

DETERMINACIÓN DE LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO DE PERSONA CASADA. LEY CONCURSAL Y DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS ISLAS BALEARES*

*DETERMINATION OF THE ACTIVE MASS OF THE MARRIED PERSON BANKRUPTCY.
INSOLVENCY LAW AND CIVIL LAW OF THE BALEARIC ISLANDS*

DRA. PETRA M. THOMÀS PUIG

Prof. C. Dra. de Derecho Mercantil de la Universidad de las Islas Baleares
petra.thomas@uib.es

RESUMEN: A lo que más atención dedica la Ley Concursal española en relación con el concurso de la persona física casada es a su régimen económico matrimonial, precisamente por las importantes consecuencias patrimoniales que este régimen puede tener en relación con la composición de la masa activa del concurso. Si bien esta norma se refiere básicamente al régimen de gananciales común en España hay también que ponerla en relación con la existencia de regímenes económicos territoriales de separación como los de Cataluña o Baleares.

PALABRAS CLAVE: Masa activa del concurso, concurso de persona física y régimen matrimonial, separación de bienes de los cónyuges y concurso.

ABSTRACT: What most attention is devoted by the Spanish Insolvency Law in relation to the bankruptcy of the married person is to their economic matrimonial regime, precisely because of the significant pecuniary consequences that this regime may have in relation to the composition of the active mass of the bankruptcy. Although this rule basically refers to the common system of profitability in Spain, it must also be related to the existence of regional economic regimes of separation, such as those of Catalonia or the Balearic Islands.

KEY WORDS: Active mass of the bankruptcy, individual bankruptcy and matrimonial regime, separation of assets of the spouses and bankruptcy.

FECHA DE ENTREGA: 27/02/2016 FECHA DE ACEPTACIÓN: 09/01/2017.

· Este estudio se realiza teniendo en cuenta la Ley Concursal estatal española y el derecho civil propio (vigente o proyectado) de las Islas Baleares haciendo propuestas de lege ferenda considerando los trabajos y borradores realizados y presentados (sobre los que se sigue trabajando) por la Comisión asesora de derecho civil propio de las Islas Baleares y la regulación ya existente en Cataluña donde el régimen matrimonial también es el de separación.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. DETERMINACIÓN DE LA MASA ACTIVA EN EL CONCURSO DE PERSONA CASADA.- 1. Principio de universalidad de la ley concursal.- 2. Principio de unidad de la ley concursal y regímenes económico-matrimoniales territoriales.- III. TITULARIDAD DE BIENES EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE SEPARACIÓN.- IV. PRESUNCIÓN DE DONACIONES ENTRE CÓNYUGES EN CASO DE CONCURSO.

I. INTRODUCCIÓN.

La cuestión que más interés ha suscitado del concurso de la persona física ha sido, sin duda, la que se refiere al régimen económico matrimonial de la persona casada, ya que es a lo que dedica más atención la Ley Concursal, precisamente, por las importantes consecuencias patrimoniales que este régimen puede tener en relación con la composición de la masa activa del concurso¹.

II. DETERMINACIÓN DE LA MASA ACTIVA EN EL CONCURSO DE PERSONA CASADA.

1. Principio de universalidad.

¹ La preocupación del legislador concursal se centra, básicamente, en integrar a la masa los bienes que deben responder de los créditos del concursado. Sobre las deficiencias de la Ley Concursal a la hora de proteger al cónyuge del concursado y refiriéndose principalmente al régimen de gananciales, vid. CUENA CASAS, M.: “Insolvencias familiares ante situaciones de crisis económica. Una asignatura pendiente de la Ley Concursal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2008, núm. 762, pp. 5 y ss.: En el caso de que el concursado esté casado ello “(...) debería implicar una conexión entre las normas reguladoras de los regímenes económico matrimoniales, normas que se contienen en el Código Civil (...), pero también en las leyes de las comunidades (con derecho civil propio). Pero no basta una conexión, sino que el legislador concursal debe respetar tal normativa que no puede modificar. Pues bien, todos los regímenes económico matrimoniales plantean problemas en sede concursal, pero son los comunitarios y, en particular el régimen de gananciales, los que suscitan más dificultades, dada su complejidad innata. Cuando una persona casada en régimen de gananciales es declarada en concurso, además de los bienes privativos del cónyuge deudor, todos los bienes gananciales pasan a formar parte de la masa activa del concurso cuando deban responder de las obligaciones del concursado. Si esto sucede (lo que ocurrirá siempre pues los bienes gananciales responden de las deudas gananciales contraídas por el deudor concursado y subsidiariamente de las deudas privativas), el cónyuge del concursado puede pedir la disolución del régimen de gananciales, el cual se liquidará «de forma coordinada con lo que resulte del convenio o liquidación del concurso» (art. 77 LC)”. Por lo tanto, bienes que no pertenecen exclusivamente al deudor (ingresos por trabajo del cónyuge del concursado) forman parte de la masa activa del concurso y para evitarlo debe instar la disolución del régimen pero “(...) la LC no le dice cómo hacerlo ni cuándo, pues la LC no prevé que la solicitud de concurso le sea notificada al cónyuge. Una vez solicitada la disolución del régimen de gananciales, será precisa su liquidación a los efectos de que el cónyuge pueda rescatar la parte que le corresponda sobre el patrimonio común sobre el cual tiene una titularidad dominical indiscutible, y no un simple derecho de crédito. Pues bien, nada dice la Ley sobre cómo y cuándo coordinar la liquidación de la sociedad de gananciales. El cónyuge del concursado está preterido en el proceso concursal a pesar de tener un auténtico interés legítimo en el mismo en la medida en que bienes que son en parte de su propiedad van a ser ejecutados por deudas de su cónyuge. (...)”.

A la determinación de la masa activa del concurso (composición e inventario) dedica la Ley Concursal el Capítulo II del Título IV (arts. 76 y ss.) y el art. 183.3 LC dispone que: “Todo lo relativo a la determinación de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción, a la realización de los bienes y derechos que integran la masa activa, al pago de los acreedores y a las deudas de la masa, comprenderá la sección tercera del proceso concursal”.

El art. 76.1 LC recoge el principio de universalidad al establecer que integran la masa activa concursal “(...) los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso (con independencia del título que ostente el concursado sobre los citados bienes) y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento”. Así pues, frecuentemente en la práctica, se pueden plantear supuestos en los que forman parte de la masa activa concursal, bienes que no son titularidad del concursado o sobre los que el concursado no tiene todas las facultades de gestión y disposición y otros que están en posesión de un tercero o que han salido del patrimonio del concursado perjudicando a la masa lo que puede dar lugar al ejercicio de las acciones de reintegración.

2. Principio de unidad y regímenes económico-matrimoniales territoriales.

La Ley Concursal (arts. 77 y 78) se refiere a los bienes conyugales que se integran en la masa activa en el caso de concurso de persona física casada teniendo en cuenta las particularidades de los diferentes regímenes económico-matrimoniales existentes en el ordenamiento jurídico español pero sin hacer remisión o salvedad expresa alguna en relación con las particularidades de los distintos derechos territorios con derecho civil propio.

En el caso de concurso de persona casada, según dispone el art. 77 LC, “(...) la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado. 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. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso”. Así pues, se entiende que el art. 77 LC atiende a la composición del activo concursal para el caso de sujetarse el matrimonio al régimen económico matrimonial de gananciales o cualquier otro de comunidad mientras que el art. 78 LC alude a las adquisiciones onerosas y con pacto de sobrevivencia en un régimen de separación de bienes. El artículo 79 LC, referido a cuentas indistintas, si bien es cierto que no exige que los titulares de estas cuentas sean cónyuges, también lo es que comúnmente lo son.

El hecho de que los arts. 77 y ss. de la Ley Concursal no hagan ninguna remisión ni salvedad expresa en relación con las particularidades de los distintos derechos territoriales y que las normas de régimen económico matrimonial puedan incidir directamente en

contenidos concursales (como es el caso del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña² relativo a la persona y la familia en el que se contienen algunas reglas de aplicación en el caso de que uno de los cónyuges sea declarado en concurso), a consecuencia de las competencias autonómicas sobre las cuestiones económico-familiares, ha llevado a la doctrina³ a plantearse la constitucionalidad de esta regulación concursal fuera de la Ley Concursal (ley estatal dictada al amparo del art. 149.1.6° CE⁴).

² Ley 25/2010, de 29 de julio. Concretamente, en el Título III, Capítulo I, en los artículos 231-12, 231-13, 231-15 y 231-17, se contienen normas que, siendo de régimen económico- matrimonial, inciden directamente en materia concursal. Art. 231-12: “Presumpció de donació. 1. En cas de declaració de concurs d’un dels cònjuges, els béns adquirits per l’altre a títol onerosos durant l’any anterior a la declaració se subjecten al règim següent: a) Si la contraprestació per a adquirir-los procedia del cònjuge concursat, se’n presumeix la donació. b) En aquella part en què no es pugui acreditar la procedència de la contraprestació, se’n presumeix la donació de la meitat. 2. La presumpció de l’apartat 1.b es destrueix si s’acredita que, en el moment de l’adquisició, l’adquirent tenia ingressos o recursos suficients per a fer-la. 3. Les presumpcions que estableix aquest article no regeixen si els cònjuges estaven separats judicialment o de fet en el moment de l’adquisició”.

Art. 231-13: “Comptes indistints: En cas de declaració de concurs de qualsevol dels cònjuges o d’embargament de comptes indistints per deutes privats d’un dels cònjuges, el cònjuge no deutor pot sostreure de la massa activa del concurs o de l’embargament els imports que acrediti que li pertanyen”.

Art. 231-15: “Règim dels béns adquirits amb pacte de supervivència: 1. Els cònjuges o futurs contraents que adquireixin béns conjuntament a títol onerosos poden pactar en el mateix títol d’adquisició que, quan qualsevol d’ells mori, el supervivent esdevingui titular únic de la totalitat. 2. Mentre visquin ambdós cònjuges, els béns adquirits amb pacte de supervivència s’han de regir per les regles següents: a) No poden ésser alienats ni gravats, si no és per acord d’ambdós cònjuges. b) Cap dels cònjuges no pot transmetre a terceres persones el seu dret sobre els béns. c) S’ha de mantenir la indivisió dels béns. 3. En els béns adquirits amb pacte de supervivència, l’adquisició de la participació del premort s’ha de computar en l’herència d’aquest pel valor que tingui la participació en el moment de produir-se la mort, als efectes del càlcul de la llegítima i de la quarta vidual, i s’ha d’imputar a aquesta pel mateix valor. En cas de renúncia, s’entén que el renunciant no ha adquirit mai la participació del premort. 4. El pacte de supervivència atorgat per futurs contraents caduca si el matrimoni no s’arriba a celebrar en el termini d’un any”.

