

Régimen de gananciales y concurso de acreedores: Estudio de la situación del cónyuge *in bonis* y de sus acreedores

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

*La insolvencia ha sido tradicionalmente un fenómeno complejo, y sigue siéndolo hoy. Las dificultades que siempre han existido para configurar un procedimiento de ejecución colectiva que conjugue debidamente los diversos intereses que en tal caso están en juego son prueba de ello. Máxime en la hipótesis objeto de estudio en este trabajo, que a las dificultades propias del concurso añade las específicas del régimen económico-matrimonial de gananciales. El interés teórico de la cuestión es por ello indudable, pero además hay que tener en cuenta que el número de concursos de personas físicas está aumentando exponencialmente en los últimos tiempos. Este trabajo trata de analizar un aspecto concreto de esa cuestión: la posición en que, en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales, se encuentran tanto el cónyuge *in bonis* como los acreedores de este, y cómo atender a sus intereses. Y ello a la luz tanto de la regulación dispuesta en la Ley 22/2003 como en la Ley 38/2011.*

PALABRAS CLAVE

*Concurso. Régimen de gananciales. Cónyuge *in bonis*. Acreedores del cónyuge *in bonis*.*

ABSTRACT

Insolvency has been traditionally a complex phenomenon, and remains so today. The difficulties that have always existed to set up a bankruptcy pro-

cedure combining the various interests that in such case are at stake, are proof of it. Specially in the hypothesis under study in this essay, that to the difficulties of bankruptcy procedure adds the specific ones of marital economic regime of gananciales. The theoretical interest in the issue is therefore no doubt, but there is also to take into account that the number of bankruptcy procedures of natural persons is increasing exponentially in recent times. This essay focuses on a specific aspect of that issue: the position in which, in case of bankruptcy procedure of a person married under economic regime of gananciales, are the spouse in bonis and the creditors of this, and how to serve their interests. And to do so in the light of the rules provided for it in the Law 22/2003 and in the Law 38/2011.

KEYWORDS

Bankruptcy procedure. Marital economic regime of gananciales. Spouse in bonis. Creditors of the spouse in bonis.

SUMARIO: 1. Introducción.–2. La regulación dispuesta por la Ley 22/2003 en el tema objeto de estudio: rasgos distintivos de la misma y principios en que se basa.–3. El cónyuge *in bonis*, sus intereses y las medidas de que dispone para su defensa. 3.1 Conocimiento, por parte del cónyuge *in bonis*, de la situación de concurso del otro cónyuge. 3.2 Medidas generales de defensa que el cónyuge *in bonis* puede adoptar frente a la declaración en concurso de su consorte. 3.3 La petición de disolución de la sociedad de gananciales por parte del cónyuge *in bonis*. 3.4 La liquidación de la sociedad de gananciales coordinada con el concurso. 3.4.1 Sobre la fórmula para armonizar debidamente los diversos intereses en juego. 3.4.2 Sobre las normas –civiles o mercantiles– por las que se debe regir la liquidación previa de la sociedad de gananciales. 3.4.3 Sobre cuestiones procedimentales de la liquidación de la sociedad de gananciales coordinada con el concurso. a) Juez competente. b) ¿Tramitación en pieza separada o a través de incidente concursal? c) Tramitación del procedimiento. 3.5 Régimen de funcionamiento de la sociedad de gananciales, en caso de que el cónyuge *in bonis* no pida su disolución. 3.5.1 Actos de gestión conjunta. 3.5.2 Actos de gestión individual. a) Actos de gestión individual del cónyuge concursado. b) Actos de gestión individual del cónyuge *in bonis*.–4. Los acreedores del cónyuge *in bonis*, sus intereses y las medidas para su defensa. 4.1 El sistema dispuesto en la redacción inicial de la LC: críticas formuladas contra él, y valoración de las mismas. 4.2 El sistema configurado por la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal: exposición y valoración del mismo. 4.3 La conexión de concursos como posible solución al supuesto de personas casadas en régimen de gananciales: exposición y valoración de la misma.

1. INTRODUCCIÓN

La promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC) ha constituido un hito en la historia reciente de nuestro Ordenamiento jurídico, por haber introducido cambios de tal profundidad en la regulación de la insolvencia y del procedimiento de ejecución colectiva con respecto al sistema anteriormente existente, que ha podido decirse ha venido a instaurar una nueva era en este tema.

No habiendo transcurrido aún una década desde la promulgación de dicha Ley, sin embargo, se ha procedido a una reforma de calado de la misma, operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

Siendo toda ley perfectible no cabe rechazar por principio su modificación, aunque eso no obstante sí cabe observar que no resulta muy usual que una norma tan sustantiva y basilar como la LC sea objeto de tal reforma con tan breve período de vida: en este sentido, parece fundado pensar que la celeridad ha venido propiciada por la situación de grave crisis económica que desde hace unos años existe en España, que ha provocado que los concursos se hayan incrementado de forma exponencial, poniendo de manifiesto los defectos o insuficiencias de la Ley. En todo caso, sea de ello lo que fuere, lo que importa ahora es que tal reforma se haya hecho con tino, y que los cambios que ha introducido vayan en buena dirección.

Dicho esto, y para ir situando el tema objeto de estudio, hay que decir que entre los cambios relevantes que la LC introdujo se encuentra –aunque no sea de los comúnmente considerados principales– la regulación dispuesta para el concurso de un sujeto casado en régimen de gananciales, que constituyó novedad pues en la situación anterior la regulación específica al respecto era inexistente.

Se trata de una cuestión que ofrece indudable interés práctico, pues las estadísticas muestran un número creciente de sujetos casados que se declaran en concurso¹. Y que además presenta un notable interés teórico, por la dificultad que existe para coordinar el régimen

¹ Aunque su importancia cuantitativa, ciertamente, no resiste comparación con la que presentan los concursos de personas jurídicas, y en particular las sociedades mercantiles (vid. PARRA LUCÁN, «Concurso de acreedores y consorcio conyugal», en *Actas del Foro de Derecho Aragonés. Decimonovenos encuentros (Zaragoza-Teruel 2009)*, Zaragoza, 2010, p. 112 (este estudio, aunque centrado fundamentalmente en el concurso de cónyuges sometidos al régimen aragonés de consorcio conyugal, tiene también numerosas reflexiones de alcance general y referidas al régimen de gananciales); y PINO LOZANO, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial de gananciales», en *Jornadas de Derecho Concursal (Cátedra de Derecho Notarial)*, Jornadas celebradas en Málaga los días 5 y 6 de junio de 2008, Granada 2009, pp. 74-76).

del concurso, pensado principalmente para un deudor singular y un patrimonio responsable propio e individual, con el régimen de la sociedad de gananciales, por las particularidades que ésta presenta en relación con los sujetos, bienes, deudas y responsabilidad propios de la misma².

El mero hecho de que el legislador concursal de 2003 dedicara atención específica a ese supuesto es digno de ser destacado positivamente. La regulación dispuesta, sin embargo, no era óptima, en parte porque resultaba insuficiente y en parte porque en algunos aspectos resultaba inadecuada³.

Pues bien, este trabajo se orienta a analizar ese supuesto y el régimen aplicable al mismo, en particular lo atinente al cónyuge del concursado (también llamado cónyuge *in bonis*: así lo haremos nosotros en adelante, por la mayor facilidad para identificarlo y para de este modo evitar confusiones), a los acreedores del cónyuge *in bonis* y al funcionamiento de la propia sociedad de gananciales en esa situación. Son temas que desde la promulgación de la LC han sido destacados por la doctrina como difíciles y polémicos, y que precisamente por eso han sido objeto de modificación por la Ley 38/2011. Esto creemos que justifica este trabajo, orientado a estudiar la cuestión tanto a la luz de la redacción inicial de la LC (Ley 22/2003) como de la redacción dada a ésta por la Ley 38/2011, aunque en realidad, como veremos, los cambios que ésta ha introducido se centran básicamente en los acreedores del cónyuge *in bonis*.

Antes de proceder a ello, ahora bien, es necesario identificar, siquiera sea a grandes rasgos, las notas distintivas y los principios rectores de la regulación dispuesta sobre el concurso de persona casada en régimen de gananciales en la Ley 22/2003. Pues esto nos permitirá conocer el sistema inicialmente dispuesto y, luego, calibrar la posibilidad o imposibilidad, y la oportunidad o inoportunidad, de introducir modificaciones en el mismo. Sólo si dejamos fijadas con claridad esas bases podremos avanzar con seguridad en el estudio y apuntar, en su caso, ideas de provecho.

² YÁÑEZ VIVERO, *Repercusiones de la reforma concursal (Proyecto de julio de 2002) en el régimen económico matrimonial del concursado*, en Aranzadi Civil, 2002-III, p. 2668; SASTRE PAPIOL, en *Derecho concursal práctico* (coord. Fernández Ballesteros), Madrid, 2004, ad art. 77 LC, p. 417.

³ Así lo destacan DÍEZ SOTO, «El régimen de gananciales en la nueva Ley Concursal», en *Libro-homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* (coord. González Porras y Méndez González), Murcia, 2004, t. I, pp. 1280-1281; y CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», en *Familia y concurso de acreedores* (coord. Cuenca Casas), Cizur Menor, 2010, p. 100.

2. LA REGULACIÓN DISPUESTA POR LA LEY 22/2003 EN EL TEMA OBJETO DE ESTUDIO: RASGOS DISTINTIVOS DE LA MISMA Y PRINCIPIOS EN QUE SE BASA

En el concurso de persona casada en régimen de gananciales, como en cualquier otro supuesto de concurso, una de las primeras tareas a que hubo de enfrentarse el legislador fue decidir respecto a la composición de las masas activa y pasiva del mismo. Lo cual no era solo una cuestión primera en el orden lógico sino que además constituía una de las más trascendentes y comprometidas, por las notas singulares de ese régimen económico-matrimonial, que son determinantes de la dificultad de la regulación de ese concurso⁴.

En cuanto a la masa activa, la Ley 22/2003 se refería a ella en general en su Título IV, Capítulo II, en el que se integraban ocho artículos (del 76 al 83)⁵. De ellos, los que más nos interesan en este momento son los artículos 76.1 y 77, que por su importancia transcribimos a continuación:

Art. 76.1 LC: «Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento».

Art. 77 LC: «1. En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado. 2. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de la sociedad de gananciales..., se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales... cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad... 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»⁶.

⁴ Sin perjuicio de lo dicho en el texto, y antes incluso de la aprobación de la LC-2003, BELTRÁN SÁNCHEZ («Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, dir. por García Villaverde, Alonso Ureba y Pulgar Ezquerro, Madrid, 2002, p. 157) planteaba «si son realmente necesarias normas concursales especiales sobre la composición del patrimonio del deudor, o si la unificación del derecho concursal no haría más adecuado que la materia se contemplase en el Código civil [y en el Código de Comercio, añadiríamos nosotros] y, en su caso, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo las necesarias especialidades». Si no se hace así, decía BELTRÁN, «obliga, al menos, a exigir una coordinación adecuada entre la norma concursal especial y las normas generales contenidas en el Código civil [y el Código de Comercio, añadimos nosotros] y la Ley de Enjuiciamiento Civil». En la misma línea se manifiesta MANZANO CEJUDO, en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. Fernández de la Gándara y Sánchez Alvarez), Madrid-Barcelona, 2004, p. 484.

⁵ Título IV, Capítulo II –De la determinación de la masa activa–, Secciones 1.^a –De la composición de la masa activa y formación de la sección tercera– y 2.^a –Del inventario de la masa activa–.

⁶ La LC habla de régimen económico de «sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes», para referirse con ese segundo inciso a regímenes propios de los

En cuanto a la masa pasiva, además de otros preceptos dispersos en su articulado la Ley 22/2003 le dedicaba, dentro de su Título IV el Capítulo III, que contenía once artículos (del 84 al 94)⁷. De todos ellos, los que más directamente atañen a nuestro caso son los artículos 49 y 84.1, que transcribimos seguidamente:

Art. 49 LC: «Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no,... quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes».

Art. 84.1 LC: «Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa. En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales..., no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad... conyugal».

La lectura de esos preceptos suscitó inmediatamente las dos siguientes cuestiones. ¿Por qué se incluyen en la masa activa, además de los bienes privativos del concursado también los bienes gananciales en su totalidad, siendo así que estos no le pertenecen a él en exclusiva sino en común con su cónyuge? ¿Por qué se excluyen de la masa pasiva los créditos contra el cónyuge *in bonis*, aunque sean créditos a cargo de la sociedad conyugal?

Eran, esas, dos notas fundamentales en la regulación que la LC disponía respecto al concurso de persona casada en régimen de gananciales, cuya combinación –no tanto si cada una de ellas se considera por separado– generó crítica y rechazo en nuestra doctrina mayoritaria⁸, al estimar que ello suponía que del cumplimiento de las obligaciones del cónyuge concursado se hacían responder bienes que no son exclusivamente suyos –los gananciales–, y que suponía asimismo que esos bienes, al menos mientras durara el concurso, quedaban excluidos de responsabilidad efectiva por incumplimiento

Derechos forales similares al de gananciales. En este trabajo, sin embargo, nosotros nos vamos a limitar al régimen de gananciales. Por esta razón, para mayor simplicidad, en los preceptos transcritos hemos suprimido el segundo inciso, e igualmente lo haremos a lo largo del trabajo, omitiendo toda referencia a esos otros regímenes económico-matrimoniales.

⁷ Título IV, Capítulo III –*De la determinación de la masa pasiva*–, con cuatro Secciones: 1.^a *De la composición de la masa pasiva y formación de la sección cuarta*; 2.^a *De la comunicación y del reconocimiento de créditos*; 3.^a *De la clasificación de los créditos*; 4.^a *De la lista de acreedores*.

⁸ *Vid.*, por todos, CORDERO LOBATO, en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. R. Bercovitz), Madrid, 2004, t. I, *ad art.* 84 LC, p. 977; BELTRÁN SÁNCHEZ, en *Comentarios de la Ley Concursal* (dir. Rojo-Beltrán), Madrid, 2004, t. I, *ad art.* 84, p. 1498; GUILARTE GUTIÉRREZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado*, ADCo, 2005, p. 83; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2009, pp. 265-266; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico del matrimonio», *cit.*, pp. 100-103.

de deudas gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis*⁹. Lo cual, se decía, constituye una grave lesión a los intereses legítimos que tienen en ese sentido tanto el cónyuge *in bonis* como los titulares de créditos adquiridos mediante negocios celebrados con el cónyuge *in bonis* pero que generan deudas de las que responde directamente la sociedad de gananciales *ex* artículo 1369 CC.

A resultas de lo cual la doctrina mayoritaria propuso diversas modificaciones en ese sentido, algunas de las cuales han sido acogidas en la Ley 38/2011. En concreto, se ha modificado el tenor del artículo 84.1, suprimiendo la proposición segunda que el mismo tenía inicialmente, y se ha modificado el artículo 49 LC, añadiéndosele un apartado 2 nuevo. Esos preceptos rezan hoy así:

Art. 84.1 LC: «Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa»¹⁰.

Art. 49.2 LC (cuya rúbrica es «Integración de la masa pasiva»): «En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales..., se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal».

Se trata, como es fácil apreciar, de un cambio sustancial, aunque centrado, como ya quedó dicho más arriba, en lo tocante a la masa pasiva del concurso. A la vista de lo cual cabe plantearse si tal reforma ha sido acertada o no en orden a alcanzar los fines que perseguía: atender debidamente los intereses del cónyuge *in bonis* y de los acreedores del cónyuge *in bonis*. Para responder a esto es necesario antes indagar cuáles eran las razones, o los principios en que se sustentaba el régimen establecido en este punto en la Ley 22/2003.

En este sentido resulta evidente que en cuanto a la determinación de la masa activa el legislador partió del principio –rector de nuestro Ordenamiento jurídico– de responsabilidad patrimonial universal del deudor en caso de incumplimiento de sus obligaciones, establecido de forma general en el artículo 1911 CC y luego, más concretamente en el ámbito del procedimiento de ejecución colectiva, en el artículo 76.1 LC¹¹.

⁹ Esto es así porque el art. 55.1 LC dispone que «*declarado el concurso, no podrán iniciarse actuaciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor*».

¹⁰ Habiéndose suprimido la frase con que inicialmente continuaba esa frase, que era la siguiente: «*En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales..., no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad... conyugal*».

¹¹ Por supuesto, se excluyen los «*bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables*» (art. 76.2 LC), para concreción de los cuales procede remitirse a la LEC: artículos 605 ss.

Lo que ocurre es que luego, a la hora de concretar eso, en nuestro caso surgen dificultades particulares derivadas de la naturaleza de comunidad germánica con que el régimen económico-matrimonial de gananciales se configura en nuestro Ordenamiento, según el entendimiento del mismo absolutamente dominante¹². Este régimen, como es sabido, supone la existencia simultánea de tres patrimonios: uno privativo de cada cónyuge, y otro ganancial.

Los bienes privativos no presentan dificultad ninguna en este sentido, explicitando al respecto el artículo 77.1 LC que «... la masa activa [del concurso de un cónyuge] comprenderá los bienes y derechos... privativos del concursado»¹³.

Pero sí plantea dificultades el patrimonio ganancial, pues este es común a los cónyuges pero no al modo romano de comunidad por cuotas sino con arreglo al modelo germánico de mano común.

Esta circunstancia conlleva una singularidad muy relevante en orden a determinar la composición de la masa activa del concurso. Porque con base en el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor resulta claro que todo derecho de contenido patrimonial de que el cónyuge concursado sea titular –entre los cuales está, sin duda, el que tiene sobre el patrimonio ganancial– debe quedar sujeto a responsabilidad por sus deudas¹⁴. Lo que ocurre es que el derecho sobre el patrimonio ganancial no es exclusivo suyo sino en cotitularidad con el otro cónyuge. Siendo así además –y ésta es la causa de la dificultad– que el derecho de cada cónyuge, por la naturaleza propia de la sociedad de gananciales, no supone una cuota embargable sobre bienes concretos mientras la sociedad no se liqui-

¹² Sin perjuicio de voces excepcionales que propugnan una configuración distinta del mismo –societaria, o de copropiedad romana (por cuotas)–, en unos casos *de lege lata*, en otros *de lege ferenda* (MAGARIÑOS, «El concurso y la sociedad de gananciales», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid-Barcelona, 2005, t. II, pp. 2053-2060; GUILARTE GUTIÉRREZ, «La sociedad de gananciales: desde la comunidad germánica al caos liquidatorio», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, t. III, pp. 4683 ss.; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 103, nota 6.)

¹³ Este párrafo 1 del artículo 77 LC, a diferencia del párrafo 2 de este mismo precepto, no es de aplicación exclusiva al cónyuge casado en régimen de gananciales sino que vale para toda persona casada, sea cual sea su régimen económico. Así lo posibilita el tenor del mismo, que hace referencia a bienes y derechos «propios o privativos» del concursado. Pues «privativos», aunque pueda también ser sinónimo de «propios», es término que habitualmente se refiere al régimen de gananciales. Pero «propios» es término que vale y es aplicable a cualquier régimen (vid. YÁÑEZ VIVERO, *op. cit.*, p. 2669; SASTRE PAPIOL, *op. cit.*, pp. 417-418; VÁZQUEZ ALBERT, en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. Sagrera Tizón, Sala Reixachs y Ferrer Barriendos), Barcelona, 2004, t. II, ad artículo 77, pp. 980-981, nota 35; ÁLVAREZ OLALLA, en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. por R. Berco-vitz), Madrid, 2004, t. I, ad art. 77 LC, p. 929).

¹⁴ MANZANO CEJUDO, *op. cit.*, p. 488; BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación entre concurso y sociedad de gananciales», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid-Barcelona, 2005, t. II, p. 1767; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., p. 261.

de, pues hasta entonces los cónyuges no tienen (a título individual) un derecho actual y efectivo sobre los distintos bienes concretos que integran este patrimonio. Tienen un derecho sobre la mitad del patrimonio ganancial en su conjunto, pero su concreción sobre bienes singulares solamente se produce a resultas de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que ese derecho sobre el patrimonio común, en cuanto tal, no puede ser objeto de ejecución.

A la vista de lo cual, las posibilidades que el legislador tenía en este punto eran muy limitadas. Pues excluir de la masa activa del concurso los bienes gananciales no era admisible, por ser contrario al principio de responsabilidad patrimonial universal. Pero tampoco resultaba adecuado imponer la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales para así incluir en la masa activa los bienes que se atribuyeran al cónyuge concursado en pago de su derecho sobre la mitad del patrimonio ganancial, porque esta solución es contraria a la autonomía de la voluntad de los cónyuges y porque además contraviene lo dispuesto en el Código civil (arts. 1373 y 1393.1), que considera la decisión de disolver como una potestad facultativa del cónyuge *in bonis*¹⁵.

Por tales razones el legislador concursal de 2003, en el definitivo artículo 77 LC, ha buscado –si bien que con unos términos confusos– establecer una fórmula que permita alcanzar el resultado más próximo al pretendido pero que se ajuste a las bases de nuestro sistema¹⁶. Esa fórmula, como sabemos, consiste en integrar la masa activa del concurso del cónyuge casado en régimen de gananciales con

¹⁵ A pesar de lo dicho, en el Proyecto de LC de 2002 se planteó así (art. 76.2): *vid. infra* nota 18. Se manifestó muy críticamente con esa norma BELTRÁN SÁNCHEZ (*Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal*, cit., pp. 160-162), si bien algunas de las razones que da no nos parecen atendibles, porque compara el supuesto de declaración en concurso de un cónyuge con el de declaración en concurso de una sociedad mercantil, y porque además considera que la eventual liquidación de la sociedad de gananciales supondrá solo reparto del activo entre los cónyuges. Estas, sin embargo, no son premisas correctas. En primer lugar, la comparación con lo que ocurre en el concurso de la sociedad mercantil no es acertada porque en este caso, lógicamente, el reparto entre los socios de los bienes resultantes de la liquidación sólo puede hacerse después de haber pagado todas las deudas de la sociedad (deudora), pero en el caso que en este trabajo estamos estudiando deudor es sólo un cónyuge, no la sociedad de gananciales ni el otro cónyuge, lo cual justifica que este pueda interesar la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, para que no responda toda ella de las deudas del concursado. Y en segundo lugar su razonamiento no es acertado porque, aunque la petición de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales que haga el cónyuge *in bonis* sea procedente, ello no se traduce solo en un reparto del activo ganancial entre los cónyuges, sino que antes hay que hacer frente al pasivo y pagar a los acreedores consorciales. También han sido críticos con esa norma proyectada Díez Soto, *op. cit.*, pp. 1284 s; y Vázquez Albert, *op. cit.*, pp. 981-982.

¹⁶ Así lo destaca –aunque críticamente, dada su postura de rechazo con respecto a la configuración de la sociedad de gananciales como comunidad germánica– Guilarte Gutiérrez, en *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez), Valladolid, 2004, t. II, ad artículo 77, p. 1551.

su patrimonio privativo (art. 77.1 LC)¹⁷ y también con el patrimonio ganancial en su totalidad (art. 77.2 LC)¹⁸, aunque estableciendo esto último solamente «cuando [los bienes gananciales] deban responder de obligaciones del concursado», y añadiendo además que, «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».

Cada uno de esos dos añadidos del artículo 77.2 LC, que confieren mayor singularidad aún a la solución adoptada, ha suscitado debate y polémica en la doctrina, aunque el relativo al primero de ellos puede decirse hoy que está superado.

En efecto, se discutió en los primeros momentos qué significa que los bienes gananciales se incluyan en la masa activa del concurso solo «cuando deban responder de obligaciones del concursado».

¹⁷ Los bienes privativos del cónyuge *in bonis* quedan fuera de la masa activa del concurso, aunque en la LC no se diga expresamente. Pues en el artículo 76 de la misma se establece que «Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor...», y en el artículo 77.1 se dice que «En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado». Y además por coherencia con lo dispuesto en el artículo 84 Ley 22/2003, pues en él se excluían de la masa pasiva del concurso las deudas contraídas por el cónyuge *in bonis*, aunque fueran de responsabilidad de la sociedad conyugal. En el mismo sentido se muestran, además, los antecedentes de la LC, pues en el Anteproyecto de 1983 se establecía expresamente (art. 263) que «se excluirán de la masa activa del concurso los bienes privativos del cónyuge del deudor», y en el Anteproyecto de 1995 se reiteraba (art. 78.2) que «en ningún caso se integrarán en la masa activa los bienes propios del cónyuge del deudor». En este sentido se pronuncia también la doctrina dominante, sin perjuicio de algunas voces discrepantes, como por ejemplo ORDUÑA-PLAZA, quienes admiten la inclusión en la masa activa de los bienes privativos del cónyuge *in bonis*, aunque con carácter excepcional: cuando el concursado sea comerciante y el cónyuge *in bonis* haya consentido expresamente que sus bienes privativos queden afectos al cumplimiento de esas deudas (art. 9 CCo) (*Comentario de la Ley Concursal*, dirs. Rojo-Beltrán, Madrid, 2004, t. I, ad art. 77 LC, p. 1411). También se pronuncia en este sentido MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2065; y PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 260-261, aunque sin concretar el caso o casos en que procede esa inclusión. Considera igualmente esta posibilidad, aunque sin decidirse, VÁZQUEZ ALBERT, *op. cit.*, pp. 982-983.

¹⁸ El sentido de determinar el artículo 77 LC, en dos apartados, la masa activa del concurso de un cónyuge casado en régimen de gananciales, dice GUILARTE GUTIÉRREZ que se hace para destacar «la diferencia que presenta el tratamiento de los bienes privativos en relación con los bienes comunes o consorciales» (*op. cit.*, p. 1560). En contra de esta explicación se pronuncia CUENA CASAS («Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 105), aduciendo que en el Proyecto de LC de 2002 (art. 76) ya se hacía referencia separada a los bienes privativos (art. 76.1) y a los bienes gananciales (art. 76.2) y el sistema sin embargo era sustancialmente distinto al de la Ley 22/2003, ya que en aquel los bienes gananciales no se incluían en la masa activa del concurso de un cónyuge, sino «el derecho correspondiente al concursado sobre el patrimonio común», esto es los bienes que se le adjudicaran a resultas de la previa liquidación del patrimonio ganancial (esto es, bienes *ex gananciales*), que en ese momento eran ya, por tanto, exclusivamente suyos. «Ello pone de relieve —concluye CUENA— que la finalidad del artículo 77.1 [Ley 22/2003] no era la de distinguir el tratamiento de los bienes privativos del de los bienes comunes». Por nuestra parte solamente decimos que, sea cual sea la explicación al respecto, en todo caso la consideración en párrafos separados de cada uno de los bienes que integran la masa activa no tiene consecuencias prácticas en este tema.

La fórmula empleada, en verdad, es oscura¹⁹. Pero la dificultad se despeja si, como han señalado los autores²⁰, se entiende que lo que hace es remitir la cuestión al Código civil y al Código de Comercio (según que el concursado no ejerza el comercio o, por el contrario, sí lo ejerza)²¹. ¿Cómo, ahora bien, se concreta eso? ¿Debe entenderse

¹⁹ Los antecedentes del apartado 2 de este precepto son los siguientes. En el Anteproyecto de 1983, la norma equivalente (art. 263) disponía que «... los [bienes] gananciales y los demás comunes afectos a la responsabilidad derivada de obligaciones contraídas por el deudor que sean de cargo de la sociedad conyugal se integrarán en la masa a los efectos de hacer efectiva aquella responsabilidad, según el régimen económico del matrimonio». En el Anteproyecto de 1995, el artículo 78.1 disponía lo siguiente: «Se integrarán en la masa activa los bienes gananciales y demás bienes conyugales que, según la legislación civil aplicable, deban responder de las deudas contraídas por el cónyuge declarado en concurso».

²⁰ Vid., entre otros, MANZANO CEJUDO, *op. cit.*, p. 489; SANZ VIOLA, «Incidencia del concurso de acreedores en el régimen económico matrimonial del deudor en la Ley Concursal», *RD*, 2004, pp. 716-717; MAGRO SERVET, «La responsabilidad concursal de los bienes propios y comunes del deudor y la influencia del régimen económico matrimonial en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», en *Revista Jurídica Española «La Ley» (Diario La Ley)*, núm. 6213, 18-3-2005, ref. D-66, pp. 1613-1614).

²¹ En el Código civil, el régimen de responsabilidad aplicable al cónyuge casado en régimen de gananciales se contiene fundamentalmente en el Libro IV, Tít. III, Cap. IV, Sección 3.ª, cuya regulación actual procede de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. A grandes rasgos, ese régimen es el siguiente:

a) De las deudas contraídas conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro, sea cual sea la índole de esas deudas responden directa y solidariamente el patrimonio ganancial y el patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges (si la deuda fue contraída por ambos), o el patrimonio ganancial y el patrimonio privativo del cónyuge que las contrajo (si fue contraída por él pero con el consentimiento del otro) (art. 1367 CC).

b) De las deudas contraídas solo por un cónyuge, sin contar con el consentimiento expreso del otro, pero que sean consideradas deudas de la sociedad de gananciales, responden directa y solidariamente el patrimonio ganancial y el privativo del cónyuge que las contrajo (art. 1369 CC). Las deudas comprendidas en este grupo son, básicamente, las señaladas en los artículos 1365, 1366 y 1368 CC.

c) De las deudas contraídas sólo por un cónyuge y que sean privativas suyas –esto es, las que no sean consideradas «de la sociedad de gananciales» (las de la letra anterior)– responden directamente solo los bienes privativos de ese cónyuge, aunque subsidiariamente –es decir, si los bienes privativos no son suficientes– responden también los bienes gananciales, en los términos que señala el artículo 1373 CC y con la posibilidad de reacción que en él se concede al otro cónyuge.

En el Código de comercio, el régimen de responsabilidad aplicable es el dispuesto en los artículos 6 y siguientes, redactados por Ley 14/1975, de 2 de mayo [preceptos que siguen hoy vigentes, pues la LC no los ha derogado (*vid.* BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación entre concurso y sociedad de gananciales», *cit.*, pp. 1752-1754; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, p. 114, nota 29; MERCADAL, en *Nueva Ley Concursal* (coord. Sala, Mercadal, Alonso Cuevillas), Barcelona, 2004, *ad* artículo 77 LC, p. 401; MAGRO SERVET, *op. cit.*, p. 1615; PINO LOZANO, *op. cit.*, pp. 87-88; VÁZQUEZ ALBERT, *op. cit.*, p. 983; ARNAU RAVENTÓS, *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 79 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, Barcelona, 2006, p. 42, nota 62), aunque hay quienes sostienen lo contrario (*vid.* YÁÑEZ VIVERO, *op. cit.*, pp. 2674-2675; BELTRÁN: «Algunas consideraciones sobre la composición...», *cit.*, p. 162; GUILARTE GUTIÉRREZ, en *Comentarios a la legislación concursal*, *cit.*, *ad* artículo 86.3, p. 1747; tal vez también SANCINENA ASURMENDI, «El concurso de acreedores de persona casada», en *Homenaje al Profesor Lluís Puig Ferriol*, Valencia, 2006, t. II, pp. 2262-2265, pues en varias ocasiones parece dar a entender (*vid.* pp. 2263-2264 y 2265) que esos arts. del CCo,

que ese inciso hace referencia sólo a las deudas del concursado que generan responsabilidad directa de los bienes gananciales, o debe entenderse que comprende también las deudas del cónyuge concursado que generan responsabilidad subsidiaria de los bienes gananciales? Tras algunas vacilaciones iniciales, la doctrina vino pronto a concluir que la interpretación adecuada es la segunda solución. Esto es, que aunque la redacción del artículo 77.2 LC no sea afortunada –parece que los bienes gananciales no se incluyen en todo caso en la masa del concurso, sino solamente si se producen determinadas circunstancias– el sentido del precepto es que los bienes gananciales se incluyen siempre, porque siempre están sujetos a responsabilidad por incumplimiento de las deudas del cónyuge concursado, ya sea directamente (por deudas gananciales)²², ya sea subsidiariamente

aunque no están formalmente derogados, sí lo están materialmente)]. En todo caso, el régimen de responsabilidad establecido en el CCo, a grandes rasgos, es el siguiente:

a) Si un cónyuge ejerce el comercio contra la oposición a ello de su consorte manifestada en forma (para ser válida ha de hacerse constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil: artículos 6, 7, 8 y 11 CCo), de las deudas contraídas por aquél en el ejercicio del comercio responden siempre, directa y solidariamente, los bienes propios (privativos) de ese cónyuge y los bienes (gananciales) adquiridos a resultas de esa actividad comercial (art. 6 CCo). Esto supone distinguir dos submasas dentro de los bienes gananciales: los adquiridos a resultas del comercio, y los demás. Y significa que la responsabilidad por incumplimiento de esas deudas se puede hacer efectiva siempre de forma directa sobre los bienes privativos del cónyuge comerciante y sobre los bienes gananciales adquiridos a resultas de esa actividad. Ahora bien, aunque el precepto no lo explicita hay que entender además que si esos bienes no son suficientes en ese sentido, los demás bienes gananciales, aunque no estén sujetos a responsabilidad directa, responden subsidiariamente (*vid.* BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación entre concurso y sociedad de gananciales», cit., p. 1753; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 118-119; Díez SOTO, *op. cit.*, p. 1304).

b) Si un cónyuge ejerce el comercio consinténdolo su consorte, de las deudas contraídas en el ejercicio del comercio, además de los bienes privativos del comerciante responden también directamente todos los bienes gananciales, tanto si han sido adquiridos a resultas del comercio como si no. Ese consentimiento puede manifestarse expresamente, pero además se presume otorgado si el cónyuge ejerce el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del otro cónyuge, y también si al tiempo de contraer matrimonio ya ejercía el comercio y luego lo continúa sin oposición del otro.

c) De las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio del comercio pueden responder también directamente los bienes propios (privativos) del otro cónyuge si este manifiesta su consentimiento de forma expresa en ese sentido, y se recoge en escritura pública y se inscribe en el Registro Mercantil (arts. 9 y 10 CCo).

²² Es oportuno destacar aquí el empleo equivalente que el legislador concursal hace de las nociones de deudas «de cargo» y «de responsabilidad» de la sociedad de gananciales. Esto se aprecia fácilmente al considerar el proceso de elaboración de la LC, pues en el Anteproyecto de 1983 (art. 263) y en el artículo 84.1 LC (Ley 22/2003) se habla de deudas «de cargo», mientras que en el Anteproyecto de 1995 (art. 78.1), en el artículo 77.2 LC (Ley 22/2003) y en el artículo 49.2 LC tras la reforma de la misma por la Ley 38/2011 se habla de «responsabilidad». En puridad se trata de nociones distintas, pues «deudas de cargo» son las que generan pasivo definitivo de la sociedad de gananciales y «deudas de responsabilidad» son aquellas de las que los bienes gananciales responden en el plano externo, sin perjuicio de lo que luego pueda ser en el plano interno entre cónyuges. Parece sin embargo que el legislador no ha tenido conciencia de ese matiz y que ha utilizado ambas expresiones como sinónimas, aunque ciertamente sea más propia la que habla de deudas de responsabilidad de la sociedad de gananciales, ya que lo que el tema de concurso resulta

(por deudas privativas)²³. La masa activa del concurso, en definitiva, hay que concluir que está integrada tanto por los bienes privativos del cónyuge concursado como por todos los bienes gananciales, siempre²⁴. Esta es la interpretación del precepto que actualmente se

relevante es que los bienes gananciales respondan o no de las deudas que se integran en su masa pasiva, con independencia de lo que luego pueda ser en el plano interno.

²³ Según el artículo 1373 CC, la responsabilidad (subsidiaria) de los bienes gananciales solo se produce si los bienes privativos del cónyuge deudor no son suficientes para hacerla efectiva. Nada hay que objetar a eso, pero sí precisar que en el caso estudiado ello ocurrirá siempre, pues el concurso, por hipótesis, supone que el sujeto (en nuestro caso el cónyuge concursado) es insolvente, esto es que su pasivo es superior a su activo, ya sea incluyendo bienes privativos y gananciales, ya sea, con mayor razón aún, si se consideran solo sus bienes privativos. Esto dicho, y como argumento añadido, considérese además que si de las deudas privativas no respondiesen también los bienes gananciales eso en la práctica supondría dejar a estos acreedores sin poder cobrar en la mayoría de los casos, ya que el patrimonio privativo de los cónyuges casados en régimen de gananciales es por lo común muy poco significativo. Lo que iría en contra de lo dispuesto en los artículos 1911 CC y 76.1 LC, y además es claro que no fue esa la intención de los redactores de la LC. Así pues, aunque el inciso final del artículo 77.2 LC tenga ciertamente una redacción poco afortunada ello no debe llevarnos a interpretaciones absurdas. Abundando en lo dicho, añade MAGARIÑOS (*op. cit.*, p. 2060; también apunta esta idea Díez Soto, *op. cit.*, p. 1281, nota 6), como un dato más a considerar, que el artículo 82 LC –cuya rúbrica es «Formación de inventario»– dispone que «en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales... se incluirán en el inventario la relación y el avalúo de los bienes y derechos privativos del deudor concursado, así como las de los bienes y derechos gananciales...», sin condicionar la inclusión de estos últimos a que deban responder de obligaciones del concursado.

²⁴ En otro orden de cosas procede señalar aquí que la LC (arts. 74 y 75) encomienda a la Administración concursal la elaboración de un inventario que «contendrá la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa» (art. 82.1 LC), precisando que «en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales... se incluirán en el inventario la relación y el avalúo de los bienes y derechos privativos del deudor concursado, así como de los bienes y derechos gananciales... con expresa indicación de su carácter» (esta misma idea se reitera en el art. 82.2 LC). Para realizar esto, es decir para determinar qué bienes y derechos son privativos y cuáles son gananciales, habrá que acudir a las normas del Código civil: artículos 1346 ss. (si se trata de cónyuge comerciante puede ser necesario además distinguir, dentro de los bienes gananciales, entre los que responden directamente de las deudas contraídas en ejercicio del comercio y los que no: arts. 6 ss. CCo). Siendo conveniente destacar a este respecto el artículo 1361 CC, que establece una presunción de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges; y merece asimismo destacar también el artículo 1324 CC, que establece que la confesión de privatividad de un bien hecha por un cónyuge en favor del otro, aunque válida y bastante entre ellos, no es suficiente por sí sola para perjudicar a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores, sean de la comunidad o de uno de los cónyuges. Y también conviene mencionar en este sentido, por su operatividad práctica, los artículos 93 y 94 R.H., que en relación con bienes inmuebles contemplan diversas hipótesis de inscripción en el Registro –a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial expreso, a nombre de uno de los cónyuges (sea el concursado o no) pero con indicación expresa de haber sido adquirido para la sociedad de gananciales, y a nombre de uno de los cónyuges con carácter presuntivamente ganancial–, no obstante lo cual todos ellos entran en la masa activa del concurso.

Pero, ¿cómo se concreta eso en la práctica? A este fin, la Administración concursal no parte de cero. Pues si se trata de concurso voluntario el artículo 6 LC exige al deudor que en el escrito que presente solicitando su declaración en concurso indique la identidad de su cónyuge y el régimen económico del matrimonio, y que acompañe una serie de documentos, entre ellos «un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza...» (si el concursado es comerciante adquiere especial aplicación el art. 6.2.2 LC, que pide se acompañe «memoria... de la historia económica y jurídica de la actividad o actividades a las que se haya dedicado durante los tres últimos años...», y en el art. 6.3 LC se le exigen

sigue sin discrepancias reseñables, y a la que nosotros también nos sumamos²⁵.

No se ha alcanzado, en cambio, una interpretación satisfactoria en relación con la facultad que el artículo 77.2 LC concede al cónyuge *in bonis* para solicitar la disolución de la sociedad de gananciales, que según establece será acordada por el Juez y «se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso». Con esta previsión el legislador ha pretendido atender al derecho que el cónyuge *in bonis* tiene en cuanto que también es titular de los bienes gananciales, pues como ya hemos dicho éstos quedan siempre sometidos al concurso y por tanto pueden tener que

muchos otros documentos, si estuviera obligado a llevar contabilidad). Y si se trata de concurso necesario el artículo 21.1.3 LC dispone que el auto de declaración de concurso contendrá «*requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de diez días a contar desde la notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6*» [antes citado]. Lo que significa que en orden a realizar el inventario y a clasificar los bienes y derechos que componen la masa activa del concurso una primera información procede del propio cónyuge concursado. Esta información no es vinculante para la Administración concursal, ciertamente, pero sí resulta útil e importante, por el conocimiento directo que ese cónyuge tiene de la realidad (y como medida disuasoria frente a posibles maquinaciones defraudatorias en este sentido por parte de ese cónyuge, la LC establece que la comisión de irregularidades o inexactitudes graves, la falta de colaboración o la no facilitación de la información necesaria, lleva aparejada la consideración del concurso como culpable –arts. 164 y 165 LC–, con las consecuencias que ello conlleva).

En todo caso, ¿qué ocurre si, una vez elaborado y publicado el informe, algún interesado no se muestra conforme con él, ya sea por haber incluido o excluido bienes, o por haberles asignado una naturaleza –privativa o ganancial– con la que no está de acuerdo? La Ley 22/2003 establece en su artículo 95.1 que «*la administración concursal, simultáneamente a la presentación del informe, dirigirá comunicación personal... a cada uno de los interesados... para que formulen las reclamaciones que tengan por conveniente*» (la Ley 38/2011 ha introducido un nuevo ap. 1 a este precepto, pero la idea sigue siendo la misma). Estos posibles interesados son naturalmente, además de los propios cónyuges los acreedores de los mismos, pues es evidente que tienen interés legítimo en ese sentido [MANZANO CEJUDO –*op. cit.*, pp. 498-499– sustenta la posible intervención del cónyuge *in bonis* en el artículo 13 LEC; por ello la lógica y el Derecho (*vid.* arts. 541 LEC y 144 RH) exigen –más adelante veremos esto: *infra* 3.1 y 3.4.3– que esa comunicación se haga también al cónyuge *in bonis* (*vid.* SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 718)]. Hecho eso, establece el artículo 96.1 LC que «*dentro del plazo de diez días a contar desde la comunicación... cualquier interesado podrá impugnar el inventario...*». Estas impugnaciones, dice luego el artículo 96 (antes núm. 4, hoy núm. 5) LC, «*se sustanciarán por los trámites del incidente concursal*», cuyo régimen se establece en los artículos 192 y siguientes LC. De entre los cuales destaca el artículo 192.2 LC, que dice que «*los incidentes concursales no suspenderán el procedimiento de concurso, sin perjuicio de que el Juez, de oficio o a instancia de parte, acuerde la suspensión de aquellas actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución que se dicte*» (en este caso, según algunos autores, la suspensión es claramente procedente, pues el incidente afecta a la composición de la masa activa, y por tanto a la sustancia del concurso: *vid.* GUILARTE GUTIÉRREZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales*, *cit.*, p. 73, nota 13).

²⁵ YÁÑEZ VIVERO, *op. cit.*, pp. 2671-2672; ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, pp. 930-931; Díez SOTO, *op. cit.*, pp. 1284 y 1305-1307; SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 717; CORDERO LOBATO, *op. cit.*, p. 1022; HERRERA CUEVAS, *Manual de la reforma concursal*, Madrid, 2004, p. 384; GUILARTE GUTIÉRREZ, en *Comentarios a la legislación concursal*, *cit.*, ad artículo 77 LC, pp. 1562-1565; MAGRO SERVET, *op. cit.*, p. 1614; ARNÁU RAVENTÓS, *op. cit.*, pp. 1, 39-40 y 44-45; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, *cit.*, pp. 266-267.

responder por deudas que no han sido contraídas por el cónyuge *in bonis*, que pueden incluso ser deudas privativas del cónyuge concursado. La finalidad de esta previsión es sin duda atendible, pues el interés que el cónyuge *in bonis* tiene en ese sentido es legítimo; el concreto mecanismo dispuesto para hacerla efectiva, sin embargo, ha generado grandes dudas, que a día de hoy siguen sin haberse resuelto. De esto, ahora bien, nos ocuparemos más adelante, pues es una cuestión ulterior a la determinación de las masas del concurso, que es lo que ahora estamos tratando.

En cuanto a la masa pasiva, la Ley 22/2003, como ya dijimos más arriba, destinó a ello fundamentalmente dos preceptos: los artículos 49 y 84.1, en los que se establecía una regla general y un añadido específico para el supuesto concreto aquí objeto de estudio.

La regla general, o denominador común de esos preceptos (arts. 49 y 84.1, proposición primera), es que forman la masa pasiva de cualquier concurso el conjunto de todas las deudas del concursado (o de todos los créditos que existan contra él: es lo mismo), salvo las excepciones que las leyes puedan establecer. Esta idea no plantea ninguna dificultad en nuestro caso, traduciciéndose en que la masa pasiva integra todas las obligaciones de las que el cónyuge concursado sea deudor²⁶, sin perjuicio de que

²⁶ En este sentido, la LC (arts. 74 y 75) encomienda a la Administración concursal la elaboración de una lista de acreedores. Al igual que se dijo del activo, ahora bien, la Administración concursal no parte aquí de cero, ya que la propia Ley exige al deudor, si se trata de concurso voluntario, que en el escrito en que solicite su declaración de concurso indique, en caso de estar casado, la identidad de su cónyuge y el régimen económico de su matrimonio y asimismo que acompañe una serie de documentos, entre ellos «una relación de acreedores» (art. 6.2.4 LC) y una «memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor [y] de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años» (art. 6.2.2 LC). Y si se trata de concurso necesario, el artículo 7.1 LC establece que «el acreedor que inste la declaración de concurso deberá expresar en la solicitud el origen [y] naturaleza del crédito» (el tenor literal de este ap. ha sido modificado por la Ley 38/2011, pero la idea de fondo sigue siendo la misma), y luego además el artículo 21.1.3 LC añade que el auto de declaración de concurso contendrá, «en caso de concurso necesario, el requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6». Lo que significa que una primera información procede del propio cónyuge concursado (y esta información, aunque no es vinculante sí resulta particularmente importante por el conocimiento directo que ese cónyuge tiene de la realidad, siendo así además que la comisión por parte de ese cónyuge de irregularidades o inexactitudes graves en este sentido, la falta de colaboración o la no facilitación de la información necesaria, lleva aparejada la consideración del concurso como culpable –arts. 164 y 165 LC–, con las consecuencias oportunas). Una vez elaborada esa lista, la Ley 22/2003 establecía en su artículo 95.1 que «la administración concursal, simultáneamente a la presentación del informe, dirigirá comunicación personal... a cada uno de los interesados... para que formulen las reclamaciones que tengan por conveniente» (hoy modificado en su tenor literal por la Ley 38/2011, pero igual la idea de fondo). Estos posibles interesados son, naturalmente, los acreedores del concursado, pero también el cónyuge *in bonis*, pues es evidente que tiene interés legítimo en ese sentido: por ello, la lógica y el Derecho (*vid.* arts. 541 LEC y 144 RH) exigen –más adelante veremos esto: *infra* 3.1 y 3.4.3– que esa comunicación se dirija también al cónyuge *in bonis* (*vid.* SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 718; MANZANO CEJUDO –*op. cit.*, pp. 498-499– suscita la respuesta a esta cuestión en el artículo 13 LEC). Hecho lo cual, establece el artículo

luego, una vez hecho eso, hubiera que diferenciar entre deudas privativas y deudas gananciales²⁷.

lo 96.1 LC que «dentro del plazo de diez días a contar desde la comunicación... cualquier interesado podrá impugnar... la lista de acreedores», si no se muestra conforme con ella por haber incluido o excluido un crédito. Estas impugnaciones, dice el artículo 96 (antes núm. 4, hoy núm. 5) LC, «se sustanciarán por los trámites del incidente concursal», cuyo régimen se establece en los artículos 192 ss. LC.

