

LA INCIDENCIA DE LA LEY CONCURSAL EN LOS REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES DE DERECHO FORAL, A LA LUZ DEL REPARTO COMPETENCIAL ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN

PILAR ÁLVAREZ OLALLA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

Recepción: 04/08/2010
Aceptación después de revisión: 29/09/2010
Publicación: 10/12/2010

I. INTRODUCCIÓN: LA LEY CONCURSAL Y EL TÍTULO COMPETENCIAL: 1. *El carácter concursal de las normas que disciplinan la integración de la masa activa en caso de concurso de persona casada.* 2. *La competencia exclusiva del Estado en materia concursal.* II. INCIDENCIA DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS REGÍMENES COMUNITARIOS: 1. *La necesaria inclusión de los bienes privativos del concursado en la masa activa.* 2. *La necesaria inclusión de los bienes comunes en la masa activa del concursado, siempre que tengan que responder de las obligaciones del concursado.* 3. *La posible disolución del régimen comunitario, en función de la decisión del cónyuge del concursado.* 4. *La necesaria coordinación de la liquidación del régimen comunitario con el convenio o liquidación del concurso y la formación de pieza separada para la liquidación del régimen comunitario.* 5. *Especialidades que afectan a la vivienda habitual del matrimonio.* III. INCIDENCIA DE LAS NORMAS APLICABLES A LOS REGÍMENES SEPARATISTAS: 1. *Generalidades.* 2. *Adquisiciones procedentes de un tercero.* 3. *Adquisiciones procedentes del cónyuge concursado.* 4. *Repercusión en los regímenes forales.* IV. BIENES ADQUIRIDOS CON PACTO DE SOBREVIVENCIA ENTRE CÓNYUGES. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En este trabajo se estudia la incidencia de los preceptos de la Ley concursal que afectan a las relaciones patrimoniales entre cónyuges, en los regímenes forales, a fin de justificar que tal incidencia es mínima y que, en cualquier caso, se produce al amparo de la competencia legislativa exclusiva del Estado en materia concursal. Para ello se realiza un tratamiento diferenciado de los preceptos aplicables a los regímenes comunitarios y separatistas.

PALABRAS CLAVES: Derecho concursal; régimen económico del matrimonio; derechos forales; concurso de persona casada; presunción munciana.

ABSTRACT

We notice through this work the effects that Bankruptcy Law Rules about Marital Property System may have in «foral» Laws, in order to justify that those effects are minimal, and, at least, they are a consequence of the exclusive jurisdiction of State about Bankruptcy. We analyse separately the rules that affects to common property systems and the ones that affects to separate property systems.

KEY WORDS: Bankruptcy Law; marital property system; «foral» law; insolvency of a married debtor; «muciana» presumption.

I. INTRODUCCIÓN: LA LEY CONCURSAL Y EL TÍTULO COMPETENCIAL

Según reza la Disposición Final Trigésima Segunda de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, «la presente Ley se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al artículo 149.1.6.º y 8.º 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».

La referencia a esta variedad de títulos competenciales (competencia en materia de Derecho mercantil, procesal y competencia en materia de Derecho civil) no es sino fruto del carácter unitario con el que la Ley regula la insolvencia, ya sea ésta padecida por una persona jurídica, comerciante o no¹, o bien por una persona física, comerciante o no². Como es sabido, y así se manifiesta en la Exposición de Motivos de la Ley concursal, uno de los objetivos fundamentales del legislador concursal es la unificación de procedimientos de insolvencia, tanto desde el punto de vista subjetivo (ya sea persona jurídica o física, comerciante o no, el insolvente), como desde el punto de vista

¹ En efecto, no sólo las sociedades mercantiles pueden ser declaradas en concurso. También las asociaciones y fundaciones, las sociedades civiles y otros entes sin personalidad, así como la herencia de una persona. Vid. al respecto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 1», en *Comentarios a la Ley Concursal*, T. I, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Tecnos, 2004, págs. 27 y ss.

² Y ello aunque *de facto* el número de concursos de persona física sea muy inferior al de las personas jurídicas, especialmente cuando de sociedades mercantiles se trata. Vid., acerca de los motivos de tal desproporción relacionados con los inconvenientes que presenta el actual procedimiento concursal en su aplicación a la persona física, BELTRÁN, E., «El concurso de acreedores del consumidor», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coords. Matilde Cuenca Casas y José Luis Colino Mediavilla, Madrid, Civitas, 2009, págs. 119 y ss.

de la gravedad de la insolvencia (ya finalice mediante convenio o liquidación), desde el punto de vista del sujeto que toma la iniciativa (sea el concurso necesario o voluntario), o del nivel de imputabilidad de la insolvencia al concursado (ya sea el concurso fortuito o culpable)³.

Las normas contenidas en la Ley concursal que afectan al régimen económico matrimonial del concursado que sea persona física y casado son aplicables tanto al empresario individual⁴ como al mero deudor civil⁵. Por ello analizaremos de forma unitaria tanto la figura del insolvente persona física que es comerciante como la de aquel que no lo es, y, respecto a ambos simultáneamente, trataremos de dilucidar en qué medida la normativa concursal pudiera afectar a la regulación de los regímenes forales.

Con carácter previo, debemos retomar la cuestión relativa al título competencial en virtud del cual han sido dictadas las normas concursales que afectan a las relaciones entre cónyuges (fundamentalmente los arts. 77 y 78 LC), pues tal cuestión cobra esencial relevancia en la medida en que, en nuestro ordenamiento, unas competencias legislati-

³ En efecto, según reza la Exposición de Motivos: «La Ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema... La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes es una fórmula que, además de estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio... La unidad del procedimiento de concurso se consigue en virtud de la flexibilidad de que la Ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso...».

⁴ Al menos en tanto no sea objeto de regulación la figura del empresario individual de responsabilidad limitada. Vid. la Proposición de Ley de regulación del empresario individual con responsabilidad limitada, introducida por el Grupo Esquerra Republicana-Izquierda Unida - Iniciativa per Catalunya Verds el 14 de mayo de 2008, que trata de regular la figura a fin de poner a salvo la vivienda familiar del comerciante, mediante su inscripción como empresario de responsabilidad limitada.

⁵ El cual a su vez puede o no ser consumidor. La Ley concursal no contiene especialidades aplicables al concurso del consumidor, caso para el cual desde diversos sectores se aboga por una tutela preventiva del sobreendeudamiento que trate de evitar la —más patológica— declaración de concurso. Pero las iniciativas en este sentido fracasaron (vid. Proposición de Ley 122/000295, relativa a la prevención y el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores). En cualquier caso, medidas orientadas a la prevención del sobreendeudamiento habrán de adoptarse por el legislador estatal en transposición de la nueva Directiva de Crédito al consumo, 2008/48 del Parlamento Europeo, de 23 abril de 2008, entre cuyos objetivos destacan la exhaustiva información publicitaria y precontractual de las condiciones del crédito, el derecho de desistimiento en un plazo de catorce días y la obligación de los prestamistas de evaluar la solvencia y el riesgo de la operación en cada caso.

vas son exclusivas del Estado, y otras, compartidas⁶. Como punto de partida, hay que señalar que el hecho de que tales normas sean aplicables al empresario individual, e incidan por ello en su estatuto jurídico y en la seguridad del tráfico mercantil, no es motivo suficiente para considerar que las mismas han sido dictadas en ejercicio de la competencia estatal en materia de Derecho mercantil⁷, pues, como se ha dicho, son aplicables igualmente al deudor civil⁸. Muy al contrario, *a priori* el objeto primordial de tales normas es atender a una cuestión de índole más marcadamente civil que mercantil cual es la incidencia de la declaración de concurso en las relaciones patrimoniales del concursado —gestionadas a través de la administración concursal— con su cónyuge, sea o no empresario. No sería razonable defender que en los casos en que el sujeto declarado en concurso es empresario, los preceptos sobre régimen económico tienen carácter mercantil, mientras que los mismos tienen carácter civil cuando son aplicados al no comerciante, con las repercusiones competenciales que tal planteamiento podría tener.

Ahora bien, por más que tales normas tengan más marcado carácter civil que mercantil, no podemos concluir por ello que tales preceptos son inaplicables o han de ceder necesariamente ante el Derecho foral. De hecho, el hilo conductor del trabajo será la defensa de la competencia del Estado en la materia objeto de regulación por tales preceptos, y ello en virtud de dos consideraciones que trataremos de fundamentar a continuación:

⁶ La importancia de determinar el título competencial, a fin de analizar la incidencia de tales normas en los regímenes forales, es destacada por ASÚA GONZÁLEZ, C., «Régimen de separación y concurso de acreedores (Las presunciones de donación del artículo 78 de la Ley Concursal)», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coords. Matilde Cuenca Casas y José Luis Colino Mediavilla, Madrid, Civitas, 2009, pág. 194.

⁷ De hecho, hay quien parece abogar por extraer el estatuto del comerciante individual del Derecho mercantil. Así, RAMS ALBESA, J., «El concurso de la persona física y el Derecho aragonés de sucesiones», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 17, 2009, págs. 44 y 45, cree que el moderno Derecho mercantil, «que parte del concepto de empresa como fundamento de su razón de ser», no aporta una «solución técnica y satisfactoria para los problemas de los empresarios individuales».

⁸ En este sentido, ASÚA GONZÁLEZ, C., «Régimen de separación...», cit., págs. 194 y 195, considera, por ejemplo, que la ubicación concursal del artículo 78 «no debe utilizarse como argumento para defender su carácter mercantil», inclinándose por el carácter *civil* de la norma, que en realidad establece «una ampliación de responsabilidad en caso de concurso de persona casada en régimen de separación sea o no comerciante». En igual sentido, CUENA CASAS, M., «La presunción muciana concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 5, 2005, pág. 160, refiriéndose en concreto al artículo 78 LC, considera que la ubicación del precepto no afecta al carácter civil del mismo.

- Las normas que inciden en el régimen económico matrimonial contenidas en la Ley concursal *son* Derecho *concurisal*.
- El Derecho *concurisal* es competencia exclusiva del Estado.

En definitiva, nuestro análisis de la incidencia de las normas sobre régimen económico de la Ley concursal en el ámbito del Derecho foral va a ser unitario, sea o no comerciante el concursado, partiendo para ello de la base de que tales normas, a pesar de tener un carácter más marcadamente civil que mercantil, forman parte del Derecho *concurisal* y se han dictado en virtud de la *competencia exclusiva del Estado en materia concursal*.

1. *El carácter concursal de las normas que disciplinan la integración de la masa activa en caso de concurso de persona casada*

Para justificar el carácter concursal de los artículos 77 y 78 LC hay que partir de la idea de que tales preceptos no se pueden contemplar de modo aislado, al margen del contexto que viene determinado por la Ley que los acoge. Esto es, no podemos obviar que estos preceptos, a pesar de tener por destinatarios a personas casadas, tienen por objeto la determinación de la masa activa del concurso, incidiendo en la regulación del principio de responsabilidad patrimonial universal. Resulta innegable el carácter *bifronte* de los preceptos de la Ley concursal que inciden en el régimen económico del matrimonio, pero, a pesar de ello, su objeto no es regular aspectos determinados de los regímenes matrimoniales con carácter general, sino tan sólo en su dimensión *concurisal*, de tal modo que, puestos a elegir entre su carácter *concurisal* o *económico-matrimonial*, en aras a la atribución de competencia, consideramos preferible establecer la primacía de sus aspectos concursales frente a los económico-matrimoniales, debido, como se ha señalado anteriormente, a su incidencia directa en la composición de la masa activa y, por tanto, en el principio de responsabilidad patrimonial universal en caso de concurso.

Esto es, del mismo modo que cabe afirmar, por ejemplo, que las *acciones de reintegración* son *Derecho concursal*, a pesar de su incidencia en la ineficacia contractual, siendo las mismas aplicables en todo el territorio nacional con independencia de que los derechos forales contengan normas propias en materia de fraude de acreedores⁹, las

⁹ Vid., por ejemplo, el artículo 531.14 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro V del Código civil, similar al antiguo artículo 340 de la Compilación,

normas contenidas en la Ley concursal que inciden en los regímenes económicos son de carácter *concurzal* y, por tanto, como luego se tratará de justificar, de aplicación general. En este sentido cabe afirmar que los preceptos contenidos en la Ley concursal son *Derecho concursal*, sin por ello tener que entrar en ulteriores valoraciones respecto a si el Derecho concursal puede considerarse o no una disciplina jurídica independiente, salvo en lo atinente a las cuestiones competenciales que estamos analizando¹⁰.

Es cierto que en contra puede afirmarse que la Ley concursal parece dar entrada a la regulación autonómica sobre cuestiones reguladas en la propia Ley concursal en el último inciso de la DF 32.^a de la Ley, ya que deja a salvo «las necesarias especialidades que en este orden se derivan de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades autónomas». Sin embargo, coincidimos con quienes consideran que este inciso no contiene sino una cláusula de estilo¹¹, mera reproducción de parte del tenor literal del artículo 149.1.6.º, por lo que se podría entender restringida su aplicación a las especialidades en materia procesal¹², o bien considerar que es una confirmación del respeto del legislador estatal a la regulación foral de los regímenes matrimoniales, sin que ello impida la vigencia de los artículos 77 y 78 LC, cuya incidencia en las especialidades forales es, como veremos, mínima.

