

EL CONCURSO DE PERSONA CASADA: UNA APROXIMACIÓN A SU REGULACIÓN POR LA LEY CONCURSAL

MARÍA VICTORIA JIMÉNEZ MARTÍNEZ
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil
Universidad de Alcalá

Resumen: En este trabajo se realiza un breve análisis del régimen jurídico aplicable a los bienes del concursado cuando éste es una persona casada y, en consecuencia, en su matrimonio rige un determinado régimen económico matrimonial. Así, habrá que determinar si, siendo el régimen económico matrimonial el de sociedad de gananciales, los bienes gananciales forman parte de la masa activa del concurso o si en el régimen de separación de bienes los bienes adquiridos a título oneroso por el cónyuge no deudor pueden integrar también la masa activa del concurso y, en consecuencia, ser agredidos por los acreedores del cónyuge deudor. Finalmente, y dada la importancia que para una familia tiene la vivienda habitual, también se estudiará cuál es su tratamiento en el concurso.

Palabras clave: Cónyuge concursado; Régimen económico matrimonial; Sociedad legal de gananciales; Separación de bienes; Vivienda habitual.

Abstract: In this article, I am going to study the specific normative about the properties of the insolvent spouse, because there is a specific economic matrimonial system to affect this situation. So, I will study how to affect the community property of the marriage to the properties that integrate the active mass or what the specific rules when the spouse not insolvent takes over different things with a price. At the end of this article, I will study the regulation of familiar house.

Keywords: Insolvent spouse; Economic matrimonial system; Community property; Separation of marital property; Familiar House.

SUMARIO: I. EL CONCURSO DE PERSONA CASADA Y LA COMPOSICIÓN DE LA MASA ACTIVA; II. EL CONCURSO DE PERSONA CASADA EN RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES Y LAS PRESUNCIONES DE LA

LEY CONCURSAL; III. EL PACTO DE SOBREVIVENCIA; IV. LA VIVIENDA HABITUAL DEL MATRIMONIO Y EL CONCURSO.

I. EL CONCURSO DE PERSONA CASADA Y LA COMPOSICIÓN DE LA MASA ACTIVA

La composición de la masa activa del concurso presenta peculiaridades cuando el concursado es una persona casada¹. En este sentido el artículo 77 de la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio (en adelante LC) establece que en caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado². En este sentido, habría que excluir de la masa activa aquellos bienes que aún encontrándose bajo su esfera de poder, no fueran de su titularidad³. Esto ocurre, sin lugar a dudas, cuando el concursado está casado, pues la convivencia en el tiempo con su pareja conlleva la tenencia y disfrute de bienes en común de los que en múltiples ocasiones se desconoce la verdadera titularidad⁴. Si se incluyeran en la masa activa bienes pertenecientes al cónyuge no concursado, éste podría ejercitar el derecho de separación del artículo 80 LC y solicitar a la administración concursal la entrega de los mismos.

Como sabemos, son fundamentalmente dos los regímenes económico-matrimoniales que resultan de aplicación en nuestro país: el régimen de separación de bienes y el régimen de sociedad de gananciales⁵.

¹ Un estudio sobre la influencia que tiene la declaración de concurso en el régimen económico matrimonial del concursado la realiza YANEZ VIVERO, F., en su trabajo “Repercusiones de la reforma concursal en el régimen económico matrimonial”, en *Aranzadi Civil*, nº 20, 2002.

² Parece que la distinción entre bienes propios o privativos es una clara referencia a los dos regímenes económicos matrimoniales que por excelencia se utilizan en España. Así, bienes privativos serían aquellos pertenecientes a uno de los cónyuges en el régimen de sociedad de gananciales por contraposición a los bienes de carácter ganancial, mientras que la expresión bienes propios se referiría más bien a los bienes de cada cónyuge en el régimen de separación de bienes. En el mismo sentido, NANCLARES VALLE, J.: “Comentario al artículo 77 de la Ley Concursal”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, T. 1, Coord. por Cerdón Moreno, F., ed. Aranzadi, 2010, p. 885. SASTRE PAPIOL, S.: “Comentario al artículo 77 de la Ley Concursal”, en *Derecho Concursal Práctico, Comentarios a la nueva Ley Concursal*. Coord. Fernández-Ballesteros López, M.A., ed. IURGIUM, 2004, p. 417.

³ ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Comentario al artículo 77 de la Ley Concursal”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I, Coord., por Bercovitz-Rodríguez Cano, R., ed: Tecnos, 2004, p. 928.

⁴ Al margen de la regulación concursal, el problema de la titularidad de los bienes en el matrimonio trata de resolverlo el Código civil en distintos preceptos como son el artículo 1324 que establece la eficacia de la confesión entre los cónyuges, el artículo 1361 en el régimen de sociedad de gananciales que establece una presunción de ganancialidad o el artículo 1441 en el régimen de separación de bienes que establece una presunción de copropiedad.

⁵ El régimen de participación en las ganancias, si bien es el tercer régimen económico previsto legalmente, no es normalmente utilizado en la práctica.

El régimen económico matrimonial de separación de bienes se caracteriza porque cada cónyuge es titular de unos bienes y derechos respecto de los que tiene plena libertad de disposición y administración y porque no existe una masa de bienes común destinada al cumplimiento de determinadas obligaciones. Por estas razones, cada cónyuge responde con su propio patrimonio de las deudas que haya contraído. La única excepción la encontramos en las deudas contraídas en ejercicio de la potestad doméstica ex artículo 1319 del Código civil (en adelante CC), puesto que en este caso existe una responsabilidad solidaria del patrimonio del cónyuge deudor y del común, si lo hubiera y subsidiaria del patrimonio del cónyuge no deudor. Así pues, sólo se incluirán en la masa activa del concurso los bienes propios del cónyuge deudor o la cuota de participación que tenga en aquéllos que existan en régimen de copropiedad, y si el cónyuge concursado ha contraído las deudas para hacer frente a los gastos ordinarios de la familia también se incluirán los bienes del cónyuge no deudor, en orden a su responsabilidad subsidiaria.

El problema se plantea cuando el régimen económico matrimonial del concursado es el de sociedad de gananciales, ya que en este caso sí existe una masa común de bienes afecta al cumplimiento de determinadas obligaciones, junto con los bienes privativos de cada uno de los cónyuges. En este supuesto, el artículo 77 LC establece que integrarán la masa activa, no sólo los bienes privativos del cónyuge deudor, sino también los bienes gananciales, cuando deban responder de las obligaciones del concursado. La cuestión, por tanto, se traslada, en este supuesto, a determinar qué bienes gananciales responden de las obligaciones asumidas por el concursado.

Parece claro, en este sentido, que los bienes gananciales responderán de las deudas ex artículo 1365 CC; esto es, las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica o derivadas de la gestión o disposición de los bienes gananciales o contraídas en el ejercicio ordinario de la profesión u oficio o en la administración ordinaria de los bienes comunes. También responderán de las deudas a que se refiere el artículo 1366 CC, es decir; aquellas obligaciones extracontractuales asumidas por un cónyuge como consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad o en el ámbito de administración de sus bienes, siempre que no las haya contraído mediando dolo o culpa grave. Y finalmente, de las del artículo 6 del Código de Comercio (en adelante C. de C.) que plantea el tema desde la óptica del cónyuge comerciante y establece que quedarán obligados a las resultas del comercio los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos por esas resultas (cuya naturaleza es ganancial). No

obstante, también responderán los demás bienes comunes si ha mediado el consentimiento de ambos cónyuges.

Pues bien, en todos estos casos, responderán los bienes gananciales, y en consecuencia se integrarán en la masa activa, tanto si la deuda ha sido contraída por el cónyuge concursado, en cuyo caso responde solidariamente su propio patrimonio y el patrimonio ganancial (art. 1367 CC), como si la deuda ha sido contraída por ambos cónyuges conjuntamente (art. 1369 CC).

Pero a lo expuesto anteriormente también hay que añadir el supuesto recogido en el artículo 1373 CC que regula la responsabilidad por deudas personales de uno de los cónyuges. En este caso, está claro que en principio responde sólo el patrimonio privativo del cónyuge deudor. Sin embargo, el legislador faculta a los acreedores para trabar el patrimonio ganancial si el privativo no fuera suficiente. Por tanto, los bienes gananciales responderán subsidiariamente de las deudas personales de uno de los cónyuges, si bien en este caso hasta la mitad de su valor.

