

**RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y CONCURSO DE ACREEDORES.
ASPECTOS PROBLEMÁTICOS TRAS LA LEY 38/2011 DE 10 DE OCTUBRE*.**

**MATILDE CUENA CASAS
PROFESORA TITULAR DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

RESUMEN: Se abordan en este trabajo las especialidades de régimen que suscita el concurso de persona casada, que deben suponer la necesaria conexión de las normas concursales con las normas sobre régimen económico matrimonial del Código Civil y las de las Comunidades Autónomas forales. Las presunciones de donación entre cónyuges casados en régimen de separación de bienes, las atribuciones preferentes y particularmente, la regulación atinente al concurso de persona casada en régimen de gananciales son aspectos que también se tratan en el presente trabajo, en el que se han resaltado las novedades introducidas en la Ley 38/2011 de 10 de octubre de Reforma de la Ley Concursal

ABSTRACT: The bankruptcy of married person shows legal specialties dealt with in this paper, in order to connect the bankruptcy rules with those of matrimonial regime of the Civil code and Autonomous Communities. Presumptions of donation between spouses who married in separation of assets regime, preferential attributions, besides the regulation of the bankruptcy of married person with community regime are issues also discussed in this paper, in which the new features introduced in Law 38/2011 October 10 of the Insolvency Law Reform are highlighted.

PALABRAS CLAVE: Concurso de acreedores, insolvencia, régimen económico matrimonial de gananciales.

KEYWORDS: Consumer bankruptcy, insolvency, matrimonial community regime.

SUMARIO.- 1. Derecho de familia y Ley Concursal. Problemas de competencia legislativa. 2. El concursado casado en régimen de gananciales. Novedades de la reciente reforma de la Ley Concursal. 3. Cuentas corrientes indistintas de titularidad conyugal. 4. Bibliografía.

I. DERECHO DE FAMILIA Y LEY CONCURSAL. PROBLEMAS DE COMPETENCIA¹ LEGISLATIVA.

La complejidad del derecho concursal reside en gran medida en que se trata de un área de conocimiento multidisciplinar, pues son muchas las partes del ordenamiento jurídico que es preciso manejar para abordar el problema de la insolvencia en el marco de un proceso de ejecución colectiva.

La unidad legal de disciplina del vigente Derecho concursal, resultando aplicable a todo deudor, sea persona física o jurídica, realice o no actividad

* MATILDE CUENA CASAS. Este comentario ha contado con la financiación I+D del Ministerio de Economía y Competitividad, a través del Proyecto DER 2010/17847 sobre “La nueva familia ante el derecho público y privado”, del que soy investigadora principal.

¹ Trabajo publicado en la revista Teoría y Derecho: revista del pensamiento jurídico. Nº 12-2012, pp. 66-2012.

empresarial, trae como consecuencia necesaria su conexión con el Derecho de familia, particularmente con las normas de régimen económico matrimonial cuando el concursado es una persona natural.

El objeto del presente trabajo no es el de realizar un estudio particular de la regulación contenida en la Ley Concursal (en adelante, LC) en relación con esta materia², sino el análisis de las disfunciones que se han evidenciado entre las normas concursales y las normas civiles reguladoras del régimen económico matrimonial, prestando especial atención a las novedades introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la LC (en adelante, LRLC).

Una dificultad añadida en este terreno se deriva de la circunstancia de la existencia de una pluralidad normativa en materia de regímenes económico matrimoniales en el territorio español, dada la competencia legislativa que sobre derecho civil ostentan las comunidades forales. La coordinación de la normativa concursal con las normas civiles impone el respeto a éstas por cuanto el legislador estatal carece de competencia legislativa para alterar las normas forales de régimen económico matrimonial.

La Disposición Final trigésima segunda de la Ley 22/2003, de 9 de julio Concursal, relativa al título competencial, dispone que *“la presente Ley se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al artículo 149.1.6ª y 8ª de la Constitución, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”*.

Por lo tanto, la competencia del Estado es exclusiva en materia mercantil y procesal, aspectos que indudablemente se ven afectados en la LC, pero en lo referente a su competencia en materia civil, la remisión del art. 149.1.8º CE implica necesariamente el respeto a las especialidades forales que, en materia de régimen

² El tratamiento regulación del concurso de persona casada ha sido tratado en varios trabajos, vid. CUENA CASAS, M, “El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad”, y también, “La presunción muciana concursal, *ADco*, nº5, 2005, pp. 147 y ss. ARNAU RAVENTÓS, L, “La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio”.

económico matrimonial, se hacen evidentes. La afectación de la LC a estas cuestiones debe realizarse sobre la base del respeto e integridad de las normas civiles, debiendo abordarse en la LC exclusivamente el tratamiento concursal de tales especialidades forales, sin que tal conexión implique una alteración del régimen que, de producirse, violentaría la competencia del legislador estatal. No toda la normativa contenida en la LC puede calificarse de legislación mercantil, por lo que el respeto a las materias colindantes de naturaleza civil es la regla con base en el título competencial por el que se dicta la norma.

Existen especialidades forales en materia de régimen económico matrimonial que tienen incidencia en el procedimiento concursal, las cuales no pueden ser alteradas por el legislador estatal por más que esta incidencia no sea de gran envergadura. Por otro lado, cuando la ley aplicable es una ley autonómica resulta preciso analizar si la norma contenida en la LC es de “puro” régimen económico (y en principio, no podrá derogar la ley autonómica, al ser una norma estatal) o bien si es posible calificarla como “concursal”, en atención a la finalidad que persigue dentro del concurso de acreedores, de modo que pudiera defenderse su aplicación uniforme en todo el territorio nacional³.

Pues bien, estas fricciones entre la LC y la normativa foral se han puesto de manifiesto en la regulación contenida en los arts. 77 y 78 LC, que regulan lo que debe integrarse en la masa activa del concurso cuando el concursado es persona natural casada. El hecho de que se trate de normas atinentes a la formación de la masa activa no las convierte en normas concursales⁴, de manera que no pueden alterar los principios básicos forales en materia de régimen matrimonial y, lo cierto, es que sí lo han hecho y buena prueba de ello es la respuesta del legislador foral en esta materia.

En particular y respecto a las presunciones de fraude contenidas en el 78.1 LC⁵ (tradicionalmente denominada presunción muciana) para los cónyuges casados

³ PARRA LUCÁN, MA, *La insolvencia de la persona física*, p. 126.

⁴ En contra, ÁLVAREZ OLALLA, P, *La incidencia de la LC...*, p. 71.

⁵ 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

en régimen de separación de bienes. En el momento de dictarse la LC, tal norma chocaba abiertamente con los arts. 12 y 39 del hoy derogado Código de Familia de Cataluña⁶. En otra ocasión ya mantuve la naturaleza civil de la presunción muciana⁷ y que la nueva colocación del precepto en la legislación concursal no alteraba su naturaleza estrictamente civil, al constituir una presunción de fraude que afecta a las personas casadas que se acogen a un determinado régimen económico matrimonial. La única particularidad que presenta la presunción es que sus beneficiarios son los acreedores que reclaman sus derechos en un procedimiento de ejecución colectiva, pero se trata de una norma de derecho material con alcance en el proceso que afecta a todo tipo de sujetos en las relaciones económicas con su cónyuge. Como consecuencia de afirmar la naturaleza civil de la presunción muciana⁸ cabe entender que ésta resulta también aplicable al régimen de participación por virtud de la remisión que establece el art. 1.413 Cc. No se trata, pues, de una norma mercantil aplicable exclusivamente al supuesto de la separación de bienes, sino que la misma debe incardinarse en la normativa general reguladora de los regímenes económico matrimoniales.