¹⁰ En un sentido más general, señala ROJO, A., «Presentación», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 1, 2004, pág. 5, al referirse al objetivo de la revista, que el mismo es, sobre todo, «sentar los fundamentos científicos de esta disciplina jurídica que es el derecho concursal», añadiendo: «Ciertamente, la construcción de la ciencia del Derecho concursal español se presenta como una tarea llena de dificultades...». Entre esas dificultades señala el profesor ROJO la naturaleza interdisciplinar de esta ciencia, y la elaboración de los principios y conceptos de la disciplina concursal.

¹¹ Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la Disposición Final trigésimo segunda», en *Comentarios a la Ley Concursal*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Tecnos, pág. 2410.

¹² Así, DEL GUAYO, I., «Comentario a la Disposición Final Trigésima Segunda», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, coords. Pulgar, Alonso Ledesma, Alonso Ureba y Alcover, Madrid, Dykinson, 2004, pág. 1949. El autor considera que al no referirse la salvedad al apartado 8.º del artículo 149.1 CE, «podría a primera vista deducirse que el legislador no contempla la hipótesis de que las cuestiones reguladas en la LC afecten a los derechos forales, si bien alternativamente podría también interpretarse que el legislador sí admite hipotéticamente que puede haber instituciones forales que queden afectadas por la LC pero entonces las determinaciones de la nueva normativa concursal se impondrían sobre las que de modo contradictorio se encuentren en su caso en las compilaciones forales». El autor termina admitiendo que el Derecho foral se impondría siempre que «esas materias no afecten, por ejemplo, a las bases de las obligaciones contractuales». También ciñe el inciso a las particularidades procesales HIDALGO GARCÍA, S., «Comentario a la Disposición Final Trigésima Segunda», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. IV, dirs. Sánchez-Calero y Guilarte Gutiérrez, Valladolid, Lex Nova, pág. 3930.

2. La competencia exclusiva del Estado en materia concursal

Para profundizar en el título competencial en virtud del cual se promulga la Ley concursal hay que partir de su objeto, que no es otro sino la regulación del procedimiento a seguir en caso de insolvencia de un deudor, existiendo pluralidad de acreedores. Esta materia, alestar contemplada desde la perspectiva de varios sectores del ordenamiento, exige una multiplicidad de títulos competenciales¹³. La mayoría de ellos —Derecho mercantil, Derecho procesal, Derecho laboral— son sin duda, y a tenor de lo establecido en el artículo 149.1 CE, competencia exclusiva del Estado. El problema se plantearía, pues, con las normas contenidas en dicha Ley, de marcado carácter civil —aunque, en definitiva, *concursoales*—, como aquellas que nos ocupan.

Pues bien, en este último aspecto, esto es, en lo atinente a las normas de carácter más marcadamente civil contenidas en la Ley concursal, creemos que igualmente debe defenderse la competencia del Estado si bien fundamentada en la exclusividad de la competencia en materia de «bases de las obligaciones contractuales»¹⁴. Aun admitiendo las dificultades interpretativas que suscita la citada expresión, sobre la cual se han vertido ríos de tinta, nuestra postura estaría próxima a aquella interpretación que pone en relación la competencia exclusiva sobre las bases de las obligaciones contractuales con la competencia exclusiva en materia mercantil. En esta medida, el mismo fundamento que sustenta la competencia exclusiva en materia mercantil sustentaría la competencia exclusiva sobre las bases de las obligaciones contractuales, y no es otro que la consecución de la unidad de mercado que exigiría un tratamiento unitario en materia de seguridad de

¹³ HIDALGO GARCÍA, S., «Comentario a la Disposición Final Trigésima Segunda», cit., pág. 3931, en este mismo sentido, considera que hubiera sido deseable, en lugar de la referencia a apartados concretos del artículo 149.1 CE contenidos en la DF 32.^a, una referencia genérica a las competencias exclusivas del Estado reconocidas en la Constitución.

¹⁴ Así lo consideran BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la Disposición Final Trigésima Segunda», cit., pág. 2410, y DEL GUAYO, I., «Comentario a la Disposición Final Trigésima Segunda», cit., pág. 1948. En contra, ASÚA GONZÁLEZ, C., «Régimen de separación y concurso...», cit., págs. 194 y 195, y «Las presunciones de donación entre cónyuges en el concurso: utilidad, oportunidad y constitucionalidad», en *Libro Homenaje a Lluís Puig Ferriol*, T. I, 2006, págs. 211 y ss. Vid. también, en contra, CUENA CASAS, M., «La presunción muciana ...», cit., pág. 162, y BLASCO GASCÓ, F., «Comentario a la DF 32.^a», en *Comentarios a la Ley Concursal*, coords. Sagraera, Sala y Ferrer, Barcelona, Bosch, 2004, pág. 2298.

tráfico jurídico¹⁵ y, consecuentemente, un tratamiento unitario del principal instrumento protector del mismo, esto es, el principio de responsabilidad patrimonial universal, que, en definitiva, disciplina la Ley concursal.

Precisamente, desde este posicionamiento favorable a la vinculación de la competencia exclusiva sobre las bases de las obligaciones contractuales a la competencia exclusiva en materia mercantil se ha preconizado, en ocasiones, la unificación del Derecho privado de obligaciones y contratos, prescindiendo de la escisión Derecho civil-Derecho mercantil¹⁶. En este sentido, la Ley concursal sería una Ley pionera de dicha unificación, perdiendo importancia la determinación del carácter civil o mercantil de los preceptos concursales, pues los mismos habrían sido promulgados en aras a la deseable consecución de la unidad de mercado, justificativa de la competencia estatal sobre la materia. De este modo, pues, sea cual sea el carácter de los preceptos que se encuentren ubicados en la Ley concursal, estarían éstos presididos por su categorización como Derecho concursal, el cual pasaría a ser contemplado —como decimos, al menos desde un punto de vista competencial— como una *institución general de Derecho privado*¹⁷, por más que entre sus preceptos aparezcan normas de índole civil, mercantil, procesal, laboral¹⁸ y de Derecho internacional privado.

Puede objetarse a nuestro planteamiento el hecho de que la referencia constitucional lo es a las «obligaciones contractuales» y no a las «extracontractuales», sobre las que también incide la Ley concursal y, por ende, nuestros preceptos. Sin embargo, a pesar de que en la masa

¹⁵ A la unidad de mercado, como justificación de la competencia exclusiva sobre ambas materias, se refiere BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8.º de la Constitución», *Estudios de Deusto*, 1986, págs. 303 y ss., quien en concreto considera que la competencia exclusiva en materia de bases de las obligaciones contractuales *complementa* la competencia exclusiva en materia mercantil, siendo esta última la principal garantía de la unidad de mercado. Vid. también GAYA SICILIA, R., *Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8.º de la Constitución española*, Madrid, Tecnos, 1989, págs. 126 y ss. También se refiere a la unidad de mercado como fundamento de la competencia sobre las bases de las obligaciones contractuales BONILLA BLASCO, J., «Las bases de las obligaciones contractuales», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, n.º 4, 1998, págs. 87 y ss., entre otros.

¹⁶ GAYA SICILIA, R., *Las bases...*, cit., págs. 133 y ss.

¹⁷ En palabras de RAMS ALBESA, J., «El concurso...», cit., pág. 44.

¹⁸ Hay quien señala que la DF 32.^a debería haber hecho alusión por ello al título competencial proclamado en el apartado 7.º del artículo 149.1 (DEL GUAYO, I., «Comentario a la Disposición Final Trigésima Segunda», cit., pág. 1947).

pasiva se insinúan tanto deudas contractuales como extracontractuales, el origen de la declaración del concurso de persona física normalmente será consecuencia de un sobreendeudamiento de origen contractual, ya sea éste de carácter activo (consecuencia de la irresponsable contratación de débitos por encima de las posibilidades de liberación) o pasivo (consecuencia de imponderables que colocan al sujeto en situación de no poder hacer frente a sus deudas, como enfermedades, paro...)¹⁹. De hecho, el carácter excepcional de las obligaciones extracontractuales en el marco del concurso se manifiesta en la medida en que las mismas están dotadas con un privilegio general (art. 91.5)²⁰. Por otro lado, las causas y efectos de la omisión de la referencia a las obligaciones extracontractuales en el artículo 149.1.8.º han sido minimizados en varias ocasiones por la doctrina que ha estudiado el precepto, en virtud de argumentos históricos y teleológicos²¹.

Es, en definitiva, la consideración de la competencia exclusiva del Estado sobre el Derecho concursal, como expresión unitaria de la competencia del Estado sobre las materias que lo conforman (ya sean civiles, mercantiles, procesales o laborales), la que nos llevará a estimar como deseable que sea la normativa contenida en la Ley concursal la aplicable a las situaciones de insolvencia de los casados, ya lo estén en regímenes comunitarios o separatistas, de Derecho común o foral, siempre que tales normas no se inmiscuyan en las particularidades de los regímenes matrimoniales, ya sean comunes o forales, incidiendo en su regulación al margen del concurso. Y ello porque, con independencia del carácter civil, mercantil o de otra índole de las concretas normas contenidas en la Ley *concurzal*, es la incidencia directa de esta Ley en la unidad de mercado y en la conveniente unificación de la re-

¹⁹ Clasificación tomada de PULGAR EZQUERRA, J., «El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coords. Matilde Cuenca Casas y José Luis Colino Mediavilla, Madrid, Civitas, 2009, págs. 65 y 66.

²⁰ El motivo de la concesión del privilegio es el hecho de que el acreedor de crédito extracontractual no ha podido negociar una garantía (vid. CORDERO LOBATO, E., «Comentario al artículo 91», en *Comentarios a la Ley Concursal*, T. I, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Tecnos, 2004, pág. 1093).

²¹ En efecto, GAYA SICILIA, R., *Las bases...*, cit., págs. 32 y 33, pone de manifiesto cómo el presidente del Gobierno, Alcalá-Zamora, se refería en su defensa de la Enmienda al artículo 15 de la Constitución de 1931, simplemente, a las «bases de las obligaciones». Por otro lado, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Las bases...», cit., págs. 329 y 331, viene a sostener, con apoyo en la doctrina del TC, que el régimen general de responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual es competencia del Estado, indicando que «la falta de mención de las obligaciones extracontractuales en la segunda frase del artículo 149.1.8.º se debe muy probablemente a una copia mimética (en este punto) del antecedente de la norma en la Constitución de la Segunda República».

gulación en una materia que tan frontalmente incide en la seguridad del tráfico la que las da cohesión y determina que el propio Derecho concursal sea, en sí, competencia exclusiva del Estado.

Por otro lado, en caso de que se negase el carácter exclusivo de la competencia estatal en materia concursal, en virtud de la competencia exclusiva sobre las «bases de las obligaciones contractuales», en lo atinente a los preceptos civiles, la competencia estatal vendría igualmente avalada por el hecho de que la materia concursal nunca ha sido una de las *particularidades del derecho sustantivo* de las Comunidades Autónomas (DF 32.^a LC) ni ha formado parte de las instituciones de Derecho foral que han de ser *conservadas, modificadas o desarrolladas* (art. 149.1.8.º CE).

No es nuestra intención profundizar en la problemática interpretativa a que ha dado lugar el término *desarrollo*, debido a la concepción *autonomista* al respecto que defienden algunas Comunidades Autónomas²², prescindiendo de la concepción *foralista* diseñada en la Constitución de 1978. Buen ejemplo de ello es la promulgación de numerosas leyes en materia de parejas de hecho²³; o buena parte del contenido del futuro Código civil de Cataluña, promulgado de forma fragmentaria en varios Libros²⁴; o la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano²⁵; leyes que emergen amparadas en la idea de que las Comunidades Autónomas tienen competencia legislativa sobre cualquier cuestión civil siempre que no sea de las expresamente reservadas al Estado en el artículo 149.1.8.º CE. Algunas

²² La concepción *autonomista* era la plasmada en la Constitución de 1931. En efecto, el artículo 15.1 de la Constitución de 1931 atribuía al Estado competencia exclusiva en materia civil tan sólo en lo atinente a «la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos, personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España».

²³ Como en el caso de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, que hubo de ser reformada por la Ley 10/2007, de 28 de junio, a fin de corregir sus excesos (vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La vuelta al redil», *Aranzadi Civil*, noviembre 2007, págs. 11 y 12). Aun así, el TSJ de Galicia ha interpuesto en mayo de este mismo año una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la mencionada Ley en la que pone en duda la adecuación de los contenidos de la misma con la reserva de competencia exclusiva a favor del Estado en cuestiones tales como la regulación de las formas del matrimonio y la ordenación de los Registros públicos, y se cuestiona si en el término *desarrollo* del Derecho foral contenido en el artículo 149.1.8.º CE tiene cabida una Ley semejante.

²⁴ El más reciente, Libro Segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio (BOE de 21 de agosto de 2010).

²⁵ Objeto de recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Gobierno, el cual se halla pendiente de resolución.

de estas normas, cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada por quien tendría legitimación, por motivos de índole política, incurren *de facto* en inconstitucionalidad²⁶.

