *en forma*, pues el art. 184.3 LC establece que los legitimados para ello, se supone, por la Ley, pueden formular alegaciones, sin necesidad de comparecer *en forma*.

¹⁴ En virtud de lo establecido en este precepto hay que afirmar que si la disolución y liquidación de gananciales ha tenido lugar con anterioridad al procedimiento concursal, la misma no será oponible a los acreedores consorciales que conservarán sus derechos sobre la masa ganancial ya liquidada y adjudicada a cada cónyuge, siendo de aplicación lo establecido en el art. 1401 Cc. que prevé una especie de beneficio de inventario para evitar la responsabilidad del patrimonio privativo del cónyuge no deudor. Si de acreedores privativos se trata, la liquidación les afecta pero podrán impugnarla por fraude ejercitando las

relación a los *otros* acreedores consorciales, es decir, aquellos cuyas deudas han sido contraídas por el cónyuge no concursado. La propia LC excluye a dichos acreedores de la masa pasiva del concurso (art. 84 LC). Sin embargo, en las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales –que también se desarrollan ante el Juez del concurso, como señala el precepto–, *todos* los acreedores consorciales deben ser citados¹⁵ y pagados (art. 1399 Cc.)¹⁶. La única solución que puede coordinar la imposibilidad de insinuación de los acreedores consorciales del cónyuge no deudor con su derecho al cobro sobre bienes gananciales en condiciones de igualdad con los acreedores consorciales¹⁷ del concursado pasaría por lo siguiente. Si tales acreedores consorciales no insinuados en la masa pasiva del concurso, consideran que no van a poder cobrar sus créditos con el patrimonio privativo del cónyuge deudor no concursado (recordemos que responden de las deudas consorciales, solidariamente, el patrimonio ganancial y el privativo del cónyuge que contrae la deuda, art. 1369 Cc.), y puesto que los bienes gananciales están afectos al procedimiento concursal y no pueden ser embargados, deben solicitar el concurso del cónyuge con el que contrajeron la deuda, solventándose ambos procedimientos concursales de forma acumulada, posibilidad expresamente contemplada en la LC (art. 25.3). En tal caso creemos que, respecto a los bienes comunes, ambos tipos de acreedores consorciales deben ser objeto de un mismo tratamiento, preferente en cualquier caso a los acreedores privativos de uno y otro cónyuge. Habría así, de alguna manera y *de facto*, tres concursos. El de la sociedad de gananciales, y el de uno y otro cónyuge.

Si de *acreedores privativos* del cónyuge concursado se trata, los mismos deberán ceñir sus expectativas de cobro a los bienes gananciales que resten, una vez hayan cobrado los acreedores consorciales, y se haya detruido la mitad de los gananciales perteneciente al cónyuge no concursado. Es decir, tales acreedores sólo deben hacerse cobro sobre bienes gananciales ya *liquidados*, primero en relación a los acreedores consorciales que son preferentes¹⁸, y después en relación a la mitad de bienes gananciales perteneciente al cónyuge no concursado, que no debe considerarse como un acreedor preferente, sino como un titular que ejercita un verdadero derecho de separación, en este caso, *ex iure domini*.

b) Crisis que afecta a la empresa ganancial.

acciones oportunas de rescisión y reintegración de la masa (vid. *infra* el epígrafe relativo al Cambio del régimen y sus relaciones con el procedimiento concursal).

¹⁵ Por la remisión contenida en el art. 1402 a las normas de la partición de la herencia (vid. arts. 1082 y 1083 Cc).

¹⁶ Sin perjuicio de que, en caso de quedar acreedores consorciales pendientes de cobro, se aplique el art. 1401 Cc., que, como hemos dicho, establece una especie de beneficio de inventario, una vez realizada la liquidación, a favor del patrimonio privativo del cónyuge no deudor.

¹⁷ Especiales problemas puede plantear además la existencia de acreedores consorciales por deudas alimenticias, contraídas por el cónyuge no deudor, que serían preferentes a otros acreedores consorciales insinuados en el concurso del otro cónyuge (vid. art. 1399 Cc.)

¹⁸ Así lo establece el art. 1399 Cc.

Otro aspecto a resaltar al analizar las repercusiones del procedimiento concursal sobre el régimen económico del matrimonio, lo constituyen los problemas que se plantean cuando el concursado no es un cónyuge en particular, sino una sociedad mercantil ya sea capitalista o personalista, de la que es titular la sociedad de gananciales. Para empezar recordaremos que una empresa será ganancial, según el art. 1347.5º Cc., cuando haya sido fundada durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Dicha empresa podrá adoptar la forma de empresa individual, sociedad personalista –colectiva o comanditaria- o sociedad capitalista. Si de una sociedad se trata, y la misma ha sido creada con aportación de fondos gananciales, los mismos, por el principio de subrogación real, se transforman en las participaciones o acciones que también serán de carácter ganancial, lo cual determinará la ganancialidad de la empresa en su totalidad o la coexistencia con acciones o participaciones privativas, de los propios cónyuges o de terceros.

En el caso de las sociedades personalistas, el antiguo art. 923 C. de C. establecía que la quiebra de una sociedad en nombre colectivo o en comandita llevaba consigo la de los socios colectivos¹⁹ que tuvieran en ella responsabilidad solidaria conforme a los artículos 127 y 148 del propio Código si bien se mantendrían separadas las liquidaciones respectivas. Ello fue criticado por la doctrina²⁰ pues dicha responsabilidad en realidad se consideraba de carácter subsidiario, al menos respecto de los bienes no aportados al haber social (art. 237 C. de c). De este modo, el concurso de una sociedad civil ganancial o la quiebra de una sociedad personalista ganancial traía consigo el concurso o quiebra personal de uno de los cónyuges o ambos, en la medida que uno o los dos fueran socios obligados a responder ilimitadamente de las deudas sociales. Ello nos coloca de nuevo ante el supuesto analizado en el apartado anterior, pues el caso sería similar al de la crisis del empresario individual, con la especialidad de que si ambos cónyuges eran socios colectivos de la sociedad que quiebra, en un mismo procedimiento se liquida el patrimonio de la sociedad en parte o en su totalidad ganancial, el resto de los bienes que integran la sociedad de gananciales y el patrimonio personal de uno y otro cónyuge, si bien haciéndose de forma separada las liquidaciones.

La nueva LC aborda la cuestión en el artículo 48.5 LC , eliminando la quiebra o concurso automático de los socios colectivos. En su lugar establece una acción de responsabilidad a ejercer por la administración concursal frente a los socios, y subsidiariamente, por los acreedores de la sociedad ante la inactividad al respecto de la administración concursal, es decir, en el supuesto del art. 54.4 de la propia LC, si bien no podrían ejercitarla antes de la aprobación del convenio o la liquidación del patrimonio social.

Según el art. 48.5 el juez, de oficio o a instancia de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de los referidos socios –en nuestro caso, uno de los cónyuges, o ambos, si los dos eran socios colectivos- en la cuantía que estime bastante, si se presume que la masa activa de la sociedad no va a ser suficiente para satisfacer todas las deudas. En ese caso, y a pesar de que como hemos dicho en la nueva Ley no se prevé el concurso automático de los socios de las sociedades civiles ni

¹⁹También la de los comanditarios si su nombre se hubiera incluido en la razón social (art. 147 C de c.).