²⁷ La distinción entre deudas gananciales y deudas privativas del concursado es relevante, pero no para determinar su inclusión o exclusión de la masa pasiva del concurso sino a otros efectos [no estamos, pues, de acuerdo con GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Comentarios a la legislación concursal*, cit., ad art. 86.3 LC, p. 1746) y DÍEZ SOTO (*op. cit.*, pp. 1306-1307), quienes consideran que la clasificación de los créditos del concurso en gananciales y privativos resulta irrelevante]. ¿Cuál es el sentido de esa clasificación? Hay que partir de lo establecido en los artículos 86 (antes núm. 3, hoy núm. 4) y 94.2.2 LC, el primero de los cuales dispone que «cuando el concursado fuere persona casada en régimen de gananciales..., la administración concursal expresará, respecto de cada uno de los créditos incluidos en la lista, si solo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo o también sobre el patrimonio común», y el segundo apunta que en la lista de acreedores «se relacionarán separadamente los créditos que solo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo y los que pueden hacerse efectivos también sobre el patrimonio común». Se establece en ellos, como dice BLANQUER UBEROS («El concurso de los cónyuges en gananciales o impropiamente el concurso del matrimonio», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2008, pp. 27-28), una clasificación difícil de explicar. Prueba de lo cual es que con base en tales artículos GALÁN LÓPEZ («La responsabilidad de los bienes gananciales en el concurso del cónyuge», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2004, pp. 218-219) y PINO LOZANO (*op. cit.*, p. 83) sostienen que de las deudas privativas del concursado solo responden sus bienes privativos, pero no los bienes gananciales, ni siquiera subsidiariamente. DÍEZ SOTO (*op. cit.*, pp. 1281 –nota 7– y 1305-1306), por su parte, apunta como posibles excepciones en este sentido (pero con dudas: *vid.* p. 1303, nota 42), los supuestos contemplados en los artículos 995 y 1372 CC, y MAGRO SERVET (*op. cit.*, p. 1616), sin perjuicio de lo que sostiene en un momento anterior (p. 1614), considera que «en el caso de que se trate de obligaciones del concursado propias, de las que no deban responder los bienes gananciales... (es decir deudas privativas), tan solo podrían quedar incluidas en el concurso si se presentara una petición del cónyuge del deudor para disolver la sociedad de gananciales [porque...] la parte atribuida al deudor... pasaría a integrar patrimonio privativo del deudor y, por ello, podría responder de las deudas propias del deudor concursado». Estas posturas, sin embargo, no pueden ser aceptadas. Pues en la línea dicha más arriba, y tal como entiende la doctrina ampliamente dominante, se trata de expresiones desafortunadas e inexactas del legislador, ya que no hay créditos que puedan hacerse efectivos solo sobre bienes privativos, ni créditos que puedan hacerse efectivos solo sobre bienes gananciales. La interpretación correcta de esos preceptos es considerar que simplemente distinguen entre créditos/deudas privativos y créditos/deudas gananciales a efectos de aplicar a cada uno de ellos un régimen (parcialmente) diferente. En concreto se trata de que, en caso de incumplimiento de deudas privativas (o de deudas del comercio ejercido con la oposición del otro cónyuge), la responsabilidad derivada puede hacerse efectiva directamente solo sobre los bienes privativos de ese cónyuge (o sobre los bienes privativos y los gananciales adquiridos a resultas del comercio), y que la responsabilidad de los bienes gananciales (o de los gananciales que no sean resultas del comercio) es subsidiaria, esto es solo en caso de insuficiencia del patrimonio privativo (y de los bienes gananciales resultas, en su caso), y además postpuestos esos acreedores privativos o gananciales *ex commercio*, en orden de cobro, a los acreedores gananciales, que tienen preferencia en ese sentido. Mientras que cuando se trata de deudas gananciales la responsabilidad en caso de incumplimiento puede hacerse efectiva directamente tanto sobre los bienes gananciales como sobre los bienes privativos del cónyuge que las contrajo, y además sin posponerse a los créditos privativos (salvo privilegios o preferencias legalmente establecidos). Este es el significado propio de los artículos 86 (antes núm. 3, hoy núm. 4) y 94.2.2 LC (considera dudosa la cuestión, aunque finalmente opta por la solución defendida por la doctrina mayoritaria, SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 717).

Sí planteaba dificultad, en cambio, la idea contenida en la segunda proposición del artículo 84.1 Ley 22/2003, referida específicamente al supuesto de concursado casado en régimen de gananciales: en este caso, decía el precepto, «no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque

Pues bien, sobre esa base resulta entonces que lo que la Administración concursal debe presentar es una lista con los acreedores del cónyuge concursado y su calificación como acreedores privativos o gananciales (y dentro de estos últimos, en caso de que el concursado sea comerciante, si se trata de acreedores *ex commercio* o no). Para lo cual habrá que aplicar las normas del Código civil: artículos 1362 ss., y en su caso también las del Código de comercio: artículos 6 ss. (*vid. supra* nota 21). Dicho eso, interesa aquí sobre todo la impugnación del cónyuge *in bonis* disconforme con la calificación que la Administración concursal haya hecho de un crédito (o deuda: es lo mismo) como de responsabilidad de la sociedad de gananciales. ¿Cómo se procede en este caso? Desde el punto de vista procedimental, la impugnación se ha de formular en el plazo de diez días desde la comunicación de la lista de acreedores (art. 96 LC), y la cuestión se sustancia por los trámites del incidente concursal (arts. 192 ss. LC) (esta cuestión, dice CUENA CASAS –«Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 144– que en la mayoría de los casos tendrá entidad suficiente como para que proceda la suspensión del procedimiento concursal *ex art.* 192.2 LC, ya que repercutirá sustancialmente en la composición de la masa pasiva del mismo). Pero, ¿cómo se procede desde el punto de vista sustantivo? La LC no contiene previsión ninguna específica a este respecto, seguramente por considerar que se trata de una cuestión puramente civil. El problema radica en que esa cuestión es discutida también a nivel civil (sobre esto *vid.*, entre otros, GUILARTE GUTIÉRREZ, *La sociedad de gananciales: desde la comunidad germánica al caos liquidatorio*, cit., pp. 4683 ss.; Id: «La ejecución sobre bienes gananciales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 541 LEC)», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 10, 2001, pp. 43; CRESPI FERRER, «El embargo de bienes gananciales: problemática procesal» (Examen del art. 541 LEC), en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 23, 2003, pp. 27 ss.; GORDILLO CAÑAS, «Ganancialidad de la deuda: ¿presunción, prueba o determinación legal?», en *Actualidad Civil* núm. 21, diciembre 2004, pp. 2517 ss.; ACHÓN BRUÑEN, «Los problemas del cónyuge del ejecutado para defender sus intereses en los procesos de ejecución en que resultan embargados bienes gananciales», *RCDI* 2005, pp. 158 ss.; MAGARIÑOS, «El concurso y la sociedad de gananciales», cit., pp. 2057 ss.; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 138 ss.). Lo que a su vez es fruto de la peculiar configuración que el Código civil hace del pasivo de la sociedad de gananciales. Pues efectivamente, de las deudas contraídas conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno pero con el consentimiento expreso del otro, no hay duda que responde la sociedad de gananciales (art. 1367 CC). Pero en relación con las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges la cuestión no es tan evidente, pues estas pueden ser estrictamente privativas suyas (art. 1373 CC) pero también pueden ser de responsabilidad de la sociedad de gananciales (arts. 1369, 1365, 1366 y 1368 CC). De donde resulta que la calificación de una deuda como privativa o ganancial puede ser difícil, si en el título ejecutivo figura como deudor solamente un cónyuge y no se especifica nada más (como de hecho ocurrirá en la mayoría de los casos). ¿Cómo procede entonces calificar ese crédito: como privativo o como ganancial? En la doctrina y en la jurisprudencia de la DGRN es dominante la idea de que, a diferencia de lo que ocurre con los bienes y derechos, en relación con los cuales en caso de duda se presume su carácter ganancial (art. 1361 CC), en relación con las deudas no hay una norma paralela, por lo que no puede pretenderse exista una presunción de ganancialidad pasiva (es más, algunos autores sostienen que debe hablarse de presunción de privatividad de las deudas, pues si en tema de gestión de la sociedad de gananciales el principio rector es el de gestión conjunta, toda actuación individual de los cónyuges debe considerarse en principio que no genera deudas de responsabilidad de la sociedad de gananciales, salvo que sea susceptible de ser incluida en alguna de las excepciones legalmente contempladas). Lo que significa que la deuda contraída individualmente por uno de los cónyuges debe en principio presumirse privativa, salvo que el acreedor pruebe su carácter ganancial. Sin necesidad de entrar a fondo en eso, donde a nuestro entender hay aquí que centrar la atención es en el artículo 541 LEC –dictado propiamente para ejecuciones singulares pero indudablemente

sean, además, créditos a cargo de la sociedad conyugal». La dificultad surgía al considerar que tal norma suponía excluir los bienes que forman el patrimonio ganancial del sustrato de responsabilidad con que contaban esos acreedores gananciales, *ex* artículo 1369 CC, cuando contrataron con el cónyuge *in bonis* –recuérdese que todos los bienes gananciales pasan a integrar la masa activa del concurso y que una vez declarado éste no pueden iniciarse ejecuciones singulares (judiciales o extrajudiciales) ni seguirse apremios (administrativos o tributarios) contra el patrimonio del concursado, al menos como regla: artículo 55 LC–, lo que supone discriminación entre unos acreedores gananciales (los que contrataron con el cónyuge concursado) y otros (los que contrataron con el cónyuge *in bonis*), con perjuicio del interés de estos últimos.

¿A qué razones respondía esa disposición? Para aclarar esto debemos considerar los varios criterios que el legislador podía haber empleado en orden a determinar la composición de la masa pasiva en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales. Esos criterios eran, básicamente, los siguientes.

Uno era situar el eje de la cuestión en el sujeto concursado, de forma que la masa pasiva del concurso se integrara sólo con las obligaciones de las que él fuera deudor. Lo que conllevaba que quedaran fuera del concurso las deudas contraídas por el cónyuge *in bonis*, y no solo las que fueran privativas suyas sino también las que fueran de cargo o responsabilidad de la sociedad de gananciales.

Otro criterio era atender a los bienes o a los patrimonios de los que el concursado fuera de algún modo titular –en exclusiva (esto es, los bienes de su patrimonio privativo) o junto con su cónyuge

aplicable, por analogía, a las ejecuciones colectivas–, en concreto en el apartado 2 del mismo (pues el ap. 3 se refiere a deudas indiscutidamente propias, esto es privativas, de un cónyuge: YÁÑEZ VIVERO, *op. cit.*, pp. 2671 s). Que establece que cuando se despache ejecución sobre bienes gananciales por causa de deudas contraídas por uno solo de los cónyuges, pero de las que pretendidamente deba responder la sociedad de gananciales, habrá de notificarse aquella al otro cónyuge a fin de que pueda oponerse aduciendo, entre otras causas, «que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución». En este caso, sigue diciendo el precepto, «corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales», y «si no se acredita esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal». Lo que en caso de concurso significa que habrá que partir de la calificación del crédito que la Administración concursal le haya asignado en la lista de acreedores, pero que el cónyuge *in bonis* puede impugnar esa calificación simplemente manifestando su disconformidad con la misma, esto es simplemente aduciendo que los bienes gananciales no deben responder de esa deuda. En cuyo caso será el acreedor, o la Administración concursal, quienes tendrán que rebatir eficazmente esa manifestación en contrario, probando que los bienes gananciales sí deben responder del incumplimiento de esa deuda (sobre esta prueba y su contenido, y su mayor o menor rigor, *vid.* GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pp. 2537-2539; y CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, pp. 143-144). De no hacerlo así, el crédito se habrá de considerar privativo.

(los bienes del patrimonio ganancial)–, de tal forma que en la masa pasiva se integraran todas las obligaciones de las que en caso de incumplimiento respondieran esos bienes, con independencia de quién las hubiera contraído y fuera deudor de ellas. Lo que suponía que en la masa pasiva se integraran las deudas privativas del cónyuge concursado y también todas las deudas gananciales, ya hubieran sido contraídas por ambos cónyuges conjuntamente, ya individualmente por el cónyuge concursado o por el cónyuge *in bonis*²⁸.

El tercer criterio era permitir que fuera declarada en concurso la sociedad de gananciales considerada en sí misma de forma autónoma, sin perjuicio por tanto de que cada uno de los cónyuges, de forma individual, pudiera también ser declarado en concurso. De modo que en el concurso de la sociedad de gananciales se incluyeran, en la masa activa los bienes gananciales y en la masa pasiva las deudas de esa misma naturaleza ganancial, fuera quien fuera el cónyuge que las hubiera contraído²⁹. Y que en el concurso de cada

²⁸ Una variante de este criterio era la que se planteó en una enmienda al Proyecto de LC de 2002 (enmienda núm. 25, *BOCG*, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 101-15, de 2-12-2002), en la que se proponía incluir en la masa pasiva del concurso de un cónyuge las deudas gananciales contraídas por el otro cónyuge aunque solo de modo excepcional, cuando «los bienes [privativos] del cónyuge del concursado resultaran insuficientes para satisfacer los citados créditos». A favor de la misma parecen pronunciarse BELTRÁN SÁNCHEZ (en *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., ad art. 84, p. 1498) y GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Comentarios a la legislación concursal*, cit., t. II, ad art. 84 LC, pp. 1658-1659; id: *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pp. 83-84). Esta solución, sin embargo, no se puede admitir, pues se hace depender de una circunstancia material y eventual –que el cónyuge *in bonis* tenga o no bienes suficientes–. Y además, como dice YÁÑEZ VIVERO (*op. cit.*, pp. 2678 ss.), esa solución, «lejos de establecer la igualdad de trato,... marca más las diferencias: en primer lugar, está alterando la condición de un crédito, que por ley es ganancial, convirtiéndolo en privativo al establecer una responsabilidad subsidiaria del patrimonio ganancial condicionada a la inexistencia o insuficiencia de patrimonio privativo del concursado; y en segundo término, está otorgando un privilegio o una preferencia... a unos créditos frente a otros que son de la misma condición».

²⁹ Esta idea (con matices) es la que inspira el sistema acogido en el Derecho alemán en su *Insolvenzordnung* de 5-10-1994. En este sentido, en el § 37 de la misma se distinguen dos supuestos, dependiendo de que el patrimonio común haya sido administrado únicamente por uno de los cónyuges (el concursado) o haya sido administrado conjuntamente por ambos. Pues en el primer caso ese patrimonio común se integra en la masa activa del concurso del cónyuge administrador del mismo, pero en el segundo caso el patrimonio común puede ser declarado en concurso en sí mismo.

§ 37 Gesamtgut bei Gütergemeinschaft. 1. Wird bei dem Güterstand der Gütergemeinschaft das Gesamtgut von einem Ehegatten allein verwaltet und über das Vermögen dieses Ehegatten das Insolvenzverfahren eröffnet, so gehört das Gesamtgut zur Insolvenzmasse. Eine Auseinandersetzung des Gesamtguts findet nicht statt. Durch das Insolvenzverfahren über das Vermögen des anderen Ehegatten wird das Gesamtgut nicht berührt. 2. Verwalten die Ehegatten das Gesamtgut gemeinschaftlich, so wird das Gesamtgut durch das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Ehegatten nicht berührt. 3. Absatz 1 ist bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft mit der Maßgabe anzuwenden, daß an die Stelle des Ehegatten, der das Gesamtgut allein verwaltet, der überlebende Ehegatte, an die Stelle des anderen Ehegatten die Abkömmlinge treten. [Patrimonio común en la comunidad conyugal. 1. Cuando por las circunstancias de una comunidad conyugal el patrimonio común sea administrado exclusivamente por un cónyuge, y se abra un procedimiento concursal sobre el patrimonio de ese cónyuge, el patrimonio común se incluye en la masa del concurso. No procede la separación del patrimonio común. El patrimonio

cónyuge se incluyeran sólo sus bienes privativos –masa activa– y sus deudas privativas –masa pasiva–.

¿Cuál de esos tres criterios, o sistemas, fue el acogido en la Ley 22/2003, y por qué?

El señalado en último lugar parece claro que no, lo que por otra parte resultaba lógico habida cuenta que a pesar de su nombre la de gananciales no es en nuestro Derecho una verdadera sociedad, y no tiene por tanto personalidad jurídica³⁰. Por ello, para estatuir tal sistema hubiera sido necesaria una voluntad inequívoca del legislador que se plasmara mediante una disposición expresa en ese sentido, semejante a la establecida en relación con la herencia (art. 1.2 LC). Que sin embargo, como es fácil ver, no existe en la Ley 22/2003³¹.

Tampoco es difícil entender que el legislador de 2003 no acogiera el sistema señalado en segundo lugar, pues ésta no había sido nunca la filosofía de nuestro Ordenamiento³². Por eso, para que tal hubiera sido establecido se hubiera precisado, al igual que en el

común no se ve afectado en caso de procedimiento concursal sobre el patrimonio del otro cónyuge. 2. Administrado el patrimonio común conjuntamente por ambos cónyuges, no resulta afectado el patrimonio común por el procedimiento de insolvencia abierto sobre el patrimonio de un cónyuge. 3. El párrafo 1.º es aplicable al patrimonio de la comunidad conyugal que continúa, si en lugar del cónyuge que ha administrado el patrimonio común sucede el cónyuge supérstite, que solamente será reemplazado por el supérstite, y el último consorte será reemplazado por sus descendientes, respectivamente.»

³⁰ Hay que insistir aquí en que la sociedad de gananciales no tiene en nuestro Derecho personalidad jurídica, y por tanto que por sí misma no adquiere bienes y derechos, ni asume obligaciones. Son los cónyuges, mediante su actuación, los que adquieren esos bienes y derechos para la sociedad de gananciales, y los que asumen obligaciones de cargo o responsabilidad de esa misma sociedad. En este sentido *vid.* BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación entre concurso y sociedad de gananciales», cit., pp. 1743 ss. (en sentido sustancialmente coincidente, en *Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones*, cit., pp. 85 ss.); ARANGUREN URRIZA, «Bienes gananciales y privativos en el concurso de acreedores del deudor casado», en *Homenaje a D. Juan Francisco Delgado de Miguel* (coord. Garrido Palma), Cizur Menor, 2007, pp. 361-362; y PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 263-264.

³¹ PARRA LUCAN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 263-264; GUILARTE GUTIÉRREZ, «La liquidación de la sociedad de gananciales...» cit., p. 83; *id.*: en *Comentarios a la legislación concursal*, cit., ad artículo 77 LC, pp. 1553 ss.; CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial*, cit., p. 101, nota 4; MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2064. Eso, además, chocaría con lo dispuesto en la LEC, cuyo artículo 541.1 establece que «no se despachará ejecución frente a la sociedad de gananciales».

³² Por ello, aun siendo consciente de las dificultades ulteriores que ello conlleva, afirma con rotundidad GALÁN LÓPEZ (antes de la Ley 38/2011) que «la opción del legislador, establecida desde una perspectiva concursal, responde a una lógica jurídica innegable. En términos concursales –sigue diciendo– la condición de acreedor del deudor y la legitimación para insinuar su crédito en el concurso, se derivan de la condición de parte en la relación obligacional celebrada con el concursado, en tanto que la relación obligatoria es un vínculo que se da entre dos personas: deudor y acreedor, y no entre patrimonios» [en *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Pulgar Ezquerro, Alonso Ureba, Alonso Ledesma y Alcover Garau), Madrid, 2004, t. I, ad artículo 84 LC, pp. 848-849]. También en sentido semejante se pronuncian SANZ VIOLA, *op. cit.*, pp. 718-719; y GUILARTE GUTIÉRREZ, en *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez), cit., ad artículo 84 LC, p. 1659.

caso anterior se ha dicho, una expresa disposición legal en ese sentido, que en la Ley 22/2003 no existía.

A la vista de lo cual el legislador de 2003 actuó del modo más natural y lógico en función de las características generales de nuestro Ordenamiento, tomando como criterio en este sentido el primer sistema, de los tres expuestos. Esto es, considerando que el dato determinante es la persona del deudor, ya que la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones se hace efectiva sobre bienes, ciertamente, pero la conexión entre el derecho del acreedor y los bienes realizables pasa a través de la persona del deudor³³. Esto fue lo que lo llevó a excluir de la masa pasiva del concurso las obligaciones de las que el cónyuge concursado no fuera deudor, con independencia de la naturaleza de las mismas. Y lo que subyacía a la norma contenida en la proposición segunda del artículo 84.1 de la Ley 22/2003, en la que se disponía que «no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad... conyugal». Sin perjuicio de lo cual hay que reconocer que ello conllevaba un peligro cierto e importante para estos acreedores, a los que esa Ley no daba sin embargo tutela, al menos de forma explícita. Esto hizo que la doctrina absolutamente dominante abogara por modificar el sistema, cosa que efectivamente se ha hecho con ocasión de la reforma de la LC por obra de la Ley 38/2011, suprimiendo la proposición segunda del artículo 84.1 LC e introduciendo un núm. 2 nuevo en

³³ A este efecto, alguna vez se ha recurrido a citar el artículo 1.1 LC, que dice que «la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica», destacándose que se habla de deudor en singular. A nuestro entender, más que en la letra de ese precepto, el fundamento de lo dicho en el texto ha de situarse en el espíritu que anima la Ley en su conjunto, que sigue lo que ha sido históricamente la filosofía en este tema, tanto en el ámbito civil –concurso de acreedores– como en el mercantil –quiebra o suspensión de pagos–, en los que los procedimientos de ejecución colectiva se predicaban claramente de deudores considerados a título singular. Exponente arquetípico de lo dicho es el artículo 1911 CC, en el que se establece que «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros», destacando que la responsabilidad es «del deudor», y que la misma se hace efectiva con «sus bienes». En concreto en la Ley 22/2003, *vid.* sus artículos 49 y 84.1 LC, en los que al hablar de la masa pasiva se hacía referencia siempre a «acreedores del deudor» (concurrido) y a «créditos contra el deudor» (concurrido). O el artículo 77.2 LC, que habla exclusivamente de «obligaciones del concursado». «Es la titularidad de la deuda (el hecho de haber sido uno u otro cónyuge el que la ha contraído) –expresa con gran precisión y tino ARANGUREN URRIZA, refiriéndose a la Ley 22/2003 (*op. cit.*, p. 356)– lo determinante de la condición de concursado». «La LC [Ley 22/2003] –dice también MAGARIÑOS– se apoya exclusivamente en la titularidad formal... de las obligaciones gananciales» (*op. cit.*, p. 2060; en sentido semejante, PARRA LUCAN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 263-264). También los antecedentes de la LC se mostraban en este sentido, pues en el Anteproyecto de 1983 el artículo 263 (*vid. supra* nota 19) hablaba de «... responsabilidad derivada de obligaciones contraídas por el deudor...», y en el Anteproyecto de 1995 (art. 78: *vid. supra* nota 19) se repetía la referencia explícita a «responder de las deudas contraídas por el cónyuge declarado en concurso».

el artículo 49 LC, en el que hoy se dispone que se integran en la masa pasiva del concurso de un cónyuge los créditos contra su consorte que sean de responsabilidad de la sociedad de gananciales.

* * *

Llegados a este punto, pueden darse por suficientemente expuestas las notas principales de la regulación dispuesta en la Ley 22/2003 acerca del concurso de persona casada en régimen de gananciales.

Es tiempo, entonces, de analizar la denuncia –ampliamente extendida en su momento en nuestra doctrina– de que ese régimen resultaba lesivo para algunos de los intereses en juego –el del cónyuge *in bonis* y el de los acreedores de éste–, y que esa lesión era de tal gravedad que forzaba inevitablemente a modificarlo.

Para ello examinaremos la situación del cónyuge *in bonis* y de sus acreedores e indagaremos si bajo el imperio de la Ley 22/2003 era posible o no dar satisfacción a esos intereses, y si la nueva regulación dispuesta por la Ley 38/2011 ha mejorado el régimen aplicable a los mismos.

3. EL CÓNYUGE *IN BONIS*, SUS INTERESES Y LAS MEDIDAS DE QUE DISPONE PARA SU DEFENSA

Para una persona casada en régimen de gananciales, la declaración en concurso de su cónyuge constituye un evento que pone en cuestión sus intereses (los del cónyuge *in bonis*), fundamentalmente por los términos en que la LC fija la composición de la masa activa de ese concurso, aunque no sólo por eso.

Como sabemos, el artículo 77 LC dispone que la masa activa estará formada tanto por los bienes que integran el patrimonio privativo del cónyuge concursado como por los que componen el patrimonio ganancial³⁴. Lo que significa que del cumplimiento de las obligaciones que forman la masa pasiva de ese concurso –obligaciones, ésas, que aun siendo gananciales pueden no haber sido contraídas por el cónyuge *in bonis*, y que pueden ser incluso privativas del concursado– se hacen responder bienes que no pertenecen exclusivamente al cónyuge concursado: los gananciales.

³⁴ El artículo 77.2 LC supedita esto último a que «*los bienes gananciales... deban responder de obligaciones del concursado*», pero como ya hemos visto eso ocurre siempre, pues esa responsabilidad de los bienes gananciales a que alude puede ser tanto directa como subsidiaria.

Concluyéndose entonces que esa solución implica lesión para los intereses del cónyuge *in bonis*,³⁵ si no se busca fórmula que los salvaguarde.

Es cierto que para procurar la tutela de esos intereses la LC ha dispuesto en su artículo 77.2 que, «en este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad... 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». El problema está en que esa previsión, aunque plausible en cuanto a su finalidad ha generado sin embargo gran polémica en cuanto al concreto mecanismo dispuesto para lograrla, hasta el punto de que a día de hoy no se ha alcanzado en la doctrina un entendimiento satisfactorio y pacífico del mismo. Por esta razón, de nuevo, la regulación dispuesta por la LC ha sido objeto de crítica.

Y no es sólo eso. Hay además otra crítica que se ha formulado en este punto, determinada por el hecho de que en la LC no está prevista la notificación al cónyuge *in bonis* de la declaración en concurso de su consorte. Sobre esta base se colige entonces que, sea cual sea el entendimiento que se dé a la concreta fórmula dispuesta en el artículo 77.2 de la Ley, mal cabe pretender que el cónyuge *in bonis* puede defender sus intereses. Por lo que se concluye, una vez más, que el régimen dispuesto en la LC no es adecuado³⁶.

Dicho lo cual, debemos aquí plantearnos si las cosas son, o no, como se entienden habitualmente. Procedemos a ello siguiendo un orden inverso a aquél en que se han expuesto.

3.1 Conocimiento, por parte del cónyuge *in bonis*, de la situación de concurso del otro cónyuge

Como ya hemos dicho, el cónyuge *in bonis* es titular de un interés legítimo en este sentido, cuya salvaguarda exige se le procure conocimiento de que su cónyuge ha sido declarado en concurso. Pues aunque el cónyuge *in bonis* no sea el concursado, es cotitular

³⁵ ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 133; BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación entre concurso y sociedad de gananciales», *cit.*, pp. 1759-1761; Id: «El concurso de los cónyuges o impropriamente el concurso del matrimonio», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2008, pp. 24-25; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, p. 98.

³⁶ CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, pp. 98-99.

de unos bienes –los gananciales– que van a ser objeto de la ejecución (colectiva) en que todo procedimiento de concurso consiste, por lo que ha de dársele la posibilidad de accionar como mejor considere en defensa de los intereses de la sociedad de gananciales y de los suyos propios³⁷. Y esto exige lógicamente, como medida de carácter instrumental, procurarle conocimiento de la nueva situación en que se encuentra su cónyuge.

¿Cómo, ahora bien, sustentar jurídicamente la necesidad u obligatoriedad de esa notificación? Pues que el cónyuge *in bonis* sea persona con interés legítimo a efectos de poder recurrir la declaración de concurso de su consorte (art. 20.3 LC)³⁸ no implica sin más que deba comunicársele obligatoriamente esa declaración, ya que no está incluido entre los sujetos a quienes la LC dispone debe hacerse notificación personal e individual, que se limita a los acreedores (del concursado) cuya identidad y domicilio conste en el concurso (art. 21.4 LC)³⁹. Y extraer tal conclusión de lo dispuesto en el artículo 20.3 LC, considerándola medida subordinadamente necesaria en orden a que esa legitimación para recurrir sea real y efectiva⁴⁰, aunque no es algo absurdo en todo caso es una fundamentación indirecta e insegura.

¿Hay otra vía para sustentar, de forma más directa y segura, la obligación de notificar al cónyuge *in bonis*? Creemos que sí. Pues aunque en la LC no se contenga norma ninguna que así lo establezca de forma expresa, del conjunto del Ordenamiento sí se puede extraer la obligatoriedad o necesidad de esa notificación personal e individualizada al mismo⁴¹. Por lo siguiente.

A nivel dogmático, la necesidad de esa notificación se sustenta en la consideración de que el Derecho no puede permitir la ejecución de unos bienes –en el caso, los gananciales– sin contar con el conocimiento previo de ese proceso por parte de todos los titulares

³⁷ El interés señalado en el texto, quintaesenciado, se puede luego desglosar en variados intereses más concretos, tales como posibilitar al cónyuge *in bonis* impugnar la calificación de determinados créditos que en la lista elaborada por la Administración concursal hayan sido considerados gananciales (de los que, por tanto, los bienes gananciales responden directamente); o impugnar el carácter privativo que la Administración concursal haya atribuido a determinados bienes incluidos en el inventario de la masa activa del concurso; o defender –por la vía que en cada caso resulte oportuna– los bienes y derechos gananciales (art. 1385.2 CC); o ejercitar la facultad que el Ordenamiento le concede de pedir la disolución de la sociedad de gananciales (arts. 1393.1 CC y 77.2 LC). En este sentido se pronuncian MAGARIÑOS, «El concurso y la sociedad de gananciales», cit., pp. 2062-2063 y 2069; y ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, p. 932, nota 6.

³⁸ BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación entre concurso y sociedad de gananciales», cit., p. 1579; ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, p. 19.

³⁹ PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 78.

⁴⁰ Así parecen apuntarlo MAGARIÑOS, «El concurso y la sociedad de gananciales», cit., p. 2609; y ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, p. 19.

⁴¹ Díez SOTO, *op. cit.*, p. 1283.

de esos bienes⁴², a lo que puede incluso buscarse fundamento primigenio en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁴³.

A nivel más positivo cabe considerar que el concurso es un procedimiento de ejecución (colectiva) cuyos efectos se asemejan sustancialmente a los que se producen en caso de embargo⁴⁴, lo cual permite recurrir analógicamente a las normas dictadas para éste⁴⁵, entre las que destacan los artículos 1373 CC⁴⁶, 144.1 RH⁴⁷ y 541 LEC⁴⁸, siendo así que en todos ellos se expresa claramente la idea de necesaria notificación al cónyuge *in bonis*, que no se puede considerar específica de los concretos supuestos que en esos preceptos se consideran sino general de cualquier supuesto de ejecución de bienes gananciales por deudas no contraídas por ambos cónyuges⁴⁹.

La necesaria y obligada notificación personal al cónyuge *in bonis* queda por tanto, con lo dicho, suficientemente fundamentada. Resultando entonces que sin ella no podrán someterse

⁴² BLANQUER UBEROS, «El concurso de los cónyuges en gananciales...», cit., pp. 24 ss; SABATER MARTÍN, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Fernández Ballesteros, Rifá Soler y Valls Gombau), Barcelona, 2001, t. II, ad artículo 541 LEC, p. 2609.

⁴³ RAGEL SÁNCHEZ: *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987, p. 204. También ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 134 y 138-139; y BLANQUER UBEROS, «El concurso de los cónyuges en gananciales...», cit., p. 24, nota 16.

⁴⁴ BLANQUER UBEROS, *Notas acerca de la relación entre concurso y sociedad de gananciales*, cit., p. 1760; SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 716; MANZANO CEJUDO, *op. cit.*, pp. 485-486. Vid. también GARNICA MARTÍN, en *Comentarios a la Ley concursal* (coord. Sagraera Tizón, Sala Reixachs y Ferrer Barriendos), Barcelona, 2004, t. I, ad artículo 21, pp. 210-211.

⁴⁵ SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 716.

⁴⁶ «Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge...».

⁴⁷ «Para que durante la vigencia de la sociedad conyugal sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes inscritos conforme a lo previsto en los apartados 1 o 4 del artículo 93 o en el apartado 1 del artículo 94, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra los dos cónyuges, o que estando demandado uno de los cónyuges, ha sido notificado al otro el embargo». La redacción actual de este precepto es obra del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre.

⁴⁸ «(...) 2. Cuando la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deba responder la sociedad de gananciales, la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor; pero el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge... 3. Si la ejecución se siguiere a causa de deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiesen bienes comunes a falta o por insuficiencia de los privativos, el embargo de aquellos habrá de notificarse al cónyuge no deudor...». Este recurso a la LEC se justifica en base a la Disp. Final Quinta de la propia LC, que bajo la rúbrica «Derecho procesal supletorio» establece que «en lo no previsto en esta ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil...», y que «en el ámbito de los procesos concursales resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación formal y material del proceso».

⁴⁹ SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 718; Díez Soto, *op. cit.*, p. 1283; GUILARTE GUTIÉRREZ, en *Comentarios a la legislación concursal*, cit., ad artículo 77 LC, p. 1572; BLANQUER UBEROS, «El concurso de los cónyuges en gananciales», cit., p. 24, nota 16; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 123-124; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 267, nota 421; PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 78.

efectivamente a concurso los bienes gananciales concretos ni adoptarse sobre ellos medidas cautelares (art. 21.1.3 LC)⁵⁰, sin perjuicio de las que se hayan podido disponer con carácter provisional antes de la declaración de concurso (art. 17 LC). Y es oportuno aquí señalar que el artículo 541 LEC es norma de carácter imperativo⁵¹, lo que supone que en caso de infracción de la misma el cónyuge *in bonis* puede no solo denunciar esa infracción (art. 562 LEC) sino incluso pedir la nulidad de las actuaciones realizadas, si por esa razón se le hubiera causado indefensión (*vid.* art. 238.3 LOPJ)⁵². Quien debe realizar esa notificación, naturalmente, es el Juez del concurso.

Eso dicho, hay que plantear qué es exactamente lo que se debe notificar al cónyuge *in bonis*, si la solicitud de concurso o el auto de declaración del mismo.

Algunos autores parecen sostener que lo que procede notificar es la solicitud de concurso⁵³. Apuntando como argumento que según se dispone en el artículo 21.1.7 LC el auto de declaración de concurso contendrá, entre otros pronunciamientos, decisión sobre la formación de pieza separada en la que proceder a la disolución de la sociedad de gananciales, y que esto sólo es posible si el cónyuge *in bonis* ha ejercitado previamente la facultad que en ese sentido le concede el artículo 77.2 LC, lo que supone haya tenido conocimiento previo de la solicitud de concurso presentada, no del concurso ya declarado.

A nuestro entender, sin embargo, y aunque *de lege ferenda* pueda ser deseable, no es posible estimar eso hoy *de lege lata* en nuestro Ordenamiento. Pues no hay norma ninguna, ni en la LC ni en la LEC, en que sustentar tal solución⁵⁴, ya que en todas ellas se

⁵⁰ Expresa esta misma idea, aunque en relación con las ejecuciones singulares, AGUILAR RUIZ, «Ejecución de bienes gananciales por deudas consorciales contraídas por uno de los esposos: oposición del cónyuge no deudor a la traba y embargo de bienes comunes», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2005, núm. 14, p. 110.

⁵¹ CRESPI FERRER, *op. cit.*, p. 35; ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 138.

⁵² CRESPI FERRER, *op. cit.*, p. 35; ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 140 y 151-152; AGUILAR RUIZ *op. cit.*, p. 110.

⁵³ DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1283; MAGARIÑOS, «El concurso y la sociedad de gananciales», *cit.*, p. 2069; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, pp. 123-124.

⁵⁴ En este sentido, la LC dispone (art. 13) que «*en el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil al de su reparto, el juez examinará la solicitud de concurso y, si la estimara completa, proveerá conforme a los artículos 14 o 15*».

El artículo 14 LC, relativo a la solicitud de concurso voluntario (que es el que más fácilmente permite al Juez conocer la existencia de cónyuge *in bonis*, ya que el artículo 6.2.2 LC exige al cónyuge solicitante que su solicitud vaya acompañada de una Memoria en la que indique, si está casado, la identidad de su cónyuge y el régimen económico de su matrimonio), establece que «*cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada... resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor*». No parece pues, en el planteamiento de

habla de notificación con referencia siempre al auto de declaración de concurso (o, en caso de embargo, al auto que despacha ejecución), no a la solicitud de concurso (o de embargo).

Y el argumento traído del artículo 21.1.7 LC resulta forzado al efecto que se pretende. Ciertamente, el auto de declaración de concurso solo puede contener decisión del Juez sobre disolución de la sociedad de gananciales si el cónyuge *in bonis* la ha interesado previamente, y eso implica que haya tenido noticia de que se ha solicitado la declaración en concurso del otro. Lo que ocurre es que la norma contenida en el artículo 21.1.7 LC adolece de falta de coherencia en el conjunto del sistema de la LC, fruto de los avatares de su tramitación. Pues como sabemos, el último hito prelegislativo antes de la LC –el Proyecto de 2002– contenía una norma (art. 76.2) de sentido enteramente opuesto al que tiene la norma correlativa en la actualmente vigente LC (art. 77.2). En ese artículo 76.2 del Proyecto, en efecto, se establecía que «la declaración de concurso determinará su disolución [de la sociedad de gananciales] tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». No había entonces dificultad ninguna, sobre la base de esa disolución automática y *ex lege* de la sociedad de gananciales, para establecer que en el auto de declaración de concurso se contuviera pronunciamiento sobre la formación de pieza separada a ese fin, pues esto era obligado. Ocurrió sin embargo, durante la tramitación parlamentaria de la LC, que el automatismo disolutorio de la sociedad de gananciales se suprimió y sustituyó por la concesión al cónyuge *in bonis* de una facultad en ese sentido. En cuyo caso, naturalmente, establecer que en el auto de declaración de concurso haya pro-

la LC, que haya solución de continuidad entre la constatación por parte del Juez de la situación de insolvencia (derivada del examen de la documentación presentada) y el auto en que se declare el concurso. Lo cual, unido a la falta de expresa previsión normativa en ese sentido y al paralelismo que naturalmente debe existir con la solución aplicable en caso de concurso necesario, permite concluir que no existe notificación obligatoria al cónyuge *in bonis* de la solicitud de concurso de su cónyuge que este mismo haya presentado, ni de darle tiempo para reflexionar al respecto y comunicar a su vez al Juez, en su caso, su decisión sobre la continuidad o no de la sociedad de gananciales.

Y más clara aún es la situación en caso de concurso necesario. Pues aunque aquí la Ley prevé (art. 15.2 LC) en principio más pasos entre la admisión a trámite de la solicitud de concurso presentada por algún acreedor y el auto de declaración de concurso (menos pasos en el supuesto del actual artículo 15.1 LC, introducido por la Ley 38/2011), los mismos van referidos únicamente al cónyuge cuyo concurso se solicita para que, si así lo estima, pueda oponerse a esa solicitud. No se da entrada ahí, en absoluto, al cónyuge *in bonis*. Con la dificultad añadida de que al tratarse de concurso necesario la solicitud del mismo procede de los acreedores, lo cual supone que el conocimiento por parte del Juez de la existencia e identidad de ese cónyuge sea más difícil. Pues el artículo 21.1.3 LC establece que en el auto en que se declare el concurso (necesario) se requerirá al deudor para que, en el plazo de diez días a contar desde la notificación del auto, presente los documentos enumerados en el artículo 6 LC, entre los cuales está la Memoria antes dicha, pero se trata de un requerimiento que se ha de hacer en el auto de declaración de concurso, no antes.

nunciamento sobre la disolución de la sociedad de gananciales y formación de pieza separada en la que practicar la liquidación de la misma deja de tener sentido pleno e incondicionado, pues ahora eso sólo resulta posible si el cónyuge *in bonis* ejercita la facultad dicha y lo hace saber al Juez antes de que dicte el auto de declaración de concurso. Esto sin embargo no fue advertido durante la tramitación parlamentaria, produciéndose así la incoherencia señalada entre los artículos 21.1.7 y 77.2 LC⁵⁵. Ahora bien, aunque esa incoherencia existe, una vez conocida la causa de la misma no cabe pretender salvarla imponiendo la notificación al cónyuge *in bonis* de la solicitud que se haya presentado de declaración en concurso de su cónyuge, ya que no hay base positiva para ello en nuestro Ordenamiento actual⁵⁶. Por tanto, hay que concluir que lo que procede notificar al cónyuge *in bonis* es el auto de declaración en concurso de su cónyuge⁵⁷.

Sentado lo anterior, debemos finalmente analizar el concreto modo de proceder en relación con esa obligada notificación. Para lo cual el precepto más relevante es el artículo 541 LEC⁵⁸, en el que no sólo se establece con alcance general la idea de necesaria notificación sino que además se concreta la tramitación de la misma⁵⁹ (que en nuestro caso deberá articularse por la vía del incidente concursal, *ex art.* 192 LC⁶⁰). A este respecto, el artículo 541 LEC contempla dos posibilidades según que la deuda contraída indivi-

⁵⁵ CUENA CASAS, *op. cit.*, p. 123.

⁵⁶ En todo caso, lo dicho no supone que la previsión del artículo 21.1.7 LC quede absolutamente inoperativa y privada de valor. Pues aunque no haya obligación de notificar formalmente al cónyuge *in bonis* la solicitud de declaración de concurso que su mismo cónyuge o los acreedores de este hayan presentado, eso no impide que aquel pueda tener conocimiento de esa situación por otras vías, como por ejemplo porque su cónyuge le comunique su intención de solicitar ser declarado en concurso, o porque le comunique la solicitud que algún acreedor haya presentado y que el Juez, naturalmente, le ha hecho llegar a él (art. 15.1 LC). En cuyo caso el cónyuge *in bonis* podrá formular solicitud de disolver y liquidar la sociedad de gananciales antes de que el Juez dicte auto declarando el concurso, adjuntando tal solicitud al escrito que su cónyuge presente pidiendo ser declarado en concurso, si este es voluntario, o, si se trata de concurso necesario, compareciendo ante el Juez como parte con interés legítimo y comunicándole su petición durante los trámites que ha de seguir (arts. 15 ss. LC) antes de dictar el auto de declaración de concurso.

⁵⁷ Lo que por otra parte no es absurdo –siempre procediendo aquí sobre la base de que no hay norma que disponga otra cosa–, habida cuenta que la solicitud no es más que eso, una solicitud, que no tiene que corresponderse con la realidad ni, por tanto, ser estimada por el Juez.

⁵⁸ El artículo 541 LEC se refiere propiamente a la ejecución singular, pero es aplicable extensivamente a la ejecución colectiva, lo que cuenta además con un cierto aval traído del antecedente prelegislativo inmediato del actual artículo 77 LC: el artículo 76.2 del Proyecto de LC de 2002, en el que se establecía que «*si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales (...), la declaración de concurso determinará su disolución, tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*».

⁵⁹ AGUILAR RUIZ, *op. cit.*, pp. 106 ss.

⁶⁰ SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 718.

dualmente por el cónyuge ejecutado sea de naturaleza ganancial o privativa.

En el primer supuesto, dice el artículo 541.2 LEC que «el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que... pueda oponerse a la ejecución».

En el segundo supuesto la previsión normativa es más lacónica: a este respecto, dice el artículo 541.3 LEC que «el embargo de (los bienes gananciales) habrá de notificarse al cónyuge no deudor».

A la vista de lo cual parece que serán las circunstancias concretas de cada caso –la naturaleza ganancial o privativa de las obligaciones que provoquen la insolvencia de un cónyuge– las que determinen si la vía a transitar ha de ser una u otra. En la realidad, sin embargo, la vía a seguir será siempre la del artículo 541.2 LEC, y esto no solo porque en caso de matrimonio en régimen de gananciales la mayoría de las deudas tendrán ese carácter sino además porque el concurso es un procedimiento de ejecución colectiva, esto es por una pluralidad de deudas que difícilmente será homogénea (unas serán privativas y otras gananciales), por lo que los trámites a seguir deberán ser los más completos del artículo 541.2 LEC, para cubrir así todas las posibilidades⁶¹.

Lo que en nuestro caso se traduce, adaptando lo dispuesto en el artículo 541.2 LEC, del siguiente modo: el sometimiento a concurso de un cónyuge y la inclusión de los bienes gananciales en la masa activa del mismo han de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado del escrito de solicitud de concurso y del Auto en que éste se declare, a fin de que pueda oponerse al mismo.

3.2 Medidas generales de defensa que el cónyuge *in bonis* puede emplear frente a la declaración en concurso de su consorte

Una vez notificado el cónyuge *in bonis*, toca estudiar qué puede hacer este para defender los intereses de la sociedad de gananciales y los suyos propios en caso de concurso de su consorte, lo cual no es cosa fácil⁶².

⁶¹ En todo caso, las diferencias entre los núms. 2 y 3 del artículo 541 LEC no son en verdad tan importantes como a primera vista cabe imaginar. En este sentido, afirma ACHÓN BRUÑEN (*op. cit.*, p. 136) que aunque la deuda sea privativa lo lógico es que también se dé traslado al consorte del cónyuge ejecutado de la demanda ejecutiva y del auto despachando ejecución.