Consecuencia de la naturaleza civil de la presunción muciana es que la nueva regulación que de la misma se establece en el art. 78.1 y 2 LC no podía afectar al art. 12 y 39 del Código de Familia de Cataluña que regulaba en ese territorio la presunción muciana.

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”.

⁶ El art. 12 CF Cataluña (Ley 9/1998, de 15 de julio, vigente hasta enero de 2011), disponía “*En caso de quiebra o concurso de acreedores de uno de los cónyuges, los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior a la declaración o desde la fecha de la retroacción deben presumirse donados por el primero, salvo que se acredite que, en el momento de la adquisición, el matrimonio estaba separado judicialmente o de hecho o que el adquirente disponía de ingresos o recursos suficientes para efectuarla*”. Por su parte, el art. 39 del mismo cuerpo legal señalaba “*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*”.

⁷ CUENA CASAS, M, *La presunción muciana concursal...*, p. 153.

⁸ REBOLLEDO VARELA, A, *La nueva presunción muciana...*, p. 6.

Con todo, la polémica ha quedado zanjada tras la aprobación del Libro II del Código Civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio) que ha regulado la cuestión en el art. 231-12⁹, en el marco de las disposiciones generales aplicables a todo régimen económico matrimonial, confirmándose la tesis que ya mantuve de la naturaleza de esta presunción como norma de régimen económico matrimonial y, por lo tanto, la falta de competencia legislativa del legislador estatal para afectar al derecho civil catalán, por más que su hecho generador sea la declaración de concurso de uno de los cónyuges. Existen diferencias entre la norma catalana y la concursal y será la contenida en el Código Civil catalán la que deba tener presente la administración concursal cuando este derecho resulte aplicable a los cónyuges. Obsérvese que la norma catalana no restringe su ámbito de aplicación al régimen de separación de bienes, sino que se encuentra ubicado en las disposiciones generales aplicables a todo régimen matrimonial, abarcando incluso el de gananciales¹⁰.

Otro tanto se ha producido con ocasión del art. 78.3 LC que regula los efectos concursales de los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia¹¹, figura regulada en los arts. 231-15 y siguientes del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat. Aunque su regulación se encuentra en el Derecho catalán, nada impide que pueda

⁹ 1. En caso de declaración de concurso de uno de los cónyuges, los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior a la declaración se sujetan al siguiente régimen:

a) Si la contraprestación para su adquisición procedía del cónyuge concursado, se presume la donación.

b) En aquella parte en que no pueda acreditarse la procedencia de la contraprestación, se presume la donación de la mitad.

2. La presunción del apartado 1.b) se destruye si se acredita que, en el momento de la adquisición, el adquirente tenía ingresos o recursos suficientes para efectuarla.

3. Las presunciones establecidas por el presente artículo no rigen si los cónyuges estaban separados judicialmente o de hecho en el momento de la adquisición.

¹⁰ Sobre si es posible la aplicación de la presunción al régimen de gananciales, cfr. CUENA CASAS, M, *La protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial de separación de bienes (la llamada presunción muciana)*, Madrid, 1999, pp. 196 y ss.

¹¹ Art. 78.3 LC “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 un experto cuando lo estime oportuno”.

pactarse por los cónyuges siempre que se respete la normativa del derecho de sucesiones. Se trata de un pacto que tiene lugar cuando ambos cónyuges, casados en régimen de separación de bienes, adquieren conjuntamente y por mitad un bien constante matrimonio. Se parte pues de la adquisición de un bien en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas al que se le adiciona un pacto en el mismo título de adquisición, por virtud del cual cuando se produzca el fallecimiento de cualquiera de ellos el sobreviviente resulte único titular de la totalidad.

Cuando uno de los cónyuges es declarado en concurso, en puridad, nos encontramos con que los bienes afectados por el pacto son comunes en régimen de comunidad ordinaria, si bien se trata de una comunidad con caracteres especiales en tanto que, viviendo ambos cónyuges, ninguno de ellos puede transmitir a terceras personas su derecho y debe mantenerse necesariamente la indivisión de los mismos (art. 231.15 CCCat).

No obstante, esta indivisibilidad no afecta desde el punto de vista del principio de responsabilidad patrimonial del deudor, pues de lo contrario, el pacto sería una fácil vía para eludir tal principio¹². El art. 231-17 CCCat prevé que *“el acreedor de uno de los cónyuges puede solicitar el embargo sobre la parte que el deudor tiene en los bienes adquiridos con pacto de supervivencia”*, con la particularidad de que *“el embargo debe notificarse al cónyuge que no sea parte en el litigio”*. Caso de que esta situación se produzca, es decir, cuando se embargue un bien afectado por el pacto, se produce la extinción de éste, tal y como dispone el art. 231-181 c). Este esquema es el que se sigue en el párrafo primero del art. 78.3 LC cuando prevé como primera medida que se incluya en la masa activa la mitad del bien correspondiente al cónyuge concursado: *“los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de supervivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado”*. Por lo tanto, a efectos concursales, cabe incluir en la masa activa la cuota que sobre el bien afectado ostenta el concursado.

El cónyuge del concursado puede llegar a adquirir la totalidad del bien, antes del fallecimiento de su consorte, si bien esta adquisición en su totalidad será a

¹² ALVAREZ OLALLA, P, *Comentarios...*, p. 943.

título oneroso, pues tiene la carga de abonar a la masa activa del concurso el valor de la mitad adquirida. Se produce, pues, una auténtica alteración de la naturaleza del derecho que correspondía al cónyuge del concursado, en tanto que lo que era una expectativa de adquisición gratuita y aleatoria, la LC la convierte con esta opción en un derecho cierto a adquirir el bien a título oneroso. Tal opción la tiene el cónyuge con la sola inclusión de la mitad del bien en la masa activa, es decir, no hace falta que se inicie la fase de liquidación y se proceda a la ejecución del bien. Por lo tanto, puede suceder que tal bien no llegue a enajenarse porque el concurso termina con convenio. A pesar de que esto suceda, el cónyuge del concursado puede llegar a adquirir la totalidad del bien, provocando la extinción del pacto.

Como se puede apreciar, la norma contenida en el art. 78.3. LC afecta a una institución civil como es la adquisición con pacto de supervivencia, si bien todo ello se realiza con ocasión del concurso de acreedores de uno de los cónyuges y con ella, se favorece principalmente al cónyuge del concursado. Se trata de una norma que afecta directamente al derecho foral catalán si bien éste no contenía norma alguna respecto de la eficacia de estos pactos en el marco de un proceso concursal en el momento en el que se promulgó la LC. Se ha considerado¹³ que la regulación contenida en la Ley Concursal era constitucional ya que se limitaba con carácter general a dar un tratamiento unitario de dichos pactos en el ámbito concursal, sin afectar más que en lo imprescindible y solo a los efectos concursales, a su régimen sustantivo.

En su momento entendí¹⁴ que el hecho de que no estén regulados en el Derecho catalán los efectos del concurso respecto de bienes adquiridos con pacto de supervivencia no autoriza al Estado a entrar en la regulación de una materia estrictamente civil. Cosa distinta es que mientras en Cataluña no se aborde la regulación de esta cuestión, será de aplicación la Ley Concursal como Derecho supletorio.

Pues bien, de nuevo el legislador catalán ha intervenido para hacer suya la regulación de los efectos concursales de los bienes adquiridos con pacto de

¹³ ORDUÑA, J Y PLAZA, J, *ComLC* p.1422.

¹⁴ CUENA CASAS, M, *Comentario al art. 78 LC*, 2009, p. 328.

supervivencia. El art. 231.17.2, reproduce en el Código Civil de Cataluña la norma contenida en el art. 78.3 LC. Dispone el texto catalán *“en caso de declaración de concurso, la parte correspondiente al cónyuge concursado se integra en la masa activa. El otro cónyuge tiene derecho a sustraer de la masa esta parte satisfaciendo su valor. Si se trata de la vivienda familiar, el valor es el del precio de adquisición actualizado de acuerdo con el índice de precios al consumo específico del sector de la vivienda. En los demás bienes, el valor es el que determinen de común acuerdo el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que fije la autoridad judicial después de haber escuchado a las partes y previo informe de un experto si lo considera pertinente”*.