²⁰Vid. URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1982, p. 862.

de las sociedades colectivas, el efecto puede ser el mismo si, como consecuencia del embargo decretado por el juez del cónyuge socio, se pone de manifiesto la imposibilidad de su patrimonio de hacer frente a todas sus deudas. En ese caso nos encontraríamos de nuevo ante una situación similar a la del empresario individual o cónyuge insolvente declarado en concurso, remitiéndonos a lo dicho en el epígrafe anterior. Sólo cabe hacer una salvedad. Siendo socio colectivo sólo uno de los cónyuges ¿responderían todos los bienes gananciales, de las deudas de la sociedad personalista ganancial de las que dicho socio era responsable subsidiario? La respuesta debe ser afirmativa pues se trataría de un supuesto más de ejercicio del comercio con el consentimiento tácito o expreso del otro cónyuge, salvo que constase la ausencia de consentimiento o su revocación, en cuyo caso sólo quedarían afectos los bienes gananciales que se hubieren obtenido por el ejercicio del comercio.

En el caso de las sociedades capitalistas, al no responder los cónyuges o el cónyuge socio en caso de que sea uno sólo, de las deudas de la sociedad de responsabilidad limitada o de la sociedad anónima ganancial, tan sólo responderían los bienes gananciales aportados para su constitución. Ahora bien, no hay que olvidar las posibles acciones de responsabilidad de los socios administradores frente a la masa pasiva del concurso, que podría llevarnos de nuevo al concurso personal de alguno de los cónyuges (vid. art. 48.2 LC).

c) Especialidades que afectan a la vivienda habitual del matrimonio

Ahondando en la idea de que la vivienda habitual del matrimonio está sometida a un régimen de especial protección, en la medida en que satisface una necesidad básica de la familia, es sabido que el art. 1320 somete al consentimiento del otro cónyuge los actos de disposición sobre la vivienda habitual del matrimonio, a pesar de que la misma no sea un bien ganancial o común. Sin embargo, aquellos supuestos en los que resultan afectados los derechos de goce o uso sobre la vivienda habitual como consecuencia de meros actos obligacionales que no tienen por objeto directo la vivienda, ésta no resulta protegida a través del artículo 1320 Cc. La doctrina coincide, como no podía ser de otra manera, en que no existe precepto alguno que nos permita afirmar la inembargabilidad de la vivienda²¹, la subsidiariedad de la misma en relación a otros bienes en las ejecuciones ni, en general, la primacía de la protección del cónyuge no titular frente a los derechos de los acreedores. Del mismo modo que la vivienda habitual está sujeta a la responsabilidad patrimonial del cónyuge concursado, ya sea *ganancial* –en cuyo caso responderá en su totalidad de las deudas consorciales y sólo si se atribuye a su lote, respecto a las deudas propias- o sea *privativa*, la misma formará parte de la masa activa, salvo que pertenezca de forma probadamente privativa al cónyuge del concursado²².

²¹ Un atisbo de protección de la vivienda puede encontrarse en el art. 144.5 del RH, según el cual: "Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para el embargo de vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que la demanda ha sido notificada al cónyuge del titular". En nuestro caso, y como hemos sostenido anteriormente al comentar el art. 77, consideramos que aunque no lo diga la ley expresamente, la declaración de concurso se deberá notificar al cónyuge del concursado.

Ahora bien, en beneficio de la familia y por esa necesidad básica que este bien cubre en el seno de la misma, el art. 78.4 permite al cónyuge del deudor, en caso de que la vivienda sea ganancial, exigir en caso de haberse solicitado la disolución de la sociedad de gananciales, que le sea atribuida preferentemente la misma en su lote. En caso de que el valor de la vivienda supere el valor del haber correspondiente de dicho cónyuge, podrá abonar el exceso en metálico. En efecto, el precepto establece “*Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquella se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso*”.

De forma similar a lo establecido para el supuesto de pacto de sobrevivencia, en este apartado del art. 78 no se atribuye al cónyuge del concursado un derecho de separación *ex iure domini*, pues el cónyuge no es el titular exclusivo del bien en cuestión, sino un derecho de atribución preferente en la liquidación, derecho de atribución similar al establecido en el art. 1406. 4º, para la propia vivienda familiar, previsto en el Cc. para el caso de disolución de la sociedad por muerte de un cónyuge. Para que concurra este derecho de atribución preferente es necesario que concurran una serie de requisitos:

1º. Que se trate de la vivienda habitual de la familia. Se considera que para que una vivienda tenga este carácter deben concurrir los requisitos de habitabilidad, carácter familiar y habitualidad. Respecto a la habitabilidad cabe señalar que para que un inmueble pueda constituir una vivienda habitual, en el sentido de bien patrimonial que, por las funciones que cumple, está sometido a un especial régimen jurídico, es necesario que consista en una "edificación habitable"²³. En relación al carácter familiar, hay que afirmar que será vivienda familiar la habitada por una familia que tiene su origen en el matrimonio y de la que forman parte los cónyuges en cuestión. Respecto a la habitualidad, hay que considerar que para que a una vivienda le sea aplicable el precepto que estudiamos no es suficiente, como es lógico, que la misma reúna las condiciones de habitabilidad adecuadas al desenvolvimiento de las relaciones familiares. Es necesario, además, que tales relaciones se desarrollen, de hecho, en ese lugar, pues la vivienda protegida es la que habitualmente ocupa la familia y constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones familiares. Es necesaria la concurrencia de dos requisitos: *-requisito objetivo*: está en relación con la efectiva ocupación de la vivienda, constituyendo ésta el lugar de ejercicio de los derechos y deberes familiares así como del desarrollo de las relaciones íntimas de sus miembros y *requisito subjetivo*: hace referencia al especial "animus" que debe acompañar a la

²² En este caso, y si del régimen de separación se trata, regirán las presunciones del art. 78.1 LC, si se dan los presupuestos necesarios para ello.

²³ Estas exigencias relativas a las condiciones que un determinado lugar debe reunir para ser considerado vivienda familiar, han llevado a la doctrina a no incluir en tal concepto aquellos lugares los cuales, a pesar de ser susceptibles de servir de alojamiento a una familia -generalmente en situaciones de necesidad- no pueden proporcionar las condiciones mínimas necesarias para el desarrollo de la vida familiar de una forma más o menos decorosa. En esta situación se encuentran los solares, almacenes, trasteros o garajes (salvo que estos últimos sean parte integrante de la vivienda) las fábricas, chozas, cabañas, establos o casas en ruinas

utilización habitual de la vivienda. La presencia de tal animus, nos evita la necesidad de fijar plazo alguno para que podamos hablar de habitualidad: basta que exista la intención de permanencia, más o menos prolongada, para que, unido al requisito objetivo de ocupación, podamos hablar de vivienda habitual. Concorre este "animus" cuando los cónyuges han realizado un "acto de afectación o destinación".