⁶² Las dificultades en este sentido derivan, en última instancia, de la posición poco nítida que el cónyuge *in bonis* ocupa con relación al procedimiento de concurso. Porque ciertamente no se puede decir que sea parte, ya que no es el deudor (no ha celebrado el negocio ni realizado el acto del que la deuda se deriva); por esto no es razonable exigir

Punto de partida en este sentido es el artículo 541.4 LEC, en el que se establece que «el cónyuge al que se haya notificado [la declaración de concurso de su consorte] podrá interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la sociedad de gananciales»⁶³.

La idea de la norma es en principio clara: el cónyuge *in bonis* puede oponerse a la declaración en concurso de su cónyuge empleando las mismas causas que la ley pone a disposición del concursado⁶⁴, sin perjuicio de que además pueda defender sus intereses utilizando otras⁶⁵. ¿Cómo, ahora bien, se concreta esto? Lo desarrolla el mismo artículo 541 LEC en sus números 2 y 3, distinguiendo según que la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges pero que sean de responsabilidad de la sociedad ganancial o que se trate de deudas estrictamente privativas tuyas, aunque en nuestro caso –ya lo hemos dicho antes– esa distinción no tendrá habitualmente aplicación, dado que el concurso es un procedimiento de ejecución colectiva en el que habrá una pluralidad heterogénea de deudas, gananciales unas y privativas

–aunque en otros tiempos así se consideró: *vid. CRESPI FERRER, op. cit.*, pp. 28-30– que el acreedor formule demanda contra ambos cónyuges (siendo así además que, al menos en la generalidad de los casos, el título ejecutivo no dice nada acerca de la naturaleza ganancial de la deuda contraída). Pero tampoco se puede pretender que sea un tercero en sentido estricto, porque es co-titular de los bienes gananciales, sobre los que va a hacerse efectiva la responsabilidad –sea directa o subsidiaria– derivada del incumplimiento de esas obligaciones (sobre esto, *vid. ACHÓN BRUÑEN, op. cit.*, pp. 134-137). En sentido ambivalente, sin embargo, se pronuncia SABATER MARTÍN, pues en ocasiones parece sostener que el cónyuge ejecutado pero no deudor (en nuestro caso, el cónyuge *in bonis*) no es parte (*op. cit.*, p. 2608, nota 1), y en otras en cambio parece considerar que sí lo es en sentido propio (p. 2610).

⁶³ En realidad, este precepto establece la misma idea que se recoge en el artículo 1385.2 CC (así lo dice también AGUILAR RUIZ, *op. cit.*, p. 105).

⁶⁴ SABATER MARTÍN, *op. cit.*, pp. 2610-2611; ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 141: «La *ratio legis* de dicha previsión normativa –dice ACHÓN– obedece a razones de estricta justicia, ya que aunque el cónyuge que no ha contraído la deuda carece propiamente del carácter de parte en el proceso de ejecución entablado contra su consorte, pues ni la demanda se ha dirigido contra él ni figura como deudor en el título ejecutivo, en puridad se encuentra en la posición de ejecutado *de facto*, ya que la responsabilidad del débito se extiende directamente al acervo común, por lo que siendo propietario junto con su cónyuge de unos bienes que se hallan afectos al cumplimiento de la obligación, resulta lógico que pueda servirse de los mismos instrumentos procesales de ejecución que la LEC brinda al ejecutado».

⁶⁵ Tal como se ha dicho antes, la posición que el cónyuge *in bonis* ocupa respecto al concurso de su cónyuge es una cuestión difícil y espinosa. Eso no obstante, parece razonable considerar –y a los efectos que aquí interesan resulta plenamente operativo– que el cónyuge *in bonis* no es en sentido estricto parte ni tercero sino que ocupa una posición híbrida, ya que se le permite oponerse a la ejecución utilizando medios de defensa que de suyo se disponen a favor de la parte ejecutada pero también se le permite actuar como tercero para la defensa de sus intereses (*v. gr.* utilizando la tercería de dominio, si se diera el caso de que sus bienes privativos se hubieran incluido en la masa activa del concurso), y además se le faculta para oponerse a la ejecución de bienes gananciales aduciendo que estos no deben responder de esa deuda, pudiendo incluso interesar la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales si así lo estima conveniente (ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 138).

otras. El sistema de defensa del cónyuge *in bonis* que se aplique debe ser, por tanto, suficientemente amplio como para abarcar todo tipo de casos, por lo que entendemos que la fórmula concreta se debe extraer de la combinación de esos números 2 y 3 del artículo 541 LEC, del modo siguiente⁶⁶.

Una vez se haya notificado al cónyuge *in bonis* el auto en que se declara a su cónyuge en concurso, cuenta (aquél) con un plazo de diez días (art. 556.1 LEC) para oponerse al mismo⁶⁷. Oposición que tal como dice el artículo 541.2 LEC «podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al [concurrido] y, además, en que los bienes gananciales no deben responder de [las deudas] por las que se haya [declarado el concurso]. Si no se acredita esta responsabilidad –sigue diciendo el precepto– el cónyuge del [concurrido] podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal».

La causa de oposición más específica en caso de concurso es sin duda la señalada en último lugar –que los bienes gananciales no deben responder de las deudas en cuestión–, a la que además se hace referencia explícita en el artículo 77.2 LC. De ella, ahora bien, nos ocuparemos en el apartado siguiente.

Aquí nos centramos, por tanto, en las demás posibles causas de oposición, que pueden dividirse en dos grupos, según vengan sustentadas en motivos procesales o de fondo.

Motivos o defectos procesales son, básicamente, los señalados en el artículo 559 LEC: carecer el cónyuge declarado en concurso del carácter o representación con que se le demanda; falta de capacidad o representación del solicitante de concurso, o no acreditar el carácter o representación con que demanda; falta de jurisdicción o de competencia del Juez que ha dictado el auto de concurso; o adolecer este auto de algún defecto sustancial o formal que lleve aparejada su nulidad⁶⁸. Y la idea que justifica su oponibilidad por parte del cónyuge *in bonis* es que los requisitos de esta índole son de carácter imperativo, por lo que cualquier infracción de los mismos debe poder ser alegada por el cónyuge *in bonis* si el órgano judicial no los ha apreciado de oficio ni el cónyuge declarado en concurso los ha opuesto⁶⁹.

Motivos o defectos de fondo, por su parte, son todos aquellos hechos o actos que extinguen, excluyen o enervan la ejecución

⁶⁶ No debe olvidarse que, aunque aplicable extensivamente al caso de concurso, el artículo 541 LEC es un precepto dictado pensando propiamente en ejecuciones singulares.

⁶⁷ El artículo 556.1 LEC es un precepto referido propiamente a la oposición por motivos de fondo, no por motivos procesales, pero a juicio de ACHÓN BRUÑEN (*op. cit.*, pp. 149-150), dada la falta de norma que establezca propiamente el plazo para formular la oposición en este caso, debe aplicarse el mismo plazo previsto en aquel precepto.

⁶⁸ ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 146-149.

⁶⁹ CRESPI FERRER, *op. cit.*, p. 36; ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 146.

pretendida⁷⁰. En cuanto a su oponibilidad por el cónyuge *in bonis*, ahora bien, conviene distinguir. Los que sean referibles al propio cónyuge declarado en concurso, si éste no los ha alegado no hay duda de que pueden ser opuestos por el cónyuge *in bonis*. Menos clara en cambio ha de ser la respuesta si esos hechos han sido llevados a cabo por el cónyuge *in bonis* o son referibles a él, pues aunque en líneas generales cabe pensar que sí pueden ser opuestos en última instancia depende de las circunstancias del caso concreto⁷¹.

Formulada oposición por alguno de los motivos anteriores (procesales o de fondo), en pura teoría sería lógico pretender se suspendiera el concurso, pero en la realidad no siempre es así. Pues el artículo 541 LEC –el más directamente aplicable a nuestro supuesto– dispone la suspensión cuando el cónyuge del deudor solicite la disolución de la sociedad de gananciales, pero en los demás casos la respuesta varía en función de criterios diversos que establece la propia LEC, como que se trate de un defecto sustantivo o procesal, o cuáles sean las circunstancias concretas que concurren en el título ejecutivo⁷². Y ha de tenerse en cuenta además que en la práctica los tribunales, no habiendo norma expresa que así lo establezca no suelen mostrarse proclives a suspender los procesos de ejecución⁷³.

Sea de lo anterior lo que fuere, establece entonces el artículo 559.2 LEC que de la oposición por motivos procesales se dará traslado al solicitante de concurso para que pueda formular alegaciones en el plazo de cinco días. Y que una vez formuladas éstas, si el Juzgado estima que ese defecto existe pero que es subsanable le dará diez días al solicitante para hacerlo; pero que si es insubsanable, o siendo subsanable no se subsana dentro de plazo, el Juzgado dictará auto dejando sin efecto la declaración de concurso anteriormente dictada⁷⁴. Si por el contrario el Juzgado no estima la existencia de defectos procesales, el concurso seguirá adelante.

Si la oposición lo hubiere sido por motivos de fondo, disponen los artículos 560-561 LEC que se dará traslado de la misma al soli-

⁷⁰ Vid. artículos 556 y 557 LEC.

⁷¹ Vid. ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 143-144; y CRESPI FERRER, *op. cit.*, p. 36, quienes ejemplifican eso diciendo que no procede que el cónyuge *in bonis* alegue compensación de un crédito privativo suyo frente a algún acreedor del concursado porque la compensación exige que dos personas sean recíprocamente acreedoras una de la otra por derecho propio (art. 1195 CC), lo que no se cumple en este caso. Pero el cónyuge *in bonis* sí puede oponer otros motivos, v. gr. el pago que él mismo haya hecho a un acreedor de su consorte, para saldar la deuda de este.

⁷² Vid. artículos 556-559 LEC.

⁷³ ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 143 y 150.

⁷⁴ Sobre la recurribilidad de ese auto y las dudas sobre si se trata de recurso de apelación o de reposición, vid. ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 150-151.

citante de concurso para que pueda impugnarla en el plazo de cinco días, a contar desde que se le notifique la resolución desestimatoria de la oposición por motivos procesales o desde que se le dé traslado del escrito de oposición por motivos de fondo⁷⁵. Hecho esto, y tras la celebración o no de vista según el caso, el Juez resolverá mediante auto. Si estima la oposición planteada, la declaración de concurso y las medidas de garantía que pudieran haberse adoptado quedarán sin efecto, reintegrándose al sujeto declarado en concurso a la situación anterior⁷⁶. Si la desestima, el concurso seguirá adelante⁷⁷.

3.3 La petición de disolución de la sociedad de gananciales por parte del cónyuge *in bonis*

Además de los medios generales que en el apartado anterior hemos visto que el Ordenamiento Jurídico pone a disposición del cónyuge *in bonis* para defensa de los intereses de la sociedad de gananciales y de los suyos propios, la LC establece en su artículo 77.2 otro medio específico en ese sentido, que se erige como uno de los mecanismos más importantes al respecto.

El artículo 77.2 LC, como sabemos, empieza estableciendo que «si el régimen económico del matrimonio fuese el de la sociedad de gananciales... se incluirán en la masa, además [de los bienes privativos del cónyuge concursado], los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado». Pero luego, y sin solución de continuidad, añade que «en este caso el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad... 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».

Pues bien, ese medio específico de defensa del cónyuge *in bonis* al que antes aludíamos es el señalado en la proposición segunda del precepto transcrito. Esto es, la facultad que se confiere

⁷⁵ De conformidad con las reglas generales, la resolución de la oposición por motivos procesales es lógico se pretenda sea previa a la resolución de los motivos de fondo, aunque en la práctica no siempre podrá ser así, como por ejemplo cuando el auto declarando el concurso se notifique al cónyuge *in bonis* más tarde que al cónyuge concursado. Pues en este caso, si el concursado opone motivos de fondo el Juez deberá resolverlos en tiempo, y si más tarde (dentro de su plazo, a contar desde que se le hubiere hecho la notificación) el cónyuge *in bonis* opone defectos procesales, estos habrán de resolverse entonces (vid. ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 141-142 y 144-145, y CRESPI FERRER, *op. cit.*, p. 36).

⁷⁶ Contra esta resolución cabe recurso de apelación, y el recurrente podrá pedir que se mantengan la declaración de concurso y las medidas de garantía adoptadas, que el tribunal acordará siempre que el recurrente preste caución suficiente (art. 561.3 LEC).

⁷⁷ Esta resolución también es recurrible en apelación, pero se mantendrán la declaración de concurso y las medidas de garantías eventualmente adoptadas.

al cónyuge *in bonis*, en caso de concurso de su consorte, para pedir la disolución de la sociedad de gananciales⁷⁸.

Verdaderamente, este expediente no es original ni exclusivo del procedimiento concursal, como es fácil comprobar acudiendo al Código civil: artículo 1393.1 (también art. 1373, ya que aunque no son supuestos iguales sí responden a una idea de base común). Pero en todo caso sí se predica del concurso con absoluta propiedad, y presenta, cuando se trata de él, notas peculiares y aspectos polémicos en relación con los cuales no se ha logrado todavía una solución pacífica.

En este sentido, la primera dificultad que esa norma plantea atañe a la precisa delimitación de su supuesto de hecho: ¿cuándo se confiere al cónyuge *in bonis* la facultad de pedir la disolución de la sociedad de gananciales⁷⁹? El dato a considerar viene dado por el inciso «en este caso» con que principia la proposición segunda del artículo 77.2 LC.

Si ese inciso se entiende desde un punto de vista estrictamente literal parece que excluye la operatividad general de la facultad disolutoria del cónyuge *in bonis*, de modo que procederá sólo en ocasiones: cuando los bienes gananciales se incluyan en la masa activa del concurso porque deban responder de obligaciones del concursado (proposición primera del art. 77.2 LC).

¿Es así? La respuesta a esta pregunta ha de ser negativa, porque la interpretación correcta de esa proposición primera no es la que de su letra se desprende a primera vista sino la que más arriba en el trabajo quedó dicha. Esto es, que en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales los bienes de esta naturaleza se incluyen siempre en la masa activa, ya que la responsabilidad que determina su inclusión puede ser tanto directa –si se predica de deudas gananciales– como subsidiaria –si se predica de deudas pri-

⁷⁸ Que la legitimación para el ejercicio de esta acción, esto es para pedir la disolución de la sociedad de gananciales, corresponde al cónyuge *in bonis* y no al cónyuge concursado es casi *communis opinio* en la doctrina, a la vista del artículo 77.2 LC: *vid.*, a mero título de ejemplo, Díez Soto, *op. cit.*, p. 1296; GUILARTE GUTIÉRREZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., p. 78; ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, p. 47; CABANAS TREJO, «El concurso y su incidencia en la empresa familiar», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión* (dir. Martínez Díe), Cizur Menor, 2006, pp. 27-28; MAGRO SERVET, *op. cit.*, pp. 1617-1618; PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 92; y CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial...*, cit., p. 119. Discrepan sin embargo de este parecer, entendiendo que la facultad de pedir la disolución de la sociedad de gananciales puede proceder tanto del cónyuge *in bonis* como del cónyuge concursado, ORDUÑA-PLAZA: *op. cit.*, p. 1412; y ARANGUREN URRIZA, *op. cit.*, p. 366.

⁷⁹ SASTRE PAPIOL parece considerar que esta facultad disolutoria es específica del cónyuge concursado no comerciante, ya que no hace mención a ella cuando sí lo sea (*op. cit.*, pp. 418-419), pero esto no puede admitirse, pues no hay base ninguna para esa distinción.

vativas—, y esta segunda aunque está supeditada a la falta o insuficiencia de bienes privativos del cónyuge deudor en caso de concurso resulta siempre efectiva, ya que la declaración de concurso tiene como presupuesto que el cónyuge sea insolvente, esto es que su pasivo sea superior a su activo, y ello será así tanto si se consideran conjuntamente sus bienes privativos y los gananciales como, con mayor razón aún, si se consideran sólo sus bienes privativos. De donde se deriva que la facultad de pedir la disolución de la sociedad de gananciales que se confiere al cónyuge *in bonis* no se ve limitada ni condicionada por ese requisito que la letra del artículo 77.2 LC parece establecer. Ya que, repetimos, la responsabilidad de los bienes gananciales, y por ende su inclusión en la masa activa, se produce siempre desde que un cónyuge es declarado en concurso, tanto si las deudas que motivan su insolvencia son gananciales como si son privativas⁸⁰.

Dicho lo anterior, procede entonces analizar cuál es el *dies a quo* para el ejercicio efectivo de esa facultad. Los datos a tener en

⁸⁰ Sobre esto, con mayor detenimiento y cita de bibliografía, *vid. supra* texto y notas 19-25. Además: ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, pp. 932-933; GUILARTE GUTIÉRREZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pp. 78-79; CABANAS TREJO, *op. cit.*, pp. 27-28; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 119 y 122; PARRA LUCAN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 272. También PINO LOZANO, *op. cit.*, pp. 92-93 (aunque en p. 95 parece sostener otra cosa, y en todo caso en base a otro razonamiento).

Ni ARANGUREN URRIZA (*op. cit.*, pp. 363-366) ni ORDUÑA-PLAZA (*op. cit.*, pp. 1407 y 1411-1412) se muestran sin embargo conformes con esto. El primero, porque afirma que para aplicar el artículo 77.2 LC no basta «la mera posibilidad de insuficiencia de bienes propios del deudor para que, preventivamente, los administradores incluyan los bienes gananciales por deudas de uno de los cónyuges» (p. 365); para que opere lo dispuesto en el artículo 77.2 LC, dice, hay que esperar a un momento posterior: «tienen que incluirse en el inventario todos los bienes gananciales que deban responder de las deudas del concursado, conforme al informe [de la Administración concursal]» (p. 365). El segundo, porque afirma que «la vinculación que establece el [art. 77.2 LC] entre la causa de disolución y el presupuesto de integración en la masa de los bienes comunes permite sostener que la causa de disolución no consiste en el simple hecho objetivo de la declaración de concurso, tal como se establecía en el Código civil (art. 1393.1) sino que el presupuesto de esta causa de disolución es que los bienes... gananciales se hayan integrado en la masa para responder de las deudas del concursado»: «el cónyuge *in bonis* —añade después— solo está legitimado para solicitar la disolución del régimen de gananciales desde que los bienes gananciales responden, de forma efectiva, de las deudas privativas del concursado (...) con carácter firme y definitivo». Por nuestra parte hemos de decir que no estamos de acuerdo con esa idea, porque la Administración concursal en su Informe lo que hace es simplemente elencar los bienes que integran la masa activa y las deudas que forman la masa pasiva, calificando unos y otras a distintos efectos pero sin añadir nada desde el punto de vista de la afectación a responsabilidad de los bienes gananciales, que se produce con el auto en que se declara el concurso, lo que a su vez procede porque el Juez ha constatado previamente la insolvencia del deudor, que es de donde verdaderamente deriva la responsabilidad efectiva de sus bienes. A partir de ahí lo que hay son trámites para la articulación concreta de esa responsabilidad, nada más. El cónyuge *in bonis*, desde el momento en que su consorte es declarado en concurso sabe que los bienes gananciales forman parte de la masa activa del concurso, por lo que no hay razón para no conferirle la facultad de pedir la disolución de la sociedad de gananciales desde ese mismo momento, máxime cuando la letra de la LC así lo permite.

cuenta a este respecto, además del propio artículo 77.2 LC, son los siguientes.

En primer lugar el artículo 1373 CC, que con referencia a la ejecución singular sobre bienes comunes por incumplimiento de deudas privativas de un cónyuge establece que la disolución de la sociedad de gananciales tendrá lugar como efecto de la solicitud del otro cónyuge, que podrá producirse cuando el acreedor pida y obtenga el embargo de bienes gananciales a consecuencia de la falta o insuficiencia de bienes privativos del cónyuge deudor.

Está además el artículo 1393.1 CC, que establece que la sociedad de gananciales se disolverá a petición de uno de los cónyuges en caso de haber sido el otro cónyuge declarado en quiebra o concurso de acreedores, siendo suficiente para que el Juez la acuerde que el cónyuge que la pida presente la correspondiente resolución judicial.

Precisa también mencionarse aquí el artículo 21.1.7 LC, en el que se dice que el auto de declaración de concurso, además de otros pronunciamientos contendrá, «en su caso, la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales».

Y finalmente la Disposición Adicional Primera LC, que en su regla 2.^a establece que «todas las referencias a la quiebra o al concurso de acreedores contenidas en preceptos legales que no hayan sido expresamente modificados por esta ley se entenderán realizadas al concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación»⁸¹.

¿A partir de qué momento ha de entenderse que puede el cónyuge *in bonis* instar la disolución de la sociedad de gananciales? Se trata de una cuestión polémica, en la que no se ha alcanzado todavía por la doctrina una interpretación unánime.

Para unos, el dato determinante es el artículo 21.1.7 LC. Pues si en él se establece que el auto de declaración de concurso contendrá, en su caso, la decisión de formar pieza separada en la que articular, conforme al artículo 77.2 LC, la disolución de la sociedad de gananciales, de ahí se desprende –se dice– que la petición en ese sentido del cónyuge *in bonis* ha de poder ser ejercitada ya en ese

⁸¹ Disp. Adic. Primera (*Referencias legales a los procedimientos concursales anteriormente vigentes*): «Los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta ley poniéndolas en relación con las del concurso regulado en esta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad y, en particular, a las siguientes reglas: (...) 2.^a Todas las referencias a la quiebra o al concurso de acreedores contenidas en preceptos legales que no hayan sido expresamente modificados por esta ley se entenderán realizadas al concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación».

mismo momento⁸², e incluso en un momento anterior: desde que se hubiera formulado solicitud de concurso⁸³.

A nuestro entender, sin embargo, el argumento derivado de este precepto, aunque no puede negarse no debe tampoco tomarse como decisivo en este punto. Y esto no porque el artículo 77.2 LC presuponga –aunque no lo diga explícitamente– que la petición de disolución ha de formularse cuando el concurso ya ha sido declarado, sino sobre todo porque, como ya se vio en su momento, el artículo 21.1.7 LC es un precepto poco coherente en el marco de la LC aprobada en 2003, en el que por tanto no procede apoyarse con firmeza para extraer conclusiones en ningún sentido⁸⁴.

En realidad, lo que ocurre es que aquí se plantea una cuestión más profunda: determinar si la Ley Concursal por ser ley posterior y especial ha derogado o no en este punto al Código civil, aunque sea de forma tácita.

La razón de ser de esta discusión es que el artículo 1393.1 CC, al establecer las causas de disolución de la sociedad de gananciales a petición de uno de los cónyuges supedita esa disolución al mero hecho de haber sido el otro cónyuge declarado en quiebra o concurso de acreedores. Mientras que la Disp. Adic. Primera, regla 2.^a, LC, por su parte, establece que las referencias a la quiebra o el concurso en preceptos que no hayan sido modificados expresamente por la LC (como es el caso del art. 1393 CC) no deben entenderse realizadas de forma genérica e indiferenciada al concurso, sino circunscritas al concurso en que se haya abierto la fase de liquidación⁸⁵. Se trata, pues, de normas incompatibles entre sí si se toman en sentido estricto y se aplican a una misma cuestión, como es nuestro caso. *Quid iuris?* ¿Ha modificado esa Disp. Adic. de la LC

⁸² Apuntan este dato como consideración a tener en cuenta, aunque no constituye el argumento principal de sus tesis, ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, p. 933, y CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, p. 121, nota 51.

⁸³ PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 95. En sentido parecido, aunque constatando su dificultad para llevarlo a la práctica, CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, pp. 122-124; y GARNICA MARTÍN, *op. cit.*, ad artículo 21, pp. 222-223. También ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, p. 47, aunque reconoce (nota 77) que lo afirma así «en un intento de dar explicación de lo... dispuesto [en el art. 21.1.7 LC], y por lo mismo sólo resulta avalada por el tenor literal de la norma. Por el contrario –añade–, no podemos desconocer que la tramitación parlamentaria de la ley muestra que la finalidad del precepto no era... permitir la solicitud de disolución de forma previa a la declaración de concurso».

⁸⁴ *Vid. supra* 3.1. También GUILARTE GUTIÉRREZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, *cit.*, pp. 74-75; y SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 2254-2255.

⁸⁵ ARANGUREN URRIZA, *op. cit.*, p. 366. También parece que se debe incluir aquí a ORDUÑA-PLAZA: *op. cit.*, pp. 1407-1411-1412, aunque en su exposición no mencionen explícitamente esa Disp. Adic. Igualmente consideran esta posibilidad, aunque sin decidirse con claridad, Díez Soto, *op. cit.*, pp. 1289-1290; y ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, p. 48. En sentido ambivalente, esto es admitiendo que la disolución de la sociedad de gananciales puede pedirse tanto al tiempo de declaración del concurso como cuando este entre en fase de liquidación, BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación...», *cit.*, pp. 1773-1774.

la causa de disolución de la sociedad de gananciales contemplada en el artículo 1393.1 CC, y el criterio establecido en él?

A nuestro entender, la respuesta a esta pregunta debe ser negativa. Por lo siguiente.

En primer lugar, porque aunque ciertamente la letra de esa Disp. Adic. abarca la cuestión que aquí estamos considerando, en verdad esa norma no se dictó pensando en ella. Lo que se evidencia al considerar que esa Disp. Adic. ya existía, y con el mismo tenor, en el Proyecto de LC de 2002, siendo así que la situación era en ese Proyecto radicalmente diversa, ya que en él la declaración de concurso de un cónyuge determinaba la disolución automática de la sociedad de gananciales⁸⁶. La norma contenida en esa Disp. Adic. no podía por tanto tener entonces el significado que ahora se le quiere dar (posponer la posibilidad de pedir la disolución de la sociedad de gananciales al tiempo en que en el concurso se abra la fase de liquidación). Y esa Disp. no ha cambiado después sino que se ha mantenido inmodificada desde entonces. Por ello, aunque su letra lo permita hemos de concluir, al menos, que no es forzoso darle hoy ese significado⁸⁷. Lo que no supone tampoco privarla de todo valor, pero sí relativizar su carácter pretendidamente decisivo en este tema.

Y en segundo lugar porque dentro de la LC esa Disp. Adic. no es la única norma que hay que considerar. Además de ella está también, y con un valor particularmente relevante, el artículo 77.2 LC, del que destaca que no procede en este tema por vía de simple remisión al artículo 1393.1 CC –lo que efectivamente habría dado mayor juego a lo dispuesto en la Disp. Adic. tantas veces citada– sino que tiene contenido sustantivo en sí mismo, estableciendo directamente la norma que quiere se aplique: «en este caso el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad... conyugal».

Resultando así que la solución a la cuestión planteada no se puede buscar relacionando sólo el artículo 1393.1 CC y la Disp. Adic. Primera, regla 2.^a, LC, sino que hay que buscarla relacionando también esa Disp. Adic. y el artículo 77.2⁸⁸. Y así, habida

⁸⁶ Art. 76.2 del Proyecto de LC de julio de 2002: «Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales... se incluirá, además, en la masa el derecho correspondiente al cónyuge concursado sobre el patrimonio común. La declaración de concurso determinará su disolución tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

⁸⁷ Sobre esta Disp. Adic., vid. COLAS ESCANDÓN (en *Comentarios a la Ley Concursal*, coord. R. Bercovitz, Madrid, 2004, t. II, pp. 2217 ss.) y MATEO SANZ (en *Comentarios a la legislación concursal*, dir. Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez, Valladolid 2004, pp. 3483 ss.), aunque en sus comentarios destaca que no existe ninguna referencia relevante a este tema.

⁸⁸ Así lo señala, con gran clarividencia, CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 122.

cuenta lo antes dicho sobre el valor relativo que a este efecto debe darse a lo dispuesto en esa Disp. Adic., resulta claro que en este punto no debe darse prevalencia a lo dispuesto en ella.

Sentado lo cual hay que concluir entonces que la LC no supone derogación (ni siquiera tácita) del Código civil, ni del criterio que a este respecto se establece en él. Y por tanto que la solución correcta en este tema pasa por considerar que la facultad de pedir la disolución de la sociedad de gananciales se confiere al cónyuge *in bonis* sin supeditación a que el concurso de su consorte haya entrado en fase de liquidación, sino simplemente a que los bienes gananciales se hayan incluido en la masa del concurso porque deban responder de obligaciones del cónyuge concursado, lo que como ya hemos visto ocurre siempre desde el primer momento.

Si no fuera así, considérese además el resultado absurdo que se produciría si ese concurso no discurriera por vía de liquidación sino de convenio. ¿Acaso no podría entonces pedir el cónyuge *in bonis* la disolución de la sociedad de gananciales? No parece pueda impedirse tal cosa, entre otras razones porque si así fuera resultaría que los resultados del trabajo o industria del cónyuge *in bonis* se integrarían en la masa activa del concurso aunque él no quisiera, de modo que estaría trabajando para los acreedores de su cónyuge (concurado) contra su voluntad, lo que no debe ser⁸⁹.

Lo dicho, por otra parte, no supone dificultad significativa ninguna en el plano positivo, pues al margen de diferencias de expresión en la fórmula que cada uno de ellos emplea, en verdad tanto el artículo 77.2 LC como el artículo 1393.1 CC –y el artículo 1373 CC, aunque éste se refiera propiamente a ejecuciones singulares– establecen la misma idea, relacionando la facultad disolutiva del cónyuge *in bonis* simplemente con que el otro cónyuge sea declarado en concurso, o con la producción de determinados efectos que a su vez son consecuencia directa y automática de la declaración de concurso⁹⁰.

⁸⁹ BLANQUER UBEROS, *Notas acerca de la relación...*, cit., p. 1771 (aunque en *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., p. 26, parece sostener lo contrario); CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial* cit., p. 121.

⁹⁰ YÁÑEZ VIVERO, *op. cit.*, pp. 2673-2674; ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, p. 933; MAGRO SERVET, *op. cit.*, p. 1617; MANZANO CEJUDO, *op. cit.*, pp. 489-490; BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación...» cit., p. 1773 (pero *vid.* lo dicho en nota 85); CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial» cit., pp. 119 y 121. En refuerzo de la idea apuntada en el texto es oportuno acudir aquí a los antecedentes –prelegislativos– de ese artículo 77.2 LC. Este precepto, como sabemos, se introdujo a última hora en los debates parlamentarios previos a la aprobación de la LC, como reacción contra lo dispuesto en el artículo 76.2 del Proyecto de LC de 2002, en el que se establecía que «la declaración de concurso determinará su disolución [de la sociedad de gananciales], tramitándose en pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». «El concurso –se decía como justificación de la enmienda núm. 621 que se presentó a la norma del Proyecto

La conclusión, por tanto, es inequívoca: en caso de concurso de un cónyuge, el *dies a quo* para pedir la disolución de la sociedad de gananciales por parte del otro cónyuge (*in bonis*) viene dado por el momento en que se dicta el Auto declarando a aquél en concurso⁹¹.

Cosa distinta, aunque estrechamente relacionada, es la atinente al plazo en el que se puede ejercitar válidamente esa facultad de petición de disolución de la sociedad de gananciales. ¿Cuál es este plazo?

(BOCG, Congreso de los Diputados, Proyectos de Ley, día 2 de diciembre de 2002. Serie A, núm. 101-15)– no debe ser causa automática de liquidación de la sociedad de gananciales. La nueva redacción [que se proponía con la enmienda] supone una mejor coordinación con lo que resulta del régimen general establecido en los artículos 1362 y siguientes del CC, en especial del artículo 1373 CC y del artículo 541.3 LEC, aplicables al caso de ejecuciones singulares» [la enmienda núm. 301 (BOCG de 2 de diciembre de 2002. Serie A, núm. 301), por su parte, proponía la supresión del párrafo 2.º del art. 76.2 del Proyecto]. Esa reacción, ahora bien, hay que considerar que se planteó solo contra el carácter necesario y automático con que en el Proyecto se disponía la disolución de la sociedad de gananciales, nada más. Por ello se proponía la adopción de una fórmula en consonancia con lo dispuesto en el Código civil –que la disolución se supeditara a que el cónyuge *in bonis* la pidiera– pero ningún cambio se proponía en relación al momento en que esa facultad pudiera ejercitarse, no siendo por tanto descabellado entender seguía siendo el de declaración de concurso. Máxime cuando se constata que nunca estuvo en la intención de los redactores de la LC, ni de los parlamentarios que la aprobaron, disponer un cambio en cuanto al criterio tradicional del CC sobre el momento en que el cónyuge *in bonis* puede pedir la disolución de la sociedad de gananciales. Aunque, eso dicho, hay que destacar también que no existe identidad total entre el artículo 77.2 LC y los preceptos del Código civil. No la hay con el artículo 1373 CC, porque en este la facultad disolutoria está subordinada a que se agreden bienes gananciales por causa de deudas privativas, cosa que no ocurre en el artículo 77.2 LC, en el que basta con que los bienes gananciales se incluyan en la masa activa porque deban responder de deudas del concursado, lo que como sabemos ocurre siempre, se trate de deudas gananciales o privativas [CUADRADO PÉREZ, sin embargo, estima que la facultad dispuesta en el art. 77.2 LC está supeditada a que la ejecución sobre bienes gananciales se haga por deudas privativas («El concurso de acreedores de ambos cónyuges» en *Familia y concurso de acreedores* (coord. CUENA CASAS), Cizur Menor 2010, p. 255); también HERRERA CUEVAS, *op. cit.*, p. 385]. Y tampoco hay identidad con el artículo 1393.1 CC (aunque la semejanza es mayor), porque en este la petición del cónyuge *in bonis* ha de ir acompañada de la resolución judicial en que se declare en concurso al otro cónyuge, cosa que no es preciso en el artículo 77.2 LC (lo que por otra parte es plenamente lógico, habida cuenta que esa petición ha de presentarla al mismo Juez del concurso: *vid.* artículos 86.ter.1.1.º LOPJ y 8.1 LC; así lo indican también Díez SOTO, *op. cit.*, p. 1290, nota 22; y SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 2255). En otro orden de cosas, cabe advertir aquí que SANCIÑENA ASURMENDI (*op. cit.*, p. 2254) denuncia que existe contradicción entre el artículo 77.2 LC y el artículo 1373 CC, sobre la base de que «el Código civil prevé que el cónyuge no deudor pueda solicitar la disolución de la sociedad de gananciales en caso de embargo de bienes gananciales por deudas privativas (...), pero no otorga al cónyuge no deudor la facultad de solicitar la disolución de la sociedad de gananciales en caso de deudas gananciales». Nuestra crítica a tal reflexión pasa simplemente por destacar que en este punto no es el artículo 1373 CC, sino el 1393.1, el precepto que debe considerarse más propiamente.

⁹¹ ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, p. 933; SANZ VIOLA, *op. cit.*, pp. 719-720; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, p. 119; PARRA LUCAN, «Persona y patrimonio en el concurso de acreedores», *cit.*, pp. 270-272; CABANAS TREJO, *op. cit.*, p. 28. Una vez pedida por el cónyuge *in bonis*, el Juez deberá acordarla necesariamente (*vid.* ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, pp. 932 s; ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, pp. 45-47; y ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 173-176, aunque este último refiriéndose propiamente al caso de ejecución singular).

Se trata de una pregunta difícil, porque ni la LC ni la LEC contienen previsión directa sobre ella⁹². Esa dificultad, ahora bien, no permite dejar sin resolver la cuestión, porque la dinámica del proceso concursal así lo impone. Por esta razón, en la doctrina se han apuntado varias soluciones.

Para unos, salvo que el Juez del concurso señale plazo específico para ello⁹³ (lo que la experiencia muestra no es usual), la solución ha de extraerse por analogía con lo dispuesto en el artículo 596 LEC para el caso de tercería de dominio: «el cónyuge [*in bonis*] puede hacer valer dicha pretensión a lo largo de todo el procedimiento... hasta el momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al tercero o al acreedor que lo haya adquirido en la enajenación forzosa»⁹⁴.

Para otros, a la vista de la Disp. Adic. Primera, regla 2.^a, LC, la solución pasa por entender que el ejercicio de dicha facultad puede producirse hasta el momento de aprobación del convenio o de apertura de la liquidación⁹⁵.

Una tercera propuesta es la de quienes sostienen que el ejercicio de esa facultad debe tener lugar dentro de la fase común del concurso, esto es antes de la aprobación definitiva del inventario que la Administración concursal debe presentar⁹⁶.

Estas tres son las soluciones que se han propuesto en este tema. ¿Qué valoración nos merecen?

La primera pensamos debe descartarse, por dos razones. Una, porque no está prevista específicamente para nuestro caso y por tanto su aplicación al mismo tiene un sustento, todo lo más, indirecto. Y otra, porque posibilita el ejercicio de la facultad disolutoria durante un *impasse* tan largo que conlleva resultados inconvenientes y perturbadores desde el punto de vista práctico, que hacen que no sea acertada⁹⁷.

⁹² Así lo dicen ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 171; y CRESPI FERRER, *op. cit.*, p. 39. También ARNAU, quien afirma que «una vez declarado el concurso, se desconoce el tiempo de que dispone el cónyuge para solicitar la disolución» (*op. cit.*, p. 48).

⁹³ Lo que a su vez puede ser, bien *motu proprio*, bien a petición de los acreedores o de la Administración concursal: *vid.* ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 172; y CRESPI FERRER, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁴ ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 172.

⁹⁵ BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación...», *cit.*, pp. 1773 y 1774; ARANGUREN URRIZA, *op. cit.*, p. 366. En la misma línea parece pronunciarse Díez SOTO cuando afirma que «de acuerdo con este criterio... la mera declaración de concurso no bastará para que el otro cónyuge pueda pedir la disolución, en tanto no se proceda a abrir la fase de liquidación» (*op. cit.*, pp. 1289-1290; aunque su posición, como ya hemos dicho más arriba en nota 85, no nos queda clara).

⁹⁶ HERRERO PEREZAGUA, «Concurso de acreedores y consorcio conyugal. Aspectos procesales», en *Actas del Foro de Derecho Aragonés. Decimonoveno encuentro (Zaragoza-Teruel 2009)*, Zaragoza 2010, pp. 174-176.

⁹⁷ En este sentido le objeta ACHÓN BRUÑEN (*op. cit.*, p. 172) –refiriéndose propiamente a supuestos de ejecución singular, pero siendo un razonamiento perfectamente tras-

También nos parece debe descartarse la segunda propuesta, por razones semejantes a las que se acaban de señalar. Esto es, desde el punto de vista de su sustento positivo, por el valor muy relativo que ya hemos visto debe darse en este sentido a lo dispuesto en la Disp. Adic. Primera, regla 2.^a, LC, dado que no fue dictada pensando en este caso, ni en su momento era posible siquiera aplicarla al mismo. Y desde el punto de vista práctico, porque el plazo sigue siendo demasiado largo, y por consecuencia perturbador para los intereses en juego.

La tercera de las soluciones propuestas, en cambio, postula una solución mucho más plausible, tanto desde el punto de vista teórico como práctico. Desde el punto de vista teórico porque, dado que la liquidación subsiguiente a la disolución de la sociedad de gananciales afecta de forma directa y sustancial a la formación del inventario que la Administración concursal debe presentar, no tiene sentido entonces poder ejercitar aquella facultad después del momento de aprobación definitiva del mismo⁹⁸. Y desde el punto de vista práctico porque con esta solución se acorta, con respecto a las propuestas anteriores, el período de *impasse* en este sentido, con los efectos positivos que ello lleva aparejados.

Esta solución encaja además perfectamente en el sistema dibujado por la LC, por lo siguiente. Según el artículo 82.1 LC, «la Administración concursal elaborará a la mayor brevedad posible⁹⁹ un inventario que contendrá la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa a la fecha de cierre (...)». A este inventario se le dará la publicidad oportuna en los términos señalados en el artículo 95 LC, hecho lo cual, «dentro del plazo de diez días a contar desde la comunicación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior cualquier interesado podrá

ladable al concurso— que «puede ocurrir que justo antes de sacar el bien a subasta pública, o incluso celebrada esta y antes de entregar el bien al rematante, el cónyuge del deudor haga valer su derecho a pedir la disolución del consorcio, con lo que el principio de economía procesal resultará sensiblemente afectado —sobre todo en el caso de que lo embargado sea un inmueble— al haberse realizado una serie de diligencias que pueden quedar en papel mojado (anotación preventiva de embargo, solicitud de certificación de cargas al Registro de la Propiedad, requerimiento a los titulares de derechos anteriores o preferentes para que informen sobre la subsistencia de sus créditos, requerimiento de títulos al ejecutado, tasación pericial, anuncio de la subasta, etc.), perjudicando dicha demora no solo al ejecutante sino también al ejecutado que verá incrementadas las costas a su cargo a causa de unas determinadas actuaciones que han devenido inútiles».

⁹⁸ CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 122 —nota 54—, y 124. También PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 96.

⁹⁹ «El plazo para la presentación del informe de los administradores concursales —dice el artículo 74.1 LC— será de dos meses, contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos», aunque luego el núm. 2 de ese mismo precepto matiza eso añadiendo que «este plazo podrá ser prorrogado por el juez, por tiempo no superior a un mes, a solicitud de la Administración concursal, presentada antes de su expiración y fundada en circunstancias extraordinarias».

impugnar el inventario», solicitando la inclusión o exclusión de determinados bienes o derechos (art. 96.1 LC). Apostillando entonces el artículo 97.1 LC que «... quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario... no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos...». Pues bien, aunque en sentido estricto la petición de disolución de la sociedad de gananciales no sea una impugnación del inventario, puede asimilarse a estos efectos, dado que el hecho de pedir la disolución de la sociedad de gananciales no es sino alegar que no todos los bienes gananciales deben incluirse en la masa activa del concurso. Y si esto es así, la consecuencia es clara: si no se hace en ese momento, en adelante ya no se podrá hacer¹⁰⁰. Resultando entonces, como conclusión, que el plazo para el ejercicio de la facultad disolutoria que la LC confiere al cónyuge *in bonis* llega hasta ese momento, pero no más. Esta tercera solución, por tanto, debe ser preferida sobre las otras dos.

Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho creemos que cabe todavía aventurar otra solución, que de admitirse sería mejor aún por cuanto que resulta mucho más ajustada desde el punto de vista del plazo.

Esta solución parte de la previsión que a este respecto se contenía en el artículo 76.2 del Proyecto de LC de julio de 2002, antecedente directo e inmediato del actual artículo 77.2 LC. En ese artículo 76.2 se disponía que «la declaración de concurso determinará su disolución [de la sociedad de gananciales], tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

El tenor de ese precepto, como sabemos, cambió en la definitiva LC. Pero sabemos también que la razón del cambio fue sustituir la disolución automática de la sociedad de gananciales (que en ese Proyecto se anudaba a la declaración de concurso) por la concesión de una facultad en ese sentido al cónyuge *in bonis* (de ejercicio potestativo), sin que se considerara en absoluto el aspecto referente a la tramitación de la disolución. Pues bien, aunque la remisión explícita a la LEC se haya omitido en el tenor del artículo 77.2 LC, lo dicho creemos que permite seguir acudiendo a ella a los efectos que ahora estamos considerando¹⁰¹. Y así, si se asimila la facultad

¹⁰⁰ La falta de ejercicio en plazo de la facultad disolutoria, dice GUILARTE GUTIÉRREZ que tiene dos efectos básicos: «por un lado la posibilidad de que el acreedor realice indiscriminadamente los bienes comunes, y por otro que en su caso el hipotético exceso de adjudicación al cónyuge deudor se resolverá en la esfera interna del matrimonio el día en que se liquide el haber consorcial» (*Comentarios a la legislación concursal*, cit., ad art. 77 LC, p. 1572).

¹⁰¹ Aunque no con este preciso alcance, esta idea nos parece latente en PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 267, nota 421; y en

de pedir la disolución de la sociedad de gananciales a una de las causas de oposición que la LEC concede al cónyuge del ejecutado para defender los intereses de esa sociedad (y los suyos propios)¹⁰², se puede concluir entonces que el plazo previsto para esas causas de oposición –diez días, *ex* artículo 556.1 LEC¹⁰³– es aplicable también a la facultad disolutoria de la sociedad de gananciales concedida al cónyuge *in bonis*¹⁰⁴.

Se trata, a nuestro entender, de una solución perfectamente aceptable, pues cuenta con base en que apoyarse y además resulta preferible desde el punto de vista práctico, pues establece un plazo más corto.

En cualquier caso, sea una u otra la solución que se acoja –plazo de diez días, o hasta el momento de aprobación del inventario de bienes–, ello ha de entenderse siempre sobre la base de que el cónyuge *in bonis* tiene conocimiento de que su consorte ha sido declarado en concurso (sea porque se le ha notificado formalmente, sea porque ha tenido conocimiento de ello por otra vía¹⁰⁵). Pues de no ser así ese plazo no puede empezar a correr, ya que ello conllevaría indefensión por su parte, en la medida en que se vería impedido de ejercitar los mecanismos que el Ordenamiento pone a su disposición, y por tanto de actuar en defensa de su derecho e intereses¹⁰⁶. En este sentido, ya vimos más arriba en el trabajo que aunque en la LC no hay norma que establezca expresamente el deber de efectuar notificación personal al cónyuge *in bonis*, del conjunto del Ordenamiento sí se extrae la necesidad de esa notificación. Y que la consecuencia de no realizarla no es sólo que el cónyuge *in bonis* pueda denunciar esa infracción sino además que pueda pedir, *ex* artículo 238.3 LOPJ., la nulidad de las actuaciones realizadas si por esa causa se le ha causado indefensión, que es precisamente lo que ocurriría aquí. Pudiendo entonces, si las circunstancias del caso lo exigen (*v. gr.*, si decide pedir la disolución de la sociedad de gananciales cuando el inventario ya ha sido aprobado, o cuando ya se ha iniciado la fase de convenio o liquidación), pedir que el procedimiento se retrotraiga al momento procesal oportuno¹⁰⁷.

GUILARTE GUTIÉRREZ, en *Comentarios a la legislación concursal*, cit., *ad* artículo 77 LC, p. 1572.

¹⁰² ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 169-170; AGUILAR RUIZ, *op. cit.*, p. 106.

¹⁰³ *Vid. supra*, texto y nota 67.

¹⁰⁴ Este plazo, además, se mueve en la línea de lo dispuesto, dentro de España, en algunos Derechos forales: así en el Fuero Nuevo navarro (Ley 1/1973): 9 días (ley 85); o en la Ley 3/1992, de Derecho Civil foral del País Vasco: 15 días (art. 102: Fuero de Vizcaya).