La consecuencia que se deriva de lo anterior consiste en afirmar que en la masa activa del concurso deben incluirse también los bienes gananciales existentes en el matrimonio del cónyuge concursado, bien porque responden directamente de las denominadas deudas consorciales, bien porque responden subsidiariamente⁶. Por ello, el artículo 82.1 LC establece que la administración concursal elaborará una relación de los bienes privativos del cónyuge concursado, y de los bienes gananciales o comunes, indicando el carácter de cada uno. Y asimismo, en la lista de acreedores que acompaña el informe que redactan los administradores concursales deben aparecer de forma independiente los créditos que sólo pueden hacerse efectivos sobre el patrimonio privativo y los que pueden realizarse sobre el patrimonio común (art. 94.2 LC).

En estos casos en los que hay bienes gananciales que responden de las deudas personales del cónyuge concursado, el propio artículo 77 LC otorga al cónyuge no concursado la facultad de solicitar la disolución de la sociedad de gananciales, y el juez del concurso 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. En este punto es preciso señalar el diferente tratamiento de la situación que realiza el

⁶ ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Comentario al artículo 77 de la Ley Concursal", loc., cit., p. 931. NANCLARES VALLE, J.: "Comentarios al artículo 77 de la Ley Concursal", loc., cit., p.887. Para un estudio más pormenorizado del tema vid. CUENA CASAS, M.: "Insolvencias familiares ante situaciones de crisis económica. Una asignatura pendiente de la Ley Concursal" en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 762, 2008.

artículo 1373 CC. El precepto del CC sólo permite al cónyuge no deudor instar la disolución de la sociedad de gananciales cuando el patrimonio del cónyuge deudor no es suficiente para afrontar sus deudas personales y por ello los acreedores embargan el patrimonio ganancial. Sin embargo, el artículo 77 LC otorga al cónyuge no concursado esta facultad, con independencia de cuál haya sido el tipo de deuda personal o ganancial⁷.

En el supuesto de que el cónyuge no deudor no solicitare la disolución de la sociedad de gananciales, todos los bienes gananciales integrarán la masa activa y servirán para satisfacer los derechos de crédito de los acreedores del cónyuge deudor. En este sentido, si las deudas asumidas por el cónyuge lo eran de la sociedad de gananciales, el cónyuge no deudor no tendrá derecho a reclamar reembolso alguno. Pero si eran personales del cónyuge concursado, el cónyuge no deudor tendrá un derecho de reembolso por el valor de las mismas, aplicando supletoriamente lo previsto en el artículo 1373 CC⁸.

II. EL CONCURSO DE PERSONA CASADA EN RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES Y LAS PRESUNCIONES DE LA LEY CONCURSAL

Son dos los principales problemas que presenta el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes; En primer lugar, como ya he señalado anteriormente, la dificultad de fijar la titularidad de determinados bienes, por desconocerse cuál de los dos cónyuges realizó su adquisición. Y en segundo lugar, la posibilidad de que en la adquisición de determinados bienes por uno de los cónyuges se hayan utilizado recursos pertenecientes a su consorte.

El CC trata de solucionar el primer problema estableciendo la presunción de que en aquellos casos en los que se desconozca a cuál de los dos cónyuges pertenece el bien, se presume que pertenece a ambos cónyuges *pro indiviso* (art. 1441 CC). En este caso, integrará la masa activa la cuota de participación en ese bien del cónyuge concursado. La presunción podrá ser destruida por el cónyuge no concursado demostrando que el bien lo adquirió él, de modo que para recuperarlo deberá acudir a las acciones de reintegración.

Para dar respuesta a la segunda cuestión es necesario partir del hecho de que en el régimen de separación de bienes no rige el principio

⁷ NANCLARES VALLE, J.: "Comentarios al artículo 77 de la Ley Concursal", loc., cit., p. 889.

⁸ *Ibidem*, loc., cit., p. 889.

de subrogación real⁹, propio del régimen de sociedad de gananciales. En virtud de este principio, la naturaleza privativa o ganancial de un bien no depende del cónyuge que lo haya adquirido sino del carácter de los fondos empleados en la adquisición, de forma que si el dinero utilizado fuera ganancial el bien adquirido será ganancial y si el dinero fuera privativo de uno de los cónyuges el adquirido bien sería privativo (art. 1346 y 1347 CC). Pues bien, en el régimen de separación de bienes, el bien pertenecerá a aquél de los cónyuges que lo haya adquirido, con independencia de la procedencia de los fondos.