2º Que se trate de vivienda ganancial (o común, en caso de que rija entre los cónyuges un régimen de comunidad distinto al régimen legal de gananciales). El precepto exige que el régimen económico del matrimonio sea un régimen de comunidad y que la vivienda pertenezca, precisamente, a la masa común de bienes. Si del régimen legal se trata, cabe preguntarse si para el ejercicio de este derecho de atribución preferente es suficiente con que la vivienda sea *en parte* ganancial. Recordemos al respecto que, incluso en los casos en los que la vivienda ha sido adquirida antes del matrimonio, de forma privativa por un cónyuge, si luego hay plazos que se satisfacen con dinero ganancial, se genera un proindiviso entre la sociedad de gananciales y el cónyuge que realizó el hecho adquisitivo antes de contraer matrimonio. También puede existir un proindiviso si la vivienda, se adquiere constante matrimonio, con dinero en parte privativo y en parte ganancial (arts. 1354 y 1357 II Cc.). No se nos escapa que es más fácilmente defendible la aplicación del precepto que comentamos en los casos en los que el patrimonio privativo en cuestión es el del cónyuge no concursado, que cuando no lo es. Es decir, solicitar la atribución preferente de la vivienda habitual en el lote del no concursado cuando, por ejemplo, la misma pertenece en un porcentaje muy elevado al patrimonio privativo del concursado, y en un porcentaje ínfimo a la sociedad e gananciales resulta de difícil justificación. Lo que también carece de justificación es la ausencia de referencia del precepto a los casos en que la vivienda pertenece en copropiedad a ambos cónyuges, en el régimen de separación de bienes. Quizá sea defendible la aplicación analógica en el sentido de admitir, de manera semejante a lo establecido para los supuestos de pacto de sobrevivencia, que el cónyuge del concursado adquiera la mitad de la vivienda habitual previo pago del valor de la cuota del concursado, conforme a los criterios establecidos en el apartado anterior del art. 78.

3º Que el cónyuge del concursado haya solicitado la disolución de la sociedad de gananciales. Recordemos que la declaración de concurso, por sí sola no determina tal disolución, sino que la misma ha de ser solicitada por el cónyuge del concursado. De no haberlo hecho así, no procede la posterior liquidación ni reparto de bienes gananciales alguno entre cónyuges.

Por último cabe señalar que el precepto no será de aplicación en dos supuestos:

1º. Por un lado, y puesto que antes es pagar que partir, con anterioridad a la liquidación y adjudicación de lotes a los cónyuges, habrá que satisfacer a los acreedores consorciales, o reservar bienes suficientes para hacer frente al pago de sus deudas. Al ser la vivienda bien ganancial, la misma está afecta a la satisfacción de las deudas de carácter consorcial contraídas por el cónyuge concursado, y es posible que los bienes gananciales, incluida la vivienda, se agote en la satisfacción de dichos acreedores.

2º. Por otro lado, el precepto no tendrá trascendencia en relación a los acreedores hipotecarios cuyo derecho de garantía recae sobre la propia vivienda habitual. Al respecto hay que recordar que la constitución de garantías reales sobre el inmueble que constituye la vivienda familiar es un verdadero negocio dispositivo, que tiene por

objeto específico a la propia vivienda y, en lo que a ese aspecto respecta, gozaría de la protección del artículo 1.320 del Cc. En tal sentido, siendo la vivienda común, o no, el establecimiento de la garantía real necesita el consentimiento de ambos cónyuges. Pero una vez hipotecada, los acreedores hipotecarios –aunque lo sean por deudas privativas del concursado- se cobrarán preferentemente sobre los bienes hipotecados, con independencia de que los mismos hayan sido atribuidos o no al cónyuge del concursado, de forma preferente en la liquidación de gananciales. En realidad, si los acreedores con garantía real sobre la vivienda habitual están insinuados en la masa pasiva, es decir, son acreedores del concursado, difícilmente le convendrá al cónyuge del concursado pedir la inclusión en su lote²⁴ de un bien afecto al pago de una deuda que, en caso de que se abra la fase de liquidación, vencerá anticipadamente (vid. art. 146 LC). Quizá le interese si en el caso de obtener financiación por su cuenta, el cónyuge del concursado satisface el crédito hipotecario que recae sobre la vivienda y así consigue separar el bien de estos acreedores insinuados en el concurso.

III Repercusiones del procedimiento concursal en el régimen de separación de bienes

a) Planteamiento

Siendo el régimen vigente en el matrimonio el de separación de bienes, aparentemente la complejidad que se presenta en relación al cobro de los acreedores es menor que en los regímenes comunitarios, puesto que no existen posibilidades de vinculación de un patrimonio común mediante la actuación de uno de los cónyuges, ni los problemas relativos a la determinación ganancial o privativa de los bienes sobre los que hacerse cobro. Sin embargo en este régimen se ha afirmado que los acreedores pueden resultar perjudicados puesto que disminuyen las garantías de que todo acreedor goza en el régimen legal, al restringirse las posibilidades de cobro sobre los bienes del matrimonio. Por un lado, no existe en este régimen la categoría de acreedores consorciales, los cuales, aunque la deuda haya sido contraída por un solo cónyuge pueden hacerse cobro directamente sobre la masa ganancial, integrada, entre otros bienes, por las ganancias de ambos. En segundo lugar, el cónyuge separado de bienes no tiene derecho a la mitad de las ganancias del matrimonio, incluidas las de su consorte, por lo que si el concursado es un cónyuge que no percibe ingresos, a pesar de que disfruta de las ganancias de su consorte dado el consumo común, resulta que sus acreedores privativos no tienen la posibilidad de agredir en absoluto, ni en su mitad, esas ganancias del consorte, a diferencia de los acreedores de la sociedad de gananciales. Además se dice que el régimen de separación pone en peligro el principio de responsabilidad universal patrimonial proclamado en el art. 1911 Cc. En efecto, rigiendo en este régimen el principio de responsabilidad exclusiva de cada cónyuge respecto a las deudas por él contraídas, la especial relación de confianza existente en el matrimonio facilita el trasvase de bienes del patrimonio del deudor o del concursado al de su consorte, consiguiendo poner los bienes de aquél a salvo de la acción de los acreedores.

²⁴ En realidad en su lote sólo se incluirá el valor del bien sin la carga, es decir, el valor correspondiente a la parte de precio ya satisfecho.

Lo cierto es que la integración del patrimonio del deudor es una operación a la que se enfrenta todo acreedor, operación que en caso de concurso, se concreta en la determinación de la masa activa. Propietario de los bienes, en el régimen de separación, será el que realice el hecho adquisitivo, conforme establece el art. 609 Cc. y concordantes, pero habrá que tener presente la suerte que ha de correr la inversión de fondos del consorte en tales adquisiciones, ya sean las del concursado, ya sean las del cónyuge *in bonis*. En efecto, en el régimen separatista no rige el principio de subrogación real, sino que la titularidad viene determinada, no por la propiedad de los fondos invertidos (a salvo los supuestos de representación), sino por la realización del hecho adquisitivo (art. 609 Cc.) a favor de un determinado cónyuge. Pues bien, en caso de que se produzca la inversión de fondos de un cónyuge en las adquisiciones del otro, podemos encontrarnos ante una adquisición verdadera del cónyuge titular, habiendo mediado donación, préstamo o simple toma de anticipo de los fondos de su consorte. Pero también podemos estar ante un supuesto de simulación relativa subjetiva, en el que aunque aparentemente adquiere el cónyuge no titular de los fondos, ello es así tan sólo en virtud de un acuerdo simulatorio, por lo que en realidad, el verdadero adquirente es el otro cónyuge, en nuestro caso, el concursado.