¹⁰⁵ Aunque en este caso eso habrá que probarlo, si se discute.

¹⁰⁶ Así lo dice también PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 96.

¹⁰⁷ Precisamente por esto, para evitar tal peligro debe siempre preocuparse el Juez de realizar cuanto antes la oportuna notificación al cónyuge *in bonis* de la declaración de

3.4 La liquidación de la sociedad de gananciales coordinada con el concurso

En caso de que el cónyuge *in bonis* pida la disolución de la sociedad de gananciales, dice el artículo 77.2 *in fine* LC que «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».

La cuestión que en esta norma se contempla atañe al modo de relacionarse dos procedimientos distintos que en el caso sin embargo concurren –el de liquidación de la sociedad de gananciales de un lado, y el de concurso de otro–, cada uno de los cuales concierne a sujetos diversos –el primero, a los dos cónyuges y a los acreedores gananciales; el segundo, al cónyuge concursado y a los acreedores concursales– y está sometido a reglas particulares.

Se trata de una cuestión verdaderamente compleja, quizá la más difícil de cuantas atañen al concurso de un sujeto casado en régimen de gananciales, hasta el punto de que la doctrina no ha alcanzado todavía un entendimiento pacífico sobre ella a pesar de tener carácter principal en el tema. Nuestra tarea en este apartado, por tanto, es averiguar en qué consiste esa «forma coordinada» en que debe hacerse la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales en relación con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso.

Hay que empezar señalando que la dificultad deriva de la fórmula ambigua empleada por el legislador. Pues decir que la liquidación del patrimonio ganancial «se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso» no es sino eludir la tarea de precisar cómo se hará eso¹⁰⁸, ya que hablar de «forma coordinada» es establecer un criterio muy genérico, susceptible de concretarse de muy diversas formas.

En este sentido, y empleando inicialmente un tono ecuánime con el que necesariamente hay que estar de acuerdo, algún autor ha dicho que «la coordinación supone de alguna manera incardinar los trámites de un proceso liquidatorio en otro (...) desde un plano de igualdad, es decir sin merma de los trámites y garantías de cada uno de tales procesos»¹⁰⁹. Sin embargo luego las dificultades acaban imponiéndose, y por ello a la hora de concretar eso el mismo autor formula la cuestión en términos mucho menos abiertos, afir-

concurso de su consorte. Y en caso de no hacerlo así el Juez espontáneamente, deben interesarlos los acreedores o la Administración concursal: *vid.* PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 96, aunque no se pronuncia con claridad sobre la posibilidad de vuelta atrás de las actuaciones.

¹⁰⁸ DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1291.

¹⁰⁹ GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, *cit.*, p. 86.

mando que es «ontológicamente imposible que unos mismos bienes –los gananciales– se liquiden en dos procedimientos universales diferentes, como lo serían el de la sociedad de gananciales y el de la masa activa concursal [y por tanto que,] diga lo que diga el legislador, es obvio que ha de darse a estos efectos preferencia a uno u otro»¹¹⁰.

En la doctrina actual, como ya se ha apuntado antes, no hay a este respecto una opinión pacífica, ni siquiera mayoritaria¹¹¹. Pues a grandes rasgos son dos las posturas existentes: la que interpreta la fórmula del artículo 77.2 *in fine* LC en el sentido de atribuir carácter previo a la liquidación de la sociedad de gananciales¹¹², y la que lo hace dando preferencia a la resolución del concurso (sea por vía de convenio o de liquidación)¹¹³. Pero en verdad lo que hay es una pluralidad de interpretaciones, muy diversas además unas de otras. Por esta razón, y para situar la cuestión en sus debidos términos, procedemos a continuación a reseñar las principales explicaciones formuladas al respecto¹¹⁴.

Empezando por las formulaciones más cautelosas, algunos autores han afirmado que «plantea dudas la expresión “coordinación”..., en cuanto que la ley no aclara si deben prevalecer las normas civiles de liquidación en todo caso o por el contrario... estas normas serán aplicables en tanto no estén en contraposición con los términos del convenio de acreedores [o de la liquidación] aprobado en el procedimiento concursal»¹¹⁵. En la misma línea otros autores

¹¹⁰ GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., p. 95.

¹¹¹ Aparte están quienes se limitan a enunciar la cuestión de forma sucinta, sin apuntar la dificultad subyacente: *vid.* ORDUÑA-PLAZA, *op. cit.*, p. 1413; y SASTRE PAPIOL, *op. cit.*, *ad* artículo 77 LC, pp. 418-419.

¹¹² Se pueden citar aquí los siguientes autores (aunque luego entre cada uno de ellos puede haber diferencias importantes): DÍEZ SOTO, *op. cit.*, pp. 1291-1292; MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2085; ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, pp. 933-934; y CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 125-126 y 132 ss. Tal vez también, aunque sus posturas resultan algo contradictorias, MAGRO SERVET, *op. cit.*, p. 1618; y PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 98.

¹¹³ Se pueden citar aquí los siguientes autores (aunque, al igual que hemos hecho en la nota anterior, insistiendo en que entre cada uno de ellos puede haber diferencias importantes): SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 720; HERRERA CUEVAS, *op. cit.*, p. 385; MERCADAL, *op. cit.*, p. 402; BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación...», cit., pp. 1773 y 1786 s.; GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pp. 93 y 98 ss.; VÁZQUEZ ALBERT, *op. cit.*, *ad* artículo 77 LC, p. 984; BELTRÁN SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones...», cit., pp. 160-161 (aunque con posterioridad a la entrada en vigor de la LC parece haber variado su criterio: *vid. Comentario de la Ley Concursal cit.*, *ad* art. 84 LC, p. 1498); MANZANO CEJUDO, *op. cit.*, p. 490; ARANGUREN URRIZA, *op. cit.*, pp. 367-368.

¹¹⁴ Nos ayudamos, en este punto, de la exposición que hace GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pp. 88 ss.

¹¹⁵ MANZANO CEJUDO, *op. cit.*, p. 490, aunque esta autora se inclina por dar preferencia a la resolución del concurso, afirmando que sería «ilógica la anteposición de la liquidación de la sociedad de gananciales sobre el procedimiento concursal». Tal vez también MAGRO SERVET, *op. cit.*, p. 1618 [aunque este autor ha sido citado antes en nota 112, si bien que con cautelas, entre quienes defienden la preferencia de la liquidación ganancial,

han dicho que «la coordinación no necesariamente implica simultaneidad», aunque añadiendo que queda abierta la cuestión «de si será necesario diferir la liquidación de la sociedad de gananciales al momento en que se apruebe el convenio o la liquidación, o simplemente quedará condicionada su efectividad a la posible incompatibilidad con el resultado del convenio o la liquidación»¹¹⁶.

En términos más comprometidos, hay autores que sostienen que «el mandato de coordinación del artículo 77.2 LC indica que a la hora de dividir los bienes comunes se tendrá en cuenta la división pactada en convenio o que forme parte del plan de liquidación, sin reducción previa de la masa [activa del concurso] en la porción adjudicada al cónyuge no concursado»; es decir que «se adjudica al cónyuge no concursado su porción en bienes gananciales... según los compromisos del convenio o según el método de satisfacer a los acreedores en la liquidación»¹¹⁷. En una línea semejante, pero con una formulación más rotunda, se ha dicho también que en la LC la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales es una posibilidad «supeditada en todo caso a lo que resulte de la conclusión del procedimiento concursal»¹¹⁸; y que «la liquidación [de la sociedad de gananciales] se llevará a cabo de manera coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso, bien entendido que la coordinación comporta la subordinación al concurso y a las soluciones en las que concluya el procedimiento»¹¹⁹.

pues sin perjuicio de lo dicho realiza también afirmaciones como que «resulta evidente que cuando el cónyuge del deudor ha solicitado la disolución de la sociedad de gananciales lo que está protegiendo es... el patrimonio resultante de la disolución de la sociedad de gananciales, ya que... su parte no está afectada a la responsabilidad subsidiaria de las deudas privativas contraídas por el deudor»; añadiendo que «respecto al convenio hay que señalar que la parte que corresponda al cónyuge del deudor no puede ser incluida en la masa activa (del concurso)... Lo mismo ocurre en la liquidación, ya que a la satisfacción de las obligaciones privativas del deudor sólo quedan afectos y se ejecutan la parte de los bienes gananciales atribuidos al deudor concursado, pero siempre y cuando haya bienes en la sociedad una vez que se hayan atendido las obligaciones de la sociedad»].

¹¹⁶ ARANGUREN URRIZA, *op. cit.*, p. 367.

¹¹⁷ HERRERA CUEVAS, *op. cit.*, p. 385 (aunque añade, quizá para suavizar su postura, que esa adjudicación de bienes al cónyuge *in bonis* para pago de su porción en la sociedad de gananciales no se hace «ni antes, subordinando tal convenio o tal satisfacción de créditos, pero tampoco después, supeditando a que se cumpla por entero o se pague a todos»). En sentido semejante SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 720; y MERCADAL, *op. cit.*, p. 402.

¹¹⁸ VÁZQUEZ ALBERT, *op. cit.*, ad artículo 77 LC, p. 984. En una línea semejante, aunque se trataba de reflexiones formuladas en relación al artículo 76.2 del Proyecto de LC de 2002, BELTRÁN SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones...», cit., pp. 160-161 (aunque en nota 113 hemos apuntado que con posterioridad a la entrada en vigor de la LC este autor parece haber variado su criterio, entendiendo ahora que «la exigencia legal de coordinación [del art. 77.2 LC] obliga a integrar en la masa pasiva del concurso a todos los acreedores con derecho sobre la sociedad legal de gananciales, sean del cónyuge concursado o sean del cónyuge no concursado» (en *Comentario de la Ley Concursal*, cit., ad art. 84 LC, p. 1498).

¹¹⁹ BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación...», cit., p. 1773. Abundando en esta idea, en pp. 1786-1787 añade este autor que «en el caso de que se tramitase la liquidación de la sociedad de gananciales en pieza separada,... se deberá demorar esta hasta la

Para otros autores, en cambio, la interpretación precedente pasa porque «la liquidación de los gananciales sea la primera en el tiempo, es decir que se realice antes que la liquidación concursal, de manera que ésta se hará con los resultados de la primera»¹²⁰. «Desde el punto de vista de la dinámica concursal –se ha dicho también–, el hecho de que se reconozca al cónyuge del concursado la posibilidad de optar por la disolución del régimen... supone... entender que, de seguirse esta vía, habrá de procederse inexcusablemente a la liquidación previa del régimen económico, con objeto de determinar el remanente que... habrá de constituir el haber de la sociedad de gananciales, atribuyéndose la mitad al cónyuge no concursado e integrándose la otra mitad (*rectius*, los bienes adjudicados para cubrir dicha mitad) en la masa activa del concurso, junto al patrimonio privativo del cónyuge concursado»¹²¹. «La liquidación de la sociedad de gananciales –ha afirmado otro autor– se superpondrá... al concurso para definir la masa activa de este, de tal modo que primero se liquida la sociedad de gananciales pagando las deudas comunes»¹²².

Finalmente merece aquí apuntar separadamente, por su originalidad, una explicación particular formulada en este tema¹²³. Esta explicación postula que la sociedad de gananciales debe liquidarse con carácter previo a la aprobación del convenio o a la liquidación concursal, para que así el cónyuge *in bonis* pueda salvaguardar su derecho sobre los bienes gananciales de la agresión por deudas privativas de su consorte concursado¹²⁴. Pero con la singularidad de

liquidación del concurso, si procediese; en consecuencia, no podría llevarse a efecto la liquidación de gananciales con separación de la fase de liquidación [del concurso], pues el plan de liquidación [del concurso] parece preferente o prioritario al ocuparse de la realización de los bienes gananciales incluidos en la masa (...), en virtud de su sometimiento directo (...) a la responsabilidad de determinadas deudas (...). No es dudosa –concluye BLANQUER– la necesaria subordinación y posposición coordinada de la liquidación de la sociedad de gananciales al resultado de la fase de liquidación en el concurso; la coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el cumplimiento del convenio o con la fase de liquidación conduce a la subordinación y a la posposición de aquella respecto de estos».

¹²⁰ PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 98. Aunque decíamos en nota 112 que la postura de este autor es contradictoria, pues luego en p. 100 afirma que «la coordinación de ambas liquidaciones implica la subordinación de las posibilidades de realización de la sociedad conyugal a las necesidades de la liquidación concursal».

¹²¹ Díez SOTO, *op. cit.*, pp. 1291-1292.

¹²² MAGARIÑOS, «El concurso y la sociedad de gananciales», *cit.*, p. 2085.

¹²³ CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, pp. 125-126 y 132 ss. La siguen PARRA LUCÁN, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, *cit.*, pp. 127 s; CURIEL LORENTE, «El artículo 77.2 de la Ley Concursal en relación con el consorcio conyugal», en *Actas del Foro de Derecho Aragonés. Decimonoveno encuentros (Zaragoza-Teruel 2009)*, Zaragoza, 2010, p. 159; HERRERO PEREZAGUA, *op. cit.*, p. 180.

¹²⁴ Esto es así, dice CUENA CASAS («Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, p. 133), porque la Ley Concursal debe respetar la normativa de este

que la adjudicación que se haga a resultas de esa liquidación será en sus primeros momentos meramente formal o contable, para no causar perjuicio a los acreedores consorciales¹²⁵; la adjudicación material o real tendrá lugar solo cuando se hayan satisfecho todas las deudas comunes (gananciales), lo que se producirá en fase de liquidación del concurso o, en su caso, de convenio¹²⁶.

* * *

La variedad de interpretaciones existente con respecto a la norma analizada, como hemos visto, es grande. ¿Cuál debe acogerse? Analizaremos la cuestión aplicando, al precepto objeto de estudio, los oportunos criterios hermenéuticos.

a) En cuanto al criterio histórico, sus datos más relevantes nos son ya conocidos¹²⁷.

La norma en cuestión fue introducida en la última etapa del proceso de elaboración de la LC como reacción contra la disposición contenida en el artículo 76.2 del Proyecto de 2002, en el que se decía que «... se incluirá... en la masa el derecho correspondiente al cónyuge concursado sobre el patrimonio común» y que «la declaración de concurso determinará su disolución [de la sociedad de gananciales], tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». En el Proyecto de 2002, así pues, se establecía una clara separación y anteposición de la liquidación de la sociedad de gananciales con respecto a la resolución del concurso, ya que para determinar la masa activa de éste –presupuesto sin el cual el concurso no puede seguir adelante– era necesario antes liquidar la sociedad de gananciales, a fin de concretar el derecho que corres-

régimen económico-matrimonial, y por tanto no puede alterar el régimen de responsabilidad de los bienes gananciales.

¹²⁵ Con ello, dice CUENA CASAS («Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 133), «se trata de evitar que los acreedores consorciales del concursado tengan que dirigirse contra los bienes comunes adjudicados al expartícipe en la sociedad de gananciales».

¹²⁶ Para hacer esto posible, dice CUENA CASAS («Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 133-134), se procede previamente a distinguir los bienes gananciales que corresponden (formalmente) al cónyuge *in bonis*, para evitar que puedan ser agredidos directamente por deudas privativas del concursado. De esta forma, dice, la solución que se dé al concurso (convenio o liquidación) no se supedita a la liquidación de la sociedad de gananciales.

¹²⁷ Un resumen de los antecedentes (prelegislativos) de este precepto puede verse en ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, pp. 30-36; y GUILARTE, *Comentarios a la legislación concursal*, cit., ad artículo 77 LC, pp. 1555-1557.

pondría en ella al cónyuge concursado, que era el que se incluía en la masa activa del concurso¹²⁸.

Esa norma sin embargo no se mantuvo finalmente, pues contra ella se formuló enmienda que fue aceptada en el Congreso¹²⁹, dando lugar al definitivo artículo 77.2 LC, en el que se establece que «el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad... conyugal, y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio [ganancial], que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso».

A la vista de lo cual surge la duda que actualmente agita a la doctrina: ¿sigue siendo separada y previa la liquidación de la sociedad de gananciales, o debe considerarse que la misma se inserta en el concurso y se supedita a su resolución?

La modificación habida en este punto entre el Proyecto de 2002 y la LC de 2003 puede ciertamente hacer pensar que el sistema ha cambiado, y por tanto que si antes la liquidación de la sociedad de gananciales era separada y previa hoy será lo contrario¹³⁰.

A nuestro juicio, sin embargo, esa conclusión no es inequívoca, lo que se deriva del hecho de que no existe correspondencia plena entre el precepto finalmente establecido en la LC y el objetivo que pretendía alcanzar la enmienda que lo introdujo¹³¹. El objetivo de la enmienda era sustituir, la disolución de la sociedad de gananciales como efecto necesario y automático de la declaración de concurso, por la disolución eventual y facultativa de la misma, producida sólo a petición del cónyuge *in bonis*¹³². Y sin embargo la norma definitivamente establecida en el artículo 77.2 LC no dispone sólo eso sino que introduce además otro cambio, pues en lugar de seguir diciendo (como en el Proyecto de 2002) que la liquidación se hará «tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», ahora dice que «el juez acordará la liquidación o división del patri-

¹²⁸ En esto no había discrepancia en la doctrina, aunque un sector importante de la misma criticara el sentido de la norma.

¹²⁹ Enmienda núm. 621 (BOCG, de 2 de diciembre de 2002, Serie A, núm. 101-15).

¹³⁰ Así lo considera GUILARTE (*La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado*, cit., p. 94) afirmando que «la evolución en la tramitación parlamentaria de la norma... lleva... a considerar la prevalencia de la liquidación concursal frente a la liquidación ganancial».

¹³¹ Así lo destaca CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 124-125. Y lo reconoce GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado*, cit., pp. 85-86.

¹³² La enmienda núm. 621 se presentó argumentando que «el concurso no debe ser causa automática de liquidación de la sociedad de gananciales» y que «la nueva redacción supone una mejor coordinación con lo que resulta del régimen general establecido en los artículos 1362 y siguientes del Código civil, en especial del artículo 1373 y del artículo 541.3 LEC, aplicables al caso de ejecuciones singulares».

monio, que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso». Lo que supone una novedad carente de justificación.

Sentado lo cual la cuestión antes planteada se puede entonces volver a formular, aunque de forma distinta: ¿es, el cambio habido en la letra del precepto, suficiente para concluir que el orden de prelación de las liquidaciones en juego se ha alterado con respecto al que estaba claramente establecido en el Proyecto de 2002? A nuestro entender, vistos los antecedentes (prelegislativos) del artículo 77.2 LC, la motivación del cambio introducido y el carácter ambiguo e impreciso de la fórmula empleada en él, la respuesta debe al menos quedar abierta.

Aunque no podemos dejar de destacar que el dato histórico es perfectamente conciliable con la idea de una liquidación de la sociedad de gananciales de carácter separado y previo a la resolución del concurso. Pues aunque el tenor literal del artículo 77.2 LC haya cambiado en este punto con respecto al de su correlativo en el Proyecto de 2002, es claro que ése no era el objetivo que perseguía la enmienda que lo provocó¹³³, por lo que no es infundado pensar que en este tema se debe mantener el mismo criterio del Proyecto, que es el antecedente (prelegislativo) más inmediato en este punto.

b) Otro criterio a tener en cuenta es el literal, evidentemente no referido en exclusiva al artículo 77.2 *in fine* LC (cuya ambigüedad ya se ha denunciado) sino a la consideración conjunta de ese precepto con el artículo 21.1.7 LC, en el que se establece que «el auto de declaración de concurso contendrá... la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales».

Ese artículo 21.1.7 LC no existía ni era necesario cuando estaba el artículo 76.2 del Proyecto de 2002, pues con arreglo a éste la declaración de concurso determinaba la disolución automática de la sociedad de gananciales y su tramitación en pieza separada. Pero una vez sustituido ese precepto del Proyecto por el actual artículo 77.2 LC, en el que la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales es sólo una posibilidad que depende de que el cónyuge *in bonis* la pida oportunamente, la determinación de cuándo y cómo se tramitará (eventualmente) la liquidación de la misma sí resultaba necesaria. Y para ello se introdujo el artículo 21.1.7 LC¹³⁴.

¹³³ Aunque ciertamente había voces en la doctrina que abogaban por invertir el orden de preferencia de las liquidaciones, lo que hay aquí que destacar es que esa no fue la finalidad que sustentaba la enmienda que provocó el cambio.

¹³⁴ Esta norma se introdujo en la LC. a última hora, a resultas del Informe de la Ponencia sobre el Proyecto de LC: *vid. BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, fecha de 24 de marzo de 2003, núm. 101-17, p. 384.

Pues bien, siendo eso así, no parece entonces absurdo valorar ese precepto como apoyo a favor del carácter separado y previo de la liquidación ganancial (aunque no quepa tampoco darle gran valor, por la poca coherencia de ese precepto en el conjunto del sistema diseñado por la LC¹³⁵). Pues en él se establece que, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 LC, la liquidación de la sociedad de gananciales se hará en pieza separada, y que la decisión sobre la formación de ésta se adoptará en el auto de declaración de concurso, es decir en el primer momento del concurso (aunque esto, como ya hemos visto, pueda producirse también durante la fase común del mismo¹³⁶). Resultando entonces que si la liquidación de la sociedad de gananciales se hubiera de producir en fase de convenio o de liquidación concursal el artículo 21.1.7 LC quedaría privado de sentido, siendo incluso contradictorio¹³⁷.

c) También desde un punto de vista lógico hay razones para entender el precepto estudiado en el sentido de atribuir preferencia temporal a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Esto se evidencia al considerar que lo que el cónyuge *in bonis* hace cuando pide la disolución de la sociedad de gananciales no es, en definitiva, sino ejercitar un derecho de separación de la parte que le corresponde en el patrimonio ganancial (del que es cotitular), para evitar que esa parte se vea afectada por el concurso de su cónyuge¹³⁸. Y por tanto que la realización y efectividad de este derecho de separación, aunque presente notas peculiares –derivadas fundamentalmente del hecho de estar supeditada a que se liquide la sociedad de gananciales, por causa de su naturaleza jurídica de comunidad germánica– no debe demorarse ni subordinarse a eventos externos, como es la resolución del concurso (sea por convenio o por liquidación)¹³⁹.

d) Y finalmente el criterio sistemático, que apunta también en la misma dirección, pues hay en la LC algún dato que así lo avala. En concreto el artículo 78.4 LC, en el que se establece que «cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial... y

¹³⁵ Vid. *supra* 3.1 y 3.3.

¹³⁶ Vid. *supra* 3.3, donde ha quedado tratado lo referente al tiempo en el cual el cónyuge *in bonis* puede ejercitar la facultad de pedir la disolución de la sociedad de gananciales.

¹³⁷ CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 128-129.

¹³⁸ Así resulta por analogía con lo dispuesto en el artículo 80 LC. El encaje de la facultad disolutiva del artículo 77.2 LC en el derecho de separación regulado en el artículo 80 LC lo reconoce también GUILARTE (*La liquidación de la sociedad de gananciales*, cit., p. 87), a pesar de que finalmente se pronuncia a favor de la preferencia de la liquidación concursal.

¹³⁹ CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 125.

procediere la liquidación de la sociedad de gananciales..., el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquella se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso».

Se trata de un precepto que instaura para el caso de concurso un derecho de adjudicación preferente semejante al establecido en el artículo 1406 CC, que se sitúa en el Título IV, Capítulo II, Sección primera, de la Ley Concursal, dedicada a la formación de la masa activa del concurso. Pues bien, «esta ubicación sistemática... constituye un argumento... favorable a la tesis de que la liquidación de la sociedad de gananciales debe ser previa a la liquidación del concurso»¹⁴⁰, porque de otro modo la ubicación de ese precepto en sede de formación de la masa activa del concurso no tendría sentido, ya que en él se regula una figura cuya operatividad se desarrolla en fase de adjudicación a los cónyuges de los bienes del haber ganancial neto, último paso de la liquidación de la sociedad de gananciales. Sinsentido que sería aún mayor al constatar que tal norma y ubicación se dispusieron una vez que ya se había acordado la redacción del vigente artículo 77.2 LC¹⁴¹.

¹⁴⁰ CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 130. Esta misma idea había sido apuntada ya, en fecha anterior, por DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1292.

¹⁴¹ Se ha apuntado además –pero antes de la Ley 38/2011– otro argumento sistemático a favor de esta solución, traído de lo que sucede en caso de acumulación de los concursos de ambos cónyuges (CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 130-132). En este sentido destaca CUENA que, a pesar de su equívoca denominación –acumulación de concursos– no hay que olvidar que en este caso no existe un único concurso sino dos; que cada uno de esos concursos sigue una tramitación separada; y que la determinación de las masas activa y pasiva de cada uno debe por tanto hacerse también de forma separada. Lo que supone –afirma– que ello no es viable sin disolución previa de la sociedad de gananciales, porque de otro modo se produciría falta de sintonía entre las respectivas masas activa y pasiva. «Dada la peculiaridad que presenta el patrimonio ganancial, que no puede dividirse constante el régimen, nos encontramos con que la totalidad del patrimonio ganancial se encontraría en las dos masas activas, y en cambio en la masa pasiva estaría sólo el pasivo... generado por cada cónyuge, tanto privativo como ganancial. De ahí que... para proceder a la liquidación del concurso de cada cónyuge, acumulados ambos, siempre es preciso que se proceda previamente a la liquidación de la sociedad conyugal». Trataremos con detenimiento el tema de la conexión de concursos *infra sub* 4.3, por lo que ahora nos limitamos a apuntar que el argumento expuesto no resulta exento de dificultades. Entre ellas, por ejemplo, que la inclusión de todo el patrimonio ganancial en las masas activas de ambos concursos, aun si se admitiera como posible, es cosa que se plantearía sólo en caso de declaración conjunta de los dos concursos, no si se produjera una acumulación *a posteriori*, pues en este caso cuando se declarara el segundo concurso todo el patrimonio ganancial estaría ya afecto a otro, por lo que no podría adscribirse a un nuevo procedimiento de ejecución universal, por una mera cuestión de principio. Y también se le puede objetar a este argumento que la solución que propone conlleva imponer necesaria y forzosamente, en caso de acumulación de concursos, la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, aunque ni los cónyuges ni los acreedores lo quieran, lo que no parece lógico ni en ocasiones recomendable. Por ello, aunque sin rechazar rotundamente este argumento, nos limitamos a apuntarlo en nota, señalando algunas de sus dificultades. Además hay que tener en cuenta que tras la modificación de la LC por la Ley 38/2011 la masa pasiva del concurso de un cónyuge se encuen-

Llegados a este punto tenemos entonces, como resultado de la aplicación al artículo 77.2 LC de los diversos criterios hermenéuticos, que algunos de ellos se muestran proclives a que la liquidación de la sociedad de gananciales tenga carácter separado y previo a la resolución del concurso, y que otros son al menos compatibles con ello. Sin embargo la cuestión no resulta segura, a tenor del amplio número de autores que se pronuncian en sentido diverso. ¿A qué se debe esto?

A nuestro juicio la razón viene dada por la falta de concordancia plena que existe –aunque posiblemente en la mayoría de los casos no haya conciencia de ello– entre las respuestas que se dan y las cuestiones que verdaderamente se plantean en este tema. Decimos esto porque aunque aparentemente lo que se discute es qué liquidación –la ganancial o la concursal– debe ser anterior o preferente y cuál posterior o subsiguiente, en realidad las cuestiones esenciales que subyacen son otras. Más concretamente, dos. Una, encontrar la fórmula adecuada para atender debidamente a los diversos intereses en juego. Y otra, decidir si esa fórmula debe desarrollarse aplicando determinados criterios del Código civil o de la Ley Concursal. Estas dos cuestiones, aunque en el planteamiento de muchos autores aparecen mezcladas, en realidad son independientes, ya que la solución que se dé a una no condiciona necesariamente la otra.

¿Qué respuesta debemos dar entonces a esas dos cuestiones? Nos ocupamos de ello a continuación, siguiendo el orden en que han sido expuestas.

3.4.1 SOBRE LA FÓRMULA PARA ARMONIZAR DEBIDAMENTE LOS DIVERSOS INTERESES EN JUEGO

La formulación más aséptica de esta primera cuestión es la que se ha apuntado: encontrar la fórmula idónea para armonizar debidamente los diversos intereses concernidos en el caso. Ahora bien, habida cuenta que, como ha quedado visto, la aplicación al artículo 77.2 LC de los oportunos criterios hermenéuticos se resuelve en una interpretación favorable a atribuir preferencia a la liquidación de la sociedad de gananciales sobre la resolución del concurso, la cuestión se puede entonces plantear también válidamente tomando esa interpretación como punto de partida, para analizar si la misma conjuga debidamente todos los intereses en presencia o si por el contrario no es así sino que resulta lesiva para los acreedores con-

tra integrada por las deudas privativas del concursado y también por todas las deudas gananciales, tanto si han sido contraídas por él como si lo han sido por el cónyuge *in bonis*.

curiales, como le objetan quienes no la aceptan¹⁴². Así lo vamos a hacer aquí.

En este sentido, empezamos atendiendo a las críticas que se han dirigido contra esa solución, que se mueven en un doble plano: teórico y práctico.

En el plano teórico se parte de la base de que en la masa activa del concurso están integrados tanto los bienes privativos del cónyuge concursado como todos los bienes gananciales (art. 77.2 LC), y que esto significa que todos ellos están afectos al pago de las deudas del concursado. Sin embargo –se piensa– ello no será así si la sociedad de gananciales se liquida con preferencia a lo que resulte en el concurso, pues entonces una parte de los bienes gananciales se adjudicará al cónyuge *in bonis* y esto irá en detrimento de los acreedores concursales, ya que verán disminuidos los bienes que pueden realizar para cobro de sus créditos¹⁴³.

En el plano práctico el temor viene dado por considerar que la liquidación de la sociedad de gananciales es un proceso gobernado fundamentalmente por los cónyuges, que en este caso sin embargo se considera previsible tengan una actitud poco o nada colaboradora, ya que la disolución de la sociedad no viene motivada por una causa atinente a ellos mismos sino externa, como es el intento de los acreedores del cónyuge concursado de cobrarse mediante la realización, entre otros, de los bienes gananciales. Y así, se concluye, si se permite la liquidación separada y previa de la sociedad de gananciales esa actitud de los cónyuges con toda seguridad redundará en perjuicio de los acreedores concursales¹⁴⁴.

¹⁴² Este es el denominador común de quienes la rechazan, sin perjuicio de matices particulares propios de cada autor.

¹⁴³ En este sentido, VÁZQUEZ ALBERT defiende la liquidación concursal previa afirmando que con ello «el legislador [quiere] asegurar la afección de los bienes gananciales a las deudas del concursado y evitar de este modo que dichos bienes reviertan en el patrimonio del cónyuge *in bonis* en detrimento de los acreedores» (*op. cit.*, p. 984; *vid.* también p. 982). ARANGUREN URRIZA, por su parte, apunta que si en la masa pasiva del concurso hay deudas gananciales, «la liquidación previa [de la sociedad de gananciales] puede conllevar una pérdida de garantías [para los acreedores concursales], lo que exigiría la simultaneidad de ambas liquidaciones» (*op. cit.*, p. 368). Y BELTRÁN SÁNCHEZ, estableciendo comparación con lo que ocurre en el supuesto de declaración en concurso de sociedad, objeta que la liquidación ganancial previa produce un resultado que va «contra la más elemental lógica (... pues...) si una sociedad es declarada en concurso... no se repartirá entre los socios el patrimonio resultante de la liquidación mientras no se haya terminado el procedimiento concursal, porque el patrimonio social no puede dividirse entre los socios hasta que hayan sido satisfechos todos los acreedores, de manera que el procedimiento concursal se antepone... al proceso de liquidación y reparto del patrimonio social, y no hay ninguna razón para que la liquidación de la sociedad legal de gananciales deba seguir distinta regla» (*Algunas consideraciones...* *cit.*, p. 161).

¹⁴⁴ Si la liquidación de la sociedad de gananciales fuera previa a la resolución del concurso, dice GUILARTE, ello «representaría el ocaso definitivo del procedimiento concursal, pues el trámite liquidatorio de la sociedad conyugal –esencialmente pensado para enfrentar el interés de uno al de otro cónyuge– dejaría inermes a los acreedores concursales».

¿Son justas y fundadas esas críticas? A nuestro entender, no. La de índole teórica, porque se sustenta en una idea parcial de en qué consiste y cómo se desarrolla la liquidación de la sociedad de gananciales, ya que considera que la misma atañe solo al haber y a su reparto entre los cónyuges sin advertir que hay también que atender al pasivo de la sociedad y a su pago. Y el temor práctico, porque la intervención que en esa liquidación corresponde a la Administración concursal le permite velar porque el peligro denunciado no acaezca, y porque además es una cuestión de hecho que si se produce en un caso concreto habrá que combatir, pero que no permite negar la atendibilidad general de la solución propuesta¹⁴⁵.

Lo dicho, ahora bien, aunque vale para desvirtuar esas críticas no constituye fundamentación positiva en apoyo de la liquidación previa de la sociedad de gananciales, siendo así que esto es necesario. Nos ocupamos de ello a continuación.

Para lo cual hay que empezar identificando a todos los sujetos concernidos en el caso. Que son, aparte del propio cónyuge concursado, el cónyuge *in bonis*, los acreedores gananciales (tanto los del cónyuge concursado como los del cónyuge *in bonis*) y también los acreedores privativos de los cónyuges (no sólo los del cónyuge concursado sino también los del cónyuge *in bonis*).

Luego hay que analizar las consecuencias que la liquidación previa de la sociedad de gananciales tiene para ellos, que son las siguientes. Para el cónyuge *in bonis* la disolución de la sociedad de gananciales tiene importancia fundamental, porque a pesar de no ser mero acreedor sino cotitular de la misma y con derecho de separación de su parte¹⁴⁶, hasta que esa liquidación no se lleve a cabo no recibe en titularidad exclusiva bienes concretos¹⁴⁷. Para los acreedores gananciales (tanto del cónyuge concursado como del cónyuge *in bonis*) la liquidación de la sociedad es también un acto relevante, porque afecta al patrimonio ganancial, que es el sustrato más específico con que cuentan para el cobro de sus créditos, ya que los bienes que integran ese patrimonio tienen responsabili-

les, representados en tal proceso por una Administración concursal que... poco podría hacer ante la previsiblemente lógica connivencia defraudatoria de los esposos» (*La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado*, cit., p. 96). En la misma línea PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., p. 283.

¹⁴⁵ Sobre esa intervención de la Administración concursal, *vid. infra* 3.4.3.c).

¹⁴⁶ Así lo afirman rotundamente, entre otros, GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., p. 87; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 269; y ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, pp. 934-935, con referencia además al artículo 80 LC, del cual se dice que la facultad dispuesta en el artículo 77.2 LC no es sino una concreción.

¹⁴⁷ Esto es así por causa de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales: comunidad germánica o en mano común, de la que cada cónyuge es cotitular pero siendo así que no es posible concretar el derecho de cada uno sobre los bienes singulares integrantes de la misma hasta que esta no se liquide.

dad directa en ese sentido (arts. 1367 y 1369 CC)¹⁴⁸. Y para los acreedores privativos de los cónyuges (sean de uno o de otro) la liquidación de la sociedad de gananciales es asimismo un acto trascendente, porque aunque ellos no forman parte del pasivo de esa sociedad, los bienes gananciales tienen una responsabilidad subsidiaria por esas deudas¹⁴⁹.

Y en tercer lugar hay que destacar que toda liquidación de sociedad de gananciales se practica tomando en consideración todos los bienes que componen el activo de la sociedad y todas las deudas que integran su pasivo, esto es tanto las contraídas por ambos cónyuges conjuntamente como las contraídas por uno solo de ellos, y además sin distinguir si el cónyuge en cuestión ha sido el concursado o el otro¹⁵⁰. Que los bienes gananciales se realizan entonces en la medida necesaria para que los acreedores gananciales –todos, sin distinción entre ellos conforme a lo dicho– se cobren con el producto de tales bienes con preferencia a cualquier otro acreedor (arts. 1399 ss. CC). Que una vez hecho lo anterior, el haber neto restante (si lo hay) se divide entre los cónyuges por partes iguales haciendo las adjudicaciones oportunas de bienes concretos (art. 1404 CC). Y finalmente, que los bienes que se adjudiquen al cónyuge concursado pasan a integrarse en la masa activa del concurso y siguen su devenir propio, pero que los bienes que se adjudiquen al cónyuge *in bonis* quedan ajenos al concurso y por tanto libres de toda responsabilidad por causa del mismo.

Pues bien, sentado lo anterior podemos entonces volver a considerar la pregunta planteada al inicio de este apartado: ¿proporciona, la fórmula que propugna la liquidación previa de la sociedad de gananciales, una atención adecuada a todos los intereses que en este tema están en juego? A nuestro entender, sí¹⁵¹.

El de los acreedores gananciales (sean del cónyuge concursado o del cónyuge *in bonis*), porque al tiempo de la liquidación de la sociedad cobran sus créditos con los bienes gananciales, y con pre-

¹⁴⁸ No es óbice para lo dicho lo dispuesto en el artículo 1401 CC, que es un plus añadido.

¹⁴⁹ Exponente de la trascendencia que la disolución de la sociedad de gananciales tiene para los acreedores privativos –pero parcial, porque la cuestión se enfoca solo desde la perspectiva de los acreedores privativos del cónyuge concursado– es el hecho de que los bienes gananciales están integrados en la masa activa del concurso, lo que evidencia que esos bienes están afectos a su pago, aunque con carácter subsidiario, y por tanto que el resultado de la liquidación de esa sociedad tiene repercusión en ellos, aunque sea mediata. Así lo destaca también, aunque en relación con el régimen particular objeto de su estudio (el consorcio conyugal aragonés), PARRA LUCÁN, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, cit., p. 127.

¹⁵⁰ Así lo afirman también SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 2255-2259; y GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales*, cit., pp. 98-99.

¹⁵¹ En un sentido semejante se pronuncia CUADRADO, *op. cit.*, p. 258

ferencia a cualquier otro acreedor¹⁵². Esto hoy, tras la reforma de la LC por la Ley 38/2011 –que incluye dentro de la masa pasiva del concurso también a los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis*¹⁵³– puede pensarse tal vez que resulta poco trascendente. Pero sí lo era, y mucho, en el sistema de la primera redacción de la LC (Ley 22/2003), en el que aquellos acreedores no formaban parte del concurso. Porque entonces esa liquidación previa y separada de la sociedad de gananciales era la única vía para atender debidamente a sus intereses, al posibilitar la liquidación de la sociedad contando con todos los acreedores gananciales y sin establecer diferencias entre ellos. Lo que suponía que si con los bienes gananciales bastaba para pagarles –cosa improbable en caso de concurso, aunque posible– su interés se veía enteramente satisfecho y nada más tenían ya que reclamar. Y si con esos bienes no era suficiente, no se producía resultado injusto para ellos. Pues los acreedores ex-gananciales que lo fueran del cónyuge concursado seguían integrando la masa pasiva del concurso por la cuantía que les faltara por cobrar, que habría de serles satisfecha con el producto de los restantes bienes que integraran la masa activa del concurso (los privativos del concursado, aunque en relación con ellos ya no tendrían la preferencia que antes tenían sobre los bienes de naturaleza ganancial) y los acreedores ex-gananciales del cónyuge *in bonis*, por su parte, si bien para cobrar la parte que les faltara

¹⁵² Esta solución, como quedó visto en el punto 2 del trabajo, al tiempo de llevarse a efecto exige distinguir una serie de submasas: bienes gananciales y bienes privativos por un lado, y deudas gananciales y deudas privativas por otro (y además, si el concursado ha ejercido el comercio contra la oposición de su cónyuge, hay que hacer una ulterior subdivisión entre bienes y deudas gananciales *ex commercio*, y los restantes bienes y deudas gananciales) [así MAGARIÑOS, *El concurso y la sociedad de gananciales*, cit., pp. 2081-2082; y GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales* cit., pp. 98-99; parece también aceptar esto –aunque desde la perspectiva de su singular fórmula– CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico-matrimonial* cit., pp. 135-136; lo asume también, aunque a su pesar, VÁZQUEZ ALBERT, *op. cit.*, p. 982. En contra, CABANAS TREJO, *op. cit.*, pp. 28-29]. Esto, ahora bien, no solo es posible sino que además es precisamente lo que permite dar explicación a la letra de la LC cuando dice que todos los bienes sobre los que el concursado tenga algún derecho –esto es, tanto los privativos suyos como los gananciales– se integrarán en la masa activa del concurso (art. 77.2 LC) pero que la Administración concursal, en el inventario, habrá de indicar expresamente el carácter privativo o ganancial de esos bienes (art. 82.1 LC). O cuando dice, en relación con la masa pasiva del concurso, que la Administración concursal en su informe relacionará «*separadamente los créditos que solo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo y los que pueden hacerse efectivos también sobre el patrimonio común*» (art. 94.2 *in fine* LC) (sobre esto, *vid. lo dicho supra*: texto y notas 21, 24, 26 y 27). Porque este desglose detallado del activo y del pasivo concursal sólo tiene razón de ser si de él se van a derivar consecuencias (así lo dice también GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales* cit., p. 99), que no pueden ser otras sino las dichas.

¹⁵³ Artículo 49.2 LC (tras la reforma de la Ley 38/2011): «*En caso de persona casada en régimen de gananciales... se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad conyugal*».

lógicamente no podían acudir al concurso que se seguía contra el cónyuge concursado sí podían dirigirse contra el patrimonio privativo del cónyuge con quien contrataron. Pero todo esto no era sino consecuencia natural del hecho de haberse agotado ya los bienes gananciales.

El interés del cónyuge *in bonis*, por su parte, se ve satisfecho efectivamente con la liquidación previa de la sociedad de gananciales porque ésta se disuelve y se liquida contando con su intervención, y como consecuencia logra se dé la protección oportuna a su parte en la misma mediante la adjudicación en propiedad exclusiva a él de los bienes correspondientes, que se separan y quedan por tanto fuera del concurso (aunque esa adjudicación, naturalmente, conforme al principio de que antes es pagar que partir –art. 1404 CC– está supeditada al pago previo a todos los acreedores gananciales que hubiera: por ello estos no se ven perjudicados porque la liquidación de la sociedad conyugal se realice antes que se resuelva el concurso¹⁵⁴). De esta forma el cónyuge *in bonis* evita que el activo ganancial, y por tanto la masa activa del concurso en la que aquél se integra *ex* artículo 77.2 LC, siga incrementándose con los rendimientos procedentes de él (del cónyuge *in bonis*)¹⁵⁵; evita que su parte en la sociedad de gananciales responda de las deudas privativas del cónyuge concursado¹⁵⁶; y evita además tener que contar con la Administración concursal para disponer de esos bienes como sin embargo tendría que hacer si la sociedad de gananciales no se disolviera, habida cuenta de la intervención o suspensión de las facultades dispositivas que la declaración de concurso supone para el cónyuge concursado.

Y finalmente el interés de los acreedores privativos (tanto los del cónyuge concursado como los del cónyuge *in bonis*), que se ve atendido porque los bienes que se adjudiquen a cada cónyuge a

¹⁵⁴ Así, dice PINO LOZANO, «se sigue un criterio lógico y objetivo», ya que con ello no se perjudica a nadie, sino que se sigue el principio de «antes pagar que partir o heredar» (*op. cit.*, p. 98). En el mismo sentido GUILARTE (*La liquidación de la sociedad de gananciales*, cit., p. 99), destacando que de este modo se evita dar al cónyuge *in bonis* tratamiento de acreedor de la sociedad de gananciales (que además al ser persona especialmente relacionada con el concursado –art. 93 LC– sería considerado crédito subordinado –art. 92.5 LC–, lo que significa en la práctica que sería rarísimo que cobrara: así lo dice también CUENA CASAS, (*Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial*, cit., p. 133).

¹⁵⁵ Destaca esto PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., p. 283; también en *Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, cit., p. 123.

¹⁵⁶ Con esta solución, apunta GUILARTE (*La liquidación de la sociedad de gananciales*, cit., pp. 98-99), se respeta la facultad disolutiva del cónyuge *in bonis* y la finalidad para la que dicha posibilidad se establece: evitar que los bienes comunes, en contra de la voluntad del esposo del concursado, se destinen a sufragar en el proceso liquidatorio concursal las deudas privativas del concursado. También PARRA LUCÁN, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, cit., p. 124.

resultas de la liquidación de la sociedad de gananciales –si hubiera tales bienes¹⁵⁷– pasan a integrarse en sus patrimonios privativos y responden por tanto de las deudas de esa naturaleza. En concreto en el caso del cónyuge concursado, lo dicho significa que los bienes ex-gananciales que se le adjudiquen pasan a integrarse en la masa activa del concurso junto con sus bienes privativos y quedan por tanto afectos al pago de todas las deudas que en ese momento compongan el pasivo concursal, en el que están incluidas las deudas privativas del concursado. Y otro tanto ocurre con el cónyuge *in bonis* y sus acreedores privativos. Estos acreedores privativos (de uno u otro cónyuge) es verdad que se sitúan en último lugar en el cuadro de intereses, ya que van precedidos por los acreedores gananciales y por el cónyuge *in bonis*. Pero con esto no se produce ninguna lesión a sus derechos o intereses; eso simplemente responde a la realidad de su posición, pues aunque en principio cuentan con la garantía genérica de cobrar sus créditos con los bienes de los que su deudor sea titular, entre ellos no se pueden incluir sin más todos los bienes gananciales, porque éstos son de los dos cónyuges y están sometidos a un régimen específico que les asigna en este sentido una responsabilidad subsidiaria (art. 1373 CC)¹⁵⁸.

Resultando como conclusión que la liquidación separada y previa de la sociedad de gananciales constituye fórmula que procura una adecuada composición de todos los intereses en presencia, que de otro modo no se podría alcanzar.

Sin que sea óbice para ello la consideración de que, puesto que lo habitual es que casi todos los bienes y deudas de las personas

¹⁵⁷ Puede haberlos o no, dependiendo del resultado de la liquidación ganancial.