Art. 231-17: “Embargament i concurs. 1. El creditor d’un dels cònjuges pot demanar l’embargament sobre la part que el deutor té en els béns adquirits amb pacte de supervivència. L’embargament s’ha de notificar al cònjuge que no és part en el litigi. 2. En cas de declaració de concurs, la part corresponent al cònjuge concursat s’integra a la massa activa. L’altre cònjuge té dret a treure de la massa aquesta part satisfent-ne el valor. Si es tracta de l’habitatge familiar, el valor és el del preu d’adquisició actualitzat d’acord amb l’índex de preus de consum específic del sector de l’habitatge. En els altres béns, el valor és el que determinin de comú acord el cònjuge del concursat i l’administració concursal o, si no n’hi ha, el que fixi l’autoritat judicial després d’haver escoltat les parts i amb l’informe previ d’un expert si ho considera pertinent”.

³ Hace una reflexión sobre ello, BENAVIDES VELASCO, P.: “El concurso de persona física casada ¿Diferencias territoriales? Una reflexión”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III*, 2010, pp. 333 a 354. Sobre la distribución de competencias en materia mercantil, vid. DÍAZ MORENO, A.: “El Derecho Mercantil en el marco del Sistema Constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* (coord. Por J. L. IGLESIAS PRADA), Tomo I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 227–272.

⁴ Entre las competencias exclusivas del Estado, el art. 149. 1. 6o CE, se refiere a la legislación mercantil y a la procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. En relación con la legislación de julio; 47/2004, de 25 de marzo; 243/2004, de 16 de diciembre; 135/2006, de 27 de abril y, entre otras, 136/2009, de 15 de junio), ha señalado que las Comunidades Autónomas sólo pueden introducir en la legislación procesal aquellas innovaciones que inevitablemente se deduzcan de las reclamaciones jurídicas sustantivas que se deriven de las particularidades necesarias de la aplicación de una institución civil foral o especial y en virtud de esta jurisprudencia constitucional se recogen en el Código Civil de Cataluña ciertas

Si bien cabría entender que hay que aplicar los preceptos de la ley Concursal sobre los que resultaren contradictorios de los ordenamientos territoriales y que la regulación de aspectos económico-patrimoniales entre cónyuges que pueden incidir en el concurso fuera de la Ley Concursal choca con el principio de unidad⁵ (subjética y territorial) que esta consagra (de lo que no hay duda), ello debe interpretarse como una limitación del alcance de la norma estatal sobre insolvencia por razón de competencia (del mismo modo que los derechos fundamentales del concursado no pueden regularse en la ley Concursal sino que deben ser regulados por Ley Orgánica)⁶. Precisamente, por ello, la solución debe ser la contraria: si la norma concursal contradice el contenido de alguna de las normas de derecho civil o especial reguladoras del régimen económico-matrimonial, esta es la que prevalece al tratarse de una materia sobre familia y régimen económico de la misma que se encuentra plenamente asumida por los Estatutos de Autonomía de los territorios con derecho civil propio.

Si bien es cierto que los arts. 76-81 LC se refieren a la composición de la masa activa (y formación de la sección tercera del concurso), el art. 77 LC se refiere a los bienes conyugales, el art. 78 LC a la presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges y el art. 79 LC a las cuentas indistintas (normalmente titularidad de ambos cónyuges), por lo que necesariamente los preceptos de la Ley Concursal deben ponerse en

especialidades procesales relativas a las pretensiones liquidatorias del régimen económico ejercidas dentro de los procesos matrimoniales; las pretensiones económico-matrimoniales ejercidas en los procesos de liquidación y división de la herencia; los procedimientos relativos a la ruptura de la pareja estable, los dictámenes periciales relativos al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental; la supervisión del régimen de relaciones personales; la intervención de especialistas como auxiliares de los tribunales en el control de las instituciones de protección y, la información sobre el plan de parentalidad. Esta competencia también fue asumida por el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero) en su art. 11: “En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias: 3. Las normas procesales y de Derecho administrativo derivadas de las peculiaridades del Derecho sustantivo de las Illes Balears o de las especiales de la organización de la Comunidad Autónoma”. Por otra parte, en el art. 149.1.8o CE, la competencia exclusiva del Estado lo es sobre la legislación civil pero “(...) sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, competencia asumida en el art. 30.27 (art. 10.23 del Estatuto de 1983) del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares.

⁵ Ex exposición de motivos Ley Concursal, apartado II: “La ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema. La regulación en un solo texto legal de los aspectos materiales y procesales del concurso, sin más excepción que la de aquellas normas que por su naturaleza han exigido el rango de ley orgánica, es una opción de política legislativa que venía ya determinada por la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al excluir esta materia de su ámbito y remitirla expresamente a la Ley Concursal. 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 (llevarza obligatoria de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación”.

⁶ Así lo ha entendido la mayoría de la doctrina, vid., por todos, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad”, en AA.VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 366 y 367.

relación con los estatales (código civil) o autonómicos (como es el caso del código civil de Cataluña en relación con las adquisiciones onerosas, compras con pacto de sobrevivencia y cuentas de titularidad indistinta) que regulan estas materias⁷ y en este sentido debe entenderse la Disposición Final trigésimo segunda de la Ley Concursal al disponer que: “La presente ley se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al artículo 149.1. 6º y 8º del Texto Constitucional, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas”⁸.

Vemos pues que la naturaleza civil o mercantil, por ejemplo, de la presunción muciana concursal (contemplada en el art. 78. 1 y 2 LC) no es una discusión sin relevancia práctica ya que, según sea la opción que se defienda, tendrá competencia exclusiva el Estado o compartida con las Comunidades Autónomas. Desde mi punto de vista, la naturaleza civil de la norma⁹ parece incuestionable, pues lo que se intenta con ella es regular determinadas relaciones económicas entre cónyuges, sin que esta naturaleza se altere por su mera inclusión en la Ley Concursal¹⁰. En caso de contradicción entre la normativa estatal de

⁷ De esta premisa parte, en su libro, ARNAU RAVENTÓS, L.: *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa*, Atelier, Barcelona, 2005.

⁸ La enmienda núm. 579 presentada por *Convergència i Unió* en la que se establecía la prevalencia del derecho foral o especial sobre la legislación concursal no prosperó (quizás por los términos en que fue redactada o debido a que el legislador concursal no estaba excesivamente preocupado por el concurso de la persona física); en ella se proponía una nueva Disposición Adicional redactada en los siguientes términos: “Lo dispuesto en la presente Ley será aplicable sin perjuicio del carácter preferente de la legislación que, en desarrollo de su Derecho civil propio, pueden dictar en este ámbito las Comunidades Autónomas con competencias en materia de conservación y modificación de su Derecho Civil, foral o especial”. La justificación de la misma era, precisamente, que el artículo 149.1.8º de la Constitución tiene en cuenta la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en estas materias, circunstancia que debía ser tenida en cuenta en el Proyecto de Ley. Vid., *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A, núms.101–15, de 2 de diciembre de 2002, págs. 314 y 315.

⁹ Su naturaleza civil no se ve alterada por su inclusión en las normas concursales que se refieren a la formación de la masa activa del concurso de persona casada; se trata de una presunción de fraude (aplicable tanto a procesos de ejecución singular como colectiva) que afecta a cualquier persona casada acogida a determinados regímenes económico matrimoniales (como el régimen económico de separación de bienes de Cataluña o Baleares), en lo que se refiere a las relaciones económicas con su cónyuge. En el momento de dictarse la LC (2003), la presunción muciana del art. 78.1 y 2 LC incidía en lo ya regulado por los arts. 12 y 39 del hoy derogado Código de Familia de Cataluña de 1998. Actualmente el Libro II del Código Civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio) ha regulado la cuestión en el art. 231-12 en el marco de las disposiciones generales aplicables a todo régimen económico matrimonial, abarcando incluso el de gananciales. Sobre si es posible la aplicación de la presunción al régimen de gananciales, vid. CUENA CASAS, M.: *La protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial de separación de bienes (la llamada presunción muciana)*, Madrid, 1999, pp. 196 y ss. También defiende el carácter civil de la norma, PARRA LUCÁN, M. A.: “El concurso de persona física”, en AA.VV.: *La reforma concursal. III*, Aranzadi, 2011, p. 126. “Cabe entender que (la presunción muciana) resulta también aplicable al régimen de participación por virtud de la remisión que establece el art. 1.413 CC. No se trata, pues, de una norma mercantil aplicable exclusivamente al supuesto de la separación de bienes, sino que la misma debe incardinarse en la normativa general reguladora de los regímenes económico- matrimoniales”. Vid., también, CUENA CASAS, M.: “Régimen económico matrimonial y concurso de acreedores. Aspectos problemáticos tras la Ley 38/2011 de 10 de octubre”, *Teoría y Derecho: revista del pensamiento jurídico*, 2012, núm. 12º, p. 69.

¹⁰ En contra, a favor de su carácter concursal, vid. ÁLVAREZ OLALLA, P.: “La incidencia de la LC en los regímenes económico matrimoniales de derecho foral a la luz del reparto competencial establecido en la Constitución”, *Derecho privado y Constitución*, 2010, núm. 24, pp. 67 y ss.

insolvencia y una norma autonómica, deberá prevalecer esta en todo lo relativo al régimen económico matrimonial al ser la constitucionalmente competente por razón de la materia para regularlo y sin que quepa alegar la finalidad de la norma concursal para invocar su aplicación uniforme en todo el territorio estatal, en lo que se refiera a relaciones patrimoniales entre cónyuges derivadas de su régimen económico- matrimonial.

En cualquier caso, lo que parece claro es que, si la persona casada en concurso es un empresario, la norma autonómica no puede regular los temas de responsabilidad (empresarial) frente a sus acreedores¹¹ ya que, obviamente, las Comunidades Autónomas no pueden regular la insolvencia del empresario¹² dado su sometimiento a la disciplina de unidad de mercado y su sujeción a un derecho uniforme, el Derecho Mercantil (art. 149. 1. 6º CE), sobre el que el Estado tiene competencia exclusiva, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas por habilitación constitucional y de sus respectivos estatutos de autonomía puedan regular materias de régimen económico-patrimonial entre cónyuges que pueden obviamente incidir en un procedimiento concursal, como es el caso, por ejemplo, de la norma proyectada de derecho patrimonial del matrimonio (Anteproyecto de ley de régimen patrimonial del matrimonio de 6 de febrero de 2013 de Baleares (APLRPM IB)¹³, a partir del que sigue trabajando la Comisión Asesora de derecho civil de las Islas Baleares¹⁴ y al que luego nos referiremos) y en el que se regulan las adquisiciones onerosas realizadas por un cónyuge partiendo de que la titularidad pertenece a quien ha adquirido formalmente el bien y estableciendo la presunción (iuris tantum) de gratuidad si la contraprestación o precio ha sido pagado por el otro cónyuge¹⁵, normas que, una vez

¹¹ La presunción muciana concursal, como luego veremos, no afecta a la responsabilidad del empresario casado, sino que se trata de una norma de extensión de la responsabilidad en caso de concurso con independencia del estatuto jurídico al que se encuentre sometido el concursado (empresario o no).