En otras ocasiones, por último, los problemas vienen dados precisamente por la indeterminación del cónyuge que realizó el hecho adquisitivo. En estos casos, el Código civil atribuye una copropiedad a ambos cónyuges respecto al bien de titularidad incierta (art. 1441 Cc.)

En un intento de paliar la difícil situación que se planteaba a los acreedores del cónyuge que no resultaba ser titular de bienes en el matrimonio, siendo titular de todos ellos su consorte, se introdujo en el Derecho civil común español, por vez primera, en la reforma de 13 de mayo de 1981, la modalidad moderna de una antigua institución del derecho romano, *la presunción muciana*, modalidad que ya había sido consagrada con anterioridad en otros ordenamientos y que viene denominándose con el nombre de "muciana moderna de carácter concursal". En efecto, con dicha reforma se introduce en el Código civil el art. 1442 según el cual "*Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho*". El precepto debe considerarse objeto de derogación tácita por la Ley Concursal²⁵. Veamos las similitudes y las diferencias entre el precepto del Código civil y la nueva regulación aportada por la LC, sin olvidar que, a pesar de su ubicación entre las normas que regula la composición de la masa activa, desde el punto de vista de la reducción *ex iure domini* y *ex iure crediti*, esta es una norma que está más relacionada con la reintegración de la masa, ya que presume donaciones a los efectos del ejercicio de las acciones de reintegración.

²⁵ No queda derogado sin embargo el art. 39 del Código de familia catalán que reza: "En las adquisiciones hechas a título oneroso por uno de los cónyuges durante el matrimonio, si consta la titularidad de los bienes, la contraprestación se entiende pagada con dinero del adquirente. En caso de que la contraprestación proceda del otro cónyuge, se presume su donación", porque su ámbito de aplicación no se restringe a los casos de concurso del cónyuge no adquirente. Sin embargo, en caso de concurso, será de aplicación preferente lo establecido en la LC.

b) Solución prevista en la Ley concursal

La Ley Concursal, en el art. 78.1 LC continúa la tradición de facilitar la prueba a los acreedores del concursado casado en separación de bienes, para conseguir reintegrar la masa activa con determinados bienes que pueden aparentemente pertenecer al otro cónyuge, pero que en realidad pertenecen al concursado (simulación) o bien, a pesar de pertenecer al otro cónyuge, han sido adquiridos con bienes del concursado, mediando donaciones o préstamos tácitos no devueltos, actos todos ellos que implican un perjuicio al patrimonio del concursado y que permitirían, de resultar acreditados, las pertinentes acciones de reintegración de la masa activa. Por ello, cabe precisar que a pesar de haberse ubicado la norma en el capítulo II del Título IV que se refiere a la determinación de la masa activa y a los derechos de separación *ex iure creditii* y *ex iure dominii*, es una norma que en realidad facilita la aplicación de las acciones de reintegración de la masa contenidas en el capítulo IV del Título III relativo a los efectos de la declaración de concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Veamos en contenido de la norma.

El art. 78 en sus apartados 1 y 2 establece “1. Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso. 2. Las presunciones a que se refiere este artículo no regirán cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho.”

Pues bien, tal y como se pone de manifiesto en el texto del precepto, el artículo 78.1 viene a establecer, al igual que su predecesor del Cc. una presunción *iuris tantum*. Como en toda presunción, existe un hecho base, cuyos requisitos debe acreditar el beneficiado por la presunción; y un hecho presunto, cuya existencia apreciará el juzgador, si el perjudicado por el precepto no ha conseguido acreditar que no concurren los requisitos constitutivos del hecho base -*contraprueba*-, y no consigue tampoco enervar la presunción probando la irrealidad del hecho presunto -*prueba en contrario*.

Pero en realidad, más que una presunción establece dos presunciones, partiendo de la concurrencia de dos posibles hechos base:

-El cónyuge del concursado ha adquirido bienes a título oneroso y está probado que la contraprestación satisfecha procede del patrimonio del concursado. Ante tal hecho base se presume, salvo prueba en contrario, que la utilización de fondos procedentes de su consorte se realizó en virtud de una donación de dichos fondos. Tal y como está redactado el precepto, parece que no existe plazo durante el cual se tiene que haber realizado la adquisición. En principio el límite, por tanto, sería la propia existencia del matrimonio: se aplicaría la presunción a todas las adquisiciones a título oneroso cuya

contraprestación proceda del patrimonio del concursado, desde que ambos contrajeron matrimonio.

-El cónyuge del concursado ha adquirido bienes a título oneroso y no consta acreditada la procedencia de la contraprestación. En ese caso se presume, salvo prueba en contrario, que la mitad de la contraprestación procedía del patrimonio del concursado, y fue objeto de donación. Para que entre en juego esta presunción es necesario que la adquisición se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso. Además es necesario, para que juegue la presunción, que los cónyuges hubieran contraído matrimonio en el momento de la adquisición²⁶.

En ambos casos se exige una adquisición a *título oneroso* del cónyuge del concursado. Que la adquisición se haya realizado a título oneroso es un requisito cuya prueba incumbe a los acreedores. Si se ha acreditado la realización del acto adquisitivo por parte del cónyuge del concursado, también constará el título de adquisición y puede que, incluso, la persona del transmitente y la fecha. La presunción no se aplicará si consta que la adquisición fue realizada por el cónyuge *in bonis* a título gratuito. Ello es así porque si está probado que la donación la hizo un tercero, está claro que el bien no procede del concursado, y si procede probadamente del concursado, por título gratuito, tampoco se aplicará, sencillamente, porque existe cumplida prueba de una donación a fin de su sometimiento al ejercicio de las acciones rescisorias. Tal donación será rescindible sin alegar presunción alguna. Ahora bien, se aplicará la presunción a todas las adquisiciones realizadas a título oneroso, ya sea el transmitente un tercero o bien el propio cónyuge concursado, aunque parece que el presupuesto normal de aplicación se producirá en los casos en que consta que el cónyuge ha adquirido de un tercero, pues se presume que lo ha hecho empleando medios del concursado.

Por otro lado, para que sea posible la aplicación de cualquiera de las dos presunciones es necesario que los cónyuges no estén *separados judicialmente o de hecho* (art. 78.2 LC). Los acreedores no necesitan probar la inexistencia de separación judicial o de hecho, pues están amparados por la presunción de que los cónyuges viven juntos (art. 69 Cc). Es el cónyuge *in bonis* el que cargará con la prueba de la separación, que no planteará especiales problemas en el caso de la judicial, pero sí quizás en la separación de hecho. Cabe plantearse al respecto si, para evitar la aplicación de las presunciones, la separación judicial o de hecho debe concurrir en el momento en que se produce la adquisición a título oneroso o en el momento en que se produce la declaración de concurso, es decir, en el momento de su aplicación. Nosotros nos inclinamos por la primera solución pues si en ese momento ya no existía la relación de confianza y disfrute de bienes en común, parece excesivo presumir la donación de los