El hecho de que el legislador catalán haya intervenido en la regulación de una materia ya contemplada en la LC confirma la tesis de la falta de competencia legislativa del Estado para afectar, a través de la legislación concursal, a materias de derecho civil foral, lo cual acontece claramente con el art. 78.3 LC que prevé un supuesto de extinción del pacto de sobrevivencia que no estaba contemplado en la legislación catalana. A mi juicio, bastaba con que el legislador catalán hubiera recogido, como efectivamente ha hecho en el art. 231-18 un nuevo supuesto de extinción del pacto de supervivencia, sin necesidad de duplicar el art. 78.3 en el CCCat. Es claro es que cuando resulte aplicable el derecho catalán al concursado, la administración concursal deberá tener en cuenta la normativa contemplada en el art. 231.17.2 CCCat.

2. EL CONCURSADO CASADO EN RÉGIMEN DE GANANCIALES. NOVEDADES DE LA RECIENTE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL.

La insolvencia de persona casada en régimen de gananciales plantea importantes cuestiones, sobre todo en la fase de formación de la masa activa. Es evidente la inclusión de los bienes privativos del concursado (art. 77.1 LC), pero más problemas suscita saber lo que sucede con el patrimonio ganancial cuya titularidad corresponde a ambos cónyuges.

En este ámbito la especial naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales tiene importantes consecuencias prácticas. Su consideración como un modelo de comunidad germánica, sin personalidad jurídica propia, por virtud de la cual los

cónyuges carecen durante la vigencia del régimen de cuotas enajenables (y, por ende, embargables), sobre los bienes gananciales impide que en caso de concurso de uno de los cónyuges pueda incluirse en la masa activa la cuota correspondiente a cada cónyuge sobre los bienes comunes, tal y como aconsejaría un escrupuloso respeto al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 Cc). Sólo tras la disolución y liquidación del régimen conyugal los cónyuges les será adjudicada a cada cónyuge la titularidad exclusiva de los bienes que fueron gananciales o bien en régimen de comunidad de bienes romana o por cuotas (arts. 392 y ss CC). Hasta la disolución del régimen, por lo tanto, no es posible determinar el derecho que a cada cónyuge le corresponde sobre el patrimonio común.

Si lo que hubiera inspirado al legislador hubiera sido el respeto al principio de responsabilidad patrimonial universal, la solución lógica al problema de los bienes que deben integrar la masa activa habría sido la de, previa disolución automática de la sociedad de gananciales por obra de la declaración de concurso, incluir tan solo el derecho que sobre los mismos se le atribuya al concursado. De hecho, esta fue la opción inicialmente escogida en el Proyecto de LC de 23 de julio de 2002 y sobre esta solución se construyó la regulación del concurso de persona casada.

Sin embargo, la aprobación de algunas enmiendas presentadas a lo largo de la tramitación parlamentaria¹⁵ rompen la lógica del sistema y se opta por abandonar el texto proyectado sustituyéndolo por otro diametralmente distinto recogido en el art. 77 LC que incluye sin más los bienes gananciales o comunes en la masa activa. Este cambio no vino acompañado de los oportunos retoques de otros preceptos de la LC que tenían sentido con arreglo al texto proyectado, lo cual va a provocar no pocas disfunciones, algunas de ellas resueltas en la recientemente aprobada Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la LC.

La simple declaración de concurso no provoca la disolución del régimen conyugal de manera automática, sino que se trata de una carga impuesta al cónyuge del concursado quien debe instar la disolución cuando se incluyan bienes gananciales

¹⁵ Sobre las vicisitudes de la tramitación parlamentaria vid. CUENA CASAS, M, *El concurso de persona casada...*, p. 48 y ss.

en la masa activa, lo cual, sucederá siempre dado que éstos siempre responden directa o subsidiariamente de las deudas del concursado (art. 1373 CC). Ya me he pronunciado en más de una ocasión sobre lo deseable que hubiera sido establecer la disolución automática de la sociedad de gananciales por consecuencia de la declaración de concurso. Así sucedía en el Proyecto de LC de 23 de julio de 2002¹⁶. La LC está diseñada sobre el texto del proyecto que se fundamentaba en una sociedad de gananciales disuelta y liquidada y el cambio legislativo que supuso el texto finalmente contenido en el art. 77 LC, modificado en la tramitación parlamentaria de la LC no vino acompañado de las correspondientes adaptaciones. La LC no está pensada para la hipótesis de que el cónyuge no disuelva el régimen y son muchos los problemas que se plantean incluso después de los cambios que introdujo la LRLC de 2011, a los que en breve haré mención.

Son varias las razones que justifican la concesión de esta facultad disolutoria al cónyuge no deudor. Por un lado, tal facultad le permite salvaguardar la parte que le corresponde de los bienes gananciales de la responsabilidad por deudas privativas del concursado (al igual que acontece con el artículo 1.373 del Código Civil para la ejecución singular). Por otro lado, hay que destacar el hecho de que es preciso evitar que el cónyuge no deudor siga generando recursos gananciales, como son los derivados de su actividad profesional, rendimientos de los que se beneficiarían los acreedores del concursado.

La disolución y liquidación de la sociedad conyugal permite que el esposo no concursado pueda concurrir con los restantes acreedores para cobrar sus créditos por los eventuales reembolsos que de tal liquidación pudieran surgir, si bien, su condición de “persona especialmente relacionada con el concursado” le coloca en la situación desventajosa propia de los créditos subordinados (art. 93.1 LC).

Es, a mi juicio, recomendable que el cónyuge del concursado opte por disolver el régimen económico matrimonial. El problema es cuándo. El artículo 21.7 de la LC

¹⁶ Artículo 76.2 del Proyecto de Ley Concursal de 23 de julio de 2002 “*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 artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

hace referencia a que cuando se dicta el auto de declaración de concurso el Juez decidirá, en su caso, acerca de *“la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales”*. Ello significa que, obviamente, la solicitud de disolución se ha tenido que llevar a cabo con anterioridad al momento en el que el Juez dicte el auto de declaración de concurso. Ahora bien, para que el cónyuge pueda pedir la disolución, es preciso que su consorte haya sido ya declarado el concurso y que, además, se hayan incluido bienes gananciales en la masa activa, lo que difícilmente se puede producir cuando se dicta el auto de declaración de concurso. Es por ello, que a pesar del tenor del art. 21.7 LC, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución del régimen conyugal con posterioridad al auto de la declaración de concurso y hasta la aprobación del inventario.

Pero es que además si el cónyuge del concursado no disolvía el régimen de gananciales, se producía un efecto perverso para los acreedores gananciales que contrataron con el cónyuge del concursado, dado que el art. 84.1 de la LC, referido a la formación de la masa pasiva, establecía, en su redacción anterior a la reforma 2011 establecía que *“en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado”*. Esta norma venía a significar que los acreedores gananciales del cónyuge del concursado y que, teóricamente, gozaban de la garantía patrimonial de la masa común, lisa y llanamente se veían privados de la misma, ya que todos los bienes gananciales se incluían en la masa activa, pero no todos los créditos comunes se incluían en la masa pasiva. Se beneficiaba a los acreedores concursales en detrimento de los acreedores gananciales que lo son del cónyuge del concursado.