¹² Cabría plantear (no sin ciertas dudas) si, desde un punto de vista constitucional y en contra del principio de unidad consagrado en la ley concursal, las Comunidades Autónomas con derecho civil propio pueden o no regular la insolvencia de la persona física no empresario. No es la unidad de mercado en lo que se ampara la exposición de motivos de la LC para justificar el principio de unidad subjetiva del proceso sino en la simplificación del mismo. Exposición de motivos de la Ley Concursal (apartado II): “(...) 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 (llevanza obligatoria de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación”.

¹³ Vid. la transcripción del texto en: CARDONA GUASCH, O.: *Acolliment en la quarta part dels milloraments*, Lleonard Muntaner, Palma, 2013, pp. 448 y ss.

¹⁴ Comisión creada por Decreto 229/1999, de 29 de octubre, como órgano permanente de consulta y asesoramiento del Govern de les Illes Balears en materia de Derecho civil propio.

¹⁵ El objeto de regulación son las relaciones económicas derivadas de los matrimonios que se rigen por el ordenamiento civil de las Islas Baleares (art. 1 APLRPM IB 2013), no limitándose, como hace la compilación actualmente vigente, a regular los regímenes económico- matrimoniales propios de las diferentes islas. El texto del Anteproyecto se estructuró como ley especial, esto es, de forma distinta al anterior anteproyecto ya que no se presenta como una reforma de la Compilación modificando cada uno de los libros, sino como ley general para todo el territorio balear, aunque dedica un título, el VII, por razón del territorio a Ibiza y Formentera, con la finalidad de conservar su especialidad derivada del Libro III de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares. La redacción se finalizó el día 6 de febrero de 2013 y se entregó al Conseller de Presidencia para que se procediera a su tramitación y posterior

aprobadas, serán de aplicación también en el caso de concurso de un cónyuge (empresario o no) cuyo matrimonio se rige por el derecho civil de las Islas Baleares¹⁶.

III. TITULARIDAD DE BIENES EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE SEPARACIÓN DE LAS ISLAS BALEARES.

En el régimen de separación y, concretamente, en el de las Islas Baleares, se entiende que cada cónyuge tiene la propiedad de todos sus bienes, los que tenía al establecerse el régimen y los que ha adquirido después por cualquier título inter vivos o mortis causa durante su vigencia (y, por tanto, en principio, también su disfrute, administración y libre disposición)¹⁷. Ello, evidentemente, sin perjuicio de las adquisiciones que puedan realizar

aprobación por el Consell de Govern del Govern balear. Se inició la tramitación administrativa y se publicó la Resolución del Consejero de Presidencia de 11 de septiembre de 2013, por la que se somete a información pública el borrador inicial del Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio para el período de alegaciones, en el BOIB no 127 de 14 de septiembre de 2013. Recibidas las alegaciones se procedió a devolver a la Comisión el anteproyecto para su modificación. A partir de este texto, la Comisión está actualmente trabajando. Sobre cómo se gestó el documento en el seno de la Comisión Asesora, vid. CARDONA GUASCH, O.: *Acolliment*, cit., pp. 345 y ss. Vid. art. 39 (dentro de las disposiciones aplicables al régimen de separación de bienes) APLRPM IB 2013: “Adquisicions oneroses. 1. Els béns adquirits onerosament durant el matrimoni són del cònjuge que determina el títol adquisitiu vàlid. Si la contraprestació va ser pagada, total o parcialment, per l'altre cònjuge, s'aplicarà l'establert a l'article 34.2 d'aquesta Llei a la relació interna entre els cònjuges. 2. Tanmateix, els béns mobles d'ús familiar adquirits onerosament durant el matrimoni es presumeix que pertanyen a ambdós cònjuges per meitats indivises” y art. 40: “Determinació de titularitats. 1. A manca de títol, la pertinença d'un bé o dret a un o a l'altre cònjuge es podrà determinar per qualsevol mitjà de prova. Si la determinació no és possible, el bé o el dret correspon a ambdós cònjuges per meitats. 2. Es presumeix que els béns mobles d'ús personal d'un dels cònjuges i els que estiguin directament destinats al desenvolupament de la seva activitat li pertanyen exclusivament”. Puede verse la transcripción de estos preceptos en: CARDONA GUASCH, O.: *Acolliment*, cit., pp. 462 y 463. Estos preceptos, redactados de forma idéntica, son ahora, a consecuencia de las modificaciones que se han seguido introduciendo por la Comisión, los arts. 35 y 36 del Borrador del

¹⁶ Sobre la paradoja que resulta al combinar la Compilación con los criterios del art. 9.2 CC en materia de efectos del matrimonio, si los cónyuges tienen vecindad civil balear pero vecindad insular distinta, vid. VILA RIBAS, C.: “El régimen económico legal del matrimonio en las islas de Ibiza y Formentera”, en AA.VV.: *Los regímenes económicos matrimoniales en los Derechos civiles forales o especiales* (LLEDÓ YAGÜE, FERRER VANRELL, dirs.), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 687-716.

¹⁷ En el Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio de 2013 se establecía en los siguientes términos: art. 36: “En el règim de separació de béns, cada cònjuge té la propietat de tots els seus béns i, per tant, el gaudi, l'administració i la lliure disposició d'aquests, amb els límits establerts per la llei”. Esta definición del régimen de separación de bienes es muy similar a la del art. 3.2 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares para Mallorca y Menorca y a la del art. 67.1 de la misma Compilación para Ibiza y Formentera.

Art. 37: “Són béns propis de cada cònjuge tots els que tenia en establir el règim de separació de béns, de forma voluntària o legal, i els que després ha adquirit per qualsevol títol durant la seva vigència”. Sobre la adecuación del acogimiento en los milloraments a esta normativa, vid. CARDONA GUASCH, O.: *Acolliment*, cit., p. 378: “(...) El acogimiento en la cuarta parte de los milloraments no supone ninguna alteración en el régimen de propiedad de los bienes que se adquieren durante su vigencia (por lo que) (...) la situación patrimonial que se produce es idéntica a la que se da en el régimen de separación de bienes. (...) Por otra parte, (...) en el régimen de separación de bienes, en principio, la determinación de los bienes propios no reviste especial importancia, salvo en el aspecto concerniente al deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, supuesto éste en el que, a falta de pacto entre los esposos, interesa conocer los

los cónyuges en pro indiviso (arts. 392 y ss. CC), en cuyo caso, cada cónyuge es dueño de una cuota de participación sobre el bien adquirido.

El problema que se plantea en el caso de concurso de persona casada en régimen de separación, a efectos de composición de la masa activa del concurso, es el de determinar la titularidad de determinados bienes si se desconoce cuál de los dos cónyuges lo adquirió¹⁸ o, si se sabe que lo ha adquirido uno pero lo ha hecho con los recursos del otro pues, al no regir en el régimen de separación el principio de subrogación real¹⁹, este bien pertenece al cónyuge que lo ha adquirido (independientemente de la procedencia de los recursos utilizados para ello). Así, el criterio que se seguía en el APLRPM IB 2013 es el de que los bienes que se adquirieran a título oneroso durante el matrimonio son del cónyuge

recursos con que cuenta cada uno a fin de que ambos contribuyan proporcionalmente al sufragio de tales cargas. En el acogimiento, en cambio, la determinación de los bienes propios de cada consorte tiene más relevancia, puesto que, además de interesar a los efectos del adecuado cumplimiento del deber de subvenir a las cargas familiares, resulta de especial interés para saber qué bienes tenía el cónyuge acogedor al inicio y al final del régimen y, por ende, para calcular correctamente los milloraments obtenidos por éste”. El acogimiento puede ser unilateral o recíproco y, en este caso, “la determinación de la titularidad de los bienes adquiridos onerosamente durante el mismo resulta de capital importancia a efectos de conocer, no sólo el importe a que ascienden los milloraments, sino sobre todo, a efectos de determinar quién es finalmente el deudor y quién el acreedor de los mismos”. Delimitar los bienes propios del cónyuge acogedor al inicio y al final del régimen es esencial para determinar las mejoras, compras y adquisiciones, conceptos a los que se refiere el art. 60 (precepto que se refiere al inicio de la liquidación del régimen convencional d’acolliment en la quarta part dels milloraments).

Art. 38: “1. Qualsevol dels cònjuges pot conferir a l’altre un apoderament, exprés o tàcit, per administrar els seus béns. També pot condicionar-lo, restringir-lo o revocar-lo en qualsevol moment. 2. En l’exercici de l’administració s’han d’aplicar les normes del mandat, però l’administrador no pot designar cap substitut tret que, expressament, l’altre cònjuge l’hagi autoritzat a fer-ho. Aquesta prohibició regeix en qualsevol apoderament entre cònjuges (apartado que no se aplica a los matrimonios que se rigen por las normas aplicables a Ibiza y Formentera, ex art. 45). 3. En finalitzar l’apoderament, l’administrador ha de lliurar a l’altre cònjuge els fruits existents i l’equivalent d’aquells amb què s’hagi enriquit”. Puede verse la transcripción de estos preceptos en: CARDONA GUASCH, O.: *Acolliment*, cit., p. 462. A consecuencia de las modificaciones que ha seguido haciendo la Comisión, los artículos referidos son ahora los arts. 32, 33 y 34 del borrador del Anteproyecto quedando el art. 32 redactado en los siguientes términos: “En el règim de separació de béns, cada cònjuge té la propietat de tots els seus béns i, per tant, el gaudi, l’administració i la lliure disposició d’aquests, amb els límits que estableix la llei. Cada cònjuge ha de respondre amb els seus béns de les obligacions que hagi contret, llevat del que disposen els articles 12 i 42” (estos dos últimos preceptos se refieren a la responsabilidad ante terceros de ambos cónyuges por las obligaciones contraídas en el levantamiento de las cargas familiares).