²⁶El artículo 264 del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 establecía expresamente la necesidad de que la adquisición se haya verificado constante matrimonio. Según el precepto "*Declarado el concurso de un cónyuge con régimen de separación de bienes, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de la masa, que fueron donados por él los bienes adquiridos por el otro cónyuge, constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, siempre que la adquisición haya tenido lugar en el año anterior a la admisión a trámite de la solicitud del concurso o en el período a que alcance la retroacción, si éste fuese superior a aquél. Si el cónyuge justifica la adquisición pero no la del precio con que la hubiese verificado, se presumirá que el bien procede de donación del concursado. Se tendrá por justificada la procedencia del precio cuando el cónyuge titular percibiera sueldo, ejerciera profesión, o, en general, tuviera a su disposición dinero suficiente para la adquisición en el momento de realizarla. Esta presunción no regirá si en el momento de la adquisición los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho...*".

fondos utilizados en la adquisición, ya sea en su totalidad –al menos habrán sido objeto de préstamo y no donación- en el primer supuesto, o bien en su mitad, en el segundo supuesto. Ahora bien, ¿dicha situación debe prolongarse hasta el momento de la declaración del concurso? En relación al derecho derogado algunos autores, cuya opinión compartimos, consideraban que, si había separación judicial, sencillamente no habría régimen económico de separación de bienes, y por tanto no sería aplicable la presunción. Si hay separación de hecho, ésta debe extenderse a todo el periodo comprendido entre la adquisición y la declaración de concurso, pues de no ser así se podría fácilmente burlar la aplicación de la presunción²⁷. Otros autores, sin embargo, consideraban que era suficiente con que exista la separación en el momento de la adquisición, mostrándose contrarios a la exigencia de separación durante todo el período sospechoso²⁸.

La finalidad buscada por el legislador al establecer estas presunciones está, como hemos dicho, relacionada con la delicada cuestión de la contratación entre cónyuges y, en general, con el problema de los trasvases patrimoniales entre las masas pertenecientes a cada uno de ellos, mediante los cuales se puede producir un perjuicio a los derechos de terceros. Precisamente en estos supuestos de salidas y entradas de fondos, entre los patrimonios de ambos cónyuges, sin que exista cobertura formal alguna, detectable por los acreedores, es cuando el legislador trata de proteger a estos, a través de la moderna muciana. ¿Cómo? En el primer caso, presumiendo que la salida del patrimonio del deudor, y la entrada en el patrimonio de su cónyuge, que está probada, se ha producido a título de donación. En el segundo caso, presumiendo que la utilización de fondos del concursado – que no está probada- se ha producido y además a título de donación. Una vez se presume que ha existido donación, en uno u otro caso, se pueden ejercitar las acciones pertinentes para conseguir la debida integración del patrimonio del concursado, con aquéllos bienes que salieron del mismo.

Entre las distintas posibilidades que al legislador le brinda el derecho comparado y la normativa existente tanto común como foral, en torno a esta figura, el legislador ha huido de presumir directamente la propiedad del concursado en relación a estos bienes (presunción de simulación relativa subjetiva), tradicional en el derecho italiano, así como de presumir directamente la donación del bien o de su mitad, solución que recogía el art. 1442 Cc. y que fue objeto de importantes críticas debido a la imposibilidad de presumir un hecho cuando la propia acreditación del hecho base contradecía lo presumido²⁹. En realidad tal precepto venía siendo interpretado por varios autores³⁰ en

²⁷ Así DE LOS MOZOS, Comentarios al Cc y Compilaciones forales, dirigidos por M. Albaladejo, T. XVIII, vols., 1º y 2º Edersa, Madrid, 1982 p. 414. En el mismo sentido DIEZ PICAZO-GULLÓN, Sistema de Derecho civil, Vol.IV Tecnos, Madrid, 1989, p. 235, y, para el derecho catalán YSAS, Comentarios a les reformes del Dret civil de Catalunya, Bosch, Barcelona, 1987 p. 324.

²⁸ TORTORICI PASTOR, “En torno...” ADC, 1990, p. 1204. Esta es, por otro lado, la solución adoptada por el ALC de 1983 en su artículo 264 "Esta presunción no regirá si en el momento de la adquisición los cónyuges estuviesen separados judicialmente o de hecho".

²⁹ El precepto presumía la donación en su mitad de los bienes adquiridos *a título oneroso* por el cónyuge *in bonis*. ¿Cómo se va a presumir una donación, si se ha probado una adquisición a título oneroso? Por otro lado, en las adquisiciones procedentes del tercero, ¿cómo va un cónyuge a donar un bien que nunca estuvo en su patrimonio?

el sentido en que hoy se manifiesta el legislador: Se presumen donados los fondos y no el bien adquirido, posición que ya había sido recogida por el derecho catalán, al regular –sin ceñirse a los supuestos concursales- la prueba de la titularidad de los bienes y el empleo de fondos de un cónyuge en las adquisiciones del consorte (vid. art. 39 del Código de familia catalán).

Para impedir el juego de la *primera* presunción y evitar la aplicación de las acciones de reintegración procedentes el cónyuge del concursado deberá probar, bien que la adquisición no fue a título oneroso – probado que adquirió los bienes a título gratuito, no hay inversión de fondos-, o bien que los fondos invertidos no procedían en realidad del concursado, o bien que cuando se produjo la adquisición los cónyuges se encontraban separados judicialmente o de hecho. Con ello habrá desvirtuado la existencia del hecho base –contraprueba- y no se podrá aplicar la presunción. Si el hecho base ha quedado acreditado, deberá enervar la presunción aportando prueba de lo contrario, es decir, que los fondos invertidos de su consorte no lo fueron a título de donación sino a título de préstamo ya devuelto, o porque la entrega de dichos fondos venía a regularizar a su vez créditos existentes entre ambos a favor del cónyuge *in bonis*. Si se consigue acreditar el mutuo, como hemos dicho, quedaría enervada la presunción especialmente, en el caso de que el cónyuge adquirente –prestatarario concursado- hubiese procedido a la devolución del mismo con fondos propios. En caso de ausencia de devolución el propio mutuo sería objeto de las acciones de reintegración, salvo que los acreedores prefieran reclamar la devolución del mismo con sus posibles intereses. Por ello, la prueba del mutuo, salvo que exista devolución cumplida del mismo, no será especialmente beneficiosa para el cónyuge *in bonis*. Si no consigue enervar la presunción, se presume la donación de los fondos respecto a cualquier adquisición con independencia del momento en que ésta tenga lugar, siempre que sea tras la celebración del matrimonio. Ahora bien, habrá que determinar si, dado el momento en que se produce la presunta donación, a la misma le alcanzan las acciones de reintegración (dos años si es la rescisoria concursal o cuatro si es la rescisoria del Cc.).

Para impedir el juego de la *segunda* presunción el cónyuge *in bonis* deberá probar la ausencia de hecho base –adquisición a título gratuito, que la misma tuvo lugar antes del plazo de un año señalado en el precepto a contar desde la declaración de concurso, o que existía ya separación judicial o de hecho. En caso contrario, deberá aportarse prueba contraria a la presunción: los fondos invertidos no proceden de la donación del consorte. El problema se plantea respecto al modo en que el cónyuge *in bonis* puede probar el empleo de medios propios, para realizar la adquisición. Al respecto, nos parece correcta la tendencia de dulcificar tal prueba³¹, siendo suficiente que el adquirente tuviera bienes propios disponibles en ese momento para realizar la inversión, sin que sea imprescindible que se pruebe la efectiva inversión de los mismos

³⁰LACRUZ, Elementos Derecho civil, T. IV, vol. 1º Bosch, Barcelona 1990, p. 535, seguido por DE LOS MOZOS, Comentarios al Cc..., 1982, p. 413, TORTORICI, “En torno...” ADC, 1990, p. 1211, ALVAREZ OLALLA, Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, Pamplona 1996, p. 330 y ss.