La única razón que podría justificar dicha discriminación sería de orden estrictamente procesal y estaría estrechamente relacionada con la redacción del art. 76 del Proyecto de Ley Concursal¹⁷. Dado que a tenor de este precepto, la liquidación de la sociedad de gananciales

¹⁷ De hecho en el proceso de elaboración de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal llevado a cabo en la Comisión General de Codificación, se puede apreciar que el art. 79 (equivalente al vigente art. 77 LC) y el art. 11 del Título V, Capítulo 3º, Sección 1ª (equivalente al vigente art. 84.1) se redactaron al mismo tiempo. Acta nº 41 de la sesión celebrada el día 19 de enero de 1999 por la

claramente debía ser previa a la aprobación del convenio o liquidación del concurso y realizarse en pieza separada, parece que en ese momento debieran tenerse en cuenta a los acreedores gananciales del cónyuge del concursado. Una vez liquidada la sociedad de gananciales, determinado el derecho correspondiente al cónyuge concursado sobre el patrimonio común, es claro que en la formación de la masa pasiva del concurso no debían ser ya tenidos en cuenta los acreedores del cónyuge del concursado, tal y como establecía el art. 83 del Proyecto. Se partía de la base de que tales créditos no iban a ser satisfechos dentro del concurso.

Sin embargo, cambiándose el sistema en el definitivamente aprobado art. 77 LC, por virtud del cual los bienes comunes integran la masa activa, si la liquidación de la sociedad de gananciales no es previa, la exclusión de los acreedores consorciales que contrataron con el cónyuge del concursado, deviene arbitraria y carente de justificación¹⁸. Se condena a unos acreedores que gozaban de la garantía patrimonial de la masa común, a cobrar sólo con la garantía de los bienes privativos del cónyuge deudor que, tal y como establece el art. 1369 Cc se ven vinculados por las deudas contraídas por cada cónyuge, con independencia de que, además, tengan el carácter de deudas gananciales. Se hace tabla rasa de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales y, de nuevo, del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 Cc). Dado que los acreedores consorciales del cónyuge del concursado no pueden insinuar sus créditos en el proceso concursal (art. 84.1 LC), se produce el contrasentido de que cobran antes sobre el patrimonio ganancial los acreedores privativos del concursado que los acreedores comunes del cónyuge del concursado, vulnerándose el art. 1.399 Cc.

Sin embargo, la reforma recientemente aprobada solventa este tremendo despropósito y suprime la norma contenida en el art. 84 LC, disponiendo en el art. 49.2 LC que *“en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal”*. Correctamente el texto reformado evita el perjuicio que sufrían los acreedores del cónyuge del concursado al verse privados de la garantía de la masa ganancial. Ahora tales acreedores, a pesar de no serlo técnicamente del concursado, pueden insinuar sus créditos en el procedimiento del concursado por más que no hayan contratado con él. Se consuma así una clara correlación entre activo y pasivo ganancial, evitando la situación

sección especial para la reforma concursal. Legajo número 2. Comisión General de Codificación. Ministerio de Justicia.

¹⁸ CORDERO LOBATO, *Comentario al art. 84 LC*, p.977. BELTRÁN SÁNCHEZ, *“De la determinación de la masa pasiva (art. 84)”*, p. 1498, para quien la norma “es confusa, cuando no incomprensible, porque contradice a otras normas de la propia Ley e incluso del Código Civil”. MAGARIÑOS BLANCO, *El concurso y la sociedad de gananciales*, Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, 2005, p. 2083. También GUILARTE GUTIÉRREZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado*, p.75, recaló la incoherencia que suponía la norma contenida en el art. 84.1 LC. Alaba la regulación anterior contenida en el art. 84 LC, CABANAS TREJO, R, *Régimen...*, p. 173 y ss.

anterior en la que se incluían todos los bienes gananciales en la masa activa no estando todos los acreedores gananciales, pues faltaban los que habían contratado con el cónyuge del concursado.

Cabe preguntarse acerca de las consecuencias colaterales de esta innovación introducida en la LRLC 2011.

En primer lugar, se suscita el problema de cómo debe entenderse el mandato de coordinación entre la liquidación de la sociedad de gananciales con lo que resulte del convenio y la liquidación del concurso y, concretamente, procede determinar si la modificación legislativa operada en 2011 ha alterado en algo la solución que deba darse a esta cuestión.

A diferencia de lo que sucedía en el Proyecto de LC de 2002 que expresamente incorporaba a la masa el derecho que al concursado le correspondía sobre el patrimonio común, lo que implicaba necesariamente una liquidación previa del régimen de gananciales, cabría pensar que el artículo 77 de la LC presenta como novedad el que la liquidación del régimen conyugal ya no tiene que ser previa y que se lleva a cabo en el seno de la liquidación concursal. Por el contrario, entiendo que con el texto vigente la sociedad de gananciales debe liquidarse con carácter previo a la aprobación del convenio o liquidación concursal¹⁹. Debe llevarse a cabo una liquidación meramente contable, en la que se adjudique formalmente a cada cónyuge su derecho sobre el patrimonio común. Esta operación previa es absolutamente fundamental para que el cónyuge pueda salvaguardar su derecho sobre los bienes gananciales de la agresión por deudas privativas de su consorte. La expectativa del cónyuge es dominical, ejercitable por virtud del derecho de separación (art. 80 LC) y no meramente obligacional. Y ello por respeto al principio de responsabilidad patrimonial universal y porque las normas sobre responsabilidad de los bienes gananciales no son alteradas por la LC y, por tanto, deben ser respetadas.

Cosa distinta es que solo existan deudas gananciales. En ese caso, dado que ya están presentes en el concurso todos los acreedores gananciales tanto los que

¹⁹ CUENA CASAS, M, *El concurso...*, p. 239 y ss también, PARRA LUCÁN, MA, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, p. 280. CURIEL LORENTE, E, *El artículo 77. 2 ...* p. 59)

contrataron con el concursado como los que lo hicieron con su cónyuge, puede no ser imprescindible la liquidación previa de la sociedad conyugal pues no es preciso salvaguardar el derecho del cónyuge del concursado sobre el patrimonio común de la agresión por acreedores privativos del concursado. Esta es la solución adoptada en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de abril de 2012 (JUR 2012/1777237).

En el caso de que existan deudas privativas, la previa liquidación del régimen de gananciales se realizará en pieza separada (art. 21.7 LC), siendo competente el juez del concurso, y siéndole de aplicación, naturalmente, las normas del Código Civil en materia de liquidación (arts. 1.396 y siguientes del Código Civil), así como los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al respecto, debe tenerse en cuenta la preferencia que sobre el patrimonio ganancial tienen los acreedores (art. 1399 CC) quienes son los únicos que tienen derecho a cobrar con cargo a la masa de la comunidad postganancial, antes de que se produzca la partición. Los acreedores privativos no tienen derecho a cobrar de la masa ganancial, sino de la parte que se adjudique a su deudor al finalizar las operaciones particionales²⁰.

La liquidación deberá llevarse a cabo con la necesaria intervención de la administración concursal (art. 40.6 LC). En tal proceso liquidatorio deberán tenerse en cuenta los acreedores comunes que lo sean del cónyuge del concursado (art. 49.2 LC), siendo de aplicación, en su caso, las normas de prelación de créditos previstas en la LC. El pago de las deudas comunes con cargo a la masa común es el que debe realizarse con cargo a las normas de prelación concursal²¹. La posición escalonada de los acreedores, a salvo los titulares de créditos con privilegio especial, por los créditos ordinarios y por los subordinados, habrá de fijarse en relación con el patrimonio responsable sujeto al cumplimiento del crédito, según que se ostente

²⁰ RAGEL SÁNCHEZ, LF, *La sociedad de gananciales*, p. 1390.

²¹ GUILARTE GUTIÉRREZ, V, *La liquidación...*, p. 95. PARRA LUCÁN, MA, *Persona...*, p. 284

frente a obligaciones propias o frente a obligaciones de la sociedad de gananciales²².