¹⁵⁸ En este sentido, ÁLVAREZ OLALLA entiende correctamente en un primer momento el artículo 77.2 LC, distinguiendo según que se trate de acreedores gananciales o privativos del cónyuge concursado: «Si en el concurso están insinuados acreedores consorciales –dice–, los mismos... se harán cobro sobre los bienes comunes con preferencia a los acreedores privativos» (*op. cit.*, p. 933); los acreedores privativos del cónyuge concursado, añade, «deberán ceñir sus expectativas de cobro sobre los bienes gananciales que resten, una vez hayan cobrado los acreedores consorciales y se haya detraído la mitad de los gananciales perteneciente al cónyuge no concursado» (p. 934). Aunque luego (p. 934) se pronuncia en sentido diverso al distinguir entre acreedores consorciales (gananciales) del cónyuge concursado y acreedores consorciales (gananciales) del cónyuge *in bonis* y decir que si hubiera deudas consorciales contraídas por el cónyuge *in bonis* y no pudieran cobrarse con el patrimonio privativo de este, la única solución posible –puesto que esas deudas están excluidas de la masa pasiva del concurso: esta autora escribe antes de la Ley 38/2011– es que soliciten la declaración de concurso del cónyuge con el que contrajeron la deuda y provoquen así que los concursos de ambos cónyuges se tramiten de forma acumulada, de modo que respecto a los bienes gananciales los acreedores gananciales de cada uno de los cónyuges tengan un mismo tratamiento, preferente además a los acreedores privativos de uno y otro cónyuge. Habrá así –dice–, de alguna manera y *de facto*, tres concursos: el de la sociedad de gananciales y el de cada uno de los cónyuges. Con esta idea, sin embargo, no estamos nosotros de acuerdo, porque en nuestro Ordenamiento, tal como está configurado, la sociedad de gananciales no puede ser declarada en concurso: sobre esto, *vid. infra* 4.3.

casadas en régimen de gananciales sean de esta naturaleza, tal solución se traduce en que el concurso de uno de los cónyuges se resuelve prácticamente al liquidar la sociedad de gananciales que se tramite dentro del mismo, cuando sea pedida por el otro cónyuge. Pues aunque efectivamente ello puede ser así en un gran número de casos, no es algo antinatural ni forzado sino que es lo que resulta de la adecuada combinación de los dos procedimientos que en el caso se entrelazan –disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por un lado, y concurso de un cónyuge por otro– y de los distintos intereses que en ellos están en juego. Y porque además el resultado a que conduce no es absurdo sino todo lo contrario, como hemos visto¹⁵⁹.

La liquidación separada y previa de la sociedad de gananciales constituye por tanto, repetimos, la mejor solución para armonizar todos los intereses en juego.

Las fórmulas que propugnan posponer o subordinar la liquidación de la sociedad de gananciales a la resolución del concurso (sea por convenio o por liquidación), en cambio, no son igualmente satisfactorias.

Considérese, así, el interés del cónyuge *in bonis*, que solo se puede salvar del modo señalado. «En el texto del Proyecto [de 2002] –ha dicho una especialista en el tema– su falta de protagonismo estaba justificada por cuanto no tenía que instar la disolución de la sociedad de gananciales, pues esta era automática y la liquidación de la misma se hacía en pieza separada, momento en el que el cónyuge del concursado podía defender sus intereses y salvaguardar su cuota sobre el patrimonio común de la responsabilidad por deudas privativas de su consorte. [Pero] si ahora [con la LC] tal liquidación de la sociedad conyugal no fuera previa [y separada], su intervención en el proceso concursal sería esencial,

¹⁵⁹ Aparte, reconócese que la objeción apuntada lleva dentro de sí su propia debilidad, pues si se toma como premisa de la misma que en estos casos los bienes y deudas del cónyuge concursado son gananciales en su inmensa mayoría, y que sus bienes y deudas privativos habitualmente serán inexistentes o en todo caso de poca entidad, ¿no parece lógico entonces que el concurso se resuelva aproximándose a lo previsto para liquidar la sociedad de gananciales? Máxime si se tiene en cuenta que se trata de aproximación, no de identificación total entre uno y otro procedimiento. Pues además de lo relativo a las normas –civiles o concursales– por las que esa liquidación de la sociedad de gananciales se ha de regir, que veremos en el apartado siguiente, ya se ha dicho más arriba que si en la liquidación de la sociedad de gananciales después de pagar a todos los acreedores gananciales quedan bienes de esta índole, los que se adjudiquen al cónyuge concursado pasarán a integrarse en la masa activa del concurso, que en adelante se desenvolverá según sus reglas propias y sin tener en consideración ninguna otra cuestión. Y si con esos bienes no hubiera bastado para pagar a todos los acreedores gananciales, los que además lo sean del cónyuge concursado continuarán formando parte del pasivo concursal por la cantidad que les falte por cobrar, siguiendo adelante el concurso según sus reglas. No hay, así pues, identificación total entre un procedimiento y otro.

y sin embargo su presencia no está contemplada en el texto legal»¹⁶⁰.

Otro tanto ocurría con el interés de los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* en el sistema inicial de la LC (Ley 22/2003), pues el artículo 84.1 de la misma establecía que no se integraban en la masa pasiva del concurso. Este precepto no planteaba dificultades cuando existía el artículo 76.2 del Proyecto de 2002, pues al establecer éste una liquidación de la sociedad de gananciales previa y en pieza separada eso suponía que en ella y en ese momento se tenían en cuenta todos los acreedores gananciales, también los del cónyuge *in bonis*, y así una vez liquidada la sociedad de gananciales era claro que en la masa pasiva del concurso no debían ya integrarse esos acreedores. Con la sustitución del artículo 76.2 del Proyecto por el artículo 77.2 de la LC (Ley 22/2003), sin embargo, esa claridad desapareció. Pero era forzoso entender que el sistema seguía siendo el mismo, pues «si la liquidación de la sociedad de gananciales no [fuera] previa, la exclusión de los acreedores consorciales que contrataron con el cónyuge del concursado [hubiera devenido] arbitraria y carente de justificación (... pues...) se [hubiera condenado] a unos acreedores que gozaban de la garantía patrimonial de la masa común, a cobrar sólo con la garantía de los bienes privativos del cónyuge deudor (... y así...) se [habría hecho] tabla rasa de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales y... del principio del responsabilidad patrimonial universal. Dado que los acreedores consorciales del cónyuge del concursado no [podían] insinuar sus créditos en el proceso concursal..., se [hubiera producido] el contrasentido de que [cobrarán] antes sobre el patrimonio ganancial los acreedores privativos del concursado que los acreedores comunes del cónyuge del concursado»¹⁶¹. La posposición de la liquidación ganancial a la liquidación concursal, por tanto, no era aceptable en el sistema instaurado por la Ley 22/2003, y tampoco lo era supeditarla a lo que resultara del convenio que se alcanzara en el concurso, por-

¹⁶⁰ CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial,» cit., p. 126. En la frase transcrita se emplea la palabra «previa», pero del conjunto se deriva que se utiliza con el sentido de «previa y separada». Este argumento, es verdad, estrictamente considerado vale para sostener que la liquidación de la sociedad de gananciales debe hacerse de forma separada, pero no es por sí solo suficiente para afirmar la preferencia temporal de la misma sobre la liquidación concursal, pues a ello se podría replicar que si bien la intervención del cónyuge *in bonis* es esencial para liquidar la sociedad de gananciales ello no determina sin embargo el momento en que esa haya de hacerse. Lo que ocurre es que tal conclusión se impone si a ese dato se añade la consideración de que la alternativa es liquidar la sociedad de gananciales en el seno de la liquidación concursal, en la que el cónyuge *in bonis* no es parte.

¹⁶¹ CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial,» cit., p. 127.

que se trataba de un convenio en el que los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* no podían participar, ya que no estaban integrados en la masa pasiva del concurso. El interés de estos acreedores, sin embargo, se veía atendido debidamente si la liquidación de la sociedad de gananciales era separada y previa, que constituía por tanto la solución adecuada¹⁶². Con las modificaciones introducidas en la LC por la Ley 38/2011 el problema concreto de los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* ha desaparecido, ciertamente, pues se ha suprimido el inciso segundo del artículo 84.1 LC en su redacción de 2003, que los excluía de la masa pasiva del concurso, y se ha introducido un artículo 49.2 nuevo, que los incluye. Pero sin perjuicio de eso, si antes de esa modificación el sistema podía y debía ser el que se ha dicho, no hay razón para entenderlo ahora modificado, ya que ese cambio se ha introducido pensando en general en la situación de esos acreedores, no en ese aspecto concreto de la cuestión, y además tal no ha sido la intención de sus redactores.

Y tampoco resulta satisfactoria la fórmula que propugna una liquidación de la sociedad de gananciales previa a la resolución del concurso pero meramente formal o contable, quedando la adjudicación material o real pospuesta a que se hayan satisfecho todas las deudas comunes (gananciales), lo que a su vez se produce sólo a resultas del convenio o la liquidación del concurso. Esto no es adecuado porque esta fórmula significa someter al cónyuge *in bonis*, y antes de la Ley 38/2011 también a los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis*, a un constreñimiento —el derivado de que la adjudicación material de bienes y el pago de esos créditos se posponen al convenio o a la liquidación concursal— sin justificación suficiente, ya que con la fórmula que hemos apuntado antes eso no es necesario para dar la debida satisfacción a los diversos intereses en juego.

La liquidación de la sociedad de gananciales pedida por el cónyuge *in bonis*, así pues, en el marco de la LC debe realizarse de forma separada y previa a la resolución del concurso, y ello tanto en la redacción inicial de la misma (Ley 22/2003) como en la actual (Ley 38/2011). Porque se realiza, como conviene a su régimen, integrando todos los bienes y deudas de esa naturaleza (arts. 1396

¹⁶² Precisamente por no advertir esto la doctrina dominante entendió que la norma contenida en el artículo 84.1, proposición segunda, de la Ley 22/2003 era lesiva para los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis*. Esa lesividad, sin embargo, desaparecería con la fórmula señalada, adquiriendo entonces la norma sentido y justificación, pues si esa liquidación es separada y previa es posible entonces tener en cuenta a todos los acreedores gananciales, con independencia del cónyuge con el que hubieran contratado. La debida protección que esta fórmula proporciona a los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* la apunta también PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 98.

ss. CC); porque conjuga debidamente los distintos intereses en presencia (sin perjuicio de que cada uno ocupe el lugar y rango que le corresponde); y porque se corresponde además con el resultado de la hermenéutica del propio artículo 77.2 LC.

3.4.2 SOBRE LAS NORMAS –CIVILES O CONCURSALES– POR LAS QUE SE DEBE REGIR LA LIQUIDACIÓN PREVIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

La cuestión que aquí se plantea es la determinación de las normas por las que se ha de regir esa liquidación previa de la sociedad de gananciales.

Las opciones que en una primera consideración se aparecen son dos: o bien se regula por las normas del Código civil, o bien por las de la Ley Concursal. Cada una de ellas cuenta con partidarios, pero para su mejor valoración nos parece más clarificador atender a las críticas que contra una y otra se han dirigido¹⁶³.

A la primera opción se le ha objetado que supone aplicar, a determinados créditos concursales –los que además son gananciales–, normas de preferencia y prelación civiles, que no son idénticas a las dispuestas en la Ley Concursal.

A la segunda opción se le ha criticado que suponía aplicar normas concursales de preferencia y prelación a créditos que bajo el imperio de la Ley 22/2003 no formaban parte de la masa pasiva del concurso, aunque integraran el pasivo ganancial: los que hubieran sido contraídos en operaciones realizadas con el cónyuge *in bonis* (art. 84.1, proposición segunda, LC).

Esta segunda objeción ciertamente ya no puede sostenerse hoy, pues tras la Ley 38/2011 esa norma ha sido sustituida por el artículo 49.2 LC, precepto de nueva factura que establece que los créditos gananciales contra el cónyuge *in bonis* se integran en la masa pasiva del concurso del otro cónyuge. Pero esto no obsta para que a los efectos que aquí interesan podamos seguir considerando esas dos opciones, pues aunque la objeción en contra de la segunda haya desaparecido eso no significa necesariamente que tal opción sea la adecuada, del mismo modo que tampoco la primera opción puede ser descartada por el solo hecho de que contra ella se haya formulado objeción, si ésta es superable. La solución adecuada será la que mejor combine todos los datos relevantes al respecto.

Y en este sentido, a nuestro juicio hay que empezar afirmando que el carácter excluyente de la solución a que tanto una como otra de las opciones señaladas conducen –aplicar sólo las normas civi-

¹⁶³ Las enuncia ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, p. 53.

les o sólo las concursales— hace que ninguna pueda ser acogida enteramente.

A nuestro entender la solución adecuada pasa por combinar los preceptos civiles y los concursales¹⁶⁴, y a resultas de ello por distinguir dos hipótesis, según que el activo de la sociedad de gananciales sea superior o inferior a su pasivo, y aplicar a cada una de ellas un régimen distinto, del modo siguiente¹⁶⁵.

Si el activo de la sociedad de gananciales es superior al pasivo de la misma (lo cual es perfectamente posible aunque uno de los cónyuges —o los dos— esté sometido a concurso, si su insolvencia proviene fundamentalmente de sus deudas privativas¹⁶⁶), las normas por las que la liquidación de esa sociedad se debe regir son las contenidas en el Código civil, esto es fundamentalmente (aunque no sólo) por los artículos 1398, 1399.1, 1403 y 1408¹⁶⁷. Lo que se fundamenta en que lo que aquí está en juego es, primero y principalmente, una liquidación de sociedad de gananciales (aun-

¹⁶⁴ Así también PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 268. ARNAU RAVENTÓS (*op. cit.*, p. 53), sin embargo, por no concebir que la respuesta exija combinar unos preceptos y otros (civiles y concursales) y pensar que hay que optar por aplicar exclusivamente unos u otros, se ve abocada en este punto a un callejón al que no encuentra salida. Esa combinación de preceptos civiles y concursales, sin embargo, es algo que resulta plenamente asumible en el régimen de la LC, cuyo artículo 77.2 prescribe que la liquidación de la sociedad de gananciales se haga «de forma coordinada» con lo que resulte en el concurso.

¹⁶⁵ Así también Díez SOTO, *op. cit.*, p. 1293; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 136-137; y SAIZ GARCÍA, *Acreedores de los cónyuges y régimen económico matrimonial de gananciales*, Cizur Menor, 2006, p. 107. También PARRA LUCÁN, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, cit., pp. 125 y 129. Parece igualmente entenderlo así en un momento dado ARNAU RAVENTÓS (*op. cit.*, p. 49), aunque como hemos dicho en la nota anterior luego eso la conduce, en caso de que el activo de la sociedad de gananciales sea inferior al activo, a una disyuntiva a la que no encuentra salida, pareciendo dar a entender por consecuencia que rechaza esa distinción (*op. cit.*, p. 53).

¹⁶⁶ En otras palabras: si las deudas gananciales se pueden pagar enteramente con los bienes gananciales, pero que lo que sobra, sumado a su patrimonio privativo, no basta para pagar las deudas privativas.

¹⁶⁷ En esos preceptos se establece que la liquidación de la sociedad de gananciales se hará pagando: a) en primer lugar las deudas alimenticias [circunscritas, según SAIZ GARCÍA (*op. cit.*, pp. 103-104) y PARRA LUCÁN (*Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 285), a las ya vencidas que estuvieran pendientes de pago, por entender que las necesidades presentes y futuras no se contemplan en el artículo 1399.1 sino en el artículo 1408 CC]; b) después las demás deudas de la sociedad (que son, aparte de las anteriores, las que sean de responsabilidad de la sociedad *ex* artículos 1365, 1366, 1367 y 1369); y c) finalmente las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge (que son las deudas que se relacionan en el art. 1398, núms. 2 y 3, CC: el importe actualizado del valor de los bienes privativos que hubieran sido gastados en interés de la sociedad, y de las cantidades pagadas por uno solo de los cónyuges por deudas de cargo de la sociedad). En relación con esto último, afirma Díez SOTO (*op. cit.*, pp. 1292-1293) que del artículo 1403 CC se deriva que «los acreedores gananciales tendrán derecho a que, a efectos de fijar el caudal de la sociedad de gananciales, se hagan efectivos los créditos por reembolsos o indemnizaciones que esta tuviera contra el patrimonio privativo de uno u otro cónyuge; [pero que] en cambio, los reintegros e indemnizaciones debidos por la masa común a cada uno de los cónyuges solo podrán ser realizados o compensados una vez que se hayan pagado... las deudas y cargas de la sociedad frente a terceros».

que se enmarque en el contexto de un procedimiento concursal); en que se trata de una liquidación separada y previa de la misma; y además en que en ella, al ser el activo superior al pasivo, no hay problema de preferencia y prelación entre créditos gananciales¹⁶⁸. Hecha esa liquidación, eso sí, el haber ganancial neto que quede se dividirá entre ambos cónyuges por mitades y los bienes que se adjudiquen al cónyuge concursado se integrarán en la masa activa de su concurso, que seguirá adelante rigiéndose entonces su liquidación –en caso de que ésa sea la vía que se tome– única y exclusivamente por las normas de preferencia y prelación de la Ley Concursal.

Otra cosa ocurre en cambio si el activo de la sociedad de gananciales es inferior a su pasivo (lo que estadísticamente constituye la hipótesis habitual). En este caso, y dado que tal como hemos dicho antes lo que está en juego es principalmente una liquidación de sociedad de gananciales, la norma de partida creemos que ha de buscarse de nuevo en el Código civil, en concreto en el artículo 1399, que en su párrafo primero establece que «terminado el inventario [de la sociedad de gananciales] se pagarán en primer lugar las deudas de la sociedad...» pero que en el segundo matiza lo anterior disponiendo que «si el caudal inventariado no alcanzase para ello, se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos».

¿Cuáles son, ahora bien, las normas de concurrencia y prelación a que ese artículo 1399.2 CC hace referencia? Esta es, de hecho, la interrogante que ha motivado principalmente la disputa en la doctrina. Dos son las respuestas posibles. Una es entender que se refiere a las normas contenidas en el Código civil, en los

¹⁶⁸ Los antecedentes prelegislativos del artículo 77.2 LC abonan también esta solución. Pues en el Proyecto de LC de 2002 –el último paso antes de la aprobación de la LC– se establecía claramente (art. 76.2) que la disolución de la sociedad de gananciales se tramitaría de forma previa y separada, y «de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Y este precepto dispone que la disolución «se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta Ley», lo que no es sino remisión a su Libro IV, Título II, Capítulo II –que lleva por rúbrica «Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial»–, de entre cuyos preceptos procede aquí destacar el primero –art. 806–, que dice que la liquidación «se llevará a cabo... con arreglo a lo dispuesto en el presente Capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables». El artículo 76.2 del Proyecto de 2002, es cierto, no fue finalmente acogido en la LC, pero como sabemos la razón de ello fue el cambio de criterio habido sólo en cuanto a la disolución de la sociedad de gananciales, que no se quiso fuera automática por la declaración de concurso de un cónyuge (como sin embargo era en el Proyecto) sino potestativa del cónyuge *in bonis*, esto es supeditada a que lo solicitase. En lo demás, por tanto, cabe seguir tomando esa norma proyectada como dato útil a efectos de interpretación. Lo que apoya la solución dicha de liquidar la sociedad de gananciales de forma previa a la resolución del concurso y aplicándole en este caso las normas del Código civil.

artículos 1921 a 1929¹⁶⁹. La otra es considerar que alude a las normas de la Ley Concursal: artículos 84, 89 ss., y 154 ss.¹⁷⁰.

¿Qué respuesta debe darse a esa cuestión¹⁷¹? A nuestro entender, la respuesta pasa en este caso por aplicar básicamente los criterios de preferencia y prelación de la LC. Pues aunque empezar apoyándonos en el artículo 1399 CC pueda hacer pensar que la solución apunta a las normas propias de este Código, en verdad no es así, ya que es el mismo Código civil el que reconduce luego la solución a la LC. Esto es así por cuanto que si bien al remitir en este caso –cuando el caudal inventariado de la sociedad de gananciales no alcance para pagar las deudas de la misma– «a lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos» el artículo 1399.2 CC estaba sin duda pensando en las normas correspondientes del Código civil (arts. 1921 ss.) –ya que en ese momento la LC no existía aún–, luego la situación cambia cuando la Ley Concursal se aprueba y se modifica el Código civil introduciendo

¹⁶⁹ El sistema de preferencia y prelación del Código civil, por ser suficientemente conocido, no es necesario reseñarlo aquí.

¹⁷⁰ De la combinación de esos preceptos resulta el orden siguiente. En primer lugar se sitúan los créditos contra la masa (arts. 84 y 154). Después los créditos con privilegio especial (arts. 90 y 155). Les siguen los créditos con privilegio general (arts. 91 y 156). El cuarto lugar lo ocupan los créditos ordinarios (art. 157). Y finalmente los créditos subordinados (arts. 92 y 158). En este punto se plantea sin embargo cierta dificultad en orden a encuadrar los créditos que el cónyuge *in bonis* tenga contra la sociedad de gananciales y contra el cónyuge concursado. La razón es que la LC considera créditos concursales subordinados –que ocupan el último lugar en el orden de pago–, entre otros a «los créditos que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor» (art. 92.5.º), siendo así que una de esas personas es «el cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso» (art. 93.1.1.º). Pues bien, no hay duda de que dentro de ese grupo de créditos subordinados están incluidos los que el cónyuge *in bonis* tenga directamente contra el cónyuge concursado, pero ¿y los que tenga contra la sociedad de gananciales, por reembolsos o reintegros? La doctrina se muestra dividida al respecto, habiendo autores que los consideran créditos subordinados (v. gr., CABANAS TREJO, *op. cit.*, p. 29; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 2261) mientras que otros excluyen ese carácter y por tanto los consideran créditos concursales ordinarios (v. gr., DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1294; en el mismo sentido, aunque en relación con el consorcio conyugal aragonés, PARRA LUCAN, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal cit.*, p. 126). Por nuestra parte, y aunque reconociendo que es discutible, nos gusta más esta última solución.

¹⁷¹ Es llamativa en este punto la diversidad de posturas que sostiene GUILARTE. Pues en *Comentarios a la legislación concursal cit.*, pp. 1566 y 1553-1554 (año 2004) afirma que «la facultad de activar la opción disolutoria del cónyuge concursado... llevará a la tramitación de la liquidación de la sociedad de gananciales en pieza separada donde habrá de estarse a las específicas reglas de los artículos 1397 y siguientes del Código civil –nunca las de la Ley Concursal– resolviéndose su hipotética insuficiencia conforme a las previsiones del Código civil en orden a la prelación de créditos». Pero en *La liquidación de la sociedad de gananciales...* cit., p. 99 (año 2005) afirma que la liquidación ganancial se ha de realizar «conforme a las pautas concursales y no en función de los criterios relativos comunes a que se refiere el artículo 1399 CC». También resulta contradictorio el parecer de SANCIÑENA ASURMENDI (*op. cit.*), que en p. 2259 dice que «la liquidación de la sociedad de gananciales durante la fase de concurso se realizará de acuerdo con las normas civiles sustantivas», pero luego en pp. 2260 y 2262 resuelve la cuestión aplicando las normas concursales de preferencia y prelación.

un párrafo 2 nuevo en su artículo 1921 CC¹⁷², en el que se dice que «en caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal». Lo que lleva a concluir que en este caso la liquidación de la sociedad de gananciales se debe hacer aplicando los criterios de preferencia y prelación de la LC¹⁷³.

Resultando entonces que en el supuesto de concurso de persona casada en régimen de sociedad de gananciales cuyo activo (de la sociedad) sea inferior a su pasivo (de esa misma sociedad), en la liquidación de ésta (que tendrá lugar de forma previa a la resolución del concurso) se realizarán los bienes gananciales y lo que con ellos se obtenga se destinará a pagar (hasta donde se pueda) las deudas gananciales siguiendo el orden de la LC¹⁷⁴. Y que luego, ya

¹⁷² Vid. Disposición Final primera de la LC.

¹⁷³ Esta conclusión cuenta con el aval de los debates y propuestas habidos en el *iter* de elaboración de la LC. Pues con fecha 2 de diciembre de 2002 se presentó en las Cortes enmienda (núm. 389) en la que se proponía modificar el artículo 1399 CC en los términos siguientes: «Terminado el inventario [de la sociedad de gananciales] se pagarán en primer lugar las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias que, en cualquier caso, tendrán preferencia. Respecto de las demás, si el caudal inventariado no alcanzase para ello, se observará lo dispuesto en la Ley Concursal» (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 101-115). Esta enmienda, como es evidente, no fue acogida, pero más parece por considerarse innecesaria que por rechazarse el sentido de lo que se proponía (así lo dice CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial* cit., pp. 136-137, nota 89). A favor de la solución expuesta en el texto se muestran también Díez Soto, *op. cit.*, p. 1293; y PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., pp. 269 y 283-284.

¹⁷⁴ Así también Díez Soto, *op. cit.*, pp. 1291 y 1293; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico-matrimonial», cit., p. 133; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., p. 268; SAIZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 174; SANCIBENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 2260. En contra, CABANAS TREJO, *op. cit.*, pp. 28-29. Sin perjuicio de lo dicho, plantea cierta duda la posición del derecho de alimentos. Esto se debe a que el artículo 1399.2 CC remite a lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos «respecto de las demás» deudas de la sociedad de gananciales, pero no en relación con las deudas alimenticias, lo que puede entenderse significa que en la liquidación de la sociedad de gananciales, aun cuando su activo sea inferior a su pasivo, la deuda de alimentos se ha de pagar con cargo a los bienes gananciales con preferencia a cualquier otra (así Díez Soto, *op. cit.*, p. 1293). Si así fuera, ahora bien, se trataría de un régimen no coincidente con el de la LC, pues con arreglo al artículo 1399.1 CC el derecho de alimentos ocupa el primer lugar en solitario a efectos de pago, mientras que en la LC el primer lugar lo ocupan los derechos que se califican como créditos contra la masa, que son varios (art. 84.2) y todos con la misma prelación (art. 154). La duda se despeja sin embargo si consideramos, con arreglo a lo dicho en nota 167, que el derecho a alimentos que se regula en el artículo 1399.1 CC se limita a los ya vencidos y pendientes de pago, no a los presentes y futuros, que se tratan en el artículo 1408 CC. Resultando así que la remisión del artículo 1399.2 alcanza entonces también al derecho a esos alimentos, que por tanto se regirá por las normas de la LC. Lo cual, aunque en términos estrictos no coincida totalmente con lo previsto en el CC tampoco se aleja mucho de ello, hasta el punto de que en la práctica el resultado será siempre, o casi siempre, igual. Pues el artículo 1408 CC establece que «de la masa común de bienes [de la sociedad de gananciales] se darán alimentos a los cónyuges o, en su caso, al sobreviviente y a los hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber...». Y en la LC el derecho de alimentos del deudor, y de las personas respecto de las cuales este tenga el deber legal de prestarlos, tienen la consideración de créditos contra la masa (art. 84.2.4.º), que son, junto con los demás créditos contra la masa, los primeros que se

en el concurso *stricto sensu*, se procederá a liquidar los bienes privativos integrados en la masa activa de éste¹⁷⁵ destinando lo que con ellos se obtenga al pago de las deudas que formen su masa pasiva –tanto las deudas privativas como las gananciales que no hubieran sido satisfechas con el producto de los bienes gananciales, o que no lo hubieran sido enteramente¹⁷⁶–, y que esa liquidación y pago se hará también con arreglo a los criterios de la LC¹⁷⁷. Así pues, en este caso la liquidación y pago de todos esos créditos se hará con arreglo a lo establecido en las normas de preferencia y prelación de la LC (aunque siempre manteniendo una cierta separación entre los bienes y deudas gananciales y los bienes y deudas privativos)¹⁷⁸.

* * *

La expuesta es la solución que nos parece más adecuada en cuanto a las normas –civiles y/o concursales– por las que se debe regir la liquidación de la sociedad de gananciales que se realiza a petición de uno de los cónyuges y en base al artículo 77.2 LC, que pasa por combinar unas normas y otras en función de que el activo de la sociedad de gananciales sea superior o inferior a su pasivo.

Se trata ciertamente de una fórmula algo compleja, pero que eso no obstante es la que cuadra con las premisas y con los datos positivos con los que hay que proceder en este tema.

Y que vale tanto para el sistema concursal dispuesto tras la Ley 38/2011 –en el que todas las deudas gananciales se integran en la masa pasiva del concurso, aunque hayan sido contraídas por el cónyuge *in bonis*– como para el de la redacción inicial de la Ley 22/2003, en el que las deudas gananciales del cónyuge *in bonis* estaban excluidas del concurso¹⁷⁹.

pagan (art. 154). Por lo que en la práctica el resultado será siempre o casi siempre igual, pues salvo casos extremos lo previsible es que todos se puedan ver satisfechos con los bienes que haya en el activo del concurso.

¹⁷⁵ En esta liquidación concursal no se podrá contar con ningún bien ex-ganancial procedente de la liquidación de la sociedad conyugal, porque todos esos bienes se habrán agotado en la liquidación ganancial (ya que el activo ganancial era inferior a su pasivo).

¹⁷⁶ Bajo el imperio de la Ley 22/2003 estas deudas gananciales eran solo las contraídas por el cónyuge concursado, porque las contraídas por el cónyuge *in bonis* no eran deudas concursales. Hoy, tras la Ley 38/2011 y la modificación que ha introducido en la LC, todas las deudas gananciales tienen consideración de concursales, hayan sido contraídas por el cónyuge concursado o por el cónyuge *in bonis*.

¹⁷⁷ Díez SOTO, *op. cit.*, p. 1294.

¹⁷⁸ CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, pp. 136-137.

¹⁷⁹ En este sentido, y para rebatir la crítica que contra esto último se hacía –que esa fórmula suponía aplicar normas concursales (de preferencia y prelación) a créditos que aunque integraran el pasivo ganancial no formaban parte de la masa pasiva del concurso:

3.4.3 SOBRE CUESTIONES PROCEDIMENTALES DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COORDINADA CON EL CONCURSO

Llegados a este punto procede entonces considerar, siquiera sea brevemente, las varias cuestiones procedimentales que atañen a la liquidación de la sociedad de gananciales cuando uno de los cónyuges ha sido declarado en concurso y el otro la pide ejercitando la facultad que en ese sentido le confiere el artículo 77.2 LC.

a) *Juez competente*

A este respecto hay práctica unanimidad en la doctrina en considerar que el Juez competente para conocer de la liquidación de la sociedad de gananciales en este caso es el mismo Juez del concurso¹⁸⁰.

Pues aunque no se diga así en términos explícitos en el artículo 77.2 LC, sí resulta con claridad de otros preceptos. Por ejemplo el artículo 21.1.7 LC, que establece que «el auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos: (...) En su caso, la decisión sobre la formación de pieza separada conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales», siendo así que ese auto sólo puede ser dictado por el Juez del concurso. O el artículo 8.1.º LC, que atribuye al Juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materia de «acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a los que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil», siendo así que el proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, que tiene induda-

los de los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* (MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2086)–, se podía responder que no se trataba propiamente de someter esos créditos a concurso ni a sus reglas –prueba de lo cual es que la liquidación de la sociedad de gananciales se hace de forma previa y separada y siguiendo en términos generales sus normas propias (v. gr., en orden a la formación del activo y del pasivo)– sino simplemente de aplicar a esa liquidación, y sólo en el supuesto de que el activo de la sociedad sea inferior a su pasivo, un sistema de preferencia y prelación –el de la LC– en lugar de otro –el de los arts. 1921 ss. CC–. Lo cual no era un absurdo jurídico, pues tan civil es una norma como otra. Ni suponía tampoco cambiar *a posteriori*, de forma sobrevenida y sorpresiva, la regulación aplicable, porque esas reglas concursales estaban vigentes y eran conocidas (o al menos cognoscibles) en el momento en que esos sujetos entraban en contacto con el cónyuge *in bonis* y a resultas de ello se convertían en acreedores de la sociedad de gananciales, y además porque la remisión a esas normas concursales se contiene en el propio CC: artículos 1399.2 y 1921.2.

¹⁸⁰ Así Díez Soto, *op. cit.*, p. 1290; MERCADAL, *op. cit.*, p. 402; MAGRO SERVET, *op. cit.*, p. 1618; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 2255; ARANGUREN URRIZA, *op. cit.*, p. 367; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 136. Se muestra dubitativa MANZANO CEJUDO, *op. cit.*, p. 490.

ble trascendencia patrimonial, no está entre esos, ya que su regulación (arts. 806 ss.) se encuentra situada en el Título II del Libro IV de la LEC¹⁸¹.

Además, ello resulta coherente con el mandato establecido en el propio artículo 77.2 LC, de proceder de forma coordinada entre la liquidación ganancial y el concurso, para lo cual la acumulación de todas esas cuestiones ante el mismo Juez es medida instrumental muy oportuna¹⁸².

b) *¿Tramitación en pieza separada o a través de incidente concursal?*

Dado que el artículo 77.2 LC, no señala explícitamente cuál es el cauce procedimental a través del que ha de tramitarse en este caso la liquidación de la sociedad de gananciales, puede pensarse que son dos las vías posibles. Una, acudir al incidente concursal, ya que el artículo 192.1 LC, dice que «todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación, se ventilarán por el cauce del incidente concursal»¹⁸³. La otra vía es optar por la tramitación autónoma de la liquidación, en pieza separada.

¹⁸¹ MERCADAL, *op. cit.*, p. 402. Atención particular en este sentido requieren sin embargo los casos siguientes:

a) Que en el momento en que se declara el concurso de un cónyuge ya se esté tramitando la disolución de su sociedad de gananciales, por alguna otra causa de las que permite la ley, ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente (art. 807 LEC). En este caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.1 LC, la competencia para seguir conociendo de ese procedimiento de liquidación ganancial pasará al Juez de lo Mercantil que se esté ocupando de ese concurso.

b) Que el procedimiento de concurso de un cónyuge discurra en paralelo con otro de índole matrimonial (separación o divorcio). Aquí la respuesta es mucho más difícil. Pues el citado artículo 8.1 LC señala la competencia del Juez de concurso para conocer de «*las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejercitan en los procesos sobre... matrimonio... a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil*». Que son, precisamente, las que aquí estamos viendo. Esto en principio significa que la competencia para conocer de la separación o el divorcio de los cónyuges –que según la normativa de procedimiento corresponde al Juez de Familia o, en su caso, al de Primera Instancia– no se ve afectada por el hecho de que uno de ellos haya sido declarado en concurso. La dificultad deriva del hecho de que en este tipo de procedimientos, además de medidas de tipo personal entre los cónyuges y sus hijos es frecuente la adopción de medidas de tipo económico, cuya efectividad real se puede ver dificultada al interferir con el «poder» del Juez del concurso sobre el patrimonio del cónyuge (en trámites de separación o divorcio) declarado en concurso. Sobre esto, *vid.* GUILARTE, *Comentarios a la legislación concursal*, cit., ad artículo 77 LC, pp. 1573-1574; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 269-270; ORDUÑA-PLAZA: *op. cit.*, p. 1413; BLANQUER ÜBEROS, «Notas sobre la relación entre concurso y sociedad de gananciales», cit., pp. 1764-1765; HERRERO PEREZAGUA, *op. cit.*, pp. 176-178.

¹⁸² Así lo apunta certeramente ARANGUREN URRIZA, *op. cit.*, p. 367.

¹⁸³ Así lo defiende VIGUER SOLER, «La masa activa: determinación de las acciones de reintegración», en *La nueva Ley Concursal* (dir. GARNICA MARTÍN), *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVIII, CGPJ, 2003, p. 365.

Pero en realidad la alternativa expuesta no tiene razón de ser, pues aunque es cierto que el artículo 77.2 LC, no explicita el procedimiento a seguir hay otros datos que resultan suficientes para alcanzar una solución clara a esa cuestión.

Uno de esos datos es el tenor literal del artículo 21.1.7 LC, que entre los varios pronunciamientos que debe o puede contener el auto en que se declare el concurso incluye «la decisión [del Juez] sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales»¹⁸⁴.

Y otro es el artículo 76.2 del Proyecto de LC-2002 –antecedente directo y último del hoy vigente art. 77.2 LC–, en el que se establecía que «la declaración de concurso [de persona casada en régimen de gananciales] determinará su disolución [de la sociedad de gananciales], tramitándose pieza separada...». Lo que permite entender que ese mismo es el sentido en que debe interpretarse el actual artículo 77.2 LC, pues la modificación habida en él con respecto a su antecedente inmediato ya sabemos que se orientó sólo a suprimir el automatismo en la disolución de la sociedad de gananciales que el Proyecto de 2002 disponía¹⁸⁵.

La liquidación de la sociedad de gananciales, por tanto, en la hipótesis que aquí estamos considerando ha de tramitarse en pieza separada. Así lo entiende además la común doctrina¹⁸⁶.

c) *Tramitación del procedimiento*

Se parte en este tema de un precepto oscuro, pues el artículo 77.2 LC se limita a decir que «la liquidación o división del patrimonio... se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso», y «forma coordinada» es una fórmula que ayuda poco, por su ambigüedad.

¹⁸⁴ Así lo destacan MAGRO SERVET, *op. cit.*, p. 1618; CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico-matrimonial* cit., pp. 135-136; ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, p. 51; ARANGUREN URRIZA, *op. cit.*, p. 367; MERCADAL, *op. cit.*, p. 402; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 2255; ORDUÑA-PLAZA: *op. cit.*, p. 1413; DÍEZ SOTO, *op. cit.*, pp. 1290 s.

¹⁸⁵ Así lo apunta, y precisamente al tratar este tema, GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales... cit.*, p. 91.

¹⁸⁶ Además de las razones apuntadas, que son de índole más teórica o positiva, apunta también GUILARTE («La liquidación de la sociedad de gananciales...», cit., p. 91) en el mismo sentido una razón pragmática: «la complejidad del trámite de liquidación de la sociedad de gananciales –dice–, con sus fases de fijación de activo y pasivo, propuesta de liquidación y división, así como la presencia final de un contador dirimente (art. 801.5 LEC) y reenvío ulterior a los trámites de los artículos 785 ss., resulta absolutamente imposible de subsumir en el incidente concursal».

Por ello hemos dicho en los apartados anteriores que para alcanzar aquí una solución fundada es preciso tomar cierta distancia de la letra del precepto y atender a las premisas sobre las que se sustenta la regulación que la LC dispone para este supuesto, a resultas de lo cual hemos visto que la liquidación de la sociedad de gananciales debe hacerse de forma separada y previa a la resolución del concurso. Pues bien, eso lleva a afirmar ahora que la tramitación de esa liquidación ha de hacerse con arreglo a las normas propias de la LEC¹⁸⁷.

Lo cual encuentra respaldo al considerar que en el artículo 76.2 del Proyecto de LC de 2002 –antecedente del actual art. 77.2 LC– se establecía que «la declaración de concurso determinará su disolución [de la sociedad de gananciales], tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». La remisión a la LEC era, así, explícita. Y eso sustenta la idea de que tal debe seguir siendo hoy la norma que rijan su tramitación, pues sabemos que el cambio que con respecto al Proyecto de 2002 se dispuso en el artículo 77.2 LC vino determinado sólo por la idea de sustituir el carácter imperativo y automático de la disolución de la sociedad de gananciales por un sistema de disolución no necesaria sino facultativa, esto es supeditada a que lo pida el cónyuge *in bonis*. La supresión de la remisión explícita a la LEC, por tanto, fue sólo un cambio de redacción, no de fondo, y por ello resulta fundado considerar que la idea subyacente sigue siendo la misma¹⁸⁸.

Lo cual se cifra, en palabras del propio artículo 541.3 LEC, en que «el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta Ley». Esto supone a su vez remitir a los artículos 806 ss. LEC¹⁸⁹. Pero ¿cómo es, en concreto, esa tramitación? Los pasos de la misma, sucintamente expuestos, son los siguientes¹⁹⁰.

En primer lugar, una vez le haya comunicado el cónyuge *in bonis* su voluntad de disolver la sociedad de gananciales al amparo

¹⁸⁷ CUENA CASAS, «La liquidación de la sociedad de gananciales...», cit., p. 136; GUILARTE, *Comentarios a la legislación concursal*, cit., ad artículo 77, pp. 1576 s; DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1291; HERRERA CUEVAS, *op. cit.*, p. 386.

¹⁸⁸ ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, p. 51; GUILARTE, «La liquidación de la sociedad de gananciales...», cit., p. 69.

¹⁸⁹ Libro IV, Título II, Capítulo II, cuya rúbrica es «Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial».

¹⁹⁰ Seguimos aquí, en fundamental medida, a CRESPI FERRER, *op. cit.*, pp. 39-45, aunque con adaptaciones, ya que este autor se ocupa de la problemática procesal del embargo de bienes gananciales en general, no con referencia expresa al caso de liquidación de la sociedad de gananciales derivada de la petición del cónyuge *in bonis* formulada en ejercicio de la facultad que en ese sentido le concede el artículo 77.2 LEC.

del artículo 77.2 LC, el Juez del concurso debe ponerlo en conocimiento del cónyuge concursado y también de la Administración concursal, *ex* artículo 40.6 LC¹⁹¹. Los acreedores a título particular serán notificados formalmente si están personados en el procedimiento; si no lo están, podrán eso no obstante intervenir en el procedimiento si así lo solicitan –pues la LEC (art. 13) lo permite a quienes tengan interés directo y legítimo en el resultado del pleito, cosa que como es evidente se puede predicar de esos acreedores–, pudiendo a partir de entonces actuar empleando los mismos medios y recursos procesales que las partes¹⁹².

Hecho lo anterior cabe entonces la posibilidad de liquidar la sociedad por vía de acuerdo, bien entre el cónyuge *in bonis* y el

¹⁹¹ Esto es así porque la intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del cónyuge concursado sobre sus bienes que se produce en caso de concurso (art. 40 LC, núms. 1, 2 y 3) atañe también «a las que correspondan al deudor (de) en la sociedad conyugal» (art. 40.6 LC). Con esto se conjura el peligro denunciado por la doctrina –*vid. supra* texto y nota 144– de que la liquidación ganancial se haga por los cónyuges en fraude de acreedores o del concurso, ya que una de las funciones de la Administración concursal es velar por los intereses del concurso (CUENA CASAS, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., p. 135). Abundando en lo dicho, deben tenerse en cuenta además las explicaciones que proporciona CUENA (pp. 149-151) al señalar que el artículo 40.6 LC procede del artículo 39.6 del Proyecto de LC de 2002, que tenía idéntica redacción pero distinto significado, por razón del contexto en que se encuadraba. Pues en ese Proyecto, como sabemos, la declaración de concurso conllevaba la disolución y liquidación necesaria y automática de la sociedad de gananciales, resultando entonces que la actuación de la Administración concursal en relación con los bienes gananciales se limitaba fundamentalmente a controlar la liquidación de la sociedad, para evitar que los cónyuges procedieran de modo fraudulento.

¹⁹² La posible intervención de los acreedores se justifica porque tal liquidación les afecta: considérese que una de las principales inquietudes de esos acreedores es que la liquidación de la sociedad de gananciales no se realice debidamente –*v. gr.*, porque se excluyan de la misma determinados bienes que en principio procedería integrar; porque esos bienes no se valoren correctamente; porque las adjudicaciones de bienes a cada cónyuge no sean adecuadas (los fácilmente realizables a uno, y al otro los poco líquidos), etc.–, con el resultado de que sus expectativas de cobro se reduzcan. Por ello dice CRESPI FERRER (*op. cit.*, p. 41) que «la liquidación del régimen ha de hacerse conforme a las normas procesales y a las normas civiles que resultan aplicables (art. 806 [LEC]), lo que supone remisión al artículo 1402 y 1410 del CC y a su vez a los artículos 1082 y 1083 del mismo, preceptos sustancialmente recogidos en el artículo 782 de la... LEC, lo que supone que el acreedor podrá intervenir en las operaciones para evitar que se verifiquen en fraude o perjuicio de su derecho». Sentado lo anterior, conviene aquí apuntar que la aplicación de los preceptos citados de la LEC-2000 se justifica por lo siguiente. Bajo el imperio de la LEC-1881, que no tenía normas específicas para la liquidación de la sociedad de gananciales, se procedía aplicando las propias del juicio de testamentaría –que regulaba la división de la herencia–, que prestaban cierta atención a los acreedores del otro cónyuge. Tras la entrada en vigor de la LEC-2000, ahora bien, la cuestión no es tan clara, pues en ella se regula un procedimiento específico de liquidación del régimen económico matrimonial en el que no está prevista sin embargo la intervención de los acreedores de los cónyuges (arts. 541 y 806 ss.). Esto no obstante, se considera (SAIZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 150 ss.) que aunque las normas de ese procedimiento sean de aplicación preferente ello no excluye totalmente la aplicación de las normas del procedimiento de división de herencia que se disponen hoy en la LEC-2000 (que sustituye al juicio de testamentaría de la LEC-1881), pues el artículo 1410 CC sigue remitiendo a las normas de partición de herencia, que serán por tanto aplicables siempre que no resulten contradictorias o incompatibles con lo dispuesto en el procedimiento específico de división de la sociedad de gananciales.

cónyuge concursado, aunque subordinada la voluntad de éste a la autorización o conformidad de la Administración concursal –si las facultades de administración y disposición del cónyuge concursado sobre sus bienes están sólo intervenidas–, bien entre el cónyuge *in bonis* y la Administración concursal –si las facultades de aquél se encuentran suspendidas–¹⁹³. Alcanzado ese acuerdo, el Juez del concurso resolverá al respecto lo que estime procedente –recuérdese que se trata de una liquidación de sociedad de gananciales en el seno de un procedimiento concursal (*vid.* también art. 541.3 LEC)–, aunque antes podrá o deberá oír, y tener en cuenta en cierta medida, a los acreedores, *ex* artículos 403, 1402, 1410 y 1083 CC¹⁹⁴.

Si no se alcanzara tal acuerdo dispondrá entonces el Juez que la disolución se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en los artículos 806 ss. LEC, cuyos pasos principales son los siguientes:

– Si el cónyuge *in bonis* no hubiera presentado, junto con la solicitud de disolución, propuesta de inventario del patrimonio

¹⁹³ Esta idea parece asumirla BLANQUER UBEROS (*El concurso de los cónyuges en gananciales...*, cit., p. 29) aunque desde las premisas de su entendimiento de la cuestión, que como sabemos es distinto al nuestro.