¹⁸ En el régimen del código civil se establece que, si se desconoce a cuál de los dos cónyuges pertenece el bien, se presume (*iuris tantum*) que pertenece a ambos cónyuges pro indiviso (art. 1441 CC: “Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad”), con lo que será la cuota del cónyuge concursado en ese bien la que se integre en la masa activa del concurso a no ser que el cónyuge no concursado demuestre que fue él quien adquirió el bien. Por otra parte, “para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges” (art. 1324 CC). “Si la adquisición (a título oneroso durante el matrimonio) se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes” (art. 1355.2 CC).

Este principio, propio del régimen de sociedad de gananciales, implica que el carácter ganancial o privativo del bien no depende de quien lo haya adquirido sino de los recursos (gananciales o privativos) utilizados para adquirirlo (arts 1346 y 1347 CC).

determinado en el título adquisitivo²⁰. Sin embargo, el problema que ello supone, a efectos concursales, es que un deudor preinsolvente pueda poner a disposición de su cónyuge los recursos necesarios para adquirir un nuevo bien, en cuyo caso, el cónyuge no deudor será su titular y el bien no integrará la masa activa del concurso del cónyuge deudor, con el consiguiente perjuicio de los acreedores de este²¹.

En estos momentos para solucionar este problema en relación con la persona casada cuyo matrimonio se rige por el ordenamiento de las Islas Baleares, se presumirá la gratuidad de la transmisión en el caso de contratos y transmisiones de bienes por cualquier título entre cónyuges, si el matrimonio se rige por las disposiciones del Libro Primero (Mallorca) o Segundo (Menorca)²² de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares. La brevedad de esta regulación hará necesaria la integración con las normas de derecho común (art. 78. 1 y 2 LC). En cambio²³, si el matrimonio se rige por las disposiciones del Libro Tercero (Ibiza y Formentera)²⁴ se aplicará supletoriamente (ante la falta de una regulación propia en la Compilación) la presunción muciana concursal del art. 78.1 y 2 LC (precepto al que luego nos referiremos y que ha derogado tácitamente el art. 1442 CC).

En el art. 39 APLRPM IB, se preveía también, si la contraprestación había sido pagada total o parcialmente por el cónyuge del deudor, la gratuidad de la transmisión entre cónyuges²⁵ (y así se sigue igualmente previendo en el Borrador del Anteproyecto en el que

²⁰ Art. 39 APLRPM IB 2013: “Els béns adquirits onerosament durant el matrimoni són del cònjuge que determina el títol adquisitiu vàlid”.

²¹ En el régimen del código civil, para tratar de resolver esta situación, en 1981 se introdujo el art. 1442 CC, precepto derogado tácitamente por el actual art. 78.1 y 2 LC.

²² En el Título Primero (Del régimen económico conjugal) del Libro Primero (De las disposiciones aplicables en la isla de Mallorca) del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, simplemente se establece, a estos efectos, en el art. 3, la presunción por mitad, de la titularidad sobre los bienes integrantes del ajuar doméstico (no entendiéndose comprendidos en la presunción las joyas y objetos artísticos e históricos de considerable valor) y la presunción (*iuris tantum*), en el art. 4, en el caso de contratos y transmisiones de bienes por cualquier título entre cónyuges, de la gratuidad de la transmisión (“Los cónyuges podrán celebrar entre sí toda clase de contratos y transmitirse bienes y derechos por cualquier título. En caso de impugnación judicial se presumirá, salvo prueba en contrario, que la transmisión es gratuita”), presunciones que serán también aplicables a la isla de Menorca (art. 65 Compilación).

²³ En el art. 41 del Borrador de APLRPM IB se sigue estableciendo expresamente la excepción de aplicación de la presunción de gratuidad de la transmisión entre cónyuges a los matrimonios que se rigen por las disposiciones aplicables a las Pitiusas.

²⁴ Art. 67 CDCB 1990: “1. En defecto de “espolits”, el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes, que reconoce a cada cónyuge el dominio, disfrute, administración y disposición de sus bienes propios. El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”. Se contempla pues la libertad de contratación entre cónyuges sin referencia a la presunción de gratuidad de la transmisión entre ellos. Debe tenerse en cuenta, como señala CARDONA GUASCH, O.: *Acolliment*, cit., p. 348 que en el Libro III la separación de patrimonios es más acentuada que en el Libro I ya que: a. En el Libro III no se contempla la presunción de copropiedad del ajuar doméstico ni se conoce la predetracción del ajuar a favor del cónyuge superviviente en caso de disolución del matrimonio por fallecimiento; b. En el Libro III no se prevé ninguna responsabilidad ni solidaria ni subsidiaria del cónyuge por las deudas contraídas por el otro en el levantamiento de las cargas del matrimonio y c. En el Libro III no se prevé el trabajo para la familia como un modo de contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales.

²⁵ Art. 39: “Si la contraprestació va ser pagada, total o parcialment, per l’altre cònjuge, s’aplicarà l’establert

la Comisión sigue trabajando). Este régimen es igualmente aplicable en el caso del régimen convencional pitiuso²⁶ del acogimiento en los milloraments, en el que es esencial establecer un criterio de atribución de los bienes adquiridos constante matrimonio, especialmente de los adquiridos a título oneroso ya que estos constituyen la base de cálculo de los milloraments²⁷. Por ello, hay que valorar muy positivamente la regulación en el APLRPM IB 2013 (y en el Borrador de Anteproyecto en el que sigue trabajando la Comisión) de la extinción²⁸ y liquidación²⁹ del régimen de separación (y del régimen

a l'article 34.2 d'aquesta Llei a la relació interna entre els cònjuges". Art. 34.2: "En cas d'impugnació judicial es presumirà que la transmissió és gratuïta". FERRER VANRELL, P.: "El régimen legal de separación de bienes en los Libros I y III", en AA.VV.: *Lecciones de Derecho Civil Balear*, 3a ed., Universidad de las Islas Baleares, Palma, 2004, p. 230 explica que, si se mantiene la titularidad formal, es porque se parte de la premisa de que el titular del bien lo es también de la contraprestación utilizada en su adquisición; si la contraprestación procede en todo o en parte del otro cónyuge (no adquirente), el que ha adquirido el bien también ha adquirido de su cónyuge, por causa gratuita u onerosa, los fondos utilizados como contraprestación, en cuyo caso, se presume la gratuidad.

²⁶ El APLRPM IB 2013 se configuró como ley especial aplicable a todas las Baleares (e, igualmente, el Borrador de Anteproyecto con el que la Comisión sigue trabajando), sin perjuicio de regular en ella las particularidades de cada isla. Exposición de Motivos: 2: "Aquesta Llei inaugura el disseny de política legislativa consistent en l'elaboració de lleis especials sectorials que derogaran i substituiran parcialment els preceptes de la Compilació, per decidir finalment si s'ha de mantenir aquesta dispersió normativa sectorial o si és procedent refundre-la en una nova compilació o cos del dret civil propi. 3. Els materials que han servit de base a la discussió i l'elaboració d'aquest text legal han estat l'Avantprojecte de modificació del títol I del llibre I de la Compilació lliurat al Govern per la Comissió Assessora l'any 2004, el Projecte de Llei de reforma del títol I (del llibre I de la Compilació del dret civil de les Illes Balears) del règim econòmic conjugal i renumeració i titulació de tots els articles, aprovat pel Consell de Govern, a proposta de la Comissió Assessora de Dret Civil de les Illes Balears, el 23 de març de 2007, les lleis de les diferents comunitats autònomes relatives al règim econòmic matrimonial i la família que s'han promulgat en els últims anys, i també la doctrina i la jurisprudència més recent, així com les propostes presentades pel Consell Assessor de Dret Civil Propi d'Eivissa i Formentera. 4. La Llei es denomina "de règim patrimonial del matrimoni", perquè no es limita, com feia fins ara la Compilació, a regular el règim econòmic matrimonial propi de les diferents illes, sinó que intenta incloure els diferents aspectes patrimonials que deriven del fet de contreure matrimoni amb la finalitat que en les situacions en què sigui aplicable aquesta Llei l'ordenació sigui completa i no sigui necessari acudir a ordenacions supletòries".

²⁷ Vid. CARDONA GUASCH, O.: *Acolliment*, cit., p. 380.

²⁸ Art. 41: "1. El règim s'extingeix per acord entre els cònjuges documentat en capítols o espòlits, per dissolució, nul·litat o separació judicial del matrimoni. 2. L'extinció del règim obre el període de liquidació que, en defecte d'acord, s'ha de dur a terme de conformitat amb els capítols, espòlits o pactes en previsió de la ruptura matrimonial i, subsidiàriament, segons les regles d'aquesta secció".

En el Anteproyecto (con las modificaciones introducidas hasta el 28 de julio de 2014), la extinción se regula en el art. 37: "1. El règim s'extingeix per acord entre els cònjuges documentat en capítols o espòlits, per dissolució, nul·litat o separació judicial del matrimoni. 2. L'extinció del règim obre el període de liquidació, el qual, si no hi ha acord, s'ha de dur a terme de conformitat amb els capítols, espòlits o pactes en previsió de la ruptura matrimonial i, subsidiàriament, segons les regles d'aquesta secció".

²⁹ Art. 42: "1. La liquidació s'inicia amb la determinació dels crèdits de l'un i l'altre cònjuge derivats de: a) L'aixecament de les càrregues familiars, d'acord amb els criteris fixats en els articles 8, 9 i 10. b) Les accions de regress que resultin de la responsabilitat solidària o subsidiària regulada en els articles 12, 13 i 46. c) Els danys i perjudicis causats pels actes de disposició, alienació o gravamen de l'habitatge familiar i el seu parament, que preveu l'article 17.3. d) La impossibilitat de restituir els béns donats per l'altre cònjuge en cas de revocació de la donació o la compensació equivalent al menor valor que suposa el gravamen d'acord amb els articles 24.3 i 24.4. e) La rendició de comptes procedent de l'administració dels béns de l'altre cònjuge d'acord amb l'article 38. f) Els contractes o negocis entre cònjuges. g) Qualsevol altre crèdit que un cònjuge tingui contra l'altre. 2. En cas d'extinció del règim per mort o declaració de defunció, queden exclosos de la liquidació els supòsits a) i b). 3. Una vegada determinats els crèdits d'ambdós

convencional de milloraments³⁰), así como la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa³¹ (al igual que en el CCC se regula la liquidación del régimen de separación ex arts. 232-18 y ss.). En cualquier caso, en caso de concurso de uno de los cónyuges, las normas aplicables sobre liquidación del régimen económico-matrimonial deberán tenerse en cuenta y coordinar con las propias del concurso³², sin que la

cónyuges, correspon compensar-los de manera que en resulti un únic crèdit exigible. 4. El procediment per a la liquidació judicial és el que regulen els articles 807 a 810 de la Llei d'enjudiciament civil”.