Pero no podemos obviar la doctrina reiterada por el Tribunal Constitucional, en la reciente sentencia de 9 de julio de 2010, que resuelve el recurso interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en la que se confirma de nuevo la opción *foralista* en lo atinente a la competencia en materia de Derecho civil por parte de las Comunidades Autónomas. Como es sabido, el artículo 129 del Estatuto atribuye a la Comunidad Autónoma catalana «la competencia exclusiva en materia de Derecho civil, con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8.º de la Constitución atribuye *en todo caso* al Estado». Se decanta, pues, el Estatuto, por la opción *autonomista*, en virtud de la cual Cataluña podrá legislar sobre cualquier cuestión civil siempre que no sea una de las expresamente mencionadas en el artículo 149.1.8.º, que, *en todo caso*, serán competencia exclusiva del Estado. El TC no ha declarado inconstitucional tal precepto, pero ha dictado, en este punto, una sentencia interpretativa, de tal modo que será constitucional el precepto siempre que se interprete tal y como lo hace el propio TC en el Fundamento 76 de la sentencia²⁷, esto es, siguiendo la ya tradicional opción *foralista*. El TC, en esta nueva resolución, confirma en todos sus aspectos lo que venía siendo la doctrina constitucional expresada en sentencias como la 88/1993, de 12 de marzo —cuyos fundamentos son ampliamente reproducidos en la nueva sentencia—, reiterando que la competencia exclusiva en materia de Derecho civil a que se refiere el artículo 129 del Estatuto ha de entenderse ceñida a esas funciones de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán —desarrollo entendido en el ya tradicional sentido de competencia para legislar también sobre instituciones conexas— y que, quedando contraída a ese específico objeto, no se extiende al propio de la legislación civil como materia atri-

²⁶ Como señala en relación a determinada normativa balear TORRES LANA, J. A., «Veinte años después (una reflexión sobre el Derecho civil de las Islas Baleares a raíz del Estatuto de Autonomía)», en *Libro Homenaje a Lluís Puig Ferriol*, T. II, 2006, págs. 2383 y ss., el problema es que se trata de una inconstitucionalidad *de facto*, en los casos en los que los preceptos no han sido impugnados.

²⁷ Se trata de una interpretación ciertamente *forzada* de la literalidad del precepto, por lo que, a nuestro juicio, hubiera sido más consecuente la declaración de inconstitucionalidad del mismo.

buida al Estado, a título de competencia exclusiva, por el primer inciso del artículo 149.1.8.²⁸

No es objeto de este trabajo, como venimos diciendo, analizar los límites de la competencia autonómica en materia de derecho civil, sino, partiendo de la idea de que el Derecho concursal, concebido desde un punto de vista unitario, es competencia exclusiva del Estado, defender la aplicabilidad en todo el territorio nacional de sus normas, en el buen entendido de que las mismas no suponen derogación o sustitución de norma foral alguna. Sin embargo, por su carácter *conexo*, no podíamos dejar de aludir a la polémica que suscita la cuestión competencial sobre nuestra disciplina, tal y como ha quedado diseñada tras el último pronunciamiento del TC, pues, en definitiva, la sentencia no viene sino a confirmar la competencia del Estado en materia de legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de las normas de Derecho foral por parte de las Comunidades Autónomas «allí donde existan», reiterando al respecto que en ninguna de las Comunidades era objeto de regulación la materia concursal²⁹.

Estimar que los preceptos de índole concursal-civil incluidos en la Ley concursal se dictan al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia concursal —la cual a su vez se apoyaría en los distintos títulos que atribuyen al Estado competencia exclusiva sobre las cuestiones sobre las que versa la Ley concursal— debería ser suficiente razón para impedir, con carácter general, su desplazamiento por las legislaciones forales, ello siempre que tales preceptos sean respetuosos con la competencia autonómica en la regulación sustantiva de los re-

²⁸ La confirmación de la opción foralista parece augurar mal futuro a la Ley de régimen económico valenciano, cuyo recurso de inconstitucionalidad está pendiente de resolución por parte del TC. Por más que se haya reconocido la competencia a Valencia por parte del TC para legislar sobre su Derecho consuetudinario, difícilmente puede considerarse una institución *conexa* el régimen económico matrimonial. Más bien se trata, al amparo de lo establecido en el artículo 49 del Estatuto valenciano, que atribuye competencia a Valencia en materia de Derecho civil valenciano, de revivir instituciones que fueron derogadas con los Decretos de nueva planta. Con el 149.1.8.º en la mano, y aun contando con la interpretación *extensiva* que del mismo ha realizado hasta ahora el TC, difícilmente puede admitirse la competencia de Valencia en esta materia. Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «Derecho civil valenciano», *Aranzadi Civil*, junio 2002, págs. 11 y ss., y «El legislador valenciano: a vueltas con su derecho civil foral o especial», *Aranzadi Civil*, febrero 2010, págs. 11 y ss.

²⁹ Así lo señala igualmente CARLÓN, M., «Comentario a la DF 32.^a de la LC», en *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, dirs. Ángel Rojo y Emilio Beltrán, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pág. 3342. La autora señala que el Derecho foral de las Comunidades Autónomas no recoge una regulación general sobre los supuestos de insolvencia, añadiendo que «no hay razones para desmembrar el régimen jurídico del deudor en atención a criterios territoriales».

gímenes matrimoniales, al margen del concurso. Pues bien, lo que nos proponemos a continuación es justificar cómo la incidencia de los artículos 77 y 78 LC en los regímenes forales es, en efecto, mínima.

II. INCIDENCIA DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS RÉGIMENES COMUNITARIOS

Las normas contenidas en la Ley concursal con incidencia en el régimen económico de comunidad, sea éste cual fuere, común o foral, son fundamentalmente los artículos 77, 82.1, 86.3, 94.2.II, 25.3 y 21.1.7. Trataremos a continuación de poner de manifiesto en qué medida estos preceptos pueden estar afectando a normas de Derecho foral, por implicar una regulación diferente.

1. *La necesaria inclusión de los bienes privativos del concursado en la masa activa*

El artículo 77 LC, al establecer en su primer apartado que «*en caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado*», viene a determinar la necesaria inclusión en la masa activa de los bienes propios o privativos del concursado sea cual sea el régimen económico matrimonial, en perfecta cohesión con el principio de responsabilidad patrimonial universal, proclamado en los artículos 1911 CC y 76.1 LC.

Difícilmente esta norma puede afectar a la legislación foral de tal forma que su aplicación pueda resultar desplazada. La inclusión de los bienes privativos en la masa activa a fin de que respondan de las deudas del titular de los mismos, declarado en concurso, no podría ser obviada o regulada de otro modo por ninguna legislación foral en la medida en que ello conculcaría el principio de responsabilidad universal del deudor³⁰. Por otro lado, en ningún momento tal inclusión debe presentar riesgo alguno para el cónyuge *in bonis*, o afectar a sus intereses en la comunidad, salvo en los casos en los que la inclusión se llevase a cabo no estando acreditado el carácter privativo del bien, supuesto en el cual el cauce de defensa del cónyuge *in bonis* será la impugnación

³⁰ En el mismo sentido, CUENA CASAS, M., *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, pág. 117.

del inventario prevista en el artículo 96 LC, a fin de tratar de acreditar el carácter ganancial del bien o, quizá, el carácter de bien privativo del propio consorte, ejercitando, en este último caso, un derecho de separación *ex iure dominii*, según establece el artículo 80 LC.

Como hemos dicho, ningún conflicto debe plantear este apartado con norma foral alguna, pues en todas las regulaciones de regímenes comunitarios el deudor ha de responder con sus bienes privativos de las deudas por él contraídas, ya sean «deudas comunes» —en el sentido de que son deudas de las que responderá también la totalidad de la masa común— o propias. Así, el Libro Segundo del Código civil catalán, al regular el régimen de comunidad, establece en sus artículos 232.34.1 y 232.35 la responsabilidad de los bienes privativos por deudas privativas contraídas por razón de la tenencia y administración de bienes privativos³¹ y también por deudas derivadas de los gastos familiares, si bien, en este último caso, el patrimonio privativo responde solidariamente con los bienes comunes³². También el artículo 38 de la Ley aragonesa de régimen económico y viudedad, 2/2003, de 12 de febrero, establece que los bienes privativos de cada cónyuge responden en todo caso por las deudas por él contraídas (se entiende, ya sean comunes o privativas). Por su parte, la Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano —en caso de que su constitucionalidad sea admitida por el TC—, establece para el régimen de «germanía» que de las deudas particulares de cada cónyuge responden sus bienes propios (art. 42), así como de las contraídas para atender cargas familiares (arts. 8.3 y 11). Asimismo, se deduce la responsabilidad de los bienes privativos por todo tipo de deudas contraídas por un cónyuge de las Leyes 54 y 85 de la Compilación navarra³³.

El problema de la inclusión de todos los bienes privativos del concursado en la masa activa se plantea en relación al régimen de comunicación foral vasco. En efecto, el artículo 102 de la Ley 3/1992 del País Vasco —precepto cuya interpretación resulta extremadamente oscura— establece literalmente que las obligaciones contraídas

³¹ En realidad, la responsabilidad de los bienes privativos se ha de hacer extensiva a todas las deudas de carácter privativo, carácter que se determina por el hecho de que el gasto responde «a l'interés exclusiu d'un dels cònjuges». Vid. MARSAL I GUILLET, J., «Comentario al artículo 71», en *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, dirs. Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba, Madrid, Tecnos, 2000, pág. 349.

³² Vid. también artículo 231.8 del citado Libro Segundo.

³³ Vid., comentando este último precepto, FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Comentario a la Ley 85», en *Comentarios al Fuero Nuevo*, dir. Enrique Rubio Torrano, Pamplona, Aranzadi, 2002, págs. 261 y ss.

por un cónyuge sin consentimiento del otro únicamente «serán de cargo de la respectiva mitad comunicada del obligado»³⁴. Tratándose de un régimen en el que se hacen comunes por mitad tanto los bienes normalmente denominados privativos (que aquí se denominan bienes procedentes de un cónyuge) como los bienes a los que el CC llama gananciales (que para la Ley vasca son bienes *ganados*), resulta que el artículo 102 viene a establecer que de las deudas de un cónyuge sólo responde su mitad comunicada (esto es, la mitad de la totalidad de todos los bienes: de los privativos de ambos y de los *ganados* por ambos)³⁵. Es decir, en lugar de responder el concursado con sus bienes privativos y la mitad de los «gananciales», responde con la mitad de la totalidad del patrimonio común, integrado por «privativos de ambos» y «gananciales o *ganados* por ambos». Eso si de deuda privativa se trata, pues si la deuda «ha repercutido en beneficio de la familia» no cabe ceñir la responsabilidad a la mitad de los bienes ganados (art. 102, regla segunda). Además, cabe en todo caso excluir los «bienes procedentes del cónyuge no deudor» (art. 102, regla primera).

Sin querer profundizar en las dificultades de interpretación del precepto, cabe apuntar que, a pesar de tal complejidad, las cosas se simplifican si el cónyuge *in bonis* pide la disolución de la comunidad tras la declaración de concurso (posibilidad establecida en el art. 95 LDCPV), pues en este caso la comunidad se liquida como si se tratase de una sociedad de gananciales (art. 102 LDCPV en relación al art. 109)³⁶. Con ello nuestros problemas desaparecen: los bienes privativos procedentes del concursado se incluirían en la masa activa. Ahora bien, si el cónyuge *in bonis* no opta por la disolución, ¿qué bienes se integrarán en la masa? Desde luego, la mitad de los ganados —salvo que se trate de deudas que repercutan en beneficio de la familia, en cuyo caso se incluirán todos los ganados (art. 102, regla segunda, y arts. 98 y 109.3.º)—. Pero ¿y los privativos procedentes del cónyuge concursado, que son los que ahora nos preocupan? Pues bien, no sería

³⁴ Partimos de que el artículo 98 LDCPV es una norma de responsabilidad interna y no aplicable, por tanto, al caso que nos ocupa (vid., en este sentido, MARTÍN OSANTE, L. C., *El régimen económico matrimonial en el Derecho vizcaíno: la comunicación foral de bienes*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 482).

³⁵ Así interpreta CELAYA IBARRA, A., *Derecho civil vasco*, Universidad del País Vasco, 1993, pág. 136, este oscuro precepto. Considera el autor que, a pesar de la comunicación total, la distinción entre bienes procedentes de los cónyuges y bienes *ganados* se mantiene por si el matrimonio se disuelve sin hijos (vid. CELAYA IBARRA, A., *Derecho civil...*, cit., pág. 133).

³⁶ En este sentido, CUENA CASAS, M., *El concurso de acreedores...*, cit., pág. 123.

lógico que de la masa de bienes aportados por ambos cónyuges (privativos) no se pudiesen agredir los procedentes del cónyuge *in bonis* (art. 102, regla primera), y de los privativos procedentes del concursado sólo se pudiese agredir *la mitad*. Es por ello que, finalmente, la doctrina se decanta por permitir el embargo y ejecución —en nuestro caso, la inclusión en la masa activa— de todos los bienes privativos del concursado³⁷.

En definitiva, y a pesar de las dificultades que presenta la literalidad de algunos preceptos forales, en lo atinente a la responsabilidad externa de las distintas masas de bienes, ninguna derogación de normas forales trae consigo el artículo 77.1 LC: como no podía ser de otro modo, los bienes privativos o propios de un concursado siempre han de formar parte de la masa activa, a fin de no contrariar el principio de responsabilidad patrimonial universal.