Teniendo presente esta idea pudiera darse el supuesto siguiente: uno de los cónyuges ha asumido una serie de deudas y para evitar que los acreedores procedan contra él, permite que el cónyuge no deudor adquiera con fondos pertenecientes al cónyuge deudor nuevos bienes. Estos bienes pertenecerán al cónyuge no deudor y en consecuencia no podrán ser embargados por las deudas generadas por el cónyuge deudor.

Para tratar de resolver esta situación se introdujo en el año 1981 el artículo 1442 CC¹⁰ que contenía la antigua presunción Muciana del Derecho Romano, si bien en la actualidad este precepto está tácitamente derogado por el artículo 78 LC, que es el que actualmente regula la cuestión¹¹. El artículo 1442 fue objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina en la medida que resultaba imposible presumir un hecho cuando la prueba del hecho base contradecía la presunción¹²; es decir, no se podía presumir una donación entre cónyuges si el bien lo había adquirido el cónyuge no deudor del cónyuge deudor a título oneroso, ni tampoco podía presumirse la existencia de una donación entre cónyuges si la adquisición a título oneroso procedía de un tercero. Estos problemas motivaron que la doctrina interpretara el artículo en el sentido de considerar que no existía una donación entre cónyuges sino que los fondos para adquirir el bien habían sido donados al cónyuge no deudor por el cónyuge deudor¹³.

⁹ ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Comentario al artículo 77 de la Ley Concursal", loc., cit., p. 936.

¹⁰ El artículo 1442 del CC establece que "*Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho*".

¹¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R., *Manual de Derecho civil. Derecho de Familia*. Ed. Bercal, 2007, p. 188. NANCLARES VALLE, J.: "Comentario al artículo 78 de la Ley Concursal", loc., cit., p. 892.

¹² ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Comentario al artículo 78 de la Ley Concursal", loc., cit., p. 940.

¹³ Un análisis del problema los realiza CUENCA CASAS, M. en su obra "*La protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial de separación de bienes (la llamada presunción muciana)*". Ed. Dykinson, Madrid 1999. En contra de esta posición ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: "*La presunción muciana*".

Pues bien, el artículo 78 LC recoge esta interpretación realizada por la doctrina. Se trata de un precepto que a pesar de que está ubicado en la parte de la ley correspondiente a la composición de la masa activa, se encuentra más relacionado con la reintegración de la masa¹⁴, ya que contempla dos presunciones de donaciones a los efectos del ejercicio de acciones de reintegración en el patrimonio del concursado de los bienes que han salido del mismo. Sin embargo, lo que la LC permite no es la reintegración del bien efectivamente adquirido por el cónyuge no concursado, sino que trata de recuperar la cantidad donada. Así, se respeta el negocio jurídico a título oneroso realizado por el cónyuge no deudor y el tercero y se trata de destruir el negocio a título gratuito realizado entre los cónyuges¹⁵

El artículo 78 LC regula dos supuestos distintos. En primer lugar, establece que declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado.

El caso es, por tanto, el siguiente: el cónyuge no deudor ha adquirido una serie de bienes a título oneroso y resulta probado por los acreedores del concurso que los recursos utilizados proceden del patrimonio del cónyuge concursado. Pues bien, en este caso se presume, salvo prueba en contrario¹⁶, que los fondos para esta adquisición proceden del cónyuge concursado quien en su momento se los donó a su consorte para realizar esta adquisición. Debido a que la LC, no establece plazo alguno, parece que esta presunción se aplica a todas las adquisiciones a título oneroso que el cónyuge no concursado haya realizado a lo largo de toda la vida matrimonial¹⁷. No obstante, algún autor¹⁸ aboga por la aplicación a esta presunción del plazo temporal de un año, que expresamente se refiere al

concurso: el artículo 1442”, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000. Este autor realiza también un análisis exhaustivo del contenido de este precepto.

¹⁴ Vid. ARNAU RAVENTÓS, L.: *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal* Ed. Atelier, Barcelona, 2006, p. 99 y ss. ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Comentario al artículo 78 de la Ley Concursal”, loc. cit., p. 937.