En el Anteproyecto (con las modificaciones introducidas hasta el 28 de julio de 2014), la liquidación se regula en el art. 38: “1. La liquidació s’inicia amb la determinació dels crèdits d’un i altre cònjuge derivats de: a) L’aixecament de les càrregues familiars, d’acord amb els criteris fixats en els articles 8, 9 i 10. b) Les accions de regrés que resultin de la responsabilitat solidària o subsidiària regulada en els articles 12, 13 i 40. c) La impossibilitat de restituir els béns donats per l’altre cònjuge en cas de revocació de la donació o la compensació equivalent al menor valor que suposa el gravamen d’acord amb els articles 20.3 i 20.4. d) La rendició de comptes per l’administració dels béns de l’altre cònjuge d’acord amb l’article 34. e) Els contractes o negocis atorgats entre els cònjuges. f) Qualsevol altre crèdit que un cònjuge tingui contra l’altre. 2. En cas d’extinció del règim per mort o declaració de defunció, queden exclosos de la liquidació els supòsits a i b. 3. Una vegada determinats els crèdits d’ambdós cònjuges, correspon compensar-los de manera que en resulti un únic crèdit exigible. 4. El procediment per a la liquidació judicial és el que regulen els articles 807 a 810 de la Llei d’enjudiciament civil”.

³⁰ Arts. 57 y ss. del Borrador del APLRPM IB sobre el que la Comisión sigue trabajando.

³¹ Art. 43: “Divisió dels béns en comunitat ordinària indivisa. 1. Qualsevol dels cònjuges pot exercir, simultàniament al procediment de liquidació, l’acció de divisió de cosa comuna respecte als béns que tingui en comunitat ordinària indivisa. 2. L’autoritat judicial competent, si ho demana un dels cònjuges, pot formar lots de béns amb titularitat plena i adjudicar-los als cònjuges”.

En el Anteproyecto (con las modificaciones introducidas hasta el 28 de julio de 2014), la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa se regula en el art. 39: “1. Qualsevol dels cònjuges pot exercir, simultàniament al procediment de liquidació, l’acció de divisió de cosa comuna respecte als béns que tingui en comunitat ordinària indivisa. 2. L’autoritat judicial competent, si ho demana un dels cònjuges, pot formar lots de béns amb titularitat plena i adjudicar-los als cònjuges”.

Art. 232-12 CCCat: “Divisió dels béns en comunitat ordinària indivisa. 1. En els procediments de separació, divorci o nul·litat i en els adreçats a obtenir l’eficàcia civil de les resolucions o decisions eclesiàstiques, qualsevol dels cònjuges pot exercir simultàniament l’acció de divisió de cosa comuna respecte als béns que tinguin en comunitat ordinària indivisa. 2. Si hi ha diversos béns en comunitat ordinària indivisa i un dels cònjuges ho demana, l’autoritat judicial els pot considerar en conjunt a efectes de formar lots i adjudicar-los”.

³² El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) 20.04.2012 se refiere precisamente a un caso en el que los cónyuges otorgaron capitulaciones pactando como régimen económico matrimonial el de separación de bienes, aunque dejando sin liquidar la sociedad de gananciales que hasta entonces habían constituido. En este supuesto, la que fuera vivienda conyugal constituye el bien principal de la masa activa del concurso, y el crédito garantizado con hipoteca sobre la misma es la única obligación de la que debe responder el patrimonio común. La liquidación concursal, en este caso, implica la venta de la vivienda para el pago del crédito (con privilegio especial) y el ofrecimiento de la misma a la ex esposa para que esta pueda ejercitar el derecho de adjudicación preferente que se le reconoce en el artículo 78.4 de la Ley Concursal abonando "el exceso que resulte de la liquidación" (Art. 78.4 LC: “Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquella se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso”). Ello presupone la liquidación de la sociedad de gananciales, sin que proceda abrir pieza separada para ello puesto que ya preexistía al concurso un procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (La pieza separada se abre si se dan los dos presupuestos del artículo 77.2 LC: existencia de obligaciones del concursado de las que deban responder los bienes comunes y solicitud del cónyuge del concursado activando por tal causa la disolución).

En relación con la liquidación de la sociedad de gananciales, hay que decir que el cónyuge del concursado

modificación del régimen pueda perjudicar derechos ya adquiridos por terceros.

En el art. 232-3 CCCat 2010, si se acredita que la contraprestación del bien adquirido durante el matrimonio se pagó con bienes o dinero del otro cónyuge, también se presume la gratuidad de la transmisión entre cónyuges³³. Si se duda a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, se entiende que corresponde a ambos por mitades indivisas³⁴.

Así, tanto en los arts. 39 y 40³⁵ del APLRPM IB 2013 (y en el Borrador de Anteproyecto

no tiene un derecho de crédito sino que recupera bienes que son suyos (lo que sería un derecho de separación del art. 80 LC), pero lo que ocurre es que, por mandato expreso de coordinación del art. 77 LC, la recuperación se demora a la fase de convenio o al momento de la liquidación. Antes de la reforma de 2011, un argumento a favor de la liquidación previa de la sociedad de gananciales lo constituía el artículo 84.1 de la LC, que excluía del proceso concursal a los acreedores gananciales que contrataron con el cónyuge del concursado, de forma que la liquidación previa era la única forma de salvaguardar la garantía que sobre el patrimonio ganancial les concedía la legislación civil (común (art. 1401 Cc) o especial o foral). En contra de la liquidación previa, con anterioridad a la reforma de la LC de 2011, vid. CABANAS TREJO, R.: *Régimen de gananciales y concurso de la persona física. La división de masas en la Ley Concursal 38/2011*, Barcelona, 2012, p. 158: “la liquidación previa de la sociedad de gananciales implica “salida material” de los bienes gananciales adjudicados al cónyuge del concursado. A mi juicio no hay base legal para mantener tal interpretación con un artículo como el 77 LC que exige la inclusión en la masa activa de “todos los bienes gananciales”. Tal interpretación sería defendible, a mi juicio, en el texto del Proyecto de LC, pero no en el vigente”. Según la actual redacción del art. 49.2 LC, “se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean, además, contra la sociedad de gananciales o comunidad conyugal, en contra de lo que establecía antes de la reforma el artículo 84.1. in fine, que disponía precisamente lo contrario. Si bien en el artículo 86.4 LC se establece una previsión de que la administración concursal debe expresar, en cada uno de los créditos, si sólo pueden hacerse efectivos contra el patrimonio privativo del concursado o contra el patrimonio común (y casi en idéntico sentido se pronuncia también el artículo 94.2.2 LC), estos preceptos deberían haberse modificado ya que se refieren a los créditos contra el concursado que también son contra el patrimonio común, y no a los créditos del cónyuge contra el patrimonio común. Por otra parte, si el cónyuge del concursado solicita, ex art. 77 LC, la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, no se prevé la posibilidad de modificar los textos de la administración concursal en el sentido de excluir los créditos del cónyuge del concursado contra la comunidad conyugal, por lo que la reforma del art. 49 debería haberse coordinado con la del art. 97 y la introducción de los artículos 97 bis y ter (que establecen los supuestos y el procedimiento de alteración de los textos de la administración concursal). Al incluir el art. 49 LC a los acreedores gananciales del cónyuge del concursado en la masa pasiva, si no se disuelve la sociedad de gananciales, todos los acreedores comunes se encuentran en el concurso, de forma que ya no se produce el problema de que los acreedores comunes y privativos del concursado consuman todo el patrimonio ganancial en detrimento de los comunes del cónyuge del concursado.

³³ Art. 232-3 (Adquisicions oneroses): “1. Els béns adquirits a títol onerós durant el matrimoni pertanyen al cònjuge que consti com a titular. Si es prova que la contraprestació es va pagar amb béns o diners de l'altre cònjuge, se'n presumeix la donació. 2. Si els béns adquirits a títol onerós durant el matrimoni són béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar, es presumeix que pertanyen a ambdós cònjuges per meitats indivises, sense que prevalgui contra aquesta presumpció la mera prova de la titularitat formal”.

³⁴ Article 232-4 (Titularitats dubtoses): “Si és dubtós a quin dels cònjuges pertany algun bé o dret, s'entén que correspon a ambdós per meitats indivises. Tanmateix, es presumeix que els béns mobles d'ús personal d'un dels cònjuges que no si-guin d'extraordinari valor i els que estiguin directa-ment destinats a l'exercici de la seva activitat li per-tanyen exclusivament”.

³⁵ Art. 39: “Adquisicions oneroses. 1. Els béns adquirits onerosament durant el matrimoni són del cònjuge que determina el títol adquisitiu vàlid. Si la contraprestació va ser pagada, total o parcialment, per l'altre cònjuge, s'aplicarà l'establert a l'article 34.2 d'aquesta Llei a la relació interna entre els cònjuges. 2.

en el que sigue trabajando la Comisión), como, en el ordenamiento civil catalán:

Los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio pertenecen al cónyuge que consta como titular.

- Si se acredita que los bienes o dinero de la contraprestación fueron pagados (total o parcialmente) por el cónyuge no titular, se presume (*iuris tantum*) la donación por éste de la contraprestación, a no ser que el cónyuge que pagó el precio o contraprestación pruebe que la transmisión obedece a una causa diferente a la donación.

- Si no es posible determinar la titularidad del bien, el bien o derecho corresponde por mitad a ambos cónyuges (cláusula de cierre para titularidades dudosas).

Los bienes muebles de uso familiar adquiridos onerosamente durante el matrimonio, se presume que pertenecen a ambos cónyuges por mitades indivisas (sin que la presunción se desvirtúe por la prueba de la titularidad formal)³⁶.