El hecho de que los acreedores gananciales tengan preferencia sobre los bienes gananciales ha sido recientemente cuestionado²³ no solo en el ámbito civil (a pesar de ser admitido por la mayoría de la doctrina²⁴), sino también en sede concursal. Se critica tal preferencia porque choca abiertamente con el régimen concursal de clasificación de los créditos, en tanto un acreedor subordinado cuyo crédito tuviera naturaleza ganancial se antepondría a un crédito privilegiado que tuviera la condición de privativo²⁵. A mi juicio, la preferencia de los acreedores comunes sobre los bienes gananciales (art. 1399 CC) debe mantenerse en sede concursal por más que su ordenación interna y preferencia en el marco de la agresión de los bienes gananciales deba realizarse conforme a la clasificación de créditos concursal (art. 1921 CC)²⁶. Es obvio que la LC clasifica los créditos por razón de su naturaleza en los arts 89 y ss, pero no por su adscripción a masas de bienes diferenciadas dentro del procedimiento. Ello es así porque no se debe olvidar que la LC no tiene en cuenta las especialidades que genera la sociedad de gananciales pues está construida sobre la base del texto del Proyecto de 2002 que partía de una sociedad de gananciales disuelta y liquidada en la que solo se incluían los bienes gananciales adjudicados al concursado. Con todo, el art. 94.2 LC sí tiene presente esta circunstancia cuando dispone que en la lista de acreedores “*se relacionarán separadamente los créditos que solo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo y los que pueden hacerse efectivos también sobre el patrimonio común*”. La redacción del precepto es criticable pues no hay créditos que “solo” puedan hacerse efectivos sobre el patrimonio común o “solo” frente al patrimonio privativo, teniendo en cuenta la solidaridad de masas que establece el art. 1369 CC

²² BLANQUER UBEROS, R, *Notas acerca de la relación del concurso y de la sociedad de gananciales...*, p. 1779

²³ CABANAS TREJO, R, *Régimen de gananciales y concurso de la persona física, cit.*, p. 308.

²⁴ RAMS ALBESA, J, *La sociedad de gananciales*, p. 458. RAGEL SÁNCHEZ, LF, *La sociedad de gananciales, cit.*, p. 1388 y 1389.

²⁵ Se plantea esta cuestión aunque no la resuelve, CARRASCO PERERA, A, *Derecho de familia...*, p. 444.

²⁶ En este sentido, ARNAU RAVENTÓS, L, *La declaración de concurso..*p. 53.

y lo dispuesto en el art. 1373 CC que permite la agresión subsidiaria de bienes comunes adjudicados al concursado cuando se trata de deudas privativas.

A mi juicio, es que la LC – como no podía ser de otra manera- hace suya la disciplina específica del régimen económico matrimonial que no puede ser obviada en el proceso concursal. El procedimiento de ejecución colectiva en que consiste el concurso de acreedores no puede suponer una alteración de las reglas de responsabilidad de los bienes gananciales, otorgándose por el mero hecho de la declaración de concurso una preferencia sobre esta masa patrimonial a un acreedor privativo y ello por muy privilegiado que sea. Tal resultado conculca las reglas básicas del sistema civil, para lo cual, carece de competencia el legislador estatal ya que se verían afectados principios básicos de Derecho civil foral. Ciertamente puede ser llamativo que un acreedor privativo privilegiado no cobre sobre la masa ganancial antes que un acreedor ganancial subordinado, pero no debe olvidarse que la masa ganancial no es propiedad exclusiva del concursado, que es un caso en el que la LC concursal violenta el principio de responsabilidad patrimonial universal. El cónyuge del concursado, no tiene por qué pagar con su patrimonio ganancial una deuda privativa del otro cónyuge por mucho que el acreedor privativo tenga la consideración de privilegiado. El matrimonio no puede ser causa de expropiación que es lo que en definitiva se produce cuando se proclaman principios sin atender a sus consecuencias prácticas. La masa ganancial debe responder de las deudas gananciales y de las privativas debe hacerlo el patrimonio del deudor que será el privativo y ganancial adjudicado y ello considero que es así, a mi juicio, aunque chirríen algunas reglas concursales (o se hable de paradojas²⁷) que deben ser adaptadas al régimen civil y no anularlo. El cónyuge del concursado es solo “cónyuge” y no socio y no debe ser olvidado ese extremo.

Como resultado de las operaciones liquidatorias deberá procederse a la *adjudicación formal* a los cónyuges de los bienes gananciales que les correspondan, llevándose a cabo un inventario de los bienes comunes adjudicados, tal y como ordena el artículo 1.401 del Código Civil. Tal división del patrimonio es formal, no

²⁷ Así lo denuncia CABANAS TREJO, R, *Régimen de gananciales...*, p. 295.

material²⁸, por cuanto *todos* los bienes comunes van a conformar la masa activa, si bien con la misma se da efectividad al mandato contenido en los artículos 94.1 y 86.3 de la LC, distinguiéndose dentro de la masa activa los bienes comunes que se hacen cargo de las deudas comunes y los bienes comunes adjudicados al concursado sobre los cuales (además, por supuesto, de sus privativos) se podrán hacer efectivas las deudas privativas del concursado, todo ello en consonancia con el artículo 1.373 del Código Civil.

Sólo tras el resultado de lo acordado en el convenio o liquidación concursal, al cónyuge del concursado se adjudicará, si procede, su parte en los bienes comunes. El cónyuge *recupera bienes* (no es titular de un simple derecho de reembolso) que son de su propiedad, ejercitando lo que sería un derecho de separación (art. 80 LC), que, se demora por virtud de este mandato de coordinación contenido en el artículo 77 de la LC, a la fase de convenio o liquidación del concurso.

Hasta la reciente reforma de la LC de 2011, un argumento de peso a favor de la liquidación previa de la sociedad de gananciales lo constituía la norma contenida en el artículo 84.1 de la LC, ya citada, que excluía del proceso concursal a los acreedores gananciales que contrataron con el cónyuge del concursado. De no hacerse tal liquidación previa donde se tuvieran en cuenta sus derechos, la LC habría acabado con la garantía que sobre el patrimonio ganancial les concedía la legislación civil, efecto que no podía consumir el legislador estatal pues afectaría entre otras cosas al derecho civil foral para lo cual carecía de competencia legislativa. La LC debe ser interpretada sobre la base de un escrupuloso respeto al derecho civil, pues tan solo puede adaptar su realidad al proceso de ejecución, pero sin desvirtuarla. Reitero lo señalado *supra* respecto del alcance de la competencia legislativa en materia concursal y civil.

²⁸ Por el contrario, para CABANAS TREJO, R, *Régimen de gananciales...*, p. 158, la liquidación previa de la sociedad de gananciales implica “salida material” de los bienes gananciales adjudicados al cónyuge del concursado. A mi juicio no hay base legal para mantener tal interpretación con un artículo como el 77 LC que exige la inclusión en la masa activa de “todos los bienes gananciales”. Tal interpretación sería defendible, a mi juicio, en el texto del Proyecto de LC, pero no en el vigente. Con la tesis del autor citado las deudas gananciales del cónyuge del concursado solo podrían hacerse efectivas con los gananciales adjudicados al cónyuge del concursado, lo que contraviene el art. 1401 CC.

El hecho de que la reforma 2011 haya solventado el despropósito de privar de la garantía del patrimonio ganancial a los acreedores gananciales que contrataron con el cónyuge del concursado, no altera la tesis de que la liquidación de la sociedad de gananciales debe ser previa al convenio o liquidación concursal²⁹.