¹⁵ NANCLARES VALLE, J.: “Comentario al artículo 78 de la Ley Concursal (...)”, loc. cit., p. 894.

¹⁶ Se puede acreditar que los fondos fueron dados en préstamo o simplemente tomó un anticipo que piensa devolver o el negocio fue una permuta.

¹⁷ ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Comentario al artículo 78 de la Ley Concursal”, loc. cit., p. 939. NANCLARES VALLE, J.: “Comentario al artículo 78 de la Ley Concursal”, loc. cit., p. 897.

¹⁸ SASTRE PAPIOL, S.: “Comentario al artículo 78 (...)”, loc. cit., p. 422.

otro supuesto de presunción, sin perjuicio de que las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas antes de ese año, puedan ser objeto de rescisión por la vía del artículo 71.2 LC, si la adquisición tuvo lugar dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, o por las acciones paulianas, subrogatorias y de simulación por plazo de 4 años, debido a la remisión que realiza el artículo 71 LC a la normativa civil.

Para impedir la aplicación de esta primera presunción y en consecuencia las acciones de reintegración del bien, el cónyuge no concursado deberá probar que la adquisición la realizó a título gratuito, que los fondos no procedían del patrimonio del concursado o que en el momento de la adquisición se encontraban separados. Asimismo, si se ha demostrado que la adquisición se ha realizado efectivamente a título oneroso y con fondos del cónyuge concursado, la única opción que le queda al cónyuge no concursado es probar que no hubo donación de fondos entre cónyuges, por ejemplo alegando que el dinero utilizado le fue concedido en préstamo.

El segundo supuesto contemplado en el artículo 78 LC parte de la circunstancia de que no se ha podido probar la procedencia de la contraprestación con la que el cónyuge del concursado ha adquirido el bien. Pues bien, en estos casos se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se hubiese realizado en el año anterior a la declaración de concurso. Asimismo, y aunque no aparece expresamente recogido en el texto del precepto para que se pueda aplicar la presunción es necesario que los cónyuges ya estuvieran casados en el momento de la adquisición¹⁹.

Si por otra parte, el cónyuge no concursado quiere desvirtuar esta segunda presunción además de todo lo anteriormente expuesto en relación con la destrucción de la primera presunción, podrá alegar que la adquisición del bien se realizó antes del año señalado en el artículo 78 LC, a contar desde la declaración de concurso.

Tanto una como otra presunción parten de una adquisición a título oneroso por parte del cónyuge no concursado. Se trata de una circunstancia que debe ser probada por los acreedores en el concurso. En este sentido si la adquisición se hubiera realizado a título gratuito no podrá aplicarse la presunción por dos razones. En primer lugar, porque si el bien es donado por un tercero, está claro que no puede integrar la masa

¹⁹ ÁLVAREZ OLALLA, P: "Comentario al artículo 77 de la Ley Concursal", loc., cit., p. 938. Fundamenta su opinión en el texto del artículo 264 del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 que exigía explícitamente la vigencia del matrimonio.

activa del concurso al no proceder del concursado. Y en segundo lugar, porque si el bien ha sido donado en su totalidad por el concursado lo que procederá sin más es el ejercicio de la acción rescisoria; no hará falta presunción alguna.

Para la aplicación de estas presunciones es necesario que los cónyuges no estén separados judicialmente o de hecho. En principio y debido a la presunción de que los cónyuges viven juntos (art. 69 CC) los acreedores no tendrán que probar la separación. Será el cónyuge del concursado sobre el que recaerá el peso de la prueba de su separación si no quiere verse afectado por la presunción. El problema radica en establecer cuándo deben estar separados los cónyuges, ya que la LC guarda silencio sobre esta cuestión. Parece que la solución más lógica consiste en pensar que la separación se ha tenido que producir antes del momento de la adquisición del bien²⁰, de modo que al adquirir el bien el cónyuge no deudor ya estuviera separado.

En cualquiera de los dos casos el cónyuge no concursado puede hacer uso de todos los medios de prueba permitidos en Derecho, si bien se excluye la confesión entre cónyuges del artículo 1324 CC, puesto que, como expresamente establece el precepto, por sí sola no perjudicará a los acreedores de los cónyuges.