IV. PRESUNCIÓN DE DONACIONES ENTRE CÓNYUGES EN CASO DE CONCURSO.

Sin embargo, en Cataluña (art. 231-12 CCCat³⁷) se establece también que, en el caso de declaración de concurso de uno de los cónyuges, se presume la donación entre cónyuges (no separados judicialmente o de hecho en el momento de la adquisición) si la contraprestación provenía del patrimonio del concursado y, si no se puede acreditar la procedencia de la contraprestación, se presume la donación de la mitad salvo que se acredite que, en el momento de la adquisición, el adquirente tenía ingresos o recursos suficientes para realizar la adquisición. Esta regulación no difiere sustancialmente de la de los arts. 78.1 y 2 LC, precepto que recoge la llamada “presunción muciana concursal»

Tanmateix, els béns mobles d'ús familiar adquirits onerosament durant el matrimoni es presumeix que pertanyen a ambdós cònjuges per meitats indivises”. Art. 40: “Determinació de titularitats. 1. A manca de títol, la pertinença d'un bé o dret a un o a l'altre cònjuge es podrà determinar per qualsevol mitjà de prova. Si la determinació no és possible, el bé o el dret correspon a ambdós cònjuges per meitats. 2. Es presumeix que els béns mobles d'ús personal d'un dels cònjuges i els que estiguin directament destinats al desenvolupament de la seva activitat li pertanyen exclusivament”. En el Borrador de Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del matrimonio, a consecuencia de las modificaciones introducidas por la Comisión, ha cambiado la numeración del precepto, de modo que las adquisiciones onerosas y la determinación de titularidades se regulan ahora en los arts. 35 y 36 (igualmente en sede de separación).

³⁶ Precisamente una de las novedades del CCCat 2010 en relación con el CFCat 1998 es que se excluyen de la presunción de donación de la contraprestación, los bienes muebles destinados al uso familiar respecto a los que se presume la pertenencia por mitades indivisas a ambos cónyuges.

³⁷ Art. 231-12 CCCat: “Presumpció de donació. 1. En cas de declaració de concurs d'un dels cònjuges, els béns adquirits per l'altre a títol oneros durant l'any anterior a la declaració se subjecten al règim següent: a) Si la contraprestació per a adquirir-los procedia del cònjuge concursat, se'n presumeix la donació. b) En aquella part en què no es pugui acreditar la procedència de la contraprestació, se'n presumeix la donació de la meitat. 2. La presumpció de l'apartat 1.b es destrueix si s'acredita que, en el moment de l'adquisició, l'adquirent tenia ingressos o recursos suficients per a fer-la. 3. Les presumpcions que estableix aquest article no regeixen si els cònjuges estaven separats judicialment o de fet en el moment de l'adquisició”.

(como ya se hacía en el art. 264 APLC 1983³⁸ y en el art. 79 PAPLC 1995³⁹), de forma diferente a como se regulaba en los arts. 1.442 del Código Civil⁴⁰ y 12 del Código de Familia de Cataluña⁴¹, únicas regulaciones vigentes hasta la fecha de la denominada presunción muciana concursal (además del art. 70 de la Legge Fallimentare italiana de

³⁸ Art. 264 APLC 1983: “Declarado el concurso de un cónyuge con régimen de separación de bienes, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de la masa, que fueron donados por él los bienes adquiridos por el otro cónyuge, constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, siempre que la adquisición haya tenido lugar en el año anterior a la admisión a trámite de la solicitud de concurso o en el periodo a que alcance la retroacción, si éste fuese superior a aquél. Si el cónyuge del concursado justifica la adquisición pero no la del precio que la hubiese verificado, se presumirá que el bien procede de donación del concursado. Se tendrá por justificada la procedencia del precio cuando el cónyuge titular percibiera sueldo, ejerciera profesión o, en general, tuviera a su disposición dinero suficiente para la adquisición en el momento de realizarla. Esta presunción no regirá si en el momento de la adquisición los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho”.

³⁹ Art. 79 PAPLC 1995: “1. Declarado el concurso de un cónyuge con régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que fueron donados por él los bienes adquiridos por el otro cónyuge, constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, siempre que la adquisición haya tenido lugar en el año anterior a la admisión a trámite de la solicitud. 2. Si el cónyuge justifica la adquisición pero no la procedencia del precio satisfecho, se presumirá que el bien procede de donación del deudor. Se tendrá por justificada la procedencia del precio cuando, en el momento de la adquisición, el cónyuge titular recibiera sueldo, ejerciera profesión o tuviera a su disposición dinero suficiente. 3. La presunción a que se refiere el apartado primero no regirá cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho”.

⁴⁰ Art. 1.442 CC: “Declarado un cónyuge en quiebra o concurso se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el periodo a que alcance la retroacción de la quiebra. esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho”. Aunque el art. 1.442 CC no se haya derogado expresamente (y aunque así se propuso durante su tramitación parlamentaria por haberse trasladado su contenido a la Ley Concursal: enmienda núm. 388 del grupo Socialista en el congreso (BOCG, congreso de los diputados, Serie a, núm. 101-15, 2 de diciembre de 2002, pp. 238-239) y enmienda núm. 187 del grupo Socialista en el Senado (BOCG, Senado, Serie II, núm. 120(c), de 9 de mayo de 2003, pp. 169-170)), debe entenderse tácitamente derogado por el art. 78.1 y 2 LC al regular la misma materia de forma diferente a pesar de sus similitudes. En dicho sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Comentario al art. 78 de la ley concursal”, en AA.VV.: *Comentarios a la Legislación Concursal*, tomo II (SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. dirs.), Lex Nova, 2004, p. 1594. Disposición derogatoria única, 4, de la Ley Concursal, conforme a la cual: “Quedan derogadas cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en esta ley”. MERCADAL VIDAL, *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 404.

⁴¹ Art. 12 del código de Familia de Cataluña de 15 de julio de 1998: “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 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”. Este precepto tiene su antecedente en el art. 23 de la compilación catalana de 1960 (duramente criticado por beneficiar solo al marido y reformada en 1984), presunción muciana concursal posteriormente ubicada en el art. 18.2 de la compilación (reformada por la ley 8/1993, de 30 de septiembre). Art. 23 de la compilación catalana de 1960: “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 adquisición, pero no la del precio con que se hubiere verificado, se presumirá que éste le ha sido donado por el marido. (...)”. Este precepto no fue alterado por la Ley Concursal (Disposición final trigésimo segunda LC: “La presente ley se dicta al amparo de la competencia que corresponde al estado conforme al art. 149.1.6.a y 8.a de la constitución, sin perjuicio de las especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas”).

1942⁴²)⁴³. En el CCCat de 2010, las referencias al concurso de uno de los cónyuges son de nueva incorporación en relación con el CFCat de 1998⁴⁴ (que ya recogía algunas de ellas pero referidas a la ejecución singular) ya que se parte de la naturaleza civil de la presunción muciana concursal al regular estas las relaciones patrimoniales entre cónyuges tanto en ejecuciones singulares como en colectivas y cualquiera que sea el régimen matrimonial (no limitándose al de separación como en el art. 78.1 LC).

La solución en Baleares debería ir también en esta línea (por aplicación de los principios del régimen de separación de bienes propio de las Islas) y quizás convendría, para evitar tener que acudir al derecho supletorio, incluir alguna norma sobre ello en el Borrador de Anteproyecto de la Ley de régimen patrimonial del matrimonio, si bien con algunas precisiones:

El CCCat se refiere a los bienes adquiridos en el año anterior a la declaración de concurso. En relación con este punto, hay que hacer notar que el art. 78.1 LC contiene dos presunciones *iuris tantum* en beneficio de la masa activa, en el caso de declaración de concurso de persona casada en régimen de separación de bienes. “Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso” (art. 78.1 LC).

Nótese que solo para la segunda presunción se establece el plazo de un año, mientras que, para la primera, no se establece plazo alguno, lo que podría llevar a entender que la presunción del art. 78.1, 1.a parte LC puede aplicarse a todas las adquisiciones onerosas realizadas por el cónyuge del concursado durante el matrimonio (o vigencia del régimen económico matrimonial) con independencia de la proximidad temporal de dichas adquisiciones a la declaración del concurso. En mi opinión, este precepto debe conectarse con el art. 71.1 LC y entender que será de aplicación la primera presunción del art. 78.1 LC si la adquisición onerosa se ha realizado en el periodo sospechoso de los dos años anteriores a la declaración del concurso. Sobre los requisitos de las dos presunciones volveremos más adelante.

Se desvirtúa la presunción de donación si se acredita que, en el momento de la

⁴² Art. 70 de la Legge Fallimentare de 1942: “Beni acquistati dal coniuge del fallito. I beni, che il coniuge del fallito ha acquistato a titolo oneroso nel quinquennio anteriore alla dichiarazione di fallimento, si presumono di fronte ai creditori, salvo prova contraria, acquistati con danaro del fallito e si considerano proprietà di lui. Il curatore è legittimato ad apprenderne il possesso. Se i beni stessi furono nel frattempo alienati o ipotecati, la revocazione a danno del terzo non può aver luogo se questi prova la sua buona fede”. Este artículo fue modificado por el Decreto-Ley 14 marzo 2005, n. 35, convertido en Ley con modificaciones de la Ley 14 mayo 2005, n. 80 (Gazz. Uff. n. 111 del 14.05.2005 – S.O. n. 91).

⁴³ En derecho francés y alemán ha desaparecido la presunción muciana concursal; en Alemania fue declarada inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de julio de 1968.

⁴⁴ Ley 9/1998, de 15 de julio.

adquisición, el cónyuge adquirente tenía recursos o medios suficientes para realizar la adquisición. Efectivamente, el art. 231-12. 2 CCCat dispone que la presunción de donación por mitad, en el supuesto en el que no pueda acreditarse la procedencia de la contraprestación, se destruye si se acredita que, en el momento de la adquisición, el adquirente tenía ingresos o recursos suficientes para efectuarla⁴⁵. Sin embargo, esta no es la mejor opción desde un punto de vista concursal ya que las maniobras de distracción de bienes entre cónyuges cuando uno de ellos es insolvente o preinsolvente no depende de los ingresos y recursos que tenga el otro y ello afecta a terceros acreedores del cónyuge concursado.

No rige la presunción si los cónyuges estaban separados judicialmente o de hecho en el momento de la adquisición. En cambio, en la LC (art. 78.2) no se concreta en qué momento debe haberse producido la separación que, en cualquier caso, deberá haber sido previa a la adquisición del bien. Lo más razonable, desde un punto de vista concursal, es exigir la separación no solo al adquirirse el bien sino también durante todo el periodo sospechoso⁴⁶ y al declararse el concurso ya que, en otro caso, sobre todo en caso de separaciones de hecho, puede ser muy fácil burlar la norma. La separación debe probarla quien pretenda desvirtuar la presunción pues se presume que los cónyuges viven juntos. Aunque el art. 40 APLRPM IB (art. 36 Borrador actual del Anteproyecto), permita determinar la titularidad del bien por cualquier medio de prueba, en este caso, no parece que pueda admitirse la confesión entre cónyuges ya que ello podría perjudicar a los acreedores del cónyuge concursado.