¹⁹⁴ ¿Qué pueden hacer, en concreto, estos acreedores? Sin perjuicio de usar los mecanismos generales de tutela de los créditos, que ya conocemos, la protección más específica de esos acreedores se sustenta en los artículos 1410 y 1402 CC, el primero de aplicación general y el segundo específico para los acreedores gananciales. El artículo 1410 CC establece que «*en todo lo no previsto en este capítulo [que lleva por rúbrica De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales]... se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia*», lo que remite a los artículos 1082 ss. del mismo Código, y en particular permite aplicar el artículo 1083 CC, a resultados del cual los acreedores (tanto si son gananciales como si son privativos) pueden intervenir (a su costa) en esa liquidación «*para evitar que esta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos*» (*vid.* también art. 782.5 LEC). Y así, una vez personados en ese procedimiento habrán de ser citados para la formación de inventario (art. 793.3.4 LEC), y podrán manifestar su desacuerdo con respecto a alguna de las operaciones del mismo (art. 809.2 LEC); también se les citará para designar peritos y contador (art. 783.5 LEC) (SAIZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 155). Además de lo anterior, en caso de tratarse de acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* sus posibilidades de actuación son aún más consistentes, pues el artículo 1402 CC dispone que «*los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias*», lo que remite en particular al artículo 1082 CC, que establece que estos acreedores «*podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la [sociedad de gananciales] hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos*» (arts. 782.4 y 788.3 LEC) (SAIZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 157-160). «Esta intervención... –añade CRESPI FERRER, p. 41–, no supone que el acreedor haya de consentir las resultados de las operaciones divisorias para que éstas resulten válidas y firmes... [pues esos acreedores no son parte en la sociedad conyugal], pero... puede intervenir en todos los trámites procesales de las mismas [y] también interponer los mismos recursos, usar de los mismos medios procesales y abrir los mismos incidentes que corresponden a las partes... para evitar cualquier fraude o perjuicio». Los acreedores no se convierten, pues, en parte en dicho proceso, pero sí tienen una intervención supervisadora del mismo para atender a la defensa de sus intereses (las cuestiones que en su caso se planteen a ese respecto, se resolverán por los trámites del juicio verbal) SAIZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 152. En cualquier caso, si no obstante lo dicho el resultado final de alguna de las operaciones liquidatorias fuera perjudicial para los acreedores, éstos pueden siempre, como último recurso, acudir al declarativo ordinario (art. 787.5 LEC).

ganancial (activo y pasivo) debidamente justificado, el Juez en su misma resolución podrá señalarle plazo para que lo haga. Dicha resolución se notificará al cónyuge concursado, a la Administración concursal y a cualquier acreedor que se hubiere personado en el procedimiento¹⁹⁵.

– Se citará a los cónyuges, a la Administración concursal y a esos acreedores¹⁹⁶, para que en el plazo máximo de 10 días comparezcan ante el Secretario judicial a formar inventario, sujetándose a lo dispuesto en la legislación civil sobre régimen de gananciales¹⁹⁷.

– Concluido el inventario, cualquiera de los cónyuges podrá pedir la liquidación del patrimonio ganancial presentando propuesta de cómo efectuarla (aunque aquí en relación con el concursado hay que tener presente el papel que corresponde a la Administración concursal, distinguiendo según sea concurso necesario o voluntario). Si ninguno hiciera tal petición, los acreedores podrán requerir al Juez para que señale a aquéllos un plazo en que deban presentar propuesta de liquidación.

– Presentada la correspondiente propuesta, se citará a todos los señalados para comparecer ante el Secretario judicial en el plazo de 10 días, a fin de alcanzar acuerdo al respecto o en su defecto designar contador y peritos que realicen las operaciones divisorias.

– Si las partes alcanzan acuerdo de liquidación –el cónyuge *in bonis* y la Administración concursal, en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del cónyuge con-

¹⁹⁵ En este punto hay que tener presente que uno de los cometidos fundamentales de la Administración concursal es elaborar un inventario de los bienes que constituyen la masa activa del concurso –entre los cuales están integrados todos los gananciales– y una lista de los acreedores que forman la masa pasiva del mismo. Lo cual hace plausible considerar que el inventario que se haga del activo y pasivo ganancial, en pieza separada, deba coordinarse con el que la Administración concursal haga de las masas activa y pasiva del concurso. Lo que puede tal vez exigir un cierto acompañamiento temporal entre uno y otro (así lo apuntan HERRERO PEREZAGUA, *op. cit.*, pp. 180-183; y ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, pp. 51 s; no lo ve factible en cambio GUILARTE, *Comentarios a la legislación concursal*, cit., *ad art.* 77 LC, pp. 1576 s).

¹⁹⁶ La intervención aquí de estos acreedores se justifica por las mismas razones antes apuntadas en nota 192. En cuanto a sus posibilidades de actuación, *vid.* nota 194.

¹⁹⁷ En relación con esta comparecencia ante el Secretario, el artículo 809.1, párrafo 3, LEC contempla dos hipótesis: que uno de los cónyuges no comparezca sin justa causa, en cuyo caso dispone que se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que presente el otro; o que en esa comparecencia los cónyuges alcancen acuerdo sobre eso. En ambos casos, se dice habitualmente, hay peligro de que ello responda a un previo acuerdo fraudulento de los cónyuges, en detrimento de los acreedores. En nuestro supuesto, sin embargo, tal peligro en relación con el cónyuge concursado, o bien no es factible –si hay suspensión de sus facultades y en su lugar interviene la Administración concursal–, o bien es difícil que se dé, en caso de intervención, por la supervisión que la misma Administración concursal despliega en ese sentido sobre los actos del cónyuge concursado. En todo caso, para conjurar este peligro los acreedores personados en el procedimiento tienen aquí las mismas posibilidades de intervención que se han referido antes en nota 194.

cursado; o ambos cónyuges, aunque el concursado contando con la conformidad o autorización de la Administración concursal, en caso de intervención–, se pasará al Juez para que resuelva si lo homologa o no (art. 19 LC; al hacerlo, el Juez podrá tener en cuenta las alegaciones que los acreedores hayan podido hacer al respecto)¹⁹⁸.

– Si no se alcanza ese acuerdo, o el que se presenta no es homologado por el Juez, se procederá con arreglo a lo dispuesto en los artículos 784 y siguientes LEC para la división de herencia¹⁹⁹: 1.º) Si no hay acuerdo sobre la liquidación pero sí sobre los peritos y el contador que deban hacerla, el Juez los nombrará con el encargo de cumplir su tarea (los acreedores no pueden oponerse pero sí formular tachas a los mismos); si no hay acuerdo ni siquiera sobre eso, se designarán por sorteo (pudiendo ser recusados); 2.º) Efectuadas las operaciones divisorias por los peritos y el contador (plazo máximo 2 meses), se dará traslado de las mismas a las partes –en nuestro caso también a la Administración concursal, y a los acreedores personados si los hubiere– para que en 10 días puedan formular oposición; 3.º) Hecho lo anterior, si no hubiera habido oposición el Juez aprobará y mandará protocolizar tales operaciones; si la hubiera habido, convocará a las partes a una comparecencia para intentar nuevamente el acuerdo: si se alcanza, se aprobará por el Juez y se ejecutará; si no, se resolverá por los trámites del juicio verbal²⁰⁰.

3.5 Régimen de funcionamiento de la sociedad de gananciales, en caso de que el cónyuge *in bonis* no pida su disolución

La declaración en concurso de persona casada en régimen de gananciales, como sabemos, no determina necesariamente la disolución y liquidación de esa sociedad, sino que simplemente faculta al otro cónyuge (cónyuge *in bonis*) para pedirla (art. 77.2 LC). Esto supone que aunque estadísticamente resulte inusual no es descartable haya casos en que tal facultad no se ejerza y por tanto que la sociedad siga vigente, no obstante el concurso de uno de los cónyuges. Lo que puede deberse a razones legítimas, por ejemplo a que el cónyuge *in bonis* estime que el mantenimiento de ese régimen facilita se alcance una resolución del concurso de su esposo por vía

¹⁹⁸ En relación con esta comparecencia ante el Secretario, el artículo 810.4 LEC contiene una norma absolutamente paralela a la del artículo 809.1 LEC (*vid. nota anterior*).

¹⁹⁹ SAIZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 161-162.

²⁰⁰ La sentencia que en este se dicte no tiene fuerza de cosa juzgada, por lo que los interesados, si así lo consideran, podrán hacer valer sus derechos en el juicio ordinario oportuno.

de convenio, porque de ese modo se genera una mayor confianza en los acreedores²⁰¹.

¿Cómo, ahora bien, funciona la sociedad de gananciales en este caso? El punto de partida a este respecto es el artículo 40 LC, de entre cuyos apartados consideramos ahora los siguientes:

Art. 40.1: «En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad».

Art. 40.2: «En caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales».

Art. 40.6: «La intervención y la suspensión se referirán a las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, a las que correspondan al deudor [en] la sociedad... conyugal»²⁰².

De ellos, el que más propiamente interesa aquí es el artículo 40.6 LC, que sin embargo dista de ser óptimo.

Ello se debe, en parte, a que la que estamos considerando es una cuestión de la que muy posiblemente no fue consciente siquiera el legislador²⁰³. Pues el artículo 40.6 LC procede del artículo 39.6 del Proyecto de LC de 2002, cuya redacción era idéntica pero tenía sin embargo un alcance sustancialmente distinto. Ya que en ese Proyecto la declaración de concurso de un cónyuge determinaba la disolución necesaria y automática del régimen de gananciales, resultando entonces que la gestión de la Administración concursal en la sociedad de gananciales se limitaba sólo a las tareas de liquidación de la misma. Mientras que en la LC finalmente aprobada la disolución de la sociedad de gananciales se produce sólo si el cónyuge *in bonis* la interesa (art. 77.2), lo que supone que si no la pide la sociedad de gananciales sigue viviendo, y por tanto que la Administración concursal tendrá que intervenir en su gestión. Por ello, habida cuenta que el artículo 77.2 LC fue introducido a última

²⁰¹ BLANQUER ÜBEROS, *Notas sobre la relación entre concurso y sociedad de gananciales* cit., p. 1763.

²⁰² El precepto dice literalmente «deudor de la sociedad... conyugal», pero hay acuerdo en la doctrina en que se trata de un *lapsus calami*: vid. BLANQUER ÜBEROS, *Notas sobre la relación entre concurso y sociedad de gananciales* cit., p. 1762; CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial* cit., p. 149; MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2070; PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 94.

²⁰³ Así lo dice CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial* cit., pp. 149-151, a quien seguimos en esta explicación.

hora, no es descabellado entender que el legislador no tuvo plena consciencia del alcance que la norma dispuesta en el artículo 40.6 LC tiene para la gestión de la sociedad de gananciales, si esta continúa rigiendo no obstante haber sido declarado en concurso uno de los cónyuges.

Sin perjuicio de lo dicho, ahora bien, más importante es destacar que la insuficiencia de la norma se debe sobre todo a la singularidad de la realidad que pretende regular –por la conexión íntima que el patrimonio ganancial tiene con el matrimonio, ya que está específicamente destinado al levantamiento de sus cargas–, que difícilmente admite que su gestión se vea realizada o interferida por personas distintas a los cónyuges. Como sin embargo ocurre en este caso, pues entre las varias funciones que la Administración concursal tiene encomendadas está la de intervenir –para controlar su atendibilidad– en los actos de administración y disposición de bienes sometidos a concurso (entre los cuales están todos los gananciales) que se realicen después de declarado el mismo, siendo así que esto es aplicable tanto si la sociedad de gananciales se disuelve y liquida como si por el contrario continúa rigiendo²⁰⁴.

En todo caso, puesto que la situación es susceptible de darse, hay que indagar cuál es el régimen aplicable a los actos de gestión de la sociedad de gananciales –sean de administración, obligación o disposición– en caso de que uno de los cónyuges sea declarado en concurso y la sociedad no se disuelva sino que siga vigente, porque el cónyuge *in bonis* no pida su disolución.

Para ello vamos a distinguir según se trate de actos que requieran la intervención conjunta de ambos cónyuges o de actos que puedan ser realizados individualmente por uno solo de ellos, y dentro de estos últimos volviendo a distinguir según se trate de actos que pretenda realizar solo el cónyuge concursado o solo el cónyuge *in bonis*²⁰⁵.

²⁰⁴ «Si tenemos en cuenta –dice CUENA CASAS– que la comunidad conyugal está indisolublemente unida a una comunidad de vida entre los cónyuges presidida por la intimidad de sus relaciones, resulta... novedoso que para gestionar el aspecto económico de esa comunidad de vida uno de los cónyuges deba actuar con la Administración concursal, que se encuentra, como es lógico,... al margen de toda la rutina conyugal» («Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 148; la misma idea también en p. 153). En el mismo sentido se pronuncia DÍEZ SOTO, afirmando que en este punto «uno de los principales problemas será el relativo a la coordinación de las facultades atribuidas a la Administración concursal con las que corresponden al cónyuge no concursado en el ámbito de la gestión de los gananciales» (*op. cit.*, pp. 1298 y 1296). También PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 94.

²⁰⁵ PARRA LUCÁN, (*Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, cit., p. 142), distingue previamente según que el cónyuge *in bonis* haya pedido o no liquidación, pero se trata de una distinción que apenas tiene trascendencia práctica.

3.5.1 ACTOS DE GESTIÓN CONJUNTA

Esta fórmula, que constituye la regla ordinaria en el actual régimen de gananciales –ya que en él señorea el principio de gestión conjunta o co-gestión de los dos cónyuges (art. 1375 CC)²⁰⁶–, es la que ha de aplicarse como norma de principio también en la hipótesis aquí estudiada. Pues no hay razones para que la misma se vea alterada en lo sustancial por el hecho de que uno de los cónyuges haya sido declarado en concurso.

Aunque naturalmente no cabe tampoco pretender que esa circunstancia no tenga repercusión ninguna en este sentido. Esa repercusión existe, y se concreta en que en caso de intervención de las facultades patrimoniales del cónyuge concursado los actos de este tipo habrán de ser realizados conjuntamente por el cónyuge *in bonis* y el cónyuge concursado, aunque supeditada la voluntad de este último a la autorización o conformidad de la Administración concursal. Mientras que en caso de suspensión esos actos habrán de realizarse conjuntamente por el cónyuge *in bonis* y la Administración concursal –pues aquí el cónyuge concursado es sustituido por ésta–, que se someterá además a sus propias reglas.

¿Qué sucede si uno de los concernidos –el cónyuge *in bonis*, el cónyuge concursado o la Administración concursal– no está conforme con el acto que pretende realizar la otra parte, y no manifiesta por tanto su voluntad favorable en ese sentido? Para salvar esta situación parece procedente acudir a lo dispuesto en los artículos 1376 y 1377 CC, en los que se establece que cuando para realizar un acto sea necesario el consentimiento de ambos cónyuges y uno se halle impedido para prestarlo o se niegue injustificadamente a ello, podrá acudir al Juez para que supla su voluntad, si encuentra fundada la pretensión²⁰⁷.

Eso sentado, queda todavía una cuestión importante por considerar: ¿qué puede hacer la Administración concursal frente a un acto de este tipo que hubieran realizado ambos cónyuges prescindiendo de su necesaria colaboración o actuación? La respuesta es la siguiente: en caso de intervención podrá ir contra ese acto ejercitando la acción de anulación prevista en el artículo 40.7 LC²⁰⁸;

²⁰⁶ «En defecto de capitulaciones matrimoniales –dice este artículo–, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes.»

²⁰⁷ Díez Soto, *op. cit.*, p. 1300; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, pp. 152-153.

²⁰⁸ Pues ese acto se ha realizado sin contar el cónyuge concursado con la preceptiva autorización o conformidad de la Administración concursal. «Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo –dice el art. 40.7 LC– solo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese con-

en caso de suspensión podrá también impugnar el acto realizado, si bien cabe dudar entre la acción de anulación –como establece la norma del caso anterior– o la de declaración de nulidad radical²⁰⁹.

3.5.2 ACTOS DE GESTIÓN INDIVIDUAL

Sin perjuicio de que la regla sea la gestión conjunta, en el sistema actual están también contemplados positivamente –fundamentalmente en atención a la naturaleza del bien, al régimen propio de su tráfico o a exigencias prácticas derivadas del funcionamiento real de la vida familiar– actos de administración, obligación o disposición que pueden ser realizados válidamente por un solo cónyuge, sin intervención del otro²¹⁰.

Por ejemplo los actos de administración o disposición que realiza un cónyuge sobre los frutos y rentas producidos por sus bienes (art. 1381 CC); o sobre bienes, derechos, dinero o valores que estén a su nombre o en su poder (arts. 1384 y 1385 CC); o los que realice para atender a gastos urgentes de carácter necesario (art. 1386 CC); o los que realice el cónyuge comerciante sobre bienes adquiridos por él a resultas del ejercicio del comercio (art. 6 CCo)²¹¹.

O los actos que realiza un cónyuge y generan obligaciones a cargo de los bienes gananciales por ser hechos en ejercicio de la potestad doméstica, de la gestión de bienes gananciales que por ley o por capítulos le corresponda, del ejercicio ordinario de la profesión, arte, ofi-

validado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de esta. / Los actos no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme».

²⁰⁹ Nulidad radical, porque si en caso de suspensión la Administración concursal sustituye al cónyuge concursado eso significa que el acto en cuestión se habría realizando faltando absolutamente su voluntad. Esta solución, sin embargo, no tiene un respaldo claro en el régimen civil aplicable cuando no hay concurso, ya que el artículo 1322 CC es precepto que plantea dudas y dificultades en este sentido. PARRA LUCÁN, sin especial distinción entre caso de intervención y suspensión, considera que el acto en cuestión será inoponible al otro cónyuge, que podrá por tanto pedir la restitución (*Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, cit., p. 143).

²¹⁰ Esas posibilidades de actuación individual se limitan aquí a las legalmente contempladas, no a las que tengan su base en un apoderamiento voluntario que hubiere conferido en su día un cónyuge al otro, pues ese apoderamiento se extingue por la declaración en concurso de cualquiera de los cónyuges (art. 1732.3 CC). PARRA LUCÁN, sin embargo, parece admitir la subsistencia de pactos sobre la gestión de los bienes comunes que los cónyuges hubieran alcanzado previamente (*Concurso de acreedores y consorcio conyugal* cit., p. 146).

²¹¹ MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2070.

cio o empresa, o de la administración ordinaria de sus bienes propios (art. 1365 CC); o que generan obligaciones extracontractuales de responsabilidad de la sociedad de gananciales por ser consecuencia de su actuación en beneficio de la misma o en el ámbito de la administración de sus bienes (art. 1366 CC); o por ser contraídas para atender a gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos, en caso de separación de hecho de los cónyuges (art. 1368 CC).

El régimen de estos actos individuales de gestión es más complicado que cuando se trata de actos de gestión conjunta.

a) *Actos de gestión individual del cónyuge concursado*

Los actos de administración, obligación y disposición sobre bienes gananciales que en situación de normalidad puede un cónyuge realizar válidamente por sí solo, en principio no se ven absolutamente impedidos por el hecho de ser declarado en concurso²¹², aunque ciertamente la nueva situación interfiere en ello, y de forma muy distinta en función de que el sistema que el Juez establezca sea de intervención o de suspensión.

Pues si se trata de un caso de intervención de sus facultades patrimoniales no hay razón para excluir que el cónyuge concursado pueda seguir realizando tales actos, aunque éstos para ser válidos precisen contar con la autorización o conformidad de la Administración concursal. Pero en caso de suspensión la situación es otra, ya que aunque la Administración concursal sustituya en términos generales al cónyuge concursado resulta difícil reconocerle aquí

²¹² Cosa distinta es la atinente a la inhabilitación para administrar bienes ajenos en un período de dos a quince años que puede señalarse como condena al cónyuge concursado en la sentencia de calificación del concurso (art. 172.2.2.º LC). ¿En qué medida afecta esto a la gestión de los bienes gananciales, una vez terminado el concurso? Destaca MAGARIÑOS (*op. cit.*, p. 2071) que el citado artículo tiene una redacción dulcificada con respecto a la que tenía en el Proyecto de LC de 2002, ya que en él la inhabilitación para administrar se refería tanto a bienes ajenos como a bienes propios. A la vista de lo cual considera MAGARIÑOS que «no parece que la inhabilitación produzca efectos especiales en el régimen de administración de la sociedad de gananciales cuando esta no se disuelva y liquide», de modo que ello «no será causa suficiente para que a petición del otro cónyuge se le transfiera la administración de los bienes [gananciales] conforme al artículo 1388 CC Sin que suponga obstáculo para esta interpretación –añade MAGARIÑOS– el hecho de no ser los gananciales bienes propios totalmente... pues el que tampoco sean ajenos... lleva a considerar tal posibilidad como la más acorde y equilibrada con las reglas de interpretación de los preceptos limitativos de facultades». Pero añade MAGARIÑOS en p. 2072 que «el problema es más difícil de resolver cuando existen bienes cuya administración corresponde al concursado exclusivamente, pues en tal caso quedaría administrando solo el patrimonio ganancial, que es parcialmente ajeno o por lo menos no puede calificarse plenamente como propio, sin que el otro cónyuge tenga control alguno directo. Pero incluso en este caso... –dice MAGARIÑOS– no procede la transferencia porque no se puede a tales efectos disecionar la sociedad de gananciales –distinguiendo entre bienes administrados en exclusiva y los demás–, para aplicar la transferencia solamente a un grupo de bienes. Esta debe entenderse de modo global o unitario».

las mismas posibilidades de actuación individual que este tenía antes de ser declarado en concurso, porque difícilmente cabe imaginar que tales actos individuales de la Administración concursal se sustenten en las mismas razones que los justifican cuando se permiten a un cónyuge, o que puedan ir guiados por la idea de atender a las necesidades de la familia. Sin embargo así parece que ha de admitirse, si la sociedad de gananciales mantiene su vigencia (cosa que, como sabemos, depende del cónyuge *in bonis*).

En cualquier caso, sentado lo anterior hay que tener presente entonces el artículo 43.1 LC, que establece que el ejercicio de las facultades de administración y disposición se hará atendiendo a la conservación de los bienes, del modo que resulte más conveniente para los intereses del concurso²¹³. Pues esta norma es aplicable tanto a los actos de gestión conjunta como a los de gestión individual que con arreglo a lo visto puedan ser realizados válidamente por el cónyuge concursado (en caso de intervención, aunque aquí contando con la autorización o conformidad de la Administración concursal) o por la Administración concursal (en caso de suspensión), ya que quien los realiza está sometido a concurso y los bienes gananciales sobre los que se actúa forman asimismo parte de la masa activa del concurso (art. 77.2 LC).

En relación con los actos de enajenación o gravamen hay que tener presente además el artículo 43.2 LC, que establece que hasta la aprobación del convenio o la liquidación del concurso no se podrán enajenar o gravar bienes y derechos sin autorización del Juez²¹⁴. Esta norma es plenamente aplicable aquí, por las mismas razones que se acaban de apuntar en el párrafo anterior. Aunque no se puede olvidar tampoco que la LC contempla una regulación particular en relación con los actos dispositivos que sean inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor (arts. 43.3 y 44 LC), pues partiendo de la base de que la declaración de concurso de un cónyuge no interrumpe la actividad de ese tipo que viniera ejerciendo (art. 44.1 LC) se establece entonces, para hacer viable su continuación, que en caso de intervención la Administración concursal puede señalar determinados actos u ope-

²¹³ Hace notar en este punto CUENA CASAS que el precepto habla solo de interés del concurso, sin referirse en absoluto al interés de la familia («Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 152). Lo que refuerza además la conclusión a que se ha llegado en el párrafo anterior en relación con los actos de gestión individual de la Administración concursal en caso de suspensión.

²¹⁴ La solicitud de autorización al Juez se tramitará por el procedimiento previsto en el artículo 188 LC. Los actos de este tipo realizados sin autorización judicial dice BLANQUER UBEROS que serán nulos, por ser *contra legem* («Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, junio 2005, núm. 43, p. 68).

raciones que por razón de su naturaleza o cuantía quedan autorizados con carácter general y apriorístico (art. 44.2 LC)²¹⁵.

¿Qué ocurre si el cónyuge concursado realiza actos individuales para los que está en principio legitimado, pero lo hace infringiendo las limitaciones legalmente establecidas en ese sentido? La solución entendemos que pasa por impugnar esos actos, en los mismos términos que se señalaron antes en relación con los actos de gestión conjunta.

b) *Actos de gestión individual del cónyuge in bonis*

El recorte o limitación de las facultades patrimoniales que la LC señala al cónyuge concursado no puede, lógicamente, extenderse al cónyuge *in bonis*²¹⁶.

Este, por tanto, en principio sigue teniendo íntegras las facultades individuales de administración y disposición que el Ordenamiento le reconoce sobre los bienes gananciales²¹⁷. Y sigue teniendo también capacidad para contraer por sí solo obligaciones de las que responden los bienes gananciales, en los términos legalmente establecidos²¹⁸.

²¹⁵ Salvo en este supuesto, la regla es que la autorización o conformidad de la Administración concursal ha de ser individual para cada acto (así COLINO MEDIAVILLA, en *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Pulgar Ezquerro, Alonso Ureba, Alonso Ledesma y Alcover Garau), tomo I, Madrid 2004, ad art. 40 LC, p. 597). En otro orden de cosas, conviene aquí apuntar que la determinación de si un acto en concreto es o no inherente a la actividad realizada es cosa que en principio compete al propio concursado, sin perjuicio de que luego eso pueda ser impugnado judicialmente por quien no lo estime así y se considere perjudicado por ello (v. gr., la Administración concursal): vid. BLANQUER UBEROS, «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor...», cit., pp. 67-68.

²¹⁶ MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2071.

²¹⁷ DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1298; y CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 153, aunque sin mucho convencimiento. Por su parte, PARRA LUCÁN entiende que deben admitirse sin problemas las actuaciones de administración ordinaria y defensa del patrimonio común, y los actos de modificación inmobiliaria que sean puramente formales, incluyendo las declaraciones de obra nueva y de constitución de propiedad horizontal (*Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, cit., pp. 143-144).

²¹⁸ Así DÍEZ SOTO (*op. cit.*, p. 1310), quien sin embargo destaca que será cuestión discutida determinar hasta qué punto puede el cónyuge *in bonis* dar cumplimiento por sí solo a esas obligaciones mediante la aplicación de fondos gananciales. «A este respecto conviene tener en cuenta –dice– que la necesidad de tutelar los intereses generales del concurso mediante... conservación de la masa activa no puede significar la negación de los derechos que al cónyuge del concursado corresponden en cuanto a la destinación de los bienes comunes al levantamiento de las cargas del matrimonio y a la atención de otros intereses familiares (...). Por ello –concluye–, el ejercicio por los administradores del concurso de las facultades que la ley les confiere... no podrá traducirse en la sistemática negación de cualquier posibilidad de aplicar los bienes gananciales al cumplimiento de las obligaciones asumidas por el cónyuge del concursado frente a terceros... Sin duda resultará muy conveniente que la Administración concursal y el cónyuge del concursado lleguen a un acuerdo a la hora de adoptar las decisiones procedentes... A falta de tal acuerdo, y en caso de que se plantee la necesidad de acudir a la decisión judicial, parece que el criterio más adecuado para decidir en qué casos habrán de utilizarse fondos gananciales...

¿Deben estos actos del cónyuge *in bonis*, ahora bien, acomodarse a lo dispuesto en el artículo 43 LC, cuyo núm. 1 prescribe que los actos de administración y disposición que se realicen deben atender a la conservación de los bienes del modo más conveniente para los intereses del concurso, y cuyo núm. 2 establece que hasta la aprobación del convenio o la liquidación del concurso no se podrán enajenar o gravar bienes y derechos sin autorización del Juez²¹⁹?

En apoyo de una respuesta afirmativa se ha argüido que este cónyuge, aunque no sea el concursado sí se encuentra en cierta medida sometido a esas normas de la LC, porque la continuación de la sociedad de gananciales es consecuencia de su decisión de no ejercitar la facultad de disolverla que le concede el artículo 77.2 LC²²⁰. A nuestro entender, sin embargo, esa idea no es atendible, porque el cónyuge *in bonis* no está sometido a concurso y no cabe desvirtuar ni minimizar este hecho con consideraciones como la expuesta.

¿Qué procede hacer, entonces, cuando el cónyuge *in bonis* realice individualmente actos que en principio le está legalmente permitido hacer, pero sin acomodarse a lo dispuesto en tales normas?

ciales para el pago de tales obligaciones será el de determinar si los correspondientes desembolsos pueden o no ser considerados como gastos a cargo de los gananciales (arts. 1362 y concordantes)».

Otra cuestión a considerar es si los créditos correlativos a tales obligaciones contraídas por el cónyuge *in bonis*, que indudablemente son gananciales, lo son o no además concursales. Para ello es preciso distinguir entre la redacción inicial de la LC (Ley 22/2003) y la redacción actual, dada por Ley 38/2011. Bajo el imperio de aquella, desde una cierta perspectiva podía estimarse que tales créditos no se veían excluidos del concurso, considerándolos créditos contra la masa *ex* artículo 84.2 –núms. 5, 9 y 10– LC (así, tal vez, Díez Soto, *op. cit.*, pp. 1312-1313). Pero, puesto que en este caso el deudor no es el cónyuge concursado, parecía más adecuado considerar que no eran acreedores concursales y por tanto que no formaban parte del concurso, *ex* artículo 84.1 LC en su redacción según la Ley 22/2003 (así lo estima CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 148; PARRA LUCÁN, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, cit., p. 144). Resultando entonces que llegado el caso esos acreedores no podían ir contra los bienes gananciales para cobrarse, porque esos bienes están integrados en la masa activa del concurso (art. 77.2 LC) y quedan por consecuencia excluidos de la agresión de acreedores no concursales (así resulta del art. 613 LEC, ya que desde este punto de vista el concurso es semejante al embargo). Tras la reforma de la LC por la Ley 38/2011, sin embargo, la situación ha cambiado, pues hoy el nuevo artículo 49.2 LC dispone que los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* se integran en la masa pasiva del concurso, con lo que ya no hay dudas al respecto.

²¹⁹ «Nada se dice al respecto en la Ley Concursal –indica CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 151– porque... en el articulado de la ley se está partiendo de la hipótesis de una sociedad de gananciales ya disuelta. No hay ninguna norma que limite las facultades del cónyuge del concursado, pero –añade cautamente– no cabe olvidar que la masa ganancial ha quedado integrada en la masa activa del concurso, lo cual va a tener un efecto reflejo sobre las facultades patrimoniales del cónyuge del concursado sobre el patrimonio común».

²²⁰ Díez Soto, *op. cit.*, pp. 1298-1299. PARRA LUCÁN, por su parte, argumenta además en base a la finalidad de la norma establecida en el artículo 43.2 LC: mantener el valor de la masa pasiva (*Concurso de acreedores y consorcio conyugal* cit., p. 144).

La respuesta a esta cuestión es complicada, pues esos actos han sido realizados al amparo de la legitimación que otra norma –el Código civil– confiere a ese cónyuge, y además el sujeto que los ha realizado no es el cónyuge concursado y no está sometido, por tanto, a las reglas del concurso.

A nuestro juicio, la respuesta no puede buscarse en la aplicación de los preceptos de la LC (en particular el art. 43), aunque esto no significa que tal posibilidad de actuación individual del cónyuge *in bonis* no tenga límites. Lo que significa es que esos límites han de buscarse fuera de la LC.

A nuestro entender, la respuesta precedente pasa por aplicar los preceptos oportunos del Código civil²²¹. Que son, por un lado el artículo 67 CC, que prescribe que los cónyuges (los dos, también por tanto el cónyuge *in bonis*) tienen el deber de actuar en interés de la familia, lo que conlleva, entre otras cosas, que los actos que realice han de ser convenientes desde el punto de vista económico. Y por otro lado el artículo 1390 CC, que establece que si como consecuencia de un acto de administración o disposición realizado por uno de los cónyuges hubiera éste obtenido beneficio exclusivo para él o hubiera ocasionado dolosamente daño a la sociedad de gananciales, ese cónyuge será deudor de la misma por el importe correspondiente. De donde se deriva que, si al realizar esos actos de gestión individual que en principio está legitimado a hacer, el cónyuge actuante (el cónyuge *in bonis*) no atiende a las prescripciones de las normas dichas, el otro cónyuge (el concursado) o la Administración concursal pueden impugnar esos actos o reclamar lo que proceda por razón de los mismos²²². Lo que en definitiva supone un resultado semejante al que se buscaba aplicando los preceptos de la LC, quedando entonces el interés del concurso también atendido, aunque sea por esta otra vía, que a nosotros nos parece más correcta²²³.

* * *

Llegados aquí ha quedado descrito, siquiera sea sucintamente, el funcionamiento y el régimen aplicable a los actos de administración, obligación y disposición que pueden realizarse en caso de que la sociedad de gananciales siga vigente, no obstante haber sido declarado en concurso uno de los cónyuges. Y ha quedado expues-

²²¹ El mismo criterio aplica PARRA LUCÁN, aunque en relación con el consorcio conyugal aragonés (*Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, cit., p. 145).

²²² Díez SOTO, *op. cit.*, p. 1300, no obstante lo dicho en otro momento (*vid. texto y anterior*).

²²³ Además de lo dicho, el cónyuge concursado o la Administración concursal podrán solicitar al cónyuge *in bonis* información periódica sobre la situación y rendimiento de sus actividades económicas, *ex artículo 1383 CC* (Díez SOTO, *op. cit.*, p. 1300).

to también la participación y el control que tiene la Administración concursal en ese sentido, y los medios con que cuenta para hacerlo efectivo. Debiendo tenerse muy presente además la ayuda que proporcionan en este sentido los Registros públicos, a través de la publicidad que procuran²²⁴.

4. LOS ACREEDORES DEL CÓNYUGE *IN BONIS*, SUS INTERESES Y LAS MEDIDAS PARA SU DEFENSA

En el punto anterior del trabajo nos hemos ocupado de los intereses del cónyuge *in bonis*. Esos intereses, ahora bien, no son los únicos a tener en cuenta en este tema, pues los acreedores del cónyuge *in bonis* son también titulares de intereses legítimos, que se ven seriamente afectados en el caso. De los intereses de esos acreedores y de los instrumentos para su defensa nos ocupamos en este punto.

A este respecto cabe empezar señalando que, frente al estado de cosas tradicional en este tema, en el que la regulación había sido prácticamente inexistente²²⁵, la LC (Ley 22/2003) supuso un significativo paso adelante, al ocuparse de él y regularlo con normas precisas²²⁶.

Esto es reconocido unánimemente por la doctrina. Otra cosa es el concreto tratamiento inicialmente dispensado al mismo por la LC, que fue objeto de críticas generalizadas hasta tal punto que han llevado al legislador a modificarlo con ocasión de la Ley 38/2011, no obstante estar ésta guiada fundamentalmente por otros objetivos.

Para desarrollar debidamente esta cuestión conviene recordar los datos positivos sobre los que se asentaba el sistema establecido

²²⁴ Punto de partida en este sentido es el artículo 24 LC, en cuyos núms. 1 y 2 se prevé que la declaración de concurso, la intervención o suspensión de las facultades patrimoniales del concursado y el nombramiento de los administradores concursales se inscriban en el Registro Civil, y si el concursado fuera comerciante también en el Registro Mercantil. Añadiendo el núm. 4 que «*si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en registros públicos, se inscribirán en el folio correspondiente a cada uno de ellos... la intervención o... la suspensión de sus facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales*». Lo cual naturalmente repercute en la gestión de los bienes gananciales (ya estén inscritos con carácter expresamente ganancial –art. 93 RH.–, ya lo estén con carácter presuntivamente ganancial –art. 94 RH.–). Pues, tanto si se trata de actos de realización necesariamente conjunta como si se trata de actos que un cónyuge solo puede realizar, los que se verifiquen infringiendo las oportunas limitaciones (contar con la autorización o conformidad de la Administración ganancial en caso de intervención, o con su voluntad en caso de suspensión) «*no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o no se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme*» (art. 40.7, ap. 2, LC).

²²⁵ A resultados de lo cual, dice BELTRÁN (*op. cit.*, p. 1494) que «la posición jurídica de los acreedores del cónyuge del concursado... debía deducirse de las normas generales sobre obligaciones y cargas de la sociedad legal de gananciales».

²²⁶ Cita CORDERO LOBATO (*op. cit.*, p. 977) en este sentido, entre otros, los siguientes artículos de la LC: 6.2.2.º.II, 25.2, 40.6, 77, 78, 82.1 y 84.1.

inicialmente por la LC (Ley 22/2003), y la nueva regulación que la Ley 38/2011 ha dispuesto en este tema.

En la Ley 22/2003, los datos a considerar eran los siguientes:

Art. 77: «1. En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado. 2. Si el régimen económico del matrimonio fuera el de sociedad de gananciales... se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales... cuando deban responder de obligaciones del concursado (...).».

Art. 49: «Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no..., quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes».

Art. 84.1: «(...) En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales..., no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad... conyugal».

Por su parte, el sistema dispuesto por la Ley 38/2011 se ha concretado en mantener inalterado el artículo 77 LC, suprimir la frase transcrita del artículo 84.1, y añadir un núm. 2 (antes inexistente) al artículo 49, que reza así: «En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales..., se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal».

Expuesto lo cual, lo que procede ahora es analizar los dos sistemas apuntados, desde el punto de vista de los intereses de los acreedores del cónyuge *in bonis*. Más concretamente se trata, por un lado de valorar si las objeciones que se hacían al sistema inicial de la LC eran tan insalvables como se pretendía y por tanto si la fórmula establecida era absolutamente inhábil para atender a esos intereses, y por otro de calibrar si con el sistema dispuesto por la Ley 38/2011 se ha dado efectivamente con la clave para armonizar debidamente todos esos intereses.

4.1 El sistema dispuesto en la redacción inicial de la Ley Concursal: críticas formuladas contra él, y valoración de las mismas

Las objeciones formuladas contra ese sistema se cifraron fundamentalmente en denunciar que los acreedores del cónyuge *in bonis* quedaban excluidos del concurso del otro cónyuge a pesar de que les afectaba, sin procurarles medios para tutelar sus intereses.

El denominador común de esas objeciones partía de la consideración de que la declaración en concurso de un cónyuge, tal como el sistema estaba configurado tenía repercusión muy negativa para los acreedores del cónyuge *in bonis*. Lo que se producía porque los efectos de tal declaración inciden directamente en el sustrato patrimonial afecto a responsabilidad en caso de impago de las deudas del cónyuge *in bonis*, porque ese sustrato está en principio integrado por todos los derechos de contenido patrimonial que pertenezcan a ese cónyuge —entre los cuales además de los de carácter privativo suyo están los de carácter ganancial, de los que es cotitular— y con la fórmula dicha se estimaba que ese sistema se descomponía. Pues si todos los bienes gananciales se incluyen en la masa activa del concurso de un cónyuge pero los acreedores del otro quedaban excluidos de la masa pasiva del mismo, eso suponía que tales bienes resultaban preferentemente afectos al pago de los acreedores de ese concurso (los del cónyuge concursado), y por tanto que los acreedores del cónyuge *in bonis* quedaban en una posición subordinada.

Concluyéndose entonces que la exclusión de la masa pasiva del concurso, de los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* repercutía de forma fundamental y negativa en ellos²²⁷. Más aún al advertir que esa postergación de los acreedores del cónyuge *in*

²²⁷ El problema, apuntaba en su día BELTRÁN (*op. cit.*, p. 1498), no existe si el cónyuge *in bonis* tiene bienes propios suficientes. «La regla —decía— puede ser hasta cierto punto lógica, cuando el deudor (cónyuge del concursado) cuente con bienes suficientes para el pago, porque entonces el acreedor puede satisfacerse sin necesidad de recurrir a los bienes comunes que están integrando el concurso, a pesar de que conforme al Derecho común dichos bienes responden solidariamente de las deudas del cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad legal de gananciales». En la tramitación parlamentaria de la LC, en concreto en relación con el artículo 84.1, se presentó una enmienda que proponía añadir un inciso a la segunda frase del mismo, que permitiría la inclusión de los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* en determinados casos (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 101-15, de 2 de diciembre de 2002). Con arreglo a esa enmienda, el citado precepto hubiera quedado así: «Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa. En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales..., no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad... conyugal, salvo que los bienes del cónyuge del concursado resultaran insuficientes para satisfacer los citados créditos». Esa enmienda, sin embargo, no fue aceptada. Y contra ella se pronunció YÁÑEZ VIVERO (*op. cit.*, pp. 2678-2679), considerando que «lejos de establecer la igualdad de trato [entre los acreedores gananciales del cónyuge concursado y los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis*]..., la enmienda marca más las diferencias, [pues] en primer lugar está alterando la condición de un crédito, que por ley es ganancial, convirtiéndolo en privativo al establecer una responsabilidad subsidiaria del patrimonio ganancial condicionada a la inexistencia o insuficiencia de patrimonio privativo del cónyuge del concursado; [y] en segundo término [porque] está otorgando un privilegio o una preferencia... a unos créditos frente a otros que son de la misma condición». Por nuestra parte también pensamos que aunque el problema pueda no presentarse *de facto* en caso de que el cónyuge *in bonis* tenga bienes propios suficientes, la valoración apuntada al inicio de esta nota no es aceptable porque está hecha en función de un criterio circunstancial, y además no jurídico sino económico. Y la solución debe ser una y la misma, sean cuales sean las circunstancias del caso concreto.

bonis no era sólo con respecto a los acreedores gananciales del cónyuge concursado sino también con respecto a sus acreedores privativos. Lo que era así porque éstos también forman parte de la masa pasiva del concurso; porque los bienes integrados en la masa activa del mismo están por tanto afectos a su pago; y porque si bien los créditos gananciales tienen preferencia sobre los créditos privativos a la hora de cobrarse con lo que se obtenga de la realización de los bienes gananciales, eso es siempre que ambos créditos sean concursales; con respecto a los créditos no concursales –como eran los existentes contra el cónyuge *in bonis*, aunque fueran de cargo de la sociedad de gananciales–, en cambio, los créditos concursales tienen preferencia²²⁸.

Lo dicho determinó que la doctrina mayoritaria arremetiera contra tal regulación, afirmando que chocaba frontalmente con el régimen propio de la sociedad de gananciales y suponía una lesión de los derechos de los acreedores del cónyuge *in bonis* absolutamente injustificada, por cuanto que significaba una alteración sustancialísima de la base de responsabilidad patrimonial con la que contaban cuando celebraron el acto o contrato que los convirtió en tales acreedores²²⁹.

El problema se planteó por la doctrina fundamentalmente (a veces incluso exclusivamente) en relación con los acreedores del cónyuge *in bonis* que fueran además acreedores gananciales. Pero, aunque apenas concitó la atención de los autores, hay que decir que en verdad no son sólo ellos los acreedores del cónyuge *in bonis* que se ven afectados por el sometimiento de todos los bienes gananciales a la dinámica del concurso, sino que esto repercute también en los acreedores privativos. Esto es así porque aunque de las deudas privativas del cónyuge *in bonis* los bienes gananciales no responden de forma directa sino subsidiaria –cuando los bienes privativos del cónyuge deudor no existen o no son suficientes–, no cabe tampoco ignorar que si los bienes gananciales son liquidados en el marco del concurso y lo que con ellos se obtenga se destina al pago preferente de los acreedores concursales esto supone un empeoramiento de la posición de los acreedores privativos del cónyuge *in*

²²⁸ CUENA CASAS, *Concurso de acreedores...* cit., pp. 146-147; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., p. 266; CUADRADO PÉREZ: *op. cit.*, p. 257; CURIEL LORENTE, *op. cit.*, p. 163. Lo dicho ha de entenderse, por supuesto, sin perjuicio de las preferencias legalmente establecidas.

²²⁹ YÁÑEZ VIVERO, *op. cit.*, pp. 2677-2678; BELTRÁN: *op. cit.*, pp. 1497-1498; CORDERO LOBATO, *op. cit.*, p. 977-978; SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 719; GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pp. 83-84; MAGARIÑOS, *op. cit.*, pp. 2086-2087; BLANQUER UBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...*, cit., pp. 30-31; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., pp. 265-266; PINO LOZANO, *op. cit.*, pp. 88-89; CUENA CASAS, *Concurso de acreedores...*, cit., pp. 103, 106 y 126-128; CUADRADO PÉREZ: *op. cit.*, p. 257.

bonis con respecto a la de sus equivalentes (los acreedores privativos) del cónyuge concursado, ya que éstos en tanto que acreedores concursales procederán a cobrar sobre tales bienes con preferencia con respecto a aquéllos, siendo así que el derecho que unos y otros tienen sobre los bienes gananciales es el mismo.

El problema expuesto (fundamentalmente el atinente a los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis*), es cierto, se admitía que quedaba conjurado en caso de que el cónyuge *in bonis* ejercitara la facultad que el artículo 77.2 LC dispone a su favor e instara la disolución de la sociedad de gananciales²³⁰, por considerarse que al liquidar esa sociedad todos los acreedores de la misma habían de ser tenidos en cuenta y satisfechos, sin distinguir según que lo fueran de uno u otro cónyuge²³¹.

Pero siendo la facultad del artículo 77.2 LC de ejercicio libre y discrecional por parte del cónyuge *in bonis*, y no estando legitimados *per se* para instar la disolución de la sociedad los acreedores de los cónyuges —ni los gananciales ni, menos aún, los privativos²³²—, se consideraba que ello hacía que el problema se presentara acuciante, por la posibilidad que existía (al menos en el plano teórico, con independencia de que en la práctica fueran más o menos los casos reales) de que tal facultad no se ejercitara²³³.

A la vista de lo cual las propuestas de la doctrina se centraron en demandar la modificación de la LC en el sentido de incluir en la masa pasiva del concurso de un cónyuge también a los acreedores gananciales del otro cónyuge (*in bonis*). Que es, precisamente, lo que ha hecho el legislador con ocasión de la Ley 38/2011, en los términos que quedaron señalados al inicio de este punto.

Sentado lo cual, la pregunta que nos planteamos es la siguiente: ¿eran las cosas, en el sistema inicial de la LC, necesariamente de la forma que se ha expuesto? ¿No permitía ese sistema, bajo ningún concepto, atender debidamente a los intereses de los acreedores del cónyuge *in bonis*?

Para responder a esas preguntas procedemos a continuación a analizar los varios expedientes que se propusieron a tal efecto²³⁴. Porque, coincidiendo todos los autores en que la aplicación literal

²³⁰ Sin perjuicio de que luego hubiera —y siga habiendo— dudas y disparidad de opiniones acerca de cómo realizar esa liquidación «de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso», que ya hemos visto en el trabajo *supra* 3.4.1.

²³¹ ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, p. 934; SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 719; ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, p. 53.

²³² SAIZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 144-145.

²³³ MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2088; CUENA CASAS, *Concurso de acreedores... cit.*, pp. 146-147.