III. EL PACTO DE SOBREVIVENCIA

Establece el número 3 del artículo 78 que los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia, se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos. De este modo, se integrará en la masa activa la cuota correspondiente a la mitad de tales bienes, pertenecientes al cónyuge concursado²¹.

Los bienes sometidos a un pacto de sobrevivencia son aquellos bienes adquiridos conjuntamente y por mitad por ambos cónyuges, cuyo régimen económico matrimonial es el de separación de bienes. En esta adquisición han establecido un pacto en virtud del cual estos bienes pasarán a pertenecer en su totalidad a aquél de los cónyuges que sobreviva al otro.

²⁰ FRADERAS RUEDA, OLGA M.: "Comentario al artículo 78 de la Ley Concursal" en *Comentarios a la Legislación Concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)* T. I, ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 819. ASUS GONZÁLEZ, C.I.: *La presunción Muciana*, op., cit., p. 104, Sastre Papiol, S.: "Comentario al artículo 78 de la Ley Concursal", loc., cit., p. 421.

²¹ Se trata de una institución regulada por los artículos 44 a 47 del Código de Familia Catalán de 1998.

En este sentido, sobre estos bienes pesa un régimen jurídico restrictivo referido a los actos de disposición que sobre los mismos pudieran realizar los cónyuges en vida²². En efecto, estos bienes no pueden ser enajenados ni gravados si no es con el consentimiento de ambos cónyuge; tampoco pueden los cónyuges disponer de su cuota de participación en la comunidad (en este caso del 50 por ciento) y finalmente queda excluido el poder de división de la cosa común. Estas circunstancias han llevado a la doctrina a considerar que estos bienes configuran un régimen de copropiedad en mano común²³.

Pues bien, el pacto de sobrevivencia sobre determinados bienes no puede ser una vía para impedir la aplicación del principio de responsabilidad universal por deudas de cualquiera de los cónyuges. De ahí que la cuota de participación del cónyuge deudor en el bien objeto de pacto pueda ser objeto de embargo para hacer efectivo los derechos de crédito de los acreedores. Por esta razón, la cuota de participación del cónyuge concursado sobre los bienes objeto de este tipo de pacto integrará la masa activa del concurso. En este sentido, la declaración de concurso supone una modificación del régimen jurídico a que estaban sometidos los bienes con pacto de sobrevivencia, permitiendo la divisibilidad de una serie de bienes que por pacto eran indivisibles²⁴.

Una vez que la cuota de participación pasa a integrar la masa activa del concurso, el artículo 78 faculta al cónyuge del concursado a adquirir la totalidad del bien objeto de pacto de sobrevivencia, ingresando en la masa activa la cantidad correspondiente a la mitad de su valor²⁵. Será la administración concursal la que habrá establecido en el inventario la valoración de estos bienes o por lo menos del cincuenta por ciento perteneciente al cónyuge concursado (art. 82 LC), si bien nada impide que se vuelva a negociar el valor del bien, al objeto de que el cónyuge no concursado pueda adquirirlo²⁶. De esta forma se protegen los legítimos intereses del cónyuge no concursado que podrá adquirir el bien con pacto de sobrevivencia y

²² ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Comentario al artículo 78 de la Ley Concursal", loc., cit., p. 943.

²³ *Ibidem.*: "Comentario al artículo 78 de la Ley Concursal", loc., cit., p. 943.

²⁴ NANCLARES VALLE, J.: "Comentario al artículo 78 de la Ley Concursal" loc., cit., p. 902. ARNAU RAVENTOS, L., op., cit., p. 154.

²⁵ Se discute la naturaleza jurídica de este derecho. Para algunos autores se trata de un derecho de adquisición preferente del cónyuge no concursado sobre la cuota del bien que integra la masa activa. ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Comentario al artículo 78 de la Ley Concursal", loc., cit., p. 944. Otros autores hablan de que simplemente el legislador ha buscado simplificar el proceso de liquidación. NANCLARES VALLE, J.: "Comentarios al artículo 78 de la Ley Concursal", loc., cit., p. 904.

²⁶ ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Comentario al artículo 78 de la Ley Concursal", loc., cit., p. 943.

también se beneficia la masa activa en medida que pasará a estar integrada por dinero y no por la cuota de participación sobre un bien.