La presencia de estos acreedores sigue siendo necesaria en el concurso por cuanto la liquidación previa no impide que toda la masa de bienes gananciales quede integrada en la masa activa, tal y como ordena el art. 77 LC. Tales acreedores podrán adherirse a la propuesta de convenio (art. 103 LC) y formar parte de la junta de acreedores (art. 118 LC). El convenio puede afectar a deudas gananciales adjudicadas al concursado e incidir este hecho en la masa activa ganancial. La presencia de estos acreedores del cónyuge del concursado sería innecesaria si, realizada la liquidación previa de la sociedad de gananciales, sólo se incluyera en la masa activa la parte adjudicada al concursado. Pero dado que el art. 77 LC exige integrar en la masa activa la totalidad de los bienes gananciales, la presencia de dichos acreedores resulta imprescindible pues pueden ver afectados sus derechos por el convenio aprobado. El hecho de que no sean acreedores del concursado no constituye a mi juicio un obstáculo a que puedan ser proponentes o adherirse al convenio³⁰, si bien sería necesario recabar el consentimiento del cónyuge del concursado cuando se pretendan novar créditos contratados con él. Es obvio que la LC parte de la hipótesis de que en el concurso solo están presentes los acreedores del concursado y éste es el supuesto de los arts. 99 y ss, pero una vez que el art. 49 LC incluye a los acreedores gananciales del cónyuge del concursado en la masa pasiva, su inclusión hay que entenderla a todos los efectos pues no solo entran en el proceso para estar presentes en la liquidación previa, pues ya he dicho que a pesar de que ésta se sustancie, todos los bienes gananciales siguen en la masa activa si bien haciéndose constar en el inventario los contablemente adjudicados a uno y otro cónyuge. Si, como será lo normal, la mayoría de las deudas del concursado son gananciales, una quita puede descuadrar claramente la liquidación previa contable y

²⁹ PARRA LUCÁN, MA, *El concurso de la persona física*, p. 147.

³⁰ En este sentido, CABANAS TREJO, R, *Régimen de gananciales...*, p. 388. Por el contrario, niega esta posibilidad PARRA LUCÁN, MA, *El concurso de persona física...*, p. 149.

afectar a los acreedores gananciales del cónyuge del concursado y de ahí su necesaria intervención en el convenio. Una quita de una deuda ganancial del concursado afecta también a los demás y varía el neto adjudicado. Aunque les afecte en sentido positivo, ello justifica su presencia en esta fase.

En definitiva, la liquidación de la sociedad de gananciales debe seguir siendo previa a los efectos de salvaguardar los derechos que le corresponden al cónyuge del concursado sobre el patrimonio común frente a la agresión por parte de los acreedores privativos del concursado. La novedad que aporta la LRLC es que los acreedores gananciales que contrataron con el cónyuge del concursado ven tutelados sus derechos al margen de la decisión del cónyuge de disolver o no la sociedad conyugal. El avance en este punto de la reforma es notable y positivo.

Cuando el cónyuge no opta por la disolución del régimen conyugal, todos los bienes gananciales se integrarán en la masa activa del concurso. Tales bienes responderán de las deudas gananciales y, subsidiariamente, de las deudas privativas del concursado. Parece que la protección de los intereses del cónyuge del concursado (más acuciante cuando se trata de deudas privativas del concursado) sólo se contempla que pueda llevarse a cabo si opta por la disolución del régimen. No se prevé que el cónyuge del concursado pueda salvaguardar el valor que le corresponde sobre el patrimonio común si no disuelve la comunidad. De esta forma, si los acreedores ejecutan bienes comunes para el cobro de deudas privativas parece que debe jugar el principio establecido en el Código para la ejecución singular³¹ contemplado en el art. 1.373.2 Cc: *“si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de la liquidación de la sociedad conyugal”*. En el hipotético caso de que se produzca un exceso de adjudicación al cónyuge deudor, se resolverá en la esfera interna del matrimonio el día que se proceda a la liquidación del haber conyugal.

³¹ En este sentido, DÍEZ SOTO, *El régimen de gananciales...*, cit., p. 1297. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario...*, cit., p. 1573.

Que entren en el concurso acreedores que no lo son del concursado (art. 49 LC) supone una fractura grave a la estructura general sobre la que se ordena el proceso concursal, algo que ha sido recientemente criticado³², a mi juicio, sin mucha justificación, pues no me cabe duda que también rompe el régimen general el incluir en la masa activa bienes que se sabe a ciencia cierta que no pertenecen al concursado. Aquí estuvo la fractura del sistema y el error. El art. 49 LC trata de enmendarlo, pero la crítica a mi juicio debe hacerse al art. 77 LC y no a la reforma 2011 que acaba con un sistema que era a todas luces injusto con el cónyuge del concursado en el que pocos piensan cuando se critica el texto vigente. Lo acertado hubiera sido, sin duda, mantener el texto del Proyecto de Ley con disolución automática de la sociedad de gananciales e inclusión en la masa activa del patrimonio del concursado (privativos y porción de gananciales adjudicados), en claro respeto al art. 1911 CC, auténtico motor del proceso concursal que, sin embargo, en caso de concurso de persona casada, se obvia de manera intolerable.

En el caso de ausencia de disolución de la sociedad de gananciales, todos los acreedores comunes encuentran en el concurso, de forma que ya no se produce la disfunción denunciada de que los acreedores comunes y privativos del concursado consuman todo el patrimonio ganancial en detrimento de los comunes del cónyuge del concursado. En el pago de acreedores comunes deberá respetarse su preferencia sobre el patrimonio ganancial y, agotado éste, cobrarán los acreedores privativos del concursado sobre el remanente, resultando de aplicación en régimen contenido en el art. 1373 CC. Ello puede perjudicar a los acreedores privativos del cónyuge del concursado quienes deberán agredir el patrimonio privativo de éste en primer lugar, tal y como ordena el art. 1373 CC y, dado que la sociedad de gananciales no se ha disuelto, siempre podrán agredir bienes gananciales futuros.

Se ha dicho que en esta situación se produce una liquidación de la sociedad de gananciales sin disolución³³. Ello no es contradictorio y algún ejemplo tenemos en nuestro derecho civil como el contemplado en el art. 225 del Código de Derecho Foral de Aragón. La particularidad que presenta la liquidación concursal cuando

³² CABANAS TREJO, R, *Régimen de gananciales...*, pp. 175 y ss.

³³ CABANAS TREJO, R, *Régimen de gananciales...*, p. 158.

hay bienes gananciales y no se ha disuelto el régimen es, al igual que lo que acontece con el supuesto contemplado en el art. 1373 CC respecto a la ejecución de bienes gananciales por deudas privativas, que el acreedor privativo agredirá los bienes gananciales que queden tras el pago de las deudas gananciales³⁴, sin tener que valorar si han sido adjudicados o no al cónyuge no deudor, ya que al no haberse disuelto el régimen, tampoco se ha realizado la liquidación previa contable. No ejercitada la facultad de disolución, el cónyuge del concursado no puede salvaguardar su derecho sobre el patrimonio común de la agresión del mismo por parte de los acreedores privativos del concursado.

En definitiva, la propuesta que se hace en el presente trabajo no pretende ni de lejos distorsionar el procedimiento concursal, sino coordinarlo (que no es lo mismo que subordinarlo) con el derecho civil que, aunque algunos no lo compartan, debe ser respetado en sede concursal y de ahí que, como he comenzado este trabajo, la complejidad del derecho concursal radica en que afecta a muchas aristas del ordenamiento jurídico a las que no “fulmina” sino “adapta” (y no podría ser de otra manera) a sus especialidades de régimen.