³¹Así TORTORICI, “En torno...”, ADC, 1990, p. 1212, e YSAS, Comentarís..., 1987, p. 331. Asimismo, en el Anteproyecto de Ley concursal de 1983 se hacía constar expresamente “*Se tendrá por justificada la procedencia del precio cuando el cónyuge titular percibiera sueldo, ejerciera profesión o en general, tuviera a su disposición dinero suficiente para la adquisición en el momento de realizarla*”.

en esa adquisición concreta³². En realidad, la pertenencia exclusiva de los fondos se podrá probar empleando todos los medios de prueba, incluidas las presunciones *hominis* del art. 1253 Cc., para la formación de las cuales será relevante el hecho de la disponibilidad de fondos en el momento de la adquisición. Ahora bien, la mera confesión del cónyuge concursado, de pertenencia exclusiva a su cónyuge de los fondos invertidos no será suficiente en virtud de lo establecido en el art. 1324 Cc. También podría quedar enervada la presunción mediante la prueba de que el precio quedó totalmente aplazado, y no se ha pagado nada en absoluto, pues en este caso no ha habido disminución del patrimonio del concursado. Si ha habido pago parcial, se entenderá que ha sido donada exclusivamente la mitad del precio satisfecho.

La existencia de las presunciones no impedirá el ejercicio de acciones por parte de los acreedores para descubrir donación de la totalidad de los fondos, o simulación relativa subjetiva en la adquisición de la totalidad o la mitad del bien. Lo cierto es que, cuando los bienes figuran a nombre del cónyuge del concursado, a pesar de la presunción de donación de los fondos, será más frecuente que no se trate sino de un supuesto de simulación relativa subjetiva, en el cual el concursado nada ha querido donar, sólo quiere aparentar que no existen en su patrimonio bienes que en realidad sí existen. Como ha puesto de relieve algún autor "El parentesco o relación de amistad o análoga entre los participantes en el negocio simulado se considera también -me atrevería a decir que con carácter principal- indicio de simulación"³³.

Cabe plantearnos si sería de aplicación la figura en caso de concurso acumulado de ambos cónyuges. En ese caso los términos del debate no se plantearían entre cada cónyuge y los acreedores del otro, sino entre la administración concursal de uno y otro procedimiento de ejecución colectiva. De admitirse la aplicación de las presunciones en estos casos la misma implicaría un modo de reintegración de la masa del cónyuge concursado no adquirente y de aumento de la masa pasiva –se deben los fondos- del cónyuge concursado adquirente, si bien el derecho de reintegración de los fondos no sería ejercitado por el propietario de los mismos, sino por sus acreedores, amparados en una presunción que tienen que destruir los acreedores del concursado adquirente. Igual solución podría darse en el caso de concursos sucesivos no acumulados. Los acreedores del primer concursado no tendrían dificultad en alegar la presunción, si lo hacen antes de que el otro cónyuge sea declarado en concurso³⁴. Una vez los acreedores del primer concursado han logrado la reintegración del patrimonio de su deudor, con los fondos invertidos en las adquisiciones de su consorte, ¿negaremos a los acreedores de éste último también concursado -y que se encuentran con un patrimonio disminuido por efecto de la presunción- ejercerla a su vez sobre las adquisiciones del cónyuge de su concursado? Entendemos que debe otorgárseles el mismo derecho a detraer del patrimonio del consorte -siempre, claro está, que aún no haya sido liquidado- los fondos invertidos en sus adquisiciones, que no le pertenecían de aquél.

³²Sin embargo el Decreto francés de 1955, en su artículo 106, exigía prueba por escrito, de la pertenencia de los fondos invertidos. En el derecho italiano, tanto la jurisprudencia como la doctrina consideran insuficiente la prueba de la mera disponibilidad de bienes en el momento de la adquisición. Así PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milan 1993, p. 427.

³³CAVANILLAS, "La prueba de la simulación en la doctrina civil de la Audiencia de Palma de Mallorca: Un estudio de jurisprudencia menor" RJC, 1990, p.1061 y 1062.

³⁴Si lo hacen después, el supuesto será igual que el de concurso acumulado.

Por último nos preguntamos si será posible la aplicación de las presunciones en los bienes adquiridos por el cónyuge *in bonis*, a título oneroso, pero en proindiviso con el consorte concursado. En este supuesto, entendemos, que debe detenerse la presunción. El legislador en el art. 78.1 presume que el cónyuge ha adquirido bienes con fondos donados en su totalidad o en su mitad por el concursado. El legislador quiere que, como mínimo, en caso de que no exista título de adquisición (art. 1441), o de que exista título en favor del cónyuge del concursado, pero no haya prueba de que aquél empleó sólo dinero suyo en la adquisición, los acreedores puedan al menos hacerse cobro con la mitad de los bienes o de los fondos que estén en una de estas dos situaciones. Si el bien pertenece proindiviso a ambos cónyuges ya está cumplido el deseo del legislador. Una interpretación contraria perjudicaría a aquéllos cónyuges que inscriben un bien como propiedad de ambos -que normalmente habrá sido adquirido con medios de ambos, o a través del esfuerzo de ambos, que es finalmente lo que presume el legislador- frente a aquellos que inscriben sólo a nombre del cónyuge no concursado, con la intención de extraer los mismos de la acción del acreedor. Esto no significa que los acreedores no puedan probar que todos los medios invertidos fueron del concursado y, por tanto, que hay donación -o préstamo- también de la otra mitad del dinero empleado, o *testaferro* en la mitad, consiguiendo así incluir la totalidad del valor del bien en la masa; sólo significa que no debe *presumirse* que la mitad de esa mitad la adquirió el cónyuge del concursado de ese modo.

c) Especialidades que afectan a los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia.

Por último, y dentro de las especificidades propias del régimen de separación, el legislador establece, en el apartado 3 del art. 78 que *“Los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado. El cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se tratare de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. En los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el juez, oídas las partes y previo informe de experto cuando lo estime oportuno.”*

Dedica la LC el tercer apartado del art. 78, pues, a la regulación de la inclusión en la masa activa de los bienes afectados por un pacto de sobrevivencia. Señala el precepto que tales bienes, que han sido adquiridos por ambos cónyuges, se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la cuota correspondiente a la mitad de tales bienes, perteneciente al cónyuge concursado.

La regulación de esta institución la encontramos en el art. 44 del Código de familia catalán aprobado por Ley 9/1998 de 15 de julio. Se trata de bienes que han sido adquiridos conjuntamente por ambos cónyuges en régimen de separación de bienes, por lo que la adquisición se realiza en proindiviso ordinario. Habiendo tenido lugar el acto de adquisición por compra a favor de ambos cónyuges, si se ha establecido un pacto de

sobrevivencia, ello significa básicamente que es deseo de ambos cónyuges que tales bienes pasen a pertenecer en su totalidad al cónyuge superviviente en caso de fallecimiento de su consorte. Por ello quedan sometidos a un régimen jurídico restrictivo en torno a los posibles actos de disposición. Por un lado tales bienes no pueden ser enajenados ni gravados, si no es por acuerdo de ambos cónyuges, lo cual está en consonancia con el régimen aplicable a los actos dispositivos sobre las cosas tenidas en copropiedad. Pero es que además, los cónyuges tienen limitado su poder de disposición sobre su *cuota*, que en principio, y según el régimen general de la copropiedad, podría ser objeto de disposición individual por parte de cualquier comunero. Además queda excluido el ejercicio de la acción de división³⁵, por lo que ha sido considerada en ocasiones como institución que genera comunidad en mano común³⁶.