La “presunción muciana concursal” no tiene porqué limitarse al régimen de separación (como en el art. 78.1 LC), sino que también puede extenderse al de participación en las ganancias ya que este, ex art. 1413 CC, durante su vigencia y salvo pacto en contra, se rige por las normas del régimen de separación⁴⁷, al igual que el régimen convencional “d’acolliment en la quarta part dels milloraments”⁴⁸ e, incluso, al de gananciales⁴⁹. Así, la

⁴⁵ En el CFCat también se desvirtuaba la presunción si el cónyuge adquirente podía acreditar que disponía de ingresos o recursos suficientes para efectuar la adquisición pero la presunción que se establecía era una presunción general de donación sin distinguir los casos en los que no se pudiera acreditar la procedencia de la contraprestación.

⁴⁶ El art. 93.1 LC considera persona especialmente relacionada con el concursado, a su cónyuge o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso coincidente con el periodo sospechoso del art. 71 LC.

⁴⁷ Art. 232-13 CCCat: “1. El règim econòmic matrimonial de participació en els guanys atribueix a qualsevol dels cònjuges, en el moment en què s’extingeix el règim, el dret a participar en l’increment patrimonial obtingut per l’altre durant el temps que aquest règim hagi estat vigent. 2. Durant el matrimoni, cada cònjuge té la propietat, el gaudi, l’administració i la lliure disposició dels seus béns, però té el deure d’informar adequada-ment l’altre de la seva gestió patrimonial. 3. Si no hi ha pacte i no es pot aplicar el que estableix aquesta secció, el règim de participació en els guanys es regeix per les normes del de separació de béns”.

⁴⁸ Art. 55 APLRPM IB 2013: “1. El règim d’acolliment en la quarta part dels milloraments atribueix al cònjuge, en el moment de l’extinció, el dret a participar en una quarta part de les millores, compres i adquisicions fetes per l’altre durant el temps que aquest règim hagi estat vigent, segons les normes establertes en aquest capítol. 2. En el moment de constituir el règim, els cònjuges poden acordar una participació en els milloraments diferent de la quarta part. 3. En aquest règim cada cònjuge té la propietat de tots els seus béns i, per tant, el gaudi, l’administració i la lliure disposició d’aquests béns, amb els límits establerts per la llei. En tot cas, el cònjuge acollidor té el deure d’informar sobre la gestió del seu

presunción de donación del art. 231-12 CCCat⁵⁰ en caso de declaración de concurso no se aplica solo al matrimonio que se encuentre en régimen económico de separación de bienes sino también a cualquier otro⁵¹.

Aunque una interpretación correctora de las presunciones del art. 78.1 LC permitiría aplicarlas a las parejas de hecho (arts. 14 y 39 CE)⁵² sorprende que la Ley Concursal no se

patrimoni”.

⁴⁹ Cabe plantearse también su aplicación en caso de gananciales (a las adquisiciones a título oneroso realizadas por el cónyuge con fondos privativos del concursado en el periodo sospechoso anterior a la declaración del concurso) por la existencia de bienes privativos de cada uno de los cónyuges que se integran en la masa activa del concurso si son del concursado (art. 77.1 LC), si se dan los presupuestos del art. 78 LC: un cónyuge es titular de un bien que ha sido pagado por el otro. Sobre si es posible la aplicación de la presunción al régimen de gananciales, vid. CUENA CASAS, M.: *La protección de los acreedores*, cit., pp. 196 y ss.

⁵⁰ “A diferencia de lo previsto en el art. 78.1 LC, el art. 231-12 CCCat ni limita subjetivamente su ámbito de aplicación a la declaración de concurso de persona casada en régimen de separación ni, objetivamente, la presunción se presenta, de forma expresa, "en beneficio de la masa". De estimarse que la presunción de donación del art. 232-3.1 CCCat resulta también alegable por los acreedores en todo caso (y no sólo en situación de insolvencia declarada) y momento (al margen del tiempo de la adquisición), cabría defender que en el régimen de separación el art. 231-12 CCCat quedaría desplazado por aquél. A resultas de ello, el ámbito de aplicación de este último se reduciría a la declaración de concurso de deudor casado en régimen distinto al de separación. Esta lectura, sin embargo y contrariamente a lo que pudiera parecer, podría llegar a ser realmente contraproducente para el acreedor del casado en separación. Descartar la aplicación del art. 231-12 CCCat podría implicar, por ejemplo, desconocer la presunción de donación de la mitad de la contraprestación satisfecha en aquellos casos en que no cupiera acreditar su procedencia (art. 231-12.1.b CCCat). Ello, claro está, salvo que llegara a estimarse que, precisamente, es con esta última presunción (y no con la contemplada en el art. 231-12.1.a CCCat) con la que se intensifica la protección de los acreedores para el caso de insolvencia declarada del deudor casado en régimen de separación”. Vid. ARNAU RAVENTÓS, L.: “Adquisiciones onerosas y titularidades dudosas en el régimen de separación”, *InDret* 4/2011, p. 12.

⁵¹ La norma se encuentra situada en la Sección dedicada a las Relaciones económicas entre los cónyuges y en la Subsección de Disposiciones generales, aplicable, por tanto, a cualquiera de los regímenes económicos. Sin embargo, en el régimen económico de comunidad de bienes (arts. 232–30 y ss. CCCat), los bienes adquiridos con posterioridad a su adopción devienen gananciales, salvo que resulten privativos por ser adquiridos por subrogación de bienes que también tengan ese carácter. “En este particular, y a propósito del régimen de comunidad, debe considerarse el art. 232-32 c CCCat, en cuya virtud son bienes privativos “de cada cónyuge” “los adquiridos por subrogación real de otros bienes privativos”. Se diría que la norma contempla la adquisición de un bien por uno de los cónyuges y a cambio de bienes o dinero propios. Así, el bien adquirido ocupa el lugar de la contraprestación satisfecha. La cuestión que suscita el precepto es si, por subrogación real, el adquirente será siempre el titular del patrimonio privativo que ha costado la adquisición, aun cuando en el contrato previo y en la entrega haya participado sólo el otro”. ARNAU RAVENTÓS, L.: “Adquisiciones onerosas”, cit., p. 18.

⁵² Amparándose en el art. 40 del Estatuto de Autonomía de Cataluña que dispone que los poderes públicos deben garantizar la protección jurídica, económica y social de las diversas modalidades de familia, el Título tercero del Libro Segundo (familia) del Código Civil de Cataluña regula las relaciones económicas entre cónyuges y protege las relaciones familiares basadas en formas de convivencia diferentes a la matrimonial, como son las familias formadas por un progenitor con sus descendientes, las parejas estables, las relaciones convivenciales de ayuda mutua y la familia homoparental. Sobre la Ley 18/2001, de 29 de diciembre, de Parejas Estables de Baleares, vid. Comentarios a la Ley de Parejas Estables de les Illes Balears (Col·lecció l’esperit de les lleis, no. 6), Institut d’Estudis Autònomic, Palma, 2007. En el art. 2.2 del Borrador del APLRPM IB (en el que la Comisión sigue trabajando) establece: “Als efectes d’aquesta Llei, la família és el nucli que formen els cònjuges, els fills comuns, els propis de l’un o de l’altre, i també la resta de descendents i ascendents, sempre que visquin en el domicili familiar”.

haya referido expresamente a ellas⁵³, cuando la misma Ley se refiere, en otros ámbitos, al conviviente o persona con relación análoga de afectividad⁵⁴. Hay que tener en cuenta que la Ley 18/2001, de 29 de diciembre, de parejas estables de Baleares adopta los criterios del Libro I de la Compilación para regular las relaciones económicas en el seno de toda pareja estable inscrita en Baleares, con lo que se producen agravios comparativos entre matrimonios sujetos a las normas del Libro III y parejas pitiusas no casadas⁵⁵.

La adquisición onerosa debe ser de “bienes”⁵⁶ (cualquier tipo de derecho real o de

⁵³ Sobre todo teniendo en cuenta los antecedentes de inconstitucionalidad del art. 70 de la Legge Fallimentare y del parágrafo 45 Ko que fue declarado inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de julio de 1968) y la reciente y abundante legislación sobre parejas de hecho.

⁵⁴ En la LC se califican sus créditos contra el concursado como subordinados (art. 92.5º. LC) y se les impide ser administradores concursales (art. 28.1) o representantes de los acreedores en la Junta (art. 118.2). El art. 93.1 LC (dentro de las personas especialmente relacionadas con el concursado) se refiere “a las personas que convivan con análoga relación de afectividad (...) dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso”. A efectos del ejercicio de las acciones de reintegración, se presume *ius tantum* el perjuicio patrimonial de los actos de disposición a título oneroso que el concursado haya realizado a favor de las personas especialmente relacionadas con él (art. 71.1.3º. LC), dentro de las cuales se incluyen, tanto el cónyuge como el conviviente del concursado que lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

⁵⁵ Vid. CARDONA GUASCH, O.: *Acolliment*, cit., p. 349.

⁵⁶ En relación con el art. 232-3.1 CCCat, vid. ARNAU RAVENTÓS, L.: “Adquisiciones onerosas”, cit., pp. 16-17: “Por razón de lo adquirido onerosamente (que deben ser “bienes”...), escaparían (...) de la presunción los servicios prestados a uno de los cónyuges sufragados con bienes o dinero procedentes del patrimonio del otro. Y con mayor razón los supuestos en los que también proceden de aquel patrimonio los recursos empleados para satisfacer una deuda que no se corresponde con el pago de una contraprestación por la adquisición de un bien (léase, el pago de una sanción administrativa, de una indemnización por responsabilidad extracontractual...). En el contexto del art. 232-3 CCCat la exclusión de estas y otras hipótesis (así, de pago pendiente aún la adquisición), está plenamente justificada. La finalidad del precepto, así como la del art. 232-4 CCCat, es la de coadyuvar a la determinación de los bienes que integran el patrimonio de uno y otro cónyuge, de modo que el resto de relaciones que se entablan al margen de la adquisición de un bien son ajenas a la finalidad y al texto de la norma. En su caso, la razón de ser del art. 232-3.1 in fine CCCat (que descarta toda idea de subrogación real) permitiría desestimar también toda pretensión que, albergada por el cónyuge que ha sufragado el precio debido por su cónyuge, lo fuera de la titularidad o exigibilidad del crédito que, aún no satisfecho, tuviera este último frente a un tercero y, ello, con independencia de que aquel derecho lo fuera a la entrega de una cosa o a la prestación de un servicio (como sí, por ejemplo, por haber pagado el coche comprado por el cónyuge pero aún no entregado, fuera entonces el financiador quien alegara tener él el derecho a exigir su entrega y, con ella, su titularidad). Ocurre, sin embargo, que en el contexto de determinación de la composición del patrimonio propio de cada uno de los cónyuges, la propia presunción de donación deviene innecesaria excediendo, así, de aquella finalidad. Al servicio de aquella determinación, hubiera bastado con la regla de la pertenencia de los bienes al cónyuge que constara como titular añadiéndose, en su caso pero sin resultar tampoco imprescindible, que ello sucede así aun cuando la contraprestación proceda del cónyuge no adquirente. Al incorporarse la presunción, se incide en un ámbito distinto, a saber: el de las relaciones entre cónyuges y se incide estableciendo, no sólo una presunción de transmisión gratuita, sino, en concreto, de transmisión por causa de donación. Siendo ello así, se hace difícil justificar (salvo que se esté a la más estricta y rigurosa literalidad del art. 232-3.1 CCCat) la no aplicación de aquella misma presunción a todo supuesto de transmisión de bienes entre cónyuges, con independencia de que lo transmitido se emplee a propósito de otra adquisición y, en especial, a fin de satisfacer su precio o contraprestación. Y resulta también difícil no derivar de ello, quizás a modo de principio general, una presunción de gratuidad de todo negocio de finalidad no transmisiva celebrado entre cónyuges. En todo caso, su ámbito de aplicación sería, estrictamente, el de las relaciones entre cónyuges”.