²³⁴ Los elenca PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores cit.*, pp. 286-287.

y estricta de los preceptos de la Ley 22/2003 efectivamente dejaba malparados a los acreedores del cónyuge *in bonis*, lo que esos expedientes pretendían era hallar una fórmula que siendo compatible con esos preceptos permitiera también atender debidamente a los intereses de esos acreedores. Trataremos ahora de ver si esos expedientes eran atendibles o si por el contrario no era así, por adolecer de defectos insalvables.

Un primer expediente en ese sentido fue plantear que los acreedores del cónyuge *in bonis*, cuando de otro modo no pudieran cobrar lo que se les debía, podían hacer efectivos sus derechos interesando a título individual ejecución y embargo sobre los bienes gananciales, no obstante estar éstos incluidos en la masa activa del concurso del otro cónyuge²³⁵. Lo que se justificó en base a que tales acreedores no formaban parte de la masa pasiva del concurso (por expresa disposición de la LC: art. 84.1) y no quedaban por tanto sometidos a sus normas, en particular al artículo 55.1, que establece que «declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor»²³⁶. Los destinatarios de esta norma – se adujo– son los acreedores concursales, no los acreedores del cónyuge *in bonis*, que por tanto en caso de no ser pagados por su deudor (el cónyuge *in bonis*) podían embargar cualesquiera bienes sobre los que ese cónyuge tuviera derecho, ya fueran privativos o gananciales, sin que para ello fuera óbice que estos últimos estuvieran incluidos en la masa activa del concurso²³⁷. Únicamente se precisaba que el embargo de bienes gananciales sólo podía hacerse de forma directa si el crédito en cuestión era ganancial, mientras que si se trataba de un crédito privativo sólo

²³⁵ Díez SOTO, *op. cit.*, pp. 1307-1313; MAGARIÑOS, *op. cit.*, pp. 2073-2076; PARRA LUCÁN, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal cit.*, pp. 127 y 136-137; CURIEL LORENTE, *op. cit.*, pp. 164-165.

²³⁶ Tampoco quedan sometidos, afirma Díez SOTO (*op. cit.*, pp. 1309-1310), a las normas de los artículos 58 y siguientes LC en cuanto a la prohibición de compensación, a la suspensión del devengo de intereses o a la interrupción de la prescripción. Ni les son aplicables las normas dispuestas en los artículos 61 y siguientes LC en cuanto a la posible incidencia de la declaración de concurso sobre los contratos preexistentes. Ni se ven afectados por la aprobación de un eventual convenio (arts. 134 ss. LC).

²³⁷ En apoyo de lo dicho MAGARIÑOS (*op. cit.*, p. 2076) apunta también los artículos 56.4 y 82.3 LC. El primero, que establece que la declaración de concurso no afecta a la ejecución de las garantías reales cuando el concursado sea un tercer poseedor del bien objeto de esa garantía, porque aunque en el caso no haya garantía real ni el cónyuge concursado sea tercer poseedor de los bienes gananciales es indudable que ese cónyuge no es deudor del ejecutante, lo que permite la analogía (este argumento lo consideran también Díez SOTO, *op. cit.*, p. 1312, nota 62; PARRA LUCÁN, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal cit.*, p. 137; y CURIEL LORENTE, *op. cit.*, p. 165). Y el segundo artículo, porque en relación con el avalúo de los bienes de la masa activa del concurso tiene presentes, para deducirlas, las trabas y embargos que existan sobre tales bienes y garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva del concurso.

podía hacerse de forma subsidiaria, después de haber perseguido infructuosamente los bienes privativos del deudor (cónyuge *in bonis*)²³⁸.

Otro expediente que se apuntó fue que los acreedores del cónyuge *in bonis* podían, a través de la acción subrogatoria del artículo 1111 CC, ejercitar la facultad que el artículo 77.2 LC confiere a ese cónyuge para instar la disolución de la sociedad de gananciales, en caso de que éste no lo hiciera²³⁹. Considerando que entonces todos los acreedores del cónyuge *in bonis* se verían debidamente atendidos: los gananciales, porque al tiempo de liquidar la sociedad cobrarían sobre esos bienes con preferencia y sin distinguir entre esos acreedores según lo fueran de uno u otro cónyuge; y los privativos, porque el remanente ganancial que quedara después de liquidar la sociedad (si lo hubiera) se repartiría por mitades entre un cónyuge y otro, de modo que esos acreedores podrían embargar sólo la parte que se adjudicara al cónyuge deudor suyo.

Y un tercer expediente que se planteó fue que los acreedores del cónyuge *in bonis* pidieran la declaración en concurso también

²³⁸ DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1307; MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2090. En cuanto a cómo se concretaría esto, afirma DÍEZ SOTO (pp. 1312-1313) que «el tratamiento aplicable a los acreedores consorciales del cónyuge [no] concursado, en la medida en que la satisfacción de sus derechos haya de pasar por la aplicación de bienes o fondos gananciales,... deberá ser... próximo al que la ley confiere a los acreedores de la masa». Es cierto, reconocía, que tales créditos no están contemplados en la relación que de los mismos hace con carácter cerrado el artículo 84.2 LC, pero eso no obstante estimaba que se les puede considerar incluidos implícitamente en los apartados 6 y 9 del mismo (que se refieren a créditos derivados de contratos que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y a los que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el concurso), entendiendo que la referencia que en ellos se hace al cónyuge concursado podría extenderse al cónyuge *in bonis*.

En cuanto a la determinación del Juez competente para conocer de esas ejecuciones singulares y embargos (contra bienes gananciales sometidos al concurso) originados por deudas del cónyuge *in bonis*, dicen DÍEZ SOTO (*op. cit.*, pp. 1310-1312) y MAGARIÑOS (*op. cit.*, pp. 2073-2076 y 2089) que caben dos posibilidades. Una, considerar que estamos ante una cuestión no afectada por el concurso y por tanto que la acción habrá de plantearse y tramitarse ante el Juez que corresponda aplicando las reglas de competencia generales de la LEC (sin perjuicio de que en su caso haya que emplazar a la Administración concursal, *ex art.* 541.2 LEC, para que defienda los intereses del concurso). Y otra, considerar que no obstante tratarse de un crédito extracursal ha de estar a lo dispuesto en el artículo 8 LC, que atribuye al Juez del concurso competencia exclusiva y excluyente sobre las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (salvo excepciones, que no vienen al caso) y sobre toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado (*vid.* también art. 50 LC). En apoyo de esta segunda solución se apunta asimismo el artículo 24.4 LC, que establece que una vez anotado o inscrito en el Registro de la Propiedad el sometimiento de los bienes inmuebles al régimen propio del concurso ya no podrán anotarse respecto de ellos embargos posteriores, salvo que hayan sido acordados por el Juez de este. A la vista de lo cual, y aun considerando que la cuestión es discutible, estos autores se inclinan por la segunda opción, esto es que la competencia para conocer tales procedimientos corresponde al Juez del concurso, sin perjuicio de que haya de tramitarlos en pieza separada y con sujeción a las normas propias del procedimiento que corresponda.

²³⁹ MAGARIÑOS, *op. cit.*, pp. 2089-2091.

del cónyuge deudor suyo –cuando a consecuencia de la afectación de todos los bienes gananciales al pago de las deudas del concurso del otro cónyuge aquél hubiera devenido en situación de insolvencia y de no poder hacer frente al pago de sus deudas²⁴⁰–, en la idea de que en tal caso ambos concursos se acumularan y así todos los acreedores vieran debidamente atendidos sus intereses²⁴¹.

Ninguno de esos expedientes, sin embargo, tuvo acogida suficiente en la doctrina.

El primero se rechazó considerando que una vez ha sido declarado el concurso de una persona (en este caso un cónyuge), los acreedores de otra (en el caso, del cónyuge *in bonis*, sean gananciales o privativos), en tanto que no son acreedores concursales no pueden ya dirigirse, para realizarlos y cobrarse, contra los bienes que han sido incluidos en la masa activa de ese concurso, entre los cuales están los de carácter ganancial²⁴². Lo que se justificó en base al artículo 55.1 LC, considerando –con una valoración distinta de la que en su momento vimos daban al mismo los partidarios del expediente ahora criticado– que su operatividad no se limita a los titulares de créditos concursales sino que es general.

Al segundo expediente se le objetó que la facultad de pedir la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales es de carácter personalísimo, y por tanto que sólo puede ser ejercitada por el cónyuge *in bonis*, no por sus acreedores²⁴³. Objeción que se sustentó en que tal facultad la concede el legislador «teniendo en cuenta la posición que [ese cónyuge] ocupa en la familia», lo que supone que su ejercicio puede venir determinado no sólo por motivos económicos sino también por consideraciones personales o familiares, conllevando ello que no pueda reconocerse legitimación para su ejercicio a personas distintas del cónyuge en cuestión, como serían sus acreedores²⁴⁴. La facultad de instar la disolución

²⁴⁰ Este cónyuge, por tanto, aunque hasta ese momento hubiera sido considerado *in bonis*, en adelante ya no lo sería.

²⁴¹ ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, pp. 934 s; GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales...* cit., pp. 84-85; MAGARIÑOS, *op. cit.*, pp. 2088-2089; PARRA LUCAN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., pp. 286-287; CURIEL LORENTE, *op. cit.*, p. 163; CUADRADO PÉREZ: *op. cit.*, p. 257. Tal vez también Díez Soto, *op. cit.*, p. 1307.

²⁴² CORDERO LOBATO, *op. cit.*, p. 977; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., p. 286, nota 462; CUENA CASAS, *Concurso de acreedores...* cit., p. 106.

²⁴³ ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 175; BLANQUER UBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., p. 29; CUENA CASAS, *Concurso de acreedores...* cit., pp. 146-147; CURIEL LORENTE, *op. cit.*, p. 163.

²⁴⁴ RAGEL SÁNCHEZ: *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*. Madrid 1987, p. 238 (las frases transcritas, tanto en el texto como en esta nota, las refiere RAGEL al caso de ejecución sobre bienes gananciales producida a resultados del ejercicio de la acción que al cónyuge no deudor concede el artículo 1373 CC, no el artículo 77.2 LC; se apuntan aquí, eso no obstante, por cuanto que el planteamiento de RAGEL

de la sociedad de gananciales, por tanto, se concluyó que sólo podía ejercitarse directamente por el cónyuge *in bonis*, y que debía excluirse cualquier otra vía en ese sentido²⁴⁵.

Y el tercer expediente se dejó de lado, aunque no hubo gran argumentación al respecto, seguramente por considerarse que lo pretendido no se correspondía con el sistema establecido en la LC²⁴⁶.

constituye sustento fundamental para quienes luego en caso de concurso niegan a los acreedores del cónyuge *in bonis* la posibilidad de emplear la acción subrogatoria para así ejercitar la facultad de instar la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales que el artículo 77.2 LC concede al cónyuge *in bonis*. «Es obvio –sigue diciendo RAGEL a continuación de la frase transcrita en el texto (pp. 238-239)– que la facultad de solicitar la disolución del régimen tiene matices patrimoniales importantes: en muchos casos... su ejercicio estará impulsado por móviles de tipo económico (...). No obstante... –añade–, también es incuestionable que la decisión de no solicitar la disolución puede estar fundada en motivos personales... Piénsese que la actitud del cónyuge puede estar motivada por la intención de dar una muestra de confianza a la actuación llevada a cabo por el otro cónyuge, evitando así que se pueda dar lugar a una crisis matrimonial que redunde en perjuicio de la familia. (...) la facultad de solicitar la disolución del régimen de gananciales... –concluye entonces– tiene marcado carácter personal, y en consecuencia no puede ser ejercitada por los acreedores del cónyuge que la ostenta, ya sean particulares o consorciales. La facultad de solicitar la disolución del régimen de gananciales debe corresponder exclusivamente al cónyuge que la ostenta». Este enfoque de la cuestión había sido avanzado años antes por LACRUZ («Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria», *ADC*. 1950, p. 106), considerando que aunque la acción para pedir la separación de bienes de los cónyuges tiene carácter pecuniario –por lo cual podría en principio ser objeto de la acción subrogatoria–, esto debe ser excluido por la presencia en ella de un interés moral, del que es árbitro único su titular; atiende, dice, a un valor para el patrimonio de su titular pero que se halla adscrito a la persona de este, por habersele atribuido en virtud de una cualidad, situación o cargo peculiar e infungible en su ejercicio.

Además de por lo dicho, apunta RAGEL (p. 238) que el cónyuge que tiene la facultad de solicitar la disolución del régimen de gananciales puede no ser deudor de aquel que pretende ejercitar la acción subrogatoria, lo que constituye argumento que refuerza la idea de que la facultad de instar la disolución de la sociedad de gananciales no puede ejercitarse vía subrogatoria. Esa posibilidad, ahora bien, debemos aquí decir que aunque pueda ser factible en el caso del artículo 1373 CC –que es al que RAGEL se está refiriendo propiamente–, no lo es en caso de concurso, por hipótesis. Pues en este caso los acreedores concernidos se dividen en dos bloques. Uno, el de los acreedores del cónyuge concursado, quienes están integrados en la masa pasiva del concurso y no pueden pedir (ni les interesa) la disolución de la sociedad de gananciales. Y otro el de los acreedores del cónyuge *in bonis* (gananciales o privativos), que en la Ley 22/2003 no se integraban en la masa pasiva del concurso pero sí son todos acreedores de ese cónyuge, que es en manos de quien está la facultad de instar la disolución de la sociedad de gananciales *ex* artículo 77.2 LC.

²⁴⁵ Aunque el debate se centró fundamentalmente en la posibilidad o no del recurso a la acción subrogatoria, también se estudió la vía de la acción revocatoria o pauliana, para ver si la misma era o no hábil para impugnar la falta de ejercicio por parte del cónyuge *in bonis* de la facultad de instar la disolución de la sociedad de gananciales y así llegar a un resultado semejante al pretendido (RAGEL, *op. cit.*, pp. 239-240; ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 175). Su conclusión fue negativa, considerando que el objeto de la acción revocatoria «son actos de disposición... a raíz de los cuales se coloca al deudor en una situación de insolvencia, [y que] en el supuesto que estamos analizando el cónyuge que observa una conducta pasiva no está disponiendo de sus bienes ni colocándose por su no actuación en estado de insolvencia. [y] tampoco puede decirse con rigor que su comportamiento pasivo defraude a los acreedores consorciales».

²⁴⁶ Sobre esto, *vid. infra* 4.3.

¿Qué opinión nos merece lo visto? Nos ocupamos de ello a continuación, aunque por el momento nos vamos a centrar en los dos primeros expedientes apuntados, posponiendo al apartado último del trabajo el de declaración en concurso de ambos cónyuges para luego acumular ambos concursos.

En este sentido, en relación con el primer expediente apuntado –que los acreedores del cónyuge *in bonis* pudieran iniciar ejecuciones individuales contra los bienes gananciales, no obstante estar éstos integrados en la masa activa del concurso– hemos de decir que convenimos con la doctrina mayoritaria en rechazarlo, por varias razones. Una, apuntada ya por los detractores de este expediente, es la letra del artículo 55.1 LC, que claramente brinda apoyo a entender que la operatividad de esa norma no se limita a los acreedores del concursado sino que es general y alcanza por tanto a los acreedores del cónyuge *in bonis*. Otra razón es la finalidad pretendida por dicha norma: que el objeto propio de la LC sea la regulación de los procedimientos concursales no conlleva necesariamente una restricción de su operatividad a los acreedores concursales; ésta será la que haya de tener para alcanzar el fin perseguido, y siendo éste la conservación del activo del concurso para así procurar la satisfacción de los acreedores concursales en la mayor medida posible, de ahí se deriva que las ejecuciones de acreedores no concursales no deben como regla permitirse durante el concurso, ya que ello disminuye las posibilidades de cobro de los acreedores concursales²⁴⁷. La tercera razón se extrae del paralelismo que existe entre el embargo y el concurso, pues si en caso de embargo una vez trabado el bien ya no se permite que sobre él cobren otros acreedores hasta que el embargante se vea enteramente satisfecho²⁴⁸, igual debe ocurrir en caso de concurso. A la vista de todo lo cual concluimos que efectivamente no son posibles –al menos como regla– ejecuciones individuales sobre bienes gananciales integrados en el concurso, ni aunque provengan de los acreedores del cónyuge *in bonis*, que son ajenos al mismo.

²⁴⁷ Esto debe entenderse, naturalmente sin perjuicio de las excepciones legalmente establecidas.

²⁴⁸ Artículo 613 LEC: «1. El embargo concede al acreedor ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes embargados.... 2. Sin estar completamente reintegrado el ejecutante del capital e intereses de su crédito y de todas las costas de la ejecución, no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por sentencia dictada en tercera de mejor derecho». A este último inciso hay aquí simplemente que decir que en el marco de un concurso no se admite plantear tal tercería (*vid.* STS 25-9-1996 –RJ 6642/1996–).

Otra cosa ocurre sin embargo con el expediente de permitir que esos acreedores puedan ejercitar, vía acción subrogatoria, la facultad que el artículo 77.2 LC confiere al cónyuge *in bonis* de instar la disolución de la sociedad de gananciales, si éste no lo hace por propia iniciativa y a consecuencia de ello resultan aquellos perjudicados en sus derechos. La doctrina mayoritaria, como ya antes ha quedado dicho, lo ha rechazado, pero a nuestro entender tal rechazo no tiene suficiente fundamento. Esto es así porque aun siendo claro que en la facultad que el artículo 77.2 LC confiere al cónyuge *in bonis* existe un cierto interés familiar, nos parece también que ese interés no es lo principal de la misma. Prueba de ello es que aunque tal facultad se ejercite el matrimonio sigue existiendo²⁴⁹, lo que evidencia que el interés de la familia no se instrumenta en exclusiva a través de la sociedad de gananciales²⁵⁰. El de gananciales es, sencillamente, uno entre los varios regímenes legales que existen para regular la economía de los matrimonios²⁵¹. Y siendo eso así, como lo es, de ahí se deriva entonces que el poder de instar la disolución de la sociedad de gananciales no constituye una facultad de carácter tan personal del cónyuge *in bonis* que no pueda ser ejercitada a través de subrogación. Se trata de una facultad personal del cónyuge *in bonis*, pero no personalísima; está conectada en principio a la cualidad de cónyuge, pero es de orden fundamentalmente patrimonial.

En relación con este expediente creemos, por tanto, que la doctrina mayoritaria ha errado al excluirlo como instrumento hábil en manos de los acreedores del cónyuge *in bonis* para la defensa de sus intereses²⁵². Pues aunque la LC no lo contemplara explícita-

²⁴⁹ Aunque con un régimen económico distinto: artículo 1374 CC, se muestra partidaria de esta solución PARRA LUCÁN, que apunta además un argumento específico atinente al consorcio conyugal aragonés (*Concurso de acreedores y consorcio conyugal* cit., p. 135).

²⁵⁰ Esto se ve confirmado al considerar que ese régimen se puede modificar libremente por voluntad de los cónyuges –arts. 1325 y 1326 CC–, y además que no es el régimen supletorio en todos los casos sino que varía dentro de España, en función de cuál sea el Derecho civil aplicable.

²⁵¹ MAGARIÑOS, *op. cit.*, pp. 2090-2091, a quien seguimos en este argumento.

²⁵² Sí convenimos con la doctrina mayoritaria, en cambio, en no admitir la operatividad en este tema de la acción revocatoria. Pero no por las razones que apunta RAGEL (*op. cit.*, pp. 239-240) –que el no ejercicio de la facultad de disolver la sociedad de gananciales por parte del cónyuge *in bonis* no es un acto de disposición; que con esa omisión el acreedor *in bonis* no se coloca en estado de insolvencia, y que la misma no entraña fraude a sus acreedores–, que nos parecen discutibles (considérese así que el art. 1297 CC habla de enajenaciones pero que el art. 1111 CC habla de actos, que es término más amplio; y que el no pagar ese cónyuge a sus acreedores ni tener en ese momento bienes realizables con que responder, por estar los gananciales sometidos al concurso, si no es insolvencia es una situación muy parecida). La razón para no admitir la acción revocatoria es que para alcanzar en el caso el resultado pretendido no basta simplemente con impugnar lo hecho y volver las cosas a su estado anterior (que es lo propio de esa acción). Esto en el caso no es operativo, pues lo que en él hay es un concurso del otro cónyuge, en cuya masa activa

mente nada impedía que esos acreedores pudieran a través de la vía dicha de la acción subrogatoria (art. 1111 CC) instar la disolución de la sociedad de gananciales, ejercitando la facultad que el artículo 77.2 LC concede al cónyuge *in bonis* si éste no lo hacía *motu proprio* y con ello lesionaba los derechos de esos acreedores (cosa que ocurría si ese cónyuge no les pagaba ni tenía bienes propios con que responder, ya que esos acreedores no podían dirigirse contra los bienes gananciales, a pesar de que ese cónyuge fuera cotitular de los mismos, por estar incluidos en la masa activa del concurso del otro cónyuge)²⁵³.

Lo cual significa que bajo el imperio de la redacción inicial de la LC los acreedores del cónyuge *in bonis* disponían de un medio eficaz para la defensa de sus intereses, ya que con él podían procurar –siempre que se dieran los requisitos propios de la acción subrogatoria– la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, cobrándose entonces los acreedores gananciales –todos, fueran de un cónyuge u otro– con preferencia con lo que se obtuviera de los bienes gananciales, y dividiendo luego lo restante (si lo hubiera) por mitades entre los cónyuges, de modo que los acreedores privativos, tanto de un cónyuge como del otro, podían ir sólo contra los bienes ex-gananciales que al cónyuge deudor suyo se hubieran adjudicado en pago de su parte, además de contra los bienes privativos de cada uno²⁵⁴.

A nuestro juicio, repetimos, éste sí era un expediente atendible en el marco de la Ley 22/2003, y válido para la defensa de los acreedores del cónyuge *in bonis*, tanto gananciales como privativos²⁵⁵. Resultando entonces que en el sistema inicial de la LC estos

están ya integrados los bienes gananciales, y una omisión por parte del cónyuge *in bonis*. Así pues haría falta luego ejercitar además la facultad de instar la disolución de la sociedad de gananciales que tiene el cónyuge *in bonis*, lo cual pasa por subrogarse en su posición.

²⁵³ «Puesto que la disolución [de la sociedad de gananciales] es necesaria para que los acreedores puedan cobrar sus créditos –dice MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2091–, ... el interés de aquellos debe primar sobre los personales del cónyuge que impide con su actitud pasiva la eficaz solución al problema». En el mismo sentido HERRERO PEREZAGUA, *op. cit.*, pp. 186-187.

²⁵⁴ Esto es así porque, como se ha visto en el punto 3.4, tal liquidación ha de hacerse de forma coordinada pero separada y anterior a la del concurso

²⁵⁵ En cuanto a las posibilidades de intervención que estos acreedores del cónyuge *in bonis* –gananciales y privativos– tienen luego en el proceso de liquidación, ya han quedado vistas en lo sustancial en un momento anterior del trabajo [*supra* 3.4.3.c)]. Basta aquí, por tanto, con remitir a él, haciendo ahora solo algunas precisiones. La primera, para destacar que en este caso la liquidación no puede hacerse por vía de acuerdo –entre el acreedor del cónyuge *in bonis* que actúa por subrogación y la Administración concursal (en caso de suspensión), o entre ese acreedor y el cónyuge concursado, con subordinación a la conformidad de la Administración concursal (en caso de intervención)– sino que necesariamente ha de discurrir por vía judicial, a través del procedimiento específico regulado en los artículos 806 y siguientes LEC (ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 178-179). Pues una cosa es que los acreedores del cónyuge *in bonis* puedan, en determinadas circunstancias, subrogarse en lugar de

acreedores no estaban absolutamente desamparados como sin embargo se pretende, pues contaban con un instrumento que aunque no estuviera específicamente previsto para ellos en todo caso les permitía defender sus intereses y hacer valer sus derechos. Se le podía objetar que su regulación era insuficiente, o que adolecía de falta de concreción, pero no más.

El sistema inicial de la LC podía pues haberse mejorado, precisando o completando su regulación, pero no era forzoso hacerlo como única vía para atender a esos intereses, como tampoco era forzoso hacerlo invirtiendo el sentido de la regulación, pasando, de no incluir en la masa pasiva del concurso a los acreedores del cónyuge *in bonis*, a incluirlos.

Tras la modificación de la LC por la Ley 38/2011 la situación ha cambiado, porque hoy los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* forman parte de la masa pasiva del concurso del otro cónyuge. Resultando entonces que ellos no pueden, ni directamente ni a través de subrogación, ejercitar la facultad disolutiva de la sociedad de gananciales que el artículo 77.2 LC concede al cónyuge *in bonis*. Sí pueden hacerlo, sin embargo, los acreedores privativos de este cónyuge –ya que ellos siguen sin formar parte del concurso del otro cónyuge–, siempre que se den las premisas necesarias para ello, esto es que el cónyuge *in bonis* no tenga bienes propios con que responder del impago de esas deudas y que esos acreedores no tengan otro medio para cobrar sus derechos, porque los bienes

este a efecto de instar la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, y otra que puedan decidir cómo se hace esa liquidación en concreto. Por tanto, las referencias que en esos preceptos de la LEC se hacen a posibles acuerdos con el cónyuge *in bonis* durante la tramitación de la liquidación deben considerarse omitidas, y seguirse la vía prevista para cuando no se alcanzan tales acuerdos. La otra precisión es para apuntar que algunas de las exigencias que se establecen en la regulación de ese procedimiento han de adaptarse a las circunstancias del caso, sin perjuicio de mantenerse en lo esencial. Así por ejemplo la del artículo 808.2 LEC, de que a la solicitud de formación de inventario se acompañe una propuesta en ese sentido, pues eso es algo que solo tiene sentido si quien pide la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales es uno de los cónyuges –que es sin duda en lo que el legislador estaba pensando–, no si es un acreedor suyo, pues en este caso es difícil imaginar que esa propuesta pueda hacerse con garantías de reflejar con fidelidad la situación patrimonial de la sociedad de gananciales. Esto, por tanto, entendemos que debe adaptarse a las circunstancias del caso, y así, puesto que se trata simplemente de un primer paso en ese sentido tal requisito podría no exigirse, o en todo caso se podría salvar simplemente presentando una relación de los bienes y obligaciones de la sociedad de gananciales que ese acreedor conozca, aunque luego haya de completarse debidamente con las posteriores actuaciones [vid. lo dicho *supra* 3.4.3.c)]. Otra cuestión es la relativa al plazo para presentar inventario de la sociedad de gananciales y así evitar que se produzca una dilación injustificada. Este problema, ahora bien, aunque inquieta mucho en términos generales a la doctrina en este caso no es tan acuciante. Pues si según vimos en su momento la liquidación de la sociedad de gananciales ha de ser previa a la del concurso ello conllevará que esa liquidación se haga cuanto antes, pues así interesa tanto a los acreedores del cónyuge *in bonis* como a la Administración concursal. Lo que hará que no haya demoras injustificadas.

gananciales están incluidos en la masa activa del concurso del otro cónyuge y no pueden por tanto ser agredidos por aquéllos.

4.2 El sistema configurado por la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal: exposición y valoración del mismo

Ahora bien, aunque a tenor de lo dicho no fuera necesario modificar sustancialmente el sistema inicial de la LC en este punto, el legislador ha decidido hacerlo, en los términos que al inicio de este punto quedaron expuestos. ¿Ha mejorado esa nueva regulación el sistema anterior? ¿Ha logrado una fórmula óptima con la que atender a los intereses de los acreedores del cónyuge *in bonis*?

Para calibrar esto conviene empezar destacando que el único cambio que la Ley 38/2011 ha introducido ha sido establecer que en la masa pasiva del concurso de un cónyuge se integran, además de sus acreedores privativos y gananciales también los acreedores gananciales del otro cónyuge (art. 49.2 LC); no se integran, sin embargo, los acreedores privativos de éste. La masa activa de ese concurso, por su parte, mantiene la misma composición que antes tenía, es decir se integra por los bienes privativos del cónyuge concursado y por todos los bienes gananciales del matrimonio (art. 77 LC).

¿Qué consecuencias tiene este nuevo sistema, desde la perspectiva de nuestro interés?

Por un lado supone que todos los que sean titulares de créditos de responsabilidad de la sociedad de gananciales²⁵⁶ se integran en la masa pasiva del concurso, sin distinguirse si esos créditos han sido adquiridos en actos o contratos celebrados con un cónyuge (el concursado) u otro (el cónyuge *in bonis*). Y por tanto que los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* se colocan en la misma posición que los acreedores gananciales del cónyuge concursado, sin verse relegados en orden al cobro con lo que se obtenga de la realización de los bienes gananciales. Esto significa, indudablemente, una mejora con respecto a la situación que tenían en el sistema anterior, pues en éste, como ya hemos visto, sus intereses se veían debidamente atendidos sólo si con ocasión del concurso se

²⁵⁶ El artículo 84.1 LC, en su redacción inicial hablaba de créditos a cargo de la sociedad de gananciales. Ahora el artículo 49.2 LC, en la redacción dada al mismo por la Ley 38/2011, habla de créditos de responsabilidad de la sociedad de gananciales. Esta segunda fórmula resulta más acertada, ya que responsabilidad es término que hace referencia al aspecto externo de la cuestión, esto es a los bienes susceptibles de ser objeto de agresión por los acreedores para cobrarse, que es en definitiva de lo que se está tratando aquí (en esta línea parecía reflexionar, aunque en relación con el originario art. 84.1 LC, Díez Soto, *op. cit.*, p. 1308).

disolvía y liquidaba la sociedad de gananciales, y hoy en cambio se ven atendidos aunque la sociedad de gananciales no se disuelva (ya que ahora, además de acreedores gananciales son también acreedores concursales)²⁵⁷.

Pero por otro lado la regulación dispuesta por la Ley 38/2011 supone que los titulares de créditos privativos contra el cónyuge *in bonis* siguen en la misma situación en que antes estaban, esto es fuera del concurso y relegados, si no se disuelve la sociedad de gananciales, a esperar lo que resulte del concurso para entonces cobrarse con lo que al cónyuge deudor suyo se adjudique en pago de su mitad en la sociedad de gananciales (si se le adjudica algo, porque quede). Y por tanto forzados a soportar que en la liquidación del concurso se cobren con el producto de los bienes gananciales no solo los acreedores gananciales (sean de uno u otro cónyuge) sino también los acreedores privativos del cónyuge concursado, pues aunque éstos proceden después que aquéllos, en tanto que acreedores concursales lo harán antes que los no concursales, como son los acreedores privativos del cónyuge *in bonis*. Lo que significa que sus legítimos intereses no se ven debidamente atendidos, pues su derecho con respecto a los bienes gananciales es el mismo que tienen los acreedores privativos del cónyuge concursado.

Esto dicho, podría entonces pensarse que la nueva regulación significa un paso adelante en este tema, no definitivo pero sí correcto. Nos parece sin embargo que no es todavía momento para ese juicio, para el cual se precisa contar con algunos otros datos.

Decimos esto porque además de la cuestión cuantitativa apuntada –si ahora son más que antes los acreedores debidamente atendidos por la LC, aunque no sean todos– hay otra, cualitativa, que debe considerarse aquí con atención. Es la relativa al principio sobre el que se asienta la nueva regulación, que no resulta fácil entender cuál es. Por lo siguiente.

El sistema diseñado en la primera redacción de la LC, gustara más o menos en todo caso respondía en este punto a un principio claro: el concurso se configuraba como un procedimiento de ejecución colectiva que tomaba como término de referencia el sujeto deudor –el cónyuge concursado–, no el patrimonio responsable de las deudas, disponiendo luego una regulación coherente con tal principio. Por eso los acreedores del cónyuge *in bonis*, fueran pri-

²⁵⁷ Esta mejora en su situación es cierta incluso si consideramos que la disolución de la sociedad de gananciales estaba supeditada a un mero acto de voluntad en ese sentido (ya fuera por el cónyuge *in bonis* o por uno de esos acreedores en vía subrogatoria), pues ahora el efecto es automático.

vativos o gananciales, quedaban excluidos del concurso, y había que tratar de atenderlos recurriendo a ciertos expedientes.

El sistema establecido por la Ley 38/2011, en cambio, no se atisba a ver a qué principio responde. Al criterio del sujeto deudor claramente no, ya que establece que en la masa pasiva del concurso no se integran sólo las deudas del cónyuge concursado sino también algunas deudas de otro sujeto (del cónyuge *in bonis*). Más parece que se aproxima a un modelo que toma como referencia el patrimonio o los patrimonios responsables, pues si en la masa pasiva se integran tanto las deudas privativas del cónyuge concursado como todas las deudas gananciales (sean suyas o del cónyuge *in bonis*) hay que pensar entonces que es porque del cumplimiento de ellas responden los bienes que se integran en la masa activa del concurso: los bienes privativos del cónyuge concursado y los bienes gananciales. Ahora bien, si esto es así, ¿por qué quedan excluidos de ese concurso los acreedores privativos del cónyuge *in bonis*? Porque del cumplimiento de estas deudas, al igual que ocurre con las deudas privativas del cónyuge concursado, responden también, aunque sea subsidiariamente, los bienes del patrimonio ganancial. No existe explicación a esto. Resultando entonces que, si el criterio acogido por la Ley 38/2011 es el del patrimonio o patrimonios responsables, incluir a unos acreedores privativos (los del cónyuge concursado) y excluir a otros (los del cónyuge *in bonis*), además de ser incoherente supone una discriminación inaceptable de estos últimos.

Lo dicho constituye una objeción importante a la nueva regulación del concurso. Y aparte existe otra dificultad, como es decidir si los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis*, dado que ahora son acreedores concursales, podrán o no cobrarse, además de con el producto de los bienes gananciales también con el de los bienes privativos del cónyuge concursado, si aquéllos resultan insuficientes²⁵⁸. Se trata de una cuestión delicada, ya que el sentido común apunta claramente a una respuesta negativa a la misma pero la ley, estrictamente considerada, no resulta inequívoca al respecto.

Decimos esto porque aunque los artículos 86.3 y 94.2.2 LC establecen que la Administración concursal debe expresar, respecto de cada uno de los créditos incluidos en la lista, «si solo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo [del cónyuge concursado] o también sobre el patrimonio común», quedó visto en su momento que se trata de una expresión inexacta del legislador, dado que no hay créditos que puedan hacerse efectivos sólo sobre

²⁵⁸ Antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, y por tanto como una reflexión a nivel teórico, ya GALÁN LÓPEZ apuntaba esto: *Comentarios a la legislación concursal* cit., p. 950.

bienes privativos ni créditos que puedan hacerse efectivos sólo sobre bienes gananciales, sino que la distinción es a efectos de aplicar a cada uno de ellos un régimen parcialmente diferente²⁵⁹. Esto es, que si se trata de deudas privativas la responsabilidad sólo puede hacerse efectiva de forma directa sobre los bienes privativos, siendo la responsabilidad de los bienes gananciales subsidiaria y además postpuesta a que los acreedores gananciales se cobren con el producto de estos bienes, mientras que si se trata de deudas gananciales la responsabilidad puede hacerse efectiva directamente tanto sobre los bienes privativos del cónyuge deudor como sobre los gananciales. Esta explicación, ahora bien, aunque plenamente razonable y justificada en el sistema inicial de la LC –dado que en ésta el sujeto pasivo de todas las deudas que se integraban en el concurso era el mismo cónyuge concursado–, ahora tras la Ley 38/2011 deja de tener sentido, ya que las deudas gananciales incluidas en el concurso pueden haber sido contraídas tanto por el cónyuge concursado como por el cónyuge *in bonis*²⁶⁰.

¿Deberán entonces interpretarse los preceptos dichos –arts. 86.3 y 94.2.2 LC– con arreglo a su tenor literal, de modo que las deudas concursales privativas sólo se puedan cobrar con el producto de los bienes privativos integrados en la masa activa del concurso, y las deudas concursales gananciales sólo con el producto de los bienes gananciales igualmente integrados en esa masa²⁶¹? No parece sea posible. Pues aun dejando aparte otras consideraciones de principio, eso podría en todo caso valer si se predicara sólo de los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis*, ya que el sustrato patrimonial de responsabilidad por esas deudas viene constituido por el patrimonio privativo del cónyuge *in bonis* (que no está integrado en la masa activa del concurso) y por el patrimonio ganancial (que sí está integrado), pero no por el patrimonio privativo del cónyuge concursado (que también está integrado). Pero no vale si se predica de los acreedores gananciales del cónyuge concursado, pues, en

²⁵⁹ Vid. *supra* punto 2 del trabajo, especialmente nota 27.

²⁶⁰ Lo dicho se evidencia también considerando la cuestión desde la perspectiva de los acreedores privativos del cónyuge concursado. Pues la inclusión de todos los acreedores gananciales en la masa pasiva del concurso puede llevar a resultados lesivos para aquellos si, como de hecho será lo habitual, los bienes gananciales son insuficientes para pagar todas las deudas gananciales. Ya que entonces todos los acreedores gananciales –también los que contrataron con el cónyuge *in bonis*–, en la parte que les falte por percibir tras realizar los bienes gananciales concurrirán con los acreedores privativos del cónyuge concursado para cobrarse con los bienes privativos con arreglo a las pautas del principio de *par conditio creditorum*. Si así fuera los acreedores privativos del cónyuge concursado se verían perjudicados, porque los bienes privativos responderían por más obligaciones –con el resultado de que a cada acreedor correspondería una porción menor–, siendo así que de algunas de esas obligaciones el concursado no es deudor.

²⁶¹ Así lo habían planteado ya algunos autores, si bien que excepcionales, al amparo de la redacción inicial de la LC: vid. *supra* nota 27.

paralelo a lo que se acaba de señalar en relación con el cónyuge *in bonis*, de esas deudas responde el cónyuge concursado no sólo con el patrimonio ganancial sino también con su patrimonio privativo, ambos de forma directa y al mismo nivel²⁶². La respuesta lógica y justa exigiría por tanto hacer una discriminación entre unos acreedores gananciales y otros, para lo cual sin embargo la letra de la Ley no da apoyo²⁶³.

Llegados a este punto nos encontramos ya, ahora sí, en condiciones de valorar la nueva regulación dispuesta por la Ley 38/2011 en relación con los acreedores del cónyuge *in bonis*. Para lo cual conviene recapitular las dificultades y objeciones al mismo que han quedado apuntadas, que podemos concretar en las tres ideas siguientes:

En primer lugar, que esa regulación proporciona sin duda a los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* una mayor protección que la que antes tenían, pero que los acreedores privativos de ese cónyuge siguen en la misma situación en que estaban²⁶⁴. Y que estos acreedores, aunque desde un punto de vista cuantitativo sean menos significativos son también titulares de intereses legítimos en ese sentido, y también merecen por tanto protección. La mejora de la Ley 38/2011, así pues, es sólo parcial.

En segundo lugar, que el sistema ahora establecido no se acierta a elucidar a qué principio responde, pues si bien parece que toma como término de referencia el patrimonio o patrimonios responsables –cambiando con ello totalmente el modelo anterior, que pivotaba inequívocamente sobre el sujeto deudor– luego en su desarrollo no resulta coherente con ello.

Y finalmente, que en determinados casos la aplicación del nuevo sistema plantea dificultades si se quiere alcanzar un resulta-

²⁶² «Solidariamente», dice el artículo 1369 CC

²⁶³ Ciertamente, podría considerarse que los artículos 86 y 92 LC reflejan la idea de que la responsabilidad derivada del incumplimiento de las deudas de un sujeto casado en régimen de gananciales se centra en su patrimonio privativo, siendo la responsabilidad del patrimonio ganancial algo añadido –«... si [los créditos] sólo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo o también sobre el patrimonio común»–, y que esto referido a las deudas gananciales del cónyuge *in bonis* podría traducirse en que la responsabilidad en caso de incumplimiento de las mismas se centra en su patrimonio privativo, pudiendo llegar al patrimonio ganancial, aunque esté integrado en el concurso, por ser deudas gananciales, pero no más. Tal interpretación sin embargo resulta forzada, máxime cuando esos preceptos proceden de la redacción inicial de la LC y no han sido tocados por la Ley 38/2011, a pesar de haberse ocupado de ellos para modificarlos en otros aspectos.

²⁶⁴ Que en opinión de la doctrina dominante –precisamente la que ha promovido y determinado el cambio introducido en este punto por la Ley 38/2011– era, según ya sabemos, de desvalimiento.

do justo, o evitar uno injusto, requiriendo para lograr eso hacer matizaciones o distinciones que la Ley difícilmente permite²⁶⁵.

A la vista de lo cual concluimos que la regulación introducida por la Ley 38/2011 adolece de insuficiencias e incoherencias importantes, que no resultan compensadas con la mejora que proporciona a los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis*.

Máxime si se considera que con la solución que antes hemos defendido como operativa bajo el imperio del sistema inicial de la LC todos los intereses que aquí están en juego —esto es, no sólo los de los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* sino también de sus acreedores privativos— ya se encontraban suficientemente tutelados. Pues esos intereses estaban en peligro sólo si la sociedad de gananciales no se disolvía con ocasión del concurso de uno de los cónyuges, y con la fórmula propuesta se posibilitaba que la sociedad de gananciales se pudiera disolver y liquidar, además a petición del propio cónyuge *in bonis* también a instancia de sus acreedores, ejercitando la facultad del artículo 77.2 LC a través de la acción subrogatoria del artículo 1111 CC cuando de ello dependiera la satisfacción de sus derechos, porque ese cónyuge no les pagara ni tuviera bienes propios embargables. A nuestro entender, por tanto, la reforma de la LC en este punto no ha sido suficientemente meditada, y el resultado no es positivo.

En realidad, la nueva regulación dispuesta no es acertada porque introduce una regla especial para un caso particular, que no se acomoda a los principios generales del sistema concursal establecido en la Ley. Esa modificación está pensada para resolver un problema concreto, pero no todos los que existen en este caso, ni para proporcionar al mismo una regulación coherente con el conjunto del sistema concursal.

²⁶⁵ Otra cuestión a considerar es la atinente al caso de que el concurso discurra por vía de convenio. En principio, puesto que ahora los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* son también acreedores concursales hay que pensar que pueden intervenir en la proposición, preparación y aprobación de convenios. Pero esto no obstante hay que reconocer que su situación es singular, pues aunque forman parte de la masa pasiva del concurso no se encuentran en la misma posición que los demás acreedores concursales, ya que además de con los bienes integrados en la masa activa del concurso cuentan también con la posibilidad de cobrarse con bienes al margen del mismo, como son los bienes privativos del cónyuge *in bonis* (el hecho de integrarse en el concurso del otro cónyuge no les hace perder la condición de acreedores del suyo) Es decir, no son acreedores privilegiados en sentido estricto pero tampoco son unos acreedores concursales absolutamente comunes. Esto puede afectar de hecho al sentido de su voto, y sin embargo esta circunstancia no está reconocida legalmente (como en cambio sí en el caso de los acreedores privilegiados *stricto sensu*: art. 123 LC). Lo cual nos hace considerar que la inclusión de esos acreedores en el concurso puede resultar distorsionadora desde este punto de vista (aunque reconocemos también que se trata de una cuestión de política legislativa y por tanto opinable, no comparable a las dificultades expuestas en el texto).

4.3 **La conexión de concursos como posible solución al supuesto de personas casadas en régimen de gananciales: exposición y valoración de la misma**

Quedó dicho en el apartado primero de este punto que, entre otros, un expediente que se consideró para salvaguardar los intereses de los acreedores del cónyuge *in bonis* fue que éstos pidieran la declaración de concurso también de este cónyuge, cuando a resultas de la afectación de todos los bienes gananciales al concurso del primer cónyuge aquél hubiera devenido también en situación de insolvencia y de no poder hacer frente al pago de sus deudas. Considerando que en tal caso ambos concursos se acumularían y así todos esos acreedores verían debidamente atendidos sus intereses²⁶⁶.

Este expediente –quedó también dicho entonces– no prosperó, seguramente por considerarse que lo pretendido no se correspondía con el sistema establecido en la LC, aunque ciertamente no hubo gran argumentación al respecto.

Conviene ahora, sin embargo, que nos detengamos a reflexionar sobre ello, no sólo por su importancia intrínseca sino porque además la Ley 38/2011 ha introducido modificaciones destacables en este tema.

En la redacción originaria de la LC, dos eran los preceptos a considerar en este sentido: los artículos 3.5 y 25.3.

Art. 3.5: «El acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre estos o, siendo estas personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones».

Art. 25.3: «Declarados los concursos de ambos cónyuges, la Administración concursal de cualquiera de ellos podrá solicitar al Juez, mediante escrito razonado, la acumulación al procedimiento de concurso del otro cónyuge».

Tras la reforma introducida por la Ley 38/2011, la LC mantiene tal cual el artículo 3.5 pero además dedica a esto tres preceptos de nuevo cuño, de los que extractamos lo siguiente:

Art. 25: «1. Podrán solicitar la declaración judicial conjunta de concurso aquellos deudores que sean cónyuges o que sean administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, así como cuando formen parte del mismo grupo de sociedades. 2. El

²⁶⁶ Para cita de autores, *vid.* nota 241.

acreedor podrá solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores, cuando sean cónyuges, exista entre ellos confusión de patrimonios o formen parte del mismo grupo de sociedades (...)».

Art. 25 bis: «1. Cualquiera de los concursados o cualquiera de las Administraciones concursales podrá solicitar al Juez, mediante escrito razonado, la acumulación de los concursos ya declarados siguientes: (...) 2.º De quienes tuvieren sus patrimonios confundidos. (...). 5.º De los cónyuges».

Art. 25 ter: «1. Los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las masas. 2. Excepcionalmente, se podrá consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la Administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados».

Se trata, como es evidente, de una regulación mucho más extensa de los concursos conexos, conjuntos o acumulados –tomamos aquí estos términos como sinónimos–, lo que pone de manifiesto la atención mucho mayor que el legislador de 2011 le ha dedicado²⁶⁷.

¿Cuál es la finalidad, o la ventaja, de esta conexión de concursos? En términos generales la doctrina señala que con ello se facilita, agiliza y coordina mejor su tramitación, evitando los inconvenientes y dificultades que conlleva hacerlo por separado²⁶⁸. Esta valoración de las utilidades de la conexión es compartida también por la Jurisprudencia²⁶⁹.