2. La necesaria inclusión de los bienes comunes en la masa activa del concursado, siempre que tengan que responder de las obligaciones del concursado

Según el apartado 2 del artículo 77: «*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*».

No puede encontrarse precepto más respetuoso con las especialidades forales que este primer inciso del apartado 1 del artículo 77. Por así decirlo, el precepto concursal se detiene, justo, ante lo que es auténtica materia objeto de regulación del régimen económico matrimonial, esto es, el régimen de responsabilidad de las distintas masas: los bienes comunes se integrarán en la masa activa siempre que, conforme a lo establecido en los distintos regímenes comunes o forales de corte comunitario, tales bienes comunes hayan de responder de las deudas del concursado. El legislador, en lugar de decantarse por un procedimiento concursal en el que sólo existan acreedores privativos, esto es, en el que el régimen comunitario ha sido ya disuelto y liquidado, tal y

³⁷ Vid. MARTÍN OSANTE, L. C., *El régimen económico...*, cit., pág. 527. Vid. también, estudiando el caso con detalle, planteando las distintas hipótesis interpretativas en relación a la LC, CUENA CASAS, M., *El concurso de acreedores...*, cit., págs. 119 y ss.

como parecía establecer el Proyecto³⁸, opta por dar cabida a la entrada de acreedores consorciales y privativos en la masa pasiva del concurso, e incluir todos los bienes comunes en la masa activa. Decimos que opta por incluir todos los bienes comunes en la masa activa porque, tal y como sostuvimos en relación al régimen de gananciales³⁹, también en los regímenes forales deberán incluirse siempre los bienes comunes en la masa activa, pues los mismos *siempre* —de un modo u otro— responden de las deudas del concursado.

La Compilación navarra establece la responsabilidad de los bienes que forman la sociedad de conquistas por deudas comunes (Ley 84) y por deudas privativas, si bien en este último caso de modo subsidiario y en la cuota que corresponde al deudor (Ley 85)⁴⁰. La Ley de Derecho civil del País Vasco establece la responsabilidad principal de los bienes *ganados* por deudas que repercuten en interés de la familia (arts. 102, 98 y 109.3.º)⁴¹ y su responsabilidad por mitad del resto de las deudas contraídas por un solo cónyuge (art. 102, regla segunda). En el régimen de comunidad catalán también se establece la responsabilidad directa de los bienes comunes por gastos familiares (art. 232.35), o por deudas contraídas conjuntamente o de uno con el consentimiento del otro (art. 232.3.1), y subsidiaria y por mitad por deudas privativas contraídas de la administración y tenencia de bienes privativos (art. 232.34.2)⁴². También se establece la responsabilidad subsidiaria de los bienes agermanados por deudas privativas en el artículo 42.2 de la LREM de Valencia. Asimismo, se establece la responsabilidad de los bienes comunes por deudas «comunes», y la responsabilidad sub-

³⁸ En efecto, y a diferencia de lo establecido en el artículo 76.2 del Proyecto de Ley de 2002, se incluyen en la masa la totalidad de los bienes comunes cuando deban responder de las deudas del concursado, y no sólo el derecho del concursado sobre los bienes comunes tras su automática disolución por mor de la declaración de concurso.

³⁹ ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario al artículo 77», en *Comentarios a la Ley Concursal*, T. I, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Tecnos, 2004, pág. 931. En efecto, o bien de modo solidario con los bienes propios del deudor por deudas consorciales (art. 1369 CC), o bien de modo subsidiario y en su mitad por deudas privativas (art. 1373 CC), los bienes gananciales responden siempre.

⁴⁰ Vid. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Comentario a la Ley 85», en *Comentarios al Fuero Nuevo*, dir. Enrique Rubio Torrano, Pamplona, Aranzadi, 2002, págs. 261 y ss.

⁴¹ Respecto a las deudas comunes, el legislador vasco ha omitido una regla clara de responsabilidad externa, por lo que se ha defendido la supletoriedad de las reglas de responsabilidad provisional de la sociedad de gananciales *ex* artículo 3 de la Ley de Derecho civil vasco (CUENA CASAS, M., *El concurso de acreedores...*, cit., pág. 111).

⁴² Aunque el precepto se refiere exclusivamente a las deudas privativas derivadas de la administración y tenencia de bienes en común, cabe extender, como se ha señalado con anterioridad, la responsabilidad subsidiaria y por mitad a las demás deudas privativas.

sidiaria de los bienes comunes, por deudas privativas, en el artículo 42 de la LREMyV de Aragón, dejando a salvo el valor que en ellos corresponde al otro cónyuge y a los acreedores comunes.

En definitiva, por las propias normas contenidas en los regímenes forales, los bienes comunes siempre integrarán la masa activa, pues siempre responden por deudas comunes —responsabilidad directa y en su totalidad— o por deudas privativas —responsabilidad subsidiaria, generalmente, y por mitad—. Y esa necesaria integración de los bienes comunes en la masa se producirá incluso aunque sólo haya deudas privativas porque, aunque en estos casos la responsabilidad de los bienes comunes sea subsidiaria, sencillamente, si el cónyuge deudor tiene patrimonio privativo suficiente para hacer frente a deudas comunes o privativas, difícilmente habrá sido declarado en concurso⁴³.

3. *La posible disolución del régimen comunitario, en función de la decisión del cónyuge del concursado*

El artículo 77.2 LC, después de señalar que siendo el régimen económico del matrimonio el de comunidad 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*».

El artículo 77.2, segundo inciso, permite, pues, al cónyuge del concursado pedir la disolución de la sociedad y el juez la acordará siempre que los bienes comunes 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 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, lo cual, por otra parte, está en consonancia con el artículo 1393.1 CC, que determina como causa de pedir la disolución de la sociedad de gananciales por un cónyuge el solo hecho de que el consorte haya sido declarado en quiebra o concurso. Mientras el texto del

⁴³ Vid., en este sentido, SERRANO GARCÍA, J. A., «El concurso de acreedores y los regímenes forales de comunidad de bienes: Especial referencia al consorcio conyugal aragonés», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coords. Matilde Cuenca Casas y José Luis Colino Mediavilla, Madrid, Civitas, 2009, pág. 235, y en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, n.º 15, 2009, págs. 74 y ss.

Proyecto determinaba que la mera declaración de concurso traería consigo la disolución del régimen de comunidad (art. 76.2), 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 concurso⁴⁴. Solicitando la disolución, el cónyuge *in bonis* podrá salvaguardar sus derechos en la comunidad, evitar que sus propios ingresos sigan engrosando la masa activa del concurso y favorecerá que los acreedores comunes que con él contrataron se cobren con cargo a los bienes comunes, y no necesariamente con sus bienes privativos.

Nos preguntamos si este precepto invade o no competencias de los legisladores forales, al establecer una causa de disolución de los regímenes de comunidad. Pues bien, teniendo en cuenta la generalizada posibilidad de pedir la disolución por la mera declaración de concurso del cónyuge, ya que en todo caso se incluirán bienes comunes en la masa activa, la respuesta ha de ser negativa en la medida en que la mayoría de los regímenes comunitarios supletorios de primer grado regulados en los derechos forales contemplan idéntica posibilidad: un cónyuge puede pedir la disolución de la comunidad cuando el otro ha sido declarado en concurso⁴⁵ [art. 95 Ley de Derecho civil del País Vasco, Ley 87 de la Compilación navarra y en el art. 63.f) de la LREMyV de Aragón⁴⁶].

⁴⁴ RAMS ALBESA, J., «Algunas propuestas de disposiciones adicionales para una futura Ley de sobreendeudamiento», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Madrid, Civitas, 2009, pág. 492, considera que el Proyecto invadía competencias autonómicas al establecer el automatismo disolutorio.

⁴⁵ No creemos que la referencia contenida en las normas forales o en el propio artículo 1393.1 CC al «concurso o quiebra» deba entenderse referida a la fase de liquidación, tal y como establece la Disposición Adicional Primera de la LC en su apartado 2.º: «Todas las referencias a la quiebra o al concurso de acreedores contenidas en preceptos legales que no hayan sido expresamente modificados por esta Ley se entenderán realizadas al concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación». En este sentido se ha pronunciado SERRANO GARCÍA, J. A., «El concurso de acreedores...», cit., pág. 233, quien considera que la causa para pedir la disolución seguirá siendo la declaración de concurso del otro cónyuge, cuando en el mismo se incluyan bienes comunes, y no la apertura de la liquidación. Resulta ingeniosa, por otra parte, la posición mantenida por este autor, el cual considera que existe otra posibilidad posterior en el tiempo, dentro del procedimiento concursal, para pedir la disolución de la comunidad, en concreto de la aragonesa. Esta petición podrá tendrá lugar, a pesar de que en un primer momento no se haya solicitado la disolución, cuando del concurso resulte que los bienes comunes han de responder por deudas privativas.

⁴⁶ El precepto fue modificado por la DF 2.3 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Aragón, para adaptar la redacción, precisamente, a la legislación concursal.

Los problemas se plantearían en relación a los regímenes comunitarios convencionales de Cataluña y Valencia, en los que no se contempla la declaración de concurso como causa de disolución de la comunidad. En Cataluña, fácilmente puede reconducirse el supuesto a la causa de disolución de la comunidad convencional a petición de un cónyuge, por *gestión patrimonial irregular o supervención de alguna circunstancia personal o patrimonial en el otro cónyuge que comprometa gravemente a los intereses de quien solicita la extinción* [art. 232.36.2.a) del Libro Segundo]⁴⁷, por lo que creemos que el artículo 77.2 no vulnera norma catalana alguna. Respecto a la Ley valenciana, poco podemos decir, a la espera de la previsible declaración de inconstitucionalidad de la propia Ley en sí. Dada la escasa regulación del régimen comunitario de la germanía en la LREM de Valencia, puede que la omisión de esta causa de disolución se deba, simplemente, a un olvido del legislador. Piénsese que, al igual que ocurre en el caso catalán, se trata de un régimen paccionado y no legal o supletorio de primer grado. Cabría en todo caso defender, como hemos señalado en las páginas introductorias, que si el legislador estatal establece la posibilidad de solicitar la disolución de la comunidad por causa de concurso a favor de un cónyuge, tal norma podría considerarse propiamente *concurusal*, en la medida de que sólo operaría, como es lógico, en el ámbito de un procedimiento de insolvencia, y mantener su vigencia no como derecho supletorio, sino como derecho de aplicación directa en la medida en que ha sido dictado por el Estado en ejercicio de sus competencias exclusivas.

4. *La necesaria coordinación de la liquidación del régimen comunitario con el convenio o liquidación del concurso y la formación de pieza separada para la liquidación del régimen comunitario*

El último inciso del artículo 77.2 establece que la liquidación del régimen de comunidad, en caso de que el cónyuge *in bonis* opte por la disolución del régimen, *se llevará a cabo de forma coordinada con lo*

⁴⁷ En este mismo sentido, ROCA TRÍAS, E., «El concurso de deudor persona física», *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 4, 2004, pág. 125, si bien referidas las afirmaciones al antiguo artículo 73 del Código de familia. También cabría aplicar analógicamente la posibilidad de pedir la disolución de la comunidad ante el embargo de bienes comunes por deudas privativas, si ése fuera el caso [vid. arts. 232.36.2.d) y 232.33.2 del Libro Segundo].

que resulte del convenio o de la liquidación del concurso. Asimismo, el artículo 21.1.7 LC prevé la formación de pieza separada para la disolución del régimen de comunidad y viene a precisar que la decisión al respecto de formar dicha pieza se tomará en el Auto de declaración de concurso.

Se trata de los preceptos más confusos de la Ley concursal, en el ámbito que nos ocupa, tanto por la dificultad de averiguar el sentido del primero de ellos como por la dificultad de coordinar el mandato contenido en el segundo (art. 21.1.7 LC) con el resto de la regulación relativa a la disolución del régimen comunitario. En efecto, por un lado, ¿qué quiere decir el legislador 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? Por otro lado, ¿cómo se va a tomar la decisión de formar pieza separada para la liquidación en el Auto de declaración, si es tras el Auto de declaración de concurso cuando el cónyuge *in bonis* puede solicitar la disolución del régimen⁴⁸?

Aunque no es éste el lugar para analizar con profundidad tales cuestiones, lo cierto es que sólo partiendo de una determinada interpretación de tales preceptos es posible analizar su incidencia o no en los regímenes comunitarios forales. Por ello, en relación con la primera cuestión nos decantamos por la interpretación favorable a que la liquidación del régimen comunitario, en caso de que el cónyuge del concursado haya solicitado la disolución, se haga en la llamada fase común del concurso, con anterioridad al convenio o liquidación⁴⁹. Esto es, una vez determinado en la masa activa el carácter co-

⁴⁸ En realidad, siguiendo la literalidad del artículo 77.2 LC, es en el caso de inclusión de bienes comunes en la masa activa cuando el cónyuge *in bonis* puede pedir la disolución, pero, como hemos dicho antes, como la inclusión de bienes comunes en la masa activa es segura, entendemos que desde que se declara en concurso a un sujeto casado en régimen de comunidad, su cónyuge puede solicitar la disolución del régimen.