crédito) por el cónyuge del concursado, a cambio de otro bien⁵⁷, frecuentemente dinero, en cuyo caso, a efectos de reintegración, deberá tenerse en cuenta la contraprestación efectivamente satisfecha por el cónyuge del concursado. No hay que olvidar que el art. 78 LC, si bien está situado en sede de composición de la masa activa, recoge dos

“Si se han utilizado recursos del deudor a fin de saldar la deuda de su cónyuge, si no cabe aplicar la presunción de donación del art. 232-3.1 CCCat, “(...) cabrá interponer una acción declarativa que constate que lo celebrado es una donación o, en su caso, un negocio gratuito que, en la medida en que resulte perjudicial o fraudulento, será a su vez rescindible u inoponible. La cuestión ulterior que suscita el supuesto es si, planteado un pleito con aquella finalidad, deberá observarse también la regla de inversión probatoria prevista en el art. 231-11 CCCat, esto es, si serán los cónyuges los que deberán probar la onerosidad del negocio y no tanto los demandantes su naturaleza gratuita. Ocurre que no siempre procederá una prueba de tal extremo (así, por ejemplo, cuando frente a la pretensión declarativa de un negocio de donación, los demandantes aleguen que lo celebrado es un simple préstamo gratuito). La situación anterior puede incomodar especialmente al cónyuge adquirente. Así, porque mientras la presunción de donación del art. 232-3.2 CCCat sin duda lo sitúa en muy buena situación ante la eventual pretensión restitutoria de su cónyuge, frente a la declarativa de los acreedores de su cónyuge seguramente convenga mejor a sus intereses defender que lo habido fue un negocio oneroso. Por lo demás, en aquellos supuestos en los que sea el propio cónyuge no- adquirente pero financiador quien satisfaga directamente deuda ajena (así, “sin ánimo de reclamar[la]”, art. 1894, pár.1.º, in fine CC), cabrá impugnar directamente el pago por causa de su inexigibilidad al tiempo de satisfacerse (se entiende, respecto a dicho cónyuge no deudor y se entiende, también, siempre que concurren los requisitos adicionales de fraude, perjuicio...que exija la acción impugnatoria de que se trate). El argumento lo proporcionan artículos como el 1292 CC o el art. 71.2 LC. Ambos preceptos, sin embargo, exigen: o bien que aquel pago haya incrementado la situación de insolvencia del deudor (...), o que se haya realizado en el llamado período sospechoso. Fuera de ambas hipótesis, el pago, aunque inexigible (en especial, por razón de un plazo aún no vencido), es un acto debido y en consecuencia no puede atacarse por los acreedores aún no satisfechos. Ocurre, sin embargo, que aquellos preceptos contemplan la situación del deudor que satisface sus deudas antes de su vencimiento. El supuesto que aquí se plantea es, por el contrario, el del tercero que satisface deuda ajena, sea o no exigible al deudor. Habida cuenta que tratándose de un tercero el acto de cumplimiento es un acto espontáneo (o no debido), se estima que debe caber su impugnación si con él su patrimonio queda en estado de no poder satisfacer sus propias deudas (art. 1111 CC). La inexigibilidad del pago y la situación de insolvencia patrimonial que genera aquella satisfacción justificarían aquella impugnación, sin necesidad de basarse en el animus donandi del tercero respecto de su cónyuge. Lo cierto es, sin embargo, que si no logra acreditarse esto último tampoco podrá probarse aquella insuficiencia patrimonial: a falta de aquel “ánimo de no reclamar” (o de su prueba), la contraprestación satisfecha habrá dado paso, en el patrimonio del solvens y salvo supuestos como el del art. 1158 in fine CC, como mínimo a un crédito por igual importe o prestación”. Vid. ARNAU RAVENTÓS, L.: “Adquisiciones onerosas”, cit., p. 13.

⁵⁷ Art. 232-3 CCCat: “Adquisicions oneroses. 1. Els béns adquirits a títol oneros durant el matrimoni pertanyen al cònjuge que consti com a titular. Si es prova que la contraprestació es va pagar amb béns o diners de l'altre cònjuge, se'n presumeix la donació. 2. Si els béns adquirits a títol oneros durant el matrimoni són béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar, es presumeix que pertanyen a ambdós cònjuges per meitats indivises, sense que prevalgui contra aquesta presumpció la mera prova de la titularitat formal”. “La referencia expresa a “bienes”, a modo de posible contraprestación, es una novedad del CCCat. Con todo, la simple alusión a dinero en los precedentes del art. 232-3.1 CCCat fue objeto de una interpretación extensiva por la doctrina, estimándose aplicable a toda contraprestación onerosa; (...). Por lo demás, el precepto no parece descartar que, en función de contraprestación, se contemple la renuncia del derecho que el cónyuge no adquirente pudiera tener frente al tercero transmitente o, en su caso, la condonación de la deuda que aquél tuviere frente a éste. Tampoco que se comprometa, por el cónyuge-adquirente, la actividad del no adquirente o que, habiéndose obligado el primero a un hacer no personalísimo, se satisfaga por el cónyuge no deudor a modo de cumplimiento por tercero. En estos casos, sin embargo, procederá mejor hablar de presunción de gratuidad que de donación (aun cuando sólo sea porque el cónyuge adquirente nada adquiere del financiador; art. 531-7 CCCat)”. Vid. ARNAU RAVENTÓS, L.: “Adquisiciones onerosas”, cit., p. 8.

presunciones de donación a los efectos del ejercicio de acciones de reintegración (tema al que luego nos referiremos). No obstante, lo que se pretende no es la reintegración del bien adquirido por el cónyuge no concursado sino la recuperación del dinero donado, por lo que no se ataca el negocio oneroso entre el cónyuge no deudor y el tercero sino el negocio gratuito entre los cónyuges⁵⁸.

El análisis pormenorizado de la presunción de la donación de la totalidad de la contraprestación procedente del patrimonio del concursado, de la presunción de donación de la mitad de la contraprestación cuando no puede probarse la procedencia de la misma y de la presunción de cotitularidad por mitades indivisas del ajuar doméstico entre otros temas serán objeto de análisis en otro estudio.

ABREVIATURAS

APLC 1983: Anteproyecto de la Comisión General de Codificación de 27 de junio de 1983.

APLRPM IB: Anteproyecto de ley de régimen patrimonial del matrimonio de 6 de febrero de 2013 de Baleares.

BAPLRPM IB: Borrador de Anteproyecto de ley de régimen patrimonial del matrimonio de Baleares.

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.

CC: Código civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889).

CCCat 2010: Código civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio).

CDCB 1990. Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares.

CE: Constitución española (BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978).

CFCat 1998: Código de Familia de Cataluña (Ley 15 de julio de 1998).

LC: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LPE: Ley 18/2001, de 29 de diciembre, de parejas estables de Baleares.

PAPLC 1995: Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal.

⁵⁸ Vid. ARNAU RAVENTÓS, L.: *La declaración de concurso*, cit., pp. 99 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, P.: “La incidencia de la LC en los regímenes económico matrimoniales de derecho foral a la luz del reparto competencial establecido en la Constitución”, *Derecho privado y Constitución*, 2010, núm. 24.

ARNAU RAVENTÓS, L.: “Adquisiciones onerosas y titularidades dudosas en el régimen de separación”, *InDret* 4/2011.

ARNAU RAVENTÓS, L.: *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa*, Atelier, Barcelona, 2005.

BENAVIDES VELASCO, P.: “El concurso de persona física casada ¿Diferencias territoriales? Una reflexión”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III*, 2010.

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

CARDONA GUASCH, O.: *Acolliment en la quarta part dels milloraments*, Lleonard Muntaner, Palma, 2013.

CUENA CASAS, M.: “Insolvencias familiares ante situaciones de crisis económica. Una asignatura pendiente de la Ley Concursal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2008, núm. 762.

CUENA CASAS, M.: *La protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial de separación de bienes (la llamada presunción muciana)*, Madrid, 1999, pp. 196 y ss. También defiende el carácter civil de la norma, PARRA LUCÁN, M. A.: “El concurso de persona física”, en AA.VV.: *La reforma concursal. III*, Aranzadi, 2011.

CUENA CASAS, M.: “Régimen económico matrimonial y concurso de acreedores. Aspectos problemáticos tras la Ley 38/2011 de 10 de octubre”, *Teoría y Derecho: revista del pensamiento jurídico*, 2012, núm. 12º.

DÍAZ MORENO, A.: “El Derecho Mercantil en el marco del Sistema Constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* (coord. Por J. L. IGLESIAS PRADA), Tomo I, Civitas, Madrid, 1996.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Comentario al art. 78 de la ley concursal”, en AA.VV.: *Comentarios a la Legislación Concursal*, tomo II (SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. dirs.), Lex Nova, 2004.

FERRER VANRELL, P.: “El régimen legal de separación de bienes en los Libros I y III”, en AA.VV.: *Lecciones de Derecho Civil Balear*, 3a ed., Universidad de las Islas Baleares, Palma, 2004. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria

unidad”, en AA.VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid–Barcelona, 2005.

MERCADAL VIDAL, *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004.

VILA RIBAS, C.: “El régimen económico legal del matrimonio en las islas de Ibiza y Formentera”, en AA.VV.: *Los regímenes económicos matrimoniales en los Derechos civiles forales o especiales* (LLEDÓ YAGÜE, FERRER VANRELL, dirs.), Dykinson, Madrid, 2010.