3. CUENTAS CORRIENTES INDISTINTAS DE TITULARIDAD CONYUGAL.

Por último, solo añadir unas reflexiones sobre un precepto que plantea importantes problemas. Me refiero a la norma contenida en el art. 79 LC referida a las cuentas de titularidad indistinta: “ 1. Los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto se integrarán en la masa activa, salvo prueba en contrario apreciada como suficiente por la administración concursal. 2. Contra la decisión que se adopte podrá plantearse incidente concursal”. Se trata de un artículo que no va dirigido exclusivamente al concursado persona física, ni constituye una especialidad de régimen del concursado casado. Lo que sucede es que el supuesto de hecho lo constituyen las cuentas de titularidad

³⁴ CURIEL LORENTE, E, *El artículo 77. 2 de la LC en relación con el consorcio conyugal*, cit., p. 162.

indistinta³⁵, algo que suele darse precisamente entre personas unidas por una especial relación de confianza, lo cual se produce en especial en el matrimonio y no sólo cuando están casados en un régimen de gananciales. Por otro lado, la costumbre de tener una cuenta común se da también entre cónyuges cuyo matrimonio se rige por el régimen de separación de bienes, respecto del cual hay que tener siempre en cuenta la presunción de indivisión³⁶ del art. 1.441 Cc.

El art. 79 LC genera conflictos importantes si es puesto en conexión con la normativa del régimen conyugal. En particular, y en lo que se refiere al régimen de gananciales, habría que entender que el saldo acreedor de una cuenta de titularidad indistinta (y lo mismo pienso que sucede con la conjunta), si no se puede acreditar la privatividad de los fondos, entraría en la masa activa del cónyuge concursado, como bien ganancial, por virtud de la presunción de ganancialidad contenida en el art. 1.361 Cc. Esto significa que como bien ganancial debería incluirse en el activo a la hora de la liquidación de la sociedad de gananciales. Sin embargo, el art. 79 LC introduce una notable excepción a este régimen³⁷ en tanto que lo que establece es

³⁵ Esta modalidad de contratación bancaria se caracteriza por el hecho de que otorga a sus titulares plenas facultades de disposición sobre los fondos sin necesidad de contar con los demás. Constituye un supuesto de solidaridad activa: El Banco, deudor de los activos en cuenta, tendría ante sí a dos o más acreedores solidarios, los titulares de aquélla, porque cada uno tiene derecho a pedir la prestación debida en su integridad. En tanto se atenga a lo pactado, el Banco no asume responsabilidad alguna por atender las órdenes que reciba y, a la vez, ningún titular puede escapar a las consecuencias de su debida ejecución. (MUÑOZ PLANAS, *Cuentas bancarias con varios titulares*, Madrid, 2003, p. 31). La forma en que se organicen las relaciones de los titulares con el Banco no prejuzga la titularidad de los fondos, para lo cual habrá que acudir a las relaciones internas (art. 1.142 Cc. Las facultades dominicales no se ven afectadas por las facultades dispositivas). MARTÍNEZ NADAL, *Cuentas bancarias indistintas de titularidad conyugal*, p. 725. .

³⁶ LAUROBA LACASA, *Cuentas corrientes bancarias y régimen económico matrimonial*, en *Contratación bancaria*, Jornadas celebradas en Tarragona, 6 y 7 de marzo de 1997, Madrid, 1998., p. 438.

³⁷ La presunción contenida en el art. 79 LC me parece absolutamente desproporcionada y, como señala GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios a la legislación concursal*, dirigidos por Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez, t. II, Valladolid 2004, p. 1607, otorga un beneficio extremadamente injusto a los intereses del concurso en perjuicio de quienes son ajenos al mismo. Se separa en este punto la legislación concursal de la asentada doctrina del Tribunal Supremo respecto del embargo de cuentas de titularidad indistinta en la que se afirma que “La titularidad indistinta, lo único que atribuye a los titulares frente al banco depositario es la facultad dispositiva del saldo que arroje la cuenta, pero no declara por sí sola la existencia de condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos o más titulares indistintos de la cuenta, ya que eso habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos”. (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000(RJ

justo lo contrario: una presunción de privatividad de los fondos a favor del concursado. La norma presume que los saldos acreedores de cuentas de titularidad indistinta son patrimonio privativo del concursado, con lo que tales saldos no formarán parte del activo común y no podrán ser tenidos en cuenta en la liquidación de la sociedad. Será entonces el otro cónyuge el que deba demostrar que tales fondos no son privativos del concursado, pero es que para ello debería bastar con la prueba de su carácter ganancial, que no es precisa en el régimen de gananciales, dada la presunción de ganancialidad del art. 1.361 Cc. Lo que no se puede pretender es que la *única* prueba en contrario que puede alegar el cónyuge del concursado es la privatividad propia de los fondos. Basta la prueba de la ganancialidad, con la particularidad –insisto- de que en el régimen de gananciales no es preciso probar que un bien es ganancial dado que se presume. Por supuesto, en el caso de que los fondos sean privativos del cónyuge del concursado, deberá demostrarlo, pero no es preciso que pruebe que son gananciales. Por lo tanto, aunque parte de los fondos procedan del concursado por provenir, por ejemplo, de rentas del trabajo, los mismos habrán de incluirse en la masa activa (con las

2000/3922). En el mismo sentido, las sentencias del TS 7 de junio de 1996 (RJ 1996/4826), 8 de febrero de 1991 (RJ 1991/ 1156, comentada por GARCÍA RUBIO, en Cuadernos Cívitas de jurisprudencia Civil, nº 25, pp. 273 y ss), 29, septiembre de 1997 (RJ 1997/6825), de 29 de mayo de 200 (RJ/3922/2000), de 25 de mayo de 2001 (RJ2001/3872). No cabe deducir de la forma en la que se relacionan los titulares con la entidad bancaria, la titularidad de los fondos para lo que hay que acudir a las relaciones internas entre los cónyuges. Es más, podría suceder que ni siquiera los fondos fueran de los titulares (cfr. MUÑOZ PLANAS, *Cuentas bancarias con varios titulares*, p. 18). Cosa distinta es que en defecto de prueba sobre la titularidad de los fondos, quepa presumir la cotitularidad con base en el art. 1.138 y 393 Cc, criterio seguido por el artículo 171. 2 de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003 de 17 de diciembre): “*Cuando los fondos o valores se encuentren depositados en cuentas a nombre de varios titulares sólo se embargará la parte correspondiente al obligado tributario. A estos efectos, en el caso de cuentas de titularidad indistinta con solidaridad activa frente al depositario o de titularidad conjunta mancomunada, el saldo se presumirá dividido en partes iguales, salvo que se pruebe una titularidad material diferente*”. Cfr. sobre este particular el art. 79 del Reglamento General de Recaudación (Real Decreto 939/2005 de 29 de julio) y el Cuaderno 63 de la Asociación Española de la Banca que regula el procedimiento centralizado tanto de la información como de la ejecución de embargos de dinero en cuentas a la vista abiertas en Entidades de Depósito por deudas tributarias y otras entidades de Derecho Público. El hecho de que la cuenta de titularidad indistinta sea conyugal implica que para valorar la propiedad de los fondos deba tenerse en cuenta las normas sobre el régimen económico matrimonial (MUÑOZ PLANAS, *Cuentas bancarias...*, cit., p. 118, nota 109.), para lo cual será decisiva la presunción de ganancialidad del art. 1.361 Cc (Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 6 de julio de 2005 (AC2005/2390). Con todo, creo que debe ser destacado que a la vista de la normativa y jurisprudencia citada, es evidente la extralimitación de la Ley Concursal que presume la titularidad exclusiva del concursado del saldo acreedor de las cuentas de titularidad indistinta, lo que puede suponer en cierta forma una vulneración del art. 1.911 Cc

limitaciones que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de los salarios) como activo ganancial y no como activo del patrimonio privativo del concursado. Tampoco creo que el art. 79 LC para el caso de cuentas de titularidad conyugal debiera haber establecido la presunción solo en cuanto a la mitad. Esta solución pudiera haber sido razonable en cónyuges casados en régimen de separación de bienes, pero no en los casados en régimen de gananciales, dada su naturaleza como comunidad germánica que impide hablar de cuotas antes de disolución y liquidación. Los saldos de las cuentas corrientes, como cualquier otro activo del matrimonio cuya titularidad no conste, deben ser considerados gananciales y no privativos de ninguno de los cónyuges. Quizá lo razonable sería establecer una norma *ad hoc* específica para cuentas de titularidad conyugal, dada la especialidad que presentan.