⁴⁹ Como señala CUENA CASAS, M., *El concurso de acreedores...*, pág. 247, «la liquidación en pieza separada sólo tiene sentido si la sociedad de gananciales se liquida con carácter previo al convenio o liquidación concursal». La autora propone que tal liquidación se realice tan sólo de forma *contable*, sin adjudicación de bienes, solución acertada en el sentido de que ello posibilitaría, en su caso, la finalización del procedimiento concursal en virtud de convenio, el cual resulta difícil visualizar en caso de previa liquidación *material* de la sociedad de gananciales. En efecto, a pesar de la subordinación del procedimiento concursal respecto al procedimiento liquidatorio de la sociedad ganancial que la solución propuesta trae consigo (vid. al respecto GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 5, 2005, págs. 61 y ss.), parece la solución más respetuosa con todos los intereses en juego. Vid. también, defendiendo con más convencimiento aún la liquidación anterior del régimen, CUENA CASAS, M., «El concurso de acreedores de persona casada en el régimen de gananciales», en *Endeudamiento del consumidor e in-*

mún o privativo de cada bien⁵⁰ —y resueltas las impugnaciones oportunas— y señalada en la masa pasiva el carácter privativo o común de cada deuda⁵¹ —y resueltas las impugnaciones oportunas—, se procederá a liquidar el régimen económico común en pieza separada, la cual se habrá abierto desde el momento en que conste la petición del cónyuge *in bonis* de solicitar la disolución del régimen⁵².

En la liquidación deberán ser llamados y cobrar sus créditos con cargo a los bienes comunes todos los acreedores consorciales, ya sea deudor el concursado o su cónyuge, con preferencia a los acreedores privativos. Es cierto que los acreedores por deudas «comunes» que han sido contraídas por el cónyuge *in bonis* no integran la masa pasiva del concurso (art. 84 LC). Pero eso no significa que no deban ser llamados al procedimiento liquidatorio del régimen común y cobrar sus créditos antes de las adjudicaciones. En efecto, y respecto a los bienes comunes, ambos tipos de acreedores comunes —los de uno y otro cónyuge— deben ser objeto de un mismo tratamiento, preferente, en cualquier caso, a los acreedores privativos de uno y otro cónyuge. Así se

solvencia familiar, coords. Matilde Cuenca Casas y José Luis Colino Mediavilla, Madrid, Civitas, 2009, págs. 175 y ss.

⁵⁰ Así lo exige el artículo 82.1 en su último inciso.

⁵¹ Según lo establecido en los artículos 86.3 y 94.2.II LC, en la relación de los créditos que conforman la masa pasiva se determinará el carácter común o privativo de la deuda, preceptos que no conculcan norma foral alguna; antes bien, parecen remitir a la regulación de cada régimen comunitario, ya sea común o foral, al respecto. Especiales problemas puede plantear la consideración de comunes o privativas de las deudas contraídas en ejercicio del comercio por persona casada en régimen comunitario, pero ello no por *mor* de la legislación concursal, sino por la regulación al respecto de los artículos 6 y ss. C. de Co. Respecto a tales preceptos, RAMS ALBESA, J., «El concurso...», cit., pág. 44, considera discutible la vigencia de los artículos 6 a 12 y 22 del Código de comercio. En nuestra opinión, el objeto de estas normas (vinculación de los gananciales resultas) bien podría haberse regulado en el Código civil, evitando así la remisión al Código de comercio. Vid., sobre el carácter civil de estos preceptos, CUENA CASAS, M., «La presunción muciana...», cit., pág. 161. SANCINENA ASURMENDI, C., «El concurso de acreedores de persona casada», en *Homenaje a Puig Ferriol*, T. II, pág. 2264, aboga por la derogación de los artículos 6 a 12 del Código de comercio, inclinándose por su regulación en el Código civil. Vid., más en extenso, las opiniones de esta misma autora en *Regimen económico matrimonial del comerciante*, Madrid, Dykinson, 1996. De hecho, encontramos ejemplos en alguna legislación foral que regula esta cuestión expresamente (vid., p. ej., artículo 37 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad de Aragón). Por ello, algún autor señala que tales preceptos del Código de comercio no se aplican en Aragón (SERRANO GARCÍA, J. A., «El concurso de acreedores...», cit., pág. 226). Vid. también CUENA CASAS, M., *El concurso de acreedores...*, cit., págs. 180 y ss.

⁵² Y no en el Auto de declaración de concurso, por las razones antes señaladas. Como afirma CUENA CASAS, M., «El concurso de acreedores...», cit., pág. 170, la literalidad del artículo 21.1.7 LC está en consonancia con el texto proyectado, en el cual la disolución por la mera declaración de concurso era automática.

establece no sólo en el Código civil, sino en las normas forales sobre régimen económico comunitario, cuando éste se regula con algún detalle⁵³. Y ello porque antes pagar que partir. Es decir, la liquidación del régimen que se lleve a cabo deberá respetar el derecho de cobro de los acreedores comunes por deudas contraídas por el concursado o por su consorte, acreedores a los que no les es oponible disolución alguna del régimen de comunidad⁵⁴. Una vez satisfechos los acreedores comunes habrá que proceder a continuación al reembolso de los créditos de los cónyuges contra la sociedad⁵⁵. Esto es, siendo acreedor cualquier cónyuge del consorcio común, tales reembolsos deberán ser satisfechos antes que partir, pues no se trata de un crédito de un cónyuge contra otro (que tendría el carácter de subordinado según el art. 92.5.º), sino el de un cónyuge contra la comunidad. El remanente, si es que lo hay, se dividirá por mitad entre los cónyuges y los acreedores particulares o privativos del concursado podrán hacerse cobro, según el orden de prelación

⁵³ En la Ley de Derecho civil del País Vasco no existe norma que exija el pago a los acreedores comunes con anterioridad a la adjudicación por mitad a cada cónyuge del lote de bienes ganados, pero la solución ha de ser ésta, en cualquier caso, a fin de no perjudicar a los acreedores por cargas familiares de cuyos créditos responden preferentemente los bienes ganados (arts. 98, 102, 109.3.º). Lo mismo cabría decir de la comunidad convencional regulada en el Libro Segundo del Código civil catalán (vid. MARSAL I GUILLAMET, J., «Comentario al artículo 74», en *Comentarios...*, cit., pág. 359, si bien referido al antiguo artículo 74 del Código de familia). En Navarra, el artículo 89 de la Compilación exige igualmente pagar a los acreedores de la sociedad de conquistas antes que partir. Vid. también artículo 83 de la LREMyV de Aragón. Vid. artículo 169 de la Ley de Derecho civil de Galicia, en relación a la Compañía familiar gallega.

⁵⁴ En la concurrencia de acreedores comunes sobre la masa común, es dudoso si deben aplicarse las preferencias establecidas en el Código civil para las ejecuciones singulares o las establecidas en la Ley concursal, inclinándonos por la aplicación de esta última en tanto en el artículo 89.2, segundo inciso, LC se establece: «No se admitirán en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley». Así lo sostiene en ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario al artículo 77 LC», cit., pág. 933. Y ello a pesar de que la remisión que realizan tanto el artículo 82 de la LREMyV de Aragón, o la Ley 89 de la Compilación navarra, o el artículo 1399, CC no dejan claro a qué normativa se refieren. Respecto a este último precepto y a la preeminencia que otorga a las deudas alimenticias, habrá que estar a la regulación del derecho de alimentos en la propia LC, por su especialidad. En lo atinente a la existencia de normas forales sobre prelación de créditos, DEL GUAYO, I., «Comentario a la Disposición Final Trigésima Segunda», cit., pág. 1949, duda de la aplicabilidad de normas sobre preferencia de créditos que pudiesen encontrarse en las legislaciones forales, como la establecida en la Ley 125 de la Compilación navarra. En contra, y a favor de la competencia autonómica en esta materia, BLASCO GASCÓ, F., «Comentario a la DF 32.ª», cit., pág. 2298.

⁵⁵ Vid. Leyes 88 y 89 de la Compilación navarra, preceptos en los que no queda tan claro que los cónyuges deban esperar para ser reembolsados a que se satisfaga previamente a los acreedores comunes. Vid. también artículos 109 LDPCV y 83 LREMyV de Aragón. Más dudoso resulta que se puedan detraer las *ventajas* (art. 84 LREMyV de Aragón y Ley 90 de la Compilación navarra, si bien en este último caso sólo se aplica esta preferencia en caso de muerte del otro cónyuge).

establecido en la Ley concursal, sobre los bienes propios del concursado, entre los cuales se encontrarán los bienes comunes que le han correspondido. Si, por el contrario, los acreedores consorciales del concursado no han podido hacerse cobro con los bienes comunes en su totalidad, pues el pasivo común era superior al activo común, pasarán a engrosar la lista de acreedores *proprios* del concursado, aplicándose entre todos estos acreedores *proprios* las reglas de prelación de la Ley concursal.

En caso de que el cónyuge *in bonis* no solicitase la disolución, la Ley concursal tampoco interfiere en las legislaciones forales, debiendo ser de aplicación lo establecido al respecto en cada régimen foral. Así, en el régimen del Código civil el cónyuge concursado tendrá por recibido a cuenta el importe de los gananciales destinados a sufragar deudas privativas (art. 1373 CC). También se prevé en la Ley 85 de la Compilación navarra que el cónyuge deudor tendrá recibido a cuenta el valor de los bienes comunes ejecutados, y así se desprende igualmente del artículo 102 de la Ley de Derecho civil del País Vasco. En el Derecho aragonés, la ausencia de disolución está especialmente prevista en el artículo 43, del cual cabe deducir que si el cónyuge del deudor —en nuestro caso, cónyuge del concursado— no opta por la disolución puede hacer valer su derecho a que quede a salvo el valor que en el patrimonio común le corresponde, solicitando una liquidación *formal* al exclusivo fin de constatar el valor que ha de quedar a su favor. En ese caso la ejecución de bienes comunes prosigue tan sólo en relación a los bienes comunes que no sobrepasen ese valor, alzándose el embargo sobre los demás, solución que puede mantenerse, sin conculcar por ello lo establecido en el artículo 77 LC. En el régimen convencional de comunidad de bienes catalán, el Libro Segundo del Código civil no ha previsto las consecuencias de la no disolución del régimen en caso de embargo de bienes comunes por deudas privativas, pero, por lógica, deberán ser las mismas que las establecidas en el CC para la sociedad de gananciales, esto es, el cónyuge deudor tendrá por recibido a cuenta el importe de los bienes comunes ejecutados por deudas propias.

Por su parte, los acreedores comunes por deudas contraídas por el cónyuge *in bonis*, no habiendo disolución, podrían estar igualmente protegidos en la medida en que, siendo insuficiente el patrimonio privativo del cónyuge no concursado que con ellos contrajo la deuda para hacer frente a estas deudas consorciales, pueden pedir el concurso de su deudor, puesto que los bienes gananciales están afectos al procedimiento concursal del otro cónyuge y no pueden ser embargados, solventándose ambos procedimientos concursales de forma acumulada, posibilidad expresamente contemplada en la LC (art. 25.3).

De todo ello cabe deducir que, al menos en el caso de los regímenes comunitarios, la normativa contenida en la LC relativa a la coordinación entre las relaciones patrimonio-matrimoniales del concursado y el procedimiento concursal no afecta a la regulación foral del régimen económico⁵⁶. La LC se limita a permitir a un cónyuge solicitar la disolución y, tanto en caso de optar o no el cónyuge *in bonis* por la disolución, las reglas de liquidación del patrimonio común o de ejecución de concretos bienes comunes a aplicar son las establecidas en los distintos regímenes forales, con respeto a los derechos que en la sociedad conyugal tienen tanto el cónyuge del concursado como los acreedores comunes.

5. Especialidades que afectan a la vivienda habitual del matrimonio

Como es sabido, no existe precepto alguno que establezca la inembargabilidad de la vivienda, 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 *común* —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 concursado⁵⁷.

Ahora bien, en beneficio de la familia y por esa necesidad básica que este bien cubre en el seno de la misma, el artículo 78.4 permite al cónyuge del deudor, en caso de que la vivienda sea común y haya solicitado la disolución del régimen, que le sea atribuida preferentemente 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*

⁵⁶ En el mismo sentido, SANZ VIOLA, A. M., «Incidencia del concurso de acreedores en el régimen económico matrimonial del deudor en la Ley Concursal», *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre 2004, pág. 735. En contra, RAMS ALBESA, J., «Algunas propuestas...», cit., pág. 492, considera que los artículos 86.3 y 94.2 invaden competencias ya que tratan de la extensión de la responsabilidad de las masas según la tipología de las deudas. Sin embargo, creemos que tales preceptos lo que hacen es, precisamente, remitir a la normativa foral respecto a la regulación de cada tipo de deuda.

⁵⁷ En este caso, y si del régimen de separación se trata, regirán las presunciones del artículo 78.1 LC, si se dan los presupuestos necesarios para ello.

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 aquélla se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso»⁵⁸.

En este apartado del artículo 78 no se atribuye al cónyuge del concursado un derecho de separación *ex iure dominii*, 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 Código civil y algunos regímenes forales para el caso de disolución de la sociedad por muerte de un cónyuge⁵⁹.