El hecho de haberse establecido un pacto de supervivencia por los cónyuges no puede determinar la inembargabilidad del bien, pues el establecimiento de tal pacto sería una fácil vía para eludir el principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 Cc. En efecto, la intransmisibilidad de la cuota, así como la imposibilidad de ejercitar la acción de división, opera en caso de que un cónyuge pretenda realizar un acto de disposición o una división voluntaria, pero no impide las enajenaciones forzosas, no ya del bien, sino de la cuota, como consecuencia del embargo por deudas del cónyuge titular de la misma. Ello a su vez probablemente traerá consigo la futura división –también *forzosa*- del bien³⁷. Del mismo modo que la cuota perteneciente al cónyuge deudor integra su patrimonio en las ejecuciones singulares, debe integrar la masa activa en caso de procedimiento colectivo de ejecución, y así lo declara el primer párrafo del art 78.3.

Una vez integrada la cuota en la masa activa, el segundo párrafo del precepto da opción al cónyuge del concursado para adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. El valor será fijado de común acuerdo el cónyuge del concursado y la administración concursal³⁸ o será fijado por el juez,

³⁵ Señala el precepto citado “1. Los cónyuges que, en régimen económico de separación, comprenden bienes conjuntamente y por mitad pueden pactar en el mismo título de adquisición que, cuando se produzca el fallecimiento de cualquiera de ellos el sobreviviente resulte único titular de la totalidad.2. Mientras vivan los dos cónyuges, los bienes adquiridos con este pacto han de regirse por las siguientes normas: a) No pueden ser enajenados ni gravados, si no es por acuerdo de ambos. b) Ninguno de los cónyuges puede transmitir a terceras personas su derecho sobre los bienes.c) Debe mantenerse necesariamente la indivisión de los bienes.3. En los bienes comprados por ambos cónyuges con pacto de supervivencia, la adquisición de la participación del premuerto debe computarse en la herencia de éste, a efectos del cálculo de la legítima, y, en su caso, debe imputarse en pago a cuenta de la cuarta viudal”.

³⁶ Es una institución con la que se pretende paliar los efectos del régimen de separación de bienes y cuya naturaleza jurídica es discutida. Se la ha considerado como donación *mortis causa*, como contrato sucesorio, como fideicomiso condicional y como comunidad en mano común (vid. PUIG-ROCA, Fundamentos de Derecho civil de Cataluña, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1979, p. 200 y ss.).

³⁷ PUIG-ROCA, Fundamentos..., 1979, p. 209 y ss.

³⁸ En la formación del inventario la administración concursal habrá atribuido un valor al bien sometido a pacto de supervivencia -o a su mitad-, conforme al valor en el mercado. Ello no impide, entendemos, que en la negociación con el cónyuge del concursado, tal cantidad sea modificada, normalmente a la baja, para facilitar la adquisición del mismo. En cualquier caso, y de cara a interponer un proceso de incidentes a fin de que sea el Juez el que determine finalmente la valoración, será conveniente que el cónyuge del concursado impugne en su caso el inventario, más concretamente, el avalúo del bien (art. 96 LC).

tomando como referencia el valor de mercado, oídas las partes y previo informe de experto³⁹, cuando lo considere oportuno⁴⁰.

De este modo se otorga al cónyuge del concursado una posibilidad de ejercitar lo que puede considerarse, si no un derecho de separación *ex iure domini*, en la medida en que no detrae el bien de la masa por ser considerado como propietario suyo, sino que ha de abonar su mitad a la masa, sí se le concede, por así decirlo, un derecho de adquisición preferente de la cuota sujeta a la masa activa. Parece que tal derecho existirá con independencia de si el concurso va a finalizar por convenio o con liquidación. Y ello porque de esta manera se intenta proteger tanto las expectativas del cónyuge del concursado de hacerse con la totalidad del bien adquirido con pacto de sobrevivencia, como los derechos de los acreedores del concurso, para los cuales puede ser más interesante que la masa activa se integre con efectivo –la mitad del valor del bien– que con una cuota en copropiedad, siempre menos interesante de cara a futuros postores que pudieran adquirirla en un proceso de subasta por liquidación.

El mismo párrafo contiene una matización respecto al modo de valorar el bien sometido a un pacto de sobrevivencia, si mismo es la vivienda habitual. En estos casos el valor que deberá abonar el cónyuge *in bonis* será el precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. Se trataría de un precepto más que viene a integrar lo que se ha dado en llamar el *estatuto jurídico de protección de la vivienda habitual*. El precepto facilita la adquisición de la cuota sujeta al concurso por el cónyuge *in bonis*, al determinar un precio de adquisición que presumiblemente será inferior al valor de mercado, por más que el precio de adquisición se incremente con el porcentaje de subida de precios en materia de vivienda –señala el precepto que se trata de índice de precios al consumo específico-. Ahora bien, y por más que ello perjudique al cónyuge del concursado, el porcentaje a aplicar será el acumulado durante los años transcurridos desde la adquisición hasta el momento en que ha de fijarse el precio en el procedimiento concursal.

IV Cambio de régimen económico y concurso.

Como se señaló en la introducción, resulta habitual que los cónyuges, cuando uno de ellos atraviesa por dificultades financieras, traten de poner a salvo el patrimonio familiar en la medida de lo posible, realizando actos a través de los cuales vayan a parar la mayor parte de los bienes a manos del cónyuge que no contrajo la deuda, en nuestro caso, que no ha sido declarado en concurso. En el régimen de separación de bienes, como se ha dicho, es frecuente que los cónyuges realicen sus adquisiciones mediante la “puesta a nombre” del cónyuge no involucrado en la crisis patrimonial, a través del

³⁹ El precepto hace extensivo a la autoridad judicial en este caso, la posibilidad que el art. 83 otorga en beneficio de los administradores concursales, de auxiliarse en sus tareas de avalúo del asesoramiento de expertos, cuyos honorarios se abonarán con cargo a la masa.

⁴⁰ No se establece en el precepto la vía procedimental para solicitar del Juez la fijación del precio, en defecto de acuerdo entre el cónyuge del concursado y la administración concursal. Por ello habrá que acudir a la vía del incidente concursal aplicable respecto a todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en la Ley otra tramitación (art. 192.1 LC), siendo recurrible la sentencia en apelación (art. 197.4 LC).

fenómeno de la simulación relativa subjetiva. En el régimen de gananciales, sin embargo, el objetivo se trata de conseguir mediante la precipitada disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, atribuyendo al cónyuge que padece la crisis, y cuyo patrimonio puede ser objeto de agresión, los bienes gananciales menos valiosos o de más difícil realización.