Nuevamente se aprecia en la Ley Concursal una importante desconexión con las normas de régimen económico matrimonial, que son de aplicación mientras no resulten excepcionadas legalmente de manera clara y terminante. A mi juicio, una presunción como la contenida en el art. 79 LC, diseñada para cualquier situación en la que existan cuentas indistintas, no puede desvirtuar la presunción de ganancialidad, que para este contexto, constituye *lex specialis*, y no al contrario³⁸.

³⁸ Que el art. 79 LC ha de ceder ante el 1361 Cc también parece ser la opinión de ARNAU RAVENTÓS, *La declaración de concurso de persona casada*, p. 180. La conexión entre la presunción del art. 79 y las normas de régimen económico matrimonial ha sido poco estudiada por la doctrina concursalista. En contra, destaca la opinión de MADRAZO, “*Cuentas indistintas (art. 79 LC)*” p. 1430, para quien no cabe aplicar a esta hipótesis la presunción de ganancialidad del art. 1.361 Cc: “debe tenerse presente que la presunción concursal implícita tiene carácter apriorístico, es decir no es que entre en juego en defecto de toda otra prueba, sino que determina *a priori* la titularidad del concursado sobre el saldo acreedor. Ello determina que el término prueba empleado en el precepto comentado designa, no todo sistema o mecanismo para la fijación de un hecho como cierto a efectos procesales, sino únicamente los medios de prueba en sentido estricto (art. 299 LEC). Como consecuencia, la presunción de ganancialidad, aun cuando también tenga carácter apriorístico, no resulta de aplicación, en virtud del principio *lex especiales derogat generalis*”. Este planteamiento implica derogar una norma básica de activo de la sociedad conyugal que en ningún caso podría aplicarse en territorios forales en los que juega también la presunción de ganancialidad o comunidad (Artículo 217 Código de Derecho foral de Aragón (Decreto legislativo 1/2011 de 22 de marzo), Ley 82 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra para el régimen de conquistas). Así lo entiende PARRA LUCÁN, MA, *El concurso de la persona física*, p. 129. Así mismo, hay que tener presente la norma contenida en el artículo 231.13 del Código Civil de Cataluña: “*en caso de declaración de concurso de cualquiera de los cónyuges o de embargo de cuentas indistintas por deudas privativas de uno de los cónyuges, el cónyuge no deudor puede sustraer de la masa activa del concurso o del embargo los importes que acredite que le*

Cosa distinta es que por aplicación del art. 79 LC, el cónyuge del concursado tenga la carga procesal de alegar la ganancialidad o demostrar la privatividad propia de los fondos.

4. BIBLIOGRAFÍA.

ÁLVAREZ OLALLA, P,

- “La incidencia de la LC en los regímenes económico matrimoniales de derecho foral a la luz del reparto competencial establecido en la Constitución”. Derecho privado y Constitución, nº 24, enero-diciembre 2010, pp. 67 y ss.

- “Comentario al art. 78 LC”, en Comentarios a la Ley Concursal coordinados por R. Bercovitz, vol. I, Madrid, 2004.

ARNAU RAVENTÓS, L, “La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio”, Concursal, Barcelona, 2006.

ASÚA GONZÁLEZ, C, “Régimen de separación y concurso de acreedores. Las presunciones de donación del art. 78 LC”, en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, dirigido por Colino Mediavilla y Cuenca Casas, Cizur Menor, 2009.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E, “De la determinación de la masa pasiva (art. 84)”, en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004,

BLANQUER UBEROS, R, “Notas acerca de la relación del concurso y de la sociedad de gananciales”, *AAYV*, Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a M. Olivencia, t.II, Madrid, 2005, pp. 1737 y ss.

CABANAS TREJO, R, “Régimen de gananciales y concurso de la persona física. La división de masas en la Ley Concursal 38/2011”, Barcelona, 2012.

CARRASCO PERERA, A, “Derecho de familia. Casos, reglas. Argumentos”. Madrid, 2006.

CORDERO LOBATO, E, “Comentario al art. 84 LC”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, dirigidos por Bercovitz Rodríguez-Cano, vol. I, Madrid, 2004,

CUENA CASAS, M,

- “El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad”, Estudios de Derecho Concursal, dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Cizur Menor, 2008 y también,

- “La presunción muciana concursal, ADco, nº5, 2005, pp. 147 y ss.

-“ La protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial de separación de bienes (la llamada presunción muciana)”, Madrid, 1999.

- “Comentario al art. 78 LC”, en Tratado práctico Concursal, t.III, dirigido por P. Prendes Carril, Cizur Menor 2009, pp. 261 y ss.

pertenecen”. Como se puede apreciar, el sentido de la norma es equivalente al art. 79 LC, teniendo el cónyuge no deudor la carga de probar la privatividad de los fondos.

-Cuenca Casas, M y Más-Guindal, J, “Familia y concurso de acreedores”, en Tratado de Derecho de la familia, coordinado por Yzquierdo Tolsada, M y Cuenca Casas, M, t. IV, Cizur Menor, 2011.

CURIEL LORENTE, “El artículo 77. 2 de la LC en relación con el consorcio conyugal”, Actas de los decimonovenos encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Zaragoza, 2010.

DÍEZ SOTO, C, “El régimen de gananciales en la nueva Ley Concursal”, AAVV, Libro Homenaje I Prof. Albaladejo, coordinado por González Porras, JM y Méndez González, FP, t. I, Murcia, 2004, pp. 1096 y ss.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V, “La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado”, *ADco*, nº 5, 2005.

GUILARTE ZAPATERO, V, “Comentarios a la legislación concursal”, dirigidos por Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez, t. II, Valladolid 2004,

LAUROBA LACASA, E “Cuentas corrientes bancarias y régimen económico matrimonial”, en Contratación bancaria, Jornadas celebradas en Tarragona, 6 y 7 de marzo de 1997, Madrid, 1998

MADRAZO, “*Cuentas indistintas (art. 79 LC)*” en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004.

MARTÍNEZ NADAL, “Cuentas bancarias indistintas de titularidad conyugal”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 59, julio-septiembre 1995

MAGARIÑOS BLANCO, *El concurso y la sociedad de gananciales*, Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia, t. II, Madrid, 2005, PP. 2053 y ss.

MUÑOZ PLANAS, “Cuentas bancarias con varios titulares”, Madrid, 2003

ORDUÑA, J Y PLAZA, J, “Los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia o pacto de supervivencia” (*art. 78*), en Rojo-Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.

PARRA LUCÁN, MA:

- “Persona y patrimonio en el concurso de acreedores”, colección de Estudios de Derecho Concursal”, dirigidos por Rojo Fernández-Río y Beltrán Sánchez, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009.

- “El concurso de persona física”. La reforma concursal. III Congreso español de derecho de la insolvencia, dirigido por García Cruces JA, Beltrán E y Prendes, P. Cizur Menor 2011.

RAGEL SÁNCHEZ, LF, “La sociedad de gananciales”, en Tratado de Derecho de la familia, coordinado por Yzquierdo Tolsada, M y Cuenca Casas, t. III, Cizur Menor 2011.

RAMS ALBESA, J, “La sociedad de gananciales”, Madrid, 1990.

REBOLLEDO VARELA, A , “La nueva presunción muciana: Ley Concursal y Bienes Inmuebles”, *El Consultor Inmobiliario*, año 5, nº.46, mayo 2004, p.6.