Pero la cuestión que ahora nos interesa es determinar si tal atribución invade competencias autonómicas. La mayor parte de la doctrina parece sostener un criterio afirmativo⁶⁰ de tal modo que tal precepto no

⁵⁸ Para que concurra este derecho de atribución preferente es necesario que concurran una serie de requisitos: 1.º 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. 2.º 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). 3.º 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. Además, habrá que tener en cuenta que el precepto no se aplicará en dos supuestos: 1.º 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 afectada 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 agoten en la satisfacción de dichos acreedores. 2.º Por otro lado, el precepto no tendrá trascendencia en relación a los acreedores hipotecarios, cuyo derecho de garantía recae sobre la propia vivienda habitual.

⁵⁹ Está prevista la atribución preferente al supérstite en caso de muerte de su consorte no sólo en el Código civil (art. 1406.4.º), sino también en el artículo 232.38.2 del Libro Segundo del Código civil catalán, en el artículo 85 de la LREMyV de Aragón y en la Ley 91 de la Compilación navarra. En el artículo 21 de la LREM de Valencia se establece un derecho de *uso* preferente, en caso de fallecimiento del cónyuge titular o cotitular de la vivienda.

⁶⁰ Así, RAMS ALBESA, J., «Algunas propuestas...», cit., pág. 492. Vid. también CUENA CASAS, M., *El concurso de acreedores...*, cit., pág. 320; ARNAU RAVEN-TÓS, L., *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa*, Atelier, 2005, pág. 56. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al artículo 78», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, coords. Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez, Valladolid, Lex Nova, 2004, pág. 1603, considera que sólo sería aplicable como derecho supletorio en aquellas Comunidades que careciesen de precepto propio. SANZ VIOLA, A. M., «Incidencia del concurso de acreedores...», cit., pág. 735, considera que la regulación de la Ley concursal será aplicable como Derecho supletorio en todas las Comunidades mientras no ejerciten sus competencias en esta materia.

sería de aplicación en los territorios forales. Hemos de reconocer el carácter dudoso de la cuestión, en la medida en que el precepto regula una cuestión muy concreta, muy particular⁶¹, que difícilmente puede afectar gravemente a la unidad de mercado, que es el fundamento que hemos empleado para atribuir competencia en materia concursal al Estado. Aun así, se puede afirmar que el artículo 78.4 no es una norma destinada a regular las relaciones económicas de los cónyuges entre sí, sino las relaciones de un cónyuge con los acreedores del otro en el seno de un procedimiento concursal. Se trata, sin más, de una norma que regula las relaciones del cónyuge *in bonis* con la administración concursal, otorgando a aquél una atribución preferente que pasaría a integrar el estatuto protector de la vivienda habitual. Por otro lado, también cabría apuntar que esta regulación, lejos de conculcar principios de Derecho foral, los refuerza, en la medida en que, como hemos señalado, la idea de la atribución preferente está presente en la mayoría de los regímenes forales, si bien restringida al caso de fallecimiento de un cónyuge, lo cual pone de manifiesto la inclinación de los legisladores —también los forales— a favorecer al cónyuge en sus relaciones frente a terceros, en concreto frente a los herederos del fallecido, en lo atinente a la adjudicación de la vivienda familiar. Lo cierto es que la *ratio* de ambos tipos de atribuciones es la misma: al no tratarse de una elección entre uno u otro cónyuge, sino entre un cónyuge y terceros, se opta por posibilitar la atribución de la vivienda, dada la importancia de este bien y la función fundamental que el mismo cumple en el seno de la familia, al cónyuge supérstite o *in bonis*. Por todo ello, y aun reconociendo el carácter dudoso de la cuestión, cabría optar por una regulación estatal de aplicación general, siempre que la atribución preferente ciña su aplicación a las situaciones de *concurso*⁶².

⁶¹ En efecto, y a pesar de nuestra defensa de la competencia exclusiva del Estado respecto a la materia regulada en la Ley concursal, no podemos obviar que la misma es más defendible respecto a aquellas normas que regulan o inciden de forma básica en la «unidad de mercado» que respecto a aquellas otras que regulan aspectos menos sustanciales. Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Las bases...», cit., pág. 312, afirma que, aun reconociendo la existencia de excepciones, «las bases o normas básicas se refieren a cuestiones estructurales, es decir, a *aspectos centrales, nucleares del régimen jurídico de una determinada institución*».

⁶² La aplicación de este derecho de atribución preferente resulta especialmente dudosa en Cataluña, pues mientras que el nuevo Libro Segundo del Código civil ha incorporado parte de la regulación de la Ley concursal que afecta a los regímenes económicos, no ha hecho lo mismo en este caso concreto (vid. cómo el artículo 232.38 mantiene la atribución preferente sólo en caso de muerte).

III. INCIDENCIA DE LAS NORMAS APLICABLES A LOS RÉGIMENES SEPARATISTAS

1. Generalidades

La Ley concursal, en el artículo 78.1, continúa la tradición, ya iniciada por el artículo 1442 CC tras la reforma de 1981, de facilitar la prueba a los acreedores del concursado casado en separación de bienes, para conseguir integrar la masa activa con determinados bienes que pueden aparentemente pertenecer al cónyuge del concursado pero que, en realidad, pertenecen al concursado (simulación) o bien, perteneciendo realmente al cónyuge *in bonis*, han sido adquiridos con fondos 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, 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 crediti* y *ex iure dominii*, 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.

El objetivo de estas presunciones está, pues, relacionado 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 éstos, a través de la moderna muciana.

Sin embargo, y como es sabido, la presunción muciana, en su versión tradicional, era una norma procedente del Derecho romano que presumía que los bienes que se encontraban en poder de la mujer procedían del marido, para salvaguardar la honestidad de la mujer. Con una formulación similar, pero conectada con la cuestión de la nulidad de donaciones entre cónyuges, apareció por primera vez en un texto moderno, en España, en la Compilación catalana de 1960. Concretamente, el artículo 23 establecía: «*Los bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, se presumirán procedentes de donación del marido. Si la mujer justifica tal ad-*

quisición, pero no la del precio con que se hubiese verificado, se presumirá que éste le ha sido donado por el marido».

Ahora bien, ya en el Código de comercio francés de 1807 hizo su aparición la moderna formulación de la presunción, que ahora pasa a denominarse *muciana concursal*, estableciéndose en el artículo 547 que los inmuebles adquiridos durante el matrimonio por la mujer del quebrado se presumen, con presunción *iuris tantum*, propiedad del marido, y los bienes muebles se presumen, *iuris et de iure*, propiedad del marido. La presunción era aplicable cualquiera que fuese el régimen económico de los esposos. Siguiendo al Código francés, se incluye la presunción en el Código de comercio italiano de 1865 y termina incorporándose al artículo 70 de la *Legge fallimentare* de 1942⁶³, si bien hoy ha sido declarado inaplicable, primero al régimen de comunidad y luego al de separación, por la Corte de Casación⁶⁴, pues la presunción italiana, en su origen, se aplicaba igualmente fuere cual fuere el régimen económico del matrimonio. En Alemania, el precepto fue incluido en el parágrafo 45 de la Ley Especial de Quiebras, si bien posteriormente fue declarado inconstitucional en sentencia de 24 de julio de 1968.

El origen de la moderna muciana, hoy recogida en el artículo 78.1 LC, es, pues, claramente concursal. Se trata de facilitar el cobro de sus créditos a los acreedores del concurso, ante la situación de *aparente* insolvencia del concursado, el cual puede mostrar una situación patrimonial deficitaria a título individual y, sin embargo, disfrutar de un cuantioso patrimonio que ha sido adquirido presumiblemente con su esfuerzo pero que, dada la especial relación de confianza existente entre esposos, parece pertenecer al cónyuge *in bonis*, escapando así de la acción de tales acreedores. La moderna muciana, que es la que incorpora, con sus matices y especialidades, la Ley concursal, no es una norma promulgada para regular trasvases patrimoniales de cónyuges entre sí al margen de la situación concursal, sino que cobra toda su virtualidad —escasa virtualidad, como a continuación veremos— ante la situación de insolvencia de uno de ellos. Esto es, si un cónyuge tiene bienes para hacer frente a sus deudas, el legislador estatal no *interfiere* en las transacciones, gratuitas u onerosas, que hayan tenido

⁶³ Vid. la evolución, con más detalle, en ÁLVAREZ OLALLA, P., *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Pamplona, Aranzadi, 1996, págs. 334 y ss.; ASÚA GONZÁLEZ, C., *La presunción muciana concursal: El artículo 1442 CC*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, págs. 25 y ss.; CUENA CASAS, M., «La presunción muciana concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 2005, págs. 153 y ss.

⁶⁴ Vid. al respecto ASÚA GONZÁLEZ, C., *La presunción muciana concursal: El artículo 1442 CC*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, págs. 25 y ss.

lugar respecto al otro cónyuge, lo cual sí sería una clara invasión de las normas de Derecho foral.

Es cierto que con anterioridad a la Ley concursal el legislador estatal regulaba la cuestión en el Código civil —art. 1442—, introducido en la reforma de 1981, respecto al régimen de separación de bienes, lo cual podía *diluir* en cierta medida el carácter concursal del precepto. Pero también es cierto que en aquel momento no existía una regulación estatal exhaustiva del concurso civil, sino tan sólo de los procedimientos de quiebra de los empresarios, aludiéndose a ciertos aspectos relativos al régimen económico matrimonial en el artículo 909 C. de Co. Ahora que el legislador estatal ha ejercido su competencia relativa a la regulación de los procedimientos concursales puede defenderse que el nuevo precepto 78.1, que a mi juicio deroga el artículo 1442 CC⁶⁵, ha de ser aplicable a todo el territorio en el contexto de la regulación del nuevo procedimiento concursal. De hecho, a pesar de que el legislador estatal, quizá siguiendo el ejemplo de su predecesor, el artículo 1442 CC, ciñe la aplicación de la presunción al régimen de separación, no existe un verdadero impedimento para desvincular aún más la institución de los regímenes matrimoniales, estableciendo su aplicación con independencia del régimen económico que rija en el matrimonio⁶⁶.

Veamos brevemente cómo funcionarían las presunciones establecidas en el artículo 78 distinguiendo el supuesto en que la adquisición ha tenido lugar entre cónyuges y el supuesto en que la adquisición procede de un tercero. Ello porque aunque no es nuestro objetivo analizar en profundidad el funcionamiento del artículo 78.1, sino preguntarnos por su incidencia en la normativa de régimen económico matrimonial foral, cierto análisis de la norma resulta obligado.

⁶⁵ Pues el nuevo precepto resulta aplicable, creemos, tanto a las adquisiciones del cónyuge *in bonis* procedentes de un tercero como a las adquisiciones procedentes del consorte, especialmente en este último caso, a efectos del ejercicio de la rescisoria común, como luego veremos. En contra, ARNAU RAVENTÓS, L., *La declaración de concurso de persona casada...*, cit., pág. 102, considera que el artículo 1442 pervive en su aplicación a las transmisiones entre cónyuges, pues considera que «resulta inverosímil que el concursado done a su cónyuge los recursos que luego le serán abonados en concepto de contraprestación».

⁶⁶ CUENA CASAS, M., «La presunción muciana concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 5, 2005, págs. 163 y 164 y ss., pone de manifiesto que el riesgo de fraude que se pretende evitar con la presunción se puede dar también en el régimen de gananciales, siempre que se haya destruido la presunción de ganancialidad al haber quedado acreditado que los fondos invertidos son privativos.

2. Adquisiciones procedentes de un tercero

Primera presunción del artículo 78.1 LC. Según el artículo 78.1 LC, si consta que la contraprestación que se empleó en la adquisición del cónyuge *in bonis* —adquisición respecto a la que no se establece plazo alguno— proviene del concursado, *se presume que la misma le fue donada*. Esta primera presunción es, en buena medida, superflua⁶⁷. Según el artículo 71.3 LC, son directamente rescindibles los actos dispositivos a título oneroso realizados por el concursado durante los dos años anteriores a la declaración de concurso a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, entre las cuales se encuentra el cónyuge (art. 93.1). Pues bien, si se ha probado que los fondos invertidos por el cónyuge *in bonis* proceden del concursado (lo cual es presu- puesto de la primera presunción a fin de, a partir de ahí, establecer su donación) resulta que tal acto dispositivo es directamente rescindible sin necesidad de presumir donación alguna, pues se trata de una disposición a favor de persona especialmente relacionada con el concursado (art. 71.3). Por ello, la primera presunción tendría escasa operatividad, aunque cumpliría una función residual en dos aspectos. Por un lado, impediría la prueba en contrario respecto al carácter perjudicial del acto dispositivo⁶⁸. Por otro lado, el precepto cumpliría una indudable función en el ámbito de la rescisoria común, la cual puede encajar en sede concursal en virtud de la remisión establecida en el artículo 71.6 LC. En efecto, y puesto que la primera presunción del artículo 78.1 LC no señala plazo, se podría presumir la donación de los fondos de todas las adquisiciones del cónyuge del concursado en las que se hubieran empleado fondos del concursado, en tanto fuera posible ejercitar la rescisoria común.

Segunda presunción del artículo 78.1 LC. Si consta acreditado que el cónyuge *in bonis* ha adquirido un bien —ahora sí, durante el año anterior a la declaración de concurso— y no consta la procedencia de los fondos empleados, se presume: 1) que la mitad de los fondos procedía

⁶⁷ Así lo puso de manifiesto YÁNEZ VIVERO, F., «La discordancia entre la presunción de donaciones del cónyuge concursado y el sistema de reintegración de la masa activa», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 4, 2005, págs. 229 y ss., seguida de CUENA CASAS, M., «La presunción muciana concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 5, 2005, pág. 178.