IV. LA VIVIENDA HABITUAL DEL MATRIMONIO Y EL CONCURSO

Por todos es conocido el régimen jurídico especial que aplica el Código civil sobre la vivienda habitual. En este sentido el artículo 1320 CC exige el consentimiento de ambos cónyuges para la realización de actos de disposición sobre la vivienda habitual con independencia de que su titularidad sea de uno o del otro cónyuge. Sin embargo, esto no impide el embargo de la vivienda por deudas, de modo que en el caso de que se declare el concurso respecto de uno de los cónyuges, la vivienda habitual integrará la masa activa del concurso cualquiera que sea su naturaleza ganancial o privativa del cónyuge concursado.

No obstante, y debido a que la vivienda habitual responde a una necesidad básica de la familia, el artículo 78 permite al cónyuge no deudor, exigir que la vivienda se incluya en su lote en la disolución de la sociedad de gananciales²⁷. Si el valor de la vivienda fuera mayor que el que le correspondiera por su mitad de los gananciales, entonces el cónyuge no deudor ingresará en metálico en la masa activa la diferencia del valor. El problema radica en que la LC no establece cuál debe ser el valor de la vivienda habitual. En este sentido se plantea la posibilidad de que el valor se corresponda con el que tenía la vivienda al tiempo de su adquisición pero actualizado²⁸, si bien otros autores opinan que deberá atenderse al valor real de la vivienda al tiempo de la liquidación en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1410 CC²⁹.

Para que el cónyuge no deudor pueda ejercitar este derecho de atribución preferente es preciso que concurren una serie de requisitos:

En primer lugar la vivienda debe ser la habitual de la familia. Esto significa que debemos hablar de un bien inmueble que permita realizar una vida en común a la familia. Esta característica ha llevado a la doctrina a

²⁷ Se ha criticado la ubicación sistemática de este número 4 en el artículo 78, ya que este precepto está regulando cuestiones relativas al régimen económico de separación de bienes, mientras que la regulación de la vivienda habitual se plantea en sede de sociedad de gananciales. Parece ser que ello se debe a su inclusión en el último momento en el Dictamen de la Comisión del Senado. Vid. BOCG, Senado, VII, Legislatura de 4 de junio de 2003.

²⁸ MAGRO SERVER, V.; "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 *La ley*, nº 6213, p. 1622.

²⁹ NANCLARES VALLE, J.: "Comentario al artículo 78 d ela Ley Concursal", loc., cir., p. 908.

excluir del concepto de vivienda familiar determinados bienes inmuebles que por su propia naturaleza pueden ser utilizados por la familia para vivir por algún tiempo; sirvan de ejemplo, los solares, almacenes, trasteros o garajes (salvo que éstos últimos sean parte integrante de la vivienda), las fábricas, las chozas, los establos, las cabañas o las casas en ruinas. A esto se une el deseo de los cónyuges de convertir ese inmueble en su hogar de forma permanente. En este sentido, los cónyuges con este animus han realizado un acto de afectación o destinación³⁰.

El segundo requisito que exige el artículo 78 LC es que la vivienda sea ganancial. El problema se plantea cuando la vivienda es en parte ganancial y en parte privativa de uno de los cónyuges³¹ o si es posible aplicar el precepto cuando la vivienda pertenece en copropiedad a los dos cónyuges en el régimen de separación de bienes. Si bien en el primer interrogante las soluciones han sido diversas, en el segundo caso parece claro que no se podrá aplicar el precepto. En este sentido, la doctrina parece estar más a favor de aplicar analógicamente el régimen jurídico de los bienes sometidos a pacto de sobrevivencia por lo que el cónyuge no deudor podría adquirir la mitad de la vivienda del cónyuge concursado abonando el precio por dicha cuota.

El tercer requisito que exige la aplicación del precepto es que el cónyuge no deudor haya solicitado la disolución de la sociedad de gananciales.

Finalmente, es preciso señalar que este derecho de atribución preferente no podrá ser oponible a los acreedores hipotecarios cuyo derecho de garantía recae sobre la vivienda habitual. Estos acreedores ejecutarán sus derechos de crédito sobre el bien hipotecado con anterioridad a la liquidación de la sociedad de gananciales.

³⁰ ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Comentario al artículo 78 de la Ley Concursal", loc., cit., p. 946.

³¹ Sirva de ejemplo el artículo 1367 CC en relación con el 1354.