Al respecto hay que recordar que, en efecto, la declaración de concurso de un cónyuge puede motivar, si así lo desea el otro cónyuge, la disolución y liquidación del régimen comunitario. Sin embargo, esta liquidación se realizará en pieza separada, por el juez del concurso, de tal modo que existen garantías de que al realizarla se salvaguardarán debidamente los derechos de los acreedores.

Nos estamos refiriendo ahora, en realidad, a los casos en que la disolución – normalmente mediante capitulaciones,- y posterior liquidación de gananciales se hace con anterioridad, en un periodo de tiempo relativamente próximo a la declaración de concurso. Pues bien, analizando las consecuencias que esta liquidación puede tener respecto de los acreedores del concursado hay que distinguir, de nuevo, los dos tipos de acreedores que pueden resultar afectados por ella:

- Respecto a los acreedores consorciales, que tenían posibilidades de plena agresión del patrimonio ganancial, hay que afirmar que la liquidación de los gananciales no les afecta en el siguiente sentido. Si bien la masa ganancial deja de seguir aumentando, por ejemplo, con los nuevos salarios y ganancias de los cónyuges, que ya pertenecerán privativamente a cada cónyuge, sin embargo respecto de la masa que era ganancial en el momento de la liquidación, la misma queda, por decirlo así, troquelada en el correspondiente inventario, y seguirá respondiendo de las deudas consorciales contraídas constante sociedad, sea quien sea el cónyuge adjudicatario de los bienes y con independencia del cónyuge que hubiere contraído la deuda. En ello se concreta la inoponibilidad del cambio de régimen a estos acreedores, establecido en el art. 1317 Cc. y el beneficio de inventario establecido en el art. 1401 Cc. Para llegar a esta conclusión hay que partir, sin embargo, del hecho de que tales acreedores deberían haber sido satisfechos, con cargo a la masa ganancial, antes de haber realizado adjudicaciones de bienes. Pero si ello no fue así, conservan todas las facultades de agresión de los bienes - y los que han venido a sustituirles- que eran gananciales en el momento de la disolución de la sociedad. Si no se hizo debidamente inventario además responderá el patrimonio privativo del cónyuge no deudor (art. 1401 Cc.), si bien esta responsabilidad no podrá ser hecha efectiva en el procedimiento concursal seguido contra el cónyuge concursado que contrajo la deuda.

Por ello cabría afirmar que, si el concursado tiene exclusivamente acreedores consorciales, no tendría la administración concursal necesidad de ejercitar acciones de reintegración del patrimonio del deudor, sino tan sólo proceder a incluir en la masa activa del concurso, junto con los bienes privativos del deudor, los bienes que en el momento de la disolución eran gananciales, por más que ahora aparezcan adjudicados al consorte. Sin embargo se trata de una solución dudosa pues, para las ejecuciones singulares el art. 144.4 RH, relativo a las anotaciones preventivas de embargo sobre bienes adjudicados al no deudor permite trabar embargo sobre tales bienes, siempre que del mandamiento resulte la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo pero además exige que conste la notificación del embargo al cónyuge no deudor, antes de que se hubiese otorgado la liquidación. Todo ello traducido al mundo concursal

podría significar que sólo cabe la inclusión automática de los bienes anteriormente gananciales en la medida en que la liquidación hecha por los cónyuges haya sido posterior a la declaración de concurso. Sin embargo, dada la literalidad de los arts. 1317 y 1401, estimamos preferible la solución antes apuntada de admitir la inclusión automática de los bienes anteriormente gananciales, pues de existir algún error respecto al carácter del bien o de la deuda, siempre cabe la defensa del cónyuge no deudor por la vía de las acciones de separación y de impugnación del inventario.

- Acreedores privativos. Estos acreedores, a diferencia de los consorciales, no tienen, por así decirlo, ningún derecho adquirido a hacerse cobro sobre bienes gananciales, sino tan sólo en la medida en que los mismos pertenecen en su mitad al cónyuge concursado. Por ello, de haber procedido el cónyuge concursado a la liquidación de su sociedad de gananciales en un momento intermedio, desde el nacimiento de la deuda hasta el de la declaración de concurso, serán de aplicación las normas relativas a las acciones de reintegración de la masa activa, si se considera que tal liquidación es un acto perjudicial para la misma, y la liquidación se realizó en los dos años anteriores a la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta (art. 71 LC). En caso de haberse realizado la liquidación en un momento anterior, procedería la rescisoria del Derecho común, siempre que no se remonte dicha liquidación más de cuatro años atrás, pues así lo permite en términos generales el art.71.6 LC.

Por último cabe hacer alusión a un supuesto relativamente frecuente y es el que tiene lugar cuando la que atraviesa la crisis es una empresa ganancial, del tipo societario, de tal modo que la liquidación de la sociedad de gananciales se realiza adjudicando a un cónyuge los bienes propiamente gananciales, normalmente inmuebles, y al otro cónyuge, normalmente el administrador de la sociedad las devaluadas participaciones o acciones sociales. Ante tal situación, si finalmente el cónyuge, socio colectivo, por ejemplo, debe desarrollar su responsabilidad subsidiaria, o como administrador de la sociedad capitalista, debe responder ex art. 262,5 TRLSA o 1º LSRL, resulta evidente que su patrimonio se ha visto mermado por la adjudicación a él realizada de la sociedad en crisis, por más que, en la actualidad, el Código civil le otorgue tal “derecho” de atribución preferente en la liquidación de gananciales, en el apartado 2 del art. 1406⁴¹. Ante la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones, es posible que él mismo sea declarado en concurso, siendo pues la liquidación así realizada susceptible de ser objeto de las correspondientes acciones de reintegración de la masa a que antes nos hemos referido.

Como conclusión cabe afirmar que la nueva Ley concursal da un tratamiento en parte novedoso y en parte conservador, respecto a la regulación anterior, a la repercusión de la crisis patrimonial de un cónyuge o de su empresa, en las relaciones patrimoniales familiares. Respecto al régimen de gananciales, el modo de integración en la masa activa de bienes comunes y bienes privativos es muy similar al modo en que tales bienes pueden ser objeto de ejecución singular. Por otro lado, continúa la LC contemplando la posibilidad de pedir la disolución de la sociedad de gananciales por la mera declaración de concurso de un cónyuge, puesto que supedita esta posibilidad al

⁴¹ Introducido por la DF Primera de la ley 7/2003 de la sociedad limitada Nueva Empresa.

hecho de que queden incluidos en la masa activa bienes gananciales, lo cual, como hemos dicho ocurrirá siempre. Como novedad cabe resaltar la posibilidad de solicitud de atribución preferente al cónyuge no deudor, de la vivienda ganancial en la liquidación de gananciales. Respecto a la crisis de las sociedades gananciales, o en general, de las que es socio un cónyuge, desaparece la quiebra automática de los socios responsables subsidiarios en las sociedades personalistas, pero se puede llegar a determinar su situación concursal como consecuencia del ejercicio de las acciones de responsabilidad contra ellos. Por último, y en relación al régimen de separación, como hemos dicho, la ley continúa favoreciendo el ejercicio de las acciones de reintegración de la masa activa, respecto a las adquisiciones realizadas por el cónyuge no concursado, pero con una regulación eso sí, más acorde con lo que venían siendo las reivindicaciones doctrinales, relativas a que las presunciones debían referirse a la inversión de fondos y no a la donación de bienes.