⁶⁸ Ello porque la diferencia entre negocios a título gratuito y negocios a título oneroso del concursado, realizados a favor de personas especialmente relacionadas con él, consiste en que en los primeros (actos a título gratuito en general) la presunción de perjuicio a los acreedores es *iuris et de iure*, mientras que en los segundos (disposiciones onerosas a favor de personas relacionadas) la presunción es *iuris tantum*. YÁNEZ VIVERO, F., «La discordancia...», cit., pág. 244, ha señalado la importancia de esta diferencia entre admitir prueba en contrario o no del carácter perjudicial del acto transmissivo.

del concursado; 2) que han sido entregados a título de donación. Distinguiamos estos dos incisos porque de nuevo la presunción de donación es superflua, por obra de lo establecido en el artículo 71.3 LC. Bastaría, pues, con que el precepto señalase la presunción de inversión de fondos procedentes —en su mitad— del concursado. Presumir que la inversión ha sido a título de donación sólo evita la prueba en contrario del carácter perjudicial del acto a efectos del ejercicio de la rescisoria concursal y facilita la rescisoria común.

3. *Adquisiciones procedentes del cónyuge concursado*

Si consta que la adquisición a título oneroso proviene del concursado, ahora ambas presunciones establecidas en el artículo 78.1 resultan prácticamente inútiles. Ello porque si el artículo 71.3 LC establece que son directamente rescindibles los actos dispositivos a título oneroso realizados por el concursado durante los dos años anteriores a la declaración de concurso a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, entre las cuales está el cónyuge (art. 93.1), la transmisión del bien en sí misma será directamente rescindible, sin necesidad de presumir donación. Ahora bien, si no consta la procedencia de los fondos, en virtud de la segunda presunción se podría impedir parcialmente (en su mitad) la prueba en contrario respecto al carácter perjudicial del acto dispositivo. Por otro lado, el precepto cumpliría su función en el ámbito de la rescisoria común, al presumir la donación de la mitad de los fondos, en caso de no operar la rescisoria concursal.

Pues bien, puesta de manifiesto la escasa operatividad que tiene el artículo 78.1, tanto en las adquisiciones a tercero como en las adquisiciones entre cónyuges, como consecuencia de la nueva regulación de las acciones de reintegración de la LC —cuya aplicación en todo el territorio nacional, por ser *Derecho concursal*, no parece que se ponga en duda—, creemos que sería deseable que el mismo fuera sustituido por una norma, situada en sede de *reintegración* y no en sede de operaciones de reducción *ex iure crediti* o *ex iure dominii*, que presumiese la inversión de fondos del concursado, en su totalidad o en su mitad, en determinadas adquisiciones realizadas por las personas especialmente relacionadas con el concursado⁶⁹, durante el

⁶⁹ Concretamente, las señaladas en el artículo 93.1, lo cual incluiría a las parejas de hecho, evitándose así las sospechas de inconstitucionalidad que tal precepto suscita (vid.

período de dos años en el que pueden ejercitarse las acciones de reintegración.

4. *Repercusión en los regímenes forales*

De este modo, desligando las presunciones de la regulación de los regímenes matrimoniales y, más en concreto, del régimen de separación, y ubicándolas en sede de reintegración de la masa activa, resulta sencillo defender la aplicación general del artículo 78.1 LC, especialmente en el caso de los regímenes separatistas forales, carentes de una norma similar⁷⁰. Resulta así que los problemas reales de colisión se presentarían únicamente en relación a la legislación catalana, pues es la única que recoge una presunción similar.

En Cataluña se introdujo la muciana moderna, modificando el tenor del originario artículo 23 de la Compilación, en la reforma operada por la Ley 13/1984, de 20 de marzo: «*En caso de quiebra o concurso de acreedores de uno de los cónyuges, si éstos no están separados judicialmente o de hecho, los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior a la declaración o desde la fecha de retroacción se presumirán donados por el primero, salvo que el segundo, al adquirir o bien con anterioridad, dispusiera de ingresos o de cualquier otra clase de recursos suficientes para adquirir*». Con la reforma operada en la Compilación por obra de la Ley 8/1993, el precepto pasó a situarse en el artículo 18.2 y, posteriormente, con la aprobación del Código de familia, el precepto pasó a situarse en el artículo 12, por lo que era de aplicación fuere cual fuere el régimen económico del matrimonio: «*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*».

Teniendo en cuenta la escasa operatividad del artículo 78.1, según antes hemos puesto de manifiesto, en realidad las diferencias entre el

ASÚA GONZÁLEZ, C., *La presunción...*, cit., págs. 127 y ss., y CUENA CASAS, M., «*La presunción...*», cit., págs. 192 y ss.).

⁷⁰ Concretamente, ni en la Compilación balear ni en la LREM de Valencia —en caso de que su constitucionalidad sea declarada por el TC—, que también establecen el régimen de separación como supletorio de primer grado, existe una norma similar.

artículo 78.1 LC y el antiguo artículo 12 del Código de familia catalán se manifestaban, fundamentalmente, respecto a las adquisiciones del cónyuge *in bonis* procedentes de un tercero si no constaba la procedencia de la contraprestación: en el caso del cónyuge catalán, si dichas adquisiciones se han producido en el año anterior a la declaración de concurso, los bienes adquiridos por el consorte entraban a formar parte de la masa activa⁷¹, en su totalidad. En el caso contemplado en el artículo 78.1 LC, si dichas adquisiciones se han producido en el año anterior a la declaración de concurso, el objeto de reintegración lo constituiría la mitad de los fondos invertidos en la adquisición.

Sin embargo, tras la promulgación del Libro Segundo del Código civil de Cataluña, mediante Ley 25/2010, de 29 de julio, los problemas prácticos desaparecen en la medida en que el legislador catalán ha tenido a bien adaptar la norma catalana, ahora recogida en el artículo 231.12, a la normativa estatal contenida en el artículo 78.1 LC. De este modo, si se trata de *adquisición procedente del concursado*, serían de aplicación tanto el artículo 71.3 LC —que las presume perjudiciales para la masa aunque sean onerosas— como, con un efecto similar, el artículo 231.11 del Libro Segundo, que presume el carácter gratuito⁷². Si se trata de adquisiciones del cónyuge *in bonis procedentes de un tercero* a título oneroso, durante el año anterior a la declaración del concurso, y está probado que la contraprestación proviene del concursado, tanto en la legislación estatal como en la catalana se presume la donación de la contraprestación. Insistimos en la escasa utilidad de ambos preceptos puesto que el artículo 71.3 LC declara rescindible la transmisión de los fondos sin más, aunque no se tratase de una donación. Si no está probado que la contraprestación proviene del concursado, ambas normas prevén que se presume la donación de la mitad de

⁷¹ Así, MIRAMBELL I ABANCÓ, A., «Les relacions econòmiques entre els cònjuges», en *Manual de dret civil català*, dir. F. Badosa Coll, Madrid, Marcial Pons, 2003, pág. 466. Al respecto, ROCA I TRÍAS, E., *Institucions del dret civil de Catalunya*, T. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 420, afirmaba que la aplicación de la presunción no provoca la integración de los bienes adquiridos por el otro cónyuge en la masa del concurso, sino que posibilitaba la aplicación del artículo 340.3 de la Compilación, ahora artículo 531.14 de la Ley catalana 5/2006. La autora consideraba que el precepto no se aplicaba a las adquisiciones entre cónyuges, pues tal situación estaba regulada por el artículo 11 del Código de familia (*ibidem*, pág. 419). En contra, ARNAU RAVENTÓS, L., *Declaración de concurso de persona casada...*, cit., pág. 111, consideraba que el artículo 11 del Código de familia, que establecía que en las transmisiones entre cónyuges, en caso de impugnación judicial, les correspondía la prueba del carácter oneroso a los cónyuges, tenía un ámbito de aplicación distinto que el artículo 12 y, por tanto, este último también se aplicaba a las adquisiciones entre cónyuges.

⁷² Siguiendo a ROCA (vid. nota anterior).

la contraprestación. Insistimos en que hubiera sido suficiente presumir la inversión de los fondos del concursado, en su mitad, pues el efecto hubiera sido similar, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 71.3 LC y 231.11 del Libro Segundo del CC catalán. En cualquier caso, y en lo que nos interesa, resulta que las diferencias ahora son mínimas:

- En la norma catalana se explicita que si en parte está probada que la contraprestación proviene del concursado y en parte no, la presunción de donación de la mitad se aplica sobre la parte de la contraprestación respecto a la que no puede acreditarse la procedencia.
- En el régimen catalán la prueba en contrario está dulcificada en el apartado 2 del precepto⁷³.
- En el régimen catalán se especifica que *es en el momento de la adquisición* del bien cuando los cónyuges deben estar separados judicialmente o de hecho, para evitar la aplicación de la presunción.

Siendo tan nimias las diferencias, puede afirmarse que han sido solventadas las dificultades de índole práctica que planteaba la antigua regulación recogida en el artículo 12 del Código de familia, gracias a la aproximación entre la norma catalana y la estatal llevada a cabo por el legislador catalán⁷⁴. Sin embargo, ello no nos exime del deber de preguntarnos a quién corresponde en realidad la competencia. Pues bien, desvinculando el precepto de la concreta regulación del régimen separatista (como *de facto* hace el legislador catalán) y conectándolo con las acciones de reintegración, consideramos que el precepto, de aplicación claramente concursal, ha de ser promulgado por el Estado en la Ley concursal. En cualquier caso, es de agradecer que el legislador catalán, puesto a legislar en la materia, lo haga acomodando su normativa a la estatal, lo cual, si bien por un lado supone una reafirmación de su competencia al respecto, en contra de lo aquí sostenido, por otro

⁷³ Pues para destruir la presunción basta probar que *el adquirente disponía de ingresos o recursos suficientes para efectuarla*.

⁷⁴ También se produce una adaptación a la normativa concursal en materia de cuentas indistintas (art. 79 LC), si bien restringida a su aplicación entre cónyuges, en el artículo 231.13 del Libro Segundo del CC catalán. Lo cierto es que la norma catalana ya existía con anterioridad a la promulgación de la Ley concursal, pues se encontraba en el artículo 13 del Código de familia. Sin embargo, tal precepto no hacía referencia a la situación concursal, sino al mero embargo de cuentas indistintas.

deja traslucir un implícito reconocimiento de la preeminencia de la legislación estatal en materia concursal. Por nuestra parte, consideramos preferible sostener que si hay que establecer cierta presunción concursal debe hacerlo el legislador estatal en ejercicio de sus competencias exclusivas, pudiendo el legislador foral mantener sus presunciones aplicables a cualquier acreedor, no específicamente concursal. Tales presunciones, como la contenida en el artículo 231.11 del Libro Segundo, podrían ser objeto de invocación en el procedimiento concursal en caso de que no fueran de aplicación los preceptos concursales, del mismo modo que también pueden ser de aplicación otras acciones rescisorias, al margen de las *concursoales*, siempre que las acciones específicamente concursales no fueren de aplicación (art. 71.6 LC).

IV. BIENES ADQUIRIDOS CON PACTO DE SOBREVIVENCIA ENTRE CÓNYUGES

Por último, en el apartado 3 del artículo 78 LC se establece: «*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. 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*».

La regulación sustantiva de esta institución la encontramos en la actualidad en los artículos 231.15, 16, 17 y 18 del Libro Segundo del Código civil catalán. Ahora la figura se independiza del régimen de separación de bienes, pudiendo, pues, concertarse por los cónyuges compras con pacto de supervivencia, sea cual sea el régimen económico matrimonial, siempre que adquieran a título oneroso un bien en proindiviso⁷⁵. Pues bien, si se ha establecido un pacto de supervivencia, ello

⁷⁵ En efecto, el antiguo artículo 44 del Código de familia catalán ceñía la aplicación de la figura a los casos en que entre los cónyuges estuviera en vigor un régimen de separación de bienes.

significa 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 en régimen de copropiedad. Pero ocurre que, a diferencia de lo establecido para la copropiedad ordinaria, los cónyuges tienen limitado el poder de disposición sobre su cuota y tienen vedado el ejercicio de la acción de división.

Sin embargo, la existencia de un pacto de supervivencia no impide el embargo de la cuota del bien, perteneciente al cónyuge deudor, pues lo contrario supondría una fácil vía para eludir el principio de responsabilidad patrimonial universal. Por ello, se establece en el artículo 231.17.1 del Libro Segundo del CC catalán: *«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. El embargo debe notificarse al cónyuge que no es parte en el litigio»*.

Pero ocurre que el mismo precepto, en su apartado 2, ha añadido la regulación de la situación en que quedan los bienes adquiridos con pacto de supervivencia, en caso de *concurso*, siendo los efectos de la norma similares a los previstos en el artículo 78.3 LC. Esto es, se prevé que integre la masa activa la parte perteneciente al concursado, teniendo el otro cónyuge la posibilidad de detraer de la masa esa parte, abonando el valor⁷⁶. De esta manera se protegen tanto las expectativas del cónyuge del concursado de hacerse con la totalidad del bien adquirido con pacto de supervivencia como los derechos de los acreedores del concurso, para los cuales puede ser más interesante que la masa activa se integre con efectivo —la parte correspondiente 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. Se establecen, además, similares criterios y procedimientos de valoración de los bienes a los previstos en el artículo 78.3 LC⁷⁷.