Entre las ventajas concretas que con esa conexión se alcanzan se citan las siguientes: que permite una más fiel realización de inventarios y listas de acreedores; que justifica el nombramiento de

²⁶⁷ La E.M. de la Ley 38/2011 justifica eso diciendo (VIII) que «a la vista de la práctica acumulada... se refuerza el régimen de los concursos conexos, en relación sobre todo con los grupos de sociedades. A este respecto se establece un nuevo Capítulo III dentro del Título I –por entender que tiene entidad suficiente para merecer un capítulo propio–, con el nombre de concursos conexos, que regula una misma cuestión, la acumulación de concursos de varios deudores, que puede producirse mediante una solicitud de declaración conjunta o mediante la acumulación de concursos ya declarados». En la E.M. de la Ley 22/2003, Concursal, de 9 de julio, en cambio, apenas si había una mención incidental a la acumulación (IV).

²⁶⁸ BLANQUER UBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., pp. 32 y 40; COLINO MEDIAVILLA, «Concurso del consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, 2005, p. 232; CUADRADO, *op. cit.*, pp. 236-237 y 243-245; SÁNCHEZ-CALERO, en *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Sánchez-Calero y Guilarte Gutiérrez), Valladolid 2004, ad artículo 3, pp. 165-166.

²⁶⁹ Muestra de ello es el conocido Auto de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, que ha afirmado (F.D. Primero) que «la declaración [conjunta] de concurso de ambos cónyuges, su tramitación coordinada y el mantenimiento de la misma Administración concursal sin duda facilitará la tramitación del procedimiento y permitirá una tramitación más ágil y beneficiosa para los deudores, y fundamentalmente para los acreedores».

las mismas personas como administradores concursales en ambos procedimientos, lo que a su vez facilita y coordina su tramitación; que posibilita la determinación más adecuada de los efectos de la declaración de concurso en relación con las facultades de administración y disposición de sus bienes por parte de los concursados (intervención o sustitución); que facilita que la Administración concursal realice un informe más atinado sobre las propuestas anticipadas de convenio que en su caso se hagan, así como una mejor evaluación de las que se presenten en fase de convenio; que posibilita que estos procedimientos se tramiten ante el mismo Juzgado, con las consiguientes ventajas que esto supone; y que supone ahorro de tiempo y reducción de costes²⁷⁰.

Sentado lo anterior, cabe destacar entonces que la reforma operada en este tema por la Ley 38/2011 ha sido de gran alcance desde el punto de vista de la legitimación para solicitar la conexión de concursos, que se clarifica y amplía.

Esto es así porque con la redacción primera de la LC, por un lado se tenía como inexorable que la iniciativa para acumular *a posteriori* los concursos inicialmente declarados por separado correspondía sólo a la Administración concursal de cualquiera de ellos (art. 25.3), aunque se consideraba que hubiera sido oportuno permitirla también a los acreedores o a los propios concursados; y por otro lado se discutía si la declaración conjunta *ab initio* podía ser solicitada sólo por quien fuera acreedor de ambos (concurso necesario), como de la letra del artículo 3.5 LC se derivaba, o si podía también ser interesada por los propios cónyuges (concurso voluntario). La doctrina era casi unánime en destacar la conveniencia de admitir esto último y la gran mayoría lo defendía así además *de lege lata*²⁷¹, como también la Jurisprudencia²⁷², pero no faltaban voces que sin perjuicio de convenir en ello *de lege ferenda*, de

²⁷⁰ Algún autor (GARNICA MARTÍN, *op. cit.*, pp. 294-295) ha sostenido una idea parcialmente distinta, considerando que la finalidad varía según se trate de declaración conjunta inicial o de acumulación sobrevenida: en el primer caso, ha dicho, la finalidad propia es posibilitar el más correcto enjuiciamiento de la situación de insolvencia de los deudores; en el segundo, en cambio, favorecer que se alcancen convenios compatibles o recíprocamente condicionados. A esto, sin embargo, se ha respondido (CUADRADO, *op. cit.*, p. 233, nota 28) que ambas finalidades pueden estar presentes tanto en un caso como en otro.

²⁷¹ BLANQUER UBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., pp. 32-34 y 38-41; COLINO MEDIAVILLA, *op. cit.*, p. 232; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., pp. 286-288; PINO LOZANO, *op. cit.*, pp. 78-79; ROJO, en *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Rojo-Beltrán), Madrid 2004, tomo I, ad artículo 3 LC, pp. 219-221.

²⁷² Sobre todo a partir del Auto de declaración de concurso de 29 de diciembre de 2004 del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona. Además de ese, *vid.* la cita de varios Autos, de diversos Juzgados, que hace CUADRADO: *op. cit.*, p. 234.

lege lata discrepaban, y con argumentos muy sólidos, de tal planteamiento²⁷³.

Pues bien, la Ley 38/2011 ha resuelto definitivamente esta cuestión en el sentido propugnado por la mayoría, disponiendo que en el caso de cónyuges la conexión de sus concursos puede ser tanto inicial (declaración conjunta) como sobrevenida (acumulación), y lo mismo a instancia de los propios cónyuges (ya sea declaración conjunta inicial o acumulación sobrevenida) que de sus acreedores (la declaración inicial conjunta) o de la Administración concursal (la acumulación sobrevenida)²⁷⁴.

Esto dicho, ahora bien, hay un dato que debe ser destacado en relación con la declaración conjunta. Y es que en la Ley 22/2003 se exigía para ello (art. 3.5) que entre los deudores hubiera confusión de patrimonios (si eran personas físicas), y en la Ley 38/2011 en cambio el nuevo artículo 25 LC no exige tal circunstancia, al menos cuando se trata de cónyuges²⁷⁵.

Aunque la cuestión pueda considerarse hoy superada por la nueva redacción dada a la LC por la Ley 38/2011 —que por ser posterior es la que ha de aplicarse en caso de conflicto—, creemos que ese requisito merece alguna reflexión, pues antes de esa Ley de reforma la doctrina se ocupó del mismo con denuedo sin llegar a una solución unánimemente aceptada, y la cuestión tiene trascendencia para nosotros.

Así, unos identificaban la confusión de patrimonios con «la dificultad de atribuir una titularidad sobre determinados bienes y derechos a un determinado sujeto, como consecuencia de que sobre esos mismos bienes o derechos se proyecta la intervención de otros sujetos, o también porque esos elementos patrimoniales son difícilmente diferenciables de otros de igual naturaleza pertenecientes a terceros»²⁷⁶.

²⁷³ CUADRADO, *op. cit.*, pp. 228-243; MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2064; Auto de 5 de mayo de 2005, del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Málaga. También en contra, pero con argumento de índole fundamentalmente procesal basado en que al ser deudores distintos no existe la identidad de causa de pedir que exige el artículo 72.2 LEC, GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. R. Bercovitz), Madrid 2004, tomo I, ad artículo 3, p. 72.

²⁷⁴ La insolvencia, en todo caso, debe ser predicable de ambos cónyuges, y probarse; no basta con alegar y probar la insolvencia de uno de ellos y el hecho de estar casado en régimen de gananciales (así COLINO MEDIAVILLA, *op. cit.*, pp. 233 y 237; CUADRADO, *op. cit.*, p. 232; y GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 74-75). En contra, BLANQUER UBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., pp. 38-41.

²⁷⁵ Si se trata de concurso voluntario, porque el artículo 25.1 LC no lo menciona siquiera. Y si se trata de concurso necesario, porque ese requisito, según la letra del artículo 25.2, se considera sólo como una de las varias circunstancias alternativas que lo permiten. El hecho de estar casados los deudores (ser cónyuges) es otra circunstancia que lo permite, pero alternativa, no cumulativa.

²⁷⁶ Se pueden citar aquí los siguientes autores (aunque su planteamiento de la cuestión no iba referido específicamente a cónyuges sino que era de orden más general): SÁN-

Otros estimaban que en ese sentido la confusión es difícil que se dé en nuestro supuesto, por efecto de la presunción de ganancialidad que la ley establece en caso de duda (art. 1361 CC)²⁷⁷.

Había quienes no obstante reconocer lo anterior consideraban que eso no impedía propugnar la tramitación conjunta de los concursos de ambos cónyuges en todo caso, aunque no hubiera confusión patrimonial, en base al hecho «de que en el régimen de gananciales no existen cuotas enajenables y... embargables sobre los bienes comunes»²⁷⁸.

Y otros finalmente consideraban que tratándose cónyuges sometidos a régimen de gananciales la confusión es constante, dada la titularidad conjunta o referenciada a dicha sociedad de los bienes de esa naturaleza²⁷⁹, o la responsabilidad directa que sobre

CHEZ-CALERO, *op. cit.*, p. 166; ROJO, *op. cit.*, p. 221. También DUQUE DOMÍNGUEZ, «la confusión... existe cuando el entrelazamiento patrimonial es tan intrincado que desentrañar e individualizar la titularidad de cada elemento del activo o cada atribución de los elementos del pasivo sea tan ardua que el esfuerzo —en tiempo y en gastos— necesario para ello sea desproporcionado a los resultados que pudieran obtenerse si, intentada la operación de individualización patrimonial, se alcanzara un resultado positivo» (en *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Pulgar Ezquerro, Alonso Ledesma, Alonso Ureba y Alcover Garau), Madrid 2004, t. I, *ad* artículo 3.5, p. 198). Se pronuncia también en este sentido, y con específica referencia a los cónyuges casados en régimen de gananciales, CUADRADO, *op. cit.*, p. 230. La misma orientación sigue el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de marzo de 2008 (cit. por Cuadrado, *op. cit.*, p. 231, nota 23), según el cual confusión patrimonial «implica que no pueda determinarse con seguridad si los bienes afectos a la responsabilidad patrimonial del deudor pertenecen a uno u otro de los deudores, o... cuando existe un entrelazamiento patrimonial tan intrincado que no es posible desentrañar e individualizar la titularidad de los elementos del activo y del pasivo para atribuirlos a uno u otro deudor, o que para verificarlo exige un esfuerzo desproporcionado a los resultados que pudieran obtenerse». GARNICA MARTÍN (*op. cit.*, pp. 304-305), por su parte, se orientaba en un sentido distinto, al entender que para la declaración inicial conjunta el artículo 3.5 exigía además que hubiera utilización abusiva o en fraude de ley de mecanismos que concede el Ordenamiento (en contra GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 74-75).

²⁷⁷ Esto lo advertía BLANQUER UBEROS (*El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit. p. 35, nota 51), aunque a su pesar y tratando de esquivarlo con las razones que se exponen en texto y nota 279.

²⁷⁸ CUENA CASAS, «El concurso de acreedores de persona casada en régimen de gananciales», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar* (coord. Cuenca y Colino), Navarra, 2009, pp. 188-189; PARRA LUCÁN, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal* cit., p. 113. Así también el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de marzo de 2008 (cit. por CUADRADO, *op. cit.*, pp. 231-232, notas 23 y 24), que dice que «al no ser los cónyuges en régimen de gananciales titulares de una concreta cuota respecto de cada uno de los bienes que la integran, recayendo su derecho sobre el conjunto del patrimonio ganancial, no teniendo aquellos en su individualidad sino un derecho expectante en la proporción que los mismos tienen en la sociedad, es decir por mitad, para el día en que se disuelva dicha sociedad, ello puede implicar una situación de confusión patrimonial», concluyendo que en el caso la confusión resultaba sustancial «al ser la práctica totalidad de los bienes y derechos de los cónyuges de carácter ganancial». Considera también las razones dichas, aunque estima la cuestión dudosa, ARANGUREN URRIZA, *op. cit.*, p. 356.

²⁷⁹ MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2065; PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 79. MAGARIÑOS, en p. 2088 abunda en la idea expuesta afirmando que «en régimen de gananciales la confusión es evidente, si tenemos en cuenta no ya la comunidad de vida intensa que provocará posesión en común de bienes muebles y dinero, sino también la influencia del principio de subrogación real y de presunción de ganancialidad, que arrastrarán hacia la masa bienes que en ocasiones deberían quedar fuera del alcance de tales fuerzas de atracción».

esos bienes existe, no sólo por las obligaciones contraídas conjuntamente por los cónyuges sino también por muchas de las contraídas individualmente por cada uno de ellos²⁸⁰.

Esta última opinión, ahora bien, no era correcta. Porque «confusión patrimonial» en el contexto que estamos viendo es idea que ha de entenderse en sentido estricto. Esto es en el sentido que le dan quienes afirman que hay confusión sólo cuando entre dos sujetos hay duda en cuanto a la titularidad de ciertos bienes, de modo que no resulta claro *a priori* a qué patrimonio pertenecen y surge por tanto incertidumbre en cuanto a si esos bienes quedan o no sujetos a la responsabilidad patrimonial que se está ventilando²⁸¹. Y esa confusión no se da, en el caso de cónyuges, por el mero hecho de que estén sometidos a régimen de gananciales y haya bienes de esta naturaleza. Porque si realmente hubiera confusión en cuanto a la titularidad de los bienes, éstos no se podrían incluir en la masa activa del concurso, y sin embargo se incluyen.

La razón de lo dicho es que tratándose de cónyuges casados en régimen de gananciales la confusión patrimonial de que habla el artículo 3.5 LC difícilmente se puede producir. Porque puede haber duda en cuanto a si determinados bienes son privativos de uno u otro pero no puede haberla en relación con los bienes gananciales²⁸², ya que la que pueda plantearse a este respecto se resuelve mediante la presunción de ganancialidad que establece el artículo 1361 CC. Los bienes existentes en estos matrimonios, así pues, o tienen una titularidad privativa acreditada, o en otro caso se presume que tienen carácter ganancial. La duda y la confusión patrimonial con respecto a los bienes gananciales, por tanto, no es factible²⁸³. Y así, una vez sentado esto la consecuencia es que los bienes de esa naturaleza se han de incluir en la masa del concurso, por determinación legal (art. 77.2 LC).

²⁸⁰ BLANQUER UBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., pp. 33 y 38.

²⁸¹ En este sentido, y abundando en esta idea, afirma ROJO (*op. cit.*, pp. 221-222) que «los bienes que se encuentran inscritos en un Registro público a nombre de un determinado deudor no pueden considerarse confundidos con los bienes de otro deudor aunque los primeros se encuentren materialmente en posesión de ese otro deudor. La confusión –añade– sólo puede darse respecto de bienes no inscribibles o de bienes inscribibles no inscritos». En la misma línea, SÁNCHEZ-CALERO afirma que «la confusión se da con frecuencia en situaciones de posesión de bienes fungibles», luego no en los demás (*op. cit.*, p. 166). Adviértase la diferencia de criterio con respecto al propugnado por MAGARIÑOS, antes reflejado en nota 278.

²⁸² Que son precisamente en los que centran la atención quienes sostienen que en este caso hay confusión patrimonial.

²⁸³ Además de lo dicho, téngase en cuenta que en caso de personas casadas los bienes principales son habitualmente inmuebles inscritos, dinero en cuentas y valores, cuya titularidad formal es clara, lo que excluye la confusión en ese sentido.

El régimen de gananciales, con su inexistencia de cuotas disponibles y embargables sobre los bienes concretos mientras está vigente implica ciertamente un régimen singular, pero en otro sentido, no en el de confusión patrimonial a que se refiere el artículo 3.5 LC.

En todo caso, hoy, tras la redacción dada a la LC por la Ley 38/2011, la conexión de los concursos de los cónyuges está claramente contemplada a nivel positivo sin supeditarse a que haya confusión patrimonial.

Más allá de eso, sin embargo, la LC concreta poco o nada en qué se traduce tal conexión en nuestro caso, dejando al operador jurídico en situación de incertidumbre²⁸⁴. Y esta cuestión es la realmente importante para nosotros. ¿Qué alcance tiene en este sentido el fenómeno de la conexión?

Salvo voces aisladas que entienden la conexión de concursos como tramitación de ambos en un mismo procedimiento, que termine por tanto en una misma sentencia y solución²⁸⁵, la inmensa mayoría de la doctrina considera que aunque se tramiten en un mismo Juzgado y de forma conexas cada uno de esos concursos conserva su individualidad y autonomía, y por tanto que no necesariamente se han de resolver en el mismo sentido²⁸⁶. En otras palabras: que no se trata en sentido propio de una unificación de concursos, sino de una mera acumulación de procedimientos concursales.

Este entendimiento dominante lleva aparejadas las siguientes consecuencias²⁸⁷.

²⁸⁴ Así lo dice también GARNICA MARTÍN, *op. cit.*, ad artículo 25, pp. 292-293.

²⁸⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, p. 75. El apoyo positivo concreto en ese sentido se busca en los artículos 72 y 74 y siguientes LEC. Y el fundamento de tal recurso a la LEC, en la remisión supletoria que a ella hace la LC en su Disp. Final quinta, que dice así: «Derecho procesal supletorio. En lo no previsto en esta Ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (...). / En el ámbito de los procesos concursales resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación formal o material del proceso». Esto no ha sido acogido favorablemente por la generalidad de la doctrina, considerando que la conexión que establece la LEC no es la misma que contempla la LC.

²⁸⁶ BLANQUER UBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., pp. 34-35 y 37-38; BONET NAVARRO, en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. R. Bercovitz), Madrid, 2004, t. I, ad artículo 25, pp. 236-237; CUADRADO, *op. cit.*, pp. 235-236 y 243-244; COLINO, *op. cit.*, pp. 232-233; CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial* cit., p. 131; DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1285; DUQUE DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, ad artículos 3 y 25, pp. 205 y 519-522; ETXARANDIO HERRERA, *Manual de Derecho Concursal*, 2.ª ed., Madrid, 2009, p. 130; GARNICA MARTÍN, *op. cit.*, pp. 293-294 y 305-309 (aunque en p. 306 hace unas afirmaciones discordantes con eso, ya que habla de formar tres masas activas: las correspondientes a los patrimonios privativos de los cónyuges, y la de los bienes gananciales); PARRA LUCÁN, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal* cit., p. 113; PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 79; ROJO, *op. cit.*, pp. 229-220 y 224.

²⁸⁷ Vid. los autores citados en la nota anterior, aunque no todos coinciden en todo, o no lo explicitan igual.

En primer lugar, que la conexión de esos concursos no obsta para que en cada uno de ellos hayan de formarse por separado las correspondientes masas activa y pasiva. Considerándose que el hecho de estar tramitándose ambos en un mismo Juzgado y tener posiblemente los mismos administradores sin duda hará que el inventario y la lista de acreedores de cada uno de esos concursos reflejen la realidad de un modo más fiel de lo que resultaría si se tramitasen separadamente, pero que en todo caso se trata de inventarios de bienes (masas activas) y de listas de acreedores (masas pasivas) independientes²⁸⁸.

En segundo lugar, que esos concursos conexos no terminan en una sola sentencia que necesariamente disponga una misma solución para ambos (sea convenio o liquidación), sino que se pueden adoptar soluciones distintas en cada uno de ellos. Prueba de lo cual es –se dice– que la LC permite condicionar la propuesta de convenio que en uno se presente a que se apruebe convenio en el otro, o a que se apruebe con un contenido concreto²⁸⁹.

Y finalmente, que la calificación de cada uno de esos concursos es independiente, de forma que uno puede resultar culpable y otro no.

En lo anterior está de acuerdo la generalidad de los comentaristas de la LC, y por nuestra parte nada tenemos que objetarle salvo que eso no constituye un desarrollo suficiente de la cuestión, ya que los concursos conexos de cónyuges casados en régimen de gananciales plantean dificultades cuyo tratamiento requiere mayor concreción²⁹⁰. Entre esas dificultades destacan dos: una, cómo se

²⁸⁸ Vid. el Auto de declaración de concurso de 29-12-2004, del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona. Cita Cuadrado (*op. cit.*, p. 244), en el mismo sentido, los siguientes Autos: de 18-7-2008, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander; de 9-5-2008, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao; y de 27-3-2008, de la Audiencia Provincial de Madrid.

²⁸⁹ Art. 101.2 Ley 22/2003: «Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, en caso de concursos que se hubieran declarado conjuntamente o cuya tramitación se hubiera acumulado, la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de otro u otros». Art. 101.2 Ley 38/2011: «Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, en caso de concursos conexos, la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a que se apruebe con un contenido determinado el convenio de otro u otros». «Este condicionamiento –dice BLANQUER UBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., p. 37–... puede obedecer a muy diversas situaciones de hecho: piénsese que los cónyuges ejerciesen en común una actividad profesional, artística o empresarial, y que exteriorizarasen el ejercicio común bajo la forma de un ente sin personalidad jurídica; o que para dicho ejercicio hubiesen constituido una sociedad colectiva, o una sociedad profesional; en tales casos –afirma– se puede apreciar con facilidad que la proposición de convenios condicionados entre sí obedezca a la finalidad de conseguir... la continuidad de la actividad común. [Y] Aunque los cónyuges viniesen ejerciendo separadamente actividades diferentes, el condicionamiento del convenio puede responder al propósito de proseguir cada cónyuge su propia actividad, apoyándose ambos en el respaldo o apoyo económico que les preste a ambos el activo ganancial o común, al medir el riesgo financiero de su respectiva actividad.»

²⁹⁰ En relación con la conexión de concursos, dice BLANQUER UBEROS que «la LC ofrece poca base normativa, y –añade– no he localizado doctrina que analice la cuestión»

forman las masas de esos concursos, y otra, cómo se pueden o deben concluir tales procedimientos. Nos ocupamos de ellas a continuación.

En primer lugar, la cuestión atinente a cómo se forman en este supuesto las masas activas de los concursos de cada uno de esos cónyuges. La respuesta no es fácil²⁹¹.

Según la LC, la masa activa del concurso de un cónyuge casado en gananciales se integra por sus bienes privativos –art. 77.1– y además –art. 77.2– por los bienes gananciales, sin especial limitación, es decir por todos.

Esto en principio no plantea dificultad si la conexión se produce *a posteriori* –es decir, si primero es declarado en concurso uno de los cónyuges y más tarde el otro, que se acumula al primero–, pues en tal caso cabe entender que lo dicho se aplica plenamente al declarado en primer término –cuya masa activa comprenderá sus bienes privativos y todos los bienes gananciales– mientras que en el segundo la masa activa se circunscribirá a los bienes privativos de este otro cónyuge, pues los bienes gananciales ya estarán integrados todos en la masa activa del primer concurso, y unos mismos bienes no pueden estar sometidos al mismo tiempo a dos procedimientos de ejecución (universal, en este caso). La cuestión se resolvería, podríamos decir, con arreglo a un criterio de preferencia temporal.

Otra cosa ocurre sin embargo si la conexión se produce *ab initio*, esto es si se trata de una declaración conjunta de concurso de los dos cónyuges. ¿En qué masa activa se integrarán los bienes gananciales? La LC no proporciona ningún criterio para decidir, no siendo posible solventar la cuestión adscribiendo los bienes gananciales por mitades a uno y a otro, porque las deudas que integran las masas pasivas de cada uno de esos concursos no son necesariamente las mismas ni de igual valor (téngase en cuenta que aquí hay que considerar no sólo las deudas gananciales sino también las privativas), y el régimen de responsabilidad a que están afectos esos bienes no se puede modificar sobrevenidamente.

La doctrina, por su parte, no se ha detenido especialmente en este punto, limitándose algunos autores a afirmar simplemente que todos los bienes gananciales se incluirán en ambas masas²⁹². Esto

(*El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., p. 34).

²⁹¹ Así lo señala también CUADRADO, *op. cit.*, p. 256, destacando que el legislador nada ha previsto en este punto.

²⁹² Así lo apuntan CUADRADO, *op. cit.*, pp. 256-257 (aunque con poca convicción inicial) y CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial* cit., p. 131.

sin embargo, con arreglo al criterio expresado en el párrafo anterior –que a nuestro juicio es el correcto–, no es posible.

La única salida imaginable pasa por entender que la conexión de estos concursos conlleva forzosa y necesariamente la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales²⁹³. Pues entonces con los bienes gananciales se procederá al pago de las deudas de esa naturaleza de forma previa y preferente, y luego, si queda haber neto, se procederá a repartirlo por mitades entre los cónyuges, ingresando en el activo del concurso de cada cónyuge la parte que a cada uno se adjudique²⁹⁴. Ahora bien, si tal es la única salida surge entonces la dificultad de que la disolución de la sociedad de gananciales queda en manos de los acreedores –ya que cualquiera de ellos está legitimado hoy para pedir la conexión de esos concursos, y tanto *ab initio* como *a posteriori*–, que se impondrá por tanto a los cónyuges desde fuera, lo cual no encaja con el tenor del artículo 77.2 LC (que reserva tal decisión a los cónyuges), ni con la intención del legislador (esto ya se vio más arriba en el trabajo), ni con el entendimiento de la doctrina dominante (que según vimos en su momento no concede a los acreedores del cónyuge *in bonis* ni siquiera la posibilidad de instar tal disolución subrogándose en la posición de este, en caso de inactividad por su parte)²⁹⁵.

Se trata, así pues, de una cuestión sin solución coherente dentro de la LC. Conclusión, ésta, que se ve respaldada al considerar que en la redacción inicial de la LC sólo estaba contemplada específicamente la conexión sucesiva o *a posteriori* de los concursos de cónyuges (acumulación: art. 25.3), que como hemos visto puede resolverse formando la masa activa de cada concurso con arreglo al criterio temporal, mientras que la hipótesis de declaración conjunta inicial (art. 3.5 LC) no hacía referencia específica a cónyuges, sino genérica a deudores. Los redactores de la Ley 22/2003, así pues, aunque seguramente sin plena consciencia tal vez vislumbraban ya que en tal caso había dificultades que aconsejaban omitir la refe-

²⁹³ Así lo dicen BLANQUER UBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., p. 35, nota 49, y p. 37; CUADRADO, *op. cit.*, p. 257; CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial* cit., pp. 131-132; y BONET NAVARRO, *op. cit.*, p. 241. Tal vez también GARNICA MARTÍN, *op. cit.*, p. 304.

²⁹⁴ Si después de hecha la liquidación no quedan bienes, nada se repartirá entre los cónyuges ni pasará a engrosar la masa activa de sus concursos.

²⁹⁵ Además está la dificultad de qué hacer si tras la liquidación de la sociedad quedan por pagar acreedores gananciales –que podrán ser tanto de un cónyuge como de otro–. ¿Concurrirán en cada uno de esos concursos todos ellos, incluso los que contrajeron su crédito con el otro cónyuge? Ya quedó visto en el apartado anterior del trabajo la dificultad que ello plantea, pues supondría que concurrirían tanto con los acreedores gananciales que contrajeron sus créditos con el cónyuge de ese concurso como con los acreedores privativos suyos, para cobrarse con los bienes privativos que en cada concurso haya.

rencia expresa a los cónyuges²⁹⁶. Y en todo caso, sea de eso lo que fuere, aunque la letra del artículo 3.5 LC lo permitiera el hecho cierto es que su aplicación no encaja bien con el supuesto.

La segunda dificultad inherente a la conexión de los concursos de cónyuges (procediendo aquí sobre la idea apuntada por algunos autores de que en caso de conexión todos los bienes gananciales están integrados tanto en la masa activa de un concurso como en la del otro) es relativa a cómo proceder en orden a la conclusión de los mismos.

Ciertamente, si ambos terminan en convenio no parece haya especial dificultad, habida cuenta que cabe condicionar uno al otro –a que se apruebe, o a que se apruebe con un determinado contenido–²⁹⁷.

Pero no ocurre lo mismo si uno se quiere resolver por vía de convenio y el otro de liquidación, o si ambos terminan en liquidación.

Lo primero es imposible, por hipótesis. Pues si los bienes gananciales están todos integrados en ambos concursos, y en uno se pretenden realizar para con lo que de ellos se obtenga pagar a los acreedores de ese concurso, no es posible entonces que el otro concurso se pueda resolver mediante convenio, ya que éste lógicamente se habrá alcanzado o se alcanzará atendiendo, entre otras cosas, a esos bienes gananciales. Así pues, si los concursos de los dos cónyuges no discurren ambos por vía de convenio hay que concluir que necesariamente se ven abocados, también ambos, a terminar en liquidación, aunque en uno de ellos, considerado por separado, el convenio fuera factible y querido por el deudor y sus acreedores. Resultado, éste, que no se corresponde sin embargo con los criterios de política legislativa que inspiran la LC –desde luego en su redacción inicial, pero más aún en la procurada por la Ley 38/2011–, que aspiran a alcanzar una solución de los concursos no liquidatoria. Esta es, pues, una objeción importante a considerar.

Lo segundo plantea también dificultad –aunque tal vez hoy más teórica que práctica–, que se concreta en la siguiente pregunta:

²⁹⁶ En contra CUADRADO, quien afirma que este precepto se dictó pensando expresamente en los cónyuges casados en régimen de comunidad, de sociedad de gananciales (*op. cit.*, p. 231).

²⁹⁷ Esta hipótesis no sería posible sin embargo si se aceptara la interpretación apuntada por varios autores en el sentido de que en este caso la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales tiene carácter forzoso (*vid.* texto y nota 292), pues el obstáculo para ello sería de orden estructural: los procedimientos concursales no podrían llegar al punto de deliberar si aceptar o no un convenio –lo que tiene lugar en la Sección 5.^a del procedimiento, esto es después de la fase común del concurso–, porque sin liquidar previamente la sociedad de gananciales no sería posible determinar las masas activas de cada concurso, que es etapa anterior del procedimiento, ya que está en la fase común: Sección 3.^a

¿cómo liquidar esos dos concursos, que son conexos pero distintos? Si tanto uno como otro se mantienen separados y autónomos, sin unión de masas, ¿cómo puede hacerse liquidación de cada uno de ellos respetando los derechos y los intereses legítimos de todos los sujetos concernidos? Ni la LC ni la doctrina han analizado la cuestión con especial atención, pero se trata de un asunto de enjundia²⁹⁸. Con arreglo al sistema inicial de la LC el objetivo dicho no era posible alcanzarlo en absoluto, pues su artículo 84.1 establecía que en el concurso de cada cónyuge se integraban sólo las deudas que él hubiera contraído –fueran privativas o gananciales–, lo que suponía que serían los acreedores de uno u otro concurso los que cobrarán, en función de que la realización de los bienes se hiciera en uno u otro²⁹⁹. Hoy, tras la Ley 38/2011, el nuevo artículo 49 LC establece que se integran en la masa pasiva del concurso de cada cónyuge no sólo sus deudas privativas sino también todas las gananciales, hayan sido contraídas por él o por su cónyuge, lo que permite pensar, sobre la base de que todas las deudas gananciales estarán integradas tanto en el concurso de un cónyuge como en el del otro, que da igual en qué concurso se realicen los bienes gananciales. Esto, ahora bien, aunque en la práctica pueda ser así presenta la dificultad teórica de explicar cómo deudas que están integradas en un concurso (el de un cónyuge) se considerarán pagadas mediante una liquidación realizada en otro concurso distinto (el del otro cónyuge).

Llegados aquí, cabe entonces concluir lo dicho destacando que la conexión de los concursos de cónyuges casados en gananciales, además de adolecer de falta de regulación precisa, se topa con obstáculos concretos de calado y de muy difícil o imposible solución coherente en el sistema de la LC. La composición de las masas

²⁹⁸ Así lo destaca BLANQUER UBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., pp. 37-38.

²⁹⁹ CUENA CASAS, sin embargo, afirmaba bajo el imperio de la primera redacción de la LC que en caso de acumulación de concursos «no se [producía] la desprotección... de los acreedores gananciales del cónyuge del concursado que [resultaban] expulsados del proceso concursal..., pues en [este caso] todos los acreedores gananciales se [encontraban] en el seno del proceso concursal» (*Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial* cit., p. 131). En el mismo sentido CUADRADO, quien decía que el peligro denunciado se disipaba si los dos cónyuges eran declarados en concurso, considerando entonces que «todos los acreedores gananciales participarán en los procedimientos concursales, al resultar incluidos ya sea en la masa activa de un esposo ya sea en la del otro» (*op. cit.*, p. 257). Por las razones que hemos ido señalando en el trabajo, sin embargo, estas consideraciones no podían admitirse como válidas: en ese sistema serían los acreedores de uno u otro concurso los que cobrarán, en función de que los bienes se realizaran en un concurso o en otro. Sin que fuera posible pensar en «composiciones» de equidad en base a las cuales, por ser la Administración concursal la misma en ambos concursos, esta realizará los bienes gananciales en un concurso u otro en función de su valor y de modo proporcional al importe de los créditos gananciales que hubiera en la masa pasiva de cada concurso.

activas de los concursos de esos cónyuges, y su liquidación, son cuestiones que lo evidencian.

Todo lo cual se debe, a nuestro modo de ver, a las dos razones siguientes.

Por un lado a que el legislador de la Ley 38/2011, al ocuparse de este tema, adolecía de falta de conceptos claros al respecto, no teniendo una idea clara de adónde quería llegar y de cómo podía hacerlo dentro de las premisas del sistema.

Y por otro a que la conexión de concursos, cuando se predica de cónyuges casados en régimen de gananciales es cosa que en verdad sólo tiene pleno sentido si se traduce en una ejecución universal y autónoma de la sociedad de gananciales, formando un concurso separado cuya masa activa se integre con todos los bienes de esa naturaleza y cuya masa pasiva se forme con todas las deudas gananciales, sea quien sea el cónyuge con quien se hayan contraído. Tramitándose aparte los concursos de los patrimonios privados de cada cónyuge, cada uno con su masa activa y pasiva. En definitiva, constituyendo tres concursos distintos, con tramitación separada y autónoma cada uno de ellos.

Esta fórmula, ahora bien, aunque demandada por algunos autores³⁰⁰ no fue establecida en la redacción inicial de la LC, ni ha sido tampoco acogida en la reforma de la misma operada por Ley 38/2011. Así lo evidencia hoy el artículo 25 ter.1 LC, que establece que «los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán... sin consolidación de las masas».

Es verdad que algunos autores (que escribían antes de la Ley 38/2011), aun coincidiendo en principio en la idea de que la conexión de concursos no obsta a que cada uno mantenga su autonomía e individualidad, eso no obstante apuntaban que en casos extremos podía procederse a una acumulación o unificación de las masas, cuando no fuera posible desentrañar la confusión patrimonial existente entre los deudores concursados³⁰¹. Y es verdad tam-

³⁰⁰ Entre otros, ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, p. 934; GUILARTE, en *Comentarios a la legislación concursal* cit., ad artículo 77, p. 1566; Id: *La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado*, ADCo 2005, pp. 64 y 83; MAGARIÑOS, *op. cit.*, pp. 2054 y 2064-2065.

³⁰¹ DUQUE DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 205 y 520-522; RIFA SOLER, *Derecho concursal práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal* (coord. Fernández Ballesteros), Madrid, 2004, p. 151; GARNICA MARTÍN, *op. cit.*, p. 306. Sin someterlo a tal condicionamiento, consideran procedente en todo caso la acumulación de masas en el supuesto de concursos de cónyuges en gananciales GUILARTE –*La liquidación de la sociedad de gananciales...* cit., pp. 84-85, partiendo de su planteamiento propio, que a lo largo del trabajo ha quedado visto reiteradamente– y MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2089.

bién que esta idea se ve recogida hoy en la LC, en su nuevo artículo 25 ter.³⁰²

Ahora bien, sin discutir eso en el plano teórico o general, lo que en todo caso hay que reiterar aquí es que en caso de cónyuges casados en régimen de gananciales tal confusión patrimonial no se produce. Pues aunque es cierto que la sociedad de gananciales tiene una indudable singularidad en cuanto a la titularidad y régimen de los bienes de esa naturaleza, ello no constituye confusión patrimonial en este sentido, como ya quedó apuntado más arriba en el trabajo. Lo que supone que en caso de concursos conexos de cónyuges casados en gananciales no cabe tal unificación o consolidación de masas, y por tanto que en el concurso de cada uno de ellos han de formarse, separadamente, sus correspondientes masas activa y pasiva.

En realidad lo que ha ocurrido es que el legislador concursal de 2011, con las modificaciones que ha introducido en este punto ha querido salir al paso de las objeciones que se señalaban a la redacción primera de la LC pero se ha quedado a mitad de camino, por no tener una idea suficientemente acabada de la cuestión, o por no ser ésta posible sin una reforma a fondo de los pilares en que se asienta el sistema³⁰³. Lo que como consecuencia ha dado como resultado un sistema que presenta evidentes disfunciones.

³⁰² «Excepcionalmente, se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la Administración concursal, cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados.»

³⁰³ Reforzando lo dicho cabe añadir además que, a menos que se introduzcan en el régimen de gananciales cambios sustanciales mucho más allá de lo que se puede pretender con una modificación puntual de la LC, tampoco sería viable plantear como solución la declaración de concurso independiente de la sociedad de gananciales y de los patrimonios privativos de los cónyuges, cada uno de ellos de forma autónoma. Como ya se dijo antes, lo que con esto se pretende es que en el concurso de la sociedad de gananciales la masa activa esté integrada por los bienes de esta naturaleza, y la masa pasiva sólo por las deudas de esa misma índole, tanto si han sido contraídas por ambos cónyuges como si individualmente por cualquiera de ellos. Y que en el concurso de cada patrimonio privativo las masas correspondientes estén integradas estrictamente por los bienes y las deudas de esa naturaleza, de los que sea titular o deudor el cónyuge concursado. Esto, ahora bien, no es viable sin introducir, previa o simultáneamente, cambios de calado sustancial en el régimen de gananciales. Porque en este sistema, tal como está configurado actualmente, de las deudas gananciales responden directa y solidariamente tanto los bienes gananciales como los privativos del cónyuge que contrajo esas deudas (arts. 1367 y 1369 CC), y de las deudas privativas de los cónyuges responden también los bienes gananciales, aunque sea de forma subsidiaria (art. 1373 CC). No cabría, pues, excluir absolutamente las deudas privativas de los cónyuges de la masa pasiva del concurso de la sociedad de gananciales, ni excluir de la masa pasiva del concurso de cada cónyuge las deudas gananciales contraídas por él (individualmente o junto con el otro cónyuge). Para que tal fuera posible sería necesario modificar también el régimen de gananciales tal como hoy lo conocemos, o al menos establecer una excepción al mismo en caso de concurso. Por estas razones cabe incluso apuntar –pero estamos hablando en terreno de puras elucubraciones– que tal vez fuera más fácil de instaurar permitir el concurso único de esos dos cónyuges, de modo que en él se integraran los tres patrimonios en juego –los dos privativos y el ganancial–, aunque luego dentro de él se

BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑEN, María José: «Los problemas del cónyuge del ejecutado para defender sus intereses en los procesos de ejecución en que resultan embargados bienes gananciales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 2005.
- AGUILAR RUIZ, Leonor: «Ejecución de bienes gananciales por deudas consorciales contraídas por uno de los esposos: oposición del cónyuge no deudor a la traba y embargo de bienes comunes», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2005, núm. 14.
- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. R. Berco-vitz), Madrid, 2004, t. I.
- ARANGUREN URRIZA, Francisco José: «Bienes gananciales y privativos en el concurso de acreedores del deudor casado», en *Homenaje a D. Juan Francisco Delgado de Miguel* (coord. Garrido Palma), Cizur Menor 2007.
- ARNAU RAVENTÓS, Lidia: *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, Barcelona 2006.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: «Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (dir. por García Villaverde, Alonso Ureba y Pulgar Ezquerra), Madrid, 2002.
- En *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Rojo-Beltrán), Madrid, 2004, t. I.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: «Notas acerca de la relación entre concurso y sociedad de gananciales», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid-Barcelona, 2005, t. II.
- «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, junio 2005, núm. 43.
- «El concurso de los cónyuges en gananciales o impropio el concurso del matrimonio», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2008.
- BONET NAVARRO, Ángel: en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. R. Berco-vitz), Madrid, 2004, t. I.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «El concurso y su incidencia en la empresa familiar», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión* (dir. Martínez Díe), Cizur Menor, 2006.
- COLAS ESCANDÓN, Ana María: en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. R. Bercovitz), Madrid, 2004, t. II.
- COLINO MEDIAVILLA, José Luis: en *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Pulgar Ezquerra, Alonso Ureba, Alonso Ledesma y Alcover Garau), Madrid, 2004, t. I.
- «Concurso del consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, 2005.
- CORDERO LOBATO, Encarnación: en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. R. Bercovitz), Madrid, 2004, t. I.

establecieran disposiciones semejantes a las que contiene la LC en el sentido de exigir que en el inventario se identifiquen y distingan los bienes y derechos privativos de cada uno y los gananciales (art. 82, núms. 1 y 2) así como los créditos (deudas) privativos de cada uno y los gananciales, a fin de determinar con qué bienes pueden esos créditos satisfacerse con preferencia, y en su caso si de forma directa o subsidiaria. Esta fórmula podría ser satisfactoria a nivel teórico, ya que permitiría atender debidamente a los distintos intereses en juego, y no incurriría en los inconvenientes que van aparejados a otras fórmulas.

- CRESPI FERRER, LORENZO: «El embargo de bienes gananciales: problemática procesal (Examen del art. 541 LEC)», en *Revista de Derecho de Familia* núm. 23, 2003.
- CUADRADO PÉREZ, CARLOS: «El concurso de acreedores de ambos cónyuges», en *Familia y concurso de acreedores* (coord. Cuena Casas), Cizur Menor 2010.
- CUENA CASAS, MATILDE: «El concurso de acreedores de persona casada en régimen de gananciales», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar* (coord. Cuena-Colino), Navarra, 2009.
- «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», en *Familia y concurso de acreedores* (coord. Cuena Casas), Cizur Menor 2010.
- CURIEL LORENTE, FERNANDO: «El artículo 77.2 de la Ley Concursal en relación con el consorcio conyugal», en *Actas del Foro de Derecho Aragonés. Decimonoveno encuentro (Zaragoza-Teruel 2009)*. Edit. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.
- DÍEZ SOTO, CARLOS MANUEL: «El régimen de gananciales en la nueva Ley Concursal», en *Libro-homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* (coord. González Porras y Méndez González), Murcia, 2004, t. I.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: En *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Pulgar Ezquerra, Alonso Ledesma, Alonso Ureba y Alcover Garau), Madrid, 2004, t. I.
- ETXARANDIO HERRERA, EDORTA J.: *Manual de Derecho Concursal*, 2.ª ed., Madrid, 2009.
- GALÁN LÓPEZ, CARMEN: «La responsabilidad de los bienes gananciales en el concurso del cónyuge», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2004.
- En *Comentario a la legislación concursal* (dir. Pulgar Ezquerra, Alonso Ureba, Alonso Ledesma y Alcover Garau), Madrid, 2004, t. I.
- GARNICA MARTÍN, JUAN: en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. Sagraera Tizón, Sala Reixachs y Ferrer Barriendos), Barcelona, 2004, t. I.
- GONZÁLEZ CARRASCO, MARÍA DEL CARMEN: en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. R. Bercovitz), Madrid, 2004, t. I.
- GORDILLO CAÑAS, ANTONIO: «Ganancialidad de la deuda: ¿presunción, prueba o determinación legal?», en *Actualidad Civil* núm. 21, diciembre, 2004.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, VICENTE: «La ejecución sobre bienes gananciales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 541 LEC)», en *Revista de Derecho de Familia* núm. 10, 2001.
- «La sociedad de gananciales: desde la comunidad germánica al caos liquidatorio», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, t. III.
- En *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez), Valladolid, 2004, t. II.
- «La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado», en *Anuario de Derecho Concursal*, 2005.
- HERRERA CUEVAS, EDORTA: *Manual de la reforma concursal*, Madrid 2004.
- HERRERO PEREZAGUA, JUAN F.: «Concurso de acreedores y consorcio conyugal. Aspectos procesales», en *Actas del Foro de Derecho Aragonés. Decimonoveno encuentro (Zaragoza-Teruel 2009)*. Edit. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: «Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria», en *Anuario de Derecho Civil*, 1950.
- MAGARIÑOS BLANCO, VICTORIO: «El concurso y la sociedad de gananciales», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid-Barcelona, 2005, t. II.

- MAGRO SERVET, Vicente: «La responsabilidad concursal de los bienes propios y comunes del deudor y la influencia del régimen económico matrimonial en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», en *Revista Jurídica Española* «La Ley» (Diario La Ley, núm. 6213, 18-3-2005, ref. D-66).
- MANZANO CEJUDO, María de los Ángeles: En *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. Fernández de la Gándara y Sánchez Álvarez), Madrid-Barcelona, 2004.
- MATEO SANZ, Jacobo B: En *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez), Valladolid, 2004, t. IV.
- MERCADAL VIDAL, Francisco: *Nueva Ley Concursal* (coord. Sala, Mercadal, Alonso Cuevillas), Barcelona, 2004.
- ORDUÑA (Francisco Javier) - PLAZA (Javier): En *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Rojo-Beltrán), Madrid, 2004, t. I.
- PARRA LUCÁN, María de los Ángeles: *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, Cizur Menor 2009.
- «Concurso de acreedores y consorcio conyugal», en *Actas del Foro de Derecho Aragonés. Decimonovenos encuentros (Zaragoza-Teruel 2009)*. Edit. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.
- PINO LOZANO, Juan: «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial de gananciales», en *Jornadas de Derecho Concursal (Cátedra de Derecho Notarial), Jornadas celebradas en Málaga los días 5 y 6 de junio de 2008*, Granada, 2009.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987.
- RIFA SOLER, José María: *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal* (coord. Fernández Ballesteros), Madrid, 2004.
- ROJO, Ángel: en *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Rojo-Beltrán), Madrid, 2004, t. I.
- SABATER MARTÍN, Aníbal: en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Fernández Ballesteros, Rifá Soler y Valls Gombau), Barcelona, 2001, t. II.
- SAIZ GARCÍA, Concepción: *Acreedores de los cónyuges y régimen económico matrimonial de gananciales*, Cizur Menor, 2006.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: en *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Sánchez-Calero y Guilarte Gutiérrez), Valladolid, 2004.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «El concurso de acreedores de persona casada», en *Homenaje al Profesor Lluís Puig Ferriol*, Valencia, 2006, t. II.
- SANZ VIOLA, Ana María: «Incidencia del concurso de acreedores en el régimen económico matrimonial del deudor en la Ley Concursal», en *Revista de Derecho Privado* 2004.
- SASTRE PAPIOL, Sebastián: En *Derecho Concursal práctico* (coord. Fernández Ballesteros), Madrid, 2004.
- VÁZQUEZ ALBERT, Daniel: En *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. Sagraera Tizón, Sala Reixachs y Ferrer Barriendos), Barcelona, 2004, t. II.
- VIGUER SOLER, Pedro Luis: «La masa activa: determinación de las acciones de reintegración», en *La nueva Ley Concursal* (dir. Garnica Martín), Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, CGPJ, 2003.
- YÁÑEZ VIVERO, Fátima: «Repercusiones de la reforma concursal (Proyecto de julio de 2002) en el régimen económico matrimonial del concursado», en *Aranzadi Civil*, 2002-III.