⁷⁶ Parece que tal derecho existirá, tanto en la normativa estatal como autonómica, con independencia de si el concurso finaliza por convenio o con liquidación.

⁷⁷ El valor será fijado de común acuerdo entre el cónyuge del concursado y la administración concursal o será fijado por el juez, tomando como referencia el valor de mercado, oídas las partes y previo informe de experto, cuando lo considere oportuno. Ambos preceptos contienen una matización respecto al modo de valorar el bien sometido a un pacto de supervivencia, si el mismo es la vivienda habitual. En estos casos el valor que deberá abonar el cónyuge *in bonis* será el precio de adquisición actualizado con-

Las diferencias más destacables son:

- El artículo 78.3 LC establece expresamente la divisibilidad del bien en caso de concurso. Sin embargo, se trata de una divisibilidad orientada a la futura liquidación del bien, en caso de que ésta sea necesaria, siendo ésta una consecuencia que el legislador catalán parece admitir implícitamente⁷⁸.
- Otra pequeña diferencia se produce por el hecho de que la legislación catalana parece admitir que ambos cónyuges hayan adquirido el bien en proindiviso, pero no por mitad, sino siendo las cuotas desiguales, mientras que la LC se refiere en todo caso a la *mitad*. Sin embargo, no creemos que exista inconveniente en que, una vez probada la desigual adquisición, ello tenga su repercusión en la aplicación del artículo 78.3 LC.

Lo más destacable de la nueva regulación catalana es que desaparecen los problemas de coordinación entre el Derecho estatal y el foral existentes con anterioridad, en la medida en que se dudaba de la aplicabilidad en Cataluña de este derecho de adquisición preferente del cónyuge del concursado, no previsto en la legislación catalana, aunque algunos juristas catalanes abogaban por su aplicación⁷⁹. Sin embargo, nuestra pregunta sigue en pie: ¿a quién corresponde la competencia, realmente?; ¿tiene algún sentido o utilidad la duplicidad de normas similares en la legislación estatal y la autonómica? Desde luego, la situación no es novedosa, pues son numerosas las leyes promulgadas por las Comunidades Autónomas, especialmente en aquellas materias respecto a las cuales la competencia estatal o la autonómica es más dis-

forme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado (en el Derecho catalán no se especifica este límite). 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.

⁷⁸ Así, ARNAU RAVENTÓS, L., *La declaración de concurso...*, cit., pág. 164, señala que la divisibilidad que establece el artículo 78.3 no puede significar por sí misma la extinción del pacto en el caso de que, finalmente, ni la administración concursal ni el otro cónyuge insten la división.

⁷⁹ ROCA TRÍAS, E., «El concurso de deudor persona física», cit., pág. 125, señalaba que debía aplicarse en Cataluña la preferencia establecida en el artículo 78.3 LC a favor del cónyuge del concursado. En contra, ARNAU RAVENTÓS, L., *La declaración de concurso...*, pág. 166, señalaba que el precepto no era aplicable en Cataluña ni como Derecho supletorio *ex* artículo 149. 3 CE. En contra, considerándolo norma de Derecho supletorio, SANZ VIOLA, A. M., «Incidencia del concurso de acreedores...», cit., pág. 735.

cutida, que contienen preceptos que no son sino mera transcripción de los preceptos estatales. Ello tiene la indudable ventaja de la claridad: la norma es aplicable, sea de quien sea la competencia. Pero nuestra posición personal al respecto sigue siendo favorable a que las reglas que sólo han de operar en el concurso deben ser establecidas por el legislador estatal, especialmente tratándose además de un derecho de *adquisición preferente*. En cualquier caso, reconocemos que el hecho de que el legislador catalán recoja la norma en el Libro Segundo despeja posibles dudas respecto a su aplicación en Cataluña.

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto podemos concluir que la incidencia de los preceptos de la Ley concursal que afectan a las relaciones entre el concurso y el régimen económico del concursado, en los derechos forales, es mínima.

En los *regímenes comunitarios*, el legislador concursal se queda, por así decirlo, *a las puertas* de la concreta regulación del pasivo consorcial, pues sólo establece la posibilidad de disolución de la comunidad a petición del cónyuge *in bonis* cuando en la masa se integran bienes comunes, lo cual ocurre en la generalidad de los casos. Ello está en consonancia con la posibilidad contemplada en la mayor parte de las legislaciones forales que prevén la posible disolución de la comunidad en caso de concurso. Por otro lado, la inclusión de los bienes privativos del concursado en la masa activa, lo cual no es sino consecuencia del principio de responsabilidad patrimonial universal, y la inclusión de los bienes comunes cuando deban —según las normas específicas de cada régimen— responder de las deudas del concursado, están igualmente previstas de forma generalizada en los distintos regímenes comunitarios forales, aun reconociendo las dificultades interpretativas de la Ley de Derecho civil del País Vasco al respecto. Por último, la liquidación del régimen, en caso de que se haya optado por la disolución por parte del cónyuge *in bonis*, se hará conforme a lo establecido en las distintas regulaciones, comunes o forales, de los regímenes de comunidad.

En los *regímenes separatistas*, la aplicación de la muciana concursal será escasa como consecuencia de la nueva regulación de las acciones de reintegración concursales, que facilitan extraordinariamente la rescisión de las transmisiones de bienes o fondos entre cónyuges, sin necesidad de presumir donaciones. Por ello nos hemos decantado por la alternativa de que ambos preceptos fueran sustituidos con una nor-

ma, contenida en sede de *reintegración*, y no en sede de operaciones de reducción *ex iure crediti* o *ex iure dominii*, que presumiese simplemente la inversión de fondos del concursado, en su totalidad o en su mitad, en las adquisiciones de determinadas personas especialmente relacionadas con él, durante el período de dos años en el que pueden ejercitarse las acciones de reintegración, sin perjuicio de la aplicación de otras presunciones que, con carácter general y no concursal, pudiera establecer el legislador común o foral. Por su parte, la reciente regulación catalana de la figura, estableciendo un régimen similar al estatal, soluciona los problemas planteados por la existencia de una regulación dispar, si bien creemos que la normativa estatal debería ser suficiente.

Por último, reconocemos que la competencia estatal en la regulación del derecho de *atribución preferente* de la vivienda habitual en el régimen comunitario, y de *adquisición preferente* de la mitad de los bienes sometidos al pacto de sobrevivencia, es más dudosa. Aun así, la regulación uniforme por parte del legislador estatal a los meros efectos concursales resuelve más incógnitas que una regulación diversa por parte de las Comunidades con Derecho foral, cuya competencia para inmiscuirse en el principio de responsabilidad patrimonial universal y en la composición de la masa activa dentro de un procedimiento concursal sería más dudosa que la estatal. Ello en el bien entendido de que el legislador estatal con dicha regulación no conculca principios de Derecho foral, sino más bien refuerza estas instituciones en su dimensión concursal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, pág. (1996): *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Pamplona, Aranzadi.
- (2004): «Comentario al artículo 77», en *Comentarios a la Ley Concursal*, T. I, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Tecnos.
- ARNAU RAVENTÓS, L. (2005): *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa*, Barcelona, Atelier.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. (2000): *La presunción muciana concursal: El artículo 1442 CC*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- (2006): «Las presunciones de donación entre cónyuges en el concurso: utilidad, oportunidad y constitucionalidad», en *Libro Homenaje a Lluís Puig Ferrerol*, T. I, Valencia, Tirant lo Blanch.
- (2009): «Régimen de separación y concurso de acreedores (Las presunciones de donación del artículo 78 de la Ley Concursal)», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coords. Matilde Cuenca Casas y José Luis Colino Mediavilla, Madrid, Civitas.

- BADOSA COLL, F. (2003): *Manual de dret civil català*, Madrid, Marcial Pons.
- BELTRÁN, E. (2009): «El concurso de acreedores del consumidor», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coords. Matilde Cuenca Casas y José Luis Colino Mediavilla, Madrid, Civitas.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986): «Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8.º de la Constitución», *Estudios de Deusto*, págs. 303 y ss.
- (2002): «Derecho civil valenciano», *Aranzadi Civil*, junio, págs. 11-13.
- (2004): «Comentario al artículo 1», en *Comentarios a la Ley Concursal*, T. I, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Tecnos.
- (2004): «Comentario a la Disposición Final Trigésima Segunda», en *Comentarios a la Ley Concursal*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Tecnos.
- (2007): «La vuelta al redil», *Aranzadi Civil*, noviembre, págs. 11 y 12.
- (2010): «El legislador valenciano: a vueltas con su derecho civil foral o especial», *Aranzadi Civil*, febrero, págs. 11-13.
- BLASCO GASCÓ, F. (2004): «Comentario a la DF 32», en *Comentarios a la Ley Concursal*, coords. Sagraera, Sala y Ferrer, Barcelona, Bosch.
- BONILLA BLASCO, J. (1998): «Las bases de las obligaciones contractuales», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, n.º 4, págs. 87 y ss.
- CARLÓN, M. (2004): «Comentario a la DF 32.ª de la LC», en *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, dirs. Ángel Rojo y Emilio Beltrán, Madrid, Thomson-Civitas.
- CELAYA IBARRA, A. (1993): *Derecho civil vasco*, Universidad del País Vasco.
- CORDERO LOBATO, E. (2004): «Comentario al artículo 91», en *Comentarios a la Ley Concursal*, T. I, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Tecnos.
- CUENA CASAS, M. (2005): «La presunción muciana concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 5, págs. 147-196.
- (2008): *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Madrid, Thomson-Civitas.
- (2009): «El concurso de acreedores de persona casada en el régimen de gananciales», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coords. Matilde Cuenca Casas y José Luis Colino Mediavilla, Madrid, Civitas.
- DEL GUAYO, I. (2004): «Comentario a la Disposición Final Trigésima Segunda», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, coords. Pulgar, Alonso Ledesma, Alonso Ureba y Alcover, Madrid, Dykinson.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2004): «Comentario al artículo 78», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, coords. Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez, Valladolid, Lex Nova.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J. (2002): «Comentario a la Ley 85», en *Comentarios al Fuero Nuevo*, dir. Enrique Rubio Torrano, Pamplona, Aranzadi.
- GAYA SICILIA, R. (1989): *Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8.º de la Constitución española*, Madrid, Tecnos.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2005): «La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 5, págs. 61-100.
- HIDALGO GARCÍA, S. (2004): «Comentario a la Disposición Final Trigésima Segunda», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. IV, dirs. Sánchez-Calero y Guilarte Gutiérrez, Valladolid, Lex Nova.

- MARSAL I GUILLAMET, J. (2000): «Comentario a los artículos 71 y 74», en *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions conviviales d'ajuda mútua*, dirs. Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba, Madrid, Tecnos.
- MARTÍN OSANTE, L. C. (1996): *El régimen económico matrimonial en el Derecho vizcaíno: la comunicación foral de bienes*, Madrid, Marcial Pons.
- MERCADAL VIDAL, F. (2004): «Comentario al artículo 78», en *Nueva Ley Concursal*, dirs. A. Sala, F. Mercadal y Alonso Cuevillas, Barcelona, Bosch.
- MIRAMBELL I ABANCO, A. (2003): «Les relacions econòmiques entre els cònjuges», en *Manual de dret civil català*, dir. F. Badosa Coll, Madrid, Marcial Pons.
- PUIG FERRIN, L., y ROCA TRIAS, E. (2005): *Institucions del dret civil de Catalunya*, T. II, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PULGAR EZQUERRA, J. (2009): «El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coords. Matilde Cuenca Casas y José Luis Colino Mediavilla, Madrid, Civitas.
- RAMS ALBESA, J. (2009): «El concurso de la persona física y el Derecho aragonés de sucesiones», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 17, págs. 41-79.
- (2009): «Algunas propuestas de disposiciones adicionales para una futura Ley de sobreendeudamiento», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Madrid, Civitas.
- ROCA TRÍAS, E. (2004): «El concurso de deudor persona física», *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 4, págs. 1077-1098.
- ROJO, A. (2004): «Presentación», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 1, págs. 4-6.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C. (1996): *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Madrid, Dykinson.
- (2006): «El concurso de acreedores de persona casada», en *Homenaje a Puig Ferriol*, T. II, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SANZ VIOLA, A. M. (2004): «Incidencia del concurso de acreedores en el régimen económico matrimonial del deudor en la Ley Concursal», *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre, págs. 714-735.
- SERRANO GARCÍA, J. A. (2009): «El concurso de acreedores y los regímenes forales de comunidad de bienes: Especial referencia al consorcio conyugal aragonés», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coords. Matilde Cuenca Casas y José Luis Colino Mediavilla, Madrid, Civitas, págs. 223-257, y en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, n.º 15, págs. 73 y ss.
- TORRES LANA, J. A. (2006): «Veinte años después (una reflexión sobre el Derecho civil de las Islas Baleares a raíz del Estatuto de Autonomía)», en *Libro Homenaje a Lluís Puig Ferriol*, T. II, Valencia, Tirant lo Blanch.
- YÁNEZ VIVERO, F. (2005) «La discordancia entre la presunción de donaciones del cónyuge concursado y el sistema de reintegración de la masa activa», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 4, págs. 